

**ILUSTRÍSSIMO (A) SENHOR (A) PREGOEIRO (A) DO CONSELHO DE
ARQUITETURA E URBANISMO DO PARANÁ**

IMPUGNAÇÃO - com fulcro no artigo 24 do Decreto n.º 10.024/2019

PREGÃO ELETRÔNICO N° 002/2022

PROCESSO ADMINISTRATIVO N° 2021/ADM/08.0095-00

PRIME CONSULTORIA E ASSESSORIA EMPRESARIAL LTDA.,
inscrita no CNPJ n.º 05.340.639/0001-30, com sede na Rua Calçada Canopo, 11 - 2º Andar
- Sala 03 - Centro de Apoio II - Alphaville - Santana de Parnaíba/SP - CEP: 06541-078, e-
mail: licitacao@primebeneficios.com.br; rayza.monteiro@primebenefico.com.br; por
intermédio de seu procurador subscrito *in fine*, vem, respeitosamente, termos do 24 do
Decreto n.º 10.024/19 e item 21.1 do edital, IMPUGNAR o Instrumento Convocatório,
consoante motivos a seguir determinados:

I - DA TEMPESTIVIDADE DA IMPUGNAÇÃO

Considerando que a IMPUGNANTE é uma empresa que exerce a atividade compatível com o objeto da licitação e, portanto, pretensa licitante, o prazo para impugnação é de até o 3º dia útil da data fixada para abertura da sessão pública, conforme o **Art. 24 Decreto nº 10.024 de 2019**:

*Art. 24. Qualquer pessoa poderá **impugnar os termos do edital** do pregão, por meio eletrônico, na forma prevista no edital, **até três dias úteis anteriores à data fixada para abertura da sessão pública**; (Grifo Nosso)*

A contagem dos prazos nos processos licitatórios e nos contratos administrativos está disciplinada no artigo 110 da Lei 8.666/1993, da seguinte forma:

*Art. 110. Na contagem dos prazos estabelecidos nesta Lei, **excluir-se-á o dia do início e incluir-se-á o do vencimento**, e considerar-se-ão os dias consecutivos, exceto quando for explicitamente disposto em contrário.*

*Parágrafo único. **Só se iniciam e vencem os prazos referidos neste artigo em dia de expediente no órgão ou na entidade.** (Grifo nosso)*

Sendo assim, é de se assinalar que a presente insurreição encontra-se TEMPESTIVA, uma vez que protocolada com 03 (três) dias úteis anteriores a data fixada para abertura da sessão pública, **(não se considera horas na contagem do prazo, mas sim o dia de expediente no órgão)**, conforme quadro ilustrativo abaixo:

Sexta	Final de Semana	Segunda	Terça	Quarta
18/02/21	19/02 e 20/02/21	21/02/21	22/02/21	23/02/21
3º dia útil Término da contagem. <u>Inclui-se este dia</u>		2º dia útil	1º dia útil	Abertura das propostas Início da contagem <u>Exclui-se este dia</u>

II - DO PRAZO PARA RESPOSTA DA IMPUGNAÇÃO

Como regra, a impugnação ao edital não tem efeito suspensivo em relação à realização do certame. Mas, é obrigação do Pregoeiro respondê-la no prazo máximo de 2 (dois) dias úteis, contados da sua interposição junto à Administração Pública, **como determina o § 1º do Decreto nº. 10.024 de 2019:**

*§ 1º A impugnação não possui efeito suspensivo e caberá ao pregoeiro, auxiliado pelos responsáveis pela elaboração do edital e dos anexos, **decidir sobre a impugnação no prazo de dois dias úteis**, contado do data de recebimento da impugnação. (Grifo Nosso)*

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

III - DOS FATOS E DAS RAZÕES

Está prevista para o dia **23/02/2022 as 10:00 horas**, a abertura do **Pregão Eletrônico nº 002/2022**, para o seguinte objeto:

“Escolha da proposta mais vantajosa para a contratação de serviços de empresa especializada na prestação de serviços de controle e gerenciamento e administração de despesas de manutenção automotiva e equipamentos em geral (preventiva, corretiva e preditiva), mediante sistema informatizado via internet e tecnologia de pagamento por meio de cartão magnético nas redes de estabelecimentos credenciadas, conforme condições conforme condições, quantidades e exigências estabelecidas neste instrumento, no ETP (Estudo Técnico Preliminar) e anexos, conforme condições, quantidades e exigências estabelecidas neste Edital e seus anexos.”

Em detida análise ao edital constatou-se **ilegalidades** que afrontam o Comando Constitucional que determinou a realização de procedimento licitatório, as quais maculam de forma cabal os Princípios norteadores do processo licitatório.

**DA DISPENSA ILEGAL DA QUALIFICAÇÃO ECONÔMICA E FINANCEIRA
PARA MICROEMPREENDEDOR INDIVIDUAL**

Antes de qualquer outra argumentação, impende já registrar que o art. 32 da Lei nº 8.666/93 determinou que os documentos de habilitação, previstos nos artigos 28 a 31 da mesma lei, somente podem ser dispensados, no todo ou em parte, nos casos especiais, o que não é o caso desta licitação, mas não dispensou para as empresas “A”, “B” ou “C”, independentemente do porte empresarial.

De acordo com os termos do edital, a exigência de habilitação, quanto a qualificação econômico-financeira, está de acordo com a legislação, seja Constituição Federal, que determinou a realização de licitação para compras e serviços, com cláusulas de qualificação técnica e econômico-financeira, seja pela lei geral de licitação n.º 8.666/93.

No entanto, o edital trouxe uma diferenciação entre empresas que viola o princípio da isonomia, tendo em vista que somente a lei pode conceder tratamento diferenciado entre empresas.

A ilegalidade está prevista no item 9.13 do edital:

*9.13. O licitante enquadrado como microempreendedor individual que pretenda auferir os benefícios do tratamento diferenciado previstos na Lei Complementar n. 123, de 2006, estará dispensado (a) da prova de inscrição nos cadastros de contribuintes estadual e municipal e (b) **da apresentação do balanço patrimonial** e das demonstrações contábeis do último exercício.
(Grifo nosso)*

Vale ressaltar que embora a legislação tenha dispensado a produção de Balanço Patrimonial pelo Microempreendedor Individual, para que este participe do presente certame licitatório, é necessário que se apresente todos os documentos referentes a qualificação econômico - financeira previsto no inciso I, do Art. 31 da Lei 8.666/93.

Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:

I - **balanço patrimonial** e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta;

II - **certidão negativa de falência** ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física;

III - **garantia**, nas mesmas modalidades e critérios previstos no "caput" e § 1º do art. 56 desta Lei, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação. (Grifo Nosso)

Veja, o referido artigo, não dispensou o microempreendedor individual de apresentar o Balanço Patrimonial, pelo contrário, estabeleceu que, aqueles que pretendem contratar com a Administração Pública, devem comprovar a qualificação econômico-financeira, através dos documentos mencionados no artigo acima citado.

Para comprovar a ilegalidade do item editalício discutido, necessário transcrever os seguintes artigos do Código Civil de 2002:

*Art. 970. A lei assegurará tratamento favorecido, diferenciado e simplificado ao empresário rural e ao **pequeno empresário**, quanto à inscrição e aos efeitos daí decorrentes.*

(...)

Art. 1.179. O empresário e a sociedade empresária são obrigados a seguir um sistema de contabilidade, mecanizado ou não, com base na escrituração uniforme de seus livros, em correspondência com a documentação respectiva, e a levantar anualmente o balanço patrimonial e o de resultado econômico.

(...)

§ 2º É dispensado das exigências deste artigo o pequeno empresário a que se refere o art. 970. (Grifo Nosso)

Observe, o artigo acima transcrito está sendo mal interpretado pela Contratante, pois, de fato o microempreendedor individual, não precisa produzir o balanço patrimonial, como visto, entretanto, não se vislumbra nos artigos supracitados, a prerrogativa de participarem de licitação com dispensa de apresentação dos documentos exigidos no Art. 31 da Lei 8.666/93, inerentes a qualificação econômico - financeira.

Sobre o tema, recentemente, foi proferida decisão pelo TCU, a qual determinou a apresentação de Balanço Patrimonial para o Micro Empreendedor Individual que queira participar de Licitações Públicas.

ACÓRDÃO Nº 466/2022 - TCU - 1ª Câmara

*Os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão da 1ª Câmara, com fundamento no art. 1º, XXIV, na forma do art. 143, V, 'a', ambos do RI/TCU, e de acordo com o parecer da unidade instrutiva emitido nos autos, **ACORDAM, por unanimidade, em conhecer da presente representação, para, no mérito, considerá-la procedente***

1. Processo TC-043.320/2021-0 (REPRESENTAÇÃO) 1.1. Representante: Neo Consultoria e Administração de Benefícios Eireli (CNPJ: 25.165.749/0001-10). 1.2. Órgão/Entidade: **Universidade Federal de Juiz de Fora**. 1.3. Relator: Ministro-Substituto Weder de Oliveira. 1.4. Representante do Ministério Público: não atuou. 1.5. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas (Selog). 1.6. Representação legal: João Luis de Castro (248871/OAB-SP), representando Neo Consultoria e Administracao de Beneficios Eireli.

1.7. Determinações:

1.7.1 dar ciência à Universidade Federal de Juiz de Fora, com fundamento no art. 9º, inciso I, da Resolução – TCU 315/2020, **sobre as seguintes impropriedades/falhas, identificadas no Pregão Eletrônico 39/2021, para que sejam adotadas medidas internas com vistas à prevenção de outras ocorrências semelhantes:**

1.7.1.1. **a exigência contida no item 9.13 do Edital do PE 39/2021, que dispensa o microempreendedor individual (MEI) da apresentação de balanço patrimonial e das demonstrações contábeis do último exercício,**

contraria o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988, o art. 31, incisos I e II, da Lei 8.666/1993 e os Acórdãos 8.330/2017-TCU-2ª Câmara, Ministro Relator Augusto Nardes, e 5.221/2016-TCU-2ª Câmara, da relatoria do Ministro André de Carvalho; (Grifo nosso)

É notório que a Administração Pública somente pode fazer ou deixar de fazer o que a lei determina ou permite.

Não cabe à Administração exigir ou dispensar documentos que a lei não permite, como é o presente caso.

De acordo com o princípio da isonomia, a exigência de um documento deve-se estender a todas as licitantes, exceto aqueles que a LEI assim determine.

Conforme se constata, uma exceção de apresentação do documento “Balço Patrimonial” não pode ocorrer neste certame, por imposição das normas de regência.

Como dito, o Edital atacado não exige que os licitantes enquadrados como microempreendedor individual, comprovem sua qualificação econômico-financeira por meio de balanço patrimonial, situação essa que viola expressamente o texto legal.

Ressalta-se que a administração pública se encontra vinculada não só ao edital, mas também aos princípios norteadores da Licitação, entre eles o princípio da legalidade, disposto tanto no Art. 37 da Constituição Federal como em praticamente toda norma referente à Administração Pública na legislação brasileira.

Assim, a expedição de Edital de licitação do qual carecem requisitos mínimos previstos na Lei Federal nº 8.666/93 é um ato administrativo manifestamente ilegal, devendo ser anulado e revisto.

Neste sentido, o TCU proferiu o seguinte acórdão:

“Enunciado

A exigência de documentos que comprovem a qualificação técnica e a capacidade econômico-financeira das licitantes, desde que compatíveis com o objeto a ser licitado, não é apenas uma faculdade, mas um dever da

Administração, devendo ser essa exigência a mínima capaz de assegurar que a empresa contratada estará apta a fornecer os bens ou serviços pactuados.

Acórdão

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de representação, com pedido de medida cautelar, encaminhada ao TCU pela empresa Link Card Administração de Benefícios Ltda. contra o edital do Pregão Eletrônico 7/2018, promovido pelo Tribunal Regional Eleitoral do Espírito Santo (TRE/ES) para o “fornecimento de cartões combustível pós-pagos” para a frota de veículos daquela unidade.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator e com fundamento no art. 276, § 1º, do Regimento Interno, em:

9.1. conhecer da presente representação e, no mérito, considerá-la parcialmente procedente;

9.2. revogar a medida cautelar adotada no processo, autorizando o TRE/ES, excepcionalmente, a dar prosseguimento ao Pregão Eletrônico 7/2018;

9.3. dar ciência ao Tribunal Regional Eleitoral do Espírito Santo (TRE/ES) de que a não exigência de comprovação de qualificação técnica e econômico-financeira identificada no edital do Pregão Eletrônico 7/2018 (Processo 26.659/2017) afronta o disposto no art. 27, c/c os arts. 30, 31 e 32 da Lei 8.666/1993;

9.4. arquivar o processo. TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 25 de abril de 2018 – Relator JOSÉ MÚCIO MONTEIRO”(Grifamos)

O TCE/MG entende perfeitamente à disposição da lei, inclusive sobre a obrigatoriedade de as empresas ME e EPP de apresentarem o Balanço Patrimonial nas licitações, exceto nos casos de dispensa do documento previsto exatamente no art. 32 da lei n.º 8.666/93, conforme se verifica no Informativo de Jurisprudência n. 202, 1º de julho a 15 de agosto de 2019¹, que assim registrou:

Em exame ao questionamento formulado, acerca da possibilidade de a administração pública dispensar o balanço patrimonial das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, o relator ressaltou que a Administração Pública deve exigir das microempresas e empresas de pequeno porte a qualificação financeira do licitante, por meio do balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social que demonstrem sua saúde financeira, quando for necessário para aferir se o promitente contratante possui idoneidade financeira para atender satisfatoriamente o objeto a ser contratado. Assim, em que pese o regime jurídico fiscal diferenciado de determinadas categorias empresariais, a Lei Complementar n. 123/06 permite às microempresas e empresas de pequeno porte a apresentação de declaração fiscal simplificada, mas não as exime da elaboração do balanço patrimonial, exigida no art. 31, I, da Lei n. 8.666/93, caso pretendam participar das licitações, ainda que somente para atender a essa finalidade específica, sob pena de inabilitação.

Não obstante, o relator ponderou que essa exigência poderá ser dispensada pela Administração nos casos de convite, concurso,

¹ <https://www.tce.mg.gov.br/noticia/Detalhe/1111623927#8>

fornecimento de bens para pronta entrega e leilão, conforme previsto no parágrafo 1º do artigo 32 da Lei n. 8.666/93, não competindo, pois, à Administração eleger, conforme sua conveniência, em qual certame irá exigí-la.

Embasou sua proposta de redação em matérias já enfrentadas por este Tribunal, nos autos das Denúncias n. 898554, n. 986916 e n. 997561, cujo posicionamento foi no sentido da inexistência de regra geral que dispense essas empresas da elaboração do balanço patrimonial. Destacou, ainda, os entendimentos do Conselheiro Mauri Torres, nos autos da Denúncia n. 911600, no sentido de que: “as microempresas e empresas de pequeno porte que pretendam participar de licitações promovidas pelos órgãos públicos, em que se tenha exigido, como requisito de qualificação econômico-financeira, a apresentação de balanço patrimonial, nos moldes previstos pelo art. 31, I, da Lei n. 8.666/93, deverão elaborá-lo e apresentá-lo, ainda que somente para atender a essa finalidade específica, sob pena de inabilitação”, e da conselheira Adriene Andrade, nos autos da Denúncia n. 1040543, nos seguintes termos: “de início, ressalto que o §1º do art. 32 da Lei n. 8.666/93 prevê, de forma expressa, que a administração pública, nas hipóteses de convite, concurso, fornecimento de bens para pronta entrega e leilão, poderá dispensar, no todo ou em parte, os documentos de habilitação de que tratam os artigos 28 a 31 daquela lei, estando, portanto, incluídos os documentos relativos à qualificação técnica (art. 30) e os relativos à qualificação econômico-financeira (art. 31) (...)”.

Vencidos os conselheiros Gilberto Diniz e Cláudio Couto Terrão, que propuseram que a Consulta fosse respondida nos seguintes termos: “o instrumento convocatório do procedimento licitatório poderá prever dispensa de todos os interessados, sejam ou não micro empresas e empresas de pequeno porte, apresentarem balanço patrimonial do último exercício social, para fins de qualificação econômico-financeira, nos casos de convite, concurso, fornecimento de bens para pronta entrega e leilão, nos termos do §1º do artigo 32 da Lei n. 8.666/93. (Consulta n. 1007443, Rel. Cons. Durval Ângelo, 14.08.2019). Vídeos das sessões de julgamento: TVTCE 44m54s/TVTCE 16m57s/TVTCE 22m37s/TVTCE 1h49m39s. (Grifo nosso)

Recentemente a **Prefeitura de Tocantins - TO**, deferiu a impugnação interposta pela empresa Prime e alterou o edital, que continha cláusula idêntica a esta, aqui discutida:

Trata-se de análise de IMPUGNAÇÃO ao Edital ao Pregão Eletrônico SRP N° 017/2021/PMCO/TO, objetivando a retificação do edital, para que seja incluído do edital a obrigatoriedade de apresentação do Balanço Patrimonial pelas empresas enquadradas como microempreendedor individual, nos moldes estabelecidos artigos 27,31 e 32 da Lei 8.666/93; (...)

V - DA DECISÃO

Ante aos argumentos aqui trazidos e em atendimento às normas estipuladas, pelo instrumento convocatório e, subsidiariamente, pela Lei n. 8.666/1993 e

demais normas regulamentadoras e no uso de minhas atribuições conferidas pela Lei n.º 10.520/2002, Decreto Federal nº 10.024/2019 e pela legislação aplicável à espécie, **CONHEÇO da Impugnação interposta pela empresa PRIME CONSULTORIA E ASSESSORIA EMPRESARIAL LTDA, no processo licitatório referente ao Edital Pregão Eletrônico SRP Nº017/2021/PMCO/TO, e no mérito, DANDO PROVIMENTO, ALTERANDO-SE o Edital em comento, no que refere a inclusão no edital da exigência de balanço patrimonial para as empresas enquadradas como MEI - Microempreendedor Individual, interessadas a participar do referido certame. PREGÃO ELETRÔNICO SRP Nº017/2021/PMCO/TO/01/12/2021. (Grifo nosso)**

A questão é de suma importância, ainda mais no ramo de gerenciamento de Frota. Para exemplificar, se eventualmente a Contratante não realizar o pagamento à Contratada Gerenciadora, esta deverá cumprir com os prazos de pagamentos acordados com a Rede Credenciada, mediante contrato privado, para que não haja recusa de prestação de serviços por partes destes.

A gerenciadora, futura contratada, deve comprovar que tem uma boa saúde financeira para suportar o contrato.

Entretanto, algumas empresas, para fazer prova desta condição, fazem alterações no Balanço Patrimonial, de forma a maquiá-lo e poder se sagrar vencedora do certame.

Portanto, além de ser obrigatório, evita-se contratar com empresa inidônea e ter problemas na execução do contrato.

Sendo assim, **busca-se a inclusão da exigência de qualificação econômico-financeira** nos moldes estabelecidos pelos artigos 27, 31 e 32 da Lei 8.666/93 **para todas as empresas.**

DA EXIGÊNCIA DE REDE EXCESSIVA

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

Consta no Termo de Referência, que a Contratada deverá possuir rede credenciada de forma excessiva, veja-se:

Termo de Contrato

11.1.2. Assegurar a manutenção, durante toda a vigência do contrato, de operação de pelo menos (01) um posto credenciado para atendimento 24 (vinte e quatro) horas, para o abastecimento dos veículos da frota do CAU/PR, num raio máximo de 100 km entre os postos e mais as cidades que obrigatoriamente deverá ter postos conveniados.

8. DA REDE CREDENCIADA DE FORNECEDORES

A CONTRATADA deverá ter ampla rede credenciada de abastecimento sendo um posto a cada 200Km, atingindo no mínimo de 70% das cidades do Estado do Paraná. (Grifo Nosso)

De plano percebe-se que ao redigir este item não foi levado em consideração nenhum estudo técnico, levantamento estatístico e geográfico para exigir Rede nas condições do referido item.

Veja, a exigência contida no referido item é excessiva e ilegal, visto que a distância de 100 e 200 km entre um posto e outro é extremamente ínfima.

Quando um órgão tem necessidade de credenciado é porque houve estudo, houve casos de necessidade de abastecimento/manutenção pretérita, etc.

Quando se exige uma rede credenciada em determinadas localidades com quilometragem predefinida, é porque foi realizado estudo com base em alguns fatores como, local de destino, local de origem, local de passagem, capacidade do tanque de combustível (média 400 km), etc.

Embora o edital tenha trazido estudo técnico preliminar, o mesmo não foi capaz de justificar a viabilidade desta exigência, **considerando a autonomia que um**

veículo percorre com um tanque de combustível (aproximadamente 400 km). Somente com esta situação já se mostra ilegal exigir Rede nas condições do referido item.

Enfim, deve haver nos autos estudo que viabilize a exigência excessiva de Rede Credenciada nos locais informados, sob pena de caracterizar restritiva e ilegal.

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

A manutenção deste item (exigência), que além de excessiva é desnecessária, contribuirá apenas e tão somente para reduzir o universo de licitantes que poderão participar do certame.

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

Logo, fica comprovado que não houve planejamento, estudo, pesquisa e demais atividades para elaboração do item editalício que exige credenciamento de postos a cada 100 e 200 km de distância entre um e outro, **ainda mais quando a autonomia veicular ultrapassa os 400 km para cada tanque utilizado no caso de posto de combustível.**

Salienta-se que na atividade de gerenciamento de combustível, a Contratada realizará a intermediação entre o posto credenciado 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 acórdão:

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. (Grifo da Recorrente)

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) (Grifo da Recorrente)

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 da Recorrente).

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, **cumprir 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 da Recorrente).*

[...]

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 ZAUITH, 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 estabelecimentos credenciados da forma como constou é uma exigência excessiva e desnecessária, 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 postos credenciados em cada 100 e 200 km de distância entre um e outro**, definindo a área razoável para credenciamento dos postos considerando a autonomia veicular e as quantidades exigidas.

APRESENTAÇÃO DE REDE CREDENCIADA NA FASE DE HABILITAÇÃO

Ao compulsar os termos do presente instrumento convocatório foi possível identificar item que restringe ilegalmente a participação de empresas no certame:

Edital

(...)

9.11. Qualificação Técnica:

(...)

9.11.1.1.2. Listagem dos fornecedores credenciados por atividade e serviços do Paraná para comprove que cumpre os requisitos do em relação ao solicitado no ETP e TR anexo a este Edital, em papel Timbrado e assinado pelo responsável da Empresa, juntamente com um arquivo editável em planilha eletrônica, ambos devem ser anexos ao sistema. (Grifo nosso)

Vale ressaltar 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 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.”

A lei n.º 8.666/93 determinou quais documentos devem ser exigidos das licitantes, o que não se vislumbra a relação da rede credenciada:

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.

A qualificação que mais se assemelharia é a “técnica”, que a lei assim define os documentos que a compõem:

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.

Veja que o artigo define como LIMITE os documentos que seguem nos seus incisos. Desse modo, a Rede Credenciada definitivamente não encontra espaço para ser exigida na fase de habilitação.

O momento correto para a apresentação de Rede Credenciada é **POSTERIOR** à assinatura do contrato, e este entendimento está consolidado 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.”

O TCE/PE, por exemplo, desde o ano de 2013 também tem jurisprudência neste sentido, de ser ilegal exigência de Rede na Proposta, conforme pode ser constatado no PROCESSO TC N° 1302401-2.

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

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.

Estas indagações demonstram que o **item 9.11.1.1.2**, do presente edital que exige ilegalmente rede de estabelecimentos na fase de Habilitação, é desarrazoada e sem planejamento ou estudo técnico.

Sendo assim, requer a exclusão do referido item que exige a comprovação da Rede Credenciada na fase de habilitação, 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.

V - DO PEDIDO

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

- i. Alterar o **item 9.13**, do edital, de modo a **incluir a obrigação de apresentação do Balanço Patrimonial pelas empresas**

enquadradas como microempreendedor individual, nos moldes estabelecidos pelos artigos 27, 31 e 32 da Lei 8.666/93;

- ii. Excluir do edital exigência da Rede Excessiva “**postos credenciados a cada 100 e 200 km de distância entre um e outro**”;
- iii. Excluir o item 9.11.1.1.2, que exige a comprovação da Rede Credenciada na fase de habilitação pelas razões expostas;
- iv. Republicar os termos do edital reabrindo-se os prazos legais, conforme determina a lei.

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

Termos em que pede deferimento

Santana de Parnaíba/SP, 18 de janeiro de 2022.

PRIME CONSULTORIA E ASSESSORIA EMPRESARIAL LTDA.

Rayza Figueiredo Monteiro – OAB/SP 442.216