

**ILMO SR. PREGOEIRO DA PREFEITURA MUNICIPAL DE ITARANA,
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

IMPUGNAÇÃO – com fundamento principal no art. 41,
parágrafos 1º e 2º da Lei 8.666/93

PREFEITURA MUNICIPAL DE ITARANA/ES

PREGÃO ELETRÔNICO N.º 022/2018

PROCESSO M.º: 003523/2018

DATA DO CERTAME: 17/10/2018 às 09hrs

OBJETO: “contratação de empresa especializada na Prestação de Serviço de gerenciamento do abastecimento de combustíveis da frota de veículos oficiais, locados, particulares em uso pela Municipalidade e outros equipamentos pertencentes ao Município de Itarana/ES, envolvendo a implantação e operação de um sistema de gestão de frota informatizado, via Internet, com a aquisição de combustíveis e aditivos fornecidos pela Rede de Postos Credenciados através da tecnologia de cartão de pagamento magnético ou micro processado e disponibilização da Rede de Postos Credenciados, conforme descrição contida no anexo I (termo de referência), deste edital.”

PRIME CONSULTORIA E ASSESSORIA EMPRESARIAL

LTDA., com sede à Calçada Canopo, 11 - 2º Andar - Sala 03 - Centro de Apoio II - Alphaville - Santana de Parnaíba/SP - CEP: 06541-078, e-mail: editais@primebeneficios.com.br, por intermédio de seu procurador subscrito in fine, vem data máxima vênua, nos termos do §2º do Artigo 41 da Lei 8.666/93, apresentar as seguintes razões de **IMPUGNAÇÃO DE EDITAL**, consoante motivos a seguir determinados:

I – DA TEMPESTIVIDADE

No que diz respeito à apresentação de impugnações e pedidos de esclarecimento a edital, nas modalidades de licitação regidas pela Lei 8.666/93, vejamos as seguintes disposições da destacada Lei:

“Art. 41 - A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

§1º. **Qualquer cidadão** é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei, devendo protocolar o pedido até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, devendo a Administração julgar e responder à impugnação em até 3 (três) dias úteis, sem prejuízo da faculdade prevista no §1º do art. 113.

§2º. Decairá do direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a administração o **licitante** que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização de leilão, as falhas ou irregularidades que viciariam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso.

Da leitura do disposto no art. 41, §1º, supra, temos que quando o sujeito ativo relativamente ao oferecimento de impugnação ao edital for qualquer cidadão, esta poderá ser apresentada em “até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação”, devendo a Administração apreciá-la em até 3 (três) dias úteis.

Ao passo que quando a impugnação for ato do licitante, que é o caso da ora Impugnante, poderá apresentá-la “até o segundo dia útil que anteceder (...) a abertura dos envelopes de habilitação” ou “a abertura dos envelopes com as propostas”, conforme for o caso.

Ainda, levando em conta que anteriormente à realização do certame ainda não se sabe quais particulares efetivamente participarão do certame e, serão então, denominados licitantes, idealmente se deverá acolher toda e qualquer impugnação apresentada dentro do prazo delimitado no §2º supra, eis que mais benéfico sob a ótica do ofertante; privilegiando-se, pois, o exercício do contraditório e da ampla defesa.

Desta feita, é de se assinalar que a presente insurreição encontra-se TEMPESTIVA, uma vez que protocolada a mais de 3 (três) dias úteis anteriores a data da abertura da licitação, qual seja **17 de outubro de 2018, às 09:00hs.**

II – DA LEGITIMIDADE DA EMPRESA

A Impugnante é uma empresa que exerce a atividade de gestão da manutenção e combustível de frota por meio de cartões magnéticos ou micro processados, consoante contrato social anexo.

Desta forma, como o procedimento licitatório é propriamente para Contratação de empresa para a prestação de serviços de gerenciamento de combustíveis da frota da Prefeitura Municipal de Itarana/ES resta evidente o real interesse da Representante, principalmente que tais irregularidades editalícias sejam sanadas.

O insigne jurista Carlos Ari Sundfeld, invocando o artigo 5º, inciso XXXIV, alínea “a” da Magna Carta, defende a possibilidade de qualquer pessoa, física ou

jurídica, impugnar o edital, pois citado dispositivo garante o direito de petição aos Poderes Públicos, em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder.

“Art. 5º (...)

XXXIV: são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

- a. o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;”

III – DO PRAZO PARA RESPOSTA DA IMPUGNAÇÃO

Como regra, a impugnação ao edital não tem efeito suspensivo em relação à realização do certame. Mas, é obrigação da comissão de licitação respondê-la, no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas, contados da sua interposição junto à Administração Pública, como determina o artigo 18 e seu § 1º, do Decreto nº 5.450/2005.

“Art. 18. Até dois dias úteis antes da data fixada para abertura da sessão pública, qualquer pessoa poderá impugnar o ato convocatório do pregão, na forma eletrônica.

§ 1º Caberá ao pregoeiro, auxiliado pelo setor responsável pela elaboração do edital, decidir sobre a impugnação no prazo de até vinte e quatro horas”

Dessa forma, a comissão de licitação deverá apresentar resposta, no máximo até o dia **16/10/2018 (24 horas após o protocolo da impugnação)**, sob pena de invalidação do certame, pois, diante do silêncio restará inviável a formulação adequada e satisfatória das propostas.

Isso por que o silêncio injustificado da Administração Pública caracteriza omissão abusiva, pois, além de restringir a competitividade do certame, ainda ofende o interesse público, pois afronta o Princípio Constitucional da Publicidade, cuja finalidade é atribuir transparência e permitir o controle e fiscalização do Estado por toda à coletividade.

IV – DOS FATOS

No dia 17 de outubro de 2018, às 09hrs ocorrerá o procedimento licitatório, cujo objeto é: “contratação de empresa especializada na Prestação de Serviço de gerenciamento do abastecimento de combustíveis da frota de veículos oficiais, locados, particulares em uso pela Municipalidade e outros equipamentos pertencentes ao Município de Itarana/ES, envolvendo a implantação e operação de um sistema de gestão de frota informatizado, via Internet, com a aquisição de combustíveis e aditivos fornecidos pela Rede de Postos Credenciados através da tecnologia de cartão de pagamento magnético ou micro processado e disponibilização da Rede de Postos Credenciados, conforme descrição contida no anexo I (termo de referência), deste edital.”

Conforme indicado, foi solicitado edital para análise de seu conteúdo, da qual se constatou irregularidades insanáveis, as quais macula de forma cabal os Princípios norteadores da licitação – LEGALIDADE – ISONOMIA – MORALIDADE – PROIBIDADE ADMINISTRATIVA – COMPETIÇÃO, fazendo com que recaia sobre o processo uma nulidade absoluta.

V – DAS RAZÕES

As irregularidades constatadas estão presentes nos itens do edital e Anexos:

“ANEXO I – TERMO DE REFERÊNCIA

(...)

7 – DOS PREÇOS

(...)

7.2 - Os valores unitários dos combustíveis na rede credenciada de estabelecimentos terão como limite o preço médio da tabela da Agência Nacional de Petróleo ou o da bomba, se for menor que o informado pela ANP.

7.2.1 Para os abastecimentos na região da Grande Vitória, será levado em conta o preço médio ao consumidor no Município de Vitória, divulgado pela Agência Nacional do Petróleo – ANP, através da tabela constante no endereço eletrônico <http://www.anp.gov.br>;

7.2.2 Para os abastecimentos fora da região da Grande Vitória, será considerado o preço médio ao consumidor para o Estado do Espírito Santo, conforme a metodologia retromencionada.”

Assim, imperioso a alteração dos termos do edital, de modo que seja exigida pela Administração a comprovação da qualificação técnica, conforme, se demonstrará a seguir.

V.1 – REDE VALOR MÁXIMO ESTIPULADO PELA MÉDIA DA ANP

Consoante se denota no Termo de Referência no item 7.2, 7.2.1 3 7.2.2, exige que os valores dos combustíveis tenham como parâmetro restritivo o valor médio dos

combustíveis de acordo com a pesquisa elaborada pela ANP e, portanto, este será o valor máximo a ser pago pela Administração Pública:

“ANEXO I – TERMO DE REFERÊNCIA

(...)

7 – DOS PREÇOS

(...)

7.2 - Os valores unitários dos combustíveis na rede credenciada de estabelecimentos terão como limite o preço médio da tabela da Agência Nacional de Petróleo ou o da bomba, se for menor que o informado pela ANP.

7.2.1 Para os abastecimentos na região da Grande Vitória, será levado em conta o preço médio ao consumidor no Município de Vitória, divulgado pela Agência Nacional do Petróleo – ANP, através da tabela constante no endereço eletrônico <http://www.anp.gov.br>;

7.2.2 Para os abastecimentos fora da região da Grande Vitória, será considerado o preço médio ao consumidor para o Estado do Espírito Santo, conforme a metodologia retromencionada.”

Ao limitar o valor máximo a ser pago pelo litro do combustível, surge uma questão: **De quem é a responsabilidade de restringir o valor do combustível ao estabelecido pela média elaborada pela ANP?**

Duas são as possibilidades: **I - Compete a Administração conferir, através de ferramenta do sistema de gerenciamento, os valores praticados pelos estabelecimentos credenciados, e assim determinar em quais postos os usuários**

Matriz: Calçada Canopo, nº 11, 2º andar, Sala 03 – Centro Apoio II, Bairro de Alphaville - Santana do Parnaíba/ SP - CEP 06502-160

Filial: Rua açu , 47 – Alphaville Empresarial – Campinas/SP – CEP: 13.098-335 – editais@primebeneficios.com.br

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil.

deverão realizar os abastecimentos; II – A Administração, independentemente de qualquer pesquisa prévia, efetuará o abastecimento em qualquer posto, e caso o valor seja superior ao praticado pela ANP, caberá a empresa gerenciadora arcar com a diferença do valor?

Pelo edital, a sistemática adotada é a segunda, vez que da leitura se verifica que a Administração pagará o menor dos valores entre o valor de bomba e os valores médios estabelecidos pela ANP, e a eventual diferença será arcada pela empresa de gerenciamento. Tal procedimento foge à regra das empresas de gerenciamento de frota, cuja natureza é a de intermediação, ou seja, servir de elo entre o órgão contratante e o posto credenciado, atuando como meio de pagamento.

Até mesmo porque não compete às empresas de gerenciamento comercializar o combustível, afinal, sequer possuem autorização para tanto, e, sim aos postos credenciados, que são regulamentados pela ANP, e quem de fato estabelecem o efetivo valor dos combustíveis, de acordo com os preços praticados pelo mercado.

Mesmo assim, exige a Administração Pública que os valores dos combustíveis não ultrapassem o valor médio estabelecido pela ANP, pois, **caso o valor seja superior o hiato existente entre os valores será absorvido pela empresa gerenciadora**, o que certamente implicará em prejuízos, o que fatalmente desequilibrará a relação contratual, e tornará a proposta inexecutável

Diz-se isso, pois a margem de lucros das empresas de gerenciamento de frota advém de duas formas: **1ª) Taxa de administração cobrada do órgão contratante; 2ª) Percentual cobrado dos postos para cada transação realizada, denominada de taxa de credenciamento.**

Como é praticamente certo que a licitante vencedora não irá ofertar taxa de administração positiva, até mesmo porque o edital permite a oferta de taxa de administração negativa, ou seja, desconto sobre o valor dos abastecimentos.

Suponhamos que o certame tenha sido arrematado com a taxa de administração igual a zero e a média de credenciamento dos postos é de 3,00%, e seja

estabelecido como parâmetro restritivo o valor da ANP, vejamos um exemplo em que o abastecimento ocorreu em fevereiro, mês de referência Janeiro de 2018:

Valor médio da ANP = R\$ 4,20 (Obs.: valor médio ANP de março)

Valor de Bomba = R\$ 4,22 (Obs.: valor médio ANP de abril)

Valor Cobrado = R\$ 4.20

Diferença em valor = R\$ 0,02 (Valor de Bomba – Valor Cobrado)

Diferença em percentual = -0,38% (Diferença/valor de bomba x 100)

Taxa de Credenciamento do Posto: 3,00%

Prejuízo em Percentual = 0,38%

Ou seja, a cada R\$ 100,00 (cem reais) gastos, o órgão licitante irá pagar somente R\$ R\$99,62 (noventa e nove reais e sessenta e dois centavos), a licitante vencedora terá que pagar R\$ 97,00 (noventa e sete reais) ao posto credenciado, logo terá que arcar com o prejuízo de R\$ 0,38 (noventa e sete centavos). Em se mantendo essa situação, é possível afirmar que durante toda a execução do contrato o prejuízo acumulado pela CONTRATADA poderá chegar a aproximadamente - R\$ 4.836,88 (quatro mil e oitocentos e trinta e seis reais e oitenta e oito centavos), valor comprova a existência de possível desequilíbrio contratual.

Ora, patente o abuso de direito, exigir que as empresas gerenciadoras arquem com essa diferença desequilibra a relação contratual, tornando a proposta inexecutável, vez neste caso, embora a taxa de administração seja zero, na prática ela corresponde a um desconto sobre o valor consumido, o que é insustentável, e certamente ensejaria a posterior modificação do contrato.

Isso sem contar que os valores informados pela ANP, são meramente informativos, e são baseados em uma pesquisa sem uma metodologia rígida e bem definida, logo não confere qualquer segurança jurídica. Afinal, a ANP seleciona um número aleatório de postos (em alguns casos um único posto) e procede a sua pesquisa de preços, que tem

como objetivo, conferir ao consumidor um panorama dos valores praticados pelos postos em determinada localidade (Município, Estado ou do País).

Importante considerar que na atual fase da economia constantes são os reajustes nos combustíveis, assim, a discrepância entre o valor praticado em um mês e o praticado no mês subsequente pode ser ainda mais considerável, e o percentual de prejuízo da empresa de gerenciamento pode ser superior a 5 % (dez por cento).

Assim, a nosso ver diante deste panorama competiria ao gestor/fiscal do contrato através das ferramentas conferidas pelo sistema verificar quais os postos de combustíveis praticam os melhores preços, e em ato contínuo restringir os abastecimentos somente naqueles postos que praticam valor igual ou inferior à média da ANP.

Um dos principais estudos sobre a forma de contratação do gerenciamento de frota é o volume 17 do CADTERC, que no tocante a questão do parâmetro da ANP, em seu item 04 das especificações técnicas é claro em destacar que compete ao gestor do contrato escolher o posto que pratica o menor preço, *ipsis litteris*:

4. Esse sistema de abastecimento propiciará à Administração a disponibilidade de Postos de Combustíveis credenciados sob várias bandeiras, cabendo ao usuário e ao gestor da frota a escolha de postos credenciados que possuam o menor preço unitário praticado na venda de combustível, em adequada localização, na utilização dos serviços em conformidade com os mecanismos contratuais.

Pelo exposto acima, resta claro que compete ao gestor do contrato fiscalizar, por intermédio do sistema de gerenciamento, quais os postos em que os usuários poderão efetuar o abastecimento, devendo sempre primar pelo menor valor oferecido pelos estabelecimentos credenciados.

Tanto é assim, que em decisão de impugnação ao seu edital de gerenciamento de frotas, o Tribunal de Contas do Município de São Paulo, ex vi:

*PREGÃO N° 03/2011 – ANÁLISE DE IMPUGNAÇÃO,
ESCLARECIMENTOS E REMARCAÇÃO DA DATA DE
ABERTURA*

Proc. TC 72-000.370.11.37- Objeto: contratação de empresa especializada para fornecimento e administração de cartões magnéticos ou eletrônicos para aquisição de combustível em rede credenciada de postos, pelo período de 24 meses: (...)

Afora essa condição, a empresa contratada compromete-se a divulgar, periodicamente, os preços dos combustíveis praticados nos postos da rede conveniada, possibilitando à Administração, através do acompanhamento e do controle a ser exercido sobre os preços, com base na tabela atualizada divulgada pela ANP, ou resultantes de consulta ao mercado, direcionar o abastecimento da frota para os postos que, eventualmente, estiverem vendendo o produto mais barato. Essas vantagens ganham uma maior visibilidade se considerarmos, ainda, que o pagamento a ser efetuado ao administrador do cartão, a título de reembolso pelo consumo de combustível, poderá ser realizado no prazo de até trinta dias, de acordo com a prática observada no mercado. (Diário Oficial do Estado de São Paulo (DOSP) - 25/05/2011 - Cidade - Pg. 129)

Destarte, são os postos credenciados, competindo a eles estabelecer o valor do combustível, devendo o gestor do contrato fiscalizar via sistema quais os estabelecimentos que praticam o menor preço, e, conseqüentemente, determinar que os usuários efetuem os abastecimentos somente naquele posto, com valor até mesmo inferior à média da ANP, e, desta forma, propiciando uma maior economicidade aos cofres públicos.

Recentemente o Tribunal de Contas do Município de São Paulo em decisão de impugnação do edital abordou o preço médio indexado pela ANP, ex vi:

*REPRESENTAÇÃO FORMULADA CONTRA O EDITAL DO
PREGÃO PRESENCIAL NO 15/2017, PROCESSO NO
556/2017, do tipo menor taxa de administração, promovido pela Câmara
Municipal de Jaboicabal, objetivando a contratação da prestação de serviços de
gerenciamento do abastecimento de combustíveis nos veículos da Câmara*

Municipal de Jaboticabal, com disponibilização de rede credenciada de postos de combustíveis, por meio de implantação e operação de sistema informatizado e integrado com utilização de cartão micro processado, cujas especificações técnicas e quantitativas encontram-se descritas no Anexo I - Termo de Referência.

Proc 15992.989.17-8

(...)

c) Limitação dos valores dos preços praticados pela rede credenciada, consoante previsão contida no subitem 1.3.5, in verbis: “1.3.5. Os valores máximos dos combustíveis fornecidos pela rede credenciada serão faturados de acordo com o preço médio da ANP no Município que se der o abastecimento, tendo como referência o valor do mês anterior ao efetivo abastecimento, ou do valor negociado diretamente com o estabelecimento, caso essa possibilidade tenha sido efetivada, prevalecendo sempre o menor preço.”

Sobre isso, entende que determinar que os preços a serem pagos aos postos credenciados sejam os médios da ANP (Agência Nacional de Petróleo) do mês anterior ao abastecimento causa um absoluto desequilíbrio ao comércio de combustíveis local, e consequentemente à própria Municipalidade, haja vista que ou se negarão a se credenciar junto à Administradora ou repassarão os custos à população em geral.

(...)

Decido.

Examinando os termos da presente Representação, pude visualizar disposições editalícias que, ao menos em tese, estão em desacordo com a legislação de regência e a jurisprudência deste Tribunal.

(...)

No interesse da lisura do certame e, considerando que este Tribunal poderá decidir pela alteração do ato convocatório, determino a suspensão do procedimento licitatório impugnado até apreciação final da matéria.

Uma alternativa para a questão da ANP foi proposta pelo Governo do Estado da Paraíba através da Diretoria de Recursos Humanos Logísticos e Patrimoniais da

Secretaria de Administração, onde foi previsto uma variação de até 20 % a mais em cima da média do mês anterior estabelecida pela ANP, segue:

*11.3 – O preço máximo do combustível a ser pago pela Contratante não ultrapassará o preço médio pesquisado pela ANP – Agência Nacional de Petróleo, o qual em casos excepcionais, **devidamente autorizados pelo gestor do contrato, poderá haver uma variação de até 20% (vinte por cento) acima da média estabelecida.***

(...)

*17.4 – Os valores dos combustíveis contratos não deverão ultrapassar a média mensal de preços da ANP – Agência Nacional de Petróleo, **e caberá à Administração, através da GECAD-Gerência Executiva de Apuração de Custos Administrativos a apuração destes dados e conferência na fatura mensal dos valores lançados, podendo aplicar glosas nos valores que ultrapassarem a média mensal da ANP que não foram devidamente autorizados.** (nosso grifo)*

Com isso caberá a Administração a gestão do contrato com a disponibilização dos valores do combustível no sistema da Contratada, para realizar a devida gestão indicando os postos que deverão ser abastecidos para obter a economicidade. Utilizando desta proposta a Administração poderá aceitar uma variação de 20% em cima do valor fixado pela média da ANP do mês anterior, portanto utilizando-se da proporcionalidade e razoabilidade, sem causar prejuízo para as Licitantes, isto sim, é o mais justo para este modelo de gerenciamento!

Ante ao exposto, requer que o edital seja alterado, de modo que a fiscalização do menor preço seja efetuada pela Administração, retirando a obrigação de a licitante vencedora do certame ter que arcar com a diferença entre o valor de bomba e a média estabelecida pela ANP no mês anterior. Ou que o sistema possa impedir a realização de abastecimentos nos postos que praticam preços superior ao valor médio da ANP.

VI - DOS PEDIDOS

Destarte, requer a imediata suspensão do Edital de Pregão Eletrônico nº 022/2018, e como direta obediência ao princípio da legalidade a retificação do edital convocatório com a adequação:

1. Seja excluído o item 7.2, 7.2.1, 7.2.2, e, quaisquer outros que contenham a exigência da média de preço pela ANP;
2. Caso não seja possível deferir os pedidos anteriores requer CÓPIA COMPLETA do processo licitatório para análise do Ministério Público e Tribunal de Contas do Estado.

Termos em que,

Pede Deferimento.

Santana de Parnaíba/SP, 15 de outubro de 2018.

PRIME CONSULTORIA E ASSESSORIA EMPRESARIAL LTDA.

RENATO LOPES – OAB/SP 406.595