

**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 interim, 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