ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DO CÂMARA MUNICIPAL DE SALVADOR

REF.: PREGÃO N.º 7/2023

TICKET LOG – TICKET SOLUÇÕES HDFGT S/A pessoa jurídica de direito privado, situada na Rua Machado de Assis, n. º 50, Prédio 2, Santa Lúcia, em Campo Bom – RS, telefone (51) 3920-2200, ramal 1063, e-mail: licitacoes@edenred.com, vem, respeitosamente, perante a ilustre presença de Vossa Senhoria, dentro do prazo legal, **IMPUGNAR** o edital da licitação supracitada, expondo para tanto os fatos e fundamentos a seguir deduzidos:

I - DOS FATOS

Está marcado para o dia 21 de junho de 2023 a realização do certame acima mencionado que tem por objeto a escolha da proposta mais vantajosa para ***"Contratação de pessoa jurídica especializada na prestação de serviços de gerenciamento informatizado de frota de veículos, através de fornecimento de cartões eletrônicos, utilizados na operação de compra de combustíveis, gasolina, etanol e óleo diesel em redes de postos credenciados, compreendendo a implantação gestão de um sistema tecnológico de intendência com metodologia de cadastramento, controle e logística, visando a fiscalização financeira e operacional da Câmara Municipal de Salvador, conforme especificações contidas neste edital e seus anexos.***

Ocorre que o instrumento convocatório desta licitação possui especificações que são inaplicáveis ao objeto ora licitado considerando suas particularidades, cuja exigência e manutenção não estão de acordo com a realidade conforme discorreremos a seguir.

1. **DO IMPEDIMENTO QUANTO A EXIGÊNCIA DE REDE MÍNIMA PARA HABILITAÇÃO**

Ao tratar dos critérios de Qualificação Técnica nos deparamos com a seguinte colocação mencionada no item 10.1.7.1 LETRA a:

> **a. O(s) atestado(s) deverão demonstrar que a empresa gerenciou, controlou e forneceu combustíveis, em rede de postos credenciada, através de sistema informatizado e integrado com tecnologia de cartão eletrônico com chip, em no mínimo 50% (cinquenta por cento) dos quantitativos totais, aqui estabelecidos, de postos credenciados e litros;**

Assim, na leitura dos critérios é possível identificar que somente poderão participar do certame empresas que possuírem no mínimo 50% dos estabelecimento já credenciados.

No entanto, tal exigência editalícia fere a jurisprudência pacificada no Brasil que elenca como ilegal exigir da Licitante rede credenciada mínima para habilitação uma vez que o Futuro Contratante **não pode onerar a Licitante antes mesmo da contratação.**

Fora ferir a jurisprudência pacificada no Brasil, fere também o princípio da competitividade, ou seja, irregularidade de origem principiológica administrativa e constitucional, depois de ferir diretamente o Artigo 3, §1º, caput e inciso I.

> SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO. PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR. PREGÃO ELETRÔNICO. GERENCIAMENTO, CONTROLE E FORNECIMENTO DE COMBUSTÍVEIS POR MEIO DE SISTEMA INFORMATIZADO. **IRREGULARIDADE ANTE A EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO, PELA LICITANTE, NA FASE DE HABILITAÇÃO, DA RELAÇÃO DE POSTOS CREDENCIADOS CONTENDO PELO MENOS 70% DAS CIDADES LISTADAS NO EDITAL. EXIGÊNCIA INDEVIDA. RESTRIÇÃO À COMPETITIVIDADE.** CONHECIMENTO. PROCEDÊNCIA. DETERMINAÇÃO PARA ANULAÇÃO DO CERTAME. (grifo nosso) (TC-021.192/2017-0)

É preciso ressaltar que o processo licitatório não gera obrigação de contratação por parte do Solicitante, mas somente uma promessa de contratação caso o Solicitante venha a realmente necessitar adquirir aquele serviço e/ou produto. Ademais, por parte do Licitante, esse também só está obrigada a manter a sua proposta dentro do prazo de validade estipulado no documento.

Desta forma, como o processo de concretização da licitação (leia-se contratação) PODE ou NÃO OCORRER e não obriga o SOLICITANTE a contratar o objeto mesmo que venha a não precisar mais do item/serviço após a licitação, é ilegal exigir que na fase de licitação só possa participar empresa que já possua uma rede credenciada mínima para sua habilitação.

Ressalta-se que o processo de credenciamento é oneroso para todas as gerenciadoras, pois abrange a captação de futuros credenciados, negociação, discussão de cláusulas contratuais, validação de documentos e assinatura de contrato. Todo esse processo é realizado por mão-de-obra especializada e requer gasto. Sem contar ainda que o prazo de publicação do edital até a realização do pregão não é tempo suficiente para que todo o procedimento seja feito CASO fosse do interesse da Licitante.

Por essas razões solicitamos a exclusão de exigência de rede mínima no momento do pregão e que o atendimento a rede credenciada seja solicitado dentro dos parâmetros do edital, ou seja, após a assinatura do contrato.

Ou ainda, que seja aceito ao invés de atestado uma declaração emitida pela contratada com os estabelecimentos que ela possui atualmente no estado da Bahia.

Ainda, sobre o item 6.7 do Termo de Referência:

6.7. A comprovação deverá ser efetivada mediante apresentação de documentos comprobatórios, relação nominal e contrato de credenciamento da rede de estabelecimentos credenciados e ativos, no ato de assinatura do contrato.

Informamos que não fornecemos os contratos entre privados, pois os contratos possuem clausula de confidencialidade, porém podemos disponibilizar uma relação com os dados dos postos credenciados, dados como: CNPJ, endereço completo, telefone, e-mail...

Dessa forma estamos atendendo a necessidade da CMS?

II - DO PEDIDO

Diante do exposto, requeremos seja a presente impugnação RECEBIDA, CONHECIDA e PROVIDA INTEGRALMENTE, para que, ao final, esta Douta Comissão de Licitação altere o edital deste Pregão conforme fundamentos acima mencionados. Ademais, em razão da ampliação de disputa no caso de deferimento da impugnação, REQUEREMOS também a alteração da data do Pregão.

Termos em que pede e, espera deferimento.
Campo Bom - RS, 15 de junho de 2023.

TICKET LOG - TICKET SOLUÇÕES HDFGT S/A
DRIELLI DUARTE DA SILVA
RG: 1093596871
ANALISTA DE LICITAÇÕES
MERCADO PÚBLICO
TEL: (51) 3920-22 00 – RAMAL: 8267

TC-021.192/2017-0

Natureza: Representação.

Órgão: 17º Grupo de Artilharia de Campanha – Comando do Exército – Ministério da Defesa.

Representante: empresa Trivale Administração Ltda. (00.604.122/0001-97).

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO. PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR. PREGÃO ELETRÔNICO. GERENCIAMENTO, CONTROLE E FORNECIMENTO DE COMBUSTÍVEIS POR MEIO DE SISTEMA INFORMATIZADO. IRREGULARIDADE ANTE A EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO, PELA LICITANTE, NA FASE DE HABILITAÇÃO, DA RELAÇÃO DE POSTOS CREDENCIADOS CONTENDO PELO MENOS 70% DAS CIDADES LISTADAS NO EDITAL. EXIGÊNCIA INDEVIDA. RESTRIÇÃO À COMPETITIVIDADE. CONHECIMENTO. PROCEDÊNCIA. DETERMINAÇÃO PARA ANULAÇÃO DO CERTAME.

RELATÓRIO

Trata-se da Representação formulada pela empresa Trivale Administração Ltda., com pedido de medida cautelar, a respeito de suposta irregularidade relacionada a critérios de qualificação técnica do Pregão Eletrônico 03/2017, promovido pelo 17º Grupo de Artilharia de Campanha do Comando do Exército – 17º GAC (peça 1, p. 26), sediado em Natal/RN.

2. O referido pregão tem por finalidade a "eventual contratação de serviços de gerenciamento, controle e fornecimento de combustíveis através de sistema informatizado para atender às necessidades do 17º Grupo de Artilharia de Campanha e órgãos participantes", o qual foi estruturado em dois grupos, diferenciados pelo conjunto de cidades em que os serviços contratados seriam realizados: o Grupo 1, com quatorze municípios potiguares; e o grupo 2, com 24 municípios dos estados da Bahia, do Piauí, da Paraíba e de Pernambuco (Anexo II do Edital, à peça 1, p. 44).

3. O certame foi publicado no Sistema de Registro de Preços (SRP) e contou com dois órgãos participantes, o Comando da 7ª Brigada de Infantaria Motorizada, situado também em Natal/RN, e o 4º Batalhão de Engenharia de Construção, localizado em Barreiras/BA (peça 1, p. 26).

4. Transcrevo a seguir, com pequenos ajustes de forma, excerto da instrução em que a Secex/RN historia os fatos, analisa os argumentos ofertados pelo 17º GAC, bem como apresenta sua proposta de

encaminhamento (peças 20-22):

"**HISTÓRICO**

(...)

4. A sessão para recebimento de ofertas fora agendada para 27/7/2017, às 10h30, horário de Brasília (peça 1, p. 26).

5. No entanto, nesse mesmo dia, a empresa Trivale Administração Ltda. (Trivale) apresentou Representação (peça 1, **vide** aba Histórico) junto ao TCU, com questionamentos quanto ao teor do disposto nos itens 6.1.2 e 6.1.3 do Termo de Referência do certame (peça 1, p. 40), visto que assim redigido:

> '6.1.2. Na fase de habilitação, a contratada deverá apresentar a relação de postos credenciados, que deverá conter pelo menos 70% das cidades listadas no Anexo II.
> 6.1.3. Após a assinatura do contrato com a UASG gerenciadora ou participante, a contratada terá o prazo de 30 dias para apresentar postos credenciados em 100% das cidades do subitem anterior.'

6. Para a Trivale, o requisito do item 6.1.2 trouxe a necessidade de os licitantes disporem maciçamente de rede prévia nas áreas em que os serviços deveriam vir a ser prestados, independentemente de estas empresas já atuarem ou não nestas respectivas áreas (peça 1, p. 2-3).

7. Com isso, no entender da Representante, empresas do ramo, presentes em outras regiões do país, mas sem operações nos municípios listados no Anexo II, restariam alijadas no processo licitatório, ainda que interessadas no objeto do Pregão.

8. Para a Trivale, a exigência seria uma ilegalidade ante ao disposto na Lei 8.666/1993, art. 3º, § 1º, e representaria 'afronta aos princípios da isonomia, da razoabilidade, da proporcionalidade e da competividade, uma vez que limita a participação de diversas empresas que têm condições de honrar a execução, mas que não atuam previamente nas localidades citadas' (peça 1, p. 3). Em seu dizer, isso acarretaria 'prejuízo ao erário público, por não poder contar com proposta mais vantajosa para a contratação' (peça 1, p. 4).

9. De acordo com a Representante, tal exigência deveria ser dirigida apenas à licitante vencedora, contando-se prazo para que esta atestasse aderência somente a partir da celebração do contrato (peça 1, p. 3-4), pois, do contrário, empresas não atuantes nas regiões objeto do Pregão teriam que incorrer em custos de estruturação de rede credenciada somente para participar de licitações. Uma medida de alto risco, dado que somente uma empresa viria a ser vencedora do certame (peça 1, p. 5).

10. Com estes argumentos, a Trivale defendeu presente a 'fumaça do bom direito' em seu pleito (peça 1, p. 7). Quanto ao 'perigo da demora', a empresa atestou, à época da data da elaboração da Representação, 26/7/2017 (peça 1, p. 10), que o estágio do processo do Pregão 03/2017, com sessão marcada para 27/7/2017, caracterizaria, de forma suficiente, a necessidade de intervenção cautelar no certame (peça 1, p. 7).

11. Assim, a Representante solicitou que fosse concedida medida preliminar de suspensão cautelar do Pregão 3/2017, ou dos atos posteriores (no caso de a sessão de oferta de lances já ter ocorrido), sem

a ‘oitiva prévia da outra parte’, com decisão, ao fim, pelo reconhecimento da procedência da presente Representação, e, no mérito, pela modificação dos itens 6.1.2 e 6.1.3 do Termo de Referência, para que a exigência de apresentação de rede credenciada na fase de habilitação do certame fosse suprimida (peça 1, p. 9).

12. Nesta Secex/RN, o exame da instrução inicial, de 2/8/2017, foi pela admissibilidade da Representação (peça 7, p. 2), bem como pela procedência dos ‘considerandos’ da Trivale, inclusive no que se refere à presença dos pressupostos de plausibilidade jurídica e de perigo da demora (peça 7, p. 3-4). Dessa forma, a proposta de encaminhamento da instrução foi pelo deferimento do pedido de suspensão cautelar do Pregão 03/2017 (peça 7, p. 5).

13. Os pronunciamentos superiores da unidade técnica manifestaram concordância com o proposto (peças 8 e 9).

14. Já o Ministro Relator decidiu que, ‘não obstante as razões expostas pela Secex/RN’, o caso deveria ser endereçado por meio da oitiva prévia do 17º GAC, previamente à análise quanto à concessão da cautelar requerida (peça 10). Adicionalmente, o Ministro Relator também decidiu por facultar a oitiva à licitante vencedora do Pregão 03/2017, a empresa Link Card Administradora de Benefícios Eireli – EPP, CNPJ 12.039.966/0001-11 (peça 10).

15. Em obediência ao determinado, foram elaborados e encaminhados os Ofícios 827 e 833/2017-TCU/Secex-RN (peças 12 e 13) para o 17º GAC e para a Link Card, respectivamente. Os destinatários, também nesta ordem, receberam as comunicações nos dias 9/8 e 15/8 (peças 16 e 18).

16. Por meio do Ofício nº 6-SALC/17º GAC, de 11/8/2017 (peça 17), o 17º GAC apresentou resposta ao Ofício 827/2017. Já a Link Card, não se manifestou dentro do prazo facultado.

17. Dessa forma, os autos encontram-se aptos para instrução, sendo a situação até o presente.

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

18. Remanescente a apreciação e decisão quanto à admissibilidade da Representação da Trivale, ratifica-se o exame atinente a esta matéria, registrado na instrução inicial (peça 7, p. 2), que foi pelo acolhimento da Representação apresentada, tendo por fundamento os termos da Lei 8.666/1993, art. 113, § 1º, do Regimento Interno do TCU (RI/TCU), art. 235 e 237, inciso VI, e da Resolução TCU 259/2014, art. 103, § 1º e 106, **in fine**.

19. Também em ratificação, tem-se, assim, que a Representação pode ser apurada, para fins de verificação de sua procedência, nos termos do RI/TCU, art. 234, § 2º, segunda parte, aplicável às representações, conforme art. 237, parágrafo único, do mesmo Regimento.

EXAME TÉCNICO

20. Esta análise toma como ponto de partida o exame e a proposta consignada na instrução inicial (peça 7, p. 3-6), que foi pelo acatamento do pedido de suspensão cautelar do Pregão 03/2017, sem a oitiva prévia da unidade gestora, dado que considerou presentes a fumaça do bom direito e o risco da demora de uma eventual intervenção cautelar na condução do certame de responsabilidade do 17º

GAC.

21. A esse contexto, serão acrescentados os exames quanto à:

21.1. Justificativa apresentada pelo Ordenador de Despesas do 17º GAC, signatário do Ofício nº 6-SALC/17º GAC, de 11/8/2017 (peça 17), de modo a verificar se ela teria o condão de reformar, em alguma medida, a conclusão registrada na instrução inicial (peça 7, p. 5, parágrafos 17 a 24), pela plausibilidade jurídica dos argumentos da Representante Trivale; e

21.2. Permanência da condição de risco de ineficácia da decisão de mérito por parte do TCU, no caso em análise.

22. Quanto ao primeiro aspecto, relata-se que o 17º GAC, inicialmente, destacou que a exigência de dispor de rede credenciada em 70% dos municípios indicados no Anexo II do Termo do Referência (peça 1, p. 44) 'não foi imposta visando a restrição de competitividade, mas sim buscando a contratação de empresas que apresentassem as condições mínimas necessárias para participar do certame em compatibilidade com o objeto do seu ramo de atividade' (peça 17, p. 1).

23. Para o 17º GAC, a falta de credenciamento em postos no interior poderia comprometer a Operação Carro-Pipa, que é a iniciativa governamental que deverá ser suprida a partir do objeto do Pregão 03/2017. Nesse contexto, o 17º GAC afirmou que a empresa Representante, que não dispunha de nenhum posto credenciado nos municípios indicados no Anexo II (peça 1, p. 44), 'caso viesse a concorrer, não teria condições de garantir o abastecimento necessário para a fiscalização da Operação Carro-Pipa' (peça 17, p. 1).

24. Nesse fio argumentativo, o 17º GAC colocou que, em seu entendimento, a restrição à competitividade estaria caracterizada somente se tivesse havido 'a exigência da totalidade de postos credenciados no momento da habilitação para o prosseguimento do certame (100% da relação de postos)', o que não havia ocorrido; e que, por outro lado, caberia à 'Administração Pública estabelecer, na descrição do edital, critérios mínimos para exigir qualidade e funcionamento na prestação do serviço ensejado, ainda mais quando o serviço é[era] de fundamental importância para uma Operação Emergencial'.

25. O 17º GAC acrescentou que a empresa Trivale não havia sofrido 'qualquer tipo de restrição [...] por não atender algum item do edital ou de seus anexos e, muito menos, impedida de participar do processo licitatório' (peça 17, p. 2), uma vez que 'a documentação analisada foi única e exclusivamente a da empresa que apresentou a melhor proposta na fase de lances' (peça 17, p. 2).

26. Em finalização, o jurisdicionado informou que a Ata decorrente do Pregão 3/2017 entrou em vigência em 8/8/2017, sem, contudo, ter sido objeto de contratação pelo 17º GAC e que, por decisão da gestão, permaneceria nesta condição de não contratação pela unidade até que o TCU deliberasse quanto ao mérito da matéria (peça 17, p. 2).

27. Registradas as justificativas do gestor, passa-se à análise.

28. Relativamente às primeiras alegações do 17º GAC, de que a adoção do critério estipulado no item 6.1.2 revelava-se essencial para a futura consecução do objeto e que não dispor de tal enquadramento

implicaria poder contratar licitantes que não teriam como atender à demanda da unidade, o que se verifica é que o arrazoado apresentado não se fez acompanhar de fundamentação objetiva que lhe servisse de lastro.

29. O gestor informa que o critério foi estabelecido a fim de que fosse contratada a empresa que detivesse as condições mínimas para o atendimento da Operação Carro-Pipa.

30. Mas, ante essa alegação, o que se questiona é: de onde veio essa compreensão? Quais foram os estudos ou levantamentos que a fundamentaram? Quais os elementos que lastrearam a definição desse parâmetro em 70% dos municípios delimitados no Anexo II do Termo de Referência? Porque não 80%, 60% ou 50%? De onde se extraiu conclusão de que uma licitante vencedora não teria como viabilizar uma rede credenciada em 100% dos municípios descritos no Anexo II, em até trinta dias a contar da data de assinatura do contrato, conforme determinado no item 6.1.3 do Termo de Referência do Pregão 03/2017 (peça 1, p. 40), como alegado pelo 17º GAC?

31. Sendo sabido que o estabelecimento de tal critério representaria, **a priori**, uma restrição à competitividade do certame e que isto é vedado pelo marco normativo afeto às contratações públicas, tudo conforme já discorrido na instrução anterior (peça 7, p. 3, parágrafos 17 a 24); a apresentação de fundamentação objetiva precedente (pareceres, relatórios ou similares), que justificasse a adoção do citado critério, era ato incontornável a ser praticado pelo gestor, dado que seria esta fundamentação que teria o condão de comprovar (ou, ao menos, de permitir a análise) que o requisito adotado era essencial para a consecução dos objetos dos futuros contratos e, por seu turno, de afastar as indicações de que o critério reclamado restringia a competitividade do certame.

32. No que concerne à argumentação de que, na prática, não houve restrição à competitividade e, especificamente, não houve limitação à participação da Representante Trivale no Pregão 03/2017, dado que somente a licitante vencedora fora objeto de verificação de aderência aos critérios do edital, avalia-se também não prosperar tal alegação, dado que, de forma oposta à defendida pelo 17º GAC, compreende-se razoável que uma empresa tenha decidido declinar de participar de uma licitação quando verificado que não dispõe do perfil requerido pelos critérios desse mesmo certame.

33. Ora, se o edital continha critério de habilitação considerado injustificado e a licitante decidiu por não participar da licitação por verificar seu não enquadramento ante esse critério, como pode ser compreendido que foi a própria licitante que deu causa a sua não participação? O que se deveria esperar? Que a licitante participasse do Pregão 03/2017, dispondo da certeza de que seria considerada inabilitada à frente, caso vencesse a etapa de lances?

34. Dessa forma, ante a declaração solitária do 17º GAC (peça 17), desacompanhada dos elementos objetivos que pudessem comprovar a necessidade da adoção do critério estabelecido pelo item 6.1.2 do Termo de Referência do Pregão 03/2017, constata-se que o jurisdicionado não logrou êxito em comprovar a regularidade na adoção do citado critério, ou seja: a aderência deste aos comandos da Lei 8.666/1993, art. 3º, **caput** e § 1º, inciso I, notadamente no que se refere à vedação para o uso de cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo das licitações.

35. Registrada a análise quanto à [ausência de] regularidade na adoção do critério do item 6.1.2, resta à instrução o exame quanto à permanência da condição de risco de ineficácia da decisão de mérito por

parte do TCU.

36. A esse respeito, realça-se que o Pregão 03/2017, conforme informado pelo próprio 17º GAC, encontra-se homologado e com Ata vigente desde 8/8/2017 (peça 17, p. 2), não tendo sido objeto de contratação até o momento, tão somente por decisão discricionária do gestor do Organização Militar (OM), sendo sabido que o Pregão 03/2017 ainda dispunha de dois órgãos participantes, e que Atas de Registros de Preços podem ser aproveitadas para a contratação por outros órgãos públicos.

37. Ou seja: a Ata decorrente do Pregão 03/2017, aqui considerado como processado com restrição à competitividade, em desobediência à Lei 8.666/1993, art. 3º, § 1º, inciso I, está pronta para começar a gerar obrigações e custos para a Administração, a partir da celebração de contratos.

38. Ante a realidade fática do caso, vê-se que permanece o risco de que uma decisão ordinária de mérito do TCU possa vir a ser proferida com o comprometimento de sua eficácia.

39. Dito isso, fundamentada no RI/TCU, art. 276, a proposta de suspensão cautelar do processo, nesse caso, a proibição de contratar a partir da Ata do Pregão 03/2017, que também foi um pedido alternativo da Trivale (peça 1, p. 9), seria um encaminhamento possível de ser adotado nessa instrução.

40. Não obstante, tendo em vista que a questão central reclamada pela Trivale, concernente à regularidade do critério de habilitação estabelecido no item 6.1.2 do Termo de Referência do Pregão 03/2017 já foi abordada, inclusive levando em conta as contrarrazões do 17º GAC, e que essa análise não suscitou novos pontos que requeiram exame posterior, avalia-se que o presente Exame Técnico pode ser tido como já tendo abrangido o mérito da matéria, o que, por seu turno, dispensaria o encaminhamento com propostas de natureza preliminar, tal como o são as cautelares.

41. Dessa maneira, atentando para o mérito dos autos e uma vez que a análise quanto à regularidade do item 6.1.2 do Termo de Referência do Pregão 03/2017 foi pela sua incongruência deste ante o marco legal, verifica-se devido o encaminhamento nos seguintes termos:

41.1. Considerar irregular, por afrontar a Lei 8.666/1993, art. 3º, § 1º, **caput** e inciso I, a licitação para a contratação de serviço de gerenciamento, controle e fornecimento de combustíveis em que seja requerido que os licitantes disponham de postos de combustíveis credenciados nas localidades objeto destes certames, já por ocasião da fase de habilitação, sem que tal exigência tenha sido estabelecida a partir de parecer técnico precedente, bem como de pronunciamento concordante de autoridade competente, que tenha demonstrado e comprovado que tal exigência, ainda durante a fase de habilitação, era essencial para a execução contratual futura decorrente dessa licitação;

41.2. Com fundamento na Constituição Federal, art. 71, inciso IX, e a Lei 8.443/1992, art. 45, assinar prazo que o 17º GAC anule o Pregão 03/2017 do 17º GAC, dado que o item 6.1.2 de seu Termo de Referência dispôs de critério restritivo à competitividade.

42. É o Exame Técnico.

CONCLUSÃO

43. A Representação apresentada pela Trivale (peça 1) deve ser conhecida, por preencher os

requisitos previstos no RI/TCU, arts. 235 e 237, inciso VII, c/c os termos da Lei 8.666/1993, art. 113, § 1º, e da Resolução TCU 259/2014, art. 103, § 1º.

44. Após a oitiva do 17º GAC determinada pelo Ministro Relator (peça 10), o Exame Técnico verificou que a adoção do critério de habilitação indicado no item 6.1.2 do Termo do Referência do Pregão 03/2017 caracterizava restrição à competitividade, colidindo com o estabelecido pela Lei 8.666/1993, art. 3º, § 1º, **caput** e inciso I. O Exame também constatou que os autos já poderiam ser objeto de análise de mérito.

45. Com esse desdobramento analítico, o encaminhamento da análise foi de que o TCU declarasse que é irregular a adoção de critérios como o encontrado no item 6.1.2 do Termo do Referência do Pregão 03/2017, ainda na fase de habilitação de licitação para a contratação de serviços de gerenciamento, controle e fornecimento de combustíveis, sem que a admissão destes critérios tenha se dado a partir de fundamentação objetiva que tenha demonstrado e comprovado que tal exigência era essencial para a execução contratual futura decorrente dessa licitação.

46. No caso concreto, a análise resultou na proposta de concessão de prazo para o 17º GAC anulasse o Pregão 03/2017 (parágrafo 41.2).

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

47. Ante o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo:

a) conhecer da presente Representação, satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos no Regimento Interno do TCU, arts. 235 e 237, inciso II, na Lei 8.666/1993, art. 113, § 1º, e na Resolução TCU 259/2014, art. 103, § 1º;

b) considerar irregular, por afrontar a Lei 8.666/1993, art. 3º, § 1º, **caput** e inciso I, a licitação para a contratação de serviço de gerenciamento, controle e fornecimento de combustíveis em que seja requerido que os licitantes disponham de postos de combustíveis credenciados nas localidades objeto destes certames, já por ocasião da fase de habilitação, sem que tal exigência tenha sido estabelecida a partir de parecer técnico precedente, bem como de pronunciamento concordante de autoridade competente, que tenha demonstrado e comprovado que tal exigência, ainda durante a fase de habilitação, era essencial para a execução contratual futura decorrente dessa licitação;

c) com fundamento na Constituição Federal, art. 71, inciso IX, e a Lei 8.443/1992, art. 45, assinar prazo para que o 17º GAC anule o Pregão 03/2017 do 17º GAC, dado que o item 6.1.2 do Termo de Referência do certame dispôs de critério restritivo à competitividade;

d) dar ciência do Acórdão, bem como do Relatório e Voto à Representante Trivale Administração Ltda., CNPJ 00.604.122/0001-97;

e) arquivar o presente processo, conforme Regimento Interno do TCU, art. 169, inciso V."

É o Relatório.

VOTO

Em exame a Representação formulada pela empresa Trivale Administração Ltda., com pedido de medida cautelar, a respeito de suposta irregularidade relacionada a critérios de qualificação técnica do Pregão Eletrônico 03/2017, promovido pelo 17º Grupo de Artilharia de Campanha do Comando do Exército – 17º GAC, sediado em Natal/RN.

2. O objeto do aludido certame consiste na "eventual contratação de serviços de gerenciamento, controle e fornecimento de combustíveis através de sistema informatizado para atender às necessidades do 17º Grupo de Artilharia de Campanha e órgãos participantes", tendo sido dividido em dois grupos, diferenciados pelo conjunto de cidades em que há previsão de realização dos serviços: o Grupo 1, com quatorze municípios potiguares; e o grupo 2, com 24 municípios dos estados da Bahia, do Piauí, da Paraíba e de Pernambuco.

3. Registro, desde logo, que cabe conhecer desta Representação, em razão do atendimento aos requisitos de admissibilidade estabelecidos nos arts. 235 e 237, inciso VII e parágrafo único, do Regimento Interno/TCU, combinados com o art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993.

4. Na mesma data da sessão de recebimento de ofertas (27/07/2017), a empresa Trivale Administração Ltda. representou junto a este Tribunal, alegando ser irregular a exigência de que, na fase de habilitação, os licitantes dispusessem de rede credenciada nas áreas em que os serviços seriam prestados, conforme contido nos subitens 6.1.2 e 6.1.3 do Termo de Referência do certame, abaixo transcritos:

> "6.1.2. Na fase de habilitação, a contratada deverá apresentar a relação de postos credenciados, que deverá conter pelo menos 70% das cidades listadas no Anexo II.
> 6.1.3. Após a assinatura do contrato com a UASG gerenciadora ou participante, a contratada terá o prazo de 30 dias para apresentar postos credenciados em 100% das cidades do subitem anterior."

5. Após empreender análise das informações constantes da documentação acostada, a Secex/RN, entendendo presentes os requisitos da "fumaça do bom direito" e do "perigo da demora", sugeriu adotar medida cautelar no sentido de suspender o andamento do processo administrativo afeto ao pregão em tela.

6. Não obstante a proposta inicial da Unidade Técnica, determinei que, preliminarmente, fossem realizadas as oitivas do 17º GAC, com fundamento no art. 276, §§ 2º e 4º, do Regimento Interno/TCU, e da empresa adjudicatária do certame (silente), a respeito do critério de habilitação descrito no item 6.1.2 do Termo de Referência, bem como diligência junto ao referido órgão para obter informações atualizadas sobre a licitação **sub examine**.

7. Apenas o órgão gerenciador se manifestou nos autos. Esclareceu que, apesar de o pregão ter sido homologado no dia 02/08/2017 e ter sido dado início à vigência na Ata de Registro de Preços em 08/08/2017, não realizará qualquer contratação até o pronunciamento final deste Tribunal.

8. Vale ressaltar que foram coligidos aos autos elementos probatórios suficientes para resolver o mérito das questões trazidas ao descortino desta Casa de Contas, tendo sido nesse sentido o encaminhamento dado pela Secex/RN, que propôs, essencialmente: i) conhecer da presente Representação; ii) considerar

irregular a licitação para a contratação de serviço de gerenciamento, controle e fornecimento de combustíveis em que seja requerido dos licitantes rede credenciada, na fase de habilitação, sem que se tenha demonstrado que tal exigência é essencial para a execução contratual decorrente desse certame, por afrontar o art. 3º, § 1º, **caput** e inciso I, da Lei 8.666/1993; iii) assinar prazo para que o 17º GAC anule o Pregão 03/2017; iv) dar ciência da deliberação à Representante; e v) arquivar os autos.

9. Como pode ser observado das informações trazidas pelo Ordenador de Despesas do 17º GAC, à peça 17, a opção por exigir a relação de postos credenciados em, pelo menos, 70% das cidades em que há previsão de realização dos serviços, na fase de habilitação, não foi pautada em estudo técnico que evidenciasse a necessidade dessa lista para a execução contratual decorrente do certame, mas no entendimento de que seria necessário estabelecer "critérios mínimos para exigir qualidade e funcionamento na prestação do serviço ensejado", para conseguir garantir o serviço para uma Operação Emergencial do porte da Operação Carro-Pipa.

10. Não obstante, o cumprimento dessa exigência, contida no item 6.1.2 do Termo de Referência, representa ônus às licitantes, ainda na fase de licitação, porquanto precisam incorrer em custos para a estruturação de rede credenciada.

11. A necessidade de prova de rede mínima caracteriza condições que afastam do certame a participação de empresas que não atuam nas localidades definidas no edital, ainda que possuam experiência em outras regiões do país.

12. Cumpre asseverar que a jurisprudência do TCU é no sentido de que o credenciamento só é exigível após a contratação, não podendo ser demandado como critério de habilitação dos licitantes por constituir ônus financeiro e operacional desarrazoado para empresas competidoras, conforme consta dos Votos condutores dos Acórdãos 2.581/2010 (Rel. Min. Benjamin Zymler), 3.156/2010 (Rel. Min. José Múcio Monteiro), 307/2011 (Rel. Min. Augusto Sherman), 1.194/2011 (Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues), 1.632/2012 (Rel. Min. José Múcio Monteiro) e 1.718/2013 (Rel. Min. Augusto Sherman), todos do Plenário.

13. Por oportuno, transcrevo trecho do Voto condutor do Acórdão 2.581/2010-Plenário, no qual o Ministro Benjamin Zymler reafirma o seu posicionamento exposto no Voto que fundamentou o Acórdão 1.884/2010-Plenário, proferido em sede de agravo, confirmando medida cautelar para suspensão de pregão para fornecimento de vale refeição:

> "Como os argumentos apresentados em resposta à oitiva são similares àqueles apresentados em sede de agravo, considero ainda pertinentes as ponderações constantes do voto condutor do Acórdão 1884/2010-Plenário:
>
> 'Observo que não há controvérsias acerca da necessidade de a prestadora dos serviços possuir rede credenciada próxima às instalações do Sesc/SP, pois essa condição é essencial para que os funcionários da entidade utilizem os vales refeição em seus horários de almoço. A questão é se a comprovação da rede credenciada deve ocorrer quando da habilitação dos licitantes ou quando da contratação.
>
> De se destacar que a licitação abrange 32 instalações do Sesc/SP. Assim, consistiria em desarrazoado ônus para as licitantes, tanto financeiro quanto operacional, a exigência de que eles cadastrem 64

> estabelecimentos apenas para participar do certame. Ou seja, como colocada a exigência, redundaria que somente a empresa que já estivesse prestando os serviços ou grandes empresas desse seguimento comercial restariam habilitadas.
>
> Trata-se, pois, efetivamente de cláusula indevidamente restritiva e que potencialmente afastaria diversos interessados na prestação dos serviços, em confronto com o princípio da busca da proposta mais vantajosa para a Administração Pública.
>
> Como colocado pela unidade técnica, 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. Dessa forma, se teria uma adequada prestação do serviço licitado e se possibilitaria a ampla competitividade do certame.' (grifei)"

14. Também, por ter relação com a matéria, julgo pertinente reproduzir excerto do Voto que fundamentou o Acórdão 1.632/2012-Plenário, por evidenciar que a exigência de apresentação de relação de postos credenciados deve ser feita após a contratação, com prazo adequado para que a empresa contratada promova o cadastramento da rede de postos:

> 5. Ao examinar os esclarecimentos apresentados pela SRERJ/DNIT, a unidade técnica entendeu, com relação ao primeiro ponto, que não pode ser acolhida justificativa segundo a qual seria necessário apresentar apenas uma declaração atestando a condição de atendimento do objeto licitado, mas não a relação de postos credenciados. Segundo a unidade técnica, o licitante só poderia apresentar a declaração se já dispusesse de uma rede de postos credenciados, e aqueles que não detivessem tal rede teriam de incorrer em custos para obtê-la, ainda na fase de licitação, o que poderia inibir a participação no certame.
>
> 6. O Ministério Público junto ao TCU, por seu turno, ponderou que o edital exige do licitante, apenas, que apresente uma declaração atestando sua capacidade de, caso seja contratado, cumprir o objeto. Isso não representaria ônus às licitantes, por não haver obrigatoriedade de prévio cadastramento dos postos, e encontra amparo no § 6º do art. 30 da Lei nº 8.666/93. Mesmo assim, o Representante do MP/TCU entende ser pertinente, da mesma forma que a unidade técnica, determinação no sentido de que o edital estipule um prazo para que a empresa contratada promova o cadastramento da rede de postos. Entendo, em linha com o MP/TCU, que a exigência não traz necessariamente encargos aos licitantes, embora o mais correto teria sido a fixação, no edital, de prazo para a apresentação da rede credenciada.

15. Na linha dos precedentes acima, a obrigatoriedade de apresentação pelos licitantes, ainda na fase de habilitação técnica, de relação de postos de combustíveis, acarreta ônus desnecessário ao licitante e, em consequência, restringe indevidamente a competitividade da licitação, sendo, portanto, exigência irregular.

16. Não sendo possível aproveitar os atos já praticados, acolho a conclusão da Secex/RN no sentido de que a solução adequada consiste na anulação do certame.

17. Quanto à proposta da Unidade Técnica de explicitar os motivos do julgamento pela irregularidade ora identificada, entendo que a forma mais adequada, com vistas a evitar semelhante falha em futuro

procedimento, é cientificar o órgão licitante da ocorrência, com base no art. 7º da Resolução TCU 265/2014.

18. Ressalto, contudo, que a irregularidade encontrada não consiste tão somente na falta de demonstração técnica de que a exigência era essencial para a execução contratual, mas de sua inadequação, por restringir indevidamente a competitividade da licitação, ante a necessidade de assunção de custos desnecessários anteriormente à celebração do contrato, visto que seria suficiente ao órgão estipular, no edital, um prazo para que a empresa contratada apresentasse o cadastramento da rede de postos.

Ante o exposto, entendo que deve ser considerada procedente a presente Representação e voto por que o Tribunal adote o Acórdão que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

T.C.U., Sala das Sessões, em 04 de outubro de 2017.

MARCOS BEMQUERER COSTA

Relator

ACÓRDÃO 2212/2017 – TCU – Plenário

1. Processo TC 021.192/2017-0.

2. Grupo I; Classe de Assunto: VII – Representação.

3. Representante: Trivale Administração Ltda (00.604.122/0001-97).

4. Órgão: 17º Grupo de Artilharia de Campanha – Comando do Exército – Ministério da Defesa.

5. Relator: Ministro-Substituto Marcos Bemquerer Costa.

6. Representante do Ministério Público: não atuou.

7. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo no Estado do Rio Grande do Norte – Secex/RN.

8. Representação Legal: não há.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos da Representação formulada pela empresa Trivale Administração Ltda. contra o Pregão Eletrônico 03/2017 do 17º Grupo de Artilharia de Campanha do Comando do Exército – 17º GAC, tendo por objeto a "eventual contratação de serviços de gerenciamento, controle e fornecimento de combustíveis através de sistema informatizado para atender às necessidades do 17º Grupo de Artilharia de Campanha e órgãos participantes".

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. conhecer da presente Representação, uma vez preenchidos os requisitos de admissibilidade estabelecidos nos arts. 235 e 237, inciso VII e parágrafo único, do Regimento Interno/TCU c/c o art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993, para, no mérito, considerá-la procedente;

9.2. determinar ao 17º Grupo de Artilharia de Campanha que:

9.2.1. adote, no prazo de 15 (quinze) dias, a contar da ciência desta deliberação, as medidas necessárias com vistas à anulação do Pregão Eletrônico 03/2017;

9.2.2. encaminhe a este Tribunal, no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência desta deliberação, informações acerca das providências tomadas em relação ao cumprimento da determinação contida no subitem 9.2.1;

9.3. com base no art. 7º da Resolução TCU 265/2014, dar ciência ao 17º Grupo de Artilharia de Campanha de que, na contratação de serviço de gerenciamento, controle e fornecimento de combustíveis, a exigência de comprovação de rede credenciada na fase de habilitação afronta o art. 9º da Lei 10.520/2002 c/c o art. 3º, § 1º, **caput** e inciso I, da Lei 8.666/1993;

9.4. encaminhar cópia desta deliberação à Representante;

9.5. autorizar o arquivamento dos autos, nos termos do art. 169, inciso V, do Regimento Interno/TCU, após o informe pela unidade jurisdicionada do cumprimento da determinação do subitem 9.2.1.

10. Ata n° 40/2017 – Plenário.

11. Data da Sessão: 4/10/2017 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2212-40/17-P.

13. Especificação do quorum:

13.1. Ministros presentes: Raimundo Carreiro (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler, José Múcio Monteiro, Ana Arraes e Vital do Rêgo.

13.2. Ministros-Substitutos convocados: Augusto Sherman Cavalcanti, Marcos Bemquerer Costa (Relator) e André Luís de Carvalho.

13.3. Ministro-Substituto presente: Weder de Oliveira.

(Assinado Eletronicamente)

RAIMUNDO CARREIRO

Presidente

(Assinado Eletronicamente)

MARCOS BEMQUERER COSTA

Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)

CRISTINA MACHADO DA COSTA E SILVA

Procuradora-Geral