

EXCELENTÍSSIMO SENHOR CONSELHEIRO DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE
CONTAS DO ESTADO DE PERNAMBUCO.



PRIME CONSULTORIA E ASSESSORIA EMPRESARIAL LTDA.,
pessoa jurídica de Direito Privado, inscrita no CNPJ n.º 05.340.639/0001-30, sediada na
Rua Calçada Canopo, 11 – Sala 03 – Alphaville Empresarial - Santana do Parnaíba/SP –
CEP: 06.541-078 - e-mail: licitacao@primebeneficios.com.br – telefone: (19) 3518.7021,
vem, respeitosamente, através de seu procurador subscrito *in fine*, apresentar

**REPRESENTAÇÃO DE ILEGALIDADE EM PROCESSO
LICITATÓRIO COM CAUTELAR**

Com supedâneo no art. 195 do Regimento Interno do TCE/PE, Lei Federal n.º 8.666/93, Lei Federal n.º 10.520/02, bem como disposições legais contidas na Constituição Federal, em face das veementes irregularidades e ilegalidades verificadas no procedimento licitatório, realizado pela **PREFEITURA DE TRINDADE/PE**, sediada na Av. Central Sul, 160, Centro, Trindade/PE, consoante motivos fáticos e jurídicos a seguir expostos:

RAZÕES DE REPRESENTAÇÃO COM PEDIDO CAUTELAR

PREFEITURA DE TRINDADE / PE

PREGÃO ELETRÔNICO N° 03/2021

PROCESSO ADMINISTRATIVO N° 003/2021

OBJETO: *“Contratação de Pessoa Jurídica e equiparada para a emissão e administração de cartão magnético de controle (autogestão) com sistema informatizado via internet envolvendo fornecimento de abastecimento de combustível e seus derivados em rede de postos de combustível em todo o país para atender as necessidades da Prefeitura Municipal de Trindade, Pernambuco.”*



DIGNÍSSIMO CONSELHEIRO,

Não obstante o apreço e imensurável respeito que temos pelos servidores públicos responsáveis pela licitação em tela, principalmente ao subscritor do edital de convocação, o procedimento não merece prosperar, vez que eivados de vícios insanáveis que violam a legislação, a jurisprudência sedimentada desta Corte de Contas.

I - DA LEGITIMIDADE AD CAUSAM

A Representante é uma empresa que exerce a atividade de emissão de vales e gerenciamento de frota por meio de cartões magnéticos ou microprocessados, consoante contrato social anexo, tendo como clientes o Supremo Tribunal Federal, Polícia Federal, Correios, inúmeras Prefeituras, Ministério Público do Trabalho, etc.

Desta forma, como o procedimento licitatório é propriamente para Contratação de Empresa Especializada para gerenciamento de combustíveis e autogestão da manutenção de veículos oficiais, conforme especificações constantes no anexo I do edital, resta evidente o real interesse da Representante.



II - DA COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE CONTAS

O Tribunal de Contas é o órgão fiscalizador auxiliar e tem, sim, entre suas atribuições verificar a eficiência, economicidade, legitimidade e, sobretudo, a legalidade na aplicação e gestão dos recursos públicos.

Portanto, dentro destas maravilhosas premissas a Requerente guarda a ponderação de que as irregularidades a seguir relatadas serão sanadas e aos responsáveis serão aplicadas as sanções cabíveis.

No caso de o certame ainda não ter sido finalizado, seja o mesmo suspenso até análise de mérito, porém, na hipótese de ter ocorrido seja suspensa a assinatura do contrato.

III - DOS FATOS E DAS RAZÕES

Está prevista para o dia 09/02/2021 as 09:00 horas, a abertura do Pregão Eletrônico n.º 03/2021, para o seguinte objeto:

“Contratação de Pessoa Jurídica e equiparada para a emissão e administração de cartão magnético de controle (autogestão) com sistema informatizado via internet envolvendo fornecimento de abastecimento de combustível e seus derivados em rede de postos de combustível em todo o país para atender as necessidades da Prefeitura Municipal de Trindade, Pernambuco.”

Em detida análise do instrumento convocatório, constatou-se a existência de exigências ilegais, as quais frustrarão o caráter competitivo do certame.

PONTO 01 - APRESENTAÇÃO DE REDE CREDENCIADA NA FASE DE HABILITAÇÃO

Ao compulsar os termos do presente instrumento convocatório foi possível identificar na Cláusula 11.4.1.3 do Edital, a seguinte exigência:

11. DA APRESENTAÇÃO DOS DOCUMENTOS DE HABILITAÇÃO:

11.4. Qualificação Técnica:

[...]

11.4.1.3. *Relação de Postos cadastrados para abastecimento contemplando rede de postos de combustíveis na cidade de Trindade,*

Petrolina, Serra Talhada, Caruaru e Recife e central de distribuição de Gás GLP-13 Kg na cidade de Trindade.

Insta salientar que além de extrapolar o rol de documentos permitidos para a fase de habilitação (art. 28 a 31 da lei n.º 8.666/93), mostra-se restritiva à competitividade, pois está condicionando que as Licitantes credenciem Rede de Estabelecimentos previamente a abertura e julgamento da licitação, o que constitui ônus financeiro e operacional desarrazoado para as empresas competidoras. Esta prática adotada vai na contramão do entendimento da Corte de Contas da União.

Ademais, sobre o a exigências prévias que por sua natureza geram ônus as licitantes, é vedada pelo Tribunal de Contas da União, que inclusive sumulou a matéria, vejamos:

“Súmula nº 272/2012: No edital de licitação, é vedada a inclusão de exigências de habilitação e de quesitos de pontuação técnica para cujo atendimento os licitantes tenham de incorrer em custos que não sejam necessários anteriormente à celebração do contrato.”

O momento correto para a apresentação de Rede Credenciada é na assinatura do contrato, e este entendimento está concatenado pelo Tribunal de Contas da União conforme os Acórdãos 1884/2010, 307/2011, 2962/2012, 3400/2012 e 1.718/2013, todos do Plenário e consolidado com a seguinte decisão:

“E também que, conforme jurisprudência do Tribunal. “o momento adequado para a exigência de apresentação da rede credenciada é quando da contratação, concedendo ao licitante vencedor prazo razoável para tanto, de forma a garantir uma boa prestação do serviço sem causar qualquer prejuízo à competitividade do certame”. A inclusão dessa exigência no decorrer da licitação, portanto, “constitui ônus financeiro e operacional desarrazoado para as empresas competidoras” (Acórdão 686/2013-Plenário, TC 007.726/2013-9, relator Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti, 27.3.2013.)

No mesmo sentido segue o Informativo de Licitações e Contratos, elaborado pela Diretoria de Jurisprudência (Dijur) da Secretaria das Sessões do Tribunal de Contas da União, em especial o Informativo de Licitações e Contratos n.º 50 que tratou o tema:

“Fornecimento de vales-alimentação: a exigência quanto à apresentação da rede credenciada de estabelecimentos por parte das empresas deve ocorrer na fase de contratação e não na de habilitação do certame



Recurso de agravo foi interposto pelo Departamento Nacional do Serviço Social da Indústria - (Sesi/DN) e pelo Departamento Nacional de Aprendizagem Industrial - (Senai/DN), em razão da concessão de medida cautelar pela qual foi suspensa a realização do Pregão Conjunto nº 67/2010 CNI/Sesi/Senai/IEL, cujo objeto consistiu na contratação de empresa especializada na prestação de serviços de alimentação coletiva (refeição-convênio), em todo o território nacional, por empregados das entidades nacionais que integram o sistema indústria, pelo período de 12 (doze) meses. A cautelar foi concedida em razão de representação de empresa licitante contra supostas exigências excessivas, contidas no edital do certame, tal como a obrigatoriedade de os licitantes apresentarem, na fase de habilitação técnica, declaração de que atuaria em todos os Estados Brasileiros e de que possuiriam estabelecimentos comerciais credenciados que admitissem pagamento de refeição e alimentação, por meio de vale-alimentação, fornecido pela licitante, em todas as Capitais dos 26 (vinte e seis) estados do país e no Distrito Federal, bem como em todos os municípios com população igual ou superior 100.000 (cem mil) habitantes. Para os recorrentes, "contratar empresa que não tenha rede credenciada nacional, e sem a abrangência esperada, por certo gerará um sério prejuízo ao empregado das entidades, que justamente recebe o benefício do vale refeição para custear a sua alimentação, independentemente de estar trabalhando dentro ou fora de suas sedes", argumento que, inclusive, contou com o reconhecimento do relator, o qual, todavia, divergiu quanto ao momento em que a comprovação da capacidade por parte da empresa interessada deveria ser realizada. Segundo ele, não seria razoável "a exigência de que todas as empresas interessadas em contratar com a Administração sejam obrigadas, ainda na fase de habilitação do pregão, de manter estabelecimentos comerciais credenciados em todas as capitais dos estados brasileiros e em todos os municípios com mais de cem mil habitantes", em linha com a jurisprudência do Tribunal. Ainda para o relator, a exigência de habilitação constante do processo licitatório, "levada a extremos, poderia inclusive estimular a formação de cartel, pois só poderiam participar de licitações as poucas grandes empresas desse seguimento comercial, o que, de certa forma teria se confirmado, uma vez que somente três empresas apresentaram propostas neste pregão". Ressaltou, mais uma vez com amparo na jurisprudência do Tribunal, que "a exigência da apresentação da rede credenciada deveria ocorrer na fase de contratação, sendo permitido um prazo razoável para que a vencedora do certame credenciasse os estabelecimentos comerciais fornecedores de refeição". Propôs, então, que fosse negado provimento ao agravo, no que obteve a aprovação do Plenário. Acórdão n.º 307/2011-Plenário, TC-032.818/2010-6, rel. Min-Subst. Augusto Sherman Cavalcanti, 09.02.2011."

Resta fundamentado que o momento correto da apresentação da Rede Credenciada é na execução do contrato, concedendo, ainda, prazo razoável para sua implementação.

Neste sentido, o edital deve prever, inclusive, prazo de entrega do sistema pronto para uso (prazo de implantação), no qual deve estar a entrega da Rede Credenciada, pois, intimamente ligadas.



Destarte, exigir rede credenciada juntamente com o documentos de habilitação prejudica o caráter competitivo do certame, uma vez que concede vantagem indevida as empresas que já prestaram serviços para aquele órgão ou que já possuem rede credenciada na região.

Ademais, existem várias empresas que podem ofertar melhores preços em determinadas regiões, e que por não possuírem de imediato a rede credenciada exigida não participarão da presente licitação, colocando assim em risco o princípio da proposta mais vantajosa.

O prazo para a apresentação da rede credenciada deve ser no mínimo razoável, pois o credenciamento depende, acima de tudo, da vontade dos donos dos estabelecimentos e não somente da empresa vencedora.

Sendo assim, requer a exclusão das cláusulas que exigem a comprovação da Rede Credenciada na fase de habilitação (cláusula 11.4.1.3), de modo que a apresentação da rede credenciada ocorra após a assinatura do contrato, no mesmo prazo de entrega do sistema, ampliando-se assim a disputa e a persecução da proposta mais vantajosa aos cofres públicos.

PONTO 02 - DA EXIGÊNCIA DE DOCUMENTO NÃO PREVISTO NA LEI E NÃO ATINENTE AO OBJETO LICITADO

Foi constatado no citado edital outra ilegalidade que, sem sombra de dúvidas, poderá afastar potenciais licitantes.

Os documentos que a lei determina como sendo obrigatórios para fins de habilitação estão previstos nos artigos 28 a 31 da Lei n.º 8.666/93.

O edital, de forma assombrosa, exige documento não relacionado dos referidos artigos:

11. DA APRESENTAÇÃO DOS DOCUMENTOS DE HABILITAÇÃO:

[...]

11.4. Qualificação Técnica:

[...]

11.4.1.2. *Certidão de Autorização expedida pelo Banco Central do Brasil - BACEN autorizando a emissão de Cartões de pagamento nos termos das Resoluções do Próprio Banco Central do Brasil;*

É ilegal exigir a certidão por não constar no rol de documentos possíveis de serem exigidos para habilitação em licitação:

Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

I - habilitação jurídica;

II - qualificação técnica;

III - qualificação econômico-financeira;

IV - regularidade fiscal e trabalhista;

V - cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7o da Constituição Federal.

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;

II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

III - comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação;

IV - prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso.

A Autorização para emissão de cartão expedida pelo BCB não se enquadra neste caso, pois, nitidamente Resolução do BCB não é uma Lei, quanto menos especial, entenda-se Complementar.

A lei de licitação n.º 8.666/93 é uma Lei ordinária Federal, intitulada por ela mesma como Lei Geral de Licitação:

Art. 1º - esta lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Por esta razão que possibilita a exigência de atendimento a certa lei "especial" que se aplica ao objeto contratado.



Mas, indubitavelmente não é o caso, pois, as Resoluções do BCB não se equiparam às leis especiais.

Até porque se assim fosse, ESTA Egrégia Corte, o TCU, e até o Governo de Pernambuco exigiriam em seus editais para os mesmos objetos, ao passo que não exigindo estariam em flagrante ato de ilegalidade.

Não obstante, as gerenciadoras de frota através de sistema informatizado e Rede Credenciada, muito embora equiparada a instituição de pagamento, não se enquadra nas entidades que precisam de autorização para constituição e funcionamento pelo Banco Central do Brasil, como pode ser constatado em <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/licenciamento>.

Portanto, além de não ser um documento expedido para as gerenciadoras de frota, não é um documento que pode ser exigido para fins de habilitação em licitação pública, nos termos dos artigos 31 da Lei n.º 8.666/93.

PONTO 03 - DA EXIGÊNCIA DE NCM NOS ITENS DA PROPOSTA

Outra exigência ilegal que poderá frustrar, não só a competitividade, mas também ocasionar problemas durante a realização da sessão pública.

Exige-se das licitantes que as propostas contenham a NCM para cada item:

10.7.8. Indicar a Nomenclatura Comum do Mercosul - NCM, para cada item;

Ocorre que esta indicação, de NCM, é realizada somente na emissão da Nota Fiscal. Isso porque o Ajuste SINIEF 07/05 determinou que na identificação das mercadorias da NF-e deverá constar o código NCM.

No entanto, a venda de combustíveis não se opera mediante fornecimento de NF-e, mas é acobertada pelo cupom fiscal eletrônico, podendo o estabelecimento emitir uma única Nota Fiscal englobando todos os cupons fiscais emitidos, isso para regras no Estado de São Paulo por exemplo.



Em que pese ser uma questão atinente por ocasião da emissão da Nota Fiscal da venda dos produtos, é inegável que não é obrigatório constar na proposta das licitantes, até porque não são fornecedoras dos produtos “combustíveis”.

De doto o modo, é desnecessário e desarrazoado exigir das licitantes, que não comercializam combustíveis, informar a NCM dos referidos produtos, o que poderá trazer imbróglis durante a condução do certame, como por exemplo, informação de NCM incorreto, ausência de NCM, etc.

São questões que podem ocorrer e que não agregam competitividade e nem proporciona propostas mais vantajosas, pelo contrário.

Não restam dúvidas de que, exigências desnecessárias, excessivas e irrelevantes não devem ser inseridas no edital, conforme orienta o § 1º do art. 3º da Lei n.º 8.666/93:

Art. 3º - A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991;

Sendo assim, requer a exclusão da obrigação de indicar a NCM dos itens nas propostas, por configurar ilegalidade sua exigência.

PONTO 04 - DA EXIGÊNCIA DE REDE EXCESSIVA

O Edital trouxe exigência demasiadamente excessiva quanto a Rede Credenciada que a Contratada deverá dispor.



Consta na cláusula 12.34 do Anexo IV – Minuta do Contrato, que a Contratada deverá possuir rede credenciada em 100% da cidade de Trindade/PE, veja-se:

*12.34. Credenciar **todos os postos de combustível na cidade de Trindade** no prazo máximo de 10 dias corridos a contar na assinatura do contrato.*

De plano percebe-se que ao redigir esta cláusula não foi levado em consideração nenhum estudo técnico, levantamento estatístico e geográfico para exigir Postos em 100% da cidade de Trindade.

A cidade de Trindade, segundo o IBGE (2019), possui área territorial de aproximadamente 295 km².

O edital trouxe um estudo sobre a estimativa de gastos interessante, onde, por exemplo, considerou um veículo leve a gasolina percorre com um tanque aproximadamente 400 km, ou seja, dá rodar de um extremo ao outro e ainda retornar em a necessidade de abastecer o veículo.

Somente com esta situação já se mostra ilegal exigir que TODOS os postos sejam credenciados.

Não obstante, o credenciamento do posto depende de iniciativa privada, ou seja, da concordância entre particulares quanto as regras comerciais entre particulares, tida como relação privada.

Deste modo, exigir TODOS os postos é ilegal, pois, caso um dos únicos 12 postos autorizados pela ANP de funcionar não aceitar o credenciamento ensejará em inexecução contratual passível de penalidade contratual.

A manutenção destas cláusulas (exigências), que além de excessivas são desnecessárias, contribuirá apenas e tão somente para reduzir o universo de licitantes que poderão participar do certame.

Para a definição da rede credenciada deve-se realizar estudo através de “levantamentos estatísticos, parâmetros e estudos” quanto a quantidade e localidades estratégicas para abastecimento da frota, levando em consideração as atividades cotidianas e não esporádica.

Para ter uma ideia, está sendo exigido o credenciamento de TODOS os postos na cidade de Trindade/PE.

No entanto, a empresa futura Contratada somente poderá credenciar postos que estejam autorizados a funcionar perante a Agência Nacional do Petróleo – ANP. De acordo com o sítio eletrônico da referida Agência, consta em atividade na cidade de Trindade possui 26 estabelecimentos, no entanto, destes postos, somente estão AUTORIZADOS apenas 12 postos.

Data: 04/02/2021 Hora: 15:24:14

CNPJ/CPF: Digite apenas números. Ex: 99999999999999

Nome do Posto:

Estado: PE Município: TRINDADE

Bandeira:

Combustível:

Tipo de posto: Pesquisar

Informar ao menos mais de um campo para pesquisa.
Caso deseje verificar a autenticidade de Certificado já emitido, [clique aqui](#)

Versão 7.2.0

Caso deseje exportar os dados dos REVENDEDORES AUTORIZADOS EM OPERAÇÃO clique em [Exportar](#)

ATENÇÃO: Não serão exportados os dados dos agentes que não se encontram autorizados pela ANP no momento dessa consulta.

Resultado da pesquisa: 26 registros encontrados.

Para visualizar informações mais detalhadas, clique no CNPJ do posto desejado.

Veja que o edital exige o credenciamento de TODOS os postos na cidade de Trindade, inclusive daqueles que não tem autorização da ANP para funcionar.

Logo, fica comprovado que não houve planejamento, estudo, pesquisa e demais atividades para elaboração da cláusula editalícia que exige credenciamento de postos em 100% do municípios de Trindade/PE.



Ainda mais quando a autonomia veicular ultrapassa os 400 km para cada tanque utilizado.

Para determinar a quantidade de postos, por exemplo, deve-se pesquisar junto a ANP a quantidade de postos que estão aptos para operar (devidamente autorizados pela ANP) e dentro deste quadro, verificar a localidade de cada um deles, comparando-as com a localidade do órgão, rotas, etc., para definir uma quantidade razoável (princípio da razoabilidade) e não obrigar o credenciamento de TODOS os postos.

Uma opção seria considerar os pontos cardeais do municípios, tendo pelo menos um em cada um deles, se de fato, existir postos nestas regiões.

Salienta-se que na atividade de gerenciamento de combustível e manutenção de frota, a Contratada realizará a intermediação entre o posto credenciado/oficina e o órgão público, garantindo o serviço. Porém, a instalação, abertura ou qualquer nova fonte de abastecimento/oficina caberá ao investimento da iniciativa privativamente alheia à sua vontade.

A exigência estabelecida no presente edital, mostra-se, portanto, excessiva, contrariando o art. 3º, inciso II, da Lei nº 10.520/02, o qual estabelece que *“a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição”*.

Assim, a Administração Pública ao formular o edital deve pautar sua conduta nos princípios basilares, mormente o da **razoabilidade e proporcionalidade**, de modo que as exigências aqui combatidas, servirão apenas para impedir caráter competitivo das Licitantes.

Não obstante, a definição, tanto do objeto quanto de suas especificações, deve ser, obrigatoriamente, sucinta e clara, sendo ilegal qualquer omissão de informações ou informações subjetivas, a rigor dos artigos 40, I, da Lei n.º 8.666/93 e 3º, II da Lei n.º 10.520/02.



Neste sentido, o Tribunal de Contas da União entendeu pela irregularidade de exigência de rede credenciada excessiva, sobretudo quando da ausência de prévio estudo técnico, conforme se infere do acordão:

GRUPO I – CLASSE VII – PLENÁRIO TC 022.682/2013-9

Unidade: Conselho Federal de Contabilidade (CFC)

Representante: Planinvesti Administração e Serviços Ltda. (art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993). Advogado constituído nos autos: não há.

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO COM PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR. PREGÃO PRESENCIAL PARA CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE FORNECIMENTO DE VALES REFEIÇÃO E ALIMENTAÇÃO. EXIGÊNCIA DE QUANTIDADE MÍNIMA DE REDE CREDENCIADA. OITIVA PRÉVIA. PROCEDÊNCIA PARCIAL. INDEFERIMENTO DA CAUTELAR. EXPEDIÇÃO DE ORIENTAÇÃO AO CONSELHO FEDERAL.

Na licitação para contratação de empresa especializada no fornecimento de vale alimentação ou vale refeição, na forma de cartão eletrônico ou tecnologia similar, apesar de discricionária a fixação do número mínimo de estabelecimentos credenciados, faz-se necessário que os critérios técnicos referentes à fixação do quantitativo mínimo estejam em consonância com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, além de claramente definidos e fundamentados no processo licitatório, devendo tais critérios ser oriundos de levantamentos estatísticos, parâmetros e de estudos previamente realizados, consoante os precedentes Acórdãos 2.367/2011 e 1.071/2009, ambos do Plenário.

No mesmo sentido decide o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, como se verifica da decisão abaixo:

EMENTA: Exame Prévio de Edital.

(..)

3. Exigência dirigida à adjudicatária, como condição para assinatura do contrato, de apresentação de quantidade vultosa de estabelecimentos credenciados em todo o Estado de São Paulo, no prazo de 05 (cinco) dias úteis – Inadmissível – À míngua de quaisquer justificativas técnicas e econômicas, deve a Municipalidade redefinir o quantitativo de postos credenciados às suas reais e imprescindíveis necessidades, acolhendo, no máximo, a área geográfica circunscrita à região metropolitana de São Paulo, que deverá ser submetida à revisão de seu número igualmente – 4. Ausência de disciplina editalícia sobre a execução e fiscalização do contrato – Confirmado – Correção obrigatória – 5. Demais insurgências – Não prosperam – Procedência Parcial – V.U. (TC 001085/989/14-3 - Tribunal de Contas do Estado de São Paulo - Exame Prévio de Edital- Rel. Cons. Dimas Eduardo Ramalho, Publicado no D.O.E de 10/05/2014) (nosso grifo)

O TCE/MG também já se pronunciou sobre o tema:

DENÚNCIA N. 958374



EMENTA

DENÚNCIA. LICITAÇÃO. PREGÃO PRESENCIAL. DESCRIÇÃO IMPRECISA DO OBJETO LICITADO. OBJETO NÃO PARCELADO. INDICAÇÃO PELA PREFEITURA DE OFICINAS A SEREM CREDENCIADAS PELA EMPRESA GERENCIADORA. CLÁUSULA RESTRITIVA DA COMPETITIVIDADE. NÃO COMPROVAÇÃO DE ECONOMICIDADE DA "QUARTEIRIZAÇÃO". PARCIAL PROCEDÊNCIA. APLICAÇÃO DE MULTA.

[...]

II – FUNDAMENTAÇÃO

[...]

2.4. Exigência restritiva de ampla rede credenciada

A denúncia de fls. 01/39 relata que o edital do Pregão Presencial n. 028/2015 exigiu 52 (cinquenta e duas) oficinas, distribuídas em 05 (cinco) municípios, Belo Horizonte, Sete Lagoas, Curvelo, Corinto e Montes Claros, sem que houvesse necessidade de oficina credenciada no próprio município licitante, **o que prejudicou a competitividade.**

O Ministério Público ratificou o apontamento realizado na denúncia, entendendo que não há justificativa para exigir 52 (cinquenta e duas) oficinas se a frota de veículos e máquinas da Prefeitura totaliza-se em 44 (quarenta e quatro) veículos, bem como não há comprovação de vantagem em dispor de rede credenciada tão somente fora do município, sendo que a oficina mais próxima encontrar-se-ia a 72 (setenta e dois) quilômetros de distância do Município de Augusto de Lima (fls. 371/374v).

A Constituição Federal, em seu art. 37, XXI, não admite a previsão, nos processos licitatórios, de cláusulas restritivas à participação dos interessados, conforme se verifica:

Art. 37 (...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, **o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.** (grifo nosso).

No mesmo sentido, a Lei de Licitações e Contratos veda a inclusão, nos atos convocatórios, de exigências que possam, de alguma forma, admitir, prever ou tolerar condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo da licitação. Isso porque, notoriamente, a Administração deve sempre buscar o maior número de competidores interessados no objeto licitado, com vistas à obtenção da proposta mais vantajosa.

Por essa razão, no que diz respeito à participação dos licitantes, a Administração Pública deve estar sempre adstrita àquelas condições indispensáveis ao cumprimento do contrato, sob pena de violação do princípio da competitividade.

Nesse sentido, vejam-se os seguintes excertos de deliberações provenientes do TCU:

Evite a inclusão de itens que restringem injustificadamente o caráter competitivo do certame e contrariam, dessa forma, o art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei n. 8.666/1993. (Acórdão 2477/2009 Plenário).

É vedado aos agentes públicos incluir nos atos de convocação condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções impertinentes em relação aos interessados. (Acórdão 2579/2009 Plenário).

As exigências editalícias devem limitar-se ao mínimo necessário para o cumprimento do objeto licitado, de modo a evitar a restrição ao caráter competitivo do certame. (Acórdão 110/2007 Plenário).

Em relação às exigências editalícias em procedimentos licitatórios para "quarteirização", inferem-se do artigo, já mencionado, publicado na Revista do TCU, n. 116 de setembro de 2009, as seguintes orientações, in verbis:

À Administração Pública, após concluir pela vantagem de licitar a contratação de empresa especializada no gerenciamento da manutenção preventiva e corretiva de veículos, **cumpra buscar alternativas que compatibilizem a escolha com o princípio constitucional da ampla competitividade entre os interessados.** Para isso é necessário que avalie a conveniência de exigir-se, no instrumento convocatório, que a empresa gerenciadora contratada se relacione com rede de oficinas, cuja largueza definirá, em todo o território nacional, determinada região ou determinados estados. As localidades habituais de deslocamento da frota é que guiarão a decisão. Se os deslocamentos são restritos a um único estado da federação, por exemplo, basta a exigência de que a empresa gerenciadora conte com uma rede de oficinas credenciadas localizadas apenas no território do estado do órgão que promove a licitação. **A ampliação da rede credenciada para uma região ou para todo o território nacional, sem que isso seja necessário, constitui-se em fator que pode restringir o acesso de empresas do ramo de gerenciamento na licitação e reduzir o universo competitivo sem motivo.**² (Grifo nosso)

No caso dos autos, conforme narrado, o Município de Augusto de Lima exigiu que a empresa a ser contratada contasse com 52 (cinquenta e duas) oficinas credenciadas em cinco municípios distintos, sem apresentar, contudo, motivação legal para tanto, o que restringiu o caráter competitivo da licitação. 37ª Sessão Ordinária da Primeira Câmara - 29/11/2016.

Por fim, o TCE/MS também entende pela restrição do caráter competitivo a exigência de ampla rede, veja-se:

DELIBERAÇÃO AC01 - 1455/2018

EMENTA: PROCEDIMENTO LICITATÓRIO - PREGÃO PRESENCIAL - SERVIÇOS DE OPERACIONALIZAÇÃO DE SISTEMA INFORMATIZADO - AUSÊNCIA DE CLAREZA DO OBJETO LICITADO - REDE CREDENCIADA EM TODO TERRITÓRIO NACIONAL - EXIGÊNCIA INDEVIDA - VIOLAÇÃO AO CARÁTER COMPETITIVO - IRREGULARIDADE - MULTA.

O procedimento licitatório é irregular, pois é vedado aos agentes públicos incluir nos atos da convocação condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções impertinentes em relação aos interessados, o que constitui infração e acarreta multa ao responsável.

[...]

IRREGULARIDADE POR VIOLAÇÃO AO CARÁTER COMPETITIVO

Quanto à exigência de rede credenciada em todo o Território Nacional, observo que novamente o referido edital, neste item fere o caráter competitivo da licitação, ao se ter em mente que só se justificaria tamanha abrangência se usualmente as frotas do Ente Público Municipal circulasse por tais regiões longínquas, o que não seria o caso.

“As localidades habituais de deslocamento da frota é que guiarão a decisão. Se os deslocamentos são restritos a um único estado da federação, por exemplo, basta a exigência de que a empresa gerenciadora conte com uma rede de oficinas credenciadas localizadas apenas no território do estado do órgão que promove a licitação. **A ampliação da rede credenciada para uma região ou para todo o território nacional, sem que isso seja necessário, constitui-se em fator que pode restringir o acesso de empresas do ramo de gerenciamento na licitação e reduzir o universo competitivo sem motivo**”3. (grifo é nosso).

[...]

DISPOSITIVO

Em face do exposto, acompanho o entendimento do Parquet de Contas e profiro meu VOTO nos seguintes termos:

I - DECLARAR A IRREGULARIDADE DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO do Pregão Presencial n. 38/2014, com respaldo no art. 59, III, da Lei Complementar (estadual) n. 160, de 2 de janeiro de 2012;

a) Por falta de clareza quanto ao objeto licitado, ferindo o Princípio da Competitividade;

b) A exigência indevida de rede credenciada em todo o Território Nacional, infringindo o artigo 3º §1º, I da Lei de Licitação

[...]

ACÓRDÃO

Vista, relatada e discutida a matéria dos autos, na 16ª Sessão Ordinária da Primeira Câmara, de 7 de agosto de 2018, ACORDAM os Senhores Conselheiros, por unanimidade, nos termos do voto do Relator, em declarar a irregularidade do procedimento licitatório do Pregão Presencial n. 38/2014 e aplicar multa ao Sr. MURILO ZAUIH, no valor equivalente a 15 (quinze) UFERMS pela irregularidade descrita no item I alínea “a” mais 15 (quinze) UFERMS pela irregularidade descrita no item I alínea “b” do dispositivo do voto. Conselheiro Flávio Esgaib Kayatt – Relator. Campo Grande, 7 de agosto de 2018.

Veja-se que o TCE/MS entende que definir uma extensa área geográfica restringe a participação de potenciais licitantes.

Portanto, ao exigir que a empresa contratada possua TODOS os estabelecimentos do município credenciados é uma exigência excessiva e desnecessária, pois não houve um estudo que comprovasse a motivação para a exigência de rede credenciada em várias localidades indicadas no certame, **ainda mais que a autonomia veicular média é de 400 km com um tanque de combustível**, fato que pode e deve ser levado em consideração no momento dos levantamentos estatísticos para definição da rede de postos.

Deste modo, sua manutenção colocará em risco o caráter competitivo do certame, pois, tão somente contribuirá para reduzir significativamente o número de empresas que participarão do certame, e, conseqüentemente, obstará a participação de inúmeras empresas que poderiam participar do certame e ofertar taxas de administração mais vantajosas, colocando assim em risco o princípio da proposta mais vantajosa.

Sendo assim, requer se digne vossa senhoria, em respeito aos princípios norteadores da Administração Pública, retirar essa exigência de ter rede credenciada em 100% da cidade de Trindade/PE, definindo a área razoável para credenciamento dos postos considerando a autonomia veicular e as quantidades exigidas, tendo em vista a quantidade de postos autorizados pela ANP.

PONTO 05 - DO ITEM DISTINTO DO OBJETO LICITADO

O objeto licitado é:

Contratação de Pessoa Jurídica e equiparada para a emissão e administração de cartão magnético de controle (autogestão) com sistema informatizado via internet envolvendo fornecimento de abastecimento de combustível e seus derivados em rede de postos de combustível em todo o país para atender as necessidades da Prefeitura Municipal de Trindade, Pernambuco.

Portanto, sem maiores esforços, compreende-se que está sendo licitado o gerenciamento do abastecimento da Frota da Prefeitura de Trindade/PE.

No entanto, percebe-se item estranho ao gerenciamento da frota para abastecimento de combustíveis, qual seja, GÁS GLP - 13 kg:



26.3. Da quantidade estimada de Gás GLP em vasilhame de 13 kg:

Não se compreende o que Gás GLP para as Unidades Escolares tem relação com gerenciamento do abastecimento de combustível da frota de veículos da municipalidade.

Não existe sistema de gerenciamento do “gás de cozinha” em rede credenciada de “depósito de gás”, pelo menos não é de conhecimento da empresa PRIME, uma das maiores empresas do ramo de gerenciamento de frota do país.

A lei de licitação é clara ao determinar a contratação por item, (subdivididas) para aproveitar as peculiaridades de mercado.

Neste caso, não existem empresa que forneça gerenciamento do abastecimento da frota com fornecimento de Gás GLP através de “cartão gás GLP 13 kg”.

Aliás, esse ponto é previsto exatamente na Súmula nº 247 do Tribunal de Contas da União e na jurisprudência veiculada no Manual de Licitações e Contratos, conforme segue:

“É obrigatória a admissão da adjudicação por item e não por preço global, nos editais das licitações para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, cujo objeto seja divisível, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequar-se a essa divisibilidade.” Súmula nº 247 (destaquei)

“[...] Em consonância com o disposto nos arts. 3º, § 1º, inciso I, e 23, §§ 1º e 2º, da Lei no 8.666/1993, incumbe ao gestor promover o parcelamento do objeto a ser licitado com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e a ampliação da competitividade, ou, na impossibilidade técnica e econômica de fazê-lo, apresentar justificativas fundamentadas nos autos do procedimento licitatório”. Acórdão 839/2009 Plenário (Sumário)

“O parcelamento do objeto licitado deve ocorrer quando a opção se comprovar viável do ponto de vista técnico-econômico, nos termos do art. 23, § 1º, da Lei no 8.666/1993. Não caracteriza cerceamento de competitividade a realização de uma só licitação com objetos múltiplos, se comprovado que o parcelamento

implicaria perda de eficiência e prejuízo técnico a Administração." Acórdão 3041/2008 Plenário (Sumário)

"O parcelamento do objeto da licitação é obrigatório quando técnica e economicamente viável, devendo a Administração, em qualquer caso, fundamentar sua opção." Acórdão 2389/2007 Plenário (Sumário)

"[...] É obrigatório o parcelamento do objeto, quando este tem natureza divisível, em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, visando ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e a ampliação da competitividade".

Acórdão 1842/2007 Plenário (Sumário)

"[...] Faça constar dos autos do processo licitatório, quando não aplicável a divisão de determinados serviços para fins de licitação, a devida justificativa quanto a inviabilidade técnico-econômica do parcelamento. Observe o disposto no art. 23, § 1º da Lei nº 8.666/1993, realizando o parcelamento do objeto, quando configurada a viabilidade técnica e econômica, com base em estudos técnicos que indiquem a alternativa de divisão que melhor atenda aos princípios da competitividade, da isonomia e da obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração." Acórdão 2864/2008 Plenário

"[...] Faça constar do procedimento licitatório, sempre que não houver parcelamento do objeto, a devida justificativa quanto a inviabilidade técnica e econômica de fazê-lo, segundo o art. 23, § 1º, da Lei no 8.666/1993, e a Sumula no 247 do TCU." Acórdão 2625/2008 Plenário

Portanto, fere o princípio da competitividade a aglutinação de itens que podem ser fornecidos por mais de uma empresa, como é o caso de gerenciamento do abastecimento de frota com fornecimento de Gás GLP em vasilhames de 13 kg.

IV - DA CONCESSÃO DA MEDIDA LIMINAR

A concessão do efeito suspensivo é medida que se impõe, vez que como o certame ocorrerá no próximo dia 09/02/2021.

Forçoso reconhecer que inúmeras gerenciadoras, diante das exigências dispostas no edital, estão sendo tolhidas do seu direito de participação no certame em tela. Nesta exata medida, a própria Administração Pública restará prejudicada ante a inexistência de participantes, secundariamente a população, que, por não ter sido alcançada a proposta mais vantajosa, presenciará a ineficiência na utilização dos repasses de recursos públicos.

Assim, plenamente presente os requisitos ensejadores para concessão do efeito suspensivo, o *fumus boni iuris* evidenciado, na medida em que inúmeras

gerenciadoras poderão não participarão do pregão. O *periculum in mora* caracteriza-se pela contumaz eminência do procedimento licitatório tornar qualquer decisão ulterior tardia em razão da demora, lembrando que **a abertura do Pregão será no dia 09/02/2021.**

E, diante disso é que reside a insistência da Representante em que esse E. Tribunal se pronuncie a respeito das exigências mencionadas, de modo que a decisão não sirva apenas como cunho reparador especificamente do edital em comento, mas para que também passe a servir de orientação futura a seus Administrados, a fim de evitar que os mesmos concorram em práticas irregulares.

V - DOS PEDIDOS

Ex positis, após apreciação de Vossa Excelência, exímio Conselheiro, requer:

1. A **concessão da medida liminar** para provisoriamente garantir a cautelar e imediata suspensão da licitação pública do **Pregão Eletrônico n.º 03/2021**, bem como todo ato administrativo posterior a propositura da demanda, até julgamento de mérito da presente representação, haja vista a relevância do pedido e a possibilidade de dano irreparável conforme linhas acima traçadas.
2. Seja notificada, após a concessão da medida liminar anteriormente requerida, a **PREFEITURA DE TRINDADE/PE** de todo teor desta representação, para que, no prazo legal, preste as informações que julgar necessárias;
3. Ao final, **seja julgado procedente o pedido constante da Representação**, confirmada a medida liminar anteriormente requerida, declarando a ilegalidade do ato convocatório, determinando a autoridade representada:
 - i. Excluir a exigência de apresentação da Relação de estabelecimentos credenciados juntamente com a habilitação da Qualificação Técnica (cláusula 11.4.1.3 do edital);

- ii. Excluir a exigência de apresentação de Certidão de Autorização do Banco Central do Brasil, cláusula 11.4.1.2 do edital, por não ser um documento permitido para fins de habilitação em licitação;
- iii. Excluir a exigência de indicação de NCM para cada item da proposta (cláusula 10.7.8 do edital);
- iv. Excluir do edital a exigência de credenciamento de TODOS os postos da cidade de Trindade/PE, devendo ser realizado estudo técnico para definição da Rede, levando em consideração, no mínimo, a autonomia veicular, de igual momo como foi realizado para definição da quantidade estimada de litros;
- v. Excluir do objeto "gerenciamento do abastecimento da frota" o item Gás GLP 13kg, devendo, se for o caso, licitar em lote separado, até para não restringir a competitividade em ambos os itens;

Nesses Termos,

Pede Deferimento.

Santana do Parnaíba/SP, 04 de fevereiro 2021.



Assinado de forma
digital por TIAGO
DOS REIS MAGOGA
Dados: 2021.02.04
16:27:04 -03'00'

PRIME CONSULTORIA E ASSESSORIA EMPRESARIAL LTDA.
Tiago dos Reis Magoga – OAB/SP 283.834