

**ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DO CONSELHO REGIONAL DE
ENFERMAGEM DE SÃO PAULO**

**EDITAL DE PREGÃO ELETRÔNICO Nº 10/2014
PROCESSO Nº 000597/2014**

PLANINVESTI ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS LTDA, sociedade empresária com sede à Alameda Santos, nº 880, 7º andar, Cerqueira César, São Paulo /SP, inscrita no CNPJ (MF) sob o nº 02.959.392/0001-46, vem, respeitosamente, a presença de Vossa Senhoria, apresentar

IMPUGNAÇÃO

ao Edital de Licitação do PREGÃO ELETRÔNICO supra, a ser realizado pela **CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM DE SÃO PAULO**, autarquia federal, sediada à Alameda Ribeirão Preto, nº 82, Bela Vista – São Paulo /SP, inscrita no CNPJ (MF) sob o nº 44.413.680/0001-40, pelos seguintes motivos.



1. DOS FATOS

O **CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM DE SÃO PAULO** tornou público o Edital de Licitação do **PREGÃO ELETRÔNICO Nº 10/2014**, que tem como objeto a:

“Contratação de empresa para fornecimento de vales, em forma de cartão com chip de segurança, destinados a pagamento de alimentação para os colaboradores do Coren/SP, na forma definida pela legislação pertinente e dispositivos normativos do Ministério do Trabalho e Emprego que regulamentam o PAT – Programa de Alimentação ao Trabalhado” (Subitem 1.1 do Edital)

A data e horário de abertura da reunião para entrega dos envelopes contendo a documentação de habilitação e a proposta comercial está designada para ocorrer no dia **17/04/2014**, às 09h00min.

Entretanto, a ora Impugnante considera que há exigência excessiva e desarrazoada no Edital, que **restringe o caráter competitivo do certame e fere a lisura do procedimento licitatório**, impondo-se a sua reformulação e consequente republicação.

A exigência que estaria a prejudicar a competitividade da licitação está relacionada com **a tecnologia específica que está atrelada ao objeto licitado (cartões magnético com chip)**, prevista no **Subitem 1.1 do Edital**.

Assim, diante de tão restritiva exigência, não restou alternativa à Impugnante senão apresentar a presente Impugnação ao Edital, pelas razões jurídicas a seguir aduzidas.

2. DO MÉRITO

A licitação é um procedimento administrativo destinado à seleção da *melhor proposta* dentre as apresentadas por aqueles que desejam contratar com a Administração Pública, para atender aos interesses públicos.

Por ser um **procedimento formal**, impõe-se o respeito às regras estabelecidas pela legislação de regência, constituindo direito público subjetivo a sua fiel observância, conforme se observa do disposto no art. 4º da Lei nº 8.666/93.

Destina-se, o procedimento licitatório, a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, devendo ser 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*, conforme determina o art. 3º da Lei de Licitações.

O *princípio da igualdade* impõe à Administração elaborar regras claras, que assegurem aos participantes da licitação condições de absoluta equivalência durante a disputa, tanto entre si quanto perante a Administração, sendo intolerável qualquer espécie de favorecimento.

A igualdade é princípio impeditivo da discriminação entre os participantes do certame, vedando a existência de cláusulas que, no Edital, favoreçam uns em detrimento de outros.

Por isso, exigências excessivas podem desequilibrar o certame, maculando a isonomia entre os licitantes e prejudicando o interesse público, por excluir da competição empresas que poderiam perfeitamente executar o objeto contratado, oferecendo a melhor proposta de preço.

Além disso, é vedado aos agentes públicos, conforme expressa previsão do § 1º do art. 3º da Lei de Licitações, *“admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo”*.

Portanto, a nenhum servidor da Administração Pública é dado, por qualquer modo, violar o caráter competitivo da licitação. Este é de sua essência, é a própria razão de existir do instituto. Tanto que *“é inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição”*, nos termos do art. 25 da Lei de Licitações.

Licitação com competição indevidamente restringida é FRAUDE. Outro não foi o motivo que levou a Lei nº 4.717/65 a cominar a sanção de nulidade, a ser declarada em Ação Popular, quando *“no edital de concorrência forem incluídas cláusulas ou condições que comprometam o seu caráter competitivo”* e quando *“a concorrência administrativa for processada em condições que impliquem na limitação das possibilidades normais de competição”* (art. 4º, III, alíneas b e c).

Acerca da aplicação do princípio da competitividade, entendeu o **Tribunal de Contas da União**, em hipótese que se identifica perfeitamente com a presente:

“Compromete o caráter competitivo do certame exigência de vantagem que o edital formule aos licitantes, em aparente benefício para a Administração, porém de modo a afastar concorrentes” (TCU, Acórdão 240/96, 1ª Câmara, Rel. Ministro HOMERO SANTOS).

É expediente igualmente censurável disfarçar-se a restrição à competitividade mediante a descrição de especificações técnicas excessivas ou

irrelevantes para o atendimento das necessidades a que se destina o objeto lícitado.

Considerando todo o exposto, há, no presente caso, exigência excessiva e desarrazoada no Edital publicado pelo CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM DE SÃO PAULO que provoca restrição ao caráter competitivo do certame, impondo-se a sua reformulação e conseqüente republicação.

2.1. DA TECNOLOGIA ESPECÍFICA ATRELADA AO OBJETO LICITADO

A exigência que estaria a prejudicar a competitividade do procedimento licitatório está relacionada com a **tecnologia específica** atrelada ao objeto da presente licitação, prevista no **Subitem 1.1 do Edital**, a saber:

*“1.1. Contratação de empresa para fornecimento de vales, em forma de **cartão com chip** de segurança, destinados a pagamento de alimentação para os colaboradores do Coren/SP, na forma definida pela legislação pertinente e dispositivos normativos do Ministério do Trabalho e Emprego que regulamentam o PAT – Programa de Alimentação ao Trabalhador, conforme especificações constantes do Anexo I – Termo de Referência deste Edital.” (grifos nossos)*

Referida exigência se demonstra extremamente **restritiva** na medida em que impõe das licitantes a utilização de tecnologia extremamente específica (**cartões com chip**), a qual **é inerente à apenas uma ou duas empresas do setor** (líderes do mercado), inviabilizando o ingresso de dezenas de potenciais proponentes no presente certame que têm plenas condições de executar o objeto lícitado, mas que não dispõem dessa nova tecnologia.

Convenhamos, não há justificativa plausível que fundamente a exigência dos cartões eletrônicos serem dotados especificamente de chips de leitura, uma vez que essa tecnologia é nova no segmento e encarece significativamente a prestação dos serviços, não sendo essencial para a execução do objeto ora licitado.

Em todas as licitações que envolvem a contratação de empresa especializada para fornecimento e administração de vales de benefícios, **não é prática exigir cartões eletrônicos com chip por encarecer a prestação de serviços, sendo esta tecnologia inerente às instituições bancárias que, por gozarem de poderio econômico e por transacionarem valores vultuosos, investiram nesse aparato técnico.**

Note-se que os cartões eletrônicos, em substituição aos antigos e ultrapassados vales de benefícios em papel, vêm sendo a modalidade de documentos de legitimação mais usual nas contratações com a Administração Pública, **mas não com a integração de chip.**

Até mesmo porque, **o cartão eletrônico ou magnético já é dotado de sistema de segurança que inviabiliza a sua utilização por quem não é o titular do documento, justamente por prescindir de senha pessoal para validar a transação.**

Isso sem falar na disponibilização dos créditos nos cartões, que ocorrem de forma eletrônica nos documentos de cada beneficiário, os quais podem acompanhar toda a movimentação de seus cartões pela internet, sendo totalmente dispensável o emprego de chip, cuja finalidade será apenas para encarecer os serviços e restringir o fomento da competitividade no certame.

Ademais, insta salientar que a **Constituição Federal** é expressa ao vedar que as licitações condicionem os seus objetos a exigências excessivas que desequilibrem a igualdade entre as licitantes, conforme se depreende do preceito esculpido em seu **art. 37, XXI**, a saber:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

.....

XXI - ressalvados os casos especificados 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.” (grifos nossos)

A mens legis presente em indigitado diploma constitucional delimita que a Administração Pública deve formular os editais para suas contratações com exigências técnicas que possibilitem uma harmoniosa igualdade entre as potenciais proponentes, vedando a inclusão de particularidades ou requisitos específicos que não sejam imprescindíveis para a consecução do objeto licitado.

Com efeito, o chip de leitura que está sendo exigido pelo **CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM DE SÃO PAULO** não é essencial para a gestão e o fornecimento de vales de benefícios à seus servidores, até mesmo porque os atuais cartões magnéticos (que vem sendo utilizados em todas as licitações para contratação desse mesmo objeto) já são dotados de aparato de segurança, sendo extremamente despropositado que um chip de custo elevado seja alçado como *conditio sine qua non* para execução do contrato.

E nesse ínterim, convém atentar para os ensinamentos do i. **Marçal Justen Filho** acerca do tema, esclarecendo que as licitações devem ser regidas por condições mínimas de capacidade técnica, sob a consequência de alijar potenciais licitantes do certame, *in verbis*:

“Não cabe à Administração ir além do mínimo necessário à garantia do princípio da República. Logo, não se validam exigências que, ultrapassando o mínimo, se destinam a manter a Administração em situação ‘confortável’. A CF/88 proibiu essa alternativa.

Pode afirmar-se que, em face da Constituição, **o mínimo necessário à presunção de idoneidade é o máximo juridicamente admissível para exigir-se no ato convocatório.**

Logo, toda a vez que for questionada acerca da inadequação ou excessividade das exigências, **a Administração terá de comprovar que adotou o mínimo possível. Se não for possível comprovar que a dimensão dotada envolvia esse mínimo, a Constituição terá sido infringida.**

Se a Administração não dispuser de dados técnicos que justifiquem a caracterização da exigência como indispensável (mínima), seu ato será inválido. Não caberá invocar competência discricionária e tentar respaldar o ato sob argumento de liberdade na apuração do mínimo. É claro que a referência constitucional se reporta ao mínimo objetivamente comprovável – não àquilo que parece ser o mínimo em avaliação meramente subjetiva de um agente.”¹ (grifos nossos)

Atente-se que o **CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM DE SÃO PAULO** nem sequer comprovou no Edital a necessidade dos cartões eletrônicos serem obrigatoriamente fornecidos com a tecnologia do chip de leitura,

¹ Justen Filho, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos – 12ª ed. – São Paulo : Dialética, 2008, pág. 380.

o que convalida as assertivas dessa Impugnante de que referida exigência além de ser despropositada, maculará a lisura do certame por obstar o ingresso de potenciais licitantes na disputa.

Além disso, é imperioso destacar que os vales de benefícios não prescindem de rigoroso aparato tecnológico para lhe assegurarem contra fraudes, uma vez que os valores neles transacionados são de pequena monta e destinados unicamente para compra de alimentos em estabelecimentos específicos e previamente credenciados com a empresa gestora do respectivo benefício, sendo muito diferente dos cartões de crédito/débito, nos quais cifras substanciais podem ser operacionalizadas por instituições bancárias para aquisição de qualquer bem ou serviço e em qualquer estabelecimento.

Não obstante, cumpre destacar que o **TRIBUNAL DE CONTAS /SP**, ao julgar procedente a representação interposta por esta Impugnante em caso análogo (*Processo nº 926.989.14-6*), entendeu que a obrigatoriedade de fornecimento de vales de benefícios com chip efetivamente restringe a competição da licitação, *in verbis*:

“Sobre o tema, *prevalece entre nós a posição segundo a qual ‘deve a Administração possibilitar o fornecimento do vale alimentação em ambas as tecnologias disponíveis no mercado, seja a de cartão com tarja magnética ou a de cartão com chip de segurança’, considerando a ampliação da competitividade e a observância aos princípios que informam o procedimento licitatório* (cf. 2222.989.13-9 e outros, Exame Prévio, sessão plenária de 06/11/13, relator eminente Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo).

Assim e a despeito das boas razões sustentadas pela Administração, *adoto referida orientação para o fim de determinar a correção do objeto, de modo que possam participar da licitação empresas fornecedoras de*

cartões eletrônicos, com ou sem chip de segurança.²
(grifos nossos)

No mesmo sentido, o **Ministério Público de Contas do Estado de São Paulo**, ao também proferir parecer sobre a representação supra, consignou o seu posicionamento de que a imposição de fornecimento de cartões obrigatoriamente com chip de leitura restringe a competitividade do certame, a saber:

“Desse modo, como já se manifestou este parquet em situações pretéritas, tal posicionamento não implica questionar a legitimidade do aprimoramento dos sistemas antifraude, mas apenas evitar que tais mecanismos (que não representam o padrão usual utilizado por empresas do segmento), passem a ser impostos de forma indiscriminada a todos os licitantes, afetando a almejada competitividade ou ainda tendo seus custos repassados aos usuários, razão pela qual se impõe cautela em favor da sociedade e da mais ampla e isonômica competição, com alerta, inclusive para o risco de que tal prática implique em eventual reserva de mercado. A livre escolha do sistema permanece assegurada a cada licitante, que, inclusive, tem seus custos reduzidos de forma diretamente proporcional à segurança obtida com a tecnologia adotada.

Nessa esteira, cite-se entendimento proferido nos TCs-1003/989/13, 1062/989/13 e 1014/989/13, que entendeu restritiva tal imposição:

‘No que diz respeito à exigência de cartão magnético com chip de segurança contra clonagens e fraudes, a ausência de justificativas técnicas hábeis em alicerçar o

² Processo nº 926.989.14-6. Rel. Conselheiro Renato Martins Costa.

requisito e demonstrar viabilidade de disputa de mercado, com Assessoria Técnica e Ministério Público igualmente reputa restritiva, na medida em que existem no mercado empresas que trabalham com tarja magnética e senha, tecnologia utilizada ainda por grande número de estabelecimentos.

Assim, oportuno que a Administração possibilite o fornecimento do vale alimentação em ambas as tecnologias disponíveis no mercado, qual seja, a de cartão com tarja magnética ou a de cartão com chip de segurança, a fim de ampliar a competitividade no certame.” (grifos nossos)

Dessa forma, impõe-se a correção e reformulação da exigência que deve estar adstrita aos vales de benefícios (**Subitem 1.1 do Edital**), de modo que os cartões de alimentação sejam fornecidos tão somente na forma eletrônica ou magnética, **sem a necessidade de chip**, em prol do princípio da competitividade e evitando-se, por conseguinte, um suposto direcionamento do resultado.

3. DO PEDIDO

Diante de todo o exposto, impõe-se a **REFORMULAÇÃO** do presente Edital em conformidade com as razões acima articuladas, **REPUBLICANDO-SE** um novo instrumento convocatório, como é da mais elementar e necessária **JUSTIÇA!**

São Paulo, 14 de abril de 2014

PLANINVESTI ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS LTDA

Roberto José Reginato Lofreta

Mercado Público