

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO OU QUEM LHE FAÇA AS VEZES DA AGENCIA GOIANA DE HABITAÇÃO S.A - AGEHAB

PREGÃO ELETRÔNICO N.º 2021003100273

A empresa Berlin Finance Meios de Pagamentos LTDA, cnpj **16.814.330/0001-50**, com sede Av Jose Rocha Bomfim 214, Bloco C, Unidades 131 e 132, Loteamento Santa Genebra, Campinas/SP 13.080-650 por seu representante legal infra-assinado, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Senhoria, **IMPUGNAÇÃO AOS TERMOS DO EDITAL** na forma do REGULAMENTO INTERNO DE LICITAÇÕES E CONTRATOS, e aplicáveis subsidiariamente §1º e § 3º, do art.41 da Lei 8.666/93, por descumprimento às normas e condições a que a EMPRESA está estritamente vinculada, conforme abaixo passa a expor:

DOS FATOS E DO DIREITO

Esta empresa, através do edital de Pregão 019/2021, promove a intenção de contratar empresas fornecedoras do serviço de gerenciamento de vale refeição/alimentação

Nada de errado até então na intenção de contratar, entretanto analisando o edital nos deparamos com questões que afrontam a Lei e os princípios norteadores da licitação, e por isso, desde já, pedimos a suspensão do referido processo para a adequação do edital pelos motivos elencados abaixo.

DO PRAZO EXIGUO PARA APRESENTAÇÃO A REDE
CREDENCIADA

O edital traz a seguinte exigência que, quanto a rede de estabelecimentos credenciados, vejamos:

e) Apresentar DECLARAÇÃO informando que os cartões são aceitos em pelo menos 750 (setecentos e cinquenta) estabelecimentos de alimentação e 250 (duzentos e cinquenta) de refeição no município de Goiânia e entorno; tal quantidade tem como justificativa nosso estudo de rede e o acordão TC-001.738/2019-4. Na declaração deve constar razão social, CNPJ, telefone e endereço dos estabelecimentos credenciados.

e

2. Garantir que os cartões sejam amplamente aceitos na rede credenciada, em pelo menos 750 (setecentos e cinquenta) estabelecimentos de alimentação e 250 (duzentos e cinquenta) de refeição no município de Goiânia e entorno; tal quantidade tem como justificativa nosso estudo de rede e o acordão TC-001.738/2019-4.

Em um primeiro momento, seria exigido de todas as licitantes, ainda em sua proposta a apresentação da rede credenciada. Situação essa alterada conforme foi esclarecido no portal de compras <https://www.comprasnet.go.gov.br/>:

13/12/2021 16:07:15

Já temos contrato com a empresa SODEXO com a taxa de -1,50%. A comprovação da rede deverá ser comprovada no momento da contratação.

Assim o momento para entrega da rede credenciada de 1.000 (MIL) ESTABELECIMENTOS será apenas para a assinatura do contrato, entretanto, este prazo quando se fala em 1.000 (MIL) estabelecimento é deverás curto e pode favorecer uns em detimentos dos demais.

Isto pois, o prazo para a assinatura do contrato é de 5 (cinco dias após a homologação), sabe-se que o ato da homologação é feito em sua normalidade logo após a declaração do vencedor, em caso de não haver recurso (declaração vencedor de fato e perfeita).

Ora, em pouco mais de 5 (cinco) dias a empresa VENCEDORA terá a homérica tarefa de credenciar 1.000 estabelecimentos em Goiânia e no entorno, ou seja, deverá credenciar cerca de 200 ESTABELECIMENTOS POR DIA, favorecendo de forma ILEGAL apenas as empresas que já possuem rede, vejamos o entendimento dos tribunais de contas:

8783.989.15-5. SESSÃO DE 03/02/2016. RELATORA CONSELHEIRA CRISTIANA DE CASTRO MORAES. Ratificação de sentença proferida pelo CONSELHEIRO DIMAS EDUARDO RAMALHO: “2.3. No entanto, tem razão a representante no tocante à exiguidade do prazo que o edital estabelece para a apresentação da rede credenciada mínima.” “Embora a referida rede não seja de elevado vulto, o prazo de 10 (dez) dias contados da assinatura do contrato não se mostra razoável para permitir a ampla participação de eventuais interessadas que ainda não contem com algum acervo de estabelecimentos credenciados na região do Vale do Paraíba, configurando condição potencialmente restritiva que deverá ser, portanto, reavaliada pela Administração.” “Conforme bem ponderou a Assessoria Técnica, o credenciamento de grandes redes de hipermercados impõem procedimentos burocráticos que podem se estender por tempo maior que os 10 (dez) dias que o edital fixou, o que reforça a necessidade de revisão do criticado prazo, de modo a garantir sua melhor conformação às peculiaridades do mercado, com incremento das perspectivas de alcance da proposta mais vantajosa.”

TCE/SP

Ora, a diferença entre esse e àquele, é que naquele o prazo era de 10 dias, enquanto neste é de apenas 7 dias APÓS A DECLARAÇÃO DE VENCEDOR

Assim, pode não dar tempo hábil para que sejam credenciadas os estabelecimentos, é criado empecilhos a ampla participação, pois favorece ilegalmente aqueles que, em detrimento dos demais, já atendam a região.

Deste modo, resta evidente que tal exigência somente será possível de ser atendida por empresa que já opera na região, já possuindo uma rede de credenciados, impedindo as empresas que operam em regiões distintas de participação no certame, contrariando os princípios legais, mormente o princípio da isonomia entre os licitantes, previsto no artigo 37, XXI, da

Constituição Federal, o qual prevê que deverá ser assegurado igualdade de condições a TODOS os concorrentes.

Ainda que se pretenda afirmar que a exigência do prazo para apresentação de estabelecimentos credenciados seja um ato discricionário da Administração, não se deve descuidar de que todo ato administrativo deve ser permeado pelos princípios legais, dentre os quais, o da impessoalidade, da moralidade, da razoabilidade, da igualdade e economicidade. Não se discute o número dos locais credenciados, mas, a impossibilidade de se realizar o cadastro em tão pouco tempo, mormente pelo fato da rede ser tão diversificada, com restaurantes, padarias, lanchonetes, e outros similares, e constar, no mínimo, razão social, nome fantasia, CNPJ, endereço e telefone de cada um dos mais de 1.000 estabelecimentos, tudo isso em apenas 5 dias!

Ao analisar um caso similar, com a diferença que se exigia a rede credenciada previamente à assinatura do contrato, o TCU alertou para o fato de ter que haver tempo suficiente e razoável para o credenciamento da rede, onde estivessem lotados os usuários, como se infere:

“(...) Assim sendo, nos termos do voto do relator, decidiu o Plenário revogar a medida cautelar e, já com vistas ao novo certame, determinar à entidade que faça constar a exigência de comprovação de rede credenciada apenas na fase de contratação, com **estabelecimento de um prazo razoável para que a vencedora da licitação credencie os estabelecimentos comerciais das localidades onde os empregados da estatal estejam lotados.**” (g.f)
(Acórdão n.º 3156/2010-Plenário, TC-028.280/2010-5, rel. Min. José Múcio Monteiro, 24.11.2010.)

De acordo com os entendimentos doutrinário e jurisprudencial, deve haver parcimônia e razoabilidade nas cláusulas editalícias, de modo a não criar restrições à participação de potenciais licitantes, como se observa:

“A licitação tornou-se a maneira mais segura de fraudar a Administração, porque é perfeitamente possível manipular qualquer licitação, mediante requisitos de participação, características do produto ou critérios de julgamento injustificados e injustificáveis. (...) Ninguém poderia ser alijado do procedimento licitatório pelo não atendimento de algum requisito injustificado, irrelevante.” (Adilson Abreu Dallari, cit. in Aspectos Jurídicos da Licitação, Ed. Saraiva, pág. 88)

Licitação. Edital. Anulação. Exigência violadora do princípio da igualdade, restringindo o caráter competitivo do procedimento. Cláusula discriminatória. Artigos 37, inciso XXI, da Constituição da República. A regra geral na licitação é a participação do maior número possível de licitantes, devendo o edital ser parcimônio e criterioso ao fixar requisitos, pois são proibidas as condições impertinentes, inúteis ou desnecessárias. (TJ/SP, Ap. Civ. Nº 225-567-1, Des. Alfredo Migliore)

"As regras do procedimento licitatório devem ser interpretadas de modo que, sem causar qualquer prejuízo à administração e aos interessados no certame, possibilitem a participação do maior numero de concorrentes, a fim de que seja possibilitado se encontrar, entre várias propostas, a mais vantajosa." (STJ - MS 5.606/DF, rel.min. José Delgado)

Diante do exposto, tendo em vista a grande rede exigida, é de bom grado a administração, ampliar o prazo para entrega da rede, permitindo a entrega da rede em até 90 dias, ou no mínimo escaloná-lo, exigindo 33% em 30 dias, e o restante em 60 e 90 dias, isto pois, ao ampliar o prazo crescerá o número de interessados uma vez que TODOS terão um prazo JUSTO E RAZOAVEL para apresentar sua rede, conforme já decidiu o tribunal de Contas de São Paulo em sede de exame prévio contra o edital anterior publicado pelo mesmo autor (DER/SP)

Nesse contexto, resta-me assumir que a cláusula tem potencial para comprometer todo o certame, devendo ser reavaliada e redimensionada no bojo de nova versão do instrumento, notadamente no sentido de concatenar em bases razoáveis as variáveis quantitativas mínimas com o prazo máximo do respectivo credenciamento. TRIBUNAL PLENO – SESSÃO DE 24/6/2020

EXAME PRÉVIO DE EDITAL - ESTADUAL

PROCESSO: TC-13691.989.20-6

REPRESENTANTE: Berlin Finance Meios de Pagamento EIRELI.

REPRESENTADA: Departamento de Estradas de Rodagem – DER.

EM JULGAMENTO: Representação relativa ao edital do Pregão Eletrônico nº 79/2020 – DR.20-DA, certame destinado à contratação da prestação de serviços de gerenciamento, implementação e administração (Vale Refeição), por meio de cartão eletrônico com chip de segurança

Com isso, espera-se um grande número de empresas interessadas e plenamente capazes de executar o objeto, finalizando o processo com a MELHOR PROPOSTA para a administração, uma vez que desprendeu tratamento igual a todos os interessados, e não somente aqueles que já possuem a rede exigida.

DA EXIGÊNCIA DE CONVENIO EM SITES OU APPS DELIVERY

O edital em seu item 17.3 assim exige:

17.3. A CONTRATADA deverá possuir convênio para pagamento em site (página na internet) ou por apps em no mínimo uma das empresas de aplicativos de entrega de refeições prontas e produtos alimentícios in natura (delivery).

Entretanto, tal exigência deve ser rechaçada do edital pois denota-se com uma simples pesquisa nos sites e apps das empresas de delivery que apenas algumas (poucas) empresas possuem tal condição, pois configura-se como direcionamento do objeto, vejamos os cartões que são aceitos nos apps de delivery mais famosos:

IFOOD:



UBEREATS:

←
Adicionar forma de...

 Ticket

 Sodexo

RAPPI:

←
**Adicionar método de
pagamento**



Cartões (crédito/débito/refeição)



Cartão Débito



Cartão Débito



PayPal



Ticket



Fica claro tal exigência em detrimento dos princípios norteadores da licitação, notadamente ISONOMIA, LEGALIDADE E BUSCA DA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA, irá afetar a BUSCA DA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA, vez que, ao manter essa exigência, apenas algumas (3) empresas poderão efetivamente fornecer o solicitado.

Tal restrição a ampla participação é ilegal e deve ser rechaçada, haja vista que a justificativa apresentada não deve prevalecer vez que a grande maioria das empresas atuantes no mercados não possuem tal afiliação.

Em que pese entendimento que a justificativa apresentada deve prevalecer acima dos princípios os quais essa empresa encontra-se totalmente vinculada, o mesmo não deve prevalecer.

Isto pois, as entregas, uma vez consultado no APP da contratada, podem serem negociadas diretamente entre usuário e o comércio escolhido.

Ademais, àqueles comerciantes que em plena pandemia não disponibilizem aos seus usuários um método de entrega, fatalmente não terão tantos clientes, como àqueles que atentos à realidade se adaptaram e oferecem aos seus clientes essa possibilidade.

Assim, a grande maioria dos comércios se atentando para esta nova realidade, em busca de não perder clientes e ampliar suas vendas já promovem a entrega das compras na localidade do cliente, oferecendo cardápios personalizados para cada demanda e muitas outras facilidades não encontradas nos aplicativos, não havendo necessidade ALGUMA que exija-se das licitantes algo que efetivamente irá prejudicar a ampla participação, apenas sob a premissa de facilitar, haja vista que os próprios estabelecimentos irão oferecer essas facilidades.

Deste modo tal exigência é impertinente e deve ser rechaçada do processo.

Ainda, a justificativa apresentada aborda a questão da aglomeração, entretanto, tal argumento é deverás raso para ser utilizado como premissa para descumprimento dos princípios que esta empresa encontra-se totalmente vinculada.

Haja vista que, cabe aos estabelecimentos criarem regras e meios para que seus clientes efetuem suas compras sem incorrerem em riscos contra sua saúde, então,

reforçamos que TAL EXIGÊNCIA É ILEGAL POIS FAVORECE SOMENTE ALGUNS (3) em DETRIMENTO DA ESMAGADORA MAIORIA, sendo que há efetivamente outras formas que NÃO PREJUDIQUEM A COMPETIÇÃO E POR CONSEGUINTE A BUSCA DA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA.

Vejamos o que diz o Regulamento Interno sobre o caráter competitivo que deve ser buscado:

Art. 4º. As licitações realizadas e os contratos celebrados pela AGEHAB destinam-se a assegurar a **seleção da proposta mais vantajosa**, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto, e a evitar operações em que se caracterize sobrepreço ou superfaturamento, devendo observar os princípios da **impessoalidade**, da **moralidade**, da **igualdade**, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, da **economicidade**, do desenvolvimento nacional sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório, da **obtenção de competitividade** e do julgamento objetivo.

E continua:

II. Busca da **maior vantagem competitiva** para a AGEHAB, considerando custos e benefícios, diretos e indiretos, de natureza econômica, social ou ambiental, inclusive os relativos à manutenção, ao desfazimento de bens e resíduos, ao índice de depreciação econômica e a outros fatores de igual relevância;

Ora, como pode haver busca da proposta mais vantajosa, obtenção de competitividade e maior vantagem competitiva se o edital limita ILEGAMENTE a ampla participação?

Vejamos o que nos ensina sobre o tema o Dr. Hely Lopes Meirelles, sobre esse tema:

"(...) é princípio impeditivo da discriminação entre os participantes do certame, quer através de cláusulas que, no Edital ou convite, favoreçam uns em detrimento de outros, quer mediante julgamento farrapo, que desiguala os iguais ou iguale os desiguais (artigo 3º, §1º).

O desatendimento a este princípio constitui a forma mais insidiosa de desvio de poder, com que a Administração quebra a isonomia entre os licitantes, razão pela qual o Judiciário tem anulado editais e julgamentos em que se descobre a perseguição ou o favoritismo administrativo, sem nenhum objetivo ou vantagem do interesse público." (Direito Administrativo Brasileiro, 27ª ed., Malheiros Editora, 2002, p. 262)

Ainda sobre esse tema, nos ensina Marçal Justem Filho:

"A invalidade não reside na restrição em si mesma, mas na incompatibilidade dessa restrição com o objeto da licitação. Aliás, essa interpretação é ratificada pelo previsto no art. 37, inc. XXI, da CF ("...o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações"). A incompatibilidade poderá derivar de a restrição ser excessiva ou desproporcionada às necessidades da Administração. Poderá, também, decorrer da inadequação entre a exigência e as necessidades da Administração". Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 14ª Ed., São Paulo: Dialética, 2010. p. 83.

Destacamos também, outro ensinamento do Marçal Justem Filho:

"Ao desenvolver essas atividades, as avaliações da Administração têm de ser rigorosamente objetivas. Não podem ser influenciadas por preferências subjetivas, fundadas em critérios opinativos. A lei volta a reprovar escolhas infundadas na pura e simples preferência por marcas." (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 12ª ed., Dialética Editora. 2008, p. 344).

Deste modo, dado a justificativa ser rasa, sem embasamento técnico ela não tem E NÃO PODE TER o condão de afastar a aplicação dos princípios que são inerentes às

contratações desta empresa, e sem embasamento, não pode haver tamanha restrição a ampla participação.

DO PEDIDO

Pelos fatos e direitos acima mencionados a empresa vem à presença de Vossa Senhoria requerer o seguinte:

- a) Suspensão do certame para:
- b) Ampliação do prazo para apresentação da rede de estabelecimentos.
- c) Retirada da exigência de filiação à app de delivery

Nestes termos,

Pede e espera pelo deferimento.

Ribeirão Preto, 17 de dezembro de 2021



Berlin Finance Meios de Pagamentos