

ILUSTRÍSSIMO(A) SENHOR(A) PREGOEIRO(A) DA BADESUL DESENVOLVIMENTO S.A – AGÊNCIA DE FOMENTO/RS.

ASSUNTO: IMPUGNAÇÃO DE EDITAL
REPRESENTANTE: BK INSTITUIÇÃO DE PAGAMENTO LTDA
REPRESENTADO: BADESUL DESENVOLVIMENTO S.A – AGÊNCIA DE FOMENTO/RS.
PROCESSO Nº. 22/4000-0000333-1
PREGÃO Nº. 0020/2022

BK INSTITUIÇÃO DE PAGAMENTO LTDA, inscrita no CNPJ nº 16.814.330/0001-50, com sede na Avenida Marcos Penteados de Ulhôa Rodrigues, nº. 939, Andar 8, Torre 1 – Edifício Tamboré, CEP 06.460-040, na cidade de Barueri, Estado de São Paulo, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, apresentar **IMPUGNAÇÃO AO EDITAL, com fundamento no §1º e §3º, do art. 41 da Lei 8.666/93, pelos motivos de fato e de direito que passa a expor.**

1- DA TEMPESTIVIDADE

A data de início para abertura das propostas está prevista para o dia 28/11/2022.

As impugnações podem ser apresentadas até 05 (cinco) dias úteis antes da data fixada para recebimento da proposta, nos termos do item 12.1 do edital.

Deste modo, a presente representação da Impugnação ao Edital, nesta data 23/11/2022, é tempestiva.

2- DA EXIGÊNCIA DE REDE NOMINAL.

No item 11.2 do Edital, é exigido que os licitantes garantam o credenciamento de determinadas redes. Vejamos:

“11.2. A licitante deverá comprovar a existência de no mínimo 4 convênios junto às grandes redes de supermercados Carrefour, Big, Zaffari, Bourbon, Asun, Rissul e Atacadão.”

Ocorre que, tal exigência é completamente ILEGAL e caracteriza uma violação aos princípios norteadores do processo licitatório, tendo em vista que gera um direcionamento do objeto licitado.

A realização do certame na forma ora apresentada, fere o principalmente o princípio da IGUALDADE e da COMPETITIVIDADE, pois a manutenção dos estabelecimentos nominados indica a escolha e preferência por determinadas “MARCAS” afrontando a Lei de Licitações, além de impor compromissos a terceiros alheios à disputa, comprometendo assim, a ISONOMIA da disputa e a COMPETITIVIDADE que se espera certame.

Vejamos o entendimento Tribunal de Contas da União quanto a exigência de rede nominal:

Identificação

Acórdão 99/2005 - Plenário

Número Interno do Documento

AC-0099-04/05-P

Ementa

Representação formulada por deputado distrital. Possíveis irregularidades praticadas no âmbito do Ministério da Fazenda. Licitação. Excesso de descrição do objeto. Julgamento por preço global para itens diferentes. Indicação da marca do produto licitado. Cotação de serviços estranhos ao objeto. Exigências indevidas no edital. Contratação irregular de pessoal. Utilização indevida de veículo. Exploração de restaurante e lanchonete do Ministério de forma gratuita e sem procedimento licitatório prévio. Obtenção de vantagens pessoais perante a empresa contratada. Conhecimento. Audiência. Determinação.

- Licitação de objeto de natureza divisível. Considerações.

4.6.4 Conclusão

Diante da análise acima apresentada, concluímos que prosperam parcialmente as alegações do Representante em relação a este pregão. A indicação da marca do processador contrariou dispositivos da Lei nº 8.666/93 e pode ter restringido a competição neste certame, o que enseja o cancelamento do processo licitatório e do

respectivo contrato e a aplicação de multa prevista no inciso II do art. 58 da Lei Orgânica deste Tribunal. 4. Antecipadamente, saliento que a descrição minuciosa ou a indicação de marca podem conduzir a uma inaceitável restrição à competitividade do certame. Esta Corte já deliberou nesse sentido quando da prolação do Acórdão 1523/2003 - Plenário:

“9.2.3. a indicação de marca na especificação de produtos de informática pode ser aceita frente ao princípio da padronização previsto no art. 15, I, da Lei 8.666/93, desde que a decisão administrativa que venha a identificar o produto pela sua marca seja circunstanciadamente motivada e demonstre ser essa a opção, em termos técnicos e econômicos, mais vantajosa para a administração;”

a) Nesse mesmo sentido o item 9.6.1 do Acórdão 2844/2003 - Primeira Câmara, do qual fui Relator: “9.6.1. evitar a indicação de marcas de produtos para configuração do objeto, quando da realização de seus certames licitatórios para a aquisição de bens de informática, a não ser quando legalmente possível e estritamente necessária para atendimento das exigências de uniformização e padronização, sempre mediante justificativa prévia, em processo administrativo regular, no qual fiquem comprovados os mencionados requisitos;”

6. Os elementos a serem trazidos aos autos pelos responsáveis, em sede de audiência, permitirão obter subsídios que possam justificar tais condutas ou avaliar sua culpabilidade nas falhas detectadas. Por conseguinte, é pertinente a proposta da unidade técnica.

Acórdão 3513/2011 - Primeira Câmara

A exigência do Banco Central do Brasil quanto à apresentação prévia da rede credenciada vai de encontro às determinações do Tribunal. Portanto, considero que as justificativas apresentadas pelos Srs. Luciano Iannini Cotta (Pregoeiro do Banco Central do Brasil) e Fernando Luís Neves (Gerente-administrativo Regional do Banco Central do Brasil) não foram suficientes para considerar o procedimento adotado como adequado, sob o ponto de vista da restrição à competitividade.

(...)

De fato, a precisa análise promovida nos autos deixou transparecer a presença das irregularidades apontadas pela representante, em especial aquela que exige, na habilitação, a apresentação da relação de estabelecimentos em conjunto com a proposta, questões que ensejam a adoção, por parte do BACEN, de medidas

corretivas tendentes a excluí-las quando do lançamento de novos editais para a contratação de serviços da espécie.

(...)

É de se ressaltar que as questões ora tratadas não apresentam novidade. Ocorrências semelhantes foram observadas em editais de licitação lançados por outras unidades integrantes da Administração Pública Federal e foram objeto de expedição de orientações que hoje formam jurisprudência pacífica no âmbito deste Tribunal.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão da Primeira Câmara, em:

9.1. conhecer da presente Representação, nos termos do art. 237, inciso VII, do RI/TCU, para, no mérito, considerá-la procedente;

9.2. nos termos dos arts. 43, I, da Lei nº 8.443/92, e 250, II, do RI/TCU, determinar ao Banco Central do Brasil/BACEN que, caso persista a necessidade da contratação, se abstenha de prorrogar o Contrato nº BACEN/ADBHO nº 454/2011, decorrente do Pregão Eletrônico nº ADBHO 16/2011, promovendo nova licitação, imediatamente após o seu encerramento, escoimada da irregularidade ali detectada, qual seja, a exigência de comprovar, ainda na fase de habilitação/classificação de propostas, que a licitante possui rede credenciada de oficinas multimarcas/centros automotivos/concessionárias e distribuidoras de autopeças e pneus, bem como rede credenciada de postos de combustível de bandeira, por ser restritiva à competitividade, contrariando o disposto no art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993;

Ata 46/2010 – Plenário

Sessão 24/11/2010

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, ante as razões expostas pelo Relator, e com fundamento nos arts. 237, inciso VII, e 250, inciso II, do Regimento Interno/TCU, em:

9.3. determinar à Amazonas Distribuidora de Energia S.A. que adote as providências que se fizerem necessárias para restabelecer a competitividade no Pregão Eletrônico nº 387/2010, podendo ser levadas em consideração, para tanto, as sugestões feitas pela unidade técnica deste Tribunal na segunda instrução dos autos, reproduzidas nos subitens abaixo, atentando que as exigências de rede credenciada não podem feitas como critério de

habilitação na licitação, devendo ser dirigidas somente à futura contratada:

9.3.1. excluir o subitem 4.1.1.5.1.3 do edital do Pregão Eletrônico nº 387/2010, consistente na exigência de os interessados apresentarem relação de estabelecimentos comerciais credenciados junto à licitante, informando a razão social, CNPJ e endereço, a fim de possibilitar o reinício do certame, com abertura de novo prazo legal para que os interessados prepararem suas propostas;

9.3.2. fazer constar a exigência de comprovação de rede credenciada apenas na fase de contratação, com estabelecimento de um prazo razoável para que a vencedora do certame credencie os estabelecimentos comerciais das localidades onde os funcionários da estatal estejam lotados;

Acórdão 2581/2010 - Plenário

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1 conhecer da presente representação, com amparo no inciso VII do artigo 237 do Regimento Interno do TCU, combinado com o § 1º do artigo 113 da Lei 8.666/93, para, no mérito, considerá-la procedente;

9.2. fixar o prazo de quinze dias, com fundamento no artigo 71, inciso IX, da Constituição Federal c/c o artigo 45 da Lei 8.443/92, para que Sesc/SP adote as medidas necessárias à anulação do Pregão Presencial PP S 14/2010 no que diz respeito ao lote 1 - fornecimento de vale refeição;

9.3. determinar ao Sesc/SP, com fulcro no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/92 e inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal (princípio da isonomia), que, nas próximas contratações de serviço de fornecimento de vales refeição para suas unidades, faça constar a exigência de comprovação de rede credenciada próxima às unidades do Sesc/SP apenas na fase de contratação, com estabelecimento de prazo para que a vencedora do certame credencie os estabelecimentos comerciais localizados nas imediações das unidades a serem atendidas;

Acórdão 842/2010 – Plenário. Dou 07/05/2010.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, e diante das razões expostas pelo Relator, com fundamento no art. 43 da Lei nº 8.443/92 e art. 237, inciso VII, do Regimento Interno do Tribunal c/c o art. 113, § 1º, da Lei nº 8.666/93, em:

- 9.1. conhecer da presente representação;
- 9.2. indeferir o pedido de medida cautelar para a suspensão do certame;
- 9.3. no mérito, considerar a representação procedente;
- 9.4. determinar à Eletronuclear que, em novas licitações, observe o disposto no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal e o art. 30, § 5º, da Lei nº 8.666/93, deixando de fazer exigências dispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações, em especial a de comprovação de atividade em local específico para a qualificação técnica do licitante, que restringe a competitividade do certame e fere a sua isonomia

Ademais, tal exigência é tão grave, que é tese de súmula do Tribunal de Contas de São Paulo:

SÚMULA Nº 15 - Em procedimento licitatório, é vedada a exigência de qualquer documento que configure compromisso de terceiro alheio à disputa.

Diante disto, tal exigência editalícia, nos remete a competição de determinadas empresas que já possuem tais redes especificadas no ato convocatório, com o favorecimento destas empresas a Administração fere o princípio da isonomia, destacado no art. 3º da Lei 8.666/93.

As cláusulas presentes em um edital convocatório devem apresentar exigências realmente necessárias para a execução do serviço buscando uma prestação de boa qualidade, a Administração pode exigir o credenciamento de supermercados e hipermercados, porém não se pode exigir o credenciamento de um estabelecimento específico.

Nesse sentido, cabe trazer à discussão o teor do artigo 3º, § 1º, inciso I, do da Lei 8.666/93:

*“§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;”*

Deste modo, deve-se evitar qualquer exigência irrelevante e destituída de justificativa, que restrinja a competição.

Acerca do tema, ensina Hely Lopes Meirelles:

“(...) é princípio impeditivo da discriminação entre os participantes do certame, quer através de cláusulas que, no Edital ou convite, favoreçam uns em detrimento de outros, quer mediante julgamento faccioso, que desigule os iguais ou iguale os desiguais (artigo 3º, §1º). O desatendimento a este princípio constitui a forma mais insidiosa de desvio de poder, com que a Administração quebra a isonomia entre os licitantes, razão pela qual o Judiciário tem anulado editais e julgamentos em que se descobre a perseguição ou o favoritismo administrativo, sem nenhum objetivo ou vantagem do interesse público.” (Direito Administrativo Brasileiro, 27ª ed., Malheiros Editora, 2002, p. 262)

Portanto, toda licitação deve permitir e facilitar o ingresso do maior número possível de participantes, para que possa obter, realmente, a proposta mais vantajosa para a Administração.

Justamente por isso o Prof. Diógenes Gasparini em palestra no Tribunal de Contas do Município de São Paulo lecionou:

“O princípio da competitividade é, digamos assim, a essência da licitação, porque só podemos promover esse certame, essa disputa, onde houver competição. É uma questão lógica. Com efeito, onde há competição, a licitação não só é possível, como em tese, é obrigatória; onde ela não existe a licitação é impossível. (...) Em suma, o princípio da competitividade de um lado exige sempre em que se verifique a possibilidade de se ter mais de um interessado que nos possa atender, que nos possa fornecer o que desejamos. Essa constatação determina ou não a promoção da licitação. Portanto, a competição é exatamente a razão determinante do procedimento da licitação, mas ele tem uma outra faceta que muitas vezes é despercebida pelo operador do Direito. Se a competição é a alma da licitação, é evidente que quanto mais licitantes participarem do evento licitatório, mais fácil será à Administração Pública encontrar o melhor contratado. Sendo assim, deve-se evitar qualquer exigência irrelevante e destituída de interesse público, que restrinja a competição. Procedimento dessa natureza viola o princípio da competitividade. Observe-se a seguinte situação: para demonstrar que alguém tem capacidade técnica para executar uma determinada obra não precisamos de 5, 8, 10 ou mais atestados de capacidade técnica, basta um, desde que a capacidade técnica atestada seja similar à necessária à execução do

objeto que pretendemos. Qual é o problema? Se exigirmos mais, quando não é necessário, pode ocorrer que alguns licitantes com plena capacidade técnica para executar o objeto da licitação sejam alijados do procedimento, pois não têm todos esses atestados. É uma exigência, portanto, que afronta o princípio da competitividade e a todo custo deve ser evitada.”

Por todo exposto, é nítido que a exigência de rede nominal no instrumento convocatório, configura claramente o direcionamento do objeto licitado, e compromete a lisura do certame, indo contra aos princípios que regem todo processo licitatório.

3- DA VEDAÇÃO A APRESENTAÇÃO DE TAXA NEGATIVA

A Representante é empresa que atua no ramo de fornecimento de Cartão Alimentação e Refeição, com ampla experiência na prestação de serviços à órgãos públicos, participando ativamente de processos licitatórios.

Tomou conhecimento que a **COMPANHIA DE SANEAMENTO DE ALAGOAS – CASAL** publicou Edital cujo objeto é *“Contratação de empresa de empresa especializada na prestação de serviços de gerenciamento, implantação e administração de cartão alimentação, por meio de cartão em PVC, magnético ou eletrônico, que irão possibilitar a aquisição de alimentos pelos empregados da CASAL, através de estabelecimentos credenciado.”*

Contudo, referido Edital contém cláusula que proíbe a apresentação de proposta com Taxa Negativa, com fundamento na Lei nº. 14.442/2022¹.

“3.1.2 A taxa de administração a ser ofertada pelas empresas interessadas deverá ser obrigatoriamente 0 (zero por cento).”

No entanto, a administração pública deve permitir a Taxa Negativa, pois caso contrário, estará incorrendo em flagrante ilegalidade.

Expliquemos.

No mercado de fornecimento de Cartão Alimentação e Refeição, é praxe que a grande maioria das empresas que participam de licitações, ofertem Taxa Administrativa Negativa, ou seja, conceda um desconto sobre o valor do crédito dos cartões.

Registra-se que a Taxa Negativa não implica em proposta inexequível, pois é sabido que as empresas fornecedoras de cartão possuem outras fontes de aferir lucro, como

¹ Lei 14.442/2022: Art. 3º **O empregador, ao contratar pessoa jurídica para o fornecimento do auxílio-alimentação de que trata o art. 2º, não poderá exigir ou receber: I - qualquer tipo de deságio ou imposição de descontos sobre o valor contratado; II - prazos de repasse ou pagamento que descaracterizem a natureza pré-paga dos valores a serem disponibilizados aos trabalhadores; ou III - outras verbas e benefícios diretos ou indiretos de qualquer natureza não vinculados diretamente à promoção de saúde e segurança alimentar do trabalhador, no âmbito de contratos firmados com empresas emissoras de instrumentos de pagamento de auxílio-alimentação.**

Taxa de Administração sobre as operações dos estabelecimentos, Taxa de Antecipação, Taxa de operação do sistema Portal Web, Tarifa de locação de equipamento de captura (POS), Tarifa (TED) sobre transferência de valores da conta digital, bem como pela oferta de Serviços de Valores Agregados (SVA), como seguros em gerais, operação de crédito, folha de pagamento, desconto de boletos, etc.

Ou seja, a Taxa Negativa é prática comum no mercado de fornecimento de Cartão Alimentação, o que se revela vantajoso para os órgãos públicos, que recebem um desconto sobre o valor do crédito dos cartões, gerando enorme economia ao erário, bem como se revela vantajoso para empresa, que expande sua rede credenciada bem como prospecta novos clientes da iniciativa privada, ampliando sua área de atuação.

Com a proibição da Taxa Negativa, TODAS as empresas licitantes ofertarão proposta com o mínimo possível, qual seja, Taxa 0%, como já vem ocorrendo em diversas licitações.

Com isso, os órgãos públicos não terão o desconto no valor do crédito e não aferirão a economia aos cofres públicos, o que afronta o princípio da seleção da proposta mais vantajosa, como preceitua art. 31 da Lei 13.303/2016.

Por conseguinte, na medida em que TODAS as empresas ofertam proposta com Taxa 0%, ocorrerá o empate, e a administração se socorrerá do sorteio, como critério de desempate.

Neste cenário, TODAS as licitações que objetivarem o fornecimento de Cartão Alimentação e Refeição, serão julgadas mediante “sorteio”, o que não se pode admitir, haja vista que “sorteio” é critério de desempate, e não critério de julgamento, havendo claro descumprimento ao art. 54, da Lei 13.303/2016, em que não prevê “**sorteio**” como critério de julgamento.

Apenas por estas premissas, já é possível afirmar que no mercado de fornecimento de Vale Alimentação/Refeição, **o regular processo licitatório**, que se pauta na isonomia, na competitividade e na seleção da proposta mais vantajosa, **simplesmente deixará de existir**.

Mas não é só isso, pois analisando a MP 1.108/2022, convertida na Lei nº. 14.442/2022, verifica-se também que a sua abrangência não é ampla e sua aplicação não é absoluta.

Além disso, verifica-se que a Lei nº. 14.442/2022 não tem aplicabilidade no âmbito da administração pública, pois a finalidade da norma é alcançar as empresas beneficiárias do PAT – Programa de Alimentação do Trabalhador, pois a justificativa da norma é impedir que as empresas se beneficiem duplamente, ou seja, com o incentivo fiscal do PAT e com o desconto dado pelas fornecedoras de cartão, conforme consta na Exposição de Motivos da referida MP. Contudo, os órgãos públicos, ainda que inscritos no PAT, não são beneficiários do incentivo fiscal.

Verifica-se ainda, aparente conflito de normas entre a Lei nº. 14.442/2022 e as Leis 8.666/93 e 13.303/2016, pois a limitação da taxa imposta pela MP vai contra os princípios basilares da licitação, quais sejam, competitividade e seleção da proposta mais vantajosa, especialmente, na modalidade Pregão, que prevê a etapa de disputa, mediante a oferta melhores lances. E neste ponto, cabe asseverar que as leis que regulamentam as contratações públicas são especiais, e segundo critério da especialidade previsto no art. 2º da LICC, as normas especiais prevalecem sobre as gerais.

Não bastasse isso, a Lei nº. 14.442/2022 é passível de ter a sua inconstitucionalidade declarada, pois na medida que impõe restrições às relações comerciais e econômicas, fere o princípio constitucional da liberdade econômica e da livre iniciativa e concorrência, insculpido no art. 170 da Constituição Federal, e ainda o art. 173, §4º, que dispõe que a lei reprimirá a eliminação da concorrência.

Como se observa, há uma série de fatores que conduzem à inaplicabilidade do art. 3º da Lei nº. 14.442/2022 aos órgãos públicos. No entanto, para melhor elucidar o Íncrito Conselheiro, analisaremos cada tema individualmente, à luz do ordenamento jurídico vigente.

3.1- DA VIOLAÇÃO ÀS DISPOSIÇÕES DA LEI 8.666/93

Não obstante o edital ser completamente silente quando a fundamentação legal que irá reger a contratação, já que não faz menção a Lei Geral de Licitações e nem a Lei que rege a contratação publica via pregão, qual se já, a Lei nº. 10.520/2002.

Como se sabe, a Lei 8.666/93, que disciplina as contratações públicas, estabelece que o processo licitatório se destina à seleção da proposta mais vantajosa para a administração. Vejamos:

*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.*

Na lição de Marçal Justen Filho, “a maior vantagem se caracteriza quando a Administração assume o dever de realizar a prestação menos onerosa e o particular obriga-se a realizar a melhor e mais completa prestação”²

Pois bem.

² FILHO, Marçal Justen. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14.ª ed. São Paulo: Dialética. 2010, p. 66.

No ramo de fornecimento de Vale Alimentação/Refeição, a proposta mais vantajosa decorre da Taxa Negativa, pois as empresas concedem um desconto no crédito dos cartões, gerando enorme economia aos cofres públicos, recurso este que pode ser revertido a outras políticas públicas.

A título de exemplo, colacionamos as atas das licitações da Prefeitura de Paula Freitas-PR, Prefeitura de Curiúva-PR e Prefeitura de Paulínia-SP, em que TODAS as licitantes ofertaram Taxa Negativa, e as vencedoras contrataram com Taxa de -16%, -9,05% e -6,30%, respectivamente. Vejamos:

Prefeitura de Paula Freitas – PR (Doc. 01):

PREFEITURA MUNICIPAL DE PAULA FREITAS - PR
PAULA FREITAS-PR

ATA DE HOMOLOGAÇÃO

PREGÃO ELETRÔNICO Nº 24/2022
Processo Administrativo Nº 36/2022
Tipo: AQUISIÇÃO
PREGOEIRO: TADEU RAFAEL CORDEIRO
Data de Publicação: 24/03/2022 16:29:25

LOTE 1 - HOMOLOGADO - 06/05/2022 09:16:41

VALE ALIMENTAÇÃO na forma de Cartão Eletrônico com chip e Senha,

VALORES UNITÁRIOS FINAIS

Item: 1	Unidade: UN	Marca: propria	Modelo: propria
Descrição: Gerenciamento e confecção e fornecimento de cartão eletrônico equipado com chip eletrônico ou tarja magnética, que realize captura, roteamento, transmissão e processamento de transações financeiras na função débito, com recargas mensais, sistema de controle de saldos e senha pessoal e intransferível, para validação das transações pelo usuário. Obrigatório rede de no mínimo 00(seis) estabelecimentos comerciais credenciados dentro do município de Paula Freitas.			
Quantidade: 1	Valor Unit.: -16,00		Valor Total: -16,00

CLASSIFICAÇÃO

Razão Social	Num Documento	Oferta Inicial	Oferta Final	ME
1 BPF CARTÕES LTDA	073 02.030.078/0001-84	-0,01	-16,00	Sim
2 BERLIN FINANCE MEIOS DE PAGAMENTOS EIRELI	017 16.814.330/0001-50	-0,10	-15,15	Não
3 MEGA VALE ADMINISTRADORA DE CARTÕES E	065 21.922.507/0001-72	-0,01	-8,97	Sim
4 VEROCHQUE REFEIÇÕES LTDA	002 06.344.497/0001-41	-1,00	-7,80	Não
5 LE CARD ADMINISTRADORA DE CARTÕES LTDA	021 19.207.352/0001-40	-1,00	-6,50	Não
6 BIQ BENEFÍCIOS LTDA	062 07.878.237/0001-19	0,01	-5,99	Não
7 PERSONAL NET TECNOLOGIA DE INFORMAÇÃO	029 00.687.900/0002-04	1,00	-0,05	Não
8 M&S SERVIÇOS ADMINISTRATIVOS LTDA	054 26.069.189/0001-62	0,01	0,00	Não
9 GREEN CARD S/A REFEIÇÕES COMERCIO E	048 92.559.830/0001-71	0,01	0,01	Não
10 MEUVALE GESTAO ADMINISTRATIVA LTDA	092 18.678.159/0001-25	0,01	0,01	Não
11 MH ADMINISTRADORA DE CARTOES	044 34.180.727/0001-10	1,00	1,00	Não

Prefeitura de Curiúva – PR (Doc. 02):

PREFEITURA MUNICIPAL DE CURIÚVA - PR
CURIÚVA-PR

ATA DE HOMOLOGAÇÃO

PREGÃO ELETRÔNICO Nº 14/2022
Processo Administrativo Nº 27/2022
Tipo: AQUISIÇÃO
PREGOEIRO: LUCIANA MÁRILIA DA COSTA
Data de Publicação: 14/03/2022 16:12:28

LOTE 1 - HOMOLOGADO - 29/03/2022 09:48:46
Lote 001

VALORES UNITÁRIOS FINAIS

Item: 1	Unidade: MENSAL	Marca: FABRICAÇÃO PRÓPRIA	Modelo: FABRICANTE PRÓPRIO
Descrição: ADMINISTRAÇÃO, GERENCIAMENTO E FORNECIMENTO DE CARTÃO VALE ALIMENTAÇÃO ADMINISTRAÇÃO, GERENCIAMENTO E FORNECIMENTO DE CARTÃO DE VALE ALIMENTAÇÃO, PROCESSAMENTO E CARGA DE CRÉDITOS ELETRÔNICOS, REALIZADA MENSALMENTE, NOS CARTÕES MAGNÉTICOS OU ELETRÔNICOS, COM TECNOLOGIA DE CHIP ELETRÔNICO DE SEGURANÇA OU TECNOLOGIA EQUIVALENTE OU SUPERIOR, DESTINADOS AOS SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS.			
Quantidade: 1	Valor Unit.: -9,05		Valor Total: -9,05

CLASSIFICAÇÃO

Razão Social	Num Documento	Oferta Inicial	Oferta Final	ME
1 FACE CARD ADMINISTRADORA DE CARTÕES LTDA-	085 21.936.659/0001-00	-1,25	-9,05	Sim
2 BERLIN FINANCE MEIOS DE PAGAMENTOS EIRELI	048 16.814.330/0001-50	-0,10	-9,03	Não
3 VEROCHQUE REFEIÇÕES LTDA	083 06.344.497/0001-41	-1,00	-8,87	Não
4 GIMAVE MEIOS DE PAGAMENTOS E INFORMAÇÕES	045 05.989.476/0003-82	-0,10	-7,11	Não
5 BIQ BENEFÍCIOS LTDA	075 07.878.237/0001-19	0,01	-5,81	Não
6 VOLUS TECNOLOGIA E GESTAO DE BENEFICIOS	086 03.817.702/0001-50	0,01	0,01	Não

Prefeitura de Paulínia-SP (Doc. 03):



Prefeitura Municipal de Paulínia
Divisão de Licitações

PREGÃO ELETRÔNICO Nº 1/2022
PROTOCOLO Nº 186/2022

SC Nº 02/2022 – SECRETARIA MUNICIPAL DE RECURSOS HUMANOS
OBJETO: CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA PARA ADMINISTRAÇÃO, GERENCIAMENTO, EMISSÃO, DISTRIBUIÇÃO E FORNECIMENTO DE DOCUMENTO DE LEGITIMAÇÃO DE AUXÍLIO REFEIÇÃO, NA FORMA DE CARTÃO ELETRÔNICO E/OU MAGNÉTICO OU DE SIMILAR TECNOLOGIA

ATA DE SESSÃO PÚBLICA DE PREGÃO ELETRÔNICO

Às nove horas do dia 16 de março do ano de 2022, reuniram-se a Pregoeira Sra. Luciana Regina da Silva de Oliveira e a Equipe de Apoio, para condução dos trabalhos pertinentes ao Pregão Eletrônico nº 01/2022, do tipo menor preço global realizado através do endereço WEB www.licitacoes.caixa.gov.br. Credenciaram-se para o certame as seguintes empresas:

16.814.330/0001-50 BERLIN FINANCE MEIOS DE PAGAMENTOS LTDA
92.559.830/0001-71 GREEN CARD S/A REFEICOES COMERCIO E SERVICOS
19.207.352/0001-40 LE CARD ADMINISTRADORA DE CARTOES LTDA
26.069.189/0001-62 M&S SERVICOS ADMINISTRATIVOS LTDA
69.034.668/0001-56 SODEXO PASS DO BRASIL SERVICOS E COMERCIO S.A.
02.535.864/0001-33 VR BENEFICIOS E SERVICOS DE PROCESSAMENTO S.A

Após a consulta, as propostas de todas as empresas foram passadas para avaliação da Equipe de Apoio, pois não se encontravam apenas. A Equipe de Apoio e a Sra. Pregoeira verificaram as condições de apresentação das propostas, descritas no Edital, considerando os arquivos das propostas comerciais e consideraram todas classificadas, por atenderem integralmente ao solicitado no edital. Na data e hora marcadas para realização dos lances, no intervalo das 10h30min às 10h45min o sistema liberou o acesso tanto aos licitantes no sítio da CAIXA, quanto para a Pregoeira, para acompanhamento. Encerrada a etapa de lances, apresentou a proposta de menor valor a licitante SODEXO PASS DO BRASIL SERVICOS E COMERCIO S.A., com valor global

1 / 2



Prefeitura Municipal de Paulínia
Divisão de Licitações

de R\$ 25.861.200,00, equivalente a taxa de administração de -6,30%. Passou-se à análise da documentação de habilitação, bem como a verificação da autenticidade das Certidões emitidas via internet. Satisfeita as exigências relativas à habilitação, fica declarada vencedora do certame. Finalizada a avaliação dos documentos de habilitação, as licitantes foram comunicadas através do sistema da Caixa no dia 16/03/2022 para manifestação de recursos. No decurso desse prazo não houve manifestação de intenção de recurso quanto ao resultado do certame. O resultado será encaminhado à autoridade superior para a adjudicação e homologação. Nada mais havendo a tratar, a Sra. Pregoeira declarou encerrados os trabalhos, lavrando-se a presente Ata. Eu, Vitor Rodrigues Junior, secretariei a sessão e digitei a presente ata.

Contudo, com a proibição da Taxa Negativa, a proposta ficará limitada à Taxa 0%, impedindo que o órgão público seja beneficiado com o desconto sobre o valor do crédito.

Ou seja, tal medida restritiva, vai contra à finalidade almejada pelas licitações públicas, que é justamente selecionar a proposta mais vantajosa para a administração, violando o disposto no art. 3º, caput da Lei 8666/93.

Mas não é só isso.

Na medida em que a Taxa Negativa é proibida, TODAS as licitantes irão ofertar proposta com Taxa 0%, ocorrendo o empate entre elas.

Em decorrência, a proposta será selecionada mediante “SORTEIO”, nos termos do art. 45, §2º da Lei 8666/93:

§ 2º No caso de empate entre duas ou mais propostas, e após obedecido o disposto no § 2º do art. 3º desta Lei, a classificação se fará, obrigatoriamente, por sorteio, em ato público, para o qual todos os licitantes serão convocados, vedado qualquer outro processo.

Isto é o que já vem acontecendo, em razão desta proibição. A título de amostragem, citamos a Ata da Prefeitura Municipal de Uru-SP:

REGISTRO E CLASSIFICAÇÃO DA PROPOSTA ESCRITA

Ato contínuo foram abertos os Envelopes contendo as Propostas e, com a colaboração dos membros da Equipe de Apoio, o Pregoeiro procedeu à análise das propostas escritas, quando foi verificado se cada proposta atendia aos requisitos do edital, passou então ao exame da compatibilidade do objeto, prazos e condições de fornecimento. Constatada a regularidade das propostas, passou a selecionar os licitantes que participarão da etapa de sorteio em razão da taxa ser 0,0%, conforme lista de classificação da proposta escrita apresentada a seguir:

Item 1 Classif	Código	Descrição Proposta para todos os itens Proponente / Fornecedor	Valor Total	Status Lance
1	7296	CONVENIOS CARD ADMINISTRADORA E EDITORA LTDA	1.056.000,00	Classificada
	6582	MEGAVALÉ ADMINISTRADORA DE CARTÕES E SERVIÇOS LTDA Motivo: Sorteio	1.056.000,00	Desclassificado Sorteio
	6583	VEROCHEQUE REFEICOES LTDA Motivo: Sorteio	1.056.000,00	Desclassificado Sorteio
	7295	ROM CARD - ADMINISTRADORA DE CARTOES LTDA Motivo: Sorteio	1.056.000,00	Desclassificado Sorteio

7297	LE CARD ADMINISTRADORA DE CARTOES LTDA Motivo: Sorteio	1.056.000,00	Desclassificado Sorteio
7298	M&S SERVICOS ADMINISTRATIVOS LTDA Motivo: Sorteio	1.056.000,00	Desclassificado Sorteio

Contudo, Nobre Pregoeiro, o “sorteio” é critério de desempate, não podendo ser utilizado como critério de julgamento de proposta, especialmente, porque os critérios de julgamento das propostas são previstos expressamente em rol taxativo no art. 43 da Lei

8666/93, sendo eles: “menor preço”, “melhor técnica”, “técnica e preço” e “maior lance ou oferta”.

Ao limitar a proposta em Taxa 0%, a administração pública estará induzindo o empate entre as licitantes, deixando de aplicar os critérios de julgamento previstos em lei, e passando a utilizar o “sorteio” como critério de seleção.

Impende ressaltar que este cenário que vem se desenhando é extremamente nocivo à administração pública, pois na medida em que a seleção se dará mediante “sorteio”, possibilitará a formação de conluio entre as empresas, que poderão ingressar no certame com empresas distintas, para aumentar a chance de obter a contratação, dando margem à formação de um verdadeiro “cartel” no ramo de fornecimento de Cartão Alimentação/Refeição.

Por consequência, essa praxe colocará em risco a efetividade da execução dos contratos públicos, pois ao dar margem à formação de cartel ou conluio entre empresas, a administração pública estará sujeita a contratar com empresas aventureiras ou inexperientes, podendo causar sérios danos à administração pública, especialmente, no ramo do fornecimento de Cartão Alimentação/Refeição, que lida com custódia de valores a serem destinados aos servidores e repasses aos estabelecimentos do mercado local.

Necessário consignar ainda, que se não houver a intervenção das autoridades dos órgãos públicos, do Tribunal de Contas e do Judiciário, os processos licitatórios que objetivarem a contratação de fornecimento de Vale Alimentação/Refeição terá como PRAXE a realização de “SORTEIO”, extirpando definitivamente o caráter competitivo neste segmento.

Contudo, a competitividade compõe um dos pilares do processo licitatório, tanto que a Lei 8666/93 dispõe expressamente que aos agentes públicos, é vedado admitir, prever, incluir ou tolerar cláusula ou condição que comprometa, restrinja ou frustre o seu caráter competitivo. Vejamos:

Art. 3º, §1º, inciso I da Lei 8666/93:

*§ 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](#);*

Ou seja, ao proibir a Taxa Negativa e induzir o empate entre às licitantes, estará a administração violando o disposto no art. 3º, §1º, inciso da Lei 8666/93, por frustrar o caráter competitivo do certame.

Além do mais, a Lei 8666/93, veda expressamente a fixação de preços mínimos, conforme art. 40, inciso X, *in verbis*:

Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

*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;*

Cabe destacar que em recente decisão, **o Tribunal de Contas de Santa Catarina reconheceu que a proibição da Taxa Negativa viola disposição do art. 40, inciso X da Lei 8666/93 (Doc. 04)**. Vejamos:

Analisando os fundamentos, concluo pela verossimilhança das razões apresentadas pela DLC e pela presença do periculum in mora, aptos a sustentar a concessão de cautelar para determinar a suspensão do Pregão Eletrônico n. 52/2022, lançado pela Prefeitura Municipal de Curitibaanos.

Atestou o corpo instrutivo a presença do fumus boni iuris consistente na vedação da apresentação de taxa de administração negativa, prevista no item 4.8.2, alínea "d", do edital, em desacordo com o art. 40, inciso X, da Lei federal n. 8.666/1993, inclusive citando o entendimento firmado por esta Corte de Contas em processos similares.

De fato, a matéria não é novidade neste Tribunal. Como bem observou a DLC, podem ser citados os processos @PAP 22/80009557 (Rel. Cons. Luiz Roberto Herbst), @PAP 22/80010482 e @PAP 22/80009204 (deste relator). Acrescento, ainda, os autos @REP 19/00058151 (Rel. Cons. Gerson dos Santos Sicca), @REP 19/00021401 (Rel. Cons. Wilson Rogério Wan-Dall), @REP 19/00038126 (Rel. Cons. Herneus De Nadal), @REP 19/00635566 (Rel. Cons. José Nei Ascari) e @REP 19/01001501 (Rel. Cons. César Filomeno Fontes), nos quais a proibição de apresentação de taxa de administração negativa foi considerada irregular.

Ademais, como pontuado no processo @REP 19/00381017, de relatoria deste signatário, tendo em vista a ampla concorrência presente no mercado, é comum que os competidores, ao invés de cobrarem para executar o serviço, ofereçam descontos ao ente público diante das vantagens econômicas indiretas decorrentes da celebração do contrato. Assim, cabe reconhecer a plausibilidade nas alegações da representante.

No mesmo sentido o Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu que a MP não se aplica aos contratos públicos (**Doc 5**). Vejamos:

“Nessas circunstâncias, até em razão do princípio da especialidade, não cabe aplicação da MP nº 1.108/22, art. 3º, inciso I, §§ 1º e 2º, porque confronta com o objetivo da licitação que é a obtenção da proposta mais vantajosa que, no caso, se traduz no menor desconto oferecido (taxa negativa).

Nessas circunstâncias, presente a probabilidade do direito e o risco ao resultado útil do processo (dada a proximidade do termo final do contrato firmado entre as partes), concedo a tutela antecipada para declarar que, na eventualidade de ser prorrogado o contrato nº 026/2017, a prorrogação não se submeterá ao disposto no art. 3º, I, da MP nº 1.108/22.”

Há, portanto, clara violação aos preceitos da Lei 8666/93, sendo imperioso que haja a intervenção deste Tribunal de Contas, a fim de coibir tamanha ilegalidade.

3.2- DA VIOLAÇÃO ÀS DISPOSIÇÕES DA LEI 10.520/2002

A proibição da Taxa Negativa, no ramo de fornecimento de Cartão Alimentação/Refeição, também resulta em descumprimento à Lei 10.520/2002, que institui e regulamenta a modalidade Pregão.

Expliquemos.

A Lei 10.520/2002, no artigo 4º é claro ao estabelecer que os autores das ofertas mais baixas poderão ofertar lances verbais e sucessivos, até a proclamação do vencedor. Vejamos:

Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

VIII - no curso da sessão, o autor da oferta de valor mais baixo e os das ofertas com preços até 10% (dez por

cento) superiores àquela poderão fazer novos lances verbais e sucessivos, até a proclamação do vencedor:

IX - não havendo pelo menos 3 (três) ofertas nas condições definidas no inciso anterior, poderão os autores das melhores propostas, até o máximo de 3 (três), oferecer novos lances verbais e sucessivos, quaisquer que sejam os preços oferecidos;

Referido dispositivo trata da etapa competitiva do Pregão, denominada “etapa de lances”, obrigatória nesta modalidade.

Notadamente, neste cenário, não haverá a etapa de lances, como determina o art. 4º da Lei 10.520/2022.

Veja, Nobre conselheiro, que a proibição da Taxa Negativa **resultará na SUPRESSÃO DA ETAPA DE LANCES, prevista no art. 4º, inciso VIII da Lei 10.520/2002**, extirpando a etapa competitiva, a qual é obrigatória na modalidade Pregão.

Além disso, **a administração pública não poderá negociar a proposta para obter um melhor preço, como preceitua o art. 4º, inciso XVII da mesma lei**, haja vista a limitação à Taxa 0% não dá margem para negociação.

E neste ponto, cabe asseverar que a negociação para obter melhor proposta, é poder-dever da administração, conforme entendimento dos Tribunais. Vejamos:

“No pregão, constitui poder-dever da Administração a tentativa de negociação para reduzir o preço final, conforme previsto no art. 24, § 8º, do Decreto 5.450/2005, tendo em vista a maximização do interesse público em obter-se a proposta mais vantajosa”.
(Acórdão 694/2014-Plenário | Relator: VALMIR CAMPELO)

“Nas licitações realizadas mediante pregão, constitui poder-dever da Administração a tentativa de negociação para reduzir o preço final do contrato, tendo em vista a maximização do interesse público em obter-se a proposta mais vantajosa, mesmo que eventualmente o valor da oferta tenha sido inferior à estimativa da licitação (art. 24, §§ 8º e 9º, do Decreto 5.450/2005)”.

(Acórdão 2637/2015-Plenário | Relator: BRUNO DANTAS)

Assim, considerando que a proibição da Taxa Negativa implicará na supressão da etapa de lances, obrigatória na modalidade Pregão, e impedirá a administração de cumprir o dever de negociar o preço para obter proposta mais vantajosa, evidente se tora a violação à Lei 10.520/2002.

3.3- DA INAPLICABILIDADE DA LEI Nº. 14.442/2022 AOS ÓRGÃOS PÚBLICOS

Sem prejuízo do exposto, cabe esclarecer que mesmo que o órgão licitante tenha fundamentado a vedação da Taxa Negativa na edição da Lei nº. 14.442 /2022, ainda assim incorre em ilegalidade, pois a referida norma NÃO alcança os órgãos públicos.

De plano, necessário consignar que a Lei nº. 14.442/2022 dispõe sobre o pagamento de auxílio-alimentação de que trata o §2º do artigo 457 da CLT – Consolidação das Leis do Trabalho. Logo, referida norma somente tem aplicabilidade às relações de trabalho regidas pela CLT (Decreto Lei 5.452/1943). Ou seja, os órgãos públicos que possuem regime próprio (estatutários), não se subordinam à Lei nº. 14.442/2022.

Mas não é só isso.

A Lei nº. 14.442/2022 não tem abrangência aos órgãos públicos, vez que estes NÃO são beneficiários do PAT – Programa de Alimentação do Trabalhador.

O Programa de Alimentação do Trabalhador – PAT, é um programa governamental de adesão voluntária, que busca estimular o empregador a fornecer alimentação nutricionalmente adequada aos trabalhadores, por meio da concessão de incentivos fiscais ao empregador.

Em suma, o empregador que adere ao PAT, e que é optante pela tributação com base no lucro real, pode deduzir parte das despesas com o PAT do imposto sobre a renda.

É o que dispõe o art. 1º da Lei 6.321/1976, que instituiu o PAT:

Art 1º *As pessoas jurídicas poderão deduzir, do lucro tributável para fins do imposto sobre a renda o dobro das despesas comprovadamente realizadas no período base, em programas de alimentação do trabalhador, previamente aprovados pelo Ministério do Trabalho na forma em que dispuser o Regulamento desta Lei.*

No mesmo sentido, dispõe o Decreto nº. 5/1991, que regulamenta o PAT:

Art. 1º *A pessoa jurídica poderá deduzir, do Imposto de Renda devido, valor equivalente à aplicação da alíquota cabível do Imposto de Renda sobre a soma das despesas de custeio realizadas, no período-base, em Programas de Alimentação do Trabalhador, previamente aprovados pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social - MTPS, nos termos deste regulamento.*

Como se observa, a pessoa jurídica beneficiária do PAT, é aquela que possui tributação sobre o lucro real, não sendo compatível com empresas de lucro presumido ou optante do Simples, tampouco com os órgãos públicos.

Não se olvida que os órgãos públicos possam aderir ao PAT, visando promover ações voltadas à alimentação saudável do trabalhador, contudo, tal fato não a torna pessoa jurídica beneficiária do PAT, posto que não fará jus ao incentivo fiscal.

Atente-se, Nobre Conselheiro, que a finalidade da proibição contida no art. 3º da Lei nº. 14.442/2022 é alcançar as empresas beneficiárias do PAT, que “supostamente” estaria se beneficiando duplamente, com a isenção tributária e ainda com o desconto concedido pelas empresas fornecedoras de Cartão Alimentação/Refeição.

Trata-se de assertiva expressa constante na Exposição de Motivos que justificou a edição da Lei nº. 14.442/2022, extraída diretamente do site oficial do Planalto, através do link:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2019-2022/2022/Mpv/mpv1108.htm

Para melhor elucidar, transcrevemos parte da Exposição de Motivos que fundamentou a edição da MP pelo Presidente da República:

*“Excelentíssimo Senhor Presidente da República,
[...]*

19. Outra consequência adversa do modelo de arranjos de pagamento no âmbito do Programa de Alimentação do Trabalhador é a possibilidade de concessão de taxas negativas ou deságio, pelas empresas emissoras dos vales refeição e alimentação, às pessoas jurídicas beneficiárias que recebem isenção tributária para implementar programas de alimentação a seus trabalhadores. Essa prática deturpa a política pública ao beneficiar duplamente as empresas beneficiárias. Ao conceder taxas negativas às pessoas jurídicas beneficiárias, as empresas facilitadoras de aquisição de refeições e gêneros alimentícios equilibram essa “perda” exigindo altas taxas dos estabelecimentos comerciais credenciados, que de fato proveem a alimentação. Os trabalhadores, por sua vez, que deveriam ser os maiores beneficiários da política pública, se viram deslocados para a margem da política, enquanto as pessoas jurídicas beneficiárias ocupam o centro dela, ao ser beneficiado duplamente, com a isenção do imposto de renda e com as taxas de deságio concedidas pelas facilitadoras contratadas.”

Assim, considerando que a finalidade da norma proibitiva contida no art. 3º da Lei nº. 14.442/2022, é impedir o duplo benefício às pessoas jurídicas beneficiárias do PAT, referida norma não se aplica aos órgãos públicos, vez que não se enquadram como pessoa beneficiária do PAT.

Impende destacar que em representação proposta por essa petionante, **o Tribunal de Contas do Paraná reconheceu a inaplicabilidade da Lei nº. 14.442/2022 aos órgãos públicos, e a irregularidade da proibição da Taxa Negativa (Doc. 06)**. Vejamos:

“Em relação ao primeiro item, a representante alega que a vedação a proposta com taxa administrativa negativa viola os princípios da legalidade e ampla competitividade, uma vez que as normas que a proíbem seriam restritas às empresas que aderem ao Programa de Amparo ao Trabalhador, com os respectivos benefícios fiscais, o que não é cabível a órgãos públicos, sendo ilegal a vedação prevista no Edital.

A análise do tema demonstra assistir razão à representante. O item 10.1.1 do Edital prevê que a taxa de administração deve ser de no mínimo 0,00% e no máximo 0,33%, com a seguinte redação:

10.1.1. Em função do sistema eletrônico Licitações -e não operacionalizar método de critério de julgamento de menor taxa de administração, o lance deverá ser ofertado com desconto em cima do valor global, devendo o desconto corresponder com a taxa de administração ofertada, não podendo a taxa ser inferior a 0% nem superior a 0,33%.

Ocorre que inexistente previsão nas normas de licitação pública que vede a apresentação de taxa de administração negativa. No âmbito privado, nos termos o art. 1º da Lei nº 6.321/1976, é permitido às empresas que participem e programas de incentivo à alimentação do trabalhadores “deduzir, do lucro tributável para fins do imposto sobre a renda o dobro das despesas comprovadamente realizadas no período base” e, **o Decreto nº 10.854/21 e a MP nº 1.108/2022, respectivamente nos art. 175 e 3º, vedam a previsão de deságio ou desconto, com a finalidade de evitar que o benefício tenha desvio de finalidade.**

Ocorre que o Consórcio Municipal não é beneficiário do incentivo fiscal em questão e há previsão expressa no objeto do item licitado que o benefício não está vinculado ao PAT, sendo assim incabível a restrição.

Há precedentes nesta Corte no sentido de ser irregular a vedação de apresentação de taxa da administração negativa no fornecimento de sistema de gerenciamento de pagamento de vale alimentação.

No mesmo sentido decidiu o Tribunal de Contas de Minas Gerais (Doc. 07):

“Tendo em vista os precedentes citados, não há dúvida de que a proibição, por parte da Administração, de

apresentação de propostas de taxas negativas, em licitações destinadas ao fornecimento de vale-refeição ou alimentação, é, de há muito, considerada irregular tanto por este Tribunal de Contas quanto pelo Tribunal de Contas da União.

Esse entendimento, a meu ver, não se modifica com a publicação da MP 1.108/2022, haja vista que esta norma dispõe exclusivamente sobre alterações no âmbito da CLT e da Lei 6.321/1976, que institui e regulamenta o Programa de Alimentação do Trabalhador (PAT).

Conforme já decidiu a Segunda Câmara deste Tribunal, no julgamento da Denúncia 1031545, de relatoria do Conselheiro Wanderley Ávila, não há obrigatoriedade do cadastro no PAT das empresas prestadoras de serviços de administração e emissão de cartão eletrônico para aquisição de alimentos. No caso dos autos, inclusive, não foi exigida a comprovação de inscrição no PAT.

Para a Administração Pública, a aceitação de taxa de administração negativa está diretamente relacionada à obtenção da proposta mais vantajosa e, conseqüentemente, a menores preços nos processos licitatórios para fornecimento de vale-alimentação e vale-refeição. Tal prática não implica, necessariamente, na inexecutabilidade da proposta, pois, conforme já estabelecido em julgados deste Tribunal, a prestadora dos serviços pode obter como receita própria não apenas a taxa de administração, mas também o resultado das aplicações do montante dos benefícios concedidos durante o período compreendido entre a sua disponibilização pela contratante e o repasse à rede credenciada.

Sendo assim, num primeiro momento, considerando a atual jurisprudência do TCU e deste Tribunal de Contas, os quais, conforme mencionado acima, posicionam-se pela aceitação da taxa de administração negativa, uma vez que aparenta ser mais benéfica para obtenção de melhores condições de contratação, entendo que assiste razão à denunciante.”

Não obstante, corroborando ainda mais tal entendimento, em recente decisão de âmbito administrativo, a Prefeitura Municipal de Mesópolis – São Paulo (Doc 8), decidiu exatamente no sentido de que a vedação à apresentação de taxas negativas pelas empresas **NÃO SE APLICA AOS ÓRGÃOS PÚBLICOS**, conforme segue:

“Considerando os entendimentos dos Tribunais, a MP 1.180/2022 e o Decreto 10.854/2021 se destina às empresas beneficiárias da isenção conferida pelo Programa de Alimentação do Trabalhador – PAT, sendo

assim, NÃO HÁ QUE FALAR EM APLICAÇÃO AOS ÓRGÃOS PÚBLICOS, vez que não são beneficiários de isenção do PAT, ainda que sejam inscritos no referido programa.”

Soma-se a isso, em mais uma recente decisão, do Município de Araçai/MG (Doc 9), Estado de Minas Gerais, concedeu PROVIMENTO à impugnação impetrada contra a vedação a oferta de taxa negativa, já que está não deve ser aplicada quando forem os servidores regidos por estatuto próprio.

“Portanto, a taxa de administração é parâmetro a ser adotado para estimativa de valor contratual, bem como para julgamento das propostas de preços. A conforme já colocado, a jurisprudência é uníssona

Assim, considerando que a Lei nº. 14.442/2022 se destina às empresas beneficiárias da isenção conferida pelo Programa de Alimentação do Trabalhador – PAT, e que a motivação da medida é evitar que o empregador não se beneficie duplamente, **NÃO HÁ QUE FALAR EM APLICAÇÃO AOS ÓRGÃOS PÚBLICOS, vez que não são beneficiários de isenção do PAT, ainda que sejam inscritos no referido programa.**

4- DA EXIGÊNCIA DA PLATAFORMA DELIVERY

Conforme se verifica, o Termo de Referência, ao especificar o objeto da contratação de Vale Refeição, exige que a empresa contratada possua convênio com plataforma web ou aplicativo de entrega de refeições prontas (delivery), tais como: IFood, AiqFome, Rappi ou Daki.

Contudo, esta exigência constitui vício capaz de comprometer a lisura do certame, uma vez que viola o princípio da isonomia e o princípio da competitividade, conduzindo ainda à evidência de direcionamento da licitação.

Expliquemos.

O objeto que se pretende contratar, é serviço de fornecimento, administração e gerenciamento de cartões de Vale Refeição, para serem utilizados pelos servidores públicos da Prefeitura Municipal de Paulínia.

Na execução do serviço objeto da licitação, a empresa contratada dispõe de sistema voltado à administração e gerenciamento dos valores destinados ao crédito de Vale Refeição, com a emissão de cartão eletrônico/magnético, por meio do qual os beneficiários poderão efetuar o pagamento das refeições, perante os estabelecimentos credenciados (lanchonetes, restaurantes, etc.)

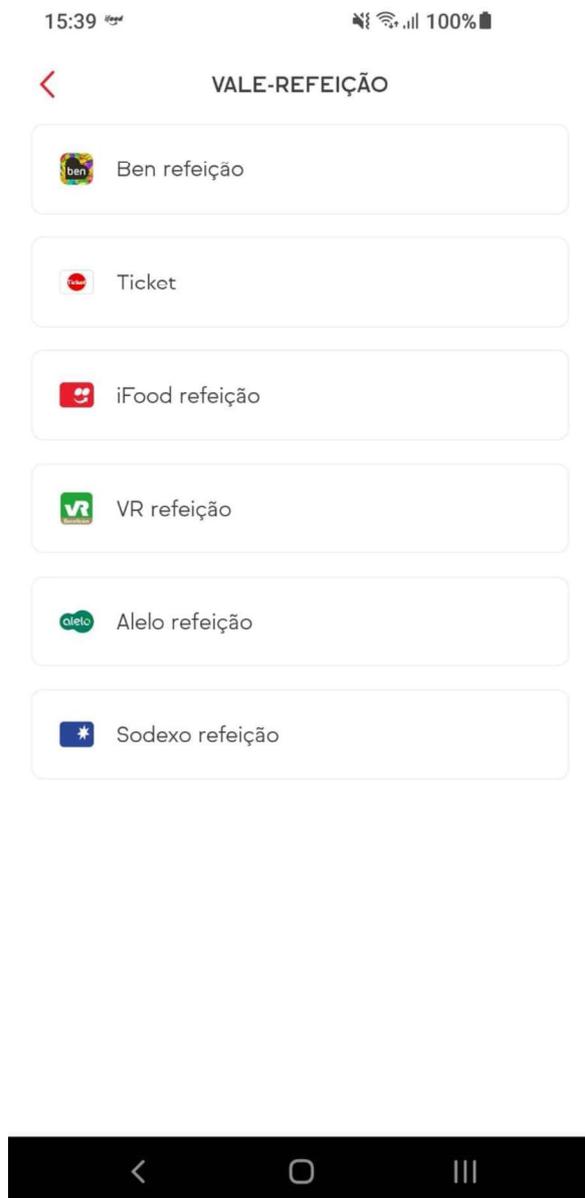
Logo, as muitas empresas que fornecem Vale Refeição, tratam-se, na verdade, de instituição de pagamento, e não dispõem de plataforma web ou aplicativo de entrega de refeições prontas, sendo que a única empresa do ramo que, atualmente, possui aplicativo próprio de entrega de refeições prontas, é a empresa I FOOD.

Todas as outras empresas não possuem esta ferramenta, sendo que, para atender à exigência do órgão licitante, necessário celebrar convênio com aplicativo de entrega de refeições prontas (delivery).

Contudo, sabe-se que das inúmeras empresas que fornecem o Vale Refeição, poucas são as que efetivamente possuem convênio com o aplicativo de entrega.

A título de amostragem, citamos os aplicativos de entrega mais populares:

VR aceitos no aplicativo IFOOD:



VR aceitos no aplicativo RAPPI:



Adicionar método de pagamento



Cartões (crédito/débito/refeição)



Cartão Débito



PayPal



Ticket



Evidente, portanto, que ao incluir esta exigência, a administração pública está direcionando a licitação para as grandes e poucas empresas que possuem o aplicativo, impedindo que as demais empresas do ramo participem da licitação, em notória restrição do certame.

Por consequência, ao restringir a participação das inúmeras empresas do ramo no certame, a administração pública estará indo contra o princípio da busca da proposta

mais vantajosa, que norteia os processos licitatórios, uma vez que está obstando a participação de empresas que tem condições de ofertar propostas mais econômicas sem perder a qualidades.

Neste sentido, decidiu o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, nos autos do processo de Exame Prévio do Edital da Companhia do Metropolitano de São Paulo – METRÔ, TC 026763.989.20-9:

“No tocante às insurgências apresentadas por Sindplus contra a exigência de aplicativo de smartphone que contenha “programa de fidelidade para obtenção de refeições grátis, com cupons de desconto e agenda de festivais promocionais”, além de acesso a aplicativos de delivery, as críticas procedem em parte. [...] Acompanho, nesse ponto, as manifestações de MPC e SDG e adoto como razões de decidir a abordagem efetuada por ATJ, cujo excerto de interesse reproduzo, como forma de preservar seu fiel conteúdo:

“[...] O problema, contudo, está em verificar se esse tipo de relacionamento entre fornecedores de alimentos e administradoras de vale-alimentação é passível de ser estabelecido por qualquer empresa do ramo do objeto licitado. No caso do delivery do Pão de Açúcar e do Clube Extra, por exemplo, atualmente, só é possível realizar pagamentos com os cartões das seguintes empresas: Ticket Alimentação (Edenred), Sodexo e Alelo. No caso do site do Carrefour, não fomos capazes de identificar a possibilidade de pagamentos com vale-alimentação. Assim, nos parece claro que a exigência feita no item XVII do Memorial Descritivo – Acesso a Aplicativos de Delivery – tem elevado poder restritivo, na medida que tal possibilidade parece estar disponível apenas a algumas empresas do ramo, sendo que os fornecedores de

alimentos podem não ter interesse de estabelecer esse tipo de relacionamento com administradoras de cartões de porte médio ou pequeno. Situação similar é passível de ocorrer com a funcionalidade do aplicativo de smartphone que está sendo questionada, pois a dificuldade não está em desenvolver a funcionalidade requerida, mas em estabelecer a parceria necessária com os grandes estabelecimentos que fornecem alimentação. A Representada informou ter apurado que quatro administradoras de cartão teriam tal funcionalidade em seu app, o que, por óbvio, indica que elas possuem a necessária parceria com alguns fornecedores de alimentação. A questão é saber quais outras administradoras têm esse nível de relacionamento com os fornecedores e se este é passível de ser estabelecido com qualquer administradora, inclusive com aquelas de médio e pequeno porte. Assim, em que pese não tenhamos conhecimento do nível de parceria estabelecido entre as variadas administradoras de vale-alimentação e os diversos fornecedores de alimentação e nem dos requisitos fixados entre as partes, para que tal relação seja firmada, nos parece evidente que as exigências ora analisadas têm elevado potencial restritivo, razão pela qual devem ser excluídas, em favor da ampliação da competitividade do certame.”

Ainda na esteira da manifestação de ATJ, considero improcedentes as críticas à demonstração do sistema, prática comum em objetos da espécie.” (TC 026763.989.20-9.)”

Corroboram ainda, os Acórdão proferidos pelo Tribunal de Contas do Estado, que instruem a presente Impugnação.

Importante destacar que o órgão licitante não apresentou justificativa que caracterize a imprescindibilidade da empresa contratada possuir convênio com aplicativo de entrega, como condição para execução do serviço de fornecimento do Vale Refeição, o que por si só, conduz à ilegalidade da exigência

E ainda que se alegue que o modelo de entrega delivery se tornou comum na rotina das pessoas, ou que se tornou necessário em razão da pandemia, em que muitas pessoas permanecem em isolamento, o fato é que, justamente por estes fatores, muitos estabelecimentos comerciais de refeição pronta, como bares, restaurantes e lanchonetes, se adequaram ao modelo delivery, aceitando pedidos e realizando entregas, sem que haja a necessidade de se vincularem a um aplicativo de entrega.

Assim, inexistindo justificativa real da imprescindibilidade do aplicativo, evidente que a exigência é irrelevante e impertinente.

Mas não é só.

A possibilidade de compra de refeições prontas mediante aplicativo de entrega (delivery), envolve uma relação trilateral, onde a empresa fornecedora do cartão (instituição de pagamento), o estabelecimento comercial e o aplicativo de entrega possuem relação jurídica entre si.

Quer dizer, que a empresa fornecedora do Vale Refeição, embora possa ofertar a rede de estabelecimentos, bem como possuir convênio com o aplicativo de entrega, somente conseguirá efetuar o pagamento para o estabelecimento credenciado, para entrega delivery mediante aplicativo, se entre eles (estabelecimento e aplicativo) também tiver sido firmado contrato de afiliação/parceria.

Lembrando que a relação firmada entre o estabelecimento e o aplicativo de entrega, não diverge de uma relação comercial, já que em face dos serviços de oferta dos produtos no aplicativo, há a cobrança de taxas.

Ou seja, não há como a empresa fornecedora do cartão Vale Refeição obrigue os estabelecimentos credenciados em sua rede, a filiarem ao aplicativo em que a fornecedora de pagamento possui convênio, por se tratar de relação comercial entre terceiros.

Sabe-se, porém, que em processo licitatório, não se admite impor obrigação que dependa de compromisso entre terceiros, conforme entendimento sumulado pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo:

“SÚMULA Nº 15

Em procedimento licitatório, é vedada a exigência de qualquer documento que configure compromisso de terceiro alheio à disputa.”

Importante ressaltar que os princípios da igualdade e da seleção da proposta mais vantajosa, estão previstos expressamente no art. 3º, caput, da Lei 8666/93, do qual a administração pública deve observância obrigatória, em respeito ao princípio da estrita legalidade:

“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.”

Ainda, no §1º, inciso I do mesmo dispositivo, consta expressamente a vedação ao agente público, incluir no instrumento convocatório, condições que restrinjam o caráter competitivo do certame.

“§ 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, uma vez que a exigência é injustificada, caracterizando a restrição do certame e o direcionamento para grandes empresas do ramo, excluindo a participação de inúmeras empresas, e obstando a busca da proposta mais vantajosa, é imperioso que a administração pública reconheça o vício e, imediatamente, suspenda o certame para que proceda a correção do Instrumento Convocatório, a fim de que excluir a exigência de convênio com plataforma web ou aplicativo delivery para entrega de refeições prontas, através do Vale Refeição objeto do contrato.

5- DO PEDIDO

Finalmente, requer seja recebida a presente impugnação ao edital para julgar totalmente procedente os itens impugnados, suspendendo liminarmente a licitação marcada para o próximo dia 28/11/2022, para a revisão e exclusão dos itens impugnados, pois é clara a afronta à lei de regência e princípios que regem as contratações públicas.

Barueri/SP, 23 de novembro de 2022.



BK INSTITUIÇÃO DE PAGAMENTOS LTDA
CNPJ nº 16.814.330/0001-50