



TRIBUNAL DE CONTAS DO
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Conferência em www.tce.es.gov.br
Identificador: 4B8DC-87154-6A4EE



Peça Complementar 18065/2020-6

Processo: 02104/2020-6

Classificação: Licitação de Serviços Gerais

Descrição complementar: DECISÃO SOBRE A IMPUGNAÇÃO DA EMPRESA TRIVALE

Criação: 27/07/2020 17:45

Origem: CPP - Comissão de Pregão



**TRIBUNAL DE CONTAS DO
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

Comissão de Pregão – CPP

ANÁLISE DE IMPUGNAÇÃO DE EDITAL

PROCESSO TC Nº: 2104/2020

PREGÃO ELETRÔNICO Nº: 01/2020

OBJETO: Fornecimento e gerenciamento de auxílio-alimentação, por meio de cartão eletrônico/magnético com chip

IMPUGNANTE: Trivale Administração Ltda.

CNPJ: 00.604.122/0001-97

SIGNATÁRIO: Vitor Flores de Deus

1 - DOS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE:

A impugnação ao edital foi apresentada de forma tempestiva pela empresa TRIVALE ADMINISTRAÇÃO LTDA, por meio de mensagem eletrônica recebida no e-mail da Equipe de Pregão no dia 23/07/2020 às 16:26. Destacamos que a empresa formulou a impugnação com antecedência de até 03 (três) dias úteis anteriores à data fixada para abertura da sessão pública, agendada para o dia 29/07/2020.

A impugnação ao edital foi dirigida ao Pregoeiro, contemplando indicação dos números do Pregão Eletrônico e do Processo Administrativo, com respectiva exposição de fatos, seus fundamentos e formulação do pedido de retificação do instrumento convocatório.

A impugnação ao edital foi formulada pela empresa em epígrafe, assinada pelo Sr. Vitor Flores de Deus. A peça de impugnação contém endereço, endereço eletrônico e telefone da empresa. Em conjunto com a impugnação, é apresentada procuração que comprova que o seu signatário tem aptidão para representar a impugnante.



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



Rua José de Alexandre Buaz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913



Diante do exposto, verifica-se que a impugnante preencheu os requisitos de admissibilidade estabelecidos no item III – 6 do instrumento convocatório do Pregão Eletrônico nº 01/2020.

2 - DAS RAZÕES DA IMPUGNAÇÃO E DO PEDIDO

Em síntese, a referida sociedade empresarial questiona o item 5.4.3 do Termo de Referência, que disporia no sentido de a apresentação da rede credenciada ser obrigatória para assinatura do contrato, sem que houvesse tempo hábil para que a vencedora credenciasse sua rede.

Abaixo, transcrevemos trecho da peça impugnativa que bem retrata sua discordância:

5. O Edital em comento traz, em seu item 5.4.3 do Termo de Referência, a seguintes exigência contra qual é levantada a presente impugnação:

5.4.3 - A apresentação da rede credenciada será **obrigatória apresentação para assinatura** do Contrato;

6. Tal exigência, revela a necessidade de comprovação da rede de estabelecimentos credenciados, **sem concessão de prazo razoável, devendo ser apresentada no momento da assinatura do contrato**, o que evidencia medida danosa aos objetivos fulcrais dos procedimentos licitatórios públicos, dado que possui o condão de limitar a participação de interessados que executariam com perfeição o objeto licitado.

7. E a razão é simples: da forma como consta no Edital convocatório, a comprovação de estabelecimentos credenciados na assinatura do contrato, impede a participação de diversas licitantes que ainda não atuam na região onde será prestado o serviço licitado.

8. Por óbvio, tais exigências, não podem ser cumpridas por aquela empresa que não atua nas localidades ali dispostas, ficando clara a exigência de rede prévia de profissionais credenciados.

Ao final, requer a readequação do item 5.4.3, para conceder prazo hábil de no mínimo 30 (trinta) dias úteis para apresentação da rede genérica de estabelecimentos credenciados, após a assinatura do contrato, no intuito de reestabelecer a competitividade, no seu entender, prejudicada.





3 - DA ANÁLISE DO MÉRITO E DA FUNDAMENTAÇÃO

Primeiramente, é preciso observar que a empresa impugnante colaciona diversos julgados que retratariam o seu ponto de vista, como os Acórdãos nº 307/2011 e 3156/2010, ambos do Plenário do Tribunal de Contas da União. Cabe-nos, no entanto, distinguir entre tais julgados e o caso concreto que se nos apresenta. Em toda essa jurisprudência citada, a exigência da rede credenciada se dá para efeito de habilitação. De modo diverso é o edital impugnado, que não faz tal exigência para fins de habilitação, mas somente para efeitos de assinatura do contrato, recaindo a exigência apenas ao vencedor do certame.

Em segundo lugar, deve-se destacar que o pleito da empresa impugnante, no sentido de que seja concedido prazo para o credenciamento da rede após a assinatura do contrato, não merece prosperar. **Isso porque não se pode exigir da Administração Pública o ônus de proceder à assinatura do contrato sem ter a certeza de que a contratada atende às exigências do edital e seus anexos. Isso seria colocar a Administração Pública contratante em uma situação de risco, o que revela incompatibilidade com o interesse público.**

Trata-se, assim, de uma opção discricionária. Para Celso Antônio Bandeira de Mello¹, atos discricionários “seriam os que a Administração pratica com certa margem de liberdade de avaliação ou decisão segundo critérios de conveniência e oportunidade formulados por ela mesma, ainda que adstrita à lei reguladora da expedição deles”.

No intuito de exigir uma rede de estabelecimentos comerciais **razoável** e **proporcional** em relação à demanda desta Corte de Contas, o instrumento convocatório contemplou os municípios onde residem nossos colaboradores, que engloba menos do que **10%** dos municípios capixabas.

¹ Curso de Direito Administrativo – 34 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 438.





**TRIBUNAL DE CONTAS DO
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

Comissão de Pregão – CPP

Apresentamos na tabela abaixo a distribuição da residência dos servidores/membros do TCEES nos municípios onde foi exigida rede de estabelecimentos comerciais.

Município	Nº de servidores/membros
Vitória	292
Vila Velha	155
Cariacica	07
Guarapari	06
Serra	25

O total de 485 servidores/membros constantes nesta tabela, corresponde a **96,23%** do universo de servidores/membros que utilizarão o cartão de auxílio-alimentação.

Desta forma, comprova-se que o TCEES só exigiu a rede de estabelecimentos comerciais conveniados nos municípios onde residem a maioria expressiva dos servidores/membros.

Abaixo apresentamos a relação de estabelecimentos comerciais em que os servidores/membros do TCEES realizaram gastos com cartão de auxílio-alimentação nos últimos 12 meses.

Município	Estabelecimentos
Vitória	336
Vila Velha	163
Cariacica	50
Guarapari	31
Serra	180

Fonte: UP Brasil Administração e Serviços Ltda., atual contratada.

No último ano os servidores/membros do TCEES utilizaram o cartão de auxílio-alimentação em 760 estabelecimentos comerciais situados no Espírito Santo. Se compararmos este quantitativo com a exigência do edital, que perfaz o montante mínimo de 190, inferimos que o instrumento convocatório solicitou rede credenciada que corresponde a **25%** do total de estabelecimentos utilizados pelos usuários nos últimos 12 meses.



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



Rua José de Alexandre Buaz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913



**TRIBUNAL DE CONTAS DO
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

Comissão de Pregão – CPP

Importante ressaltar que, comparando a fixação mínima da rede de estabelecimentos comerciais com o edital de Pregão Presencial nº 08/2015, onde contratamos o mesmo objeto, não houve inovação. Assim, o quantitativo mínimo estipulado é o que atende às necessidades deste órgão, sem prejudicar a ampla competitividade, que é um dos nortes de todo procedimento licitatório.

Para reforçar nosso posicionamento, apresentamos as exigências de outros contratos celebrados por órgãos públicos no Estado do Espírito Santo em relação às exigências do edital do Pregão Eletrônico nº 01/2020. Ressaltamos que o TCEES está requerendo uma rede mínima de **190 estabelecimentos credenciados**, que abrange **Vitória/Vila Velha** (50 estabelecimentos, com no mínimo de 04 redes de supermercados, respectivamente) e **Cariacica/Guarapari/Serra** (30 estabelecimentos, com no mínimo de 03 redes de supermercados, respectivamente). O prazo concedido para a comprovação de rede mínima de estabelecimento credenciados é de 10 dias úteis para fins assinatura do contrato administrativo.

ÓRGÃO	CONTRATO	REDE DE ESTABELECIMENTOS	PRAZO DE COMPROVAÇÃO
MPES - Servidores ²	028/2019	No mínimo 1.000 estabelecimentos credenciados	A licitante vencedora deverá apresentar listagem dos seus estabelecimentos comerciais conveniados em até 30 dias após a assinatura do contrato
MPES - Membros	071/2019	No mínimo 1.000 estabelecimentos credenciados em todos os municípios, com pelo menos 2 redes de supermercados em cada município	A licitante vencedora deverá apresentar listagem dos seus estabelecimentos comerciais conveniados em até 30 dias após a assinatura do contrato.
ALES ³	009/2017	Mínimo de 1.000 estabelecimentos credenciados , sendo 350 estabelecimentos para cartão refeição e	A contratada deverá apresentar até 15 dias após a assinatura do

² Disponível em:

https://www.mpes.mp.br/transparencia/informacoes/Licitacoes_Contratos_e_Convenios/Contratos.asp

³ Disponível em: <https://www.al.es.gov.br/Transparencia>



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



Rua José de Alexandre Buaz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913



**TRIBUNAL DE CONTAS DO
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

Comissão de Pregão – CPP

		650 para cartão alimentação	contrato uma listagem contendo os estabelecimentos comerciais conveniados.
BANDES ⁴	006/2016	1.900 estabelecimentos conveniados no estado do ES, sendo no mínimo 1.100 estabelecimentos na Região Metropolitana. Supermercados: Vitória e Vila Velha: 04 redes credenciadas; Supermercados: Cariacica, Serra e Guarapari: 03 redes credenciadas em cada município.	A comprovação de rede estabelecimentos conveniados será exigida após a homologação do certame, sendo condição imprescindível para a assinatura do contrato.
CÂMARA MUNICIPAL DE VITÓRIA ⁵	016/2018	Quantidade mínima de 350 estabelecimentos credenciados em Vitória, Viana, Cariacica, Serra e Vila Velha. Quantidade mínima de 250 estabelecimentos credenciados em Vitória.	Caso seja vencedora, deverá apresentar listagem nominal dos estabelecimentos credenciados no prazo máximo de até 05 dias úteis da publicação do resultado do certame.

De tudo isso, consubstanciado na quantidade mínima de estabelecimentos comerciais exigidos pelo edital, assim como a cobertura em apenas cinco cidades capixabas, consideramos as previsões do instrumento convocatório **proporcionais** e **razoáveis** em relação à realidade de contratações públicas promovidas no Estado do Espírito Santo.

Após a exposição do quadro acima, assim como a apresentação de considerações que demonstram que a opção realizada pela Administração licitante é razoável, resta patente que o prazo dado para a comprovação do credenciamento da rede encontra-se adstrito à sua esfera de discricionariedade. Nesse sentido, leciona Marçal Justen Filho⁶:

Reservou-se à Administração a liberdade de escolha do momento de realização da licitação, do seu objeto, da especificação de condições de execução, das condições

⁴ Disponível em: <https://www.bandes.com.br/Site/Dinamico/Show/482/Licitacoes-e-contratos>

⁵ Disponível em:

<http://www.cmv.es.gov.br/transparencia/contrato?fktipo=&contrato=016%2F2018&ano=&fkentidade=&fkmodalidade=&fksituacao=&data1=&data2=&fkcategoria=&search=>

⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 16. ed. São Paulo: Dialética, 2014. p. 84 e 710.



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



Rua José de Alexandre Buaz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913



**TRIBUNAL DE CONTAS DO
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

Comissão de Pregão – CPP

de pagamento etc. Essa competência discricionária exercita-se no momento preparatório e inicial da licitação.

O mesmo autor, ao proceder a comentários em relação ao art. 40, inciso II, dispositivo esse que trata dos prazos e condições para assinatura do contrato, assim se manifesta:

A Lei faculta à Administração fixar prazos para a prática de certos atos (formalização da contratação e execução do contrato), cujo descumprimento acarretará determinadas consequências. A definição dos prazos far-se-á no corpo do edital.

(...)

O edital deverá estabelecer, também, condições para formalização da contratação e execução da prestação. Trata-se de encargos ou deveres que a Lei autoriza serem exigidos pela Administração Pública. Assim, por exemplo, a prestação de caução a que alude o art. 56. Em todo o caso, não se admitem condições não autorizadas por lei.

Ainda no intuito de demonstrar a legitimidade da exigência formulada no instrumento convocatório, apuramos que algumas empresas que atuam no segmento de gerenciamento de cartão-alimentação apresentam os seguintes quantitativos de estabelecimentos credenciados no Estado do Espírito Santo:

MUNICÍPIO	POPULAÇÃO 2019	SODEXO Rede credenciada	LECARD Rede credenciada
VILA VELHA	493.838	1020	283
VITÓRIA	362.097	1131	412
SERRA	517.510	438	483
CARIACICA	381.285	703	105
GUARAPARI	124.859	78	55

Observação: consulta realizadas nos portais da internet das empresas.

Para o correto entendimento da questão é imprescindível argumentar que existe legitimidade por parte do TCEES diante do poder discricionário a ele concedido pela Constituição Federal, Constituição Estadual, Leis e demais normas, de estabelecer os requisitos de execução de serviços conforme sua realidade.



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



Rua José de Alexandre Buaz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913



O renomado autor Marçal Justen Filho⁷, leciona sobre proporcionalidade e discricionariedade em sua clássica doutrina, apresentando de maneira muito coerente os trechos abaixo:

O princípio da proporcionalidade apresenta tanto maior relevância quanto maior a liberdade do intérprete-aplicador do Direito. Assim se passa porque a liberdade na atividade de aplicação do Direito significa atribuição de poder jurídico para escolher a solução mais correta e adequada, em face das circunstâncias. **Nesses casos, a atividade do intérprete-aplicador será imediatamente informada pelo princípio da proporcionalidade porque o ordenamento jurídico não admite que o exercício do poder decisório seja incompatível com o atingimento, do modo mais racional, da finalidade protegida. A autonomia assegurada pela competência discricionária é um meio para garantir a produção mais satisfatória de um resultado prestigiado pelo ordenamento. (g.n.)**

(...)

A solução do caso concreto sempre envolve interpretação da norma abstrata e individualização de seus efeitos para a situação real. Essa operação terá de ser norteada pelo princípio da proporcionalidade. É que nenhuma lei exaure integralmente a liberdade do intérprete-aplicador, o que deriva da própria textura aberta da linguagem.

(...)

A atribuição de competência discricionária seria inviável transformar o procedimento licitatório numa atividade integralmente vinculada à lei. Isso acarretaria a necessidade de uma lei disciplinando cada licitação. A estrita e absoluta legalidade tornaria inviável o aperfeiçoamento da contratação administrativa. Uma vinculação assim ampla e exaustiva seria tão prejudicial e indesejável quanto a total liberação do administrador para formalizar o contrato que melhor lhe aprouvesse.

Então, a lei estabelece os limites gerais a serem observados pela Administração, atribuindo-lhe competência para exercitar escolhas dentro desses parâmetros predeterminados. A lei atribui competência para a Administração definir as condições da contratação administrativa. Por outro lado, a lei determina que a discricionariedade da Administração deverá ser progressivamente exaurida. (g.n.)

O eminente Procurador do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União, Dr. Lucas Rocha Furtado⁸, apresenta em sua doutrina a conceituação de discricionariedade administrativa e seus pressupostos:

⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 16. ed. São Paulo: Dialética, 2014. p. 83-84.

⁸ FURTADO, Lucas Rocha. Curso de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 564.





TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Comissão de Pregão – CPP

A discricionariedade administrativa pode ser apresentada como a liberdade conferida pela lei ao administrador público para a adoção da melhor solução para o caso concreto, com vista à realização das finalidades legais, em razão do juízo de conveniência e de oportunidade da Administração Pública.

(...)

O exercício da discricionariedade pressupõe que:

- Lei haja conferido liberdade ao administrador para a definição do conteúdo do ato;
- A liberdade seja exercida nos limites da lei;
- O administrador se utilize da liberdade legal com o propósito de melhor realizar as finalidades legais que justificaram a outorga da competência para o exercício da atividade;
- **A definição da solução mais adequada decorre do juízo de conveniência do administrador público. (g.n.)**

No âmbito jurisprudencial o TRF da 1ª Região⁹ já decidiu:

A definição do objeto de uma licitação promovida pelo Poder Público decorre do exercício de poder discricionário, pautando-se pela conveniência e oportunidade administrativas, não se sujeitando a controle judicial.

Quanto ao entendimento do princípio da razoabilidade, o Dr. Lucas Rocha Furtado¹⁰ nos ensina:

O princípio da razoabilidade constitui o principal instrumento para o exercício do controle da legitimidade da atuação administrativa discricionária. É certo que nem sempre será fácil separar o juízo de conveniência ou de oportunidade do administrador da noção de conduta razoável.

(...)

A verdadeira função do princípio da razoabilidade no controle da discricionariedade administrativa é evitar soluções absurdas. Se, a partir do exame do caso concreto, a aplicação da norma resultar absurda, por mais subjetivo que se possa considerar esse processo, o princípio da razoabilidade deve entrar em ação e afastar referida solução por ser contrária ao Direito.

9 TRF/1ª Região. 3ª Turma. MAS nº 01457224/MG. Processo nº 1996.01.45722-4. DJ 22 out. 2001. p. 783.

¹⁰ FURTADO, Lucas Rocha. Curso de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p.922-923.



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



Rua José de Alexandre Buaz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913



**TRIBUNAL DE CONTAS DO
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

Comissão de Pregão – CPP

Do exposto, reforçamos as considerações da instrução processual, em especial a prevista no item 5.4.3 do Termo de Referência, que exige a apresentação da rede credenciada para fins de assinatura do contrato administrativo, assim como o item XII-4 do edital, que fixa o prazo de 10 (dez) dias úteis após a homologação do certame para convocação do adjudicatário assinar o contrato administrativo.

Percebe-se que o Termo de Referência exigiu a apresentação de rede credenciada apenas da empresa vencedora e após a homologação do certame, o que confere maior amplitude de participação e isonomia entre os licitantes.

Desta forma entendendo que o TCEES pretende contratar empresa idônea e que possui capacidade técnica e operacional para a perfeita execução do objeto.

4 - CONCLUSÃO

Diante do exposto, CONHEÇO da impugnação, mas no mérito INDEFIRO o requerimento formulado, em razão dos argumentos lançados nesta manifestação, mantendo-se as regras dispostas em Edital e a data da sessão pública de disputa.

Vitória, 27 de julho de 2020.

GUILHERME NUNES - Pregoeiro Oficial

Assinado eletronicamente - Instrução Normativa TC nº 35/2015



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



Rua José de Alexandre Buaiz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913