

ACÓRDÃO Nº 093905/2023-PLEN

1 PROCESSO: 243552-0/2023

2 NATUREZA: REPRESENTAÇÃO

3 INTERESSADO: BPF PRIME BANK INSTITUIÇÃO DE PAGAMENTOS LTDA

4 UNIDADE: AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

5 RELATOR: DOMINGOS INÁCIO BRAZÃO

6 REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO: HENRIQUE CUNHA DE LIMA

7 ÓRGÃO DECISÓRIO: PLENÁRIO

8 ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos estes autos de **REPRESENTAÇÃO**, **ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, em sessão do **PLENÁRIO**, por unanimidade, por **CONHECIMENTO** com **DEFERIMENTO** e **COMUNICAÇÃO**, nos exatos termos do voto do Relator.

9 ATA Nº: 32

10 QUÓRUM:

Conselheiros presentes: Rodrigo Melo do Nascimento, José Maurício de Lima Nolasco, Marianna Montebello Willeman, Domingos Inácio Brazão e Marcio Henrique Cruz Pacheco

Conselheiros-Substitutos presentes: Marcelo Verdini Maia e Christiano Lacerda Ghuerren

11 DATA DA SESSÃO: 20 de Setembro de 2023

Domingos Inácio Brazão

Relator

Rodrigo Melo do Nascimento

Presidente

Fui presente,

Henrique Cunha de Lima

Procurador-Geral de Contas

Processo: 243552-0/23
Origem: AGENERSA – AG REG ENERGIA SANEAMENTO
Setor:
Natureza: REPRESENTAÇÃO
Interessado: BPF PRIME BANK INSTITUIÇÃO DE PAGAMENTOS LTDA
Observação: EM FACE DO PREGÃO ELETRÔNICO 02/23, PROMOVIDO PELA AGENERSA

VOTO

REPRESENTAÇÃO ACERCA DE POSSÍVEIS IRREGULARIDADES CONTIDAS NO EDITAL DE LICITAÇÃO - PREGÃO ELETRÔNICO Nº 02/2023 ELABORADO PELA AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - AGENERSA, TENDO POR OBJETO A CONTRATAÇÃO DE SERVIÇO DE FORNECIMENTO DE VALE-REFEIÇÃO E ALIMENTAÇÃO NA MODALIDADE ELETRÔNICA, ATRAVÉS DE CARTÃO MAGNÉTICO COM CHIP, COM POSSIBILIDADE DE CARGA E RECARGA DE VALOR DE FACE, NA MODALIDADE ON-LINE, NO VALOR ESTIMADO DE R\$ 7.273.552,00 (SETE MILHÕES, DUZENTOS E SETENTA E TRÊS MIL, QUINHENTOS E CINQUENTA E DOIS REAIS).

DEFERIMENTO DA TUTELA PROVISÓRIA. CONHECIMENTO DA REPRESENTAÇÃO. COMUNICAÇÃO AO ATUAL CONSELHEIRO-PRESIDENTE DA AGENERSA. COMUNICAÇÃO AO REPRESENTANTE.

Trata-se de **Representação, com pedido de tutela provisória**, formulada pela BPF INSTITUIÇÃO DE PAGAMENTOS LTDA, em face de possíveis irregularidades contidas no Edital de Licitação - Pregão Eletrônico nº 02/2023 elaborado pela AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - AGENERSA, tendo por objeto a contratação de serviço de fornecimento de Vale-Refeição e Alimentação na modalidade eletrônica, através de cartão magnético com chip, com possibilidade de carga e recarga de valor de face, na modalidade on-line, no valor estimado de R\$ 7.273.552,00 (sete milhões, duzentos e setenta e três mil, quinhentos e cinquenta e dois reais).

O Representante alega que o Edital de Licitação - Pregão Eletrônico nº 02/2023 contém severas deficiências técnicas que irão comprometer o resultado pretendido, destacando as seguintes irregularidades:

I - Exigência editalícia que restringe a competitividade do certame, qual seja: a quantidade mínima de 1.500 (mil e quinhentos) estabelecimentos conveniados no estado do Rio de Janeiro, quantidade considerada excessiva pelo representante em relação ao número de usuários (subitem 6.1 e seguintes do Termo de Referência);

II – O curto prazo de 5 (cinco) dias úteis para comprovação do credenciamento dos 1.500 (mil e quinhentos) estabelecimentos (subitem 6.9 do Termo de Referência).

Neste contexto, requer:

Seja deferida a Medida Liminar, *inaudita altera pars*, para a imediata **SUSPENSÃO** do referido Processo Licitatório, até que seja devidamente analisado e readequado a fim de que se cumpra a sua finalidade como emana a lei.

Inobstante, após o recebimento da presente **REPRESENTAÇÃO** com a Suspensão do Processo, no mérito requer sejam realizadas as seguintes alterações:

- **Exclusão da exigência de quantidade mínima de estabelecimentos conveniados**, acima do proporcional e razoável à quantidade de beneficiários;
- **Alteração do prazo fixado no subitem 6.9 do Termo de Referência, para que passe a constar o prazo de no mínimo 90 (noventa) dias para a comprovação da relação de estabelecimentos credenciados, ao invés de 05 (cinco).**

Na Decisão Monocrática proferida em 04/08/2023 determinei as seguintes providências:

I - DETERMINAÇÃO à Subsecretaria das Sessões - SSE, com fundamento no art. 149, §§ 1º e 7º do Regimento Interno, para que providencie, preferencialmente por meio eletrônico, a oitiva do atual Conselheiro-Presidente da AGENERSA - AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, franqueando-lhe o prazo de **03 (três) dias úteis** para se manifestar quanto às supostas irregularidades suscitadas pelo Representante, devendo, ainda, apresentar informações atualizadas sobre o andamento do certame;

II - ENCAMINHAMENTO À SECRETARIA-GERAL DE CONTROLE EXTERNO deste Tribunal, com vistas à sua distribuição à Coordenadoria competente, para que, findo o prazo, com ou sem manifestação do Jurisdicionado, analise a presente Representação, quanto aos requisitos de admissibilidade e critérios, previstos nos artigos 109 e 111 do Regimento Interno e, se presentes, quanto ao mérito, com posterior remessa ao Ministério Público de Contas, nos termos do art. 151, do Regimento Interno do TCE-RJ;

III – COMUNICAÇÃO ao Representante, fornecendo-lhe ciência do Inteiro Teor desta decisão, nos moldes do art. 15, inciso I c/c art. 110 do Regimento Interno.

Entendi prudente, antes de apreciar o mérito do pedido cautelar vindicado, a oitiva prévia do jurisdicionado acerca dos fatos representados, ocasião em que o Sr. Rafael Carvalho de Menezes, Conselheiro-Presidente da

AGENERSA, enviou a esta Corte seus esclarecimentos por intermédio do Doc. TCE/RJ nº 17582-1/2023 - arquivo eletrônico #4063339 - Peça 16 de 09/08/2023.

Após análise dos autos, o Corpo Instrutivo assim se manifesta (Peça 18):

I – A PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO DO PEDIDO DE TUTELA PROVISÓRIA, uma vez que o certame se encontra com status “suspense”;

II – O CONHECIMENTO e SOBRESTAMENTO da análise de mérito da Representação;

III – A COMUNICAÇÃO ao atual Conselheiro-Presidente da AGENERSA - AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, nos termos do artigo 15, I, do Regimento Interno deste Tribunal, para que tome ciência da decisão, bem como, em prazo a ser definido pelo plenário, se manifeste, com os necessários elementos probatórios, quanto ao aspecto impugnado pela Representante no que se refere à questionada ausência de razoabilidade/proporcionalidade do quantitativo mínimo fixado no edital (subitem 6.1 e seguintes do Termo de Referência);

IV – A EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO ao representante, para que tome ciência da decisão.

O Ministério Público de Contas manifestou-se em acordo com o Corpo Instrutivo.

É O RELATÓRIO.

De início, cumpre salientar que o feito ostenta os requisitos de admissibilidade previstos nos artigos 108 e 109 do Regimento Interno desta Corte de Contas, a seguir reproduzidos, merecendo ser **conhecida** a Representação.

Art. 108. São legitimados para apresentar representação junto ao Tribunal:

I - o Ministério Público da União, dos Estados e do Distrito Federal e o Ministério Público de Contas;



II - os Senadores da República, Deputados Federais, Estaduais e Distritais, Vereadores, Juízes e outras autoridades que comuniquem a ocorrência de irregularidades de que tenham conhecimento em virtude do cargo que ocupem;

III - o Tribunal de Contas da União, os Tribunais de Contas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e as Câmaras Municipais.

IV - os responsáveis por órgãos de Controle Interno quanto a irregularidades de que tenham conhecimento em virtude do cargo que ocupem;

V - o Secretário-Geral de Controle Externo e os Subsecretários, quanto a irregularidades verificadas em decorrência de fiscalizações e auditorias;

VI - qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica quanto a irregularidades na aplicação da legislação pertinente a licitações e contratos administrativos, desde que demonstrado o interesse processual;

VII - outros órgãos, entidades ou pessoas que detenham essa prerrogativa por força de lei específica.

Art. 109. São requisitos de admissibilidade da representação:

I - ser proposta por um dos legitimados previstos no art. 108;

II - referir-se a matéria de competência do Tribunal;

III - referir-se a órgão ou entidade sujeito à sua jurisdição;

IV - ser redigida em linguagem clara e objetiva;

V - conter informações sobre o fato, as circunstâncias e os elementos de convicção;

VI - estar acompanhada de prova ou suficiente indício concernente à ilegalidade ou irregularidade;

Parágrafo único. Não será admitida representação que verse sobre interesse exclusivo do particular.

Ademais, a análise realizada nas razões de pedir expostas pelo representante aponta que as falhas presentes no instrumento convocatório possuem o potencial de restringir o caráter competitivo do certame, bem como frustrar a obtenção de proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública.

Nesse contexto, constato a existência do requisito *fumus boni iuris* e, haja vista o certame em curso, também considero presente o requisito do *periculum in mora*, demandando ação de controle tempestiva desta Corte de Contas.

Ocorre que a instância técnica deste Tribunal, em sua análise, alegou que o certame licitatório se encontrava suspenso em consulta no Portal de Compras do Estado. Pude confirmar tal *status* em consulta ao Sistema Integrado de Gestão de Aquisições.

Em consulta ao Processo SEI - 220007/003415/2022, Doc. 58386474, de 24/08/2023, referente ao procedimento licitatório em análise, constato que o objeto fora licitado, sagrando-se vencedora a sociedade empresária GREEN CARD S/A REFEIÇÕES COMERCIO E SERVIÇOS. Entretanto, na fase de análise da documentação da habilitação da empresa, a AGENERSA/AUDI se manifestou, destacando que *“não identificou nos Documentos de Habilitação a demonstração da aptidão técnico-operacional para o desempenho de atividade pertinente e compatível em características e quantidades com o objeto do Termo de Referência, tendo em vista que poderia ser demonstrada pela execução pretérita de, no mínimo, 50% (cinquenta inteiros por cento) do quantitativo relativo às redes credenciadas para cartão alimentação e refeição, separadamente, conforme observado no item 12.5.2 do Edital de Licitação”* e ressaltando que *“de acordo com o item 6.2 do Termo de Referência (53117856), a apresentação da listagem da rede credenciada, em conformidade com o subitem 6.1 deverá ocorrer após a homologação do resultado da licitação, antes da assinatura do respectivo contrato, no prazo máximo de 10 dias corridos, improrrogáveis”* (doc. SEI 58067365).

Foi remetido o administrativo à Procuradoria da AGENERSA para esclarecimentos acerca da interpretação para aplicação do item 12.5.2 do Edital,

considerando a manifestação da Auditoria e, então, recomendada diligência junto ao licitante “*antes de qualquer avaliação de ordem técnica ou jurídica relacionada ao eventual não cumprimento de requisito de qualificação técnica*”.

Conclui-se, então, estar suspenso o certame para realização das diligências supracitadas.

De todo modo, ainda que o processo licitatório já se encontre em suspensão, esta se deu devido à manifestação da Auditoria, não guardando relação com o processo em curso nesta Corte de Contas.

Considerando que o jurisdicionado pode prosseguir com o certame, caso seus esclarecimentos quanto ao cumprimento do requisito fixado no item 12.5.2 do Edital sejam aceitos, entendo prudente **deferir o pedido de tutela** pleiteado.

Pelo exposto, constatada a presença dos requisitos necessários à concessão de tutela provisória, considero cabível, nos termos do artigo 149 do Regimento Interno, **a suspensão do procedimento licitatório** conduzido nos autos do Edital de Licitação - Pregão Eletrônico nº 02/2023 elaborado pela AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - AGENERSA, no estado que se encontra.

Prosseguindo na análise, em relação à exigência editalícia de quantitativo mínimo de estabelecimentos credenciados, que supostamente restringiria o caráter competitivo do certame e à manifestação do jurisdicionado por intermédio do Doc. TCE/RJ nº 17582-1/2023, resume o Corpo Instrutivo:

“Em síntese, o Conselheiro-Presidente, a fim de sustentar a não violação ao princípio da competitividade, destaca que a exigência editalícia de um quantitativo mínimo de 1.500 (mil e quinhentos) estabelecimentos credenciados encontra suporte nos critérios relacionados à capilaridade que a rede deve possuir segundo aferidos em estudo técnico preliminar (ETC), realizado pela Autarquia (doc. SEI 40894113 do processo SEI - 220007/003415/2022), em especial no tópico intitulado “REDE CREDENCIADA”.

Esclarece que no estudo o setor requisitante da contratação motivou a necessidade do quantitativo mínimo tendo em vista a área de abrangência da atuação da Agência, que presta os seus serviços em todo o Estado do Rio de Janeiro, garantindo ao servidor da Agência Reguladora a possibilidade de utilização do serviço.

Registra que, de acordo com o entendimento do Tribunal de Contas da União, destacando pertinentes julgados, para a fixação de quantitativo mínimo de estabelecimentos credenciados, há necessidade de realização de estudos técnicos preliminares, que demonstrem os critérios e parâmetro utilizados, em face da atuação discricionária do gestor.

Nessa esteira, defende a regularidade e a razoabilidade do quantitativo questionado, alegando que o montante fixado se encontra respaldado no referido estudo técnico. Dessa forma, uma vez que o quantitativo mínimo determinado pelo Edital não detém ilegalidade, argumenta que não há que se falar em violação à competitividade do certame.

Acrescenta que a exigência relacionada ao quantitativo mínimo de estabelecimentos credenciados não é elemento capaz de prejudicar o caráter competitivo do certame, visto que é possível verificar, da pesquisa de mercado realizada no bojo do processo de contratação, que diversas empresas do ramo, consultadas e cientes dos requisitos fixados no TR, apresentaram cotação de preços (doc. SEI 52981134 do SEI-220007/003415/2022).

Assim, diante das suas alegações, conclui ser clara a improcedência da impugnação da empresa representante.

Isso posto, considerando a manifestação do jurisdicionado, esta Especializada pondera que os esclarecimentos trazidos **não são suficientes** para afastar a possível irregularidade no que tange à quantidade mínima de estabelecimentos conveniados exigida no subitem 6.1 e seguintes do Termo de Referência.

E é assim porque a sua conclusão de que não houve restrição à competitividade e que foi respeitada a razoabilidade do quantitativo encontra-se pautada apenas em frágeis argumentos, na medida em que não demonstrou os necessários critérios técnicos, os quais, segundo o informado, estariam especificados no estudo técnico preliminar (ETP).

Nesse panorama, diante da não apresentação nos autos dos critérios que suportariam a razoabilidade do quantitativo fixado no edital, que, nas palavras do jurisdicionado, seria o ideal para garantir aos 200 servidores da AGENERSA a possibilidade de utilização do serviço de fornecimento de vale-refeição e alimentação em todo o Estado do Rio de Janeiro, em face da “capilaridade da atuação da Autarquia”, entende-se que não foi afastado o questionamento quanto à cláusula que restringiria o caráter competitivo do certame com violação aos princípios da razoabilidade/proporcionalidade e da isonomia.

Ademais, considerando a indicação de que o estudo técnico estaria no doc. 40894113 do processo SEI-220007/003415/2022, relevante informar que não foi possível visualizar o conteúdo do documento por se encontrar bloqueado. Igualmente, não se identificou no “SIGFIS – Editais” informações sobre o presente edital.

Ressalta-se ainda a inconsistência da argumentação de que a exigência relacionada ao quantitativo mínimo de estabelecimentos credenciados não seria elemento capaz de prejudicar o caráter competitivo do certame diante da apresentação de cotações de preço por diversas empresas do ramo, pois que, ao consultar o doc. 52981134 do SEI220007/003415/2022, verificou-se que as referidas cotações não se reportavam ao presente edital.

Portando, do apreciado, uma vez as alegações não tiveram o condão de elidir a possível impugnação, **entende-se pela comunicação** para que o jurisdicionado demonstre, com os necessários elementos probatórios, a razoabilidade/proporcionalidade do quantitativo mínimo fixado no edital, postergando-se assim a análise de mérito.”

Cumpre ressaltar que não foi possível visualizar o documento referente ao Estudo Técnico Preliminar (ETP), de alta relevância para a apreciação do mérito, pois encontra-se bloqueado no portal SEI (doc. 40894113 - processo SEI-220007/003415/2022).

Pelo exposto, manifesto-me de acordo com a instância técnica deste Tribunal, entendendo que os esclarecimentos apresentados pelo jurisdicionado não foram suficientes para elucidar a questão de forma a afastar a possível irregularidade referente à exigência de quantidade mínima de estabelecimentos conveniados (subitem 6.1 e seguintes do Termo de Referência).

Logo, **comunique-se o jurisdicionado** para que demonstre com elementos probatórios a razoabilidade e a proporcionalidade do quantitativo mínimo exigido no Edital de Licitação.

No que tange ao curto prazo de 5 (cinco) dias úteis para comprovação do credenciamento dos 1.500 (mil e quinhentos) estabelecimentos, entendo não haver irregularidade. Vou ao encontro de entendimentos do Tribunal de Contas da União ao entender razoável o prazo fixado, por se tratar de mera apresentação da rede credenciada, pressupondo que os licitantes já devam ter amplitude de atuação capaz de atender tal exigência. É esperado que as empresas que desejam prestar esse serviço já possuam rede credenciada suficiente a atender imediatamente o exigido.

Neste sentido, há, ainda, julgado desta Corte de Contas, como bem ressaltou o Corpo Instrutivo:

“(...)propício salientar que as jurisprudências ora ressaltadas pelo gestor, foram acompanhadas por esta Corte de Contas no corpo do Processo TCE-RJ nº 107.806-5/2019, ao apreciar semelhante impugnação em face de questionamento de mesmo lapso temporal para comprovar a rede credenciada de vale refeição e alimentação no âmbito de certame realizado por este Tribunal - Pregão Eletrônico nº 53/2019.”

Fixadas tais premissas, não merece ser acolhida a irresignação do Representante.

À luz das considerações expostas, posiciono-me **PARCIALMENTE DE ACORDO** com o Corpo Instrutivo e com o douto Ministério Público de Contas. Desse modo,

VOTO:

I - pelo **CONHECIMENTO** da Representação em apreço, eis que presentes os requisitos de admissibilidade previstos no RITCERJ;

II - pelo **DEFERIMENTO DA TUTELA PROVISÓRIA**, nos termos do artigo 149 do Regimento Interno, determinando **a suspensão do procedimento licitatório** conduzido nos autos do Edital de Licitação - Pregão Eletrônico nº 02/2023, no estado em que se encontra, abstendo-se de adjudicar o objeto, homologar o resultado ou celebrar contrato, até pronunciamento definitivo desta Corte acerca do mérito desta Representação;

III - pela **COMUNICAÇÃO** ao atual Conselheiro-Presidente da AGENERSA - AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, nos termos do artigo 15, I, do RITCERJ para que tome ciência da decisão, bem como se manifeste, no **prazo de 15 (quinze) dias**, com os necessários elementos probatórios (principalmente o Estudo Técnico Preliminar), quanto ao aspecto impugnado pelo Representante no que se refere à questionada ausência de razoabilidade/proporcionalidade do quantitativo mínimo fixado no edital (subitem 6.1 e seguintes do Termo de Referência);

IV - pela **COMUNICAÇÃO** ao Representante, fornecendo-lhe ciência do Inteiro Teor desta decisão, nos moldes do art. 15, inciso I c/c art. 110 do Regimento Interno.

GC-4,

DOMINGOS BRAZÃO
CONSELHEIRO-RELATOR