

TC 014.994/2017-8

Tipo: Representação (com pedido de medida cautelar)

Unidade jurisdicionada: Departamento Regional do Senai no Estado do Rio Grande do Sul – SENAI/RS e Departamento Regional do Sesi no Estado do Rio Grande do Sul – SESI/RS

Representante: Trivale Administração Ltda. CNPJ 00.604.122/0001-97

Advogado: Wanderley Romano Donadel - OAB/MG 78.870

Proposta: mérito

INTRODUÇÃO

Cuidam os autos de representação (peça 1) a respeito de possíveis irregularidades ocorridas no Departamento Regional do Senai no Estado do Rio Grande do Sul – SENAI/RS e Departamento Regional do Sesi no Estado do Rio Grande do Sul – SESI/RS, relacionadas ao Pregão Presencial nº PP000232017DR cujo objeto é a "Contratação de empresa especializada para, na forma definida na legislação do Ministério de Trabalho e Emprego, que regulamenta o PAT - Programa de Alimentação do Trabalhador, **prestar os serviços de Gerenciamento, Distribuição, Implementação e Administração dos benefícios de vale alimentação e vale refeição aos empregados das Entidades que integram o SISTEMA FIERGS** em conformidade com os termos dos ANEXOS que integram o presente Edital" (peça 2, p.15).

2. Segundo a representante Trivale Administração Ltda., "... verificou-se a existência de cláusulas restritivas à participação de diversas empresas no certame, mormente no que tange aos documentos necessários para comprovação de aptidão técnica da licitante." (peça 1, p. 2).

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

3. Inicialmente, deve-se registrar 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.

4. Além disso, a representante Trivale Administração Ltda. possui legitimidade para representar ao Tribunal, consoante disposto no inciso VII do art. 237 do RI/TCU c/c o art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993.

5. Ainda, conforme dispõe o art. 103, § 1º, *in fine*, da Resolução – TCU 259/2014, verifica-se a existência do interesse público no trato da suposta irregularidade, pois as alegadas limitações temporal e de local específico dos atestados de capacidade técnica apontadas pela representante poderia, em tese, restringir o número de empresas que disputariam o certame.

6. 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.

EXAME TÉCNICO

7. Verifica-se que, para comprovação da qualificação técnica, o edital assim dispõe:

“7.5 Documentos relativos à QUALIFICAÇÃO TÉCNICA:

7.5.1 Comprovação através de **um ou mais atestados de capacitação técnica expedidos com data não inferior a 12 (doze) meses desta licitação**, por pessoas de direito público ou privado, demonstrando que tenha prestado serviços compatíveis com o (sic) licitados. Deverá, de forma isolada em cada atestado ou concomitante no mesmo atestado, comprovar que já cumpriu contratos com os seguintes itens::

a) (...);

b) (...);

c) **Atendimento a contrato envolvendo uma rede de estabelecimentos com no mínimo 30 municípios de um mesmo Estado.**”

8. Segundo a representante estaria sendo exigida comprovação de “aptidão técnica da empresa para desempenhar serviço similar e compatível ao licitado, com comprovação de execução anterior de serviço em local específico e com limitação temporal, ambas exigência ilegais.” Aduz que o § 5º do art. 30 da Lei 8666/93 é taxativo ao vedar que a Administração exija comprovação de aptidão técnica com indicação de local específico, ressaltando que não questiona a exigência de qualificação técnica ou de atestados mas sim a indicação de locais específicos, transcrevendo, em seguida o mencionado art. 5º (peça 1, p. 2-3):

“§ 5º É vedada a exigência de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta lei, que inibam a participação na licitação.”

9. Prossegue a empresa Trivale arguindo ser latente a afronta ao dispositivo legal ao estabelecer que os atestados para comprovação de aptidão técnica deverão comprovar o exercício anterior de atividade com determinada quantidade e restrição quanto à localidade de municípios abrangidos pela prestação de serviços, nos quais a licitante possui rede credenciada, e ainda se agrava ao determinar o lapso temporal que os atestados devem atender.

10. Aduz, ainda, a empresa representante (peça 1, p. 5):

“Ora, a licitante deverá comprovar que possui qualificação técnica para participar do certame. Não faz (sic) nenhum sentido exigir que haja a prova de qualificação limitando a atuação em locais específicos para atuar na área de abrangência do certame, tão pouco limitando o lapso temporal de os atestados devem abranger, ainda mais se tratando de rede de estabelecimentos credenciados! Não há lógica na exigência ora impugnada!

Ademais, o edital ao exigir tal comprovação, por via oblíqua, posto que os atestados deverão indicar os municípios abrangidos pela prestação de serviços, nos quais a licitante possui rede credenciada, configura, exigência de rede prévia, rechaçada pelos Tribunais pátrios, bem como pela legislação vigente.”

11. Menciona, ainda, o previsto no inciso XXI, art. 37 da Constituição Federal, bem como o art. 3º, § 1º, da Lei 8.666, que vedam exigências que comprometam o caráter competitivo da licitação. Tece considerações acerca das restrições impostas ao administrador público em face do princípio da legalidade. Menciona jurisprudência do TCU que veda exigência desarrazoadas em detrimento do princípio constitucional da isonomia (peça 1, p. 6-8).

12. A representante conclui a parte II – Do Direito, in verbis (peça 1, p. 8):

“Neste sentido, requer a modificação do Edital para execrar a exigência de apresentação de atestado com indicação dos municípios abrangidos por prestação de serviço anterior, delimitados ao lapso temporal de 12 (doze) meses anteriores ao certame, contida no item 7.5.1 alínea "c", posto que é ilegal, uma vez que a Lei 8.666/93 veda este tipo de exigência, bem como possui o condão de caracterizar exigência de rede prévia, rechaçada pelos Tribunais pátrios.”

13. Argui estarem presentes o *fumus boni iuris* em face da argumentação apresentada e também o *periculum in mora* tendo em vista que a abertura das propostas era prevista para o dia 05 de junho de 2017. De seu pedido consta a instauração de procedimento administrativo junto ao TCU, a

suspensão do certame, *inaudita altera pars* até que se analise o mérito da questão. Caso o certame já tenha acontecido, que se suspenda a homologação e assinatura do contrato, e caso já assinado, que seja suspensa sua execução até decisão de mérito. Continua pedindo seja ao final julgada procedente a presente Representação a fim de que seja modificado o Edital para extirpar as exigências ilegais. Caso o contrato já esteja sendo executado, que seja anulado, nos termos do art. 49 da Lei 8.666/93. Indica ao final o destinatário das intimações, fornecendo e-mail e endereço físico (peça 1, p. 8-11).

14. Procede-se, a seguir, à análise das questões trazidas na presente representação.

15. A sessão de abertura das propostas comerciais e recebimento dos documentos de habilitação se deu no dia 05 de junho (peça 8). Inicialmente cabe frisar que todas as propostas envolvem taxas de administração negativas, isto é, as empresas ofereceram descontos sobre os serviços que se propunham a prestar. Verifica-se que a empresa representante Trivale Administração Ltda. participou do processo licitatório, juntamente com a Sodexo Pass do Brasil Serviços e Comércio Ltda. e a Green Card S/A Refeições, Comércio e Serviços, ficando classificada em último lugar entre as 3 concorrentes (peça 9). A Trivale ofereceu em sua proposta comercial uma taxa de administração de -3,30%, ao passo que a licitante Sodexo inicialmente ofertou -4,34% e a Green Card -1,00%. A Trivale não ofereceu nenhuma redução de sua proposta, razão pela qual a planilha de lances informa que na 1ª rodada de lances a Trivale “parou” (peça. 8, p. 1). Por sua vez a Sodexo e a Green Card participaram de 38 rodadas, nas quais as taxas de administração foram sendo, paulatinamente, reduzidas até que na 38ª rodada, após a oferta de -5,21% por parte da Sodexo, a Green Card “parou”, sagrando-se, assim, vencedora a Sodexo Pass do Brasil Serviços e Comércio Ltda (peça 8, p. 6). Observe-se, ainda, que conforme consignado na Ata de peça 8, a Trivale abriu mão de ingressar com recurso.

16. Destaque-se que a Trivale não impugnou nenhum termo do Edital PP000232017DR, como era sua prerrogativa fazê-lo, caso entendesse haver alguma falha ou irregularidade nele, conforme item 12.1 do Edital:

12. DOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS

12.1 **Decairá do direito de impugnar os termos deste Edital**, a proponente que não o fizer até o segundo dia útil anterior à abertura dos envelopes, por falhas ou irregularidades que o viciariam. (grifamos)

17. Também não enviou nenhuma pergunta, à Comissão de Licitação, visando aclarar eventuais questões que porventura entendesse existir em relação ao Edital, conforme se verifica nos Avisos de Esclarecimento 01 e 02 (peças 6 e 7), nenhum deles referentes às supostas irregularidades ora tratadas.

18. Assim, não há nenhum registro de que alguma empresa tenha tido algum óbice em participar do Pregão Presencial 23/2017, incluindo a própria representante Trivale. Somente no dia seguinte à sua participação no certame, no qual como já dito, foi classificada em último lugar, é que a Trivale decidiu manifestar sua indignação com as exigências editalícias aqui consideradas, protocolando no TCU a presente representação (peça 1, p. 1).

19. Com relação à alegada ofensa ao § 5º do art. 30 da Lei nº 8.666/93, contida no *caput* do subitem 7.5.1 do Edital, verifica-se que a exigência de que a capacitação técnica inclua comprovação por meio de atestados expedidos com data não inferior a 12 (doze) meses da data da licitação, realmente, acha-se em desacordo com o mencionado ditame da Lei nº 8.666/93, uma vez que faz exigência com limitação temporal.

20. Da mesma forma, a exigência prevista na alínea “c” do subitem 7.5.1 também contraria o mencionado parágrafo da Lei das Licitações, pois requer que seja comprovado contrato envolvendo uma rede de estabelecimentos com no mínimo 30 municípios de um mesmo Estado, estabelecendo, assim, exigência com limitação de local específico.

21. Quanto à alegada exigência de a licitante ter de possuir rede credenciada prévia, não cabe razão à representante, tendo em vista que o Edital prevê o prazo de 15 dias, após a assinatura do contrato, para que a rede credenciada abranja os municípios onde há unidades do Senai e Sesi no Rio Grande do Sul, conforme previsto no subitem 2.6 do Anexo I – Termo de Referência (peça 2, p. 36):

2.6. A rede credenciada deverá ter cobertura em todo o território do Estado do Rio Grande do Sul e deverá possuir, na data de assinatura do Contrato, no mínimo a quantidade de estabelecimentos conveniados descritos no Anexo IV, sendo que **15 (Quinze) dias** após a data da assinatura do contrato, deverá possuir nos municípios ali descritos. (grifo do original)

22. Da mesma forma, o Anexo III – Declaração das Condições Comerciais exige da licitante a entrega de declaração na qual consta, dentre outros, o compromisso a seguir transcrito (peça 2, p. 39/40):

g) Que caso sejamos vencedores do certame, estaremos entregando num prazo de 15 (quinze) dias, o ANEXO IV devidamente preenchido, descrevendo por localidade a quantidade de estabelecimentos conveniados que operam com cartão magnético refeição e alimentação, no sentido de demonstrar que atendemos as quantidades mínimas previstas no ANEXO I.

23. Assim, ao prever um prazo para que o vencedor do certame apresente a rede credenciada, o Edital encontra respaldo na jurisprudência do TCU, conforme Acórdão 212/2014 – Plenário, da relatoria do Ministro Augusto Sherman:

9.3. dar ciência, ao Conselho Federal de Farmácia, de que:

[...]

9.3.2. o momento adequado para a exigência de comprovação de rede credenciada não é na fase de habilitação, como ocorreu no Pregão Presencial 14/2013, e sim na contratação, concedendo ao licitante vencedor prazo razoável para tanto, de forma a garantir uma boa prestação do serviço sem causar prejuízo à competitividade do certame, [...];

24. Nessa mesma linha, podem-se destacar os Acórdãos 1884/2010 – Min. Relator Benjamin Zymler; 307/2011 – Min. Relator Augusto Sherman; 2962/2012 – Min. Relator José Múcio Monteiro; 3400/2012 – Min. Relator Marcos Bemquerer; 686/2013 – Min. Relator Augusto Sherman e 1718/2013 – Min. Relator Augusto Sherman, todos Acórdãos do Plenário do TCU.

25. Cabe mencionar que a Sodexo é a atual empresa fornecedora de vales refeição para o Senai/RS e Sesi/RS, sendo que a taxa de administração vigente no contrato atual é de -2,50% para o benefício alimentação e -2,70% para o benefício refeição (peça. 6).

26. Em que pese a desconformidade legal das exigências mencionadas nos parágrafos 19 e 20 desta instrução, verifica-se que, no caso concreto, houve uma competição bastante acirrada entre os licitantes, que disputaram 38 rodadas de lances. Ao final, o Senai/RS e Sesi/RS obtiveram taxa de administração (-5,21%) que representou uma melhora superior a 100% frente aos percentuais obtidos na licitação anterior, cujo contrato acha-se vigente atualmente (-2,50% e -2,70%).

27. Merece destaque o benefício concreto advindo do resultado do presente certame: considerando-se a estimativa de R\$ 14.389.550,00 a ser gasto com vales refeição e alimentação no prazo contratual de um ano, o desconto de -5,21% representa que o desembolso efetivo será de R\$13.639.853,44, com uma **economia de R\$ 749.695,56 para os cofres do Senai/RS e Sesi/RS**, sem que os trabalhadores percam sequer um centavo, pois o valor de face do benefício que lhes será pago, por dia de trabalho, continuará sendo de R\$19,00.

28. Observe-se, ainda, que o resultado da licitação foi expressivamente superior ao lance mínimo inicial, que deveria ser obrigatoriamente inferior a -1% (um por cento negativo), conforme alínea “a” do item 11.4 do Edital (peça 2, p. 25). Segundo informação obtida em contato telefônico com o pregoeiro no dia 23/06, este percentual mínimo foi obtido por meio de uma pesquisa de

mercado, entre as principais empresas do ramo, realizada pelo Senai/RS e Sesi/RS, para balizar a licitação em questão.

29. Ademais, não há nenhuma evidência de que, na prática, alguma empresa tenha deixado de participar do certame em razão das limitações temporal e de localização específica dos atestados de capacidade técnica ora tratados. A própria representante não menciona em nenhum momento que estaria impedida de cumprir os requisitos de habilitação técnica, tanto assim que tomou parte do certame.

30. Por fim, deve-se considerar que uma eventual repetição da licitação ora tratada seria francamente contrária ao interesse público, visto que haveria um risco concreto de se obter proposta vencedora muito inferior à obtida no presente certame. Deve-se ter presente, ainda, o fato de já serem conhecidos os potenciais participantes de um futuro certame e os percentuais de desconto que estariam dispostos a ofertar, o que aumenta muito o risco de acertos prévios entre potenciais licitantes, risco que se coloca em tese, sem nenhuma intenção de prejulgamento ou de denegrir a imagem desta ou daquela empresa, mas, simplesmente, demonstrando que não se está alheio à preocupante realidade que, em muitas das vezes, cerca os procedimentos licitatórios pátrios.

31. Quanto às exigências temporal e de localização específica já analisadas nos parágrafos 19 e 20 desta instrução, será proposta, com vistas a suas futuras licitações, ciência ao Senai/RS e Sesi/RS de que a exigência de limitação em 12 meses dos atestados de capacitação técnica previstos no caput do subitem 7.5.1 do Edital do Pregão Presencial PP000232017DR, bem como a restrição a determinado Estado da comprovação de contrato anterior envolvendo uma rede de estabelecimentos, exigidos na alínea “c” do mencionado subitem 7.5.1, contrariam o previsto no § 5º do art. 30 da Lei nº 8.666/93.

32. Em que pese serem procedentes algumas das questões trazidas pela representante, como as relativas à desconformidade, com a Lei das Licitações, das exigências de capacidade técnica com limitações temporal e de localização específica, razões de interesse público conforme analisadas nos parágrafos 26 a 30, mostram-se francamente desfavoráveis à adoção de quaisquer medidas relativas ao processo licitatório Pregão Presencial PP000232017DR, sendo suficientes, para o deslinde das questões ora tratadas, a ciência às entidades conforme proposto no parágrafo 31 desta instrução, para observação em futuros certames do Senai/RS e Sesi/RS.

33. Quanto ao pedido de medida cautelar, *inaudita altera pars*, para suspensão da licitação, conforme solicitado pela representante, entende-se que não deve ser acolhido, por não estarem presentes os pressupostos de *fumus boni iuris*, nem do *periculum in mora*. Verifica-se, contudo, a ocorrência do *periculum in mora* reverso, como se explicitará na sequência desta instrução.

34. No tocante ao *fumus boni iuris* já foram tecidas as considerações relativas à pertinência de algumas questões trazidas pela representante relativas a exigências técnicas, ficando assente, contudo, não haverem representado prejuízo concreto à competitividade do certame, tendo na prática se estabelecido uma forte competição entre licitantes, que permitiu a obtenção de proposta bastante vantajosa. Desse modo, é do interesse público a continuidade, em seu curso normal, do procedimento licitatório em análise, sendo suficiente a ciência que será proposta ao Senai/RS e Sesi/RS para observância em futuras licitações.

35. Assim, tampouco há de se falar na existência de *periculum in mora*, **mas sim no risco concreto do *periculum in mora* reverso**. Conforme contatos telefônicos com o pregoeiro no dia 23/06 e com a procuradora do Sesi/RS na data de hoje, o Pregão Presencial PP000232017DR ainda não foi homologado. Por sua vez, o contrato vigente atualmente com a empresa Sodexo Pass do Brasil Serviços e Comércio Ltda. expira em setembro do presente ano, fazendo com que quaisquer interrupções no andamento normal da nova contratação envolvam um elevado risco de um número superior a 2.600 empregados ficarem, em breve, sem vales refeição ou alimentação, ocorrência que dispensa maiores comentários quanto à gravidade da situação fática e jurídico-trabalhista envolvida.

36. Assim, a presente instrução já está em condições de levar as propostas de encaminhamento, no mérito, ao Relator, sem a necessidade de oitiva prévia das entidades promotoras da licitação ora em análise.

CONCLUSÃO

37. O documento constante da peça 1 deve ser conhecido como representação, por preencher os requisitos previstos nos arts. 235 e 237, inciso VII, do Regimento Interno/TCU, c/c o art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993 e no art. 103, § 1º, da Resolução – TCU 259/2014 (parágrafos 3 a 6 desta instrução técnica).

38. No que tange ao requerimento de medida cautelar, *inaudita altera pars*, entende-se que este não deve ser acolhido, por não estarem presentes nos autos os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. Verifica-se, contudo, a ocorrência do *periculum in mora* reverso (parágrafos 33 a 35 desta instrução técnica).

39. Diante dos fatos apurados, concluiu-se pela procedência, em parte, da presente representação, sem, contudo, proceder-se a quaisquer medidas relativas à licitação em questão, haja vista razões de interesse público pugnam pela sua continuidade, sendo suficiente, para o deslinde das questões ora tratadas, a ciência a ser proposta às entidades promotoras do certame, para observação em futuros processos licitatórios do Senai/RS e Sesi/RS (parágrafos 26 a 32 desta instrução técnica).

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

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

a) conhecer da presente representação, satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 235 e 237, inciso VII, do Regimento Interno/TCU, c/c o art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993 e no art. 103, § 1º, da Resolução – TCU 259/2014, para, no mérito, considerá-la parcialmente procedente;

b) indeferir o requerimento de medida cautelar, *inaudita altera pars*, formulado pela Trivale Administração Ltda., tendo em vista a inexistência dos pressupostos necessários para adoção da referida medida;

c) dar ciência ao Departamento Regional do Senai no Estado do Rio Grande do Sul – SENAI/RS e ao Departamento Regional do Sesi no Estado do Rio Grande do Sul – SESI/RS de que a exigência de limitação em 12 meses dos atestados de capacitação técnica previstos no caput do subitem 7.5.1 do Edital do Pregão Presencial PP000232017DR, bem como a restrição a determinado Estado da comprovação de contrato anterior envolvendo uma rede de estabelecimentos, exigidos na alínea “c” do mencionado subitem 7.5.1, contrariam o previsto no § 5º do art. 30 da Lei nº 8.666/93;

d) comunicar ao Departamento Regional do Senai no Estado do Rio Grande do Sul – SENAI/RS e ao Departamento Regional do Sesi no Estado do Rio Grande do Sul – SESI/RS, bem como ao representante, a decisão que vier a ser adotada nestes autos;

e) arquivar os presentes autos.

Secex/SC – Florianópolis, 27 de junho de 2017

(Assinado eletronicamente)

OSMAR JACOBSEN FILHO

AUFC– Mat. 2867-3