

ILUSTRÍSSIMO(A) SENHOR(A) PREGOEIRO(A) DA PRODESAN – PROGRESSO E DESENVOLVIMENTO DE SANTOS S.A DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO: IMPUGNAÇÃO DE EDITAL

REPRESENTANTE: BK INSTITUIÇÃO DE PAGAMENTO S.A

REPRESENTADO: PRODESAN – PROGRESSO E DESENVOLVIMENTO DE SANTOS S.A DO ESTADO DE SÃO PAULO

CHAMAMENTO PÚBLICO Nº. 001/2024

BK INSTITUIÇÃO DE PAGAMENTO S.A, inscrita no CNPJ nº 16.814.330/0001-50, com sede na Avenida Marcos Penteado de Ulhôa Rodrigues, nº. 939, Andar 8, Torre 1 – Edifício Tamboré, CEP 06.460-040, na cidade de Barueri, Estado de São Paulo, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, apresentar **IMPUGNAÇÃO AO EDITAL**, com fundamento no art. 164 da Lei 14.133/21, pelos motivos de fato e de direito que passa a expor.

1- DA TEMPESTIVIDADE

A data de início para abertura das propostas está prevista para o dia 13/09/2024.

“As impugnações podem ser apresentadas até 05 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a entrega da documentação, nos termos do item 5.1 do edital.”

Deste modo, a presente representação da Impugnação ao Edital, nesta data 04/09/2024, é tempestiva

2- DOS FATOS

A Representante é empresa que atua no ramo de fornecimento de Cartão Alimentação e Refeição, com ampla experiência na prestação de serviços à órgãos públicos, participando ativamente de processos licitatórios.

Tomou conhecimento que a **PRODESAN – PROGRESSO E DESENVOLVIMENTO DE SANTOS S.A DO ESTADO DE SÃO PAULO** publicou Edital cujo objeto é *“CREDENCIAMENTO DE EMPRESAS especializadas para prestação de serviços de implementação, administração, gerenciamento e disponibilização de créditos em cartões eletrônicos/magnéticos ou de similar tecnologia, dotado de chip de segurança, com recargas mensais, destinados aos empregados da PRODESAN – Progresso e Desenvolvimento de Santos S.A., para aquisição de gêneros alimentícios em estabelecimentos credenciados, na forma da legislação pertinente e dispositivos normativos do Ministério do Trabalho e Previdência, que regulamentam o PAT - Programa de Alimentação do Trabalhador, conforme Termo de Referência que constitui o Anexo I deste Edital.”*

Contudo tal edital traz limitação quanto a taxa que a contratada deve aplicar ao credenciar a rede de estabelecimentos comerciais, o que não deve florescer visto ser uma ingerência da administração pública na relação privada, conforme será demonstrado a seguir.

3- DA EXGÊNCIA DE REDE NOMINAL

No item 8.4 do Edital, é exigido que os licitantes garantam o credenciamento de determinadas redes, **EXIGIDAS NOMINALMENTE**. Vejamos:

“8.4. A Contratada deverá manter no período de vigência do contrato no mínimo 5 (cinco) das 6(seis) redes indicadas: Extra, Pão de Açúcar, Carrefour, Roldão, Assaí, Atacadão.”

Ocorre que, tal exigência é completamente ILEGAL e caracteriza uma violação aos princípios norteadores do processo licitatório, tendo em vista que gera um direcionamento do objeto licitado.

A realização do certame na forma ora apresentada, fere o principalmente o princípio da IGUALDADE e da COMPETITIVIDADE, pois a manutenção dos estabelecimentos

nominados indica a escolha e preferência por determinadas “MARCAS” afrontando a Lei de Licitações, além de impor compromissos a terceiros alheios à disputa, comprometendo assim, a ISONOMIA da disputa e a COMPETITIVIDADE que se espera certame.

Vejamos o entendimento Tribunal de Contas da União quanto a exigência de rede nominal:

Identificação

Acórdão 99/2005 - Plenário

Número Interno do Documento

AC-0099-04/05-P

Ementa

Representação formulada por deputado distrital. Possíveis irregularidades praticadas no âmbito do Ministério da Fazenda. Licitação. Excesso de descrição do objeto. Julgamento por preço global para itens diferentes. Indicação da marca do produto licitado. Cotação de serviços estranhos ao objeto. Exigências indevidas no edital. Contratação irregular de pessoal. Utilização indevida de veículo. Exploração de restaurante e lanchonete do Ministério de forma gratuita e sem procedimento licitatório prévio. Obtenção de vantagens pessoais perante a empresa contratada. Conhecimento. Audiência. Determinação.

- Licitação de objeto de natureza divisível. Considerações.

4.6.4 Conclusão

Diante da análise acima apresentada, concluímos que prosperam parcialmente as alegações do Representante em relação a este pregão. A indicação da marca do processador contrariou dispositivos da Lei nº 8.666/93 e pode ter restringido a competição neste certame, o que enseja o cancelamento do processo licitatório e do respectivo contrato e a aplicação de multa prevista no inciso II do art. 58 da Lei Orgânica deste Tribunal. 4. Antecipadamente, saliento que a descrição minuciosa ou a indicação de marca podem conduzir a uma inaceitável restrição à competitividade do certame. Esta Corte já deliberou nesse sentido quando da prolação do Acórdão 1523/2003 - Plenário:

“9.2.3. a indicação de marca na especificação de produtos de informática pode ser aceita frente ao princípio da padronização previsto no art. 15, I, da Lei 8.666/93, desde

que a decisão administrativa que venha a identificar o produto pela sua marca seja circunstanciadamente motivada e demonstre ser essa a opção, em termos técnicos e econômicos, mais vantajosa para a administração;”

a) Nesse mesmo sentido o item 9.6.1 do Acórdão 2844/2003 - Primeira Câmara, do qual fui Relator: “9.6.1. evitar a indicação de marcas de produtos para configuração do objeto, quando da realização de seus certames licitatórios para a aquisição de bens de informática, a não ser quando legalmente possível e estritamente necessária para atendimento das exigências de uniformização e padronização, sempre mediante justificativa prévia, em processo administrativo regular, no qual fiquem comprovados os mencionados requisitos;”

6. Os elementos a serem trazidos aos autos pelos responsáveis, em sede de audiência, permitirão obter subsídios que possam justificar tais condutas ou avaliar sua culpabilidade nas falhas detectadas. Por conseguinte, é pertinente a proposta da unidade técnica.

Acórdão 3513/2011 - Primeira Câmara

A exigência do Banco Central do Brasil quanto à apresentação prévia da rede credenciada vai de encontro às determinações do Tribunal. Portanto, considero que as justificativas apresentadas pelos Srs. Luciano Iannini Cotta (Pregoeiro do Banco Central do Brasil) e Fernando Luís Neves (Gerente-administrativo Regional do Banco Central do Brasil) não foram suficientes para considerar o procedimento adotado como adequado, sob o ponto de vista da restrição à competitividade.

(...)

De fato, a precisa análise promovida nos autos deixou transparecer a presença das irregularidades apontadas pela representante, em especial aquela que exige, na habilitação, a apresentação da relação de estabelecimentos em conjunto com a proposta, questões que ensejam a adoção, por parte do BACEN, de medidas corretivas tendentes a excluí-las quando do lançamento de novos editais para a contratação de serviços da espécie.

(...)

É de se ressaltar que as questões ora tratadas não apresentam novidade. Ocorrências semelhantes foram observadas em editais de licitação lançados por outras unidades integrantes da Administração Pública Federal e foram objeto de expedição de orientações que hoje formam jurisprudência pacífica no âmbito deste Tribunal.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão da Primeira Câmara, em:

9.1. conhecer da presente Representação, nos termos do art. 237, inciso VII, do RI/TCU, para, no mérito, considerá-la procedente;

9.2. nos termos dos arts. 43, I, da Lei nº 8.443/92, e 250, II, do RI/TCU, determinar ao Banco Central do Brasil/BACEN que, caso persista a necessidade da contratação, se abstenha de prorrogar o Contrato nº BACEN/ADBHO nº 454/2011, decorrente do Pregão Eletrônico nº ADBHO 16/2011, promovendo nova licitação, imediatamente após o seu encerramento, escoimada da irregularidade ali detectada, qual seja, a exigência de comprovar, ainda na fase de habilitação/classificação de propostas, que a licitante possui rede credenciada de oficinas multimarcas/centros automotivos/concessionárias e distribuidoras de autopeças e pneus, bem como rede credenciada de postos de combustível de bandeira, por ser restritiva à competitividade, contrariando o disposto no art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993;

Ata 46/2010 – Plenário

Sessão 24/11/2010

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, ante as razões expostas pelo Relator, e com fundamento nos arts. 237, inciso VII, e 250, inciso II, do Regimento Interno/TCU, em:

9.3. determinar à Amazonas Distribuidora de Energia S.A. que adote as providências que se fizerem necessárias para restabelecer a competitividade no Pregão Eletrônico nº 387/2010, podendo ser levadas em consideração, para tanto, as sugestões feitas pela unidade técnica deste Tribunal na segunda instrução dos autos, reproduzidas nos subitens abaixo, atentando que as exigências de rede credenciada não podem feitas como critério de

habilitação na licitação, devendo ser dirigidas somente à futura contratada:

9.3.1. excluir o subitem 4.1.1.5.1.3 do edital do Pregão Eletrônico nº 387/2010, consistente na exigência de os interessados apresentarem relação de estabelecimentos comerciais credenciados junto à licitante, informando a razão social, CNPJ e endereço, a fim de possibilitar o reinício do certame, com abertura de novo prazo legal para que os interessados prepararem suas propostas;

9.3.2. fazer constar a exigência de comprovação de rede credenciada apenas na fase de contratação, com estabelecimento de um prazo razoável para que a vencedora do certame credencie os estabelecimentos comerciais das localidades onde os funcionários da estatal estejam lotados;

Acórdão 2581/2010 - Plenário

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1 conhecer da presente representação, com amparo no inciso VII do artigo 237 do Regimento Interno do TCU, combinado com o § 1º do artigo 113 da Lei 8.666/93, para, no mérito, considerá-la procedente;

9.2. fixar o prazo de quinze dias, com fundamento no artigo 71, inciso IX, da Constituição Federal c/c o artigo 45 da Lei 8.443/92, para que Sesc/SP adote as medidas necessárias à anulação do Pregão Presencial PP S 14/2010 no que diz respeito ao lote 1 - fornecimento de vale refeição;

9.3. determinar ao Sesc/SP, com fulcro no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/92 e inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal (princípio da isonomia), que, nas próximas contratações de serviço de fornecimento de vales refeição para suas unidades, faça constar a exigência de comprovação de rede credenciada próxima às unidades do Sesc/SP apenas na fase de contratação, com estabelecimento de prazo para que a vencedora do certame credencie os estabelecimentos comerciais localizados nas imediações das unidades a serem atendidas;

Acórdão 842/2010 – Plenário. Dou 07/05/2010.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, e diante das razões expostas pelo Relator, com fundamento no art. 43 da Lei nº 8.443/92 e art. 237, inciso VII, do Regimento Interno do Tribunal c/c o art. 113, § 1º, da Lei nº 8.666/93, em:

- 9.1. conhecer da presente representação;*
- 9.2. indeferir o pedido de medida cautelar para a suspensão do certame;*
- 9.3. no mérito, considerar a representação procedente;*
- 9.4. determinar à Eletronuclear que, em novas licitações, observe o disposto no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal e o art. 30, § 5º, da Lei nº 8.666/93, deixando de fazer exigências dispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações, em especial a de comprovação de atividade em local específico para a qualificação técnica do licitante, que restringe a competitividade do certame e fere a sua isonomia*

Ademais, tal exigência é tão grave, que é tese de súmula do Tribunal de Contas de São Paulo:

“SÚMULA Nº 15 - Em procedimento licitatório, é vedada a exigência de qualquer documento que configure compromisso de terceiro alheio à disputa.”

Diante disto, tal exigência editalícia, nos remete a competição de determinadas empresas que já possuem tais redes especificadas no ato convocatório, com o favorecimento destas empresas a Administração fere o princípio da isonomia, destacado no art. 5º da Lei 14.133/21.

As cláusulas presentes em um edital convocatório devem apresentar exigências realmente necessárias para a execução do serviço buscando uma prestação de boa qualidade, a Administração pode exigir o credenciamento de supermercados e hipermercados, porém não se pode exigir o credenciamento de um estabelecimento específico.

Deste modo, deve-se evitar qualquer exigência irrelevante e destituída de justificativa, que restrinja a competição.

Acerca do tema, ensina Hely Lopes Meirelles:

“(...) 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 faccioso, que desiguale 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)

Portanto, toda licitação deve permitir e facilitar o ingresso do maior número possível de participantes, para que possa obter, realmente, a proposta mais vantajosa para a Administração.

Justamente por isso o Prof. Diógenes Gasparini em palestra no Tribunal de Contas do Município de São Paulo lecionou:

“O princípio da competitividade é, digamos assim, a essência da licitação, porque só podemos promover esse certame, essa disputa, onde houver competição. É uma questão lógica. Com efeito, onde há competição, a licitação não só é possível, como em tese, é obrigatória; onde ela não existe a licitação é impossível. (...) Em suma, o princípio da competitividade de um lado exige sempre em que se verifique a possibilidade de se ter mais de um interessado que nos possa atender, que nos possa fornecer o que desejamos. Essa constatação determina ou não a promoção da licitação. Portanto, a competição é exatamente a razão determinante do procedimento da licitação, mas ele tem uma outra faceta que muitas vezes é despercebida pelo operador do Direito. Se a competição é a alma da licitação, é evidente que quanto mais licitantes participarem do evento licitatório, mais fácil será à Administração Pública encontrar o melhor contratado. Sendo assim, deve-se evitar qualquer exigência irrelevante e destituída de interesse público, que restrinja a competição. Procedimento dessa natureza viola o princípio da competitividade. Observe-se a

seguinte situação: para demonstrar que alguém tem capacidade técnica para executar uma determinada obra não precisamos de 5, 8, 10 ou mais atestados de capacidade técnica, basta um, desde que a capacidade técnica atestada seja similar à necessária à execução do objeto que pretendemos. Qual é o problema? Se exigirmos mais, quando não é necessário, pode ocorrer que alguns licitantes com plena capacidade técnica para executar o objeto da licitação sejam alijados do procedimento, pois não têm todos esses atestados. É uma exigência, portanto, que afronta o princípio da competitividade e a todo custo deve ser evitada.”

Por todo exposto, é nítido que a exigência de rede nominal no instrumento convocatório, configura claramente o direcionamento do objeto licitado, e compromete a lisura do certame, indo contra aos princípios que regem todo processo licitatório.

4- DO PEDIDO

Finalmente, requer seja recebida a presente impugnação ao edital para julgar totalmente procedente os itens impugnados, suspendendo liminarmente a licitação marcada para o próximo dia 13/09/2024, para a revisão e exclusão dos itens impugnados, pois é clara a afronta à lei de regência e princípios que regem as contratações públicas.

Barueri/SP, 04 de setembro de 2024.

BK INSTITUIÇÃO DE PAGAMENTOS S.A
CNPJ nº 16.814.330/0001-50