

**ILUSTRÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO DO MUNICÍPIO DE
RAFARD/SP**

URGENTE!!!

PREFEITURA MUNICIPAL DE RAFARD/SP

PREGÃO PRESENCIAL N° 53/2021

EDITAL N° 67/2021

27 de dezembro de 2021 – 08h30

**MEGA VALE ADMINISTRADORA DE CARTÕES E SERVIÇOS
LTDA**, pessoa jurídica de direito privado, representada neste ato pelo sócio administrador Sr. Rafael Prudente Carvalho Silva, RG n°. [REDACTED] e CPF sob o n° [REDACTED], devidamente inscrita no CNPJ sob o n°. 21.922.507/0001-72, com sede em Barueri/SP, à Avenida Marcos Penteado de Ulhôa Rodrigues, n° 939, 8° andar, Torre I, Ed. Jacarandá, Bairro Sítio Tamboré Jubran – licitacao2@megavalecard.com.br, (17) 3225-4131, por seus advogados que esta subscreve, vem respeitosamente à presença de Vossa Senhoria, a fim de:

IMPUGNAR COM MEDIDA DE URGÊNCIA

Os termos do Edital em referência, que adiante especifica o que faz na conformidade seguinte.

I - TEMPESTIVIDADE

Inicialmente, quanto à tempestividade desta impugnação, dado que a sessão pública está prevista para 27.12.2021, a representante interpõe medida adequada dentro do prazo legal estampado pelo artigo 41, §1.º da lei 8666/1993 e artigo 18 do Decreto Federal n.º 5450/2005.

II – DOS FATOS

A Prefeitura Municipal de Rafard/SP, tornou público EDITAL DO PREGÃO PRESENCIAL N.º 53/2021, que tem como objeto a: “escolha da empresa especializada que apresente a proposta mais vantajosa para o **“FORNECIMENTO DE CARTÃO ALIMENTAÇÃO”, incluídos os serviços de administração, gerenciamento, emissão e fornecimento de vale-alimentação, na forma de cartão eletrônico**, destinados aos servidores públicos, para aquisição de gêneros alimentícios em estabelecimentos comerciais credenciados, conforme quantidades, valores e demais critérios constantes no **ANEXO I - TERMO DE REFERÊNCIA”**

Os documentos referentes ao CREDENCIAMENTO e os envelopes n.º 1 - “PROPOSTA” e n.º 2 - “HABILITAÇÃO” serão recebidos na sede da Prefeitura do Município de Rafard/SP até as 08h30 do dia 27 de dezembro de 2021. A sessão pública se dará a seguir, na Sala de Reuniões da Prefeitura do Município de Rafard, situada na Praça Independência, n.º 100, no mesmo dia às 09h00.

Entretanto, a licitante apresenta a presente impugnação em razão da exigência excessiva e desarrazoada, que restringe o caráter competitivo do certame e fere a lisura do procedimento licitatório, impondo-se a sua reformulação e conseqüente republicação, senão vejamos.

III – DA REDE DE ESTABELECIMENTOS EXCESSIVA - EXIGÊNCIA DE *DELIVERY* - EXIGÊNCIA DE REDE ESPECÍFICA - DIRECIONAMENTO DO OBJETO – EXIGÊNCIA INCOMPATÍVEL COM A NECESSIDADE DO MUNICÍPIO

O item 2.10, alínea “F” e 2.11 preveem respectivamente que a empresa licitante comprove, como condição de assinatura do contrato o seguinte:

“2.10 - A adjudicatária deverá comprovar como condição de assinatura do contrato (sob pena de inabilitação) as seguintes funcionalidades do “APLICATIVO MOBILE - SMARTPHONE” no mínimo para os sistemas Android e IOS ou através de página na internet, a serem disponibilizadas aos usuários do cartão, contendo no mínimo as seguintes funções:

(...)

f) Consulta à rede credenciada que possui a opção delivery e pagamento nas plataformas específicas de delivery;

(...)

2.11 - A adjudicatária deverá comprovar como condição da assinatura do contrato (sob pena de inabilitação) que possui convênio para pagamento em site (página na internet) ou por apps em no mínimo uma das empresas de aplicativos de entrega de produtos alimentícios in natura (delivery): Pão de Açúcar ou Clube Extra (alimentação).

Sucedem que, tais exigências, sobretudo em razão do estabelecimento de sistema delivery e escolha de rede específica, extrapolam o caráter discricionário do Município, o que acaba de maneira direta à restringir o número de empresas participantes, direcionando o objeto do certame a poucas empresas, que certamente não serão as detentoras das propostas mais vantajosas ao Município, o que acarretará em graves prejuízos aos cofres Públicos.

No item acima mencionado, a Municipalidade exige que a empresa comprove como condição de assinatura do contrato rede credenciada com a opção delivery e pagamento nas plataformas específicas de delivery. Além de ter que comprovar, sob pena de inabilitação, que possui convênio para pagamento em site (página na internet) ou por apps em no mínimo uma das empresas de aplicativos de entrega de produtos alimentícios in natura (delivery): Pão de Açúcar ou Clube Extra (alimentação).

As específicas exigências se mostram excessivas e com o nítido caráter de direcionar o objeto do certame a empresas específicas, que dominam o mercado, extirpando a participação de empresas que certamente atenderiam a demanda dos servidores.

Não há MOTIVAÇÃO no ato administrativo de exigir que a empresa vencedora apresente estabelecimentos com sistema delivery, exigindo, ainda, convênio com locais específicos, a não ser o de direcionamento e restrição ao universo de participantes.

Embora sabido que as exigências contidas no edital, sejam de caráter discricionário do ente administrativo, referidas exigências devem se pautar no interesse PÚBLICO, e não no particular, todas as exigências que porventura conste do edital e que fujam da normalidade, que é o caso das aqui relatadas, exige do administrador a expressa justificativa, evidenciando a pertinência e motivação, nesse sentido as lições de Maria Sylvia Zanella Pietro:

“O princípio da motivação exige que a Administração Pública **indique os fundamentos de fato e de direito de suas decisões. Ele está consagrado pela doutrina e pela jurisprudência**, não havendo mais espaço para as velhas doutrinas que discutiam se a sua obrigatoriedade alcançava só os atos vinculados ou só os atos discricionários, ou se estava presente em ambas as categorias. **A sua obrigatoriedade se justifica em qualquer tipo de ato, porque se trata de formalidade necessária para permitir o controle de legalidade dos atos administrativos.**” DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 77.

Nesse sentido, e em razão da singular e restritiva exigência do edital supra citada, o ente Público deve fundamentar referida solicitação, explicitando o seu real motivo, e dizendo ainda **porque somente a empresa que possua rede com estabelecimento sistema delivery é apta para cumprir o contrato.** Fundamentando, ainda, **o motivo da exigência de no mínimo uma das empresas de aplicativos de entrega de produtos alimentícios in natura (delivery): Pão de Açúcar ou Clube Extra (alimentação).**

Desse modo, para que o Município mantenha referidas cláusulas restritivas deverá esclarecer, sua real motivação, e os benefícios de referidas exigências aos cofres Públicos.

No presente caso, portanto, verifica-se a ausência de motivação e ou qualquer benefício ao Município de Rafard, extrapolando a razoabilidade, e certamente prejudicando o Município que não será beneficiado pela melhor proposta.

Ou seja, embora a Administração tenha a discricionariedade, para poder exigir as condições que lhe atendam, referida discricionariedade deve-se pautar na razoabilidade,

proporcionalidade, e indisponibilidade do bem Público, de modo a auferir a proposta mais vantajosa ao erário, nesse sentido o TC/SP, já se posicionou sobre o tema, já tendo sido enfrentado nos autos do TC-002187.989.13-25;

“O cerne da questão se resume ao número de estabelecimentos credenciados reclamado no instrumento convocatório e, a este respeito, considero que os elementos apresentados pela Fundação em suas razões de defesa não são suficientes para justificar o quantitativo exigido, mesmo em face da discricionariedade que permeia escolha desta natureza.

É que o exercício da competência discricionária – que se desenvolve a partir de aspectos subjetivos, valorados pela conveniência e oportunidade – está intimamente atrelado aos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, da finalidade e da motivação dos atos administrativos, não podendo deles se afastar, sob pena de se incorrer em desvio de poder.

Neste sentido, a entidade promotora da licitação não logrou demonstrar a necessidade de se exigir no mínimo 5 (cinco) estabelecimentos em 22 (vinte e dois) específicos Shopping Centers da cidade de São Paulo, notadamente em função de que há 209 (duzentos e nove) funcionários lotados na capital, o que se mostra desproporcional em confronto com os 110 (cento e dez) conveniados exigidos somente em shopping centers.”

Outrossim, de acordo com o § 1º, inciso I, do art. 3, da Lei nº 8666/93, é vedado aos agentes públicos:

Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

I - Admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, **cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da**

naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato;

Ainda o art. 3º da Lei nº 10.520/2002 estabelece que:

Art. 3º A fase preparatória do pregão observará o seguinte:

I - a autoridade competente justificará a necessidade de contratação e definirá o objeto do certame, as exigências de habilitação, os critérios de aceitação das propostas, as sanções por inadimplemento e as cláusulas do contrato, inclusive com fixação dos prazos para fornecimento;

II - a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição;

III - dos autos do procedimento constarão a justificativa das definições referidas no inciso I deste artigo e os indispensáveis elementos técnicos sobre os quais estiverem apoiados, bem como o orçamento, elaborado pelo órgão ou entidade promotora da licitação, dos bens ou serviços a serem licitados; e

IV - a autoridade competente designará, dentre os servidores do órgão ou entidade promotora da licitação, o pregoeiro e respectiva equipe de apoio, cuja atribuição inclui, dentre outras, o recebimento das propostas e lances, a análise de sua aceitabilidade e sua classificação, bem como a habilitação e a adjudicação do objeto do certame ao licitante vencedor.

Nas Lições de Marçal Justen Filho:

(...)

Todas as limitações **e exigências contempladas no ato convocatório deverão observar o princípio da proporcionalidade**. Ou seja, **deverá existir um vínculo de pertinência entre a exigência ou a limitação e o interesse supra-individual a ser satisfeito**. Isso equivale a afirmar **a nulidade de qualquer edital que contemple exigências excessivas ou inúteis, que impeçam a participação de interessados que poderiam executar prestação útil para a Administração**.

(...)

IMPORTANTE RESSALTAR, AINDA, A EXIGÊNCIA DO ITEM 10.10, QUE PREVÊ O SEGUINTE:

“10.10 - A LICITANTE VENCEDORA deverá apresentar, no mesmo prazo previsto no item 3.5 do Anexo I, Projeto de Atividades Nutricionais – Portaria do PAT: Atendendo ao art.7º, da Portaria n.º 03/2002, referente ao PAT, um programa/projeto de realização de atividades de conscientização e de educação alimentar para os servidores, além de divulgação sobre métodos de vida saudável, seja mediante campanhas, seja por meio de programas de duração continuada”.

Tal exigência extrapola o rol taxativo de documentos permitidos pelos artigos 28 a 31 da Lei nº 8.666/93

Por esta razão, também resta impugnado tal item do edital, tendo em vista que este também restringe o número de empresas participantes, direcionando o objeto do certame a poucas empresas, que certamente não serão as detentoras das propostas mais vantajosas ao Município, o que acarretará em graves prejuízos aos cofres Públicos.

UMA VEZ IMPUGNADO O EDITAL, OS REFERIDOS ITENS DEVEM SER REVISTOS E REAJUSTADOS RETIRANDO-SE ASSIM AS EXIGÊNCIAS ABSURDAS E DESCABIDAS, PERMITINDO, DESTA FORMA, A AMPLA PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS QUE PODERIAM ATENDER A DEMANDA DO MUNICÍPIO E AINDA OFERTAR A PROPOSTA MAIS VANTAJOSA.

III.I - DA RESPONSABILIDADE DOS MEMBROS DE COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO -. RESPONSABILIDADE PELA INCLUSÃO DE EXIGÊNCIAS INDEVIDAS NO EDITAL.

A responsabilidade decorre em regra da violação de um dever jurídico a que estava submetido o agente. Cabe então indagar: quais são os deveres atribuídos aos membros da Comissão Permanente de Licitação? A Lei nº 8.666/1993, no art. 6º, inciso XVI, estabelece que essa comissão tem a função de receber, examinar e julgar todos os documentos e procedimentos relativos ao cadastramento de licitantes. Ao longo do referido diploma legal, encontraremos outros dispositivos que tratam de procedimentos que devem ser adotados pela comissão.

Assim, é fundamental identificar quais são os deveres atribuídos a tais agentes, lembrando que é possível que normas internas do órgão ou da entidade da Administração Pública disciplinem tarefas que devem ser desempenhadas pelos agentes envolvidos no certame.

Vale lembrar ainda que o art. 82 da Lei 8.666/93, prevê que os agentes administrativos que praticarem atos em desacordo com os preceitos da Lei de Licitações ou que atuem visando a frustrar os objetivos do certame estão sujeitos às sanções previstas na própria Lei “e nos regulamentos próprios, sem prejuízo das responsabilidades civil e criminal que seu ato ensejar, vejamos:

Artigo 82 Lei 8.666/93:

Art. 82. **Os agentes administrativos que praticarem atos em desacordo com os preceitos desta Lei ou visando a frustrar os objetivos da licitação sujeitam-se às sanções previstas nesta Lei e nos regulamentos próprios, sem prejuízo das responsabilidades civil e criminal que seu ato ensejar.**

Conforme determina a legislação e a Maciça Jurisprudência o Agente Administrativo, no exercício da função de membro de Comissão Permanente de Licitação, responde diretamente por atos praticados em desacordo com a Lei, e com o Objetivo de frustrar os objetivos da licitação que é a obtenção da proposta mais vantajosa ao ente Público.

Nesse sentido o TCU vem se posicionando:

Acórdão nº 1.456/2011 – Plenário

Trecho do Voto:

“27. De fato, **restou assente que os membros da CPL não agiram com a devida diligência no exercício de suas funções, permitindo que inconsistências relevantes e de fácil percepção, tais como cláusulas editalícias em desconformidade com os princípios que norteiam a administração pública** e ausência de orçamento detalhado expressando os custos unitários da obra, fossem levadas adiante sem que se procedesse a sua devida correção. Além disso, a mesma comissão não atendeu a contento o princípio da publicidade quando da alteração de data para a realização da visita técnica, dando ensejo, inclusive, à interposição de recurso por parte de uma das licitantes que não tomou ciência do fato.

Acórdão nº 2.561/2004 – 2ª Câmara, ratificado pelo Acórdão nº 2.068/2005 – 2ª Câmara.

Trecho do Relatório:

“Conforme relatado, foram inseridas, no edital, várias condições injustificadas e/ou desnecessárias para a execução do objeto, mas que estabeleceram distinções entre os participantes, restringindo o caráter competitivo. Como consequência, restou configurada afronta ao art. 3º, caput e § 1º, inciso I, da Lei 8.666/93, ensejando audiência dos responsáveis, no caso, a coordenadora-geral de informática e telecomunicações, responsável pela área técnica que estabeleceu os critérios do Edital de Concorrência, e o subsecretário de assuntos administrativos, responsável pela sua análise e aprovação, para que apresentem suas razões de justificativa em relação às seguintes ocorrências:

(...)

Acórdão nº 557/2006 – Plenário.

Trecho do Voto:

“5. Do momento que foi proferido o Acórdão 1.859/2004 - P, chamo atenção para o seguinte trecho do Voto Revisor;

‘Manifesto-me em linha de concordância com o Ministério Público junto ao TCU e com o eminente Ministro Ubiratan Aguiar no sentido de que houve direcionamento no certame licitatório. No entanto, embora concorde com a existência de direcionamento, entendo que somente o Sr. ..., Diretor Técnico da Superintendência do Porto de Itajaí, deve ser responsabilizado. No que se refere ao Superintendente do Porto de Itajaí, Sr. ..., em linha de concordância com o Ministério Público, entendo que suas contas devem ser julgadas regulares com ressalva. Embora esse agente público tenha assinado o edital de licitação - que contém o Memorial Descritivo por meio do qual se operou o direcionamento do certame -, ficou comprovado que foi o Diretor Técnico o responsável direto pela elaboração das especificações que levaram à restrição do caráter competitivo da licitação. Foi ele, também, quem elaborou a planilha de custos de forma inadequada, o que levou a apresentação de orçamentos irrealistas por parte da COPABO. Quanto aos membros da comissão de licitação - em linha de

concordância com o Ministro Ubiratan Aguiar e de discordância com o Parquet -, creio que suas contas devam ser julgadas regulares com ressalva'.

Assim, pelo todo acima exposto, a empresa impugnante esclarece, que nos termos da legislação e Jurisprudências acima, caso haja prejuízo ao erário Público, em razão das apontadas cláusulas e termos restritivos constantes do edital, adotará as devidas denúncias aos órgãos competentes para que os agentes administrativos sejam devidamente responsabilizados.

IV- DOS PEDIDOS E REQUERIMENTOS

Pelo exposto, requer seja a presente **IMPUGNAÇÃO** julgada procedente, com efeito para:

- a) Seja reajustada as exigências contempladas nos itens **2.10 “P”, 2.11 e 10.10**, pelos fatos e motivos acima expostos, determinando-se a exclusão das exigências neles previstas, como condição ao cumprimento do contrato, e ainda, seja concedido prazo razoável, (30 dias), para que a empresa vencedora, realize do credenciamento da rede.
- b) determinar-se a republicação do Edital, escoimado dos vícios apontados, reabrindo-se o prazo inicialmente previsto, conforme § 4º, do art. 21, da Lei nº 8666/93.
- c) seja determinada a suspensão liminar do procedimento licitatório, cuja credenciamento das proponentes e sessão de recebimento dos envelopes encontra-se programada para às **08h30 do dia 27 de dezembro de 2021 e, ao final, o acolhimento das impugnações com a determinação de revisão do instrumento convocatório.**

Termos em que,

Pede Deferimento.

São José do Rio Preto - SP, 23 de dezembro de 2021.



MEGA VALE ADMINISTRADORA DE CARTÕES E SERVIÇOS LTDA

Rafael Prudente Carvalho Silva

OAB/SP 288.403