



Ilustríssima Senhora Presidente do Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio de Janeiro, Sra. Márcia Rosa de Araujo



PROTOCOLO CREMERJ
10192139

12:57:28
19/09/2013

PREGÃO PRESENCIAL nº 040/2013

TRIVALE ADMINISTRAÇÃO LTDA., pessoa jurídica de direito privado inscrita no CNPJ/MF nº 00.604.122/0001-97, com sede à rua Machado de Assis, nº 904, centro, na cidade de Uberlândia-MG, vem, por seu Procurador abaixo assinado, não se conformando com parte do Edital em epígrafe, oferecer sua **IMPUGNAÇÃO AO EDITAL** pelos fundamentos de fato e de direito a seguir expostos:

1 DOS FATOS

A Impugnante é empresa prestadora de serviços de gerenciamento de redes, atuando com forte destaque em âmbito nacional em cartões alimentação, refeição, gestão de frota, convênios e manutenção veicular, fazendo sempre uso de sua marca Valecard, muito conhecida no meio em que atua.

Assim, deseja participar da licitação na modalidade pregão presencial, cujo objeto é a contratação de empresa especializada, para o fornecimento de cartões magnéticos/eletrônicos para aquisição de refeição e alimentação em rede de restaurantes e supermercados (e estabelecimentos similares) credenciados para o quadro funcional do CREMERJ (sede, sedes e seccionais), nos termos e condições constantes no presente Edital.

Ocorre que, ao analisar o edital do certame verificou-se a existência de cláusulas restritivas relativas, a saber, a exigência de apresentação de rede de estabelecimentos credenciados como condição de habilitação e assinatura do contrato, situação absolutamente ilegal como será fartamente demonstrado.



Como tal proceder, acaso efetivamente verificado, constitui grave ilegalidade (Lei nº 8.666/93, art. 3º c/c art. 37,XX da CF/88), busca esta impugnação a apuração do ocorrido e a conseqüente retificação do edital.

2 DO DIREITO

2.1.- DA EXIGÊNCIA DE REDE PRÉ-CONSTITUÍDA – IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA – EXPRESSA DISPOSIÇÃO LEGAL – SITUAÇÃO INCOMPATÍVEL COM A LEGISLAÇÃO

Consta do Edital:

VII – DA HABILITAÇÃO

7.1 Os documentos de habilitação deverão ser apresentados em envelope indevassável, constando da parte externa as indicações descritas no item 3.1."b", contendo:

7.1.4 Documentação relativa à qualificação técnica

*c) Relação discriminada dos estabelecimentos comerciais credenciados localizados no estado do Rio de Janeiro, **obrigatoriamente, em todos os locais descritos no Anexo II, dela constando a razão social, nome fantasia, endereço e telefone de cada estabelecimento, com a capacidade adequada para o atendimento do objeto do Contrato.***

E ainda do Anexo II:

1) DOS ESTABELECIMENTOS CREDENCIADOS

A CONTRATADA deverá apresentar relação da rede de credenciados ativos como condição para assinatura do contrato; manter número de credenciados durante toda a execução contratual, comunicando mensalmente o CONTRATANTE, a ocorrência de novos credenciamentos e suas respectivas alterações, além de exigir dos estabelecimentos credenciados as identificações de sua adesão ao sistema, em locais de fácil visualização.

Ora! Com a devida vênia, da forma como está posto o ato convocatório, inegavelmente há exigência **de rede prévia de estabelecimentos** já que a LICITANTE deverá apresentar a rede de estabelecimentos credenciados como condição para habilitação da licitante e ainda, como condição para assinatura do contrato.

Ocorre que esta exigência é gritante e escandalosamente ilegal conforme ampla, maciça e unânime jurisprudência das Cortes de Contas do Brasil!

E a razão é simples: da forma como consta do Edital é proibida na prática a participação de empresas que atuam em outras regiões do Brasil já que **somente as empresas que já atuam nestas localidades têm como provar até a data da sessão pública que possuem rede de estabelecimentos credenciados nos locais indicados no Anexo II deste Edital.**

Uma ilegalidade absurda aos princípios licitatórios e à legislação anticoncorrencial!



De fato, o que uma empresa com fortíssima atuação, por exemplo, no Sul do Brasil faria com uma rede de estabelecimentos credenciados em um determinado município da região Norte?

A que serviria esta rede?

A nada, a ninguém!

Por óbvio somente tem rede em um determinado local quem precisa ter rede neste local. É o lógico!

Portanto a exigência é restrição por via oblíqua ou indireta pelo local da atuação da empresa, violando o pacto federativo.

A doutrina e a jurisprudência apontam tal exigência como sendo uma ilegalidade frente ao disposto na Lei n. 8.666/93, art. 3º, § 1º.

Sobre o tema já se manifestou o Tribunal de Contas da União:

Acórdão 1818/2013:

Vistos, relatados e discutidos estes autos que versam sobre Representação formulada pela empresa Trivale Administração Ltda., com fundamento no art. 113 da Lei 8.666/1993, acerca de possíveis irregularidades contidas no edital do Pregão Eletrônico 143/2013, do tipo menor preço, promovido pelo Grupo Hospitalar Conceição (GHC), integrado pelos Hospitais Nossa Senhora da Conceição S.A., Cristo Redentor S.A. e Fêmeina S.A. ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. conhecer da presente representação, uma vez satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos no art. 237, inciso VII e § único, do RITCU c/c art. 132, inciso VII, da Resolução TCU 191/2006, e art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993, para, no mérito, considerá-la procedente;

9.2. considerar prejudicado o pedido de medida cautelar formulado pela representante, ante a suspensão do certame e a informação de que as cláusulas do edital questionadas nesta representação serão alteradas pela própria entidade;

9.3. dar ciência ao Hospital Nossa Senhora da Conceição S.A., ao Hospital Cristo Redentor S.A. e ao Hospital Fêmeina S.A., integrantes do Grupo Hospitalar Conceição (GHC), de que:

9.3.1. a exigência de prévia apresentação da rede credenciada, na contratação de empresa para fornecimento de vale-refeição, como condição para participação na licitação, identificada no edital do Pregão Eletrônico 143/2013, compromete a competitividade do certame e contraria precedentes deste Tribunal, a exemplo dos Acórdãos 1.884/2010, 307/2011, 2.962/2012, 3.400/2012, e 686/2013, todos do Plenário;

Acórdão 1718/2013-Plenário

VISTOS, relatados e discutidos estes autos da representação formulada pela empresa Planinvesti Administração e Serviços Ltda., com fulcro no art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993, contra possíveis irregularidades na Concorrência 2/2013, conduzida pelo Conselho Regional de Psicologia da 6ª Região - CRP-06,

TRIVALE ADMINISTRAÇÃO LTDA.

CNPJ nº 00.604.122/0001-97

Rua Machado de Assis, nº 904, Centro – Uberlândia/MG - CEP 38400-112

Telefone (34) 3239-0550 / Fax (34) 3239-0547

www.valecard.com.br – licitacoes@valecard.com.br



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

9.1. conhecer da presente representação, satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos no art. 237 do Regimento Interno deste Tribunal c/c o art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993, para, no mérito, considerá-la procedente;

9.2. nos termos do art. 71, inciso IX, da Constituição Federal, c/c o art. 45 da Lei 8.443/1992, fixar o prazo de quinze dias, a contar da ciência deste Acórdão, para que o Conselho Regional de Psicologia da 6ª Região - CRP-06 adote as providências necessárias à anulação da Concorrência 2/2013;

9.3. determinar ao Conselho Regional de Psicologia da 6ª Região - CRP-06 que nas próximas contratações de serviço de fornecimento de vales refeição, **abstenha-se de exigir a apresentação da rede credenciada como critério de habilitação técnica e faça constar a exigência desta comprovação apenas na fase de contratação, com estabelecimento de prazo para que a vencedora do certame credencie os estabelecimentos comerciais;**

ACÓRDÃO 2962/2012 - Plenário:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos que tratam de representação formulada com base no art. 113, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, c/c o art. 237, inciso VII, do Regimento Interno, por meio da qual a Planinvesti Administração e Serviços Ltda. solicita a suspensão cautelar do Pregão Presencial nº 7/2012, que está sendo realizado pelo Serviço de Apoio às Micro e Pequenas Empresas do Estado do Tocantins - Sebrae/TO para a contratação de empresa especializada para prestar serviço de administração e gerenciamento de benefício de auxílio-alimentação.

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 276 do Regimento Interno/TCU, em:

9.1. conhecer da presente representação, uma vez preenchidos os requisitos de admissibilidade aplicáveis à espécie;

9.2. indeferir o pedido de medida cautelar para a suspensão do certame;

9.3. no mérito, considerar a representação parcialmente procedente;

9.4. dar ciência ao Sebrae/TO que, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, **as exigências inseridas nos editais das licitações devem se limitar àquelas indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações contratuais, na medida em que a comprovação de atividade em local específico para a qualificação técnica do licitante pode vir a ter potencial para causar restrição à competitividade do certame, razão pela qual a jurisprudência deste Tribunal é no sentido de que a exigência de comprovação de rede credenciada seja feita na fase de contratação, com estabelecimento de prazo razoável para que a vencedora do certame credencie os estabelecimentos comerciais das localidades onde os empregados que usufruirão do benefício de auxílio-alimentação estejam lotados;**



Aliás, o assunto é tão grave que já foi até sumulado pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo:

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

Ou seja, a exigência editalícia é capaz, sim, de remeter a competição a determinadas empresas que possuem uma rede de credenciamento específica, determinada no Instrumento de Convocação, em prejuízo ao princípio da isonomia, destacado no art. 3º da Lei 8666/93.

Nestes casos, o correto e o praticado pelos demais órgãos da administração em todos os seus níveis é sempre exigir da licitante que vier a se consagrar como **VENCEDORA** a apresentação da rede em prazo razoável, como por exemplo, **30 (trinta) dias após a conclusão do processo administrativo licitatório**, quando, aí sim, ela se torna operacional.

Neste sentido são, inclusive, recentes decisões judiciais proferidas em diferentes Estados do País, senão vejamos:

*“Dispõe a Lei nº 8.666/93, em seu art. 3º, caput, que `A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração 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 lhe são correlatos. Ainda, conforme o inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal, que `ressalvados os casos específicos na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. Portanto, depreende-se que a licitação rege-se pelo princípio da igualdade entre todos os participantes. Assim, o procedimento licitatório deve possibilitar a participação de um maior número de concorrentes, visando a prestação de serviços pelo melhor preço. Todavia, a exigência contida na letra çmç, do Anexo VII do Edital, não condiz com a legislação aplicável, pois limita o número de concorrentes, uma vez que exige à época do julgamento das propostas do certame e na assinatura do contrato, o credenciamento da empresa em 95% dos municípios do Estado ou um posto até no máximo 25 Km. Nesse sentido, **há plausividade do direito invocado na inicial para que a autoridade coatora abstenha-se de exigir a apresentação de rede preexistente, devendo ser concedido prazo hábil para a apresentação à vencedora do certame, a fim de garantir o melhor preço para a Administração Pública.** Autos n. 0292841-51.2012.8.21.0001 – 1ª. Vara da Fazenda Pública de Porto Alegre.17/09/2012*

Na fase de habilitação técnica, cabe a entidade licitante aferir a experiência e a capacidade técnica das empresas concorrentes para cumprir o objeto do certame, exigindo delas a apresentação de atestados fornecidos por pessoa jurídica de direito público ou privado.



A exigência de apresentação de estabelecimentos credenciados deve ser feita apenas na fase de contratação, oportunizando a empresa vencedora, dentro de prazo razoável, que credencie os estabelecimentos nos moldes em que a administração entenda suficiente e necessário para a efetiva execução do programa.”

Autos No 5005608-42.2011.827.2729 4ª VARA DOS FEITOS DAS FAZENDAS E REGISTROS PÚBLICOS DA COMARCA DE TOCANTINS. 30 de novembro de 2011

Assim exposto, pelos fundamentos de fato e de direito acima alinhados, DEFIRO A LIMINAR postulada, vez que configurados os pressupostos para outorga desta e determino à Autoridade indigitada coatora que se abstenha de exigir rede de estabelecimentos previamente credenciadas, contida no item 8.8, como condição de participação do certame, devendo ser concedido prazo hábil para tal, reservando-se ainda à vencedora do certame, bem como se abstenha de exigir inscrição em dois conselhos profissionais distintos e averbação do atestado emitido por órgãos público e, caso o certame já tenha ocorrido proceda a imediata suspensão da homologação e assinatura do contrato e, caso este já tenha sido assinado, proceda a suspensão de sua execução até ulterior decisão de mérito...” Mandado de Segurança n. 041.11.000269-2, 2ª. Vara Cível da Comarca de Presidente Kennedy-ES, despacho publicado em 12/04/2011.

(...)Entendo presentes os requisitos a determinar o deferimento da liminar pleiteada em sede de Mandado de Segurança. Com efeito, como demonstra fartamente a prova documental pré-constituída, a exigência contida no Anexo II, do Edital do Pregão Eletrônico nº 058/2010, de 26 de julho de 2011, do BRB S/A, determinando a previa comprovação do número mínimo de estabelecimentos comerciais credenciados com a impetrante em todas as localidades onde a instituição financeira exerce suas atividades, para mera habilitação no certame, se mostra, as inteiras, despropositada, sob qualquer parâmetro de interpretação da razoabilidade na cautela de se contratar. Demais, como bem comprovado nos autos, a doutrina e a jurisprudência tanto Judicial quanto dos Tribunais de Contas, o da União incluído, são fartas no entendimento de ser despropositada e inoportuna tal exigência na fase inicial de habilitação dos concorrentes, por alijar do certame empresas de outros Estados da Federação, com evidente e ilegal privilegio as locais, já conveniadas nas localidades com atuação do BRB S/A, ferindo o Princípio Constitucional da Impessoalidade, além de, ao restringir o número de participantes, potencializar eventual prejuízo para o Erário na contratação, seja pelo preço e/ou pela qualidade do serviço a ser prestado. Na verdade, tal exigência deve ser feita e a será, após a proclamação da vencedora, dando-lhe prazo razoável para ultimar os convênios nos números mínimos exigidos no Edital. Entretanto, exigi-la de início, como aqui se pretende, resta por causar prejuízos de toda monta para todas as demais perdedoras, obrigadas a gastar para firmar convênios a fim de poder concorrer, e, depois, não obtendo êxito, assumir os custos totais dos convênios tornados sem objeto. Aqui o direito líquido e certo da Impetrante.” Mandado de Segurança n. 2011.01.1.148863-5, 7ª. Vara da Fazenda Pública do Distrito Federal, Despacho publicado em 17/08/2011.

“(...)Ora, em se tratando de empresa sediada em outro Estado da Federação, a exigência de apresentação de rede conveniada, concomitantemente com a proposta, como condição de habilitação, realmente se mostra desproporcional e acaba por restringir a competitividade do certame, ferindo a isonomia da condição de disputa dos licitantes.

TRIVALE ADMINISTRAÇÃO LTDA.

CNPJ nº 00.604.122/0001-97

Rua Machado de Assis, nº 904, Centro – Uberlândia/MG - CEP 38400-112

Telefone (34) 3239-0550 / Fax (34) 3239-0547

www.valecard.com.br – licitacoes@valecard.com.br



Todavia, entendo que não se trata da hipótese de determinar a suspensão da concorrência, mas simplesmente de estabelecer que a autoridade coatora e, por consequência, o órgão impetrado se abstenham de exigir, como requisito de habilitação, a relação dos estabelecimentos credenciados juntamente com a proposta, devendo ser concedido prazo hábil para tal na eventualidade de que a impetrante venha a se sagrar vencedora do certame, atendidos os demais requisitos do edital. Mandado de Segurança n. 5002281-46.2011.404.7100. 3ª. Vara Federal de Porto Alegre. Despacho publicado em 24/01/2011

Leia-se o art. 3º. da Lei n. 8.666/93 e também da vedação a exigências não razoáveis:

“Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a administração 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.”

“§ 1º. É vedado aos agentes públicos:

“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;” Destacamos.

Tomando a lição do eminente MARÇAL JUSTEN FILHO:

“19) Vedação a cláusulas discriminatórias

“Através do § 1º., a Lei expressamente reprovava alguns defeitos usuais nas praxes administrativas. Em vez de apenas declarar a invalidade de determinada espécie de cláusulas, a Lei emite proibição dirigida aos responsáveis pela elaboração do ato convocatório. É uma tentativa de evitar a concretização do vício, antes de reprimir, em momento posterior, sua ocorrência.”

Com efeito, a jurisprudência é totalmente pacífica neste sentido.

Imagine o proprietário de um estabelecimento nos locais indicados, por exemplo, ser procurado por “n” empresas no prazo hábil de poucos dias úteis para assinar dezenas de documentos, contratos, instalação e treinamento de sistemas operacionais e rotinas de ajustes para ver se aquilo um dia será útil, pois tudo depende da empresa vencer ou não a licitação!

Das “n” empresas só uma vencerá o certame e todo o trabalho das outras e do estabelecimento será inútil!



Tentemos convencer o dono do estabelecimento a se prestar a este papel, paralisando suas atividades habituais para um treinamento que só será válido para uma única das “n” empresas!

Imaginemos ainda uma empresa com grande atuação em qualquer outra localidade distinta daquelas dispostas, realizar o credenciamento em todos os locais exigidos e não sagrar-se vencedora.

Tentemos agora convencer qualquer pessoal racional que isto é razoável!

Escandalosamente não é!

Dá a posição unânime das Cortes de Contas do Brasil sobre a matéria, inclusive com Súmula do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.

Tal se deve até mesmo pela estrutura federativa do Brasil não se podendo admitir que por via oblíqua crie-se de fato uma reserva de mercado para um determinado grupo de empresas.

A esse respeito o próprio Supremo Tribunal Federal já decidiu :

“Licitação pública. Aquisição de bens ou serviços. Preferência em razão da origem. Imposto sobre Circulação de Mercadorias ou Imposto Sobre Serviços (dedução). Princípio da não discriminação. Constituição Federal/67, art. 9º, I (EC nº 1/69). Lei estadual nº 7.741/78-PB, art. 104 (inconstitucionalidade).”

Logo, nula qualquer exigência editalícia de rede preexistente como exigida no Edital, devendo-se ser observado o prazo de 30 (trinta) dias após a contratação, como se dá nas demais instâncias administrativas.

Vejamos, ainda o que diz a Lei 8.666/93 em seu artigo 30, § 5º., *in verbis*:

§ 5º É vedada a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta Lei, que inibam a participação na licitação.

Desta forma, o Edital deverá ser modificado para que seja dele execrada a exigência de rede prévia de estabelecimentos como condição de habilitação e assinatura do contrato, devendo ser concedido prazo hábil para os credenciamentos não inferior a 30 (trinta) dias após a assinatura do contrato.

3 DO PEDIDO

Pelo exposto,



e do mais que nos autos consta, requer o provimento da presente impugnação para que esse órgão licitante se abstenha de exigir rede de estabelecimentos previamente credenciados como condição de habilitação e assinatura do contrato, devendo ser concedido prazo hábil de 30 dias para tal, reservando-se ainda à vencedora do certame, como medida de inteira JUSTIÇA!

Nestes termos, aguarda deferimento.

Uberlândia, 18 de setembro de 2013

Trivale Administração Ltda.
(Indicar quem assina)

Daniel Menegassi Reichel
P.P. **Daniel Menegassi Reichel**
Advogado
OAB/RJ 150.426