

MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, DESENVOLVIMENTO E GESTÃO
SECRETARIA DE GESTÃO
CENTRAL DE COMPRAS

DECISÃO DA IMPUGNAÇÃO N.º 1

1. DAS PRELIMINARES

1.1. Do instrumento interposto

1.1.1. Trata-se de impugnação apresentada em 25 de junho de 2018, pela empresa UBER DO BRASIL TECNOLOGIA LTDA. contra os termos do Edital do Pregão Eletrônico n.º 4/2018 – UASG 201057.

1.2. Da tempestividade

1.2.1. O art. 18 do Decreto nº 5.450/2005, que regulamenta o Pregão na sua forma eletrônica, dispõe que até dois dias úteis antes da data fixada para abertura da sessão pública, qualquer pessoa poderá impugnar o ato convocatório do pregão.

“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.”

1.2.2. Dessa forma, e considerando a data final de entrega das propostas, tem-se que a impugnação é tempestiva, pelo que se passa à análise de suas alegações.

2. DAS ALEGAÇÕES E DO PEDIDO

2.1. Em síntese, alega a Impugnante que:

“3. Não houve notícia sobre a análise das ponderações apresentadas por aquelas empresas. O Edital ora impugnado manteve quase a totalidade dos pontos impugnados pelas operadoras de STIP, interessadas em participar da licitação.

4. Daí a necessidade da presente impugnação.”

2.2. Finaliza requerendo que:

“103. A UBER espera o acolhimento da presente impugnação, com a exclusão do Edital do Pregão Eletrônico – SRP n.º 4/2018 de todas as exigências (acima relacionadas) que inviabilizam a participação de empresas operadoras de STIP.

104. Nesse caso, como as alterações afetarão as propostas, requer seja designada nova data para a realização do certame.

105. Pede que a presente impugnação seja apreciada no prazo de até 24 horas, conforme expressamente previsto no item 24.1.1 do Edital.”

3. DO PREGÃO ELETRÔNICO Nº 4/2018 – CENTRAL DE COMPRAS

Estudos realizados pela Central de Compras Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, em 2016 possibilitaram identificar as seguintes principais situações da operação e gestão do transporte de servidores, empregados e colaboradores dos órgãos da Administração Pública Federal – APF no Distrito Federal:

- a. multiplicidade de formas de atendimento, destacando-se primordialmente o uso de veículos locados (com e sem motoristas e com e sem fornecimento de combustível) e o uso de veículos próprios, exigindo-se diversas outras contratações atreladas ao seu uso (motoristas, combustível, seguros, peças e manutenção, higienização e limpeza, etc.);
- b. inexistência de processo padronizado;
- c. utilização de tempo, esforços e recursos em atividades não essenciais aos propósitos finalísticos dos órgãos, principalmente em razão da inexistência de processos automatizados;
- d. baixo uso de tecnologia, comprometendo o necessário controle da operação e o planejamento e a gestão do processo, sendo dominante nos órgãos o uso de ligações para abertura de chamados do serviço e *voucher* em papel e planilhas para controle básico;
- e. períodos de ociosidade e de carência de veículos, ocasionados pela baixa flexibilidade de alocação dos recursos decorrentes dos modelos de fornecimento utilizados;
- f. utilização de base de localização dos veículos utilizados na operação, com evidente perda de eficiência em razão do deslocamento dos veículos sem nenhum passageiro (atendimento com origem diferente do local da base a ou retorno à base após atendimento);
- g. custo elevado de operação, com significativos volumes de recursos financeiros imobilizados em veículos próprios.

De modo a solucionar os graves problemas apresentados, ainda durante o ano de 2016 a Central de Compras complementou os estudos visando estabelecer um novo modelo de transporte para o desenvolvimento dos serviços administrativos, tendo as seguintes premissas básicas:

- a. solução que propiciasse a modernização da gestão pública, com ganhos de eficiência e eficácia operacional, viabilizando a gestão e operação do serviço demandado pelos órgãos;
- b. redução dos gastos públicos;
- c. disponibilidade ininterrupta durante 24 (vinte e quatro) horas por dia, inclusive sábados, domingos e feriados, para atendimento à diversidade de horário de funcionamento dos órgãos, plantões e emergências;
- d. utilização intensiva de novas tecnologias, de modo a simplificar a operação e possibilitar o efetivo controle do processo.

Como consequência, também naquele ano foi licitado o atual serviço de transporte em execução na APF, denominado TáxiGov, cuja avaliação demonstra êxito nas mudanças estabelecidas:

- a. especificação da solução licitada e modelo operacional definido adequados às necessidades dos órgãos e usuários, determinando impactos positivos na operação e gestão do serviço;
- b. gradual implantação sendo realizada de acordo com o planejamento definido;
- c. inexistência de registro de anormalidades, considerada a significativa quantidade de serviços executados;
- d. aplicação tecnológica e aplicativo *mobile* possibilitando racionalidade, agilidade e simplificação da operação;
- e. funcionalidades específicas e base de dados dos serviços executados estabelecendo marco extremamente positivo para as funções de controle e planejamento;
- f. usuários do serviço satisfeitos, consideradas as avaliações de motoristas e veículos realizadas;
- g. processo de desmobilização dos veículos próprios iniciado pelos órgãos;

h. redução dos custos diretos extremamente significativo, se consideradas as despesas dos órgãos com os modelos de transporte anteriores.

Desde a implantação em 13 de fevereiro de 2017, o TáxiGov apresenta resultados expressivos e extremamente positivos:

- a. 29 (vinte e nove) órgãos com o serviço implantado;
- b. 173.416 (cento e setenta e três mil e quatrocentos e dezesseis) viagens realizadas atendidas;
- c. 1.292.278 (um milhão e duzentos e noventa e dois mil e duzentos e setenta e oito) quilômetros percorridos;
- d. 12.406 (doze mil e quatrocentos e seis) usuários atendidos;
- e. custo com os serviços executados de R\$ 4.450.384,40 (quatro milhões e quatrocentos e cinquenta mil e trezentos e oitenta e quatro reais e quarenta centavos);
- f. economia estimada de R\$ 6.629.548,97 (seis milhões e seiscentos e vinte e nove mil e quinhentos e quarenta e oito reais e noventa e sete centavos) em relação ao modelo anterior, correspondente a 59,83% (cinquenta e nove inteiros e oitenta e três centésimos por cento);
- g. percurso médio de 7,5 (sete vírgula cinco) quilômetros por viagem;
- h. valor médio de R\$ 25,66 (vinte e cinco reais e sessenta e seis centavos) por viagem;
- i. valor médio do quilômetro percorrido de R\$ 3,44 (três reais e quarenta e quatro centavos);
- j. tempo médio de espera para atendimento de 7' 32'' (sete minutos e trinta e segundos);
- k. nota média de avaliação dos motoristas de 4,97 (quatro vírgula noventa e sete);
- l. nota média de avaliação dos veículos de 4,98 (quatro vírgula noventa e oito).

A licitação promovida pela Central de Compras que culminou com a contratação do serviço TáxiGov pode ser considerada um marco para necessário processo de mudanças inovadoras exigidas na APF, eliminando as deficiências acima citadas.

A implantação do TáxiGov, apesar das significativas mudanças introduzidas, transcorreu com normalidade e de acordo com o planejamento realizado e os resultados apresentados são considerados positivos em todas as dimensões analisadas: gestão, controle operacional, custos, qualidade do serviço e satisfação dos usuários.

Os estudos ora realizados, no sentido de aprimorar e ampliar a competitividade dos serviços de transporte de servidores, identificaram que os fornecedores aptos a prestarem serviço de transporte para a Administração Pública, pelas características de cada modelo de negócios e observadas as disposições legais, podem ser agrupados em 4 (quatro) grupos distintos:

- a. empresas locadoras de veículos, notando-se movimentos para adaptação de seus modelos de negócios para que mantenham condições de competitividade;
- b. empresas/entidades de serviço de transporte, caracterizadas essencialmente pela disponibilização de forma exclusiva para o contratante de veículos e motoristas para suprir as demandas de transporte;
- c. empresas/entidades de serviço de táxi, caracterizadas pela realização de agenciamento de serviço de táxi, com intenso movimento de incorporação de tecnologia nas suas operações, de forma a possibilitar acesso aos seus serviços por meio de aplicação *web* e aplicativo *mobile*;
- d. empresas de serviço de transporte privado de passageiros, cujas operações consistem basicamente no agenciamento do transporte por meio de solução tecnológica baseada no uso de aplicação *web* e aplicativo *mobile*, mediando as demandas dos usuários e as ofertas dos motoristas prestadores do serviço, inclusive o processo de pagamento.

Tais estudos, atendendo as premissas acima relatadas, culminaram no Termo de Referência e Edital ora levados à disputa pública.

4. DA ANÁLISE DO MÉRITO

4.1. O Pregão Eletrônico nº 4/2018, tem como objeto o REGISTRO DE PREÇOS para eventual contratação de transporte terrestre dos servidores, empregados e colaboradores a serviço dos órgãos e entidades da Administração Pública Federal – APF, por demanda e no âmbito do Distrito Federal – DF, conforme condições, quantidades, exigências e estimativas, estabelecidas no Edital e seus anexos.

4.2. Considerando que as exigências/condições estabelecidas no instrumento convocatório estão dispostas no Termo de Referência, a Pregoeira, a despeito de seus conhecimentos, submeteu o assunto à Coordenação-Geral de Estratégias de Aquisições e Contratações – CGEST/CENTRAL para análise e manifestação, área técnica responsável pela realização dos estudos e definição da forma de contratação.

4.3. Assim, passa-se a análise da peça impugnatória apresentada:

4.3.1. Quanto ao Item 1:

“1) O objeto do Pregão Eletrônico

1. O Pregão Eletrônico – SRP nº 4/2018 tem por finalidade a *“contratação de transporte terrestre dos servidores, empregados e colaboradores a serviço dos órgãos e entidades da Administração Pública Federal – APF, por demanda e no âmbito do Distrito Federal – DF”* (item 1.1 do Edital). Não consta previsão sobre a contratação de serviço de intermediação de transportes por meio de aplicativos eletrônicos.

2. A publicação do Edital foi precedida da Consulta Pública 02/2018 – Central/MP. Nessa ocasião, a UBER e outras empresas operadoras de Serviço de Transporte Individual Privado apresentaram manifestação demonstrando a incompatibilidade da minuta do Termo de Referência colocada para discussão (DOU de 01/03/2018, Seção 3, p. 109, aviso nº 2/2018) com a atividade por elas desempenhada.

3. Não houve notícia sobre a análise das ponderações apresentadas por aquelas empresas. O Edital ora impugnado manteve quase a totalidade dos pontos impugnados pelas operadoras de STIP, interessadas em participar da licitação.

4. Daí a necessidade da presente impugnação.”

4.3.1.1. Análise e manifestação da CGEST/CENTRAL:

“O objeto definido no Termo de Referência contempla adequadamente a possibilidade de participação de empresas que também atuam na prestação de serviço de intermediação de transporte por meio de aplicativos, estando a previsão de atendimento desses serviços descrita de forma explícita no subitem 1.1.2 do Edital do Pregão 04/2018, abaixo transcrito:

“1.1. Contratação de transporte terrestre dos servidores, empregados e colaboradores a serviço dos órgãos e entidades da Administração Pública Federal – APF, por demanda e no âmbito do Distrito Federal – DF.

1.1.1. Deverão ser atendidas solicitações com origem e destino no Distrito Federal e, ainda, com destino para municípios componentes da Região Integrada de Desenvolvimento do Distrito Federal e Entorno – RIDE, observado o disposto no subitem 12.26 deste Termo de Referência.

1.1.2. O objeto acima definido poderá ser atendido mediante uso de qualquer meio regular e legalmente apto, inclusive agenciamento de serviço de táxi ou de Serviço de Transporte Individual Privado de Passageiros Baseado em Tecnologia de Comunicação em Rede no Distrito Federal – STIP/DF, conforme condições e quantidades especificadas neste Termo de Referência - TR.”

Outrossim, a necessidade da APF pode ser suprida pelo mercado fornecedor de diversas formas – tendo sido admitidos inclusive, mas não somente, os agenciamentos do Serviço de Transporte Individual Privado de Passageiros Baseado em Tecnologia de Comunicação em Rede no Distrito Federal – STIP/DF Assim, os estudos realizados pela Central de Compras, cujo resumo executivo está apresentado como anexo do edital do processo licitatório, apontaram os seguintes tipos de fornecedores:

a. empresas locadoras de veículos, notando-se movimentos para adaptação de seus modelos de negócios para que mantenham condições de competitividade;

b. empresas/entidades de serviço de transporte, caracterizadas essencialmente pela disponibilização de forma exclusiva para o contratante de veículos e motoristas para suprir as demandas de transporte;

c. empresas/entidades de serviço de táxi, caracterizadas pela realização de agenciamento de serviço de táxi, com intenso movimento de incorporação de tecnologia nas suas operações, de forma a possibilitar acesso aos seus serviços por meio de aplicação *web* e aplicativo *mobile*;

d. empresas de serviço de transporte privado de passageiros, cujas operações consistem basicamente no agenciamento do transporte por meio de solução tecnológica baseada no uso de aplicação *web* e aplicativo *mobile*, mediando as demandas dos usuários e as ofertas dos motoristas prestadores do serviço, inclusive o processo de pagamento.

Por fim, várias manifestações enviadas pelos usuários para o Termo de Referência colocado em Consulta Pública foram acatadas ou parcialmente acatadas, o que foi refletido no novo TR publicado juntamente com o Edital.”

4.3.2. Quanto ao Item 2:

“2) O Edital e a necessidade de efetiva inclusão das operadoras de STIP

5. O Termo de Referência prevê a contratação da prestação de serviços de transporte terrestre dos servidores, empregados e colaboradores a serviço dos órgãos e entidades da Administração Pública Federal, por demanda e no âmbito do Distrito Federal.

2.1) A menção às operadoras de STIP

6. O item 1.1.2 do Edital e do Termo de Referência mencionou os possíveis meios de atendimento do objeto em questão. Aludiu a “*qualquer meio regular e legalmente apto, inclusive agenciamento de serviço de táxi ou de Serviço de Transporte Individual Privado de Passageiro Baseado em Tecnologia de Comunicação em Rede no Distrito Federal - STIP/DF*”.

2.2) A disciplina do Termo de Referência em vista das operadoras de STIP

7. A inclusão das operadoras de STIP como uma possibilidade de atendimento do objeto licitado demandava a inclusão de determinados parâmetros e critérios que viabilizem a efetiva participação dessas empresas.

8. Contudo, o Termo de Referência contém diversas regras que inviabilizam por completo a participação de operadoras de STIP, por serem incompatíveis com seus modelos de negócio.

2.3) A impugnação por desrespeito às premissas fixadas pelo TCU

9. É relevante ter em vista as considerações já realizadas pelo Tribunal de Contas da União a respeito da contratação objeto de discussão (Acórdão 1.223/2017-Plenário, rel. Min. Benjamin Zymler).

10. Esse acórdão examinou representação formulada em face da licitação instaurada para a contratação anterior à atual – a qual não previa a participação das operadoras de STIP.

11. O primeiro aspecto relevante se referiu ao cabimento da participação dessas operadoras – e especificamente da UBER. A decisão afirmou que o Ministério do Planejamento “*deixou de considerar como possível modelo de contratação os novos serviços de transporte individual remunerado de passageiros, caracterizados pela solicitação por meio de aplicativos para telefones celulares, entre os quais se destaca o*

Uber, que se encontra em pleno funcionamento no Distrito Federal desde 26 de fevereiro de 2015”.

12. Ainda, foram indicados os objetivos a serem buscados na futura contratação, em grande parte aderentes à atuação dessas operadoras. Conforme afirmado, “*o novo modelo a ser implementado deveria ter como objetivos específicos os seguintes pontos: gestão centralizada; desmobilização de recursos de capital empregados com veículos; redução da ociosidade; incorporação de tecnologias de informação; melhoria dos controles; redução de gastos; maior capilaridade para atendimento; e menor gasto com recursos de back office (gestão interna da operação)”.*

13. A referência nominal pelo TCU à UBER confirma que se trata de uma alternativa que deve ser considerada. Todavia, a mera admissão da participação pelo Edital é insuficiente. O modelo adotado pelo Edital ora impugnado ignora as peculiaridades de atuação da UBER e acaba por inviabilizar a sua participação no Pregão.

14. Logo, é imperativo que as exigências sejam adequadas ao modelo de negócio das operadoras de STIP. Do contrário, a sua participação no Pregão não será possível.”

4.3.2.1. Análise e manifestação da CGEST/CENTRAL:

“Conforme substanciado em relação ao item 1 acima, diversos tipos de fornecedores podem atender à necessidade da administração de deslocamento de seus servidores e colaboradores, de modo que não procede a alegação da impugnante de que há necessidade da “efetiva inclusão das operadoras de STIP”, pelo simples fato de que tal possibilidade já se acha contemplada no edital.

Obviamente, a Administração, quando da definição do Termo de Referência e do estabelecimento das demais condições do instrumento convocatório, busca contemplar o atendimento às suas reais necessidades, ainda que isso possa, eventualmente, implicar alguma adequação por parte dos fornecedores, o que é muito natural e compreensível, não podendo, simplesmente, se curvar ao que determinado fornecedor tem como características na prestação do seu serviço (ainda mais quando tal exigência poderia direcionar a licitação para apenas um segmento de mercado). Logo, ao contemplar na licitação objeto que pode ser atendido por diversos segmentos, inclusive o STIP, não há que se falar em desrespeito às premissas fixadas pelo TCU. Ao contrário salientamos o nosso entendimento de cumprimento total pela Central de Compras das disposições do subitem 9.3 do Acórdão nº 1223/2017 – TCU – Plenário, com a redação dada pelo Acórdão nº 1834/2017 – TCU – Plenário.”

4.3.3. Quanto ao Item 3:

“3) Ressalva necessária: modelo de negócio da UBER

15. Para tanto, pede-se licença para tratar de premissas fundamentais sobre o modo de atuação da UBER (que refletem o modo de atuação de grande parte das operadoras de STIP).

3.1) A funcionalidade técnica da empresa: serviço de intermediação

16. O primeiro ponto fundamental consiste em que a UBER é uma empresa de tecnologia que não presta serviços de transporte, mas sim de intermediação. Sua atuação consiste em viabilizar a aproximação entre prestadores de serviços de transporte (“motoristas”) e tomadores desses serviços (“usuários”).

17. Conseqüentemente, a UBER não possui motoristas nem frota de veículos próprios. Os motoristas parceiros que utilizam o aplicativo UBER são prestadores de serviço de transporte individual privado. Atuam de maneira independente e autônoma. Contratam por conta própria os serviços de intermediação digital prestados pela UBER.

18. Diversas exigências do Edital ignoram esse fator e, com isso, acabam obstando a participação da UBER no Pregão, conforme se demonstrará detalhadamente adiante.

3.2) A dinâmica de preços

19. O segundo ponto fundamental consiste no cálculo do valor pago pelo usuário. De modo a viabilizar a intermediação entre motoristas e usuários, a UBER apresenta um modelo de preço dinâmico, que pode variar de modo a equilibrar a oferta e a demanda no momento da prestação, da forma mais eficiente possível.

20. Ou seja, não se determina preços fixos por quilômetro. A tecnologia utilizada pela UBER apresenta os preços que melhor equilibram a relação entre a demanda e oferta em determinado momento – ou seja, o preço mais vantajoso possível, no momento da solicitação do serviço, com base no equilíbrio do mercado.

21. Essa particularidade no tocante à formação do preço já é amplamente conhecida no Brasil. Mais ainda, é amplamente aceita pelos usuários, que conseguem perceber de imediato, no momento de cada consulta ao aplicativo da UBER, se o preço apresentado está adequado com o trajeto pretendido.

3.3) As vantagens do modelo

22. O modo de atuação da UBER, e das demais operadoras de STIP, apresenta vantagens significativas. O serviço de intermediação atende a necessidade de transporte com alto grau de qualidade e com preços inferiores aos usualmente praticados pelo serviço de táxi.

23. Ainda, a tecnologia utilizada permite conectar os usuários com os motoristas mais próximos no momento da solicitação, diminuindo o tempo de espera para os usuários e o tempo ocioso dos motoristas.

24. Isso garante a plena satisfação dos usuários, que se confirma pela grande adesão do público em geral.”

4.3.3.1. Análise e manifestação da CGEST/CENTRAL:

“Quanto a esse item 3, permitimo-nos não nos posicionar a seu respeito, visto que se trata de mera informação da UBER para tratar de premissas fundamentais sobre o seu modo de atuação, o qual, segundo argumentado, reflete também aquele praticado por grande parte das operadoras de STIP.”

4.3.4. Quanto ao Item 4:

“4) Inviabilidade do modo de determinação de preços previsto no Edital

25. O Edital previu que modelo adotado é o pregão eletrônico do tipo menor preço com base no valor do quilômetro contratado. Contudo, essa disciplina é inconciliável com a forma de cobrança da UBER e das operadoras de STIP.

26. A UBER apresenta um modelo de preço dinâmico que pode variar de acordo com a oferta e a demanda no momento da prestação, da forma mais eficiente possível.

27. Essa sistemática é incompatível com a determinação de preços fixos por quilômetro porque não considera apenas a distância percorrida, mas especialmente as condições do serviço no exato momento da solicitação.

28. Ou seja, se houver muitos motoristas realizando viagens no momento da solicitação (mais oferta e menos demanda), o preço cai. Se houver poucos motoristas realizando viagens (menos oferta e mais demanda) o preço sobe. O

sistema sugere de imediato o preço justo com base no equilíbrio do mercado, que em média fica muito abaixo daquele praticado pelo serviço de táxi – daí o sucesso do modelo.

29. Portanto, o modo de determinação de preço adotado pelo Edital impugnado inviabiliza a participação da UBER no pregão e possivelmente de outras empresas operadoras de STIP. Isso restringe a competitividade do certame, reduz o universo de licitantes e dificulta a obtenção da proposta mais vantajosa, o que contraria o art. 3º, da Lei 8.666.

30. Por ocasião da manifestação sobre a minuta do Termo de Referência colocada para discussão na Consulta Pública 02/2018, a UBER inclusive apresentou alternativas para solucionar esse impasse, tanto no tocante ao modo de determinação de preço quanto na modelagem da licitação. Entretanto, não houve resposta a respeito.”

4.3.4.1. Análise e manifestação da CGEST/CENTRAL:

“À primeira vista, entende-se que a pretensão da impugnante é no sentido de que a precificação dos serviços a serem contratados deve guardar aderência à sua forma de cobrança e também “das demais operadoras de STIP”, alinhando-se perfeitamente ao seu próprio modelo de negócio. Caso tal entendimento fosse rigorosamente efetivado na licitação, estar-se-ia incluindo no certame condições que podem comprometer ou frustrar o seu caráter competitivo, haja vista a existência, por outro lado, de um amplo e abrangente mercado que pode atender às necessidades da Administração e que está em condições de ofertar preços nos moldes fixados no edital, sem prejuízo à participação das operadoras de STIP.

Não é novidade, vale dizer, que os custos que compõem os serviços relacionados ao transporte de passageiros, dentro dos mais diversos segmentos, tem como insumos os próprios veículos, motoristas, combustíveis, manutenção, seguro, depreciação, dentre outros. Daí, a precificação que considera o valor do KM percorrido como critério de julgamento das propostas não se mostra, a nosso ver, de forma alguma, inadequado para o caso concreto.

Assim, é força reiterar que a distância percorrida é fator fundamental na precificação do serviço de transporte, independentemente da empresa/entidade fornecedora, sendo utilizados 3 (três) formas preponderantes de apuração:

- hodômetros dos veículos, sendo a sistemática mais antiga e o uso intensivo de novas tecnologias está demonstrando a sua obsolescência;
- taxímetros instalados nos veículos, utilizados exclusivamente nos táxis, havendo tendência das empresas/entidades de agenciamento deste serviço também utilizarem algoritmos nas suas soluções tecnológicas, com utilização de tecnologia GPS e condições de trânsito existentes no momento;
- GPS (sistema de rádio navegação por satélite), que junto com outras tecnologias, particularmente internet e mapas digitais, possibilita a oferta de novas funcionalidades pelos fornecedores do serviço de transporte, tais como: visualização em tempo real da localização geográfica de veículos utilizados no transporte, registro dos trajetos e cálculo das distâncias percorridas, visualização de rotas alternativas à predefinida no caso de incidentes e fornecimento de estimativas de tempo para atendimento das solicitações;

Vale observar que a incorporação da tecnologia GPS e de mapas digitais às soluções tecnológicas de serviço de transporte é padrão no serviço de transporte privado de passageiros, se estendendo rapidamente para os serviços de táxi e, também, com tendência de também de serem incorporadas pelas cooperativas e empresas locadoras de veículos e de prestação de serviços de transporte convencional que disponibilizam veículos e motoristas para a Administração Pública, de forma a estabelecerem equilíbrio de competitividade.

As recentes licitações de serviço de transporte realizadas pela Administração Pública mostram a tendência de adoção do mesmo modelo estabelecido no edital ora impugnado para o TáxiGov, com a retirada da limitação a serviço de táxi e estabelecendo a competição em razão do valor do quilômetro rodado.

Ademais, o critério de estabelecimento do preço do serviço exclusivamente pela variável distância percorrida, ou seja, por quilômetro rodado, é o mais simples possível e facilita toda a gestão a ser realizada pelos órgãos e entidades da APF, além de ser o critério mais objetivo e isonômico para o julgamento do certame, vez que todos os participantes sujeitar-se-ão à mesma regra editalícia.

Sendo a abrangência da futura contratação estabelecida de forma restrita ao DF e entorno e sendo disponibilizado o histórico de viagens já realizadas pelos órgãos da APF desde FEV/2017, incluindo horário, tempo e distância, cada licitante terá importantes informações para definição da proposta de valor do quilômetro, logicamente considerando outras diversas variáveis que impactam nos custos de cada empresa/cooperativa, a depender do seu modelo de negócios.

A adoção de preços dinâmicos como deseja a UBER, além caracterizar preço incerto a ser praticado, exclui do certame as empresas que não trabalham com esse tipo de precificação, como é o caso das agenciadoras de táxi e as locadoras de veículos, diminuindo, dessa forma, a competitividade, e, novamente, direcionaria a licitação. Além disso, não haveria, com sua adoção, a garantia de que a administração teria efetivamente escolhido a oferta economicamente mais vantajosa, pois eventual majoração do preço (a critério exclusivo da contratada) anularia a escolha do fornecedor escolhido em função do menor preço.

Registra-se, ainda, que várias licitações de relevante monta foram publicadas nos anos de 2017 e 2018 no território nacional, tendo como critério de julgamento o menor preço por quilômetro rodado, com participação de empresas caracterizadas como STIP, sendo que inclusive uma delas foi vencedora do Governo de São Paulo (que teve como critério de escolha o menor valor por quilômetro rodado).”

4.3.4.2. Análise e manifestação da Pregoeira:

O critério de julgamento para a licitação na modalidade de Pregão é obrigatoriamente o de menor preço. Desta forma, não cabe a adoção do “preço dinâmico” vez que este não está contemplado na legislação.

A Lei Geral de Licitações e Contratos, veda expressamente a utilização de outros tipos de licitação, não previstos no artigo 45.

Art. 45 (...)

(...)

§ 5º - É vedada a utilização de outros tipos de licitação não previstos neste artigo.

Além disso, o preço dinâmico implica em fazer contratações por valor incerto. Ainda que no passado informado pela impugnante possa haver registros de economia, isso não garante à Administração que os serviços serão prestados sempre pelo menor preço. Em suma: não é possível a Administração contratar serviços, sem saber de antemão, seu real valor.

4.3.5. Quanto ao Item 5.1:

“5) Previsões que inviabilizam a participação das operadoras de STIP

31. Além dos obstáculos indicados acima, o Termo de Referência possui ainda outras exigências que inviabilizam por completo a participação da UBER (e possivelmente de outras empresas operadoras de STIP) no Pregão Eletrônico.

5.1) Compartilhamento de informação sem observância do Marco Civil da Internet

5.1.1) O regime legal aplicável

32. A Lei 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) prevê que o compartilhamento de dados pessoais não cadastrais detidos por aplicações de internet só é permitido mediante ordem judicial. A Lei restringe o acesso a dados justamente para garantir a segurança de plataformas *online* e a privacidade de usuários.

33. O art. 3º da Lei estabelece os princípios que devem reger o uso da internet.

Dentre eles, prevê expressamente a proteção da privacidade (inc. II) e a proteção dos dados pessoais (inc. III).

34. Já o art. 7º assegura ao usuário a (i) inviolabilidade da intimidade e da vida privada (inc. I); (ii) inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial (inc. II); (iii) inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial (inc. III) e o; (iv) não fornecimento a terceiros de dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicativos, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei (inc. VII).

35. Adiante, o art. 10 dispõe que a guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas. Os parágrafos deste artigo exigem que haja ordem judicial para que os dados sejam compartilhados (§§ 1º e 2º) e permite apenas o acesso aos dados cadastrais que informem qualificação pessoal, filiação e endereço (§ 3º).

36. Ainda, o art. 11 prevê que os direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros devem ser obrigatoriamente respeitados em operações de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por aplicativos de internet.

37. No que diz respeito especificamente aos provedores de aplicativos de internet, o art. 15, §3º, estatui que a disponibilização de registros deverá ser precedida de autorização judicial.

38. A Lei inclusive prevê sanções a serem aplicadas ao sujeito que descumprir as obrigações previstas (art. 12). Por outro lado, o art. 8º, parágrafo único, estabelece que são nulas as cláusulas contratuais que impliquem ofensa à inviolabilidade e ao sigilo das comunicações privadas pela internet.

39. Em síntese, a Lei 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) garante a privacidade dos usuários, o sigilo das comunicações feitas *online* por eles e a inviolabilidade dos seus dados e informações.

40. A legislação permite que dados cadastrais, como qualificação pessoal, filiação e endereço, sejam compartilhados mediante solicitação de autoridade administrativa competente. Entretanto, existe expressa vedação legal ao compartilhamento de outros tipos de informações.

5.1.2) Os itens do Edital contrários ao Marco Civil da Internet

41. Não obstante, o Termo de Referência prevê o compartilhamento de diversas informações pelas empresas contratadas:

- a letra 'e', do item 5.10 estabelece o envio de várias informações detalhadas quando da avaliação do atendimento.

- o item 8.2 prevê que a empresa contratada deverá disponibilizar diariamente o *backup* da base de dados da solução tecnológica, com os dados dos cadastros, inclusive histórico de alterações, e das solicitações de serviço e atendimentos realizados.

- o item 1.1, 'm', do Anexo A prevê ainda que deverá ser garantido o acesso pela Contratante à base e log de dados e trilhas de auditoria da solução tecnológica, a qualquer tempo e sem autorização prévia.

- o item 1.1, 'n', do Anexo A prevê o fornecimento de *backup* da base e log de dados para a Contratante na periodicidade solicitada.

5.1.3) Violação do Marco Civil da Internet

42. A forma do acesso pretendido pelo Edital coloca em risco a privacidade dos usuários e motoristas cadastrados nas plataformas digitais.

43. Essas previsões são conflitantes com Lei 12.965/2014 (que inviabiliza o envio de informações como dados do motorista, placa do veículo e dados da avaliação, bem como a entrega de *back-up* diário) e, portanto, impedem por completo a participação das empresas de STIP no Pregão Eletrônico – e isso não decorre de mera vontade dessas empresas, mas de determinações legais a elas aplicáveis.

44. Conseqüentemente, a atual redação do Termo de Referência deve ser alterada nesse aspecto, para que se adeque aos parâmetros legais estabelecidos no Marco Civil da Internet.

5.1.4) A irrelevância das informações para a prestação e as soluções já existentes

45. Para além da violação da Lei, é necessário considerar que essas informações são absolutamente desnecessárias para a prestação dos serviços que pretende-se contratar.

46. Precisamente por isso, as empresas operadoras de STIP já possuem soluções alternativas para dar à administração visibilidade sobre as viagens sem que incorram em violações ao Marco Civil da Internet.”

4.3.5.1. Análise e manifestação da CGEST/CENTRAL:

“As disposições estabelecidas no TR não violam ou infringem qualquer dispositivo legal ou normativo vigente, inclusive a Lei 12.965/2014 citada na manifestação da Impugnante.

Importante registrar que não se trata de um contrato particular, mas sim de um contrato firmado com a Administração para transporte de seus servidores ou de pessoas a seu serviço, em uso exclusivo em atividades funcionais, e não em caráter privado ou particular. Assim, os dados do deslocamento são de uso e interesse da administração, e não de seus servidores, e, quiçá, da sociedade como um todo. Dessa forma não há que se falar em inviolabilidade de informações quando em deslocamento por ordem e necessidade da Administração.

Assim, não há oponibilidade de sigilo de dados à Administração se é esta, por intermédio de seu servidor ou empregado, que demanda o serviço.

Quanto ao sigilo dos dados dos motoristas, não se está a buscar qualquer dado íntimo ou privado do motorista que estaria acobertado pelo direito à Intimidade. Os dados que devem ser disponibilizados dizem respeito ao serviço prestado à própria administração e nessa qualidade não são sigilosas, mas sim essenciais para que a Administração possa receber o serviço adequadamente. Saliente-se que não se trata de nenhum dado que já não seja enviado (ou seja enviável) à pessoa física que solicita o serviço e considerando que quem realmente demanda o serviço é a Administração, pelo seu servidor, não há qualquer garantia de sigilo ao caso. A contratada deve fornecer o dado e qualquer negativa será vista como indisponibilidade de prestar o serviço e não como proteção legal.

De mais a mais, no tocante ao impedimento de divulgação dos dados dos motoristas, as empresas já o fazem quando encaminham, ao passageiro, tais informações.

Os demais dados solicitados são todos relativos aos serviços prestados para a Administração, no interesse dela e custeada por recursos dela. Não existe oponibilidade nenhuma, ante o contratante, de sigilo de dados referentes a prestação de serviços contratados, sendo tal medida indispensável para procedimentos de recebimento, ateste e pagamento das corridas, bem como para auditoria e controle dos pagamentos feitos. Não há vedação legal ao compartilhamento, existindo, ao contrário, obrigação de prestação dessas informações para que a Administração possa pagar de acordo com ditames de legalidade e eficiência.

De igual forma o acesso à base e log de dados e solicitação de backup por parte da Administração na plataforma da contratada diz respeito tão e somente aos servidores do(s) órgão(s) contratante, não havendo interesse em quaisquer dados que não sejam os inerentes ao contrato firmado, cabendo à empresa, obviamente, restringir o acesso do contratante apenas às informações pertinentes. Por fim, as informações solicitadas não são de forma alguma irrelevantes, pois possibilitam não apenas monitorar e gerenciar sua utilização, como também desenvolver estudos que aprimorem a gestão e futuras decisões e contratações da Administração. Ressalte-se que, por exemplo, tais informações foram parcialmente divulgadas na licitação que ora está sendo realizada justamente por solicitação das empresas, em audiência pública – da qual participou a UBER – para que pudessem melhor fundamentar suas propostas. Por fim, a menção a "soluções alternativas" é absolutamente irrelevante se não há a explicitação de quais soluções são essas e em que medida elas superariam os mecanismos já previstos no que concerne à prestação das informações indispensáveis ao cumprimento das medidas contratuais e legais de obrigação da União.”

4.3.6. Quanto ao Item 5.2.1:

“5.2) Responsabilidade por danos causados por motoristas

5.2.1) As regras sobre a atuação dos motoristas

47. O Termo de Referência estabelece uma série de obrigações a cargo da empresa contratada quanto ao comportamento e atuação dos motoristas.

48. O item 5.12, p.ex., prevê que a contratada deverá zelar e fiscalizar se os motoristas estão atendendo os clientes com presteza e polidez e se estão se trajando adequadamente. Mais especificamente, o item 5.12.1 determina que *“Caso a prestação do serviço seja realizada por meio de agenciamento de serviço de táxi ou STIP/DF, a CONTRATADA também é responsável por zelar e exercer a fiscalização necessária à garantia do cumprimento pelos MOTORISTAS das disposições legais e normativas que regulam tais serviços no DF”*.

49. Essas previsões inviabilizam a atuação das operadoras de STIP, na medida em que o objeto dessas empresas limita-se ao serviço de intermediação da prestação de serviço de transporte privado.

50. Os motoristas cadastrados no aplicativo são independentes e autônomos. Não são funcionários das empresas operadoras de STIP. Não há relação de subordinação entre eles e a empresa.

51. Consequentemente, essas empresas não podem ser responsabilizadas por condutas ilegais eventualmente praticadas pelos motoristas, nem tampouco garantir que eles cumpram determinadas regras de conduta profissional.

52. Essa circunstância não impede que os serviços de transporte prestados pelos motoristas parceiros sejam perfeitamente adequados. O sistema de avaliação entre usuários e motoristas garante que o serviço seja realizado de forma amplamente satisfatória. O sucesso dos aplicativos de transporte mantidos pelas operadoras de STIP – notadamente da UBER – comprova essa afirmação.”

4.3.6.1. Análise e manifestação da CGEST/CENTRAL:

“Primeiramente, necessário esclarecer que poderá resultar da licitação em apreço a celebração de contrato administrativo, constituído com contornos próprios, que o tornam distinto das figuras de direito privado. Ganha maior relevo, nesse caso, o fato de que a Administração Pública não pode ser acanhada e impedida na consecução dos objetivos de interesse comum que lhe incumbem, obviamente, sem que isso venha significar que os interesses privados possam ser desconsiderados ou fatalmente prejudicados em prol do interesse público.

Nesse sentido, quando do estabelecimento das obrigações cabíveis ao particular a ser contratado, a Administração não pode abrir mão de exigências pertinentes e relevantes para o específico objeto do contrato, sob pena de ficar prejudicada ou à mercê de uma má execução dos serviços, seja ela originada por questões de sistema/aplicativo, por condições dos veículos ou por atendimento insatisfatório por parte dos motoristas, independentemente do tipo de relação ou vínculo da contratada com estas partes, todas de inequívoca importância para a preservação da qualidade dos serviços prestados.

Desta sorte, a futura contratada deve garantir a qualidade dos serviços, a qual não poderá ficar aquém do pactuado, sob pena de aplicação das penalidades contratualmente previstas.”

4.3.7. Quanto ao Item 5.2.2:

“5.2.2) A previsão de sanções por fatos alheios ao controle das operadoras de STIP

53. O Termo de Referência prevê a aplicação de sanções bastante graves por fatos alheios ao controle das empresas contratadas:

- o item 17.2 do Termo de Referência prevê as sanções aplicáveis à contratada nos casos de inexecução total ou parcial do contrato. O item 17.2.2 trata das multas aplicáveis.

- o Anexo D trata do instrumento de medição de resultados, prevendo o nível esperado para o serviço e a glosa correspondente para a hipótese de não atendimento.

- o item 3 do Anexo D menciona que se espera que o veículo utilizado esteja “em perfeitas condições de segurança, conforto e higiene e MOTORISTA com comportamento respeitoso com o USUÁRIO e público em geral, sendo-lhes cortês e prestativo” e que a avaliação negativa gerará glosa de 10% do valor do atendimento.

54. Tanto as multas previstas no item 17.2.2 quanto a glosa serão aplicadas pela prática de atos dos motoristas cadastrados nas plataformas das operadoras de STIP.

55. Todavia e conforme já apontado, as empresas operadoras de STIP não são empregadoras dos motoristas cadastrados, o que significa a falta de ingerência sobre eles e a impossibilidade de que tenham controle sobre as condutas por eles praticadas.”

4.3.7.1. Análise e manifestação da CGEST/CENTRAL:

“Na mesma linha do tópico anterior, tanto as multas previstas no item 17.2.2, quanto a glosa relativa à aplicação do instrumento de medição de resultados, aplicadas em face da prestação dos serviços, ainda que provenientes de atos praticados pelos motoristas cadastrados nas plataformas das operadoras de STIP, não podem ser ignoradas. O que não se pode aceitar ou admitir é que o modelo de negócio da contratada, seja agenciamento, prestação ou intermediação dos serviços sirvam como impeditivo para afastarem sua responsabilidade pela sua má execução, inexecução parcial ou integral. Caberá à contratada, ao seu exclusivo alvedrio, buscar o regresso de valores decorrentes de apenamento/glosa junto àqueles que deram causa, caso assim entenda.

Ademais, considere-se ainda que, embora a impugnante afirme que os motoristas cadastrados no aplicativo são independentes e autônomos e os mesmos não são funcionários das empresas operadoras de STIP, verificamos que no próprio site da empresa (<https://www.uber.com/pt-BR/drive/resources/regras/>) existe um conjunto de regras a serem cumpridas por seus parceiros sob pena de desativação da parceria, ou seja, existe sim possibilidade de gestão dos motoristas para a execução dos serviços, o que lhe permite definir parâmetros para cumprimento da fiscalização exigida no presente Edital.

Abaixo transcrevemos exemplos de regras que os motoristas da UBER estão sujeitos, extraídas do site em referência:

“Políticas de Desativação

Ficar online sem disponibilidade imediata

- *O Motorista Parceiro pode escolher o horário em que deseja se conectar à plataforma - mas ficar online no aplicativo sem estar disponível para iniciar a viagem e se locomover para buscar o usuário não é uma conduta aceitável.*

Taxa de aceitação

- *Ficar online na plataforma e ter uma taxa de aceitação menor do que a taxa referência da(s) cidade(s) na(s) qual(is) atua o Motorista Parceiro - lembre-se, você pode ficar online quando quiser - só se conecte quando quiser dirigir*

Taxa de cancelamento

- *Aceitar viagens e ter uma taxa de cancelamento maior do que a taxa referência da(s) cidade(s) nas quais atua o Motorista Parceiro*

Perfil falso

- *Criar perfil falso de usuário ou Motorista Parceiro*

Perfil duplicado

- *Criar novo perfil de usuário ou Motorista Parceiro, um vez já cadastrado ou após desativação permanente.*

Manipular viagens

- *Usar software, GPS ou qualquer outro método para tentar manipular ou criar viagens ou localização falsas*

Manipular conta

- *Usar software ou qualquer outro método para tentar manipular ou criar informações da conta*

Meios inapropriados

- *Usar, direta ou indiretamente, meios inapropriados para obter vantagens junto à plataforma, inclusive tentar ganhar, de maneira indevida, promoções, indicações, códigos promocionais, preço de viagens, preço de ajustes de viagens, taxa de cancelamento, preço de viagens promocionais ou avaliações altas*

Viagens combinadas

- *Realizar viagens, por meio do aplicativo, previamente combinadas com usuários*

Comercializar viagens

- Comercializar viagens da sua conta pessoal para terceiros (vendendo créditos, por exemplo)

Propagandas de concorrentes ou de serviços de transporte

- Realizar, durante a viagem, divulgação para usuários da Uber de outros aplicativos de intermediação de serviço de transporte ou de serviços de transporte

Angariar usuários

- Angariar usuários da Uber durante viagem e oferecer serviços de transportes fora do aplicativo

Utilização indevida da marca

- Utilizar o nome ou a marca da Uber para angariar viagens fora da plataforma;

Recusar animais de serviço

- Recusar o embarque animais de serviço, como cães-guias, em viagens

Foto incompatível

- Possuir foto cadastrada na plataforma incompatível com a foto apresentada na CNH

Média de Avaliação

- Manter uma média de avaliação por parte dos usuários da plataforma abaixo da média de avaliação da cidade.

Informações falsas

- Apresentar documentos ou dados falsos para cadastramento na plataforma

Estar com outras pessoas no veículo

- Buscar usuários com não-usuários dentro do veículo

Compartilhar seu cadastro

- Deixar outra pessoa utilizar seu cadastro de motorista parceiro da Uber

Veículo incompatível

- Realizar viagem com veículo incompatível ao veículo cadastrado no perfil do Motoristas Parceiro, para o qual tenha sido enviada a solicitação de viagem específica

Armas de Fogo

- A Política de Armas da Uber proíbe o porte de armas na plataforma e quem violá-la pode perder acesso à plataforma.

Utilização da Marca

- Utilizar a marca, nome e logo ou qualquer outra propriedade intelectual da Uber, em qualquer material que não tenha sido previamente autorizado pela Uber

Solicitar Avaliação

- Sugerir ou solicitar aos usuários uma determinada avaliação

Informações dos usuários

- Solicitar e/ou compartilhar com terceiros informações particulares dos usuários

Câmera interna

- Instalar câmeras internas de gravação dentro do veículo

Violência

- Ofender a integridade corporal ou a saúde do usuário

Assédio Moral

- Realizar elogios ou comentários sobre a aparência, roupa ou qualquer aspecto pessoal do usuário que possam ser mal interpretados

Assédio Sexual

- Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar qualquer ato libidinoso, ou realizar ato obsceno que seja constrangedor ao usuário

Contato físico não-consensual

- Tocar ou tentar tocar algum usuário sem o consentimento do usuário

Discriminação

- *Destratar, impedir acesso ou recusar atendimento de usuário com base em sexo, gênero, orientação sexual, raça, cor, etnia, religião, procedência nacional, idade ou deficiência*

Dirigir embriagado

- *Dirigir sob influência de álcool ou qualquer tipo de substância ilícita;*

Crime

- *Cometer contravenção penal ou crime enquanto estiver online no aplicativo;*

Taxa de cancelamento no aeroporto

- *Aceitar viagens e ter uma taxa de cancelamento na região de aeroportos maior do que a taxa referência do aeroporto, abrangendo cancelamentos realizados pelo motorista parceiro ou pelo usuário.”*

4.3.8. Quanto ao Item 5.2.3:

“5.2.3) Necessidade de adequação do Termo de Referência

56. As regras que imputem responsabilidade à contratada pela conduta dos motoristas, tais como a regra sobre vestimenta e conduta, bem como as regras que responsabilizam a contratada por eventuais danos causados pelos motoristas, são incompatíveis com a atividade da UBER – e possivelmente de todas as operadoras de STIP.

57. Da mesma forma, a previsão de sanções severas à contratada por fatos alheios à sua responsabilidade e ao seu controle, inviabiliza a participação da UBER no Pregão Eletrônico.”

4.3.8.1. Análise e manifestação da CGEST/CENTRAL:

“Em face dos fundamentos substanciados em relação aos tópicos 5.2.1 e 5.2.2, não há que se falar em adequação do TR.”

4.3.9. Em relação ao Item 5.3:

“5.3) A exigência de nota fiscal

58. O item 9.5 do Termo de Referência prevê que o pagamento dos serviços será efetivado mensalmente e mediante apresentação de nota fiscal ou fatura pela contratada. O valor deverá ser correspondente ao somatório dos valores dos atendimentos realizados no mês anterior. Item 16.3.2

59. O Termo de Referência não é expresso, mas é presumível que essa exigência decorra da regra do art. 11, inc. VII, da Lei 5.691/2016: “São deveres das empresas de operação do STIP/DF: (...) VII - emitir e enviar ao passageiro a Nota Fiscal de Consumidor Eletrônica - NFC-e, ao final da viagem”.

60. Portanto, infere-se do Termo de Referência que caberá às operadoras de STIP apresentar mensalmente a fatura, cujo valor corresponderá ao somatório dos valores das notas fiscais emitidas ao final das viagens.

61. Esse aspecto é altamente relevante porque as empresas intermediadoras de STIP, conforme já apontado, não prestam serviços de transporte, mas sim serviços de intermediação. Consequentemente, não podem emitir (em seu nome) faturas pelo serviço de transporte prestado pelos motoristas parceiros por impossibilidade fática: as intermediadoras de STIP não podem emitir nota fiscal por um serviço de transporte que não prestam.

62. Em suma, o item 9.5 do Termo de Referência impede a participação de empresas intermediadoras de serviço de transporte, tendo em vista que apenas poderiam emitir notas o serviço que efetivamente prestam, de intermediação.

63. Trata-se de ponto fundamental, pois eventual interpretação de que cabe a apresentação de nota fiscal pelo serviço de transporte, a ser apresentado pela Contratada, inviabilizaria a atuação das operadoras de STIP por incompatibilidade absoluta com seus modelos de negócios.”

4.3.9.1. Análise e manifestação da CGEST/CENTRAL:

“Os documentos usualmente exigidos para fins de pagamento são a nota fiscal ou fatura, discriminando os serviços prestados. Trata-se de obrigação tributária acessória, e que inclusive pode ser sanada de outras maneiras (desde que admitidas pela legislação tributária aplicável à empresa e seu ramo de atividade). Ressalte-se que a definição/regulamentação quanto aos tributos devidos por determinada empresa e respectivas obrigações (principais e acessórias) é estabelecida pelos órgãos competentes, com destaque para a Secretaria da Receita Federal do Brasil - SRFB, no âmbito federal, e da Secretaria de Estado da Fazenda - SEF, no âmbito do DF.

O objeto a ser contratado, pela possibilidade de ser atendido por diferentes tipos de empresas, com regime jurídico e fiscal específicos (locadoras, cooperativas, agenciadoras, STIP) tem sua natureza tributária diversificada e o regramento legal para faturamento e tributação varia de acordo com a situação fiscal de cada licitante, não sendo o edital o instrumento competente para disciplinar todas as possíveis situações de faturamento dos serviços.

Assim, relativamente aos tributos, serão observadas a legislação e normas vigentes aplicáveis à licitante vencedora que poderá vir a ser contratada, a qual deverá emitir documento fiscal inerente à sua natureza, devendo os órgãos e entidades da APF, na condição de substitutos tributários, realizarem a retenção e recolhimento quando do pagamento dos serviços realizados.”

4.3.10. Em relação ao Item 5.4:

“5.4) Transporte adaptado

64. A minuta do Termo de Referência e dos Anexos B e C, que instruíram a Consulta Pública 02/2018, mencionavam a necessidade de a contratada disponibilizar veículos adaptados.

65. A maioria das exigências relacionadas a veículos adaptados foram excluídas do Edital ora impugnado. No entanto, o item 5.11, letra ‘a’ e o item 2.1, ‘ww’, ambos do Termo de Referência, ainda fazem menção a “veículo adaptado”.

66. A UBER reputa que a exigência de veículo adaptado foi suprimida do Edital. Contudo, caso se repute que persiste exigência de garantia de frota com veículos adaptados, indica que isso inviabiliza por completo a sua participação no Pregão Eletrônico.

67. A UBER esclarece que apoia e possui políticas de acessibilidade para usuários com deficiências físicas, necessidades especiais ou restrições de mobilidade. O aplicativo inclusive dispõe de recursos para tanto. Existem políticas de acomodação de cadeiras de rodas e de transportes de cães guias e os motoristas cadastrados são orientados sobre práticas de inclusão e respeito.

68. Entretanto, como já mencionado, os motoristas cadastrados na plataforma são prestadores de serviço de transporte individual privado que atuam de maneira independente e autônoma.

69. Como as operadoras de STIP, tal como a UBER, não possuem frota ou veículos próprios, não é possível que assumam a obrigação de dispor de um número mínimo de veículos adaptados, já que os motoristas cadastrados utilizam seus veículos próprios.

70. Além disso, há uma série de limitações técnicas para se conectar veículos específicos a usuários específicos, pois as operadoras de STIP não podem garantir que os motoristas estejam ativos na plataforma no momento da solicitação, nem em que parte da cidade se encontrarão.

71. Em suma, caso se mantenha a exigência de garantia de frota com veículos adaptados, isso inviabiliza a participação da UBER, e possivelmente de outras operadoras de STIP no pregão. Tal exigência é absolutamente incompatível com o modelo de negócio praticado por essas empresas.”

4.3.10.1. Análise e manifestação da CGEST/CENTRAL:

“Na realidade, a exigência de veículo adaptado foi suprimida do Edital. Contudo, procurou-se, com a redação adotada no Termo de Referência, não vedar a sua utilização caso haja disponibilidade (ou mesmo imposição legal) desse tipo veículo. Caso isso venha a ocorrer, sua definição encontra-se descrita no item 2.1, alínea “ww”, obedecendo a idade máxima definida no subitem 5.11, alínea “a”.

4.3.11. Em relação ao Item 5.5:

“5.5) Cobrança pelo cancelamento

72. O Termo de Referência prevê a possibilidade de cancelamento da solicitação a qualquer momento pelo usuário ou pelo motorista após espera de 10 minutos no local, sem ônus para a contratante (item 5.6, letras ‘c’ e ‘d’, do Termo de Referência).

73. O aplicativo da UBER cobra taxa de cancelamento quando o cancelamento é feito pelo usuário 5 minutos após a solicitação ou quando o motorista realiza o cancelamento porque o passageiro não compareceu após 5 minutos de espera.

74. O aplicativo é idêntico em todos os países e não é possível customizá-lo para um cliente específico – o que inviabiliza a exclusão da taxa de cancelamento ou a alteração do tempo atualmente utilizado.

75. Portanto, as regras de cancelamento sem ônus para a contratante também inviabilizam a participação da UBER no Pregão Eletrônico.”

4.3.11.1. Análise e manifestação da CGEST/CENTRAL:

“Os parâmetros para cobrança de cancelamento diferem não apenas entre empresas caracterizadas como STIP como também entre outros tipos de empresas. A título de exemplo, empresas de táxi não cobram pelo cancelamento e a Administração, no modelo atualmente adotado, não é cobrada quando este ocorre. Por outro lado, temos conhecimento que a taxa de cancelamento tem, dentre outras finalidades, o intuito de ressarcir o motorista por eventual transtorno, seja relacionado ao deslocamento, seja por eventual rejeição de outras corridas em detrimento da que foi cancelada. Nada impede que a empresa haja de acordo com seu modelo de negócios em relação aos motoristas. O que se pretende é que a Administração não seja onerada, e a fim de subsidiar a formação dos preços finais (que deve levar em conta todos os aspectos da prestação do serviço, inclusive cancelamentos) informamos, na documentação relativa à licitação em comento o percentual histórico de viagens canceladas.”

4.3.11.2. Análise e manifestação da Pregoeira:

Corroborando supletivamente com a manifestação da CGEST/CENTRAL, oportuno evidenciar que a Administração não pode dispensar a possibilidade de cancelamentos de chamadas, até porque os mesmos ocorrem por circunstâncias supervenientes à vontade do usuário.

Em razão disso, fez-se constar do Edital o histórico das viagens canceladas, o que constitui subsídio relevante para que as empresas interessadas na licitação possam avaliar os impactos e custos correspondentes a serem considerados quando da formulação de suas propostas e oferecimento de lances.

4.3.12. Em relação ao Item 5.6:

“5.6) Motivo para cancelamento

76. O Termo de Referência exige o registro na base de dados do código do motivo do cancelamento (item 1.4, ‘b’, do Anexo B e item 1.2, ‘b’, do Anexo C).

77. A UBER, tal como outras operadoras de STIP, não exige motivo para o cancelamento. Conforme explicado acima, a padronização internacional do aplicativo impede alterações pontuais nas suas funcionalidades.

78. Consequentemente, a exigência de cadastro de códigos para cancelamento inviabiliza a participação da UBER no Pregão Eletrônico.

79. Como a motivação do cancelamento não afetará em nenhum aspecto a prestação do serviço (tanto sob o ponto de vista da contratante, quanto da contratada), tal exigência revela-se desarrazoada e restringirá o universo de licitantes participantes na licitação.”

4.3.12.1. Análise e manifestação da CGEST/CENTRAL:

“Os motivos de cancelamento são essenciais para que a Administração possa acompanhar os perfis de utilização e suas razões. Novamente, ressaltamos que há como se ater às características únicas e exclusivas do aplicativo de um único fornecedor (ou de um grupo restrito deles), simplesmente dispensando eventuais exigências. Ressalte-se ainda que a licitante vencedora terá, conforme definido em edital, tempo para adaptar seu aplicativo às exigências da contratada.”

4.3.13. Em relação ao Item 5.7:

“5.7) Perfis de acesso

80. O item 1.7, ‘a’, do Anexo B prevê a disponibilidade de quatro perfis de acesso (‘gestor central’, ‘gestor setorial’, ‘gestor de unidade’ e ‘usuário’) com acessos a funcionalidades específicas (item 1.7, do Anexo B).

81. A UBER dispõe de quatro perfis de acesso com acesso a funcionalidades específicas.

82. O perfil ‘administrador’ possui acesso total às funcionalidades, podendo adicionar e excluir pessoas, acessar e baixar relatórios, configurar regras de utilização, acessar históricos e cobranças. Esse perfil assemelha-se ao perfil ‘gestor central’ do Anexo B.

83. Já o perfil ‘usuário’ da UBER e do Edital também são compatíveis, pois ambos são limitados às solicitações e atendimentos de titularidade específica do usuário.

84. Ainda, a UBER dispõe do perfil ‘administrador da Central’, que é autorizado a solicitar, cancelar e agendar viagens para terceiros não cadastrados como usuários e de perfil ‘gestor’, que permite apenas o acesso às viagens de sua equipe por relatório semanal enviado por e-mail.

85. Como o sistema funcional da UBER admite um ‘administrador’ (equivalente em poderes de acesso ao gestor central) por CNPJ, cada órgão terá um administrador, o que torna possível caracterizar esses administradores como compatíveis com o perfil ‘gestor setorial’.

86. Todavia, a UBER não dispõe de um perfil similar ao ‘gestor de unidade’. Não é possível criar um perfil adicional para cada unidade administrativa.

87. As funcionalidades de acesso do ‘gestor de unidade’ são idênticas às do ‘gestor setorial’, de modo que a inclusão desse perfil adicional não auxilia na prestação do serviço e inviabiliza a participação da UBER no Pregão Eletrônico – e possivelmente de outras operadoras de STIP em condições similares.”

4.3.13.1. Análise e manifestação da CGEST/CENTRAL:

“Os perfis de acesso exigidos são essenciais para que a Administração realize o necessário e indispensável acompanhamento e controle da utilização dos serviços. Como é de conhecimento, a contratação em questão atenderá diferentes Ministérios e suas diversas unidades administrativas que necessitarão monitorar a utilização do serviço pelos seus servidores. Além do mais, a vencedora do certame terá prazo para realizar as adequações na sua solução tecnológica, adequando-a às exigências editalícias.”

4.3.14. Em relação ao Item 5.8:

“5.8) Idade veicular

88. O item 5.11, letra ‘a’, do Termo de Referência estabelece que os veículos da empresa contratada deverão possuir idade máxima de: (i) cinco anos, se forem a gasolina, álcool, ou outro combustível fóssil; (ii) oito anos, se forem elétricos, híbridos ou outro combustível renovável não fóssil ou veículos adaptados.

89. A idade veicular prevista no Termo de Referência é idêntica à regra do art. 5º da Lei 5.691/2016, que regula o STIP. A idade veicular máxima é exatamente a mesma.

90. Contudo, esse dispositivo encontra-se em avançada discussão na Câmara Legislativa do Distrito Federal, por meio de projeto de lei que prevê aumento da idade veicular para oito anos para todos os veículos utilizados pelos motoristas intermediados pelas operadoras de STIP.

91. Diante disso, o item do Edital deve exigir veículos que atendam às exigências de idade veicular previstas na Lei 5.691/2016. Assim, se eliminará a provável incompatibilidade futura com a lei aplicável.

92. Nem se alegue que o item 5.11.1 do Termo de Referência supriria isso. Esse item dispõe que será possível que a contratada requeira a alteração da idade máxima dos veículos com base em “fato superveniente, inclusive de ordem legal ou normativa de autoridade competente que trate do assunto”.

93. Contudo, ao condicionar a alteração ao exclusivo critério da Contratante, existe e possibilidade de indeferimento e mantém-se a probabilidade de descompasso com a regra prevista na legislação aplicável.”

4.3.14.1. Análise e manifestação da CGEST/CENTRAL:

“Novamente a impugnante considera, erroneamente, que as empresas caracterizadas como STIP são as únicas passíveis de fornecer o serviço desejado pela Administração, ao invocar a lei que regulamenta o STIP como único parâmetro para definição da idade dos veículos. O item 5.11.1 do Termo de Referência foi instituído justamente para que se possibilite a alteração da idade dos veículos, independente de diploma legal específico. Vincular a alteração diretamente ao art. 5º da Lei 5.691/2016 certamente impossibilitaria algum ajuste caso a alteração da idade ocorresse por outro dispositivo.”

4.3.15. Em relação ao Item 5.9:

“5.9) Formato de relatórios

94. O edital estabelece que a contratada deverá gerar relatórios em formato PDF e exportar dados desses relatórios para os formatos XLS e XML (item 1.6, ‘a’, do Anexo B).

95. Contudo, a UBER gera arquivos em formato CSV, de modo que a alteração de formato geraria uma dificuldade adicional à participação no futuro certame.

96. Há ainda uma discrepância entre o item 1.6, ‘a’, do Anexo B e o item 16.2 do Termo de Referência. Enquanto o primeiro item exige os formatos XLS ou XML, o segundo prevê a entrega de relatório no formato MS Excel ou CSV.”

4.3.15.1. Análise e manifestação da CGEST/CENTRAL:

“Não há discrepância entre o item 1.6, ‘a’, do Anexo B e o item 16.2 do Termo de Referência conforme aponta a UBER.

Tratam-se de situações distintas onde o item 16.2 do Termo de Referência tem por objetivo a geração de relatórios gerenciais, com linhas e sublinhas, para análise interna e para fins de ateste e aceitação dos serviços (MS Excel ou CSV).

Já o item 1.6, ‘a’, do Anexo B, requer relatórios em que qualquer consulta seja possível extrair os dados de forma planilhada (2 dimensões XLS) e também de forma multidimensional, para os casos em que necessite de extrações mais complexas (XML).”

4.3.16. Em relação aos Itens 6 e 7:

“6) A restrição indevida da competitividade

97. Como visto, o Edital do Pregão Eletrônico – SRP n.º 4/2018 possui diversas exigências que inviabilizam por completo a participação da UBER de das demais empresas operadoras de STIP na licitação.

98. Essas exigências restringem indevidamente a competitividade da licitação e, portanto, são incompatíveis com o ordenamento vigente.

99. O TCU já se manifestou sobre a necessidade de fixação de requisitos mínimos para evitar a restrição indevida da competitividade da licitação. Para tanto, editou o Manual do Pregão Eletrônico, por meio do qual orientou que *“a fixação de requisitos mínimos de habilitação para fins de qualificação técnica, independentemente de técnico-profissional ou técnico-operacional, deve ser estabelecida de maneira razoável, pertinente e compatível com o objeto licitado, sendo definida como resultado de um processo lógico, fundado em razões técnico-científicas, de forma que não restrinja indevidamente a competitividade da licitação”*.

100. Ainda, o TCU afirma que *“exigências habilitatórias não podem ultrapassar os 16 limites da razoabilidade, além de não ser permitido o estabelecimento de cláusulas desnecessárias e restritivas ao caráter competitivo. Devem restringir-se apenas ao necessário para o cumprimento do objeto licitado”* (Licitações e Contratos – orientações e jurisprudência do TCU. 4ª Edição. Disponível em http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/LIC_CONTR/2057620.PDF).

101. A jurisprudência do TCU é pacífica sobre a inviabilidade de inclusão de cláusulas restritivas ao caráter competitivo do certame:

● *“Abstenha-se de incluir em instrumentos convocatórios exigências não justificadas que restrinjam o caráter competitivo das licitações, em observância ao art. 37, inciso*

XXI, da Constituição Federal e em atendimento aos dispositivos legais que vedam cláusulas editalícias restritivas da competitividade, em especial o art. 3º, §1º, inciso I, o art. 30, § 1º, inciso I, e § 5º, da Lei nº 8.666/1993”. (Plenário, Acórdão 1312/2008);

● *“A existência no edital de cláusulas restritivas ao caráter competitivo do certame fundamenta a anulação da licitação, consoante o disposto no art. 49 da Lei nº 8.666/1993”. (Plenário, Acórdão 596/2007);*

● *“Abstenha-se de incluir condições de habilitação técnica restritivas ao caráter competitivo do certame, em respeito ao art. 3º, da Lei nº 8.666/1993”. (Plenário, Acórdão 2883/2008);*

● *“Abstenha-se de incluir no edital de licitação termos ou expressões que permitam dupla interpretação e, com isso, possa dificultar a compreensão dos licitantes quanto às condições estabelecidas e, por conseguinte, prejudicar, de alguma maneira, a ampla competitividade de certame, bem assim de fazer exigências desnecessárias para o objeto a ser contratado, a exemplo da obrigatoriedade de inscrição ou registro da licitante no Crea para o fornecimento de equipamentos de circuito fechado de TV” (Segunda Câmara, Acórdão 2377/2008);*

● *“A licitação não deve perder seu objetivo principal, que é obter a proposta mais vantajosa à Administração, mediante ampla competitividade, a teor do art. 3º, caput, da Lei 8.666/1993”. (Plenário, Acórdão 1734/2009).*

102. Em última análise, a restrição ao acesso de interessados impactará na competitividade do certame, reduzindo significativamente as chances de obtenção da proposta mais vantajosa.

7) Conclusão

103. A UBER espera o acolhimento da presente impugnação, com a exclusão do Edital do Pregão Eletrônico – SRP n.º 4/2018 de todas as exigências (acima relacionadas) que inviabilizam a participação de empresas operadoras de STIP.

104. Nesse caso, como as alterações afetarão as propostas, requer seja designada nova data para a realização do certame.

105. Pedes que a presente impugnação seja apreciada no prazo de até 24 horas, conforme expressamente previsto no item 24.1.1 do Edital.”

4.3.16.1. Análise e manifestação da CGEST/CENTRAL:

“Visto que os quesitos impugnados foram definidos em função da necessidade da Administração, calcada nas suas necessidades e em observância ao que o mercado tem a ofertar, e que se alterados, como pretende a impugnante, excluiria vários outros concorrentes de mercado, ou privilegiaria outros (sobretudo na adoção de “ julgamento por menor preço dinâmico”, vez que empresas que agenciam táxis e as locadoras de veículos não utilizam tal modelo de cobrança) concluímos não haver necessidade de modificação do edital ou de seus anexos.”

5. MANIFESTAÇÃO DA PREGOEIRA

5.1. Reputando as análises e manifestações da Coordenação-Geral de Estratégias de Aquisições e Contratações – CGEST/CENTRAL, que esta Pregoeira adota integralmente como fundamento para decidir e, considerando que as especificações e demais condições determinadas no instrumento convocatório, ora impugnadas, encontram-se exaustiva e fundamentalmente justificadas, resta comprovado que não assiste razão à Impugnante, na medida em que os quesitos questionados pela UBER não limitam e tampouco frustram a participação de empresas prestadoras dos serviços que atuam no segmento de que trata o objeto da licitação.

6. DA DECISÃO

6.1. Pelos motivos elencados **DECIDE-SE PELA IMPROCEDÊNCIA** da impugnação apresentada, razão pela qual não há qualquer revisão a ser feita no Edital do Pregão Eletrônico nº 4/2018.

Brasília, 2 de julho de 2018.

Gilnara Pinto Pereira
Pregoeira
(Original assinado)