

TC 025.482/2016-5

Tipo: Representação

Unidade jurisdicionada: Serviço Social do Comércio de São Paulo (Sesc/SP)

Representante: Policard Systems e Serviços S.A

Procurador: José Edvaldo de Souza, CPF 760.248.654-49 (peça 2)

Relator: Weder de Oliveira

Proposta: de mérito

Cuidam os autos de representação, formulada pela empresa Policard Systems e Serviços S.A., referente ao Pregão Eletrônico 180/2016, promovida pelo Serviço Social do Comércio de São Paulo, o qual tem por objeto contratação de empresa para prestação de serviços de gerenciamento, distribuição, implementação e administração dos benefícios de vale-refeição na modalidade cartão eletrônico magnético com chip de segurança, para empregados do Sesc São Paulo. O valor anual estimado da contratação é de R\$ 4.613.760,00 (peça 3, p. 34).

2. Nesses autos também serão analisados os elementos apresentados pela empresa Trivale Administração Ltda., relativos à representação protocolada em face do mesmo certame, que foi autuado sob o TC 025.502/2016-5 (peça 4).

COMUNICAÇÕES REALIZADAS

3. Com base na Portaria Segecex 12/2016, entrou-se em contato com a unidade jurisdicionada (UJ), por meio de mensagem eletrônica (peça 5), por meio da qual foram solicitadas cópias de documentos e informações.

4. A resposta do Sesc/SP consta à peça 6.

5. A comunicação ao relator consta à peça 9.

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

6. Após a realização da diligência, confirmou-se que a representação preenche os requisitos de admissibilidade constantes no art. 235 do Regimento Interno do TCU, haja vista a matéria ser de competência do Tribunal, referir-se a responsável sujeito a sua jurisdição, estar redigida em linguagem clara e objetiva, conter nome legível, qualificação e endereço do representante, bem como encontrar-se acompanhada do indício concernente à irregularidade ou ilegalidade.

7. Além disso, o representante possui legitimidade para representar ao Tribunal, consoante disposto no art. 237, inc. VII, do Regimento Interno do Tribunal c/c o art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993.

8. Dessa forma, a representação poderá ser apurada, para fins de comprovar a sua procedência, nos termos do art. 234, § 2º, segunda parte, do Regimento Interno do TCU, aplicável às representações de acordo com o parágrafo único do art. 237 do mesmo RI/TCU.

ANÁLISE

Da representação da empresa Policard (peça 1)

9. A representante aponta, em suma, as seguintes supostas irregularidades:

a) exigência de comprovação de rede credenciada no momento da realização da sessão pública, quando a jurisprudência apenas autorizaria no momento da celebração do contrato (item 9 do edital);

b) exigências relativas à capacidade técnica (item 13.1.3 do edital):

b.1) de que o(s) atestado(s) de capacidade técnica se refiram obrigatoriamente à prestação de serviços por meio de cartões magnéticos com chip (subitem a.4);

b.2) de que a comprovação se dê por, no máximo, três atestados (subitem a.7);

b.3) limitação temporal no(s) atestado(s) (subitens a.1 e a.4);

b.4) de que o nome do nutricionista conste no registro do PAT, o que não poderia ser atendido em razão do fato de o documento fornecido pelo MTE não trazer tal informação (subitem b.1).

I: exigência de comprovação de rede credenciada no momento da realização da sessão pública

Argumentos da Policard

10. De acordo com o item 9.1 do edital, encerrada a fase de lances, a licitante classificada em primeiro lugar deverá encaminhar, no prazo de até trinta minutos, por mensagem eletrônica, a comprovação de rede credenciada que atenda o Sesc/SP, de acordo com os critérios estabelecidos no edital.

11. Argumenta que a comprovação de rede credenciada deve ocorrer somente no momento da contratação, com prazo plausível para entrega, de modo a não impor ônus desnecessários aos participantes do certame. Nesse sentido, apresentou jurisprudência deste Tribunal: Acórdãos 686/2013, 1.884/2010, 307/2011, 2.962/2012 e 3.400/2012, todos do Plenário.

Manifestação do Sesc/SP

12. O Sesc/SP manifestou-se da seguinte forma quanto a esse ponto:

Esclarecemos que a licitação não frustra o caráter competitivo, em especial no que tange à apresentação da rede credenciada. O pregão eletrônico, modalidade aplicada para essa contratação, estabeleceu as seguintes fases:

1ª apresentação dos preços;

2ª etapa de lances;

3ª apresentação de rede credenciada;

4ª apresentação dos documentos de habilitação.

Abaixo, descrevemos fase a fase com as devidas observações.

Encerrada e ordenada a fase de lances em forma crescente, a licitante classificada em primeiro lugar, deverá encaminhar, no prazo de até 30 minutos, no endereço eletrônico informado pelo pregoeiro, comprovação de rede credenciada que atenda às Unidades do Sesc, de acordo com os critérios estabelecidos no edital (Anexo 2).

O Sesc realizará diligência da rede credenciada, no prazo de até 3 dias úteis.

Após este prazo, caso a licitante não esteja devidamente credenciada em todas as localidades previstas no Memorial Descritivo, terá o prazo de até 10 dias úteis para regularização.

Quando inserida essa condição apenas à Contratada, ou seja, a admissão de um prazo contratual para atendimento a essa exigência, assume-se um possível inadimplemento contratual, o que poderá acarretar a aplicação de sanções previstas contratualmente, ou ainda, de futura cobrança judicial. Ao passo que se o Sesc abre prazo para que a primeira classificada apresente a rede credenciada no prazo de dez dias úteis, na hipótese do seu desatendimento, passa-se à segunda classificada, no âmbito da mesma licitação e com maior economia processual.

Frisamos que esse certame envolve a saúde de 6.855 trabalhadores, que não podem ter suas rotinas prejudicadas, garantindo-lhes a realização da refeição dentro do período destinado a esse propósito, conforme legislação trabalhista vigente.

Análise

13. De fato, estabelece o item 9.3 do edital (peça 3, p. 19) que a licitante será desclassificada caso deixe de apresentar a relação de rede credenciada ou a apresente em desacordo com o estabelecido no item 9.1 do edital.

14. Desse modo, o edital exigiu a comprovação em momento inoportuno, trazendo ônus desnecessários aos participantes do certame. Embora o Sesc/SP não utilize a Lei 8.666/1993, deve obediência ao disposto no art. 37, inc. XXI, da Constituição Federal, que veda exigência excessivas e indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

15. O Regulamento de Licitações e Contratos do Sesc, alterado pela Resolução 1.252/2012, estabelece o seguinte:

Art. 2º A licitação destina-se a selecionar a proposta mais vantajosa para o SESC e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos, inadmitindo-se critérios que frustrem seu caráter competitivo

16. Desse modo, a exigência em questão contraria o art. 2º do citado regulamento e as justificativas apresentadas nessa fase não lograram êxito em justificar a questão, razão pela qual entende-se necessário **determinar** ao Sesc/SP que adote as medidas necessárias ao exato cumprimento da lei, no sentido de anular os atos posteriores à publicação do edital, e informar à UJ que, caso assim deseje, republicar o edital, escoimado da irregularidade apontada.

II: exigência de que o(s) atestado(s) de capacidade técnica se refiram obrigatoriamente à prestação de serviços por meio de cartões magnéticos com chip

Argumentos da Policard

17. Com relação a esse ponto, alega que o Sesc/SP exige cartões refeição com chip, e entende que a licitante deverá apresentar, por meio de declaração, que possui o referido dispositivo no cartão, mas que não haveria necessidade de apresentar atestados com tal tecnologia. Alega que atestados relativos a tecnologias similares também deveriam ser aceitos.

Manifestação do Sesc/SP

18. O Sesc/SP manifestou-se da seguinte forma quanto a esse ponto:

Com relação à capacitação técnica, o Sesc solicita apenas que seja comprovada a capacidade de atendimento em condições compatíveis com o objeto do referido edital, seja com relação a característica, quantidade e prazo.

Quanto à característica, exige-se que a licitante, classificada em primeiro lugar, demonstre a prática no fornecimento de cartões magnéticos com chip, tornando a operação mais segura com a minimização do risco de clonagem e de débitos indevidos.

Análise

19. O dispositivo questionado é o seguinte:

a) Apresentar no mínimo de 01 (um) ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA, emitido por contratante titular pessoa jurídica de direito público ou privado, em nome da LICITANTE, comprovando a aptidão para prestação de serviços, compatíveis em características, quantidades e prazos com o objeto licitado comprovando necessariamente:

(...)

a.4) o fornecimento de vale refeição para no mínimo 6.000 (seis mil) ou mais funcionários beneficiados, no formato de cartões eletrônicos magnéticos com chip de segurança, em um período de 12 meses.

20. O chip no cartão-benefício (alimentação ou refeição) tem por objetivo agregar mais segurança nas transações realizadas pelos beneficiários, conforme apontado pelo Sesc, o que justifica a exigência de que o(s) atestado(s) se refira(m) a fornecimento de cartão-benefício com chip.

III: exigência de que a comprovação de capacidade técnica se dê por, no máximo, três atestados

Argumentos da Policard

21. A representante afirma que o seguinte dispositivo questionado é ilegal:

a) Apresentar no mínimo de 01 (um) ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA, emitido por contratante titular pessoa jurídica de direito público ou privado, em nome da LICITANTE, comprovando a aptidão para prestação de serviços, compatíveis em características, quantidades e prazos com o objeto licitado comprovando necessariamente:

(...)

a.7) será admitida a somatória de até no máximo 3 atestados para comprovação de Capacidade;

Manifestação do Sesc/SP

22. O Sesc/SP manifestou-se da seguinte forma quanto a esse ponto:

No que se refere à quantidade solicitada nos até três atestados de capacidade técnica, essa se mostra aquém da que será demandada, considerando-se, ainda, que, além do número atual de funcionários, já superior ao quantitativo exigido, há que se computar, na demanda, o crescimento da instituição, com a ampliação da rede no Estado de São Paulo.

Análise

23. Com relação a esse ponto, a limitação do número de atestados pode ou não ser irregular, a depender do caso concreto. Para essa situação, cabe utilizar o exemplo da ponte: construir uma ponte de quinhentos metros de extensão requer uma técnica diferente em relação a executar cinquenta pontes de dez metros cada.

24. O gerenciamento de cartões-benefício (alimentação/refeição) não possui complexidade diferenciada em relação ao tamanho do contrato. O gerenciamento (simultâneo) de 5.000 cartões terá complexidade semelhante se esses cartões se referirem a dois, cinco ou dez contratos.

25. Assim, a cláusula editalícia apontada traz restrição indevida, e as justificativas apresentadas nessa fase não lograram êxito em justificar a questão. Desse modo, entende-se necessário **determinar** ao Sesc/SP que adote as medidas necessárias ao exato cumprimento da lei, no sentido de anular os atos posteriores à publicação do edital, e informar à UJ que, caso assim deseje, republicar o edital, escoimado da irregularidade apontada.

IV: limitação temporal no(s) atestado(s)

Argumentos da Policard

26. A representante se insurge contra as seguintes regras do edital:

a) Apresentar no mínimo de 01 (um) ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA, emitido por contratante titular pessoa jurídica de direito público ou privado, em nome da LICITANTE, comprovando a aptidão para prestação de serviços, compatíveis em características, quantidades e prazos com o objeto licitado comprovando necessariamente:

a.1) o serviço objeto deste edital e, que os serviços foram realizados no intervalo máximo de 12 (doze) meses contados da data prevista no subitem 1.3.3 supra, ou seja, a partir de 06/09/2016;

(...)

a.4) o fornecimento de vale refeição para no mínimo 6.000 (seis mil) ou mais funcionários beneficiados, no formato de cartões eletrônicos magnéticos com chip de segurança, em um período de 12 meses.

Manifestação do Sesc/SP

27. O Sesc/SP manifestou-se da seguinte forma quanto a esse ponto:

Quanto ao prazo e em função do cenário econômico brasileiro, é de suma importância que a licitante classificada em primeiro lugar esteja em condições atuais de manter os serviços prestados com essas características, importância essa ressaltada, em razão da natureza do objeto da licitante, que guarda relação direta com direitos trabalhistas e, em última análise, com a saúde do trabalhador.

Análise

28. O subitem a.1 apontado traz uma incorreção material, uma vez que tentava indicar a data de 6/9/2015, fato esse que pode ter sido objeto de esclarecimento/aviso. No entanto, tal limitação temporal é restritiva, incidindo na vedação do art. 2º do Regulamento de Licitações e Contratos do Sesc, já apontado anteriormente.

29. A exigência de comprovação, por meio de atestados, tem por objetivo verificar se a licitante já executou serviços de complexidade, características e porte semelhantes. Se o serviço foi executado no último ano ou há mais tempo, tal atributo é totalmente irrelevante.

30. Cabe ressaltar que, ao contrário da limitação temporal, a exigência de simultaneidade dos atestados seria válida, pois apontaria, no caso concreto, a capacidade técnica de fornecer e gerenciar a quantidade de cartões-benefício exigidas (6.000 unidades). Como a limitação do número de atestados (a três) parece ser irregular, e a limitação temporal também o seria, a dispensa da simultaneidade dos contratos poderia selecionar uma licitante que teve dez contratos de 600 cartões cada em diferentes períodos, o que demanda menor capacidade e porte, e poderia trazer risco à contratação.

31. Assim, a cláusula editalícia apontada traz restrição indevida, e as justificativas apresentadas nessa fase não lograram êxito em justificar a questão. Desse modo, entende-se necessário **determinar** ao Sesc/SP que adote as medidas necessárias ao exato cumprimento da lei, no sentido de anular os atos posteriores à publicação do edital, e informar à UJ que, caso assim deseje, republicar o edital, escoimado da irregularidade apontada.

V: exigência de que o nome do nutricionista conste no registro do Programa de Alimentação do Trabalhador

Argumentos da Policard

32. A representante se insurge contra o subitem b.1 abaixo:

b) A licitante deverá comprovar registro no Programa de Alimentação do Trabalhador (PAT), como prestadora de serviços de alimentação coletiva na categoria Administradora de documentos de legitimação para aquisição de refeições em restaurantes e estabelecimentos similares (refeição-convênio)

b.1) O registro a que se refere a letra "b" supra deverá conter: nome(s) do(s) profissional(ais) legalmente habilitados(s) em nutrição responsável(eis) técnico(s), número e região do respectivo Conselho Regional de Nutrição (CRN).

33. Afirma que no registro emitido pelo Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) não consta o nome do responsável técnico, razão pela qual o Sesc/SP não poderia incluir tal exigência, o que seria regulamentado pela Portaria 3/2002, do MTE.

Manifestação do Sesc/SP

34. O Sesc/SP manifestou-se da seguinte forma quanto a esse ponto:

Com relação à exigência da apresentação pela licitante de seu registro no Programa de Alimentação do Trabalhador (PAT) e do nome do profissional legalmente habilitado em nutrição (responsável técnico), bem como o número de registro e região do respectivo Conselho Regional, tem o intuito

de comprovar que a licitante mantém sua regular constituição e funcionamento perante referido Programa.

Análise

36. Da leitura da referida portaria, não foi possível concluir se o nome do nutricionista consta ou não do documento emitido pelo MTE. Tampouco a resposta do Sesc/SP se prestou a esclarecer o ponto levantado.

37. Desse modo, entende-se necessário **determinar** ao Sesc/SP que, antes de republicar o edital da contratação em tela, verifique se o documento emitido pelo Ministério do Trabalho e Emprego, relativo ao cadastro do Programa de alimentação do Trabalhador, modalidade “prestador de serviço de alimentação coletiva”, possui a informação requerida, de modo a evitar a perda do certame em razão da impossibilidade de atendimento por parte das empresas licitantes.

Da representação da empresa Trivale (peça 4)

37. A representante aponta, em suma, as seguintes supostas irregularidades, todas relativas à capacidade técnica (item 13.1.3 do edital):

a) de que o(s) atestado(s) de capacidade técnica se refira a serviço idêntico ao licitado, não sendo aceito atestado relativo a serviço de fornecimento de vale alimentação, com tecnologia idêntica;

b) a quantidade de cartões fornecidos exigida na comprovação (6.000 beneficiários) é praticamente igual ao montante previsto para execução no contrato (7.120 cartões), quando a jurisprudência dessa Corte costuma considerar aceitável que a comprovação seja de cerca de 50% do total a ser contratado (subitem a.4);

c) com limitação temporal no(s) atestado(s) contados a partir de 6/9/2016, o que, além de incorreto, contraria o disposto no art. 30, § 5º, da Lei 8.666/1993 (subitens a.1 e a.4).

38. O terceiro ponto já foi analisado em razão da outra representação.

VI: exigência de que o atestado se refira a serviço idêntico, não sendo aceito atestado relativo a fornecimento de vale alimentação

Argumentos da Trivale

39. A representante alega que o próprio Regulamento de Licitações e Contratos do Sesc (Resolução 1252/2012) estabelece, em seu art. 12, inc. II, ‘b’, que para a qualificação técnica, serão exigidos documentos comprobatórios de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação.

40. sustenta que o objeto licitado (vale refeição) possui tecnologias idênticas ao vale alimentação; portanto, a empresa que comprovar aptidão para prestar um serviço por óbvio estaria apta a prestar o outro serviço. Aponta que tais atividades são perfeitamente compatíveis entre si, razão pela qual devem ser aceitos atestados que comprovem experiência anterior referente ao objeto de vale refeição e/ou vale alimentação, sob pena de frustrar o caráter competitivo do certame.

41. A grande maioria das empresas prestam ambos os serviços, cuja diferença reside apenas no ramo do estabelecimento aceito: enquanto que para o vale refeição estão cadastrados restaurantes, lanchonetes, padarias e similares, no caso do vale alimentação devem estar cadastrados supermercados e mercearias. Ambos os sistemas possuem o mesmo sistema de processamento de dados, o mesmo sistema de leitura de cartões, o mesmo sistema de captura, o mesmo material de confecção dos cartões e a mesma regulamentação legal (PAT).

Manifestação do Sesc/SP

42. O Sesc/SP não se manifestou quanto a esse ponto, em que pese ter afirmado que a resposta encaminhada atenderia a ambas as representações.

Análise

43. De fato, os argumentos da Trivale são procedentes, não havendo diferença do ponto de vista técnica ou de expertise, recaindo a diferença apenas nos estabelecimentos cadastrados. Assim, o dispositivo do item 13.1.3, subitem a.4 deveria permitir a apresentação tanto de atestado de vale refeição quanto de vale alimentação, uma vez que são muito similares, como apontado pela Trivale.

44. Assim, a cláusula editalícia apontada traz restrição indevida, infringindo o art. 2º do Regulamento de Licitações e Contratos do Sesc. Desse modo, entende-se necessário **determinar** ao Sesc/SP que adote as medidas necessárias ao exato cumprimento da lei, no sentido de anular os atos posteriores à publicação do edital, e informar à UJ que, caso assim deseje, republicar o edital, escoimado da irregularidade apontada.

VII: quantidade de cartões fornecidos exigida na comprovação

Argumentos da Trivale

45. O instrumento convocatório teria previsto um quantitativo de 6.855 cartões, enquanto a exigência do item 13.1.3, subitem a.4, prevê a comprovação de fornecimento de vale refeição para, no mínimo, 6.000 ou mais funcionários beneficiados.

46. Aponta que tal exigência contraria a Súmula 24 do TCE/SP, que considera razoável exigir a comprovação de cerca de 50% a 60% da execução pretendida, ou outro percentual que venha a ser devida e tecnicamente justificado. Também apresentou doutrina de Marçal Justen Filho e Celso Antônio Bandeira de Mello.

Manifestação do Sesc/SP

47. O Sesc/SP não se manifestou quanto a esse ponto, em que pese ter afirmado que a resposta encaminhada atenderia a ambas as representações.

Análise

48. A jurisprudência do TCE/SP é no mesmo sentido da jurisprudência deste Tribunal, no sentido de que, via de regra, a licitante que comprove a execução de 50% do objeto a ser executado estaria apta a ser contratada, o que deveria ser calculado sobre a quantidade estimada de 7.120 cartões (peça 3, p. 34).

49. Assim, a cláusula editalícia apontada traz restrição indevida, infringindo o art. 2º do Regulamento de Licitações e Contratos do Sesc. Desse modo, entende-se necessário **determinar** ao Sesc/SP que adote as medidas necessárias ao exato cumprimento da lei, no sentido de anular os atos posteriores à publicação do edital, e informar à UJ que, caso assim deseje, republicar o edital, escoimado da irregularidade apontada.

Dos pedidos

50. Após exporem seus motivos, as representantes requerem a adoção de medida cautelar e, no mérito, sejam corrigidas as irregularidades apontadas.

Da medida cautelar

51. Consoante o art. 276 do Regimento Interno/TCU, o Relator poderá, em caso de urgência, de fundado receio de grave lesão ao Erário, ao interesse público, ou de risco de ineficácia da decisão de mérito, de ofício ou mediante provocação, adotar medida cautelar, determinando a suspensão do procedimento impugnado, até que o Tribunal julgue o mérito da questão. Tal providência deverá ser adotada quando presentes os pressupostos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

52. Analisando os elementos contidos nos autos, verifica-se a existência do *fumus boni iuris*, em razão dos indícios de direcionamento e falhas na condução do certame, apontados na análise do capítulo anterior.

53. O *periculum in mora* se configura na iminência da contratação, uma vez que a sessão pública foi realizada nessa data.

54. Todavia, em razão do contato prévio, já foram obtidos os esclarecimentos necessários e constatou-se que há irregularidades no edital que precisam ser corrigidas, razão pela qual já está sendo encaminhada proposta de mérito.

55. Cabe ressaltar que o Sesc/SP informou que o atual contrato de vale refeição vence no dia 21/10, razão pela qual a adoção de medida cautelar apenas contribuiria para retardar essa contratação. Uma vez que os pontos irregulares já foram identificados, cabe a republicação do edital, de modo a promover a contratação escoimada das irregularidades verificadas.

56. Desse modo, entende-se que deve ser não cabe a adoção da **medida cautelar** prevista no art. 276 do Regimento Interno do Tribunal.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

57. Ante o exposto, sugiro o encaminhamento dos autos ao Relator, Ministro Weder de Oliveira, com as seguintes propostas:

a) conhecer da presente representação, satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 235 e 237 do Regimento Interno deste Tribunal c/c o art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993 (item 8 dessa instrução);

b) determinar ao Serviço Social do Comércio de São Paulo - Sesc/SP que:

b.1) nos termos do art. 71, inciso IX, da Constituição Federal, c/c art. 45 da Lei 8.443/1992 e art. 251 do Regimento Interno do Tribunal, relativamente ao Pregão Eletrônico 180/2016, adote, no prazo de quinze dias a partir da ciência da decisão, as medidas necessárias ao exato cumprimento da lei, no sentido de anular os atos posteriores à publicação do edital do certame, em razão das irregularidades contidas nos itens 9.1 e 13.1.3, subitens a.1, a.4 e a.7, do edital, uma vez que, ao frustrarem o caráter competitivo do certame, infringem o disposto no art. 2º do Regulamento de Licitações e Contratos do Sesc, consolidado pela Resolução 1252/2012-CN/Sesc (itens 16, 25, 31, 44 e 49 dessa instrução);

b.2) comprove junto ao Tribunal, no prazo de dez dias contados da ocorrência do ato, o cumprimento da determinação contida no subitem anterior;

c) informar ao Sesc/SP que, caso deseje dar continuidade ao certame, republique o edital do Pregão Eletrônico 180/2016, escoimado das irregularidades apontadas nos tópicos I, III, IV, VI e VII (itens 16, 25, 31, 44 e 49 dessa instrução);

d) encaminhar cópia da decisão que vier a ser adotada aos representantes legais das empresas Policard Systems e Serviços S.A. e Trivale Administração Ltda.;

e) autorizar o arquivamento dos autos, nos termos do art. 169, inciso V, do Regimento Interno do Tribunal.

Secex-RJ - DiLog, em 6/9/2016.

Wilson König
AUFC - Mat. 6525-0