

**RESPOSTA AO PEDIDO DE IMPUGNAÇÃO AO EDITAL**

Assunto: Impugnação ao edital.

Interessante: Licitante impugnante - LE CARD ADMINISTRADORA DE CARTÕES LTDA.

Objeto: Credenciamento 02/2022.

Data: 05/08/2022.

OBJETO: CONTRATAÇÃO DE EMPRESAS ESPECIALIZADAS PARA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS DE ADMINISTRAÇÃO, EMISSÃO DE CARTÕES EQUIPADOS COM TECNOLOGIA DE CHIP DE SEGURANÇA E REALIZAÇÃO DE RECARGAS, NA MODALIDADE "PRÉ-PAGO" PARA AQUISIÇÃO DE GÊNEROS ALIMENTÍCIOS E REFEIÇÕES, com mecanismo eletrônico de controle de concessão de créditos em forma eletrônica que permita a gestão dos pagamentos, compensações, liquidações, mediante créditos concedidos pela administração, com recurso próprio ou decorrentes de repasse ou convênio com o Governo do Estado ou Federal, a serem utilizados como meio de pagamento em estabelecimentos credenciados, com a finalidade de atender aos servidores da Administração Municipal Direta de João Monlevade e Indireta (Fundação Crê-Ser e Departamento Municipal de Água e Esgoto) e aos projetos e programas de assistência e auxílio, implementados pelas diversas Secretarias e Autarquias da Prefeitura de João Monlevade, conforme a necessidade da administração, seguindo as regras deste Edital e Anexo.

SOLICITANTE: LE CARD ADMINISTRADORA DE CARTÕES LTDA.

Trata-se da análise de pedido de impugnação realizado tempestivamente pertinente do Credenciamento em epígrafe, no dia 02 de agosto de 2022.

DOS PLEITOS

Em síntese questiona exigência contida nos subitem 4.2 e 4.3 do Termo de Referência - Anexo I, quanto à exigência de tecnologias, conforme descrito a seguir:

"A exigência preconizada no subitem 4.3 do Edital restringe a livre competição, bem como desvirtuam a finalidade do objeto licitado, com exigências desarrazoadas e desproporcionais, que em nosso entendimento merece ser revista por este respeitável comitê de licitação.



Em primeiro lugar, destaca-se que a finalidade precípua do objeto licitado é a aquisição de gêneros alimentícios por meio de cartão magnético. Todavia, o Edital menciona ainda em seu preâmbulo, funções acessórias a estes cartões, tais como: mecanismo eletrônico de controle de concessão de créditos em forma eletrônica que permita a gestão dos pagamentos, compensações, liquidações, mediante créditos concedidos pela administração.

Ocorre que ao exigir tais funcionalidades, há desvirtuação da finalidade precípua do objeto uma vez que este passa a ter características que se equiparam a das plataformas de internet banking. Isso por sua vez viola o caráter competitivo do certame, tendo em vista que potenciais licitantes podem e irão deixar de participar do Pregão em decorrência deste quesito.

Não obstante, a exigência de prova de conceito para credenciamentos das empresas habilitadas (subitem 4.3 do Edital), é oriunda deste fato e corrobora o exposto acima, uma vez que a Administração Pública impõe como requisitos obrigatórios que a empresa habilitada possua aplicativo para acesso do beneficiário com pelo menos as seguintes funcionalidades:

I - extrato de uso, informações sobre limites (disponível, utilizado e total), bloqueio/desbloqueio do cartão pelo usuário, alteração de senha, pagamentos, acesso biométrico, cadastramento de documentos por meio de leitor digital do código da chave da nota fiscal das transações, central de atendimento;

II - Possuir conta digital, com função de pagamentos de boletos, transferências, PIX, comprovando a condição de participante do PIX perante o Banco Central do Brasil para aquisições de gêneros alimentícios e refeições;

Evidentemente, caso não haja revogação desses termos o caráter competitivo do certame estará prejudicado.

Registre-se que no último certame realizado por meio do processo nº 08/2021, Pregão Presencial nº 04/2021, não houveram tais exigências. Inclui, a Administração não demonstra a conveniência do cumprimento de tais requisitos para o presente certame.

Ademais, consoante o previsto no Termo de Referência em seu item I, onde consta a cláusula de justificativa geral, não há qualquer justificativa com relação a exigência destas funcionalidades, bem como não há nos autos cópia do processo administrativo que demonstre que houve Estudo Técnico Preliminar contemplando: I) características da sua necessidade; II) identificação de soluções disponíveis no mercado; III) especificações técnicas/funcionalidades mínimas que deverão ser atendidas pela solução, devidamente justificadas.

Muito embora a Administração entenda que tais funcionalidades sejam vantajosas para si, devido aos avanços tecnológicos e facilidades trazidas, elas em nada beneficiam os interessados no certame. Inclusive, o TCU se posiciona no mesmo sentido. Verbis:

"Compromete o caráter competitivo do certame a 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. Min. Homero Santos).

Insta salientar ainda que o art. 37, inciso XXI da CF/88, prevê que:

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.

Em consonância com o dispositivo legal, a exigência imposta no subitem 4.3 do Edital torna-se dispensável, uma vez que o serviço seria executado pelas participantes independente de tal exigência, que, reitera-se, ser restritiva ao caráter competitivo.

Em complemento, destaca-se que o Art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/91 prevê que:

"É vedado aos agentes públicos: admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos



de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, 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 (...).

Além disso, os recursos financeiros e humanos dispendidos pelas empresas para implantação de todas essas exigências é impertinente à prestação do objeto pretendido, visto que implica às licitantes despesa desnecessária e anterior à celebração do contrato, infringindo o princípio constitucional da isonomia.

Forte em tais razões REQUER a retirada dos itens 4.2 e 4.3 do Edital, em homenagem ao princípio da competitividade.”

Requer a esse Nobre Pregoeiro que RECEBA a presente Impugnação, para que se proceda às correções apontadas:

Isto posto e preenchidos os requisitos legais, PUGNA A PETICIONANTE pelo recebimento da presente impugnação para que seja processada e julgada por este d. Sr. Pregoeiro da Comissão Permanente de Licitação, exercendo o juízo de mérito e de retratação, conforme prescreve o Art. 41 da Lei 8.666/93, para:

- Retirada os itens 4.2 e 4.3 do Edital a fim de que seja mantido o caráter competitivo do certame em questão.
- Caso não entenda pelas retificações do Edital, pugna-se pela emissão de parecer, informando quais os fundamentos legais e o estudo técnico que embasaram a decisão desta comissão;
- Por fim, na hipótese de não serem modificados os dispositivos editalícios impugnados, seja remetido a presente impugnação ao Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul para manifestação, sob as penas da lei.
- Requerer, por fim, que sejam as intimações e publicações efetuadas em nome da advogada Lara Tonetto Barbosa (endereço infra impresso nesta peça e na procuração).

DA AVALIAÇÃO E DECISÃO DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO

Preliminarmente, cumpre esclarecer que a Administração, por intermédio desta Comissão de Licitação, procura sempre o fim público, respeitando todos os princípios basilares da licitação, e que a modalidade adotada no edital em análise é um “CREDENCIAMENTO”.

Sobre o pedido de impugnação, a Comissão de Licitação responde conforme exposto a seguir:

Pauta-se que as licitações se norteiam pela ampla participação e persecução da proposta mais vantajosa, como brilhantemente narra o Douto jurista Marçal Justem Filho, *in verbis*:



“A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa, para administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável (...)”

O nobre professor, ainda sustenta que “a maior vantagem se apresenta quando a Administração assumir o dever de realizar a prestação menos onerosa e o particular se obrigar a realizar a melhor e mais completa prestação”.

Desta forma, para aferir se estamos ou não diante de proposta mais vantajosa para a Administração, não basta olhar se a oferta do particular, do licitante é a de menor preço, é preciso, sobretudo, verificar se está presente a melhor e mais completa solução frente a necessidade exposta pela Administração como justificativa para realização da própria licitação.

Ato contínuo, de nada adiantará a seleção de proposta com menor preço e, conseqüentemente, menor onerosidade a Administração, se a solução ofertada não resultar na satisfação do interesse primário ou secundário exposto pelo Poder Público nos autos do processo licitatório. Sendo assim sendo, é preciso que haja uma relação de custo-benefício favorável a Administração para que esteja, de fato, diante da melhor proposta.

Ademais, todos os posicionamentos jurisprudenciais, que se pautam pela imprescindibilidade desse procedimento, partem da premissa de que a realização da prova de conceito se fundamenta no dever do gestor em se buscar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública, cujo munus não pode ser prescindido em qualquer certame público.

Com efeito, sabe-se que ao Estado (sentido lato), enquanto ente soberano, é atribuído uma função inescapável: a busca incondicional do atendimento ao interesse público. Para tanto, ao Estado é atribuído uma série de poderes e deveres que devem ser utilizados sempre que o interesse da coletividade assim o demandar.

Vale dizer, que é preciso que a vantajosidade econômica contida na proposta do licitante a Administração, esteja devidamente alinhada com a questão da eficiência. Em suma o Estado precisa desembolsar o mínimo e obter o máximo de resultado para que haja, de fato, uma proposta mais vantajosa. Caso contrário, teremos apenas uma proposta de inexpressivo resultado para a Administração, o que evidenciará que o princípio abalizador da proposta mais vantajosa e da economicidade, sendo totalmente execrados.

Assim, sendo, o objetivo primordial da licitação, sob o prisma da seleção da melhor proposta, não é apenas assumir, em nome da Administração, o dever de realizar a prestação menos onerosa, mas garantir que o serviço contratado ou bem adquirido apresente a melhor e mais completa solução para as necessidades a qual é o seu objeto.

Neste interim, nem sempre a proposta apresentada é suficiente para a Administração



avaliar o objeto a ser fornecido pelo licitante, fazendo com que seja necessário, que o fornecedor apresente uma amostra ou realize uma prova de conceito para a devida contratação.

No caso em tela, como o certame em epigrafe vislumbra a ampla competitividade através do credenciamento, é necessário meio mais complexo para aferição do serviço a ser prestado e a verificação do máximo de prerrogativas a serem angariadas.

Desta forma, imperioso e notável a necessidade da prova de conceito, *proof of concept* ou POC, constante no item 4.2, que busca verificar se a solução apresentada pelo licitante atende às exigências do ato convocatório, no que se refere à suas características, qualidade, funcionalidade, desempenho, níveis de serviços entre outros.

Salienta que tal provação destina-se a permitir que a Administração confirme a efetiva adequação da proposta do licitante ao objeto exigido no processo licitatório.

Vale dizer, que a realização de prova de conceito ocorre na fase externa da licitação e apenas em relação ao licitante classificado, conforme determina o Tribunal de Contas da União (TCU) no Acórdão 2763/2013:

"Enunciado: A prova de conceito, meio para avaliação dos produtos ofertados, pode ser exigida do licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar, mas não pode ser exigida como condição para habilitação, por inexistência de previsão legal".

Interessante destacar que o TCU considera pacífica a questão de que a prova de conceito somente deve ser exigida do licitante provisoriamente declarado vencedor, ou seja, o POC NÃO É REQUISITO HABILITATÓRIO de qualificação técnica.

Destaque -se que no mencionado acórdão, frisa a posição pacífica do TCU em relação a ilegalidade do requerimento:

"8. A prova de conceito, meio para avaliação dos produtos ofertados pelas licitantes, pode ser exigida do vencedor do certame, mas não pode ser exigida como condição para habilitação, por inexistência de previsão legal. Esse é o entendimento pacificado nesta Corte, no Acórdão 1113/2009 - TCU - Plenário, e sustentado na nota técnica 4/2009-Sefti/TCU". (TCU - Acórdão 2763/2013).

Ainda, cumpre observar que o TCU estabeleceu a obrigação dos editais de fazer a devida previsão completa de como será realizada eventual prova de conceito ou análise abaixo:

"Adote em editais de pregão critérios objetivos, detalhadamente especificados, para avaliação de amostras que entender necessárias a apresentação. Somente as exija do licitante classificado provisoriamente em primeiro lugar no certame". (TCU - Acórdão 1168/2009 Plenário).

Dentro do escopo do POC, vislumbra a empresa impugnante suposta irregularidade constante no item 4.3, que se digne, não tem qualquer sustentabilidade, haja vista que as tecnologias destacadas são comumente utilizadas, pois existem várias empresas que apresentam tal tecnologia, não podendo arguir de ofensa a isonomia.

No mais, o Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, já analisou e abalizou



questão semelhante onde anteriormente o foco era a necessidade de CHIP nos cartões no REP n.º: 14/00239335, de onde se extrai:

“ (...) Ademais, não cabe pretender que a Administração Pública fique atrelada ou submissa a tecnologias defasadas, somente porque algumas empresas não realizam investimentos em tecnologias mais atuais, especialmente quando assim agem apenas para manter preços baixos e seguir competindo no mercado, ainda que cientes dos maiores riscos proporcionados a seus clientes. O Poder Público não pode ficar tolhido da escolha de tecnologia mais avançada e segura porque existem no mercado empresas de cartões refeição que decidem não adotar cartões com chip. (...)”

Não obstante, a Administração Pública está autorizada a definir critérios que tragam benefícios na aquisição de bens e serviços, corroborando tal atendimento o ilustre jurista Marçal Justem Filho destoa com os seguintes dizeres em sua obra “Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos”, 15ª edição, editora Dialética, -SP, 2012, pág n.º: 80:

“(…) é relevante destacar que é perfeitamente cabível o ato convocatório adotar cláusulas restritivas da participação. Não há impedimento a previsão de exigências rigorosas nem impossibilidade de exigências que apenas possam ser cumpridas por específicas pessoas. PO que se veda é a adoção de exigência e desnecessária ou inadequada, cuja previsão seja orientada não a selecionar a proposta mais vantajosa, mas a beneficiar ou prejudicar alguns particulares.”

Partindo desta premissa, salienta-se que o edital norteador avulta em seu bojo a flexibilidade, visando diversas possibilidades de concepções de conceitos e projetos com abrangência macro, sendo IMPRESCINDÍVEL a diversificação dos itens técnicos a serem elencados para atender cada necessidade observada e direcionada.

Assevera-se ainda que quanto às exigências contidas no item 4.3 do edital, as mesmas possuem a pretensão de satisfazer total ou parcialmente os interesses da Administração Pública local, bem como alinhar aos preceitos legais contidos na Medida Provisória 1108/2022.

Nestes termos, com a possível necessidade de emissão de cartões corporativos que segundo prescrição do TCE/MG deve ser limitado às atividades laborais inerentes ao cargo, portanto passíveis de fiscalização pela Administração e pelo citado Ente.

Assim o extrato de uso irá contribuir de forma determinante para o monitoramento dos serviços prestados, ademais, o próprio servidor terá opção de extrair informações quanto ao seu uso por intermédio do citado extrato.

Quanto ao inciso II existe previsão na MP 11/08/2022 que foi inclusive aprovada recentemente pelo Congresso Nacional, que após um período de inatividade em seu uso os recursos poderão ser convertidos em numerários (saques), portanto a exigência se faz pertinente aos preceitos legais.

Por outro norte os pagamentos comerciais têm evoluído recorrentemente na modalidade PIX, sendo inclusive incentivados pelo Banco Central do Brasil.




Desta forma, corrobora de forma cristalina a necessidade de cada um dos itens elencados nos itens 4.2 e 4.3 referentes à prova de conceito e as diversas funcionalidades, trazendo a robustez e tenacidade, necessárias para ao objeto licitado como um todo.


Logo, não há qualquer restrição a competitividade do certame, mas sim uma decisão por parte da Administração Pública por tecnologias que lhe proporcionará maior segurança, controle, comodidade, facilidade e transparência nas transações.

CONCLUSÃO

Em conclusão, com base no parecer Jurídico nº 433/2022, e, por ausência de qualquer situação fática ou de direito dos pleitos da exordial, ou pela sua total carência de motivos que realmente possam ser considerados, respeitados os preceitos e normas da Lei Federal nº 8.666/93 e posteriores alterações, a Comissão Permanente de Licitação do Município de João Monlevade decide em NÃO ACATAR o pedido de impugnação do solicitante **LE CARD ADMINISTRADORA DE CARTÕES LTDA**, mantendo-se inalterada as disposições do edital em apreço referente ao Credenciamento nº 02/2022.


João Monlevade, aos 08 de agosto de 2022.


Thainara Cristina Hermsdorf
Monlevade
- Membro / CPL -



Giovânia Bueno de Araújo
Bazílio
- Membro / CPL -


Bárbara Míriam Braga
Maciel
- Membro / CPL -


Priscila das Graças da Silva
- Membro / CPL -



Alcemar da Costa e Silva
- Membro / CPL -


Geisiane de Lourdes
Almeida
- Membro / CPL -


Ricardo Alexandre de Oliveira
- Membro / CPL -


Débora Miranda Lima
- Membro / CPL -

Semirane Vasconcelos
Mendes Maroun
- Membro / CPL -


Cíntia Helena Ângelo
- Membro / CPL -

