

ACÓRDÃO Nº 122922/2023-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 **REVOGAÇÃO** com **IMPROCEDÊNCIA**, **COMUNICAÇÃO** e **ARQUIVAMENTO**, nos exatos termos do voto do Relator.

9 ATA Nº: 43

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: Andrea Siqueira Martins e Marcelo Verдини Maia

11 DATA DA SESSÃO: 13 de Dezembro de 2023

Domingos Inácio Brazão

Relator

Rodrigo Melo do Nascimento

Presidente

Fui presente,

Henrique Cunha de Lima

Procurador-Geral de Contas

Processo: 243.552-0/23

Origem: AGENERSA – AG REG ENERGIA SANEAMENTO

Natureza: REPRESENTAÇÃO

Interessado: BPF PRIME BANK INSTITUIÇÃO DE PAGAMENTOS LTDA.

Observação: EM FACE DO PREGÃO ELETRÔNICO 02/23, PROMOVIDO PELA AGENERSA

VOTO

REPRESENTAÇÃO. POSSÍVEIS IRREGULARIDADES CONTIDAS NO EDITAL DE PREGÃO ELETRÔNICO Nº 02/2023 ELABORADO PELA AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – AGENERSA. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇO DE FORNECIMENTO DE VALE-REFEIÇÃO E ALIMENTAÇÃO NA MODALIDADE ELETRÔNICA, ATRAVÉS DE CARTÃO MAGNÉTICO COM CHIP. COMPROVAÇÃO DA RAZOABILIDADE/PROPORCIONALIDADE DO QUANTITATIVO MÍNIMO FIXADO NO EDITAL. EXIGÊNCIA AMPARADA EM ESTUDO TÉCNICO PRELIMINAR E EM ORIENTAÇÃO FIXADA PELO TCE-RJ. REVOGAÇÃO DA TUTELA PROVISÓRIA. IMPROCEDÊNCIA QUANTO AO MÉRITO. COMUNICAÇÃO. ARQUIVAMENTO.

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, por meio 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).

Em Decisão Plenária do dia 20/09/2023, esta Corte de Contas decidiu nos seguintes termos:

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.

Em atenção à supracitada decisão, foram juntados aos autos o **Documento eletrônico TCE/RJ nº 22.356-7/23**, encaminhado pelo Sr. Rafael Carvalho de Menezes, Conselheiro-Presidente da AGENERSA.

O Corpo Instrutivo em sua instrução de 01/11/2023, apresentou a seguinte Proposta de Encaminhamento:

- 1) A **REVOGAÇÃO DA TUTELA PROVISÓRIA** concedida em sessão de 20.09.23, em razão da análise de mérito promovida neste processo;
- 2) A **PROCEDÊNCIA** da representação, no seu mérito, diante da ausência de razoabilidade/proporcionalidade do quantitativo mínimo de estabelecimentos credenciados fixado no edital (subitem 6.1 e seguintes do Termo de Referência);
- 3) 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 RITCERJ, para que atenda as **DETERMINAÇÕES** a seguir elencadas:
 - 3.1) Proceda à anulação do Pregão Eletrônico nº 002/2023 (Processo Administrativo nº SEI-220007/003415/2022) e dos atos decorrentes do mesmo, admitindo-se, excepcionalmente, a prorrogação do contrato atual, firmado com a empresa GREEN CARD S/A REFEIÇÕES COMERCIO E SERVIÇOS, até a conclusão de nova licitação com o mesmo objeto;
 - 3.2) Caso considere oportuna e conveniente a realização de novo procedimento licitatório, deverá ser realizado estudo prévio que justifique a fixação de quantitativo mínimo de estabelecimentos credenciados no instrumento convocatório do novo certame, baseado em levantamentos estatísticos, parâmetros e estudos previamente conduzidos;
- 4) A **EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO** ao Representante, a fim de que tome ciência da decisão desta Corte; e
- 5) O **ARQUIVAMENTO** do presente processo.

O Ministério Público de Contas, em parecer de 04/12/2023, diverge da instrução do Corpo Instrutivo, opinando pela Revogação da Tutela Provisória, Improcedência da Representação, Expedição de Ofício e Arquivamento.

É O RELATÓRIO

Inicialmente rememoro que a Representante ingressou com a presente Representação alegando que o Edital de 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);

Promovido o contraditório, em sede de cognição exauriente, verifico que os esclarecimentos apresentados pelo jurisdicionado foram suficientes para elucidar a questão debatida na causa de pedir citada no item I acima, 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), conforme fundamentos adiante expostos.

Compulsando o Estudo Técnico Preliminar anexado aos autos pelo jurisdicionado constato que o mesmo prevê, de maneira pormenorizada, a necessidade de atualização do número de estabelecimentos, indicando, inclusive, as demandas por região do estado, valendo destacar o excerto abaixo transcrito do aludido ETP:

“ (...) Assim, é pertinente que sejam adotados os seguintes quantitativos e critérios, já considerando o aumento do número de servidores com o concurso que está em andamento:

. Possuir estabelecimentos credenciados nos municípios:

- Rio de Janeiro (Centro): mínimo de 1.000 (mil) estabelecimentos, tendo em vista que a sede da CONTRATANTE se encontra nesta localidade, ou seja, onde há maior necessidade de concentração de estabelecimentos credenciados para prestação do serviço.

- Niterói: mínimo de 100 (cem) estabelecimentos eis que, conforme relatório encaminhado pela atual CONTRATADA, depois da capital do Estado do Rio de Janeiro, foi o local onde houve maior consumo, pois boa parte dos funcionários possuem residência na localidade;

- Região dos Lagos: 100 (cem) estabelecimentos: tendo em vista que a AGENERSA está em trâmite de inaugurar uma filial na região além de ter empregados públicos que residem em regiões que abrange todo o Estado do Rio de Janeiro e é razoável requerer a pulverização dos estabelecimentos credenciados para viabilizar a compra de alimentação/refeição para os usuários.

- Baixada (Nova Iguaçu, Duque de Caxias, Belford Roxo, Nilópolis, Mesquita, São João de Meriti e Queimados): mínimo de 200 (duzentos) estabelecimentos, considerando o relatório apresentado pela atual prestadora, onde consta consumo elevado dos servidores nas regiões.

- Demais municípios do estado do Rio de Janeiro: mínimo de 100 (cem) estabelecimentos, tendo em vista que pode haver deslocamento de empregados públicos para trabalhos e ainda, residentes ao longo de todo estado fluminense. (...)”

Diante do acima exposto, entendo que restou demonstrado que o número mínimo de estabelecimentos credenciados exigido no Termo de Referência não surgiu de mero capricho do administrador, mas sim foi embasado em levantamento de demanda previamente realizado, constatando-se a necessidade da AGENERSA.

Além disso, em relação ao citado Termo de Referência, convém ressaltar que o documento foi inspirado em modelo elaborado por este Tribunal de Contas ao realizar licitação para a aquisição de serviço de idêntica natureza,

conforme constatei em consulta ao Processo SEI 220007/005564/2023, doc. nº 60760543 de 02/10/2023, em que a representada disponibilizou o documento relativo ao Termo de Referência do Edital de Pregão Eletrônico nº 53/2019 (analisado nos autos do Processo TCE-RJ nº 301.591-6/19).

Nesse contexto, cumpre destacar a similaridade entre a redação fixada no item 6.1 do Termo de Referência questionado neste feito e o texto lançado no item 5 do Termo de Referência relacionado ao Edital de Pregão Eletrônico nº 53/2019 promovido por este TCE-RJ:

“5. REDE CREDENCIADA

5.1 - A Contratada deverá manter convênio com uma rede de estabelecimentos comerciais credenciados, situados preferencialmente nas imediações das instalações deste TCE-RJ, localizadas na cidade do Rio de Janeiro (Centro), onde sejam preparadas ou servidas refeições, como lanchonetes, restaurantes e similares; e estabelecimentos onde sejam vendidos gêneros alimentícios, como mercados, supermercados, hipermercados e similares, nos padrões estabelecidos no Programa de Alimentação do Trabalhador - PAT.

5.1.1 - A rede de estabelecimentos credenciados referentes ao sistema de refeição-convênio (lanchonetes, restaurantes e similares) deverá conter, no mínimo, 1.500 (mil e quinhentos) conveniados no estado do Rio de Janeiro, conforme as seguintes proporções:

5.1.1.1 - Rio de Janeiro (Centro): 20% (mínimo de 300 (trezentos) estabelecimentos), sendo pelo menos 1/3 desse total (mínimo de 100 (cem) estabelecimentos) no raio de 1 km (um quilômetro) de distância da Sede deste TCE/RJ, situada na Praça da República, nº 70 – Centro – Rio de Janeiro/RJ, CEP 20211-351;

5.1.1.2 - Rio de Janeiro (demais bairros): 30% (mínimo de 450 (quatrocentos e cinquenta) estabelecimentos);

5.1.1.3 - Demais municípios do estado do Rio de Janeiro: 50% (mínimo de 750 (setecentos e cinquenta) estabelecimentos).

5.1.1.4 – Em cada um dos 92 (noventa e dois) municípios do estado do Rio de Janeiro deve haver pelo menos 05 (cinco) estabelecimentos credenciados.

Sendo assim, fazendo o cotejo entre a orientação fixada por este TCE-RJ no Termo de Referência acima transcrito e o questionamento contido na causa de pedir citada no item I é possível inferir pela regularidade e pela razoabilidade da medida adotada pela AGENERSA, que teve como fundamento estudo técnico relacionado ao levantamento do histórico de utilização do serviço no contrato atual e à necessidade efetiva de uma futura contratada possuir uma rede credenciada composta por 1.500 estabelecimentos para o atendimento da demanda pública.

A título complementar cumpre mencionar que o Corpo técnico desta Corte nos autos do processo TCE-RJ nº 115.288-6/23, em instrução datada de 06/11/2023, procedeu a pesquisas na internet e localizou certame de natureza idêntica, realizado pelo ilustre Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro¹, no qual foi exigido que a pessoa jurídica vencedora comprovasse o quantitativo mínimo de 5.000 estabelecimentos credenciados para o fornecimento de refeições apenas para atendimento dos municípios do Rio de Janeiro (Centro e demais bairros) e de Niterói.

Traçando um comparativo com a situação analisada na Representação em tela, concluo que o quantitativo exigido pela AGENERSA no Edital em apreço se mostra perfeitamente adequado em relação à quantidade de municípios abrangidos, uma vez que há exigência de 1.500 estabelecimentos para o atendimento dos municípios do Rio de Janeiro e de Niterói, da Região dos Lagos, da Baixada (Nova Iguaçu, Duque de Caxias, Belford Roxo, Nilópolis, Mesquita, São João de Meriti e Queimados) e demais Municípios do Estado do Rio de Janeiro.

¹ https://www.tcmrio.tc.br/web/site/Noticia_Detalhe.aspx?noticia=16505&detalhada=3&downloads=6
(consulta realizada em 06/12/2023)

Dessa forma, restou fundamentada a opção da Agência na fixação do referido quantitativo mínimo de estabelecimentos credenciados, razão pela qual divirjo do entendimento manifestado pelas instâncias instrutivas e alinho-me ao parecer do *Parquet* de Contas por entender pela **improcedência** dessa causa de pedir.

No que tange ao questionamento quanto à exiguidade do prazo de 5 (cinco) dias úteis para comprovação do credenciamento dos 1.500 (mil e quinhentos) estabelecimentos (causa de pedir citada no item II), reafirmo meu entendimento anterior no sentido de não haver essa 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 na instrução datada de 22/08/2023:

“(...)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.”

Face o exposto, entendo que a causa de pedir relativa ao prazo de 5 (cinco) dias úteis para comprovação do credenciamento é igualmente **improcedente** quanto ao mérito.

Assim, posiciono-me em **DESACORDO** com a manifestação do Corpo Instrutivo e **DE ACORDO** com o parecer do douto Ministério Público Especial.

VOTO:

I- Pela **REVOGAÇÃO DA TUTELA PROVISÓRIA** deferida na Decisão Plenária de 20/09/2023, com espeque no artigo 149, §5º, do RITCERJ, autorizando-se o prosseguimento do certame relativo ao Pregão Eletrônico nº 02/2023;

II- Pela **IMPROCEDÊNCIA** desta Representação quanto ao mérito, conforme fundamentos apresentados nesta decisão;

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 desta decisão;

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

V- Pelo **ARQUIVAMENTO** do presente processo.

GC-4,

DOMINGOS BRAZÃO
CONSELHEIRO-RELATOR