

**Empresa interessada em participar da licitação encaminhou o seguinte pedido de impugnação:**

**IMPUGNAÇÃO - com fulcro no artigo 164 da Lei nº 14.133/21**

**PREGÃO ELETRÔNICO Nº 90024/2024**

### **I - DA TEMPESTIVIDADE DA IMPUGNAÇÃO**

**Considerando que a IMPUGNANTE é uma empresa que exerce a atividade compatível com o objeto da licitação e, portanto, pretensa licitante, o prazo para impugnação é de até o 3º dia útil da data fixada para abertura da sessão pública, conforme o artigo 164 da Lei nº 14.133/21:**

**Art. 164. Qualquer pessoa é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei ou para solicitar esclarecimento sobre os seus termos, devendo protocolar o pedido até 3 (três) dias úteis antes da data de abertura do certame. (Grifo Nosso)**

**A contagem dos prazos nos processos licitatórios e nos contratos administrativos está disciplinada no artigo 183 da Lei nº 14.133/21, da seguinte forma:**

**Art. 183. Os prazos previstos nesta Lei serão contados com exclusão do dia do começo e inclusão do dia do vencimento e observarão as seguintes disposições:**

**[...]**

**III - nos prazos expressos em dias úteis, serão computados somente os dias em que ocorrer expediente administrativo no órgão ou entidade competente. (Grifo nosso)**

**Sendo assim, é de se assinalar que a presente insurreição encontra-se TEMPESTIVA, uma vez que protocolada dentro do prazo, haja vista que a abertura da licitação está prevista para ocorrer no dia 16/04/2024.**

### **II – 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 do Pregoeiro respondê-la no prazo máximo de 3 (três) dias úteis,**

limitado ao último dia útil anterior à data da abertura do certame, como determina o parágrafo único, do art. 164 da Lei 14.133/21:

**Parágrafo único.** A resposta à impugnação ou ao pedido de esclarecimento será divulgada em sítio eletrônico oficial no prazo de até 3 (três) dias úteis, limitado ao último dia útil anterior à data da abertura do certame. (Grifo Nosso)

Dessa forma, o pregoeiro deverá apresentar resposta dentro do prazo legal, sob pena de invalidação do certame, pois, diante do silêncio restará inviável a formulação adequada e satisfatória das propostas.

### **III - DOS FATOS E DAS RAZÕES**

Está prevista para o dia 22/04/2024, às 14h00, a abertura do PREGÃO ELETRÔNICO Nº. 90024/2024 com seguinte objeto:

**Contratação de serviços de implantação e operacionalização de sistema informatizado para permitir que postos de abastecimento credenciados pela CONTRATADA forneçam combustíveis à frota de veículos e geradores de energia do**

**CONTRATANTE, em todo o Estado de Minas Gerais e, eventualmente, fora dele. Os combustíveis deverão ser fornecidos mediante uso de cartão magnético ou eletrônico,**

**providenciado pela empresa CONTRATADA, que será responsável pelo credenciamento dos postos de combustíveis, conforme descrição relacionada no item 5.3.1, nas quantidades mínimas, especificações e condições estabelecidas neste Termo de Referência, para o Tribunal Eleitoral de Minas Gerais.**

**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 – ÍNDICE MEDIÇÃO RESULTADO**

**Foi constatado no 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 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 penalidades que envolve o mesmo fato gerador, 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 penalidades à Contratada sobre o mesmo fato, caracterizando o chamado bis in idem<sup>1</sup>.**

**1 Repetição sobre a mesma coisa.**

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

**Transcreve-se abaixo a “Tabela III – AJUSTES NO PAGAMENTO” com os percentuais de descontos e, ainda, a aplicação das sanções contratuais., vejamos: Não obstante, pelos fornecimentos e pelos serviços prestados, devem ocorrer o correspondente pagamento, ao passo que, se os fornecimentos e serviços prestados não estão a contento, ou seja, estiverem em desacordo com o edital, deve-se proceder com o devido processo para aplicação de penalidade 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 no art. 156 da Lei n.º 14.133/21, cujas penalidades devem conter no edital, e oportunizar, à Contratada, o direito ao contraditório e da ampla defesa, através do processo administrativo para apurar eventual inexecução dos fornecimentos e da prestação de serviços supostamente não atendidos, 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 m<sup>2</sup> a 1200 m<sup>2</sup> ;**

**b) Pisos frios: 800 m<sup>2</sup> a 1200 m<sup>2</sup> ;**

**c) Laboratórios: 360 m<sup>2</sup> a 450 m<sup>2</sup> ;**

**d) Almoxarifados/galpões: 1500 m<sup>2</sup> a 2500 m<sup>2</sup> ;**

**e) Oficinas: 1200 m<sup>2</sup> a 1800 m<sup>2</sup> ;**

**f) Áreas com espaços livres - saguão, hall e salão: 1000 m<sup>2</sup>a 1500 m<sup>2</sup> ;e**

**g) Banheiros: 200 m<sup>2</sup> a 300 m<sup>2</sup>.**

**Veja que, no caso vertente, 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 (execução de determinado serviço ou fornecimento) e executou quantidade menor, inclusive por solicitação da Contratante. No caso específico de gerenciamento de frota através de sistema não**

**ocorre o mesmo, já que o valor constante na Nota Fiscal corresponde exatamente ao quantitativo que foi consumido pela Contratante, que pode ser rastreado na WEB.**

**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 adequada 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. (Grifo nosso)**

**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 INTERMEDIÇÃO, ao invés da aquisição direta combustíveis.**

**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% a 5%.

Por exemplo, considerando o valor global do contrato, de R\$ 707.066,30, ao final da execução por 24 meses de vigência do contrato, mesmo que a empresa consiga ter uma margem de rentabilidade de 5% de toda a sua rede credenciada (o que não é habitual), teria um retorno aproximado de R\$ 35.353,31 (repita-se, por dois anos de prestação de serviços!).

Por outro lado, considerando o valor global do contrato, o consumo mensal da Contratante será no valor estimado de R\$ 29.461,09, sendo que o IMR definido em edital permite glosas de até 10% da fatura mensal, o que equivaleria a uma glosa no mês de R\$ 2.946,10, ou seja, em torno de um décimo da rentabilidade bruta que a empresa teria pela execução de dois anos de prestação de serviços, 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 10%, somado a eventual aplicação das multas previstas no contrato, é totalmente abusiva e desproporcional, e coloca a contratada em situação de onerosidade excessiva, o que necessariamente precisa ser revisto pelo órgão licitante.

Neste sentido, na remota hipótese de persistir a previsão de IMR ou que não seja integralmente excluída, pelo já decorrido, 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 3%.

## **VII - DO PEDIDO**

**Por todo o exposto, requer se digne o i. pregoeiro a JULGAR PROCEDENTE A PRESENTE IMPUGNAÇÃO a proceder as seguintes alterações:**

**i. Excluir a previsão de “IMR”, por não se aplicar aos serviços da presente contratação, e por configurar bis in idem, vedado pela legislação; e ii. Alternativamente, 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 3%; e iii. Republicar os termos do edital, reabrindo-se os prazos legais.**

**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 À IMPUGNAÇÃO**

A Administração deve adotar, sempre que possível, unidade de medida que permita a mensuração dos resultados para o pagamento das contratadas.

Nessas contratações, a mensuração e o pagamento vinculados aos resultados entregues pela contratada são amparados “no princípio constitucional explícito da eficiência, bem como no princípio implícito da economicidade, e, ainda, segundo os princípios da legalidade e da moralidade dos gastos públicos” (TCU, Acórdão nº 1.215/2009, Plenário).

Ademais, conforme determinação contida no documento 317413/2018, do PAD 1817626/2018, da lavra da Presidência deste Regional, todos os setores

devem ser orientados sobre a necessidade de fazer constar qual mecanismo para medição do resultado dos serviços contratados será utilizado.

A execução dos contratos deve ser acompanhada por meio de instrumentos de controle que permitam a mensuração de resultados e adequação do objeto prestado.

Diante da falta de regulamentação à luz da Lei nº 14.133/2021, adotou-se as regras da Instrução Normativa SEGES/MPDG nº 5/2017 como referência de boas práticas.

O Instrumento de Medição de Resultado (IMR) ou instrumento equivalente foi idealizado para contratos de prestação de serviços, como mecanismo de monitoramento e mensuração da qualidade e pontualidade na prestação dos serviços e, conseqüentemente, como forma de adequar os valores devidos como pagamento aos índices de qualidade verificados.

Contudo, para correta aplicação da regra, é necessário que o órgão estabeleça quais são os critérios de avaliação e os devidos indicadores, de forma a se obter uma fórmula que permita quantificar o grau de satisfação na execução do objeto contratado e, por conseguinte, o montante devido em pagamento. Dessa forma, para que seja possível efetuar eventual glosa, é necessário definir, objetivamente, quais os parâmetros para mensuração do percentual do pagamento devido, em razão dos níveis esperados de qualidade da prestação do serviço.

Ou seja, é necessário um instrumento que permita definir bases objetivas a serem aplicadas no controle da qualidade do objeto executado, permitindo à Administração, também com base em previsão expressa nesse instrumento, promover as adequações no pagamento, quando não forem atendidas as metas previstas.

Assim, como boa prática administrativa, foi incluído no Termo de Referência o modelo trazido pela Instrução Normativa nº 05/2017 e que foi elaborado conforme as diretrizes estabelecidas no Acórdão TCU nº 786/2006 – Plenário

para a construção de um novo formato de contratação de prestação de serviço.

Neste sentido, o Anexo I da referida IN definiu "INSTRUMENTO DE MEDIÇÃO DE RESULTADO (IMR): mecanismo que define, em bases compreensíveis, tangíveis, objetivamente observáveis e comprováveis, os níveis esperados de qualidade da prestação do serviço e respectivas adequações de pagamento".

Ressalta-se que a medição deve ser realizada em unidade de medida aferível, objetiva, evitando critérios subjetivos, o que foi observado nos presentes autos.

Verifica-se que os indicadores estabelecidos não se confundem com hipóteses de descumprimento contratual, ao contrário de que alega a empresa impugnante.

Conforme planilha constante do ANEXO I, verifica-se que foram adotadas faixas de ajuste, que se diferenciam da aplicação de sanção, não se tratando de *bis in idem*.

Em suma, a glosa no pagamento é aplicada até o limite do tolerável, acima disso será tratada como descumprimento contratual, conforme abaixo:

Faixa de ajuste no pagamento.	0 a 2 dias de atraso= 100% da meta = recebimento 100% da fatura 3 a 5 dias de atraso= 98% da meta = recebimento 98% da fatura 5 a 7 dias de atraso= 95% da meta = recebimento de 95% da fatura acima de 7 dias de atraso= 90% da meta = recebimento 90% da fatura
Sanção	Em caso de atraso superior a 7(sete) dias na prestação dos serviços, serão aplicadas as sanções administrativas previstas no instrumento contratual, sem prejuízo do desconto de 10% sobre a nota fiscal.

Por fim, a questão foi analisada pela Assessoria Jurídica deste Regional, através do Parecer SAJUR/COJ 515/2023 (documento nº 4557533), que assim se manifestou quando da análise do Edital:

57. O art. 144 da Lei nº 14.133/2021 assim estabelece quanto ao IMR:

*Art. 144. Na contratação de obras, fornecimentos e serviços, inclusive de engenharia, poderá ser estabelecida remuneração variável vinculada ao desempenho do contratado, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazos de entrega definidos no edital de licitação e no contrato.*  
*§1º O pagamento poderá ser ajustado em base percentual sobre valor economizado em determinada despesa, quando o objeto do contrato visar à implantação de processo de racionalização, hipótese em que as despesas correrão à conta dos mesmos créditos orçamentários, na forma de regulamentação específica.*  
*§2º A utilização de remuneração variável será motivada e respeitará o limite orçamentário fixado pela Administração para a contratação.*

58. O IMR deve ser considerado e entendido pela Contratada como um compromisso de qualidade que assumirá junto ao Contratante, sendo um instrumento ágil e objetivo de avaliação da qualidade da execução contratual, associando o pagamento à qualidade efetivamente obtida.

59. A medição deve ser realizada em unidade de medida aferível, objetiva, evitando critérios subjetivos e os indicadores estabelecidos não devem se confundir com hipóteses de descumprimento contratual, passíveis de aplicação de penalidade à contratada e não ligados a exigências de qualidade da prestação de serviços em si.

60. Embora o dispositivo da NLLC transcrito alhures indique que a adoção do IMR é facultativa, sua adoção, nos contratos de prestação de serviços, é recomendada, por se tratar de boas práticas adotadas pela Administração, na medida em que permite, como já ressaltado, uma melhor aferição e medição da qualidade do serviço prestado pela Contratada.

61. No caso em espécie, o setor requisitante optou pela adoção do IMR, conforme deflui do Anexo I do TR e do Anexo II do Contrato.

62. Oportuno registrar que, ante a tecnicidade da matéria, não compete a esta Coordenadoria imiscuir-se nos indicadores adotados pelo setor requisitante para fins de medição da qualidade do serviço a ser prestado. Mas parece-nos adequados os índices adotados para medição do resultado.

Portanto, não se vislumbra qualquer vício ou ilegalidade que ampare a necessidade de alteração dos artefatos e da minuta de Edital, razão pela qual opina-se pelo indeferimento da impugnação apresentada.