- Impugnação ao Edital

III - DOS FATOS E DAS RAZÕES

A empresa PRIME, ora denominada Impugnante, exerce a atividade empresarial de gerenciamento informatizado de cartões, especialmente gestão do abastecimento de combustíveis e manutenção de frota, sendo reconhecida no mercado como uma das maiores empresas do seguimento.

O principal mercado de atuação é o setor público, onde participa diariamente de processos licitatórios, tanto presenciais como eletrônicos em diversas plataformas de compras.

Neste sentido, é notória a expertise da Impugnante não somente no ramo em que atua, mas também em procedimentos licitatórios, que envolvem diversas atividades, tais como análise minuciosa das condições impostas no edital, principalmente quanto aos documentos exigidos para Habilitação das licitantes, que é uma condição intransigível de participação.

Está prevista para o dia 09.07.2024, às 10 horas, a abertura do PREGAO ELETRÔNICO Nº. 90.007/2024 com seguinte objeto:

“... a seleção da proposta mais vantajosa para a contratação de empresa especializada na prestação de serviços de gestão de frota para a realização da manutenção preventiva, corretiva e conservação dos veículos que compõem a frota desta SUREG BA, com lavagem, polimento de pintura, assistência de socorro mecânico, assistência em caso de pane elétrica, lanternagem em geral, capotaria, artes visuais em pintura ou adesivos, tapeçaria e pintura, com fornecimento e reposição de peças originais novas de primeiro uso, acessórios, componentes e materiais em veículos de propriedade da SUREG-BA, conforme especificações, condições, quantidades e exigências estabelecidas no Termo de Referência, Anexo I deste Edital. “

Em detida análise ao edital constatou-se ilegalidades que afrontam o Comando Constitucional que determinou a realização de procedimento licitatório, estando em desacordo com o que determina a legislação sobre o tema, contendo cláusulas exorbitantes que não condizem com os princípios administrativos presentes na Constituição Federal.

IV– DA INAPLICABILIDADE DO IMR

Foi constatado no Anexo III do edital uma ilegalidade que, sem sombra de dúvidas, poderá desequilibrar o fator econômico-financeiro do contrato, tendo em vista o seu caráter extremamente abusivo e subjetivo, veja-se:

De plano se verifica a ilegalidade, pois, sequer existem critérios objetivos que definam quais são as metas que precisariam ser cumpridas pela futura contratada para que não ocorra eventuais medições desfavoráveis.

Destaca-se que os motivos que levarão a contratante “redimensionar” os pagamentos da Contratada são objetos de penalidades, ou seja, são fatos ensejadores de inexecução parcial do contrato, o que, de plano, caracteriza a aplicação de 02 penalidades para o mesmo fato, situação vedada pelo ordenamento jurídico pátrio.

É notório que todos os fatos constantes nos indicadores são descumprimentos de cláusulas do contrato, que por sua vez tem possibilidade de aplicação de penalidade. Sendo assim, a Contratante terá em seu domínio o poder/dever de, tanto “redimensionar” o pagamento por suposta má prestação dos serviços, quanto aplicar penalidade pela inexecução.

Este fator, ainda que em sede de “possibilidade”, revela ilegalidade, pois permite que a Contratante aplique 02 penalidades à Contratada sobre o mesmo fato, caracterizando o chamado bis in idem.

Para o mesmo fato, e após oportunizado o direito ao contraditório e a ampla defesa, não pode ocorrer dupla responsabilização, no caso duas penalidades, sendo uma pelo IMR e outra pela multa contratual.

Não obstante, pelos serviços prestados devem ocorrer o correspondente pagamento, ao passo que se os serviços prestados não estão a contento, ou seja, estiverem em desacordo com o edital, deve-se proceder com o devido processo para aplicação de multa por inexecução parcial do contrato, e não glosar diretamente dos pagamentos devidos a Contratada, sem o que se oportunize o contraditório e a ampla defesa.

Sendo o caso, a Contratante verificando falhas na prestação dos serviços, deve proceder com a abertura de processo administrativo visando aplicação das penalidades previstas na Lei de Licitações, oportunizando o direito ao contraditório e da ampla defesa, o que não ocorre, por exemplo, em caso de redimensionamento havido pelo IMR.

A Lei de licitações já previu as chamadas cláusulas exorbitantes, das quais não se encontra nenhuma possibilidade de redução do pagamento devido à Contratada, que deve ocorrer integralmente conforme a proposta apresentada no certame, nem mais nem menos.

A instituição do IMR decorre de Instrução Normativa do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, de modo que não possui competência legislativa em matéria de licitação. Ele está inserido na IN n.º 05/2017, sendo que, por exemplo, consta diversos tipos de serviços que podem ser contratados por diversos tipos de remuneração: empreitada por preço global, valor unitário, como é o caso de “SERVIÇO DE LIMPEZA E CONSERVAÇÃO”. Para estes serviços, consta assim na IN n.º 05/2017:

3. Nas condições usuais serão adotados índices de produtividade por servente em jornada de oito horas diárias, de acordo com os seguintes parâmetros:

3.1. Áreas Internas:

- a) Pisos acarpetados: 800 m² a 1200 m²;
- b) Pisos frios: 800 m² a 1200 m²;
- c) Laboratórios: 360 m² a 450 m²;
- d) Almoxarifados/galpões: 1500 m² a 2500 m²;
- e) Oficinas: 1200 m² a 1800 m²;
- f) Áreas com espaços livres - saguão, hall e salão: 1000 m²a 1500 m²; e
- g) Banheiros: 200 m² a 300 m².

Veja que, neste caso, não estaria medindo a qualidade do serviço, mas, se de fato a contratada executou a metragem contratada, para no caso de ela não incorrer em enriquecimento sem causa, uma vez que apresentou proposta para “xis” metros e executou quantidade menor.

No caso específico de gerenciamento de manutenção através de sistema não ocorre o mesmo, já que o valor constante na Nota Fiscal corresponde exatamente ao quantitativo que foi consumido pela Contratante.

Ainda que ilegal este tipo de medição de qualidade de serviço, o que se discute neste caso é sua INAPLICABILIDADE no objeto licitado, que não pode ocorrer por valor unitário ou por tarefas.

Sem a definição de critérios específicos que definam os casos de medição, poderá a Administração Contratante incorrer em enriquecimento sem causa, uma vez que obteve vantagem superior ao realmente devido pela Contratada. A legislação prevê, no art. 884 do Código Civil, a restituição de valores recebidos de forma imprópria, tendo em vista o enriquecimento sem causa:

Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

Portanto, ao objeto licitado, a previsão de IMR não é cabível, devendo ser excluída do edital. E mesmo que fosse, em vista a ausência de critérios específicos de medição, mostra-se completamente inaplicável.

De mais a mais, é importante que se tenha em mente que a Contratada exerce a atividade cujo elemento marcante é a INTERMEDIACÃO, ao invés da aquisição direta de manutenção.

Neste sentido, é importante esclarecer que o proveito econômico da empresa não é refletido pelo valor global do contrato, considerando que quase a integralidade do valor é repassada aos credenciados, quem de fato forneceram os produtos e serviços adquiridos.

Considerando que a futura Contratada provavelmente atuará junto ao Contratante por meio da taxa administrativa negativa na gestão de abastecimentos, ou seja, não cobrará nada do órgão contratante e ainda lhe dará descontos pelos serviços, a margem de lucro da gerenciadora virá exclusivamente dos postos da rede credenciada, com a cobrança de taxas que flutuam entre 1% e 5%.

Por exemplo, considerando o valor global do contrato, de R\$130.324,21, ao final da execução anual, mesmo que a empresa consiga cobrar 5% de toda a sua rede credenciada (o que não é habitual), apenas teria um retorno de, em torno, de R\$ 6.516,21 (repita-se, por um ano de prestação de serviços!).

Por outro lado, considerando o valor global do contrato, o consumo mensal da Contratante será em torno de R\$ 10.860,35, sendo que o IMR definido em edital permite glosas de até 80% da Ordem de Serviço, mais de a metade de toda a rentabilidade que a empresa teria pela execução, algo completamente desarrazoado e desproporcional.

Veja que, em qualquer prisma que se enxergue de um contrato de gerenciamento de frota, a inclusão de IMR, com faixas de glosa de patamares altíssimos como 80%, é abusiva e coloca a contratada em situação de onerosidade excessiva, o que necessariamente precisa ser revisto pelo órgão licitante.

Neste sentido, caso previsão de IMR não seja integralmente excluída, pelo já discorrido, requer-se a observação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, para que as faixas de medições sejam demasiadamente reduzidas, utilizando-se como parâmetro valores mais próximos ao proveito econômico da empresa, ou seja, a aplicação de glosas até o máximo de 4%.

V - DOS PEDIDOS

Por todo o exposto, requer se digne o i. pregoeiro a JULGAR

PROCEDENTE A PRESENTE IMPUGNAÇÃO a proceder as seguintes alterações:

I. Exclusão da cláusula que prevê o Instrumento de Medição de Resultado (IMR); e

II. Republicar os termos do edital, reabrindo-se os prazos legais, conforme determina a lei.

Na improvável hipótese de indeferimento da impugnação apresentada, requer-se desde já cópias dos autos do processo licitatório, para salvaguarda dos direitos da Impugnante, sem prejuízo das ações judiciais cabíveis (Mandado de Segurança), bem como para comunicação aos órgãos de fiscalização externos (Ministério Público e Tribunal de Contas).

Termos em que pede deferimento.

Resposta:

Sobre o Pedido de Impugnação ao Edital, comunicamos a não aceitação do pedido pelas razões abaixo expostas:

O Instrumento de Medição de Resultados – IMR é um dos meios utilizados pela Conab para definir os níveis esperados de qualidade da prestação do serviço e respectivas adequações de pagamento, juntamente com os requisitos estabelecidos no Termo de Referência. Consideramos um documento importante a constar como anexo ao Edital.

No mês de abril/2024 aceitamos um pedido de impugnação da Prime, e fizemos alguns ajustes no documento. A Prime é a empresa que vinha prestando os serviços de gestão de frota nos últimos 05 (cinco) anos, e não tivemos nenhum problema relacionado a esse documento.

Acerca de punições sobre o mesmo fato: o item 16.7.2 do contrato (Anexo II do Edital), a ser assinado entre a empresa vencedora do certame e a Conab, inibe a aplicação de penalidades desse tipo.

Sobre a dupla responsabilização, uma pelo IMR e outra pela multa contratual: O item 14.8 e subitens do Termo de Referência estabelece multas sobre a taxa administrativa e não sobre o valor total do contrato.

Conforme item 14.5 do Termo de Referência: “A aplicação das penalidades previstas neste título realizar-se-á no processo administrativo da contratação assegurado a ampla defesa e o contraditório à Contratada, observando-se as regras previstas no RLC”. Portanto, será assegurado a contratada vencedora esse direito.

Sobre a possibilidade de glosa de uma fatura, trata-se de um evento fora do padrão, pois o que se espera é o cumprimento dos requisitos contratuais. De qualquer forma, nesse caso, será assegurado o direito a ampla defesa.