



Acórdão 00105/2024-4 - Plenário

Processo: 03330/2023-1

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Representação

UG: PMG - Prefeitura Municipal de Guarapari

Relator: Sérgio Aboudib Ferreira Pinto

Representante: PRIME CONSULTORIA E ASSESSORIA EMPRESARIAL LTDA

Responsável: TIELY SPONFELDNER, TAMILI MARDEGAN DA SILVA

Procuradores: EMANUELLE FRASSON DA SILVA (OAB: 480843-SP), JOAO PAULO CORREA CARVALHO (OAB: 219384-MG), OTHON WELBER BARAGAO (OAB: 484365-SP), RODOLFO ARAUJO FERNANDES (OAB: 453640-SP), YAN ELIAS (OAB: 478626-SP), RENNER SILVA MULIA (OAB: 471087-SP), VINICIUS EDUARDO BALDAN NEGRO (OAB: 450936-SP), RAYZA FIGUEIREDO MONTEIRO (OAB: 442216-SP), ROBERTO DOMINGUES ALVES (OAB: 453639-SP), MATEUS CAFUNDO ALMEIDA (OAB: 395031-SP), RENATO LOPES (OAB: 406595-SP)

**CONTROLE EXTERNO – FISCALIZAÇÃO –
REPRESENTAÇÃO – IMPROCEDÊNCIA – DAR
CIÊNCIA – ARQUIVAR.**

O RELATOR, EXMO. SR. CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO:

1. RELATÓRIO

Tratam os autos de **Representação** com pedido de cautelar, em face da Prefeitura Municipal de Guarapari, formulada pela empresa Prime Consultoria e Assessoria Empresarial LTDA, objetivando a suspensão do Edital de Licitação nº 092/2023, cujo objeto é a contratação de empresa especializada em prestação de serviços de gerenciamento e administração de despesas de manutenção automotiva, para atendimento da Secretaria Municipal da Educação – SEMED.

Por meio da **Decisão Monocrática nº 885/2023** (peça 06), realizei juízo de admissibilidade e conheci da representação. Ainda, determinei a **notificação** da senhora Tiely Sponfeldner, pregoeira oficial, e da senhora Tamili Mardegan da Silva,

Secretária Municipal de Educação, para se manifestarem, no prazo de 05 dias, sobre as irregularidades apontadas.

Notificadas, as responsáveis apresentaram as informações que julgaram pertinentes na Defesa/Justificativa nº 985/2023 e nº 990/2023 (peças 10 e 15).

Ato contínuo, os autos foram encaminhados ao **Núcleo de Controle Externo de Outras Fiscalizações (NOF)**, que elaborou a **Manifestação Técnica de Cautelar nº 093/2023** (peça 18), e propôs, *verbis*:

3. Proposta De Encaminhamento

Ante ao exposto, submeto a consideração superior a seguinte proposta de encaminhamento:

3.1. Indeferir a medida cautelar visto que não restaram demonstrados os requisitos autorizadores previstos no **art. 376 do RITCEES**;

3.2. Determinar à Prefeitura Municipal de Guarapari que junte aos autos cópia integral do processo administrativo, onde se materializou o **Edital de Pregão Eletrônico nº 92/2023**;

3.3. Determinar que os autos caminhem sob o rito ordinário face à ausência dos pressupostos **do art. 306 do RITCEES**;

3.4. Cientificar o Representante do teor da decisão a ser proferida, nos termos **do art. 307, §7º do RITCEES.**"

Através da Resposta de Notificação nº 1243/2023 (peça 19), foi informado que este certame inicialmente previsto para o dia 28/06/2023, por motivo de erro material ao ser lançado na plataforma licitações-e, foi remarcado para ocorrer em 12/07/2023.

Por intermédio do **Voto do Relator nº 2916/2023** (peça 24), ratificado pela **Decisão nº 2014/2023** (peça 25), **acompanhei** a Área Técnica pelo **indeferimento** da cautelar pleiteada **nestes autos**, passando o mesmo a tramitar sob rito ordinário e determinei a oitiva da parte.

Após as devidas notificações, foi inserida nos autos a **Resposta de Comunicação nº 1828/2023** (peça 32) da Senhora Tiely Sponfeldner, respondendo a notificação, onde foi apresentado a documentação do Pregão nº 92/2023 e informado que, desde 1/8/2023, ela não atua como pregoeira oficial SEMED. A **Resposta de Comunicação nº 1836/2023** (peça 34) da Senhora Tamili Mardegan também apresentando a

documentação do Pregão nº 92/2023.

Após tramite, os autos foram encaminhados ao **NOF** que por meio da **Instrução Técnica Conclusiva nº 3085/2023** (peça 41) propôs o seguinte:

3. CONCLUSÃO/PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Pelo exposto, submete-se a consideração superior a seguinte proposta de encaminhamento:

3.1. Considerar **Improcedente** a representação, nos termos do art. 178, I, do RITCEES, ante à ausência das supostas irregularidades apontadas;

3.2. Cientificar a representante do teor da decisão a ser proferida.

O **Ministério Público Especial de Contas**, por meio do **Parecer do Ministério Público de Contas nº 5812/2023** (peça 44), da **3ª Procuradoria de Contas**, da lavra do douto Procurador Luiz Henrique Anastacio da Silva, **anuiu** aos termos da supracitada ITC.

É o relatório.

2. FUNDAMENTAÇÃO

A Prime Consultoria e Assessoria Empresarial LTDA, empresa que apresentou a representação, traz suas alegações através da Petição Inicial nº 849/2023 (peça 02), dando conta das possíveis irregularidades:

a) Falta de previsão de taxa de administração negativa

A representante alega que no item 3.1 do Termo de Referência, a Contratante não menciona a possibilidade de admissão de lances com taxas negativas, mesmo adotando como critério de julgamento o **MENOR PREÇO**. Segundo a representante, entende-se que, ao determinar o critério de julgamento como “**MENOR PREÇO**”, está incluindo a taxa negativa. Porém, há quem diga sobre a impossibilidade de se ofertar taxa negativa, pelo fato de configurar um desconto para a Contratante.

b) Intervenção na relação comercial privada e limitação da taxa da rede credenciada

A representante alega que a administração tenta limitar e interferir na relação comercial de direito privado estabelecida entre a empresa Gestora e seus estabelecimentos credenciados, que irão compor a sua rede, ao estabelecer no Modelo de Proposta - Anexo II do Edital, que as licitantes devem obrigatoriamente efetuar desconto de até 2% nos valores transacionados na sua Rede Credenciada, exigência essa que é totalmente alheia à atividade da administração pública.

Afirma a representante que é totalmente ilegal a interferência estatal na relação jurídico-contratual entre particulares. E ainda, referido ato se revela como ato restritivo à competitividade.

Para a representante, neste caso, a Contratante quer limitar o poder de negociação das licitantes para com os estabelecimentos credenciados que compõem sua rede, invadindo o contrato que elas possuem com terceiros, que sequer participam da licitação.

c) Emissão de Notas Fiscais pelos fornecedores credenciados em nome da contratada

A representante alega haver ilegalidade na exigência de emissão de nota fiscal dos fornecedores credenciados em nome da contratada, nos termos dos itens 19.31 e 22.4 do Termo de Referência, pois a relação jurídico contratual entre Contratada e sua Rede Credenciada é regulada pelo Direito Civil, por se tratar de uma relação privada entre particulares. Portanto, Segundo a representante, é evidente que a Nota Fiscal da Rede Credenciada para a Contratada não é objeto de fiscalização por parte da Contratante.

d) Inexequível desconto mínimo nos orçamentos dos credenciados

A representante alega que a exigência de desconto mínimo de 10% para peças nacionais e 5% para peças importadas nos orçamentos encaminhados pelas credenciadas, é desproporcional e inexequível, haja vista estar limitada a cobrar de sua rede credenciada a taxa de 2%.

e) Critério de julgamento por menor taxa de administração para o estabelecimento credenciado

A representante alega que o critério de julgamento das propostas adotado pela administração, qual seja, a “MENOR TAXA DE ADMINISTRAÇÃO PARA O ESTABELECIMENTO CREDENCIADO” não encontra respaldo legal, haja vista que o artigo 7º do Decreto nº 10.024/2019, prevê o MENOR PREÇO ou MAIOR DESCONTO.

Ao passo em que as gestoras, através da Defesa/Justificativa nº 985/2023 (peça) 10 apresentam as seguintes justificativas para as possíveis irregularidades apontadas na inicial:

a) Falta de previsão de taxa de administração negativa

As gestoras argumentam que, o que foi estabelecido pela Administração e pelo credenciado, trata-se de preços (taxas) máximos, obtido através de pesquisa de preços, e que pode ser sustentado pela Administração no valor final do serviço a ser prestado. O objeto primordial que se pretende, é selecionar a proposta mais vantajosa à Administração.

Sendo assim, segundo as gestoras, percebe-se que o edital não veda a proposta inferior a 0,00% (zero por cento), seja a taxa direta entre a Administração e a Contratada, seja entre a Contratada e o Credenciado, sendo adequado ressaltar que o critério de julgamento se limita a esta segunda taxa (contratada x credenciada). Afirmam também que a contratação pretendida se encontra norteadada no Acórdão TC 1502/2022 (Processo TC 2511/2022), publicado em 23/1/2023, por este Tribunal de Contas.

Por fim, argumentam que o edital foi retificado, atendendo ao pedido de incluir a aceitabilidade da oferta de taxa negativa, sendo que o critério de

juízo

permanece sendo a menor taxa entre contratada x credenciada.

b) Intervenção na relação comercial privada e limitação da taxa da rede credenciada

As gestoras argumentam que atualmente o Município adota o critério de menor taxa de Administração, sendo obtido o percentual contratado de - 6,40% (seis vírgula quarenta por cento negativo).

Argumentam também que durante a vigência contratual foi constatado que a taxa exigida das empresas credenciadas é diretamente repassada à Administração, já que os serviços possuem grande desproporção nos preços ofertados por estas, de forma a onerar os cofres públicos.

Segundo as gestoras, quando questionadas sobre as condutas, as oficinas alegaram

repassar o valor de taxa cobrada pela empresa ora contratada, não restando dúvidas que a não delimitação de taxa traz grande prejuízo à Administração. Sendo assim, em razão do poder público ser o responsável pela absorção da referida taxa no valor final dos serviços contratados, o critério de juízo escolhido demonstra

ser legítimo e oportuno para a pretensa contratação, já que o valor final interfere diretamente no erário.

Quanto ao valor proposto em 2%, esclarecem ser resultado de pesquisa de preços.

c) Emissão de Notas Fiscais pelos fornecedores credenciados em nome da contratada

As gestoras argumentam que a relação existente entre as empresas credenciadas é

com a empresa licitante e não com o Município, não cabendo ao Município manter relação nenhuma com as empresas credenciadas. Assim, sendo a nota fiscal o

documento que representa a relação entre as partes envolvidas e não tendo as empresas credenciadas pela licitante relação jurídica nenhuma com o Município, não

assiste razão de a Nota Fiscal ser emitida em nome do Município.

E ainda reforçam seus argumentos dizendo que a administração Pública realiza a contratação através de licitação e contrato público com a empresa gerenciadora de frotas. Assim, seu vínculo jurídico é com a gerenciadora, que possui a responsabilidade e vínculo contratual com os estabelecimentos da rede credenciada.

Por fim, esclarecem que seguiram o entendimento direcionado no Acórdão TC 1153/2021-1 deste Tribunal de Contas.

d) Inexequível desconto mínimo nos orçamentos dos credenciados

As gestoras acostaram edital retificado aos autos, informando a retirada da exigência dos descontos questionados para as peças.

e) Critério de julgamento por menor taxa de administração para o estabelecimento credenciado

As gestoras esclareceram que em razão do poder público ser o responsável pela absorção da taxa exigida das empresas credenciadas no valor final dos serviços contratados, o critério de julgamento escolhido demonstra ser legítimo e oportuno para a pretensa contratação, já que o valor final interfere diretamente no erário.

Sendo assim, após apresentação das justificativas, passo a análise dos pontos em questão.

a) Falta de previsão de taxa de administração negativa

Conforme informação trazida pelas gestoras, o edital foi retificado para possibilitar a taxa negativa, desta forma, não assiste razão à representante.

b) Intervenção na relação comercial privada e limitação da taxa da rede credenciada

O Tribunal de Contas já tratou deste assunto através do Acórdão TC nº 1502/2022 (Processo TC nº 2511/2022), entendendo ser possível a fixação de limite de desconto, como segue:

ACÓRDÃO TC-1502/2022:

(...)

2.2. DO MÉRITO

A irregularidade considerada na Instrução Técnica Inicial 00176/2022 foi de: “limitação da taxa de credenciamento, interferindo na relação comercial entre particulares e na livre concorrência”.

O Edital de Pregão Eletrônico 019/2022 fixou que a contratada cobre a taxa máxima de 6,30% da rede de estabelecimentos credenciados, o que, pela argumentação da representante, poderia configurar uma interferência indevida da Administração Pública.

Porém, há situações em que a taxa de administração afeta de forma direta os preços praticados pela rede credenciada, haja vista que esta acrescenta a taxa de credenciamento no valor dos serviços realizados.

Isso envolve, então, uma vantajosidade econômica do modelo de gestão da frota que o ente municipal adotou, pois, na prática, o valor recai sobre o custo das peças utilizadas na manutenção e nos serviços realizados.

(...)

Nota-se, então, a possibilidade de estabelecer um valor máximo de taxa de credenciamento a ser cobrada da rede credenciada pela prestadora de serviço de gerenciamento (contratada do Poder Público) quando essa cobrança puder ser suportada, na prática, pela Administração Pública licitante. (g.n.)

Desse modo, pelos elementos constantes dos autos, adoto como razões de decidir o posicionamento da área técnica e do Parquet de Contas, conforme a Instrução Técnica Conclusiva 3837/2022 e o Parecer 5212/2022, quanto a improcedência da presente representação.

(...)

Desta forma, se o gestor optou pela “quarteirização” do serviço, este tem o dever de buscar a melhor proposta de preço, o que efetivamente foi feito. Assim, entendo não assistir razão à representante.

c) Emissão de Notas Fiscais pelos fornecedores credenciados em nome da contratada

Este Corte de Contas, através do Acórdão TC nº 1153/2021 (Processo TC nº 3693/2020), firmou o seguinte entendimento (peça 69, p. 9):

(...)

Portanto, há entendimento jurisprudencial no sentido de que, nos contratos de gerenciamento de frota, **a nota fiscal relativa aos serviços tomados junto à rede credenciada possa ser emitida em nome da empresa contratada na licitação sem que caracterize ilegalidade no certame**, procedendo as alegações do representado no tocante a este quesito. (g.n).

(...)

Pelo exposto, entendo não assistir razão à representante.

d) Inexequível desconto mínimo nos orçamentos dos credenciados

Conforme justificativas apresentadas pelas gestoras, o edital foi retificado, sendo retirado o item 15.6 do Termo de Referência. Desta forma, com a sugestão da representante sendo acatada pela administração, não se confirma a irregularidade.

e) Critério de julgamento por menor taxa de administração para o estabelecimento credenciado

A possível irregularidade tratada aqui, tangencia assunto do item “b”, qual seja, a limitação da taxa de administração para rede credenciada.

O edital, em seu preâmbulo, diz que a licitação ocorrerá na modalidade de Pregão Eletrônico, sob o critério “**menor preço por lote**”. No detalhamento do critério de julgamento das propostas, item 3.1 do Termo de Referência, consta “menor taxa de administração para o estabelecimento credenciado”.

O art. 7 do decreto nº 10.024/2019, que regulamenta o pregão eletrônico na Administração federal, diz o seguinte:

“Art. 7º Os critérios de julgamento empregados na seleção da proposta mais vantajosa para a administração serão os de **menor preço ou maior desconto**, conforme dispuser o edital. (g.n)

Parágrafo único. Serão fixados critérios objetivos para definição do melhor preço, considerados os prazos para a execução do contrato e do fornecimento, as especificações técnicas, os parâmetros mínimos de desempenho e de qualidade, as diretrizes do plano de gestão de logística sustentável e as demais condições estabelecidas no edital.

Vejamos, ambos critérios de julgamento, seja por menor preço ou maior desconto, tem por objetivo o menor custo para a Administração.

O Acórdão TC nº 1502/2022 (Processo TC nº 2511/2022), citado no item “b”, tratou de edital de pregão eletrônico na Prefeitura de Cachoeiro de Itapemirim, cujo critério foi “menor preço por item, considerando a menor taxa percentual para o estabelecimento credenciante”, conforme detalhamento no Termo de Referência (peça 04, p. 37-38), vejamos:

“3. DA FORMA DE CONTRATAÇÃO

3.1. A presente contratação será realizada por meio do processo licitatório na MODALIDADE PREGÃO ELETRÔNICO, prevista na Lei 10.520/2002, sob o critério de julgamento de MENOR TAXA DE ADMINISTRAÇÃO PARA O ESTABELECIMENTO CREDENCIADO, considerando que a taxa a ser exigida da CONTRATANTE (Administração Pública Municipal) será igual a 0% (zero por cento).

3.2. O presente critério de julgamento é legítimo, em virtude da interferência direta no valor final a ser pago pela Administração Pública nos serviços prestados, vez que os estabelecimentos credenciados, embutem no valor final do serviço a respectiva taxa.

(...)”

O referido Acórdão seguiu entendimento da área técnica, a qual se posicionou pela legitimidade da utilização da menor taxa de credenciamento para julgamento das propostas.

No caso em questão, o critério de julgamento é o menor preço a ser aferido com base na menor taxa de administração para o estabelecimento credenciado, fixada em no máximo 2%. Assim, considero não haver prejuízo no entendimento dos licitantes acerca da forma do julgamento a que eventuais propostas estariam submetidas, não se confirmando, portanto, a irregularidade.

Desta forma, considerando as informações trazidas pelos responsáveis, entendo por acompanhar o posicionamento técnico e ministerial e **voto por considerar improcedente a representação**, nos termos do art. 178, I, do RITCEES.

3. PROPOSTA DE DELIBERAÇÃO

Ante o exposto, acompanhando o entendimento técnico e ministerial, **VOTO** no sentido que o Colegiado aprove a seguinte minuta de Acórdão que submeto à sua consideração.

SERGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

Conselheiro Relator

1. ACORDÃO TC-105/2024:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em sessão plenária, ante as razões expostas, em:

1.1. JULGAR pela IMPROCEDÊNCIA da presente Representação, nos termos do art. 178, I, do Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo;

1.2. DAR CIÊNCIA aos Representantes da presente decisão;

1.3. ARQUIVAR os autos, após trânsito em julgado.

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 22/02/2024 - 7ª Sessão Ordinária do Plenário.

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Domingos Augusto Taufner (presidente), Sérgio Aboudib Ferreira Pinto (relator), Sebastião Carlos Ranna de Macedo, Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun, Rodrigo Coelho do Carmo e Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha.

4.2. Conselheiro substituto: Donato Volkens Moutinho (em substituição, conforme Ato Convocatório nº 1/2024).

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

Presidente

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

Relator

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO

CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

CONSELHEIRO SUBSTITUTO DONATO VOLKERS MOUTINHO

Em substituição, conforme Ato Convocatório nº 1/2024.

Fui presente:

PROCURADOR DE CONTAS LUCIANO VIEIRA

Procurador-geral

ODILSON SOUZA BARBOSA JÚNIOR

Secretário-geral das Sessões