

Impugnação 16/12/2021 12:01:16

NEO CONSULTORIA E ADMINISTRACAO DE BENEFICIOS EIRELI, pessoa jurídica de direito privado inscrita no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica sob o n. 25.165.749/0001-10, com endereço à Alameda Rio Negro, n. 503, sala 1803, Alphaville, CEP 06454-000, Barueri, Estado de São Paulo, endereço eletrônico felipe.veronez@neofacilidades.com.br, telefone (11) 3631-7730, comparece perante Vossa Senhoria, muito respeitosamente, por seu procurador ao final subscrito, para apresentar IMPUGNAÇÃO AOS TERMOS DO EDITAL o que faz com esteio na Lei Federal n. 8.666/93, com base nos fatos e fundamentos jurídicos a seguir expostos. 1. FATOS O órgão licitante publicou o comentado edital. (...) Todavia, ao delimitar o conjunto de regras que compõem a estrutura do certame, o órgão contratante estabeleceu condições que inviabilizam a participação da ampla maioria dos licitantes potencialmente interessados e, por isso mesmo, violam os princípios da legalidade, segurança jurídica e ampliação da disputa, causando literal prejuízo ao interesse da coletividade, razão pela qual é manejada a presente impugnação. 2. FUNDAMENTOS 2.1 DA ILEGAL DISPENSA DE COMPROVAÇÃO DA QUALIFICAÇÃO ECONÔMICA FINANCEIRA DOS LICITANTES ENQUADRADOS COMO MICROEMPREENDEDOR INDIVIDUAL Consta na cláusula 9.18 que os licitantes enquadrados como microempreendedor individual, que pretendem auferir os benefícios da LC nº 123/2006, estariam dispensados de apresentar prova de inscrição nos cadastros de contribuintes estadual e municipal e de apresentar balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício. "9.18. " (...) Como se sabe, a única lei que concede tratamento diferenciado para empresas enquadradas como Microempresas ou Empresas de Pequeno Porte é a Lei Complementar n.º 123/06, a qual os licitantes que se enquadrem poderão utilizar dos benefícios por ela previstos. Ocorre que não há qualquer previsão na mencionada lei complementar que beneficie as empresas enquadradas como ME-EPP de terem que apresentar menos documentos do que os demais concorrentes do certame. A Administração Pública somente pode fazer ou deixar de fazer o que a lei determina ou permite. Não cabe à Administração exigir ou dispensar documentos que a lei não permite, como é o presente caso. Em consonância com o princípio da isonomia que rege os procedimentos licitatórios, a exigência de um documento deve se estender a todas as licitantes, com exceção daqueles que a lei permitir dispensar. A única hipótese prevista em lei que permitiria o privilégio do empreendedor ME-EPP de não apresentar seu balanço patrimonial em detrimento dos demais participantes, seria o caso previsto no Decreto Federal n.º 8.538/15: "Art. 3º Na habilitação em licitações para o fornecimento de bens para pronta entrega ou para a locação de materiais, não será exigida da microempresa ou da empresa de pequeno porte a apresentação de balanço patrimonial do último exercício social." Ocorre que tal hipótese, de fornecimento de bens para pronta entrega ou locação de materiais, não tem qualquer correlação com o objeto do presente Ato Convocatório, que visa a contratação de empresa para disponibilização de serviços de gerenciamento de frota. Portanto, a exigência de se comprovar, obrigatoriamente, a qualificação econômico-financeira para os demais objetos não enquadrados no art. 3º do Decreto Federal n.º 8.538/15 não pode deixar de ser observada pela a Administração, pois, tem como objetivo a resguarda do órgão licitante, com o fim de que não ocorra eventual contratação de empresa sem a mínima solidez econômica para desempenhar todas as necessidades da presente contratação. No entanto, de forma assustadoramente irregular, o edital do ato convocatório concedeu tratamento diferenciado, não previsto em lei, para um seletivo grupo de concorrentes. Não está se dizendo que as licitantes que se enquadrem como ME-EPP não devem ter tratamento diferenciado, no entanto, elas apenas podem usufruir dos benefícios expressamente previstos em lei, como poderão o fazer na fase de lances. Cumpre reforçar que a administração pública se encontra vinculada, não só ao edital, mas também aos princípios norteadores da licitação, entre eles o princípio da legalidade e da isonomia, de forma que a sua não observância gera um ato administrativo manifestamente ilegal que deve ser anulado ou revisado. Aliás, sobre o assunto, o Tribunal de Contas de Minas Gerais já esclareceu sobre a obrigatoriedade de as empresas enquadradas como ME e EPP apresentarem o balanço patrimonial em procedimentos licitatórios, exceto nos casos de dispensa do documento previsto exatamente no art. 32 da lei n.º 8.666/93, conforme se verifica no Informativo de Jurisprudência n. 202, de agosto de 2019, abaixo parcialmente transcrito: "Em exame ao questionamento formulado, acerca da possibilidade de a administração pública dispensar o balanço patrimonial das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, o relator ressaltou que a Administração Pública deve exigir das microempresas e empresas de pequeno porte a qualificação financeira do licitante, por meio do balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social que demonstrem sua saúde financeira, quando for necessário para aferir se o promitente contratante possui idoneidade financeira para atender satisfatoriamente o objeto a ser contratado. Assim, em que pese o regime jurídico fiscal diferenciado de determinadas categorias empresariais, a Lei Complementar n. 123/06 permite às microempresas e empresas de pequeno porte a apresentação de declaração fiscal simplificada, mas não os exime da elaboração do balanço patrimonial, exigida no art. 31, I, da Lei n. 8.666/93, caso pretendam participar das licitações, ainda que somente para atender a essa finalidade específica, sob pena de inabilitação Não obstante, o relator ponderou que essa exigência poderá ser dispensada pela Administração nos casos de convite, concurso, fornecimento de bens para pronta entrega e leilão, conforme previsto no parágrafo 1º do artigo 32 da Lei n. 8.666/93, não competindo, pois, à Administração eleger, conforme sua conveniência, em qual certame irá exigir-la. Embasou sua proposta de redação em matérias já enfrentadas por este Tribunal, nos autos das Denúncias n. 898554, n. 986916 e n. 997561, cujo posicionamento foi no sentido da inexistência de regra geral que dispense essas empresas da elaboração do balanço patrimonial. Destacou, ainda, os entendimentos do Conselheiro Mauri Torres, nos autos da Denúncia n. 911600, no sentido de que: "as microempresas e empresas de pequeno porte que pretendam participar de licitações promovidas pelos órgãos públicos, em que se tenha exigido, como requisito de qualificação econômico-financeira, a apresentação de balanço patrimonial, nos moldes previstos pelo art. 31, I, da Lei n. 8.666/93, deverão elaborá-lo e apresentá-lo, ainda que somente para atender a essa finalidade específica, sob pena de inabilitação", e da conselheira Adriene Andrade, nos autos da Denúncia n. 1040543, nos seguintes termos: "de início, resalto que o §1º do art. 32 da Lei n. 8.666/93 prevê, de forma expressa, que a administração pública, nas hipóteses de convite, concurso, fornecimento de bens para pronta entrega e leilão, poderá dispensar, no todo ou em parte, os documentos de habilitação de que tratam os artigos 28 a 31 daquela lei, estando, portanto, incluídos os documentos relativos à qualificação técnica (art. 30) e os relativos à qualificação econômico-financeira (art. 31) (...)". Vencidos os conselheiros Gilberto Diniz e Cláudio Couto Terrão, que propuseram que a Consulta fosse respondida nos seguintes termos: "o instrumento convocatório do procedimento licitatório poderá prever dispensa de todos os interessados, sejam ou não micro empresas e empresas de pequeno porte, apresentarem balanço patrimonial do último exercício social, para fins de qualificação econômico-financeira, nos casos de convite, concurso, fornecimento de bens para pronta entrega e leilão, nos

termos do §1º do artigo 32 da Lei n. 8.666/93. (Consulta n. 1007443, Rel. Cons. Durval Ângelo, 14.08.2019).” Tal questão se torna ainda mais importante no ramo de gerenciamento de frotas que se trata de uma prestação de serviço atípica, se diferenciando dos demais tipos de prestação de serviço comum. Isso porque, a atividade de gerenciamento é caracterizada, em sua essência, pela intermediação, ou seja, não há o fornecimento direto de serviços de manutenção e/ou abastecimento de combustíveis por parte da empresa gerenciadora contratada, mas sim, por parte das oficinas e dos postos de combustíveis credenciados. Ocorre que, à luz do fluxo de operações que a atividade de gerenciamento necessariamente tem que seguir, torna-se impossível executar um contrato desta espécie sem o mínimo de solidez econômico-financeira, afinal, a contratada precisará ter “caixa” para arcar com os valores provenientes dos serviços prestados e lidar com eventuais adversidades, como eventuais atrasos nos pagamentos ocasionados por casos fortuitos ou de força maior, situações que, na experiência desta gerenciadora, podem corriqueiramente acontecer por diversos motivos. Portanto, é essencial que todas as empresas licitantes, incluindo as que se enquadram como ME-EPP, comprovem tem uma boa saúde financeira para suportar o contrato. Sendo assim, é de medida que os microempreendedores individuais também apresentem todos os documentos exigidos no Ato Convocatório, sob pena de infringência direta ao princípio da isonomia e da legalidade, razão pela qual se pugna pela exclusão da cláusula 9.13, por conceder vantagem não prevista na legislação à um seletivo grupo de licitantes.

2.2. DA INDEVIDA INTERVENÇÃO NA RELAÇÃO COMERCIAL E LIMITAÇÃO DAS TAXAS COBRADAS DA REDE CREDENCIADA

Vejamos a cláusula ora impugnada presente no Termo de Referência: “1.3.2. (...) Ao trazer tal disposição o órgão licitante demonstra notório desconhecimento acerca do objeto que está sendo licitado e no que consiste a sua sistemática. Na presente contratação observa-se que o objetivo de contratar uma empresa privada para a gestão/gerenciamento da frota do município - sendo esta gestão exercida por meio de sistema informatizado (software) - é a maior eficiência na prestação dos serviços públicos prestados que utilizam, por óbvio, os meios de locomoção. A atividade que se busca contratar é fruto de uma descentralização da atuação estatal, entendendo a Administração Pública que a contratação de uma empresa para gerenciar a manutenção da sua frota de veículos se desdobra no pleno atendimento ao princípio da eficiência, que prevê, resumidamente, que o Poder Público deve fazer o máximo com o mínimo de recursos possíveis, atendendo diretamente, portanto, o interesse público. Se moldando a uma nova realidade comercial, dentro de um mercado cada vez mais competitivo, a Administração Contratante delega para a empresa contratante a atividade de gestão da manutenção ou gestão do abastecimento, sendo essa baseada resumidamente em três ações: (i) credenciamento de oficinas dentro do raio exigido e baseado em tratativas comerciais individualizadas; (ii) disponibilização de sistema/software que conste a rede credenciada e emita relatórios de informações; e (iii) o repasse de valores as oficinas credenciadas conforme fatura emitida pela empresa contratada e devidamente paga pelo ente contratante. Tais serviços foram definidos pela doutrina como quarteirização da manutenção dos de veículos, a qual se apresenta na evolução da já conhecida terceirização, tendo se desenvolvido e consolidado no setor privado nos últimos anos, passando a ser adotado mais recentemente pela Administração Pública na busca por maior eficiência na gestão dos serviços. Segundo os doutrinadores Jessé Torres Pereira Júnior e Marínes Restelatto Dotti: “Trata-se, nesse modelo, de a Administração Pública transferir a empresa privada especializada, vencedora da licitação, o gerenciamento de sua frota por meio de um sistema informatizado, cujo encargo principal é o de cuidar da manutenção preventiva e corretiva de veículos, incluindo o fornecimento de peças, acessórios, mão de obra, transportes de guincho e postos. Manutenção e fornecimento esses a serem executados por meio de rede credenciada de oficinas localizadas no âmbito estadual, regional ou nacional, ou seja, a empresa especializada contratada pela Administração gerencia a prestação, ou fornecimento a serem executados por outras empresas. Há, portanto, duas ordens jurídicas: a que se estabelece entre a Administração Pública e a empresa gerenciadora e a que se estabelecerá com as empresas executoras, em sistema de rede.” (grifo nosso) Portanto, na quarteirização a Administração Pública contrata empresa (intermediadora) especializada, que se encarrega de disponibilizar um sistema de gerenciamento visando a manutenção ou abastecimento dos veículos integrantes de sua frota, os quais, em suma, serão realizados pela rede de estabelecimentos conveniados - oficinas, funilarias, postos, entre outras. Dentro dessa sistemática tem ocorrido todas as licitações, que diariamente são deflagradas, sendo essas no âmbito da União, Estados, Municípios e sua administração indireta. Com isso, resta evidenciado que o lucro necessário da empresa contratada não virá, necessariamente, do órgão ou ente federativo que a contratou, mas sim, da rede credenciada através de cobranças de taxa de administração que são definidas a partir de tratativas comerciais realizadas que em nada tem relação com o termo pactuado com o contratante. Não há e nunca houve, qualquer possibilidade de intervenção do órgão contratante nessa relação. Como bem destaca os professores Jessé Torres Pereira Júnior e Marínes Restelatto Dotti, há nessa sistemática duas ordens jurídicas, “a que se estabelece entre a Administração Pública e a empresa gerenciadora e a que se estabelecerá com as empresas executoras, em sistema de rede.”, sendo, inclusive, ordens jurídicas regidas por regimes jurídicos diferentes, que em muito se diferenciam. Se há dois contratos, dois termos pactuados, e dois regimes jurídicos - Direito Público (contrato com a Administração) e o de Direito Privado (contrato com o credenciado) - não se pode, em hipótese alguma, confundir as obrigações e as relações contratuais, que é o que tem ocorrido no caso em tela. Com efeito, de forma a resumir o que até aqui foi explicitado, podemos concluir que a renda das empresas particulares prestadoras de gerenciamento dos abastecimentos decorre de três principais fontes: (i) obtidas da taxa de administração cobrada da contratante; (ii) oriundas de aplicações financeiras; (iii) da comissão cobrada dos estabelecimentos credenciados por cada transação. No instrumento convocatório objeto da presente impugnação, há uma intervenção indevida em uma das fontes de renda das empresas gerenciadoras, sendo de competência do órgão contratante apurar e selecionar apenas a melhor taxa de administração cobrada pelos serviços, ou seja, o melhor desconto, e não determinar que que as licitantes revelem condições comerciais praticadas junto a seus estabelecimentos credenciados. Excede-se, no caso em tela, os limites de atuação estatal, devendo, a exigência de divulgação da taxa de administração e demais consectários cobrados dos estabelecimentos credenciados, ser objeto de reconsideração, resultando-se na exclusão de tal disposição do instrumento convocatório. Isto porque os valores pactuados junto à rede credenciada são de interesse particular das partes, contendo, na maioria das vezes, conteúdo abarcado por sigilo empresarial, estratégico, bem como dados de natureza confidencial, cuja exposição pode levar à própria inviabilidade econômica da contratação, prejudicando o interesse do próprio contratante. Ressalta-se que tal exigência tem o potencial de fazer com que muitas das licitantes interessadas em participar do certame em referência venham a desistir, uma vez que invade o âmbito das negociações privadas existentes entre a gerenciadora e seus estabelecimentos credenciados, obrigando a divulgação de dados estratégicos de sua atividade para o público em geral, nisso incluídos os seus concorrentes diretos. Por fim, é necessário registrar que os eventuais excessos cometidos quando da precificação dos serviços e produtos entregues pela rede credenciada, no curso da execução contratual, devem ser coibidos pela fiscalização do contrato, seja por meio da reprovação de orçamentos apresentados pelos estabelecimentos, seja por meio de cientificação da gerenciadora, a fim de que esta adote as medidas necessárias para regular eventuais problemas enfrentados pelo ente contratante.

2.3 DA INDEVIDA EXIGÊNCIA DE DISPONIBILIZAÇÃO DE PREPOSTO LOCAL

Na Cláusula 11.10 do Termo de Referência (...) A impugnante entende que, caso haja a subsistência de exigência de disponibilização de preposto, o contratante não apenas imporá ônus desnecessário à futura contratada, como, de fato, contrariará a própria dinâmica de gestão deste modelo de contratação. É que para os casos de contratos de empresas especializadas na gestão de frotas veiculares, a esmagadora maioria dos serviços é realizada de modo remoto, por meio da plataforma (sistema web) desenvolvida para tanto, inclusive com suporte remoto, por telefone, 24 horas por dia, todos os dias da semana, incluindo domingos e feriados. Para os casos em que há a necessidade de treinamento de gestores e fiscais do contrato e usuários dos serviços, em geral, a contratada encaminha seus representantes, em data e horário designados pela contratante, a fim de

que seja realizado o respectivo treinamento, garantindo eventual retorno caso haja necessidade por parte desta. Assim, a exigência de preposto local, excede os limites da razoabilidade, tendo em vista se tratar quase que exclusivamente de um gerenciamento por meio de sistema informatizado que, após realização de todos os treinamentos necessários, dispensa, até mesmo em razão da baixa complexidade no manuseamento do sistema, a existência de qualquer atendimento presencial durante a execução contratual. A exigência de um preposto local evidencia a interferência da Administração Pública na gestão das empresas privadas, atingindo alçadas que vão além de sua competência, impondo ônus desnecessário à empresa Contratada, sem qualquer benefício ao interesse público. A propósito, já decidiu a Corte Federal de Contas: "VISTOS, relatados e discutidos estes autos de representação formulada pela empresa Redecom Empreendimentos Ltda. em face de possíveis irregularidades na condução do pregão eletrônico 11/2011, realizado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária, Anvisa, ACÓRDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão da 1ª Câmara, ante as razões expostas pelo Relator, em: [...] 9.2.2. a exigência de que a empresa licitante utilize instalação própria ou localizada em uma cidade específica, salvo quando devidamente justificada a influência que possa ter esse fato na qualidade dos serviços a serem prestados, fere o princípio da isonomia e restringe o caráter competitivo da licitação, em ofensa ao art. 3º, caput e § 1º, inciso I, da Lei 8.666/93; [...]" (TCU - Acórdão n. 6463/2011 - 1.ª Câmara) (Destques da peticionante). (...) 3. DO PEDIDO Pelo exposto, requer: a) a imediata suspensão do Pregão Eletrônico para fins de retificação do edital que ora se impugna e sua superveniente publicação após sanados os vícios apontados, com observância do artigo 21 da Lei Federal n. 8666/93; b) caso não seja este o entendimento de Vossa Senhoria, sejam fornecidas cópias do processo administrativo, a fim de que a impugnante possa adotar as medidas cabíveis perante os órgãos de controle externo.

Fechar