

**ILUSTRÍSSIMO (A) SENHOR (A) PREGOEIRO (A) CORGUINHO DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL**

**IMPUGNAÇÃO - com fulcro no artigo 24 do Decreto n° 10.024/2019**

**PREGÃO ELETRÔNICO N° 34/2023**

**(Processo Administrativo n.º23105.021664/2023-34)**

**PRIME CONSULTORIA E ASSESSORIA EMPRESARIAL LTDA.,** inscrita no CNPJ n.º 05.340.639/0001-30, com sede na Rua Calçada Canopo, 11 - 2º Andar - Sala 03 - Centro de Apoio II - Alphaville - Santana de Parnaíba/SP - CEP: 06541-078, e-mail: [licitacao@primebeneficios.com.br](mailto:licitacao@primebeneficios.com.br); por intermédio de seu procurador subscrito *in fine*, vem, respeitosamente, **IMPUGNAR** o Instrumento Convocatório, consoante motivos a seguir determinados:

### **I - DA TEMPESTIVIDADE DA IMPUGNAÇÃO**

Considerando que a IMPUGNANTE é uma empresa que exerce a atividade compatível com o objeto da licitação e, portanto, pretensa licitante, o prazo

para impugnação é de até o 3º dia útil da data fixada para abertura da sessão pública, conforme o **artigo 24 do Decreto nº 10.024 de 2019**:

*Art. 24. Qualquer pessoa poderá **impugnar os termos do edital** do pregão, por meio eletrônico, na forma prevista no edital, **até três dias úteis anteriores à data fixada para abertura da sessão pública**; (Grifamos)*

A contagem dos prazos nos processos licitatórios e nos contratos administrativos está disciplinada no artigo 110 da Lei nº 8.666/1993, da seguinte forma:

*Art. 110. Na **contagem dos prazos** estabelecidos nesta Lei, **excluir-se-á o dia do início e incluir-se-á o do vencimento**, e considerar-se-ão os dias consecutivos, exceto quando for explicitamente disposto em contrário.*

*Parágrafo único. **Só se iniciam e vencem os prazos referidos neste artigo em dia de expediente no órgão ou na entidade**. (Grifamos)*

Sendo assim, é de se assinalar que a presente insurreição se encontra TEMPESTIVA, uma vez que protocolada com antecedência à data da abertura da licitação (**não se considera horas na contagem do prazo, mas sim o dia de expediente no órgão**).

## II - DO PRAZO PARA RESPOSTA DA IMPUGNAÇÃO

Como regra, a impugnação ao edital não tem efeito suspensivo em relação à realização do certame. Mas, é obrigação do Pregoeiro respondê-la no prazo máximo de 2 (dois) dias úteis, contados da sua interposição junto à Administração Pública, **como determina o artigo 24, § 1º, do Decreto nº 10.024 de 2019**:

*§ 1º A impugnação não possui efeito suspensivo e caberá ao pregoeiro, auxiliado pelos responsáveis pela elaboração do edital e dos anexos, **decidir sobre a impugnação no prazo de dois dias úteis**, contado da data de recebimento da impugnação. (Grifamos e sublinhamos)*

Dessa forma, o pregoeiro deverá apresentar resposta dentro do prazo legal, sob pena de invalidação do certame, pois, diante do silêncio, restará inviável a formulação adequada e satisfatória das propostas.

## III - DOS FATOS E DAS RAZÕES

Está prevista para o dia 28/11/2023, às 09h00, a abertura do Pregão Eletrônico nº 031/2023, para o seguinte objeto:

*Registro de Preços objetivando a contratação de empresa especializada para implementação, intermediação e administração de sistema de controle de abastecimento de combustíveis e lubrificantes, bem como serviços de manutenções corretivas e preventivas, através de software de gerenciamento via web (internet), por meio de cartão magnético e sistema eletrônico, com o fornecimento de peças, pneus, componentes e acessórios, transporte em suspenso por guincho, para atender a frota de veículos e maquinários pertencentes a esta prefeitura municipal devidamente relacionados, e os que porventura possam ser adquiridos, de acordo com as características mínimas estabelecidas no Termo de Referência.*

Em detida análise ao edital constatou-se **ilegalidades** que afrontam o Comando Constitucional, que determina a realização de procedimento licitatório, e que maculam de forma cabal os princípios norteadores da licitação, pois restringem a participação de potenciais licitantes, frustrando os princípios da isonomia e seleção da proposta mais vantajosa.

---

#### IV - DA EXCESSIVA EXIGÊNCIA DE ESCRITÓRIO IN LOCO

---

O edital, dentre suas diversas determinações, exige que a Contratada disponibilize um escritório para atendimento *in loco*. Observe:

**"IX - Declaração de que caso seja vencedora, irá apresentar em até 60 (sessenta) dias da assinatura da Ata de Registro de Preço o documento de comprovação de que possui escritório no Estado de Mato Grosso do Sul - MS, (cartão de CNPJ ou Contrato Social, ou Contrato de Locação de Imóvel)."**

Não bastasse a ausência de justo motivo para tal exigência, a qual se encontra em descompasso com tantas outras licitações desta natureza, sua manutenção ocasionará afronta aos princípios norteadores da atuação administrativa, especialmente o da legalidade e o da seleção da proposta mais vantajosa, fato que se tornará evidente mais adiante.

Pela leitura da citada cláusula, entende-se que a Contratada deverá manter um escritório para gerenciar a frota da Contratante com atendimento no Estado de Mato Grosso do Sul – MS. No entanto, exigir preposto no município é totalmente ilegal para o objeto licitado, cuja prestação se dará em ambiente *WEB*.

**O TCU, órgão superior de Controle de Contas, decidiu no dia 28/05/2021, em Representação da empresa PRIME, que limitar taxa da rede fere o art. 170, da CF/88:**

**ACÓRDÃO Nº 1176/2021** - TCU – Plenário (DOU nº 100, de 28/05/2021, pg. 247)

9. Acórdão:

*VISTOS, relatados e discutidos estes autos da Representação formulada pela Prime Consultoria e Assessoria Empresarial Ltda. sobre possíveis irregularidades no Edital do Pregão Eletrônico 12/2020 -Registro de Preços, promovido pelo Comando Militar da Amazônia, visando à contratação de empresa para gestão compartilhada de frota mediante credenciamento de rede especializada em manutenção veicular e de serviços de rastreamento, para atender às necessidades da frota oficial do Comando da 17ª Brigada de Infantaria de Selva e unidades vinculadas. ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:*

(...)

9.2. com fulcro no art. 9º, inciso I, da Resolução/TCU 315/2020, dar ciência ao Comando Militar da Amazônia das seguintes falhas identificadas no Pregão Eletrônico 12/2020, **para que sejam adotadas medidas internas com vistas à prevenção de outras ocorrências semelhantes:**

9.2.1. **exigência de que os licitantes instalem escritório na cidade de Porto Velho/RO, ou em raio máximo de até 50 km da cidade, no prazo máximo de sessenta dias a partir da vigência do contrato, estabelecida no item 9.11.2 do Edital do Pregão Eletrônico 12/2020, sem a devida demonstração de que seja imprescindível para a garantia da adequada execução do objeto licitado, e/ou, considerando os custos a serem suportados pela contratada, sem avaliar a sua pertinência frente à materialidade da contratação e aos impactos no orçamento estimativo e na competitividade do certame que, entre outros exames, tem o potencial de restringir o caráter competitivo da licitação, afetar a economicidade do contrato e ferir o princípio da isonomia, em ofensa ao art. 3º, caput e § 1º, inciso I, da Lei 8.666/1993;**

9.2.2. ausência de parcelamento do objeto no Termo de Referência do Pregão Eletrônico 12/2020, que previa a adjudicação global dos serviços de manutenção de veículos e rastreamento, restringindo indevidamente a competitividade e contrariando o Enunciado 247 da Súmula de Jurisprudência do TCU;

9.2.3. fixação de taxa máxima secundária a ser cobrada pela empresa contratada das credenciadas no contrato que decorrerá do Pregão Eletrônico 12/2020, conforme previsto no item 22 do Termo de Referência, que, ainda que não tenha sido determinante para o resultado do certame, não restou evidenciada como critério adequado de seleção da proposta que poderia atender, do melhor modo possível, aos interesses públicos, considerando o previsto no art. 170 da Constituição Federal e no item 7.1.1 do Anexo VIIA da IN/MPDG 5/2017;

**Em outros casos semelhantes, o Tribunal de Contas da União também firmou entendimento de que as atividades realizadas de forma remota são dispensadas de qualquer estrutura no local da licitação, vejamos:**

*“LICITAÇÕES. DOU de 23.08.2011, S. 1, p. 101. Ementa: o TCU deu ciência à ANVISA sobre a impropriedade caracterizada pela exigência de que a empresa licitante utilize instalação própria ou localizada em uma cidade específica, salvo quando devidamente justificada a influência que possa ter esse fato na qualidade dos serviços a serem prestados, fere o princípio da isonomia e restringe o caráter competitivo da licitação, em ofensa ao art. 3º, “caput” e §1º, inc. I, da Lei nº 8.666/1993 (item 9.2.2, TC-019.772/2011-4, Acórdão nº 6.463/2011-1ª Câmara).”*

**Também proferiu o mesmo entendimento nos seguintes acórdãos: 3192/2016 - Plenário e 0182/16 - Plenário.**

Ora, restou comprovado que o fato de a empresa contratada possuir ou não representante na cidade sede da Contratante em nada irá alterar a execução contratual, que, como destacado, é feita de forma remota através de sistema informatizado via *WEB*. E mais, evidente que na necessidade de um encontro presencial, o representante de qualquer empresa do país tem plenas condições de se locomover em qualquer estado brasileiro no prazo de até 48 (quarenta e oito) horas.

Não obstante a isso, a lei geral de licitações n.º 8.666/93 assim dispõe acerca de preposto:

*Art. 68. O contratado deverá manter preposto, aceito pela Administração, **no local da obra ou serviço**, para representá-lo na execução do contrato.*

Nota-se que o texto da lei é genérico, servindo para todos os tipos de serviços, desde os mais complexos - obras e serviços de engenharia - até serviços mais simples, como locação de equipamentos e softwares de informática, caçamba para entulho e locação de veículos da frota, inclusive.

A necessidade de se exigir preposto no local dos serviços deve ser sopesada de acordo com o que se pretende contratar. A título exemplificativo, **não tem necessidade de se exigir preposto para fornecimento de sistema informatizado via WEB (internet)**. Isso porque, como já veementemente demonstrado, a natureza do serviço permite que o contato também seja feito através da *WEB*, sem que seja crucial o alocamento físico de um escritório.

Se for levar ao “pé da letra”, a prestação dos serviços ocorrerá em ambiente *WEB*, plataforma *on line*, sendo impossível, portanto, manter um preposto na internet, onde é o local do serviço. Neste tipo de serviço, o gestor pode operar o sistema de sua casa, da sede da Administração Pública, ou seja, de qualquer lugar do mundo, desde que tenha acesso à internet. Neste caso, novamente se questiona, onde deverá ser mantido o preposto?

Ainda que se requeira apenas um preposto com domicílio, de que o preposto não ficará lotado na sede da Contratante e de que a empresa não precisará de **filial no Estado de Mato Grosso do Sul – MS**, resta evidente que a contratada deverá adotar uma dentre as duas ações abaixo para cumprimento da exigência:

1. Transferir 01 funcionário arcando com todos os custos de transferência estabelecidos pela legislação trabalhista (aumento do custo);

**OU**

2. Contratar 01 funcionário, com pagamento de salários e reflexos, acrescido de treinamento do sistema para atender os eventuais “chamados” da Contratante (aumento de custo), **isso sem contar os gastos diretos, como locação de sala comercial, equipamentos e insumos, unicamente para aguardar por uma possível chamada.**

**Qual empresa, seja pública ou privada, contratará um funcionário para ficar em casa e trabalhar somente na eventualidade?** Claro que na hipótese de contratação de um funcionário para atuar localmente neste contrato, este deverá ficar em um escritório com toda infraestrutura para atender a Contratante.

Isso reforça e evidencia que a exigência do edital está fazendo com que as propostas fiquem mais onerosas ou, no caso, menos vantajosas, tendo em vista ser o critério de julgamento o de menor preço (entenda-se percentual de desconto).

Essa exigência constante do edital não atende, necessariamente, os princípios da finalidade e da eficiência, pelo contrário, viola diretamente os princípios da competitividade e da seleção da proposta mais vantajosa, cerne de toda licitação pública.

É nítido, portanto, que a cláusula em discussão não é efetiva e razoável, eis que atenta contra os princípios da seleção da proposta mais vantajosa e do caráter competitivo, podendo restringir a participação de empresa que não tenha escritório local. A gravidade de tal determinação é gritante, eis que, ao restringir a participação de alguma empresa, o princípio basilar da isonomia nas licitações públicas estará expressamente violado.

De qualquer modo, entende-se que referida exigência deve ser padronizada para os serviços em geral.

Nos casos de construção civil, ou serviços de engenharia, portaria, limpeza e congêneres, deve ser mantido preposto no local, pois, este deve acompanhar o desenvolvimento dos serviços que são prestados por seus funcionários *in loco*.

Entretanto, para o objeto licitado não existe a necessidade de se manter um preposto no município sede da Contratante, pois, **em caso de EVENTUAL problema no sistema, este atendimento por um preposto se dará instantaneamente, ainda que de forma remota** (acesso remoto – vocabulário utilizado na área da informática), o qual terá todas as condições de resolvê-lo.

Ainda que se tente argumentar a necessidade de um preposto em cada região do país, mostrar-se-ia inócua por diversos fatores, sendo um deles a mesma hipótese acima. Uma outra seria que a Contratada dispensará um custo para operacionalização desta exigência, pois precisará de locação de sala comercial, mobiliário e equipamentos de informática, treinamento, salário e custos indiretos, entre outros, **que serão embutidos no valor final da proposta**, não revelando proposta mais vantajosa, tendo em vista a desnecessidade de manter 01 escritório no Estado de Mato Grosso do Sul – MS.

De fato, podem existir casos em que haja a necessidade de filial ou um preposto **no local da execução** do contrato, porém, não é o que se observa do presente caso, situação totalmente dispensável. Isso porque, frisa-se, que os serviços de gerenciamento de abastecimento são prestados através de sistema via *WEB* (por meio da internet – *on line*), ou seja, basta ao usuário acessar o site da empresa contratada e inserir seus dados de *login* e senha, não havendo sequer a necessidade de instalação de *software* nos computadores da Contratante.

Em suma, após fazer o seu *login* o usuário acessará o sistema da contratada para gerenciar os abastecimentos ocorridos, efetuar as restrições, se houver, em ambiente *WEB*, sem a necessidade de contato entre os representantes da contratada e os do município.

De mesmo modo, a implantação ocorrerá de forma remota, com inserção de dados, confecção de cartões e credenciamento da Rede, sendo desnecessária a presença de um preposto na sede da Contratante.

Além disso, após a implantação do sistema, os contatos entre os representantes da Contratada e da Contratante, somente ocorrerão em casos excepcionais, quando falhas significativas ocorrerem, ou sempre que solicitado pelo servidor, situação que por si só demonstra o caráter desnecessário da referida exigência editalícia, afinal, em todos esses casos é possível agendar uma reunião.

Diante de tais circunstâncias, resta claro que a realização do objeto da contratação será à distância. Até mesmo porque toda a estrutura de tecnologia da informação por detrás do sistema ficará localizada de forma remota, e não fixo no **Estado de Mato Grosso do Sul - MS.**, tudo isso sem ocasionar nenhum problema para a execução contratual, sendo que todos os problemas técnicos serão resolvidos de forma remota.

Logo, quer seja por seus aspectos materiais ou estritamente jurídicos, a designação de preposto nas regiões exigidas é inútil ao fim a que se destina, afinal, **todas as correções e alterações sistêmicas serão efetivadas nas instalações da empresa contratada**, local onde se encontra o seu corpo técnico e os equipamentos necessários para tanto.

Cumpre destacar, a título de exemplo, que a PRIME possui contrato com inúmeros órgãos públicos espalhados por todo o país, no entanto, não possui filiais, prepostos ou funcionários espalhados por todo o território nacional, isto porque os serviços são realizados de forma remota, e a existência ou não de representante local em nada atrapalha a execução dos contratos.

Diante disso, não restam dúvidas que deve ser reavaliada a exigência contida no edital e anexos que exige preposto para atendimento na sede da Contratante por não



guardar relação com o princípio da economicidade, da razoabilidade e da isonomia, conforme previsto no art. 3º da, Lei n.º 8.666/93:

*Art. 3º - A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.*

*§ 1º É vedado aos agentes públicos:*

*I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991;*

Portanto, incontroverso que deverá ser excluída a exigência de preposto fixo no **Estado de Mato Grosso do Sul - MS.**, que tem a finalidade, neste caso, de frustrar a seleção da proposta mais vantajosa para a Contratante.

---

## V - DA VEDAÇÃO E LIMITAÇÃO DA TAXA DA REDE - INTERFERÊNCIA NAS RELAÇÕES DE DIREITO PRIVADO

---

Conforme salientado acima é possível constatar que a Administração tenta, novamente, de forma alheia às suas atribuições, limitar e interferir na relação comercial de direito privado estabelecida entre a empresa Gestora e seus estabelecimentos credenciados, que irão compor a sua rede. Vejamos:

*"e. A taxa máxima que poderá ser cobrada dos credenciados, pela CONTRATADA, não poderá ser superior a 11% (onze por cento) aplicado sobre os valores dos itens."*

Da leitura da referida cláusula, verifica-se que as licitantes devem obrigatoriamente não cobrar da Rede Credenciada taxa superior à 11%, exigência essa que é totalmente alheia à atividade da administração pública, e **nada mais é do que uma forma de a Administração interferir no livre comércio.**

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

Verifica-se que a Contratante quer, na verdade, limitar o poder de negociação das licitantes para com os estabelecimentos credenciados que compõem sua rede, invadindo o contrato que as mesmas possuem com terceiros, que sequer participam da licitação.

É de conhecimento público e notório que o serviço de gerenciamento nada mais é do que uma forma de quarteirização dos serviços, onde a Administração Pública contrata uma empresa especializada para servir de elo com a rede credenciada, servindo como forma de pagamento.

É inequívoco, portanto, que o que deve ser da preocupação da Administração Pública é a extensão de sua rede credenciada, por exemplo, e não o valor pactuado entre as empresas de gerenciamento e seus estabelecimentos conveniados, até mesmo porque estes estabelecimentos prestam serviços para outros clientes das Gerenciadoras, casos em que se justifica a cobrança de taxas de administração maiores que o imposto ilegalmente no edital.

Ademais, cumpre destacar que dentro dessa taxa devem as empresas de gerenciamento computar um percentual em caso de inadimplência da Administração Pública, o que não é raro de acontecer, afinal, toda a responsabilidade pelo pagamento da rede credenciada é da empresa CONTRATADA.

Deste modo, ao vedar a cobrança de taxa da rede credenciada, o órgão licitante invade a seara alheia, vez que a negociação entre rede credenciada e empresa de gerenciamento devem obedecer a regra do **livre comércio**, e esse acordo em nada lhe diz respeito, afinal, compete a ele tão somente garantir que um quantitativo mínimo de estabelecimentos solicitados sejam efetivamente credenciados.

**A presente limitação de taxa entre a futura contratada e seus credenciados é uma interferência que extrapola os limites da licitação**, por interferir em relações jurídicas do direito privado, cujo conteúdo obrigacional é estranho ao contrato administrativo e sofre naturalmente os influxos da livre concorrência, postulado da ordem econômica nacional (artigo 170, IV, da Constituição Federal).

Nesta vertente, **a Constituição Federal elenca, dentre outros, a livre iniciativa como fundamentos da República Federativa do Brasil**. Os artigos 170 a 181 da Carta Magna trazem as diretrizes que o Estado deve observar para desenvolver sua atividade de intervenção na ordem econômica, com fundamento nos princípios da soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, da redução das desigualdades regionais e sociais, pela busca do pleno emprego e pelo tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Quanto a esta interferência indevida da Administração Pública à livre concorrência, através de limitação de taxa contratada com empresas credenciadas, a Corte de Contas do Estado de São Paulo emitiu o seguinte entendimento:

*(...) **De igual maneira, procede a reclamação contra estipulação de limite máximo da taxa de administração cobrada de terceiros**, regra veiculada pelo item 8.1.b do instrumento, segundo a qual a proposta comercial deverá prever '(...) taxa de administração a ser cobrada de terceiros (fornecedores dos produtos alimentícios), que não poderá ser superior a 3,5% (três vírgula e meio por cento) (...) (TC-000858/006/09 Processo nº: 858/006/09 Matéria: EXAME PREVIO DE EDITAIS DE LICITACAO)*

O Douto Conselheiro Dr. Robson Marinho do TCE/SP, **em voto de caso análogo que tratou de limitação de taxa ao credenciado, proferiu o seguinte entendimento:**

***“por ser questão atinente à relação entre a contratada e os credenciados, não me parecendo apropriado a interferência do órgão licitante neste vínculo, impondo limites naquela fixação.”** (TCE/SP Tribunal Pleno – SEÇÃO MUNICIPAL Sessão: 15/12/2010 Exame Prévio de Edital – Julgamento - Processo nº: 1620/004/10)*

A Corte de Contas de São Paulo, não está só em seu posicionamento, eis que no mesmo diapasão, o E. Tribunal de Contas do Mato Grosso do Sul, em julgamento de caso

análogo, no qual a Prefeitura de Três Lagoas/MS limitou a taxa de administração a ser aplicada aos credenciados, prolatou a seguinte decisão:

11. – Destarte, *CONCEDO PARCIALMENTE A LIMINAR pleiteada, com fulcro no art. 56 e art. 57, inciso I, da Lei 160/2012, pela empresa-denunciante, saliente que a decisão poderá ser revista após a apresentação da defesa da denunciada (art. 148, § 1o, inciso III, do RITC/MS), nas seguintes condições:*

a) *decretar a suspensão do procedimento licitatório do Pregão Presencial no 079/2017 realizado pela Prefeitura Municipal de Três Lagoas – MS, em razão de supostas irregularidades no edital;*

b) *Determinar a que no prazo de 15 (quinze dias) corridos a denunciada corrija o edital de licitação nos seguintes termos: b1) **exclua a exigência contida no item "7.1", alínea "c.7", do edital de licitação que estabeleceu um percentual máximo a ser cobrada pela contratada da rede de estabelecimentos credenciados, porquanto, referida disposição é conflitante com as disposições do art. 3o, § 1o, inciso I, da Lei no 8666/93, por não guardar pertinência com o objeto contratado e interferir na relação jurídico-contratual de terceiros, regidos pela lei civil;** (TCE-MS - DENÚNCIA : DEN 143202017 MS 1.829.995) (Grifos nossos)*

Tal fato faz com que a referida obrigatoriedade desta exigência seja excessiva e fatalmente capaz de impedir o caráter competitivo do certame, vez que nas condições constantes no edital é plenamente possível que nenhuma licitante compareça na sessão pública, resultando no fracasso do certame.

Ao frustrar a competição, o órgão licitante está descumprindo os termos do artigo 3º, inciso II, da Lei n.º 10.520/02, bem como os dizeres do artigo 3º, § 1º, inciso I da Lei n.º 8.666/93 e, com isso, impedindo que seja alcançada a proposta mais vantajosa ao erário.

Além disso, referida situação colide com o preceituado pelo artigo 40, inciso X, da Lei de Licitações (Lei 8.666/93), que veda a imposição de valores mínimos, conforme se denota de seu texto, *ipsis litteris*:

*Art. 40. (...)*

*X - o critério de aceitabilidade dos preços unitário e global, conforme o caso, permitida a fixação de preços máximos e vedados a fixação de preços mínimos, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência, ressalvado o disposto nos parágrafos 1º e 2º do art. 48;*

Em caso semelhante, o TCE/MS assim se posicionou após denúncia da empresa PRIME:



Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul

Tribunal Pleno

**DELIBERAÇÃO AC00 - 2394/2018**

**PROCESSO TC/MS** : TC/23991/2017  
**PROTOCOLO** : 1864796  
**TIPO DE PROCESSO** : DENUNCIA  
**ÓRGÃO** : PREFEITURA MUNICIPAL DE PARAISO DAS AGUAS  
**DENUNCIANTE** : PRIME CONSULTORIA E ASSESSORIA EMPRESARIAL LTDA  
EPP  
**RELATOR** : CONS. IRAN COELHO DAS NEVES

**EMENTA: DENÚNCIA – EDITAL – SUPOSTAS EXIGÊNCIAS QUE DIRECIONARIAM A LICITAÇÃO – LIMITAÇÃO DA TAXA MÁXIMA DA REDE CREDENCIADA – AUSÊNCIA DE PERTINÊNCIA COM O OBJETO CONTRATADO – INTERFERÊNCIA NA RELAÇÃO JURÍDICO-CONTRATUAL DE TERCEIROS – LEI CIVIL – ADOÇÃO DO BANCO DE PREÇOS DO GRUPO NP (NEGÓCIO PÚBLICOS) COMO PARÂMETRO DOS VALORES PRATICADOS PELO MERCADO – NECESSIDADE DE PESQUISA DE PREÇOS DE FORMA AMPLA – ANULAÇÃO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO – PERDA DO OBJETO – ARQUIVAMENTO.**



Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul

Tribunal Pleno

A empresa-denunciante se insurge contra os itens “12.28”, “12.25” e “12.24”, do edital de licitação, vejamos:

**“12.28. Não cobrar taxa de adesão ao sistema e cobrar no máximo 7% (sete por cento) sobre os serviços, referente a taxa de administração das empresas credenciadas.**

Essa relação jurídica-contratual, entre a gerenciadora de serviços e a executora (rede credenciada), está fora do âmbito jurídico-contratual da relação a ser posta, entre a contratada (gerenciadora) e administração pública (contratante), porquanto, aquela relação trata-se de contrato de prestação de serviços a ser regido pela lei civil.

Por isso, a exigência contida no edital, em seu item “12.28” é conflitante com as disposições do art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei nº 8666/93, por não guardar pertinência com o objeto contratado e interferir na relação jurídico-contratual de terceiros, regidos pela lei civil.



Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul

Tribunal Pleno

(contratada) e os executores dos serviços (rede credenciada) que é regida por normas de direito privado.

Essa relação jurídica-contratual, entre a gerenciadora de serviços e a executora (rede credenciada), está fora do âmbito jurídico-contratual da relação a ser posta, entre a contratada (gerenciadora) e administração pública (contratante), porquanto, aquela relação trata-se de contrato de prestação de serviços a ser regido pela lei civil.

Por isso, a exigência contida no edital, em seu item “12.28” é conflitante com as disposições do art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei nº 8666/93, por não guardar pertinência com o objeto contratado e interferir na relação jurídico-contratual de terceiros, regidos pela lei civil.

O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo também se posicionou da seguinte forma:

**2.4 Inadequado, outrossim, o critério de adjudicação estabelecido, qual seja, o de menor taxa de administração a ser cobrada dos comerciantes cadastrados e sua limitação a 4,5%.**

*Por óbvio, a remuneração das empresas que gerenciam benefícios possui como uma das fontes principais de receita os percentuais administrativos cobrados dos estabelecimentos comerciais.*

*Ainda que seja compreensível a preocupação do Administrador em resguardar os comerciantes locais da cobrança de taxas abusivas pela empresa que irá administrar o “Cartão Servidor Cidadão”, a fixação de limite máximo constitui ingerência da Administração sobre negócio entre particulares, sem qualquer amparo legal.*

*Além disso, a matéria não é inédita nesta Corte que, nos autos do TC-40780/026/10 e TC-1620/004/10, em sessão Plenária de 15-02-10, Relator Conselheiro ROBSON MARINHO, quando da análise de edital com idêntico objeto, já se posicionou pela inadequação daquele repasse por falta de amparo legal.*

*Sobre o assunto, destaco que este Plenário, nos autos do TC-40780/026/10 e TC-1620/004/10, em sessão de 15-02-10, quando da análise de edital com idêntico objeto, assim consignou:*

*“No entanto, analisando de forma mais acentuada, já que a dilação probatória e a suspensão do certame me permitiram esta reflexão no presente caso – entendo que tanto o repasse de 2% como também a limitação Da taxa De administração, Ainda que direcionadas à vencedora, merecem reparos, pelos seguintes motivos: a primeira, porque carece de amparo legal, e a segunda por ser questão atinente à relação entre a contratada e os credenciados, não me parecendo apropriado a interferência do órgão licitante neste vínculo, impondo limites naquela fixação.*

*A propósito, relembro excerto do r. voto do Eminentíssimo Conselheiro Renato Martins Costa sobre o tema, acolhido pelo Plenário na sessão do dia 24/6/2009, nos autos do TC-858/006/09, como segue:*

**‘[...] De igual maneira, procede a reclamação contra estipulação de limite máximo da taxa de administração cobrada de terceiros, regra veiculada pelo item 8.1.b do instrumento, segundo a qual a proposta comercial deverá prever ‘(...) taxa de administração a ser cobrada de terceiros (fornecedores dos produtos alimentícios), que não poderá ser superior a 3,5% (três vírgula e meio por cento) (...)’. Sem embargo da elogiável preocupação de se garantir as melhores Condições de compra para os futuros beneficiários desta contratação – na medida em que se alega ser tal requisito responsável pelo credenciamento de fornecedores de grande porte – entendo que essa disposição realmente extrapola os limites da atividade de produção de regras da licitação, por interferir em relações jurídicas do direito privado, travadas entre a licitante vencedora e terceiros, cujo conteúdo obrigacional é estranho ao contrato administrativo e sofre naturalmente os influxos da livre concorrência, postulado da ordem econômica nacional (artigo 170, IV, da Constituição Federal)’.** (Grifei)

*Nesse mesmo sentido é que, também, julgo indevida a adoção, como critério de julgamento, de taxa de administração cobrada do estabelecimento comercial credenciado à contratada.*

[...]

*2.11 Posto isto, circunscrito estritamente às questões analisadas, considero parcialmente procedentes as impugnações, determinando que a Administração, querendo dar seguimento ao certame, adote as medidas corretivas pertinentes para dar cumprimento à lei, especialmente para:*

[...]

b) *Abolir o limite fixado para a taxa de administração a ser cobrada dos estabelecimentos credenciados;*  
(TRIBUNAL PLENO - SESSÃO DE 29-04-15- MUNICIPAL - Processos: TC-006061.989.14-1 / TC-006109.989.14-1 / TC-006218.989.14-3 - Sala das Sessões, 29 de abril de 2015. CONSELHEIRO SIDNEY ESTANISLAU BERALDO)

Em decisão recente proferida pelo ilustre Juízo da Comarca de Itambé, estado de Pernambuco, no processo nº 0000392-60.2019.8.17.2770, **restou decidido pela constatação de ilegalidade presente na exigência de limitação de taxas da rede credenciada, conforme a seguir se observa:**

*Visto, Cuida-se de pedido de liminar em mandado de segurança impetrado por Prime Consultoria e Assessoria Empresarial Ltda. em face da Secretária de Administração do Município de Itambé, visando a suspensão do edital do pregão nº 008/2019, relativo ao processo licitatório (...)*

*Requeru a impetrante, ao final, a concessão de medida liminar para suspender o processo licitatório até o julgamento de mérito ou alteração das irregularidades do edital pela autoridade coatora.*

*Decido. Busca a impetrante suspender o procedimento licitatório nº 012/2019, cuja abertura das propostas está marcada para o dia 18 de julho de 2019. (...)*

*Realmente, o edital do pregão presencial nº 008/2019 apresenta-se com vícios que violam princípios constitucionais e comandos da Lei de Licitação, restando presente a plausibilidade nas alegações da impetrante. Com efeito, mostra-se, neste momento, abusiva e ilegal a restrição ao fixar limites máximos da taxa de administração e de credenciamento (itens do edital de nºs 14.1 e 14.2), já que, de fato, interfere nas relações negociais entre entes privados. No caso, não se apresenta claro o motivo do Poder Público regular questão diretamente ligada a livre negociação entre partes privadas, já que o pagamento da rede de prestadores de serviço é da responsabilidade direta da vencedora da licitação e não do ente público. Além disso, tal medida gera restrições tanto na capacidade de negociação no momento do credenciamento da rede prestadora de serviços pela empresa vencedora da licitação, quanto a negociação de melhores condições financeiras, podendo gerar, ao final, aumento dos custos para a formação e manutenção da rede de prestadores de serviços e, assim, a inviabilidade econômica ou redução da lucratividade do contrato firmado com o Município de Itambé. Logo, por violar a livre negociação entre entes privados, tal medida se mostra violadora do princípio da legalidade (...)*

*Ante o exposto, com base no art. 7º, inc. III, da Lei nº 12.016/09, defiro o pedido de liminar postulado pela impetrante para SUSPENDER o edital do pregão presencial nº 008/2019, relativo ao procedimento licitatório nº 012/2019, em razão das ilegalidades acima mencionadas, até o julgamento definitivo do mérito da lide ou da mudança dos termos sub judice do edital, sob pena de pagamento de multa diária de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), sem prejuízo das sanções administrativas, cíveis e penais.*

Ainda, **o ilustre Juiz da Comarca de Poção, estado do Pernambuco, também proferiu decisão no mesmo sentido, no processo de nº 0000198-17.2019.8.17.3140:**

*Cuida-se de pedido de liminar em mandado de segurança impetrado por Prime Consultoria e Assessoria Empresarial Ltda. em face da Pregoeira de Licitação*

do Município de Poção/PE, visando a suspensão dos editais dos pregões nºs 013/2019 e 015/2019, relativos aos processos licitatórios nºs 027/2019/FMS e 019/2019/FMS, respectivamente, do Município de Poção/PE. (...)

Alega, continuando, que o edital possui diversas irregularidades, que violam princípios constitucionais e regras legais, devendo, então, serem anulados esses pontos irregulares.(...)

Requeru a impetrante, ao final, a concessão de medida liminar para suspender o s processos licitatórios até o julgamento de mérito ou alteração das irregularidades do edital pela autoridade coatora.

Numa análise perfunctória da questão, própria da tutela de urgência, entendo ser cabível a concessão da medida liminar.

É que, realmente, o edital dos pregões presenciais nºs 013/2019 e 015/2019 apresentam-se com vícios que violam princípios constitucionais e comandos da Lei de Licitação, restando presente a plausibilidade nas alegações da impetrante.

Com efeito, mostra-se, neste momento, abusiva e ilegal a restrição ao fixar limites máximos da taxa de administração e de credenciamento (itens dos editais de nºs 8.1 e 8.3), já que, de fato, interfere nas relações negociais entre entes privados.

No caso, não se apresenta claro o motivo do Poder Público regular questão diretamente ligada a livre negociação entre partes privadas, já que o pagamento da rede de prestadores de serviço é da responsabilidade direta da vencedora da licitação e não do ente público.

Ante o exposto, com base no art. 7º, Inciso III, da Lei nº 12.016/09, defiro o pedido de liminar postulado pela impetrante para SUSPENDER os editais dos pregões presenciais nºs 013/2019 e 015/2019, relativos aos procedimentos licitatórios nºs 027/2019/FMS e 019/2019/FMS, em razão da ilegalidade acima mencionada, até o julgamento definitivo do mérito da lide ou da mudança dos termos sub judice do edital, sob pena de pagamento de multa diária de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), sem prejuízo das sanções administrativas, cíveis e penais.

Sendo assim, a citada cláusula deve ser excluída, tendo em vista a evidente ilegalidade e gritante interferência na relação comercial e privada entre Gerenciadora e Rede Credenciada por parte da Administração Pública.

---

## VI- DO PEDIDO

---

Por todo o exposto, requer se digne o (a) i. pregoeiro (a) a **JULGAR PROCEDENTE A PRESENTE IMPUGNAÇÃO** a proceder as seguintes alterações:



- i. Alterar o edital para conter itens que estejam de acordo com a legislação, jurisprudência e os princípios licitatórios.
- i. Republicar os termos do edital, reabrindo-se os prazos legais, conforme determina a lei.

Termos em que pede deferimento

Santana de Parnaíba/SP, 23 de novembro de 2023.

---

**PRIME CONSULTORIA E ASSESSORIA EMPRESARIAL LTDA.**

EMANUELLE FRASSON - OAB/SP 480.843