

RESPOSTA A IMPUGNAÇÃO AO EDITAL DE LICITAÇÃO

Ref.: EDITAL DO PREGÃO ELETRÔNICO Nº 004/23
PROCESSO CDSS-PRC-2022-00095

OBJETO: PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE GERENCIAMENTO, IMPLEMENTAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO DE CRÉDITO/AUXÍLIO ALIMENTAÇÃO E REFEIÇÃO.

Trata o presente de resposta à IMPUGNAÇÃO apresentada pela empresa VALLOO BENEFÍCIOS LTDA, CNPJ nº 13.562.076/0001-52, com sede no SHCS CR Quadra 502, Bloco C, loja 37, SN, Parte 1741, CEP 70.330-530, Asa Sul, Brasília/DF, interposta no dia 06 de junho de 2023, contra os termos do Edital do Pregão Eletrônico nº 004/23.

Preliminarmente, estando a licitação marcada para o próximo dia 12/06/2023, e tendo sido recepcionado o pedido de impugnação, no site da BEC-Bolsa Eletrônica de Compras no dia 06/06/2023, incontestável é a sua tempestividade.

Diante do acima exposto, passamos a análise do pedido, bem como dos argumentos oferecidos pela impugnante.

DAS RAZÕES DA PETICIONANTE

A impugnante irressigna-se contra o edital, alegando em apertada síntese:

1. Da Tempestividade;
2. Das razões de mérito;
 - 2.1. Proibição do modo Pós-Pago do crédito dos cartões;
 - 2.2 Desempate apenas com microempresas e empresas de pequeno porte;
3. Dos pedidos.

Por fim, requer, seja acolhida a impugnação para que o edital seja modificado.

DA ANÁLISE DO PEDIDO

Em primeiro lugar, importante registrar que o item 1 do edital, que trata do OBJETO, assim dispõem:

Descrição. A presente licitação tem por objeto a "Prestação de Serviços de Gerenciamento, Implementação e Administração de crédito/auxílio alimentação e refeição, em forma de cartão eletrônico com chip de segurança e senha para os funcionários da Companhia Docas de São Sebastião."

1. DA TEMPESTIVIDADE

Esta impugnação observa o disposto no item 14, ou seja, o prazo de 1 (um) dias antes da sessão pública, bem como o prazo das 23 horas e 59 minutos (contagem até final do dia, inclusive, conforme jurisprudência do TCU - Acórdão 969/2022 - Plenário), sendo tempestiva e devendo ser analisada em mérito.

RESPOSTA DA COMPANHIA: CORRETO

2. DAS RAZÕES DE MÉRITO

Máxima vênia, quando dispositivos do texto do edital precisam ser modificados, em razão de impactos para formulação das propostas, pedidos de esclarecimentos são insuficientes.

Conforme se verá adiante, para evitar insegurança jurídica, divergências e eventuais litígios, faz-se essencial impugnar o edital para alterações de texto aqui tratadas.

RESPOSTA DA COMPANHIA: O Edital de licitação foi elaborado em consonância com a legislação vigente e nesse sentido não se materializa as alegações apresentadas.

2.1. PROIBIÇÃO DO MODO PÓS-PAGO DO CRÉDITO DOS CARTÕES

O edital estabelece em seus itens na minuta de termo de contrato clausula decima o prazo de pagamento de fatura em 30 [trinta] dias, mas isso não pode persistir, por contrariar disposição de lei federal expressa.

Considerando o Acórdão nº 459/2023 do Tribunal de Contas da União (TCU), que deliberou pela aplicabilidade da Lei nº 14.442/2022 aos órgãos públicos, é preciso analisar essa segunda matéria.

Para o caso do edital, a aplicação da referenciada lei, ao tratar os valores relativos à gestão do sistema de cartões e aos montantes dos benefícios dos usuários, como se fossem da mesma natureza jurídica, leva à confusão e desconformidade.

Essas duas verbas possuem finalidades diversas: a primeira se refere ao pagamento pelos serviços de gestão dos cartões, enquanto a segunda se relaciona ao valor que deve ser repassado aos empregados como benefício. É importante ressaltar que o valor repassado para o benefício dos usuários não representa antecipação de pagamento pelos serviços da empresa contratada. Trata-se, na verdade, do repasse de um montante destinado ao custeio do empregado público, um direito de cada empregado.

Não se pode aguardar atestação de fatura para que os créditos dos benefícios sejam lançados nos cartões dos usuários. A empresa contratada para a gestão dos cartões estará, em última análise, sendo obrigada a firmar um contrato adicional, oculto e gratuito, para financiar o capital de giro ao órgão. Ela estaria antecipando valores que são de responsabilidade da estatal em relação a seus empregado.

É necessário, portanto, distinguir claramente a remuneração pela gestão dos cartões do valor do benefício em si. Este último precisa ser repassado antecipadamente à empresa para que ela possa creditar os valores nos cartões dos empregados. A empresa não deve ser forçada a agir como um banco, adiantando, sem remuneração, o valor que é de responsabilidade do órgão.

Isso contraria a natureza dos benefícios de vale-alimentação ou refeição, que pela lei específica é pré-pago. Portanto, é crucial separar o valor da remuneração da empresa contratada do montante de crédito de benefício do quadro de pessoal do órgão. Uma empresa contratada não pode ser obrigada a financiar gratuitamente esse benefício (despesa de pessoal).

É dever corrigir as incompatibilidades do edital em relação às normas legais, inclusive por segurança jurídica, conforme o artigo 2º da Lei nº 9.784/99 (Processo Administrativo Federal).

Se o artigo 3º, Inciso II, da Lei nº 14.442/2022 enfatiza a impossibilidade de prazos “a posteriori” para o repasse ou pagamento que descaracterizem a natureza pré-paga dos valores a serem disponibilizados aos beneficiários, é essencial estabelecer o pagamento antecipado, para que a empresa possa fazer o repasse para os cartões dos usuários em tempo hábil.

Enfim, vale reiterar que a verba do benefício é de uma natureza distinta e não deve ser confundida com o pagamento pelos serviços de gestão prestados pela empresa, lembrando que edital licitatório precisa estar de acordo com a regra legal específica, não apenas em respeito ao princípio da legalidade, mas também ao princípio da especialidade.

RESPOSTA DA COMPANHIA:

Conforme deliberado no TC-A021851/026/12, o repasse e valores relativos aos créditos dos cartões dos beneficiários é pagamento de despesa pública que deve respeitar os artigos 62 e 63 da Lei 4.320/64 - empenho, liquidação e pagamento. Portanto, o pagamento da despesa pública somente pode ser realizado com a apresentação dos “comprovantes da entrega de material ou da prestação efetiva do serviço”. Qualquer antecipação deste momento é exceção à regra da Lei 4.320/64 que demanda previsão expressa em Lei, o que não é o caso do objeto deste certame.

A data da disponibilização dos créditos nos cartões dos beneficiários não é a data do pagamento aos estabelecimentos comerciais pelas empresas administradoras dos cartões, pois, como é de conhecimento público, há um sistema de prazos aí envolvido, desde o uso dos créditos dos cartões pelos beneficiários até o efetivo pagamento aos estabelecimentos comerciais.

Nos termos dos relatórios TC-006099.989.23-8 e TC-006113.989.23-0, há o entendimento que a previsão de pagamento em até 30 (trinta) dias contados da emissão do Atestado de Recebimento não retira a natureza pré-paga do benefício, já que a regra do inciso II, do art. 3º da Lei nº 14.442/22 tem por escopo regular mais especificamente as relações jurídicas envolvendo contratada, estabelecimentos e usuários.

Trata-se de contratação promovida por Órgão Público e a despesa se processa de forma solene, nos termos da legislação de regência, que condiciona o pagamento à prévia liquidação da obrigação, conforme, deliberado pelo Plenário do Tribunal (TCE) no processo TC-010031.989.21-1 (Exame Prévio, Sessão de 11/05/2022).

Tal entendimento foi proferido pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, em diversos processos, os quais citamos: TC-008232.989.23-6, TC-006099.989.23-8, TC-006113.989.23-0, TC-009058.989.23-7, TC-010229/989/23-1 e TC-008415.989.23-5.

Demostramos em tela trechos de algumas das decisões mencionadas acima.

009058.989.23-7

“Destaco, nesse sentido, a questão aventada pelas Representantes Ifood Benefícios e Serviços Ltda. e Empresa Brasileira de Benefícios e Pagamentos Ltda., que partiu da asserção de que o PROCON, no propósito de licitar e contratar serviços de administração e

gerenciamento de créditos de auxílio alimentação, estaria violando regras que vedam prazos de repasse ou pagamento que descaracterizem a natureza pré-paga dos benefícios e, com isso, contrariando entendimento já sedimentado por este E. Tribunal em diversos precedentes.

(...)

Diante disso, recuperando regras para o pagamento das despesas públicas, aliadas ao consenso de que a Lei Federal nº 14.442/2022 tutela direitos dos empregados, não das empresas administradoras dos cartões de benefícios que, a propósito, gozam de prazos negociais para o efetivo pagamento aos estabelecimentos comerciais, evoluímos no entendimento da matéria, para consolidarmos posição que leva em conta, com evidente preponderância, a defesa do processamento regular da despesa pública.

Dai a conclusão de que tanto os valores correspondentes aos benefícios mensais quanto o montante pertinente à taxa de administração (se maior que zero) devem cumprir regularmente os estágios da despesa, conforme disposto nos arts. 62 e 63 da Lei Federal nº 4.320/64 (...).”

010229/989/23-1

“Conforme entendimento contido no voto condutor do julgamento dos TCs 8227.989.23, 8232.989.23, 8333.989.23, 9051.989.23 e 9106.989.23, relatados pelo eminente Conselheiro Robson Marinho na sessão de 10/05/20231, após a concessão da medida liminar de suspensão do presente certame, tomou-se por premissa que o valor correspondente aos repasses dos numerários referentes aos créditos dos cartões dos beneficiários é considerado despesa pública, submetendo-o aos estágios previstos nos artigos 62 e 63 da Lei 4.320/64 (empenho, liquidação e pagamento), inviabilizando portanto sua antecipação à administradora dos benefícios.

A interpretação prevalente naquele julgado em relação ao inciso II do artigo 3º da Lei 14.442/2022 estabelece a produção de efeitos apenas na relação da administradora com os empregados beneficiários, obrigando-a ao repasse dos créditos nos cartões dos beneficiários de forma a garantir a natureza pré-paga do benefício. No entanto, rejeita-se o aproveitamento do dispositivo para tutelar a pretensão de antecipação dos pagamentos às empresas administradoras dos cartões de benefícios, por confrontar com a disciplina legal da despesa pública.”

008415.989.23-5

O único aspecto criticado no edital foi objeto de recente revisão e do posicionamento do E. Tribunal Pleno, no julgamento unânime dos TC's 008227.989.23-3, 008232.989.23-6, 008333.989.23-4, 009051.989.23-4 e 009106.989.23-9, sob a relatoria do Conselheiro Robson Marinho, cuja tese trago na íntegra:

(...)

Prosseguindo, a quase totalidade das representações traz insurgências contra a cláusula 10.1 1 da minuta de contrato², no ponto onde dispõe que o repasse dos créditos relativos aos cartões dos beneficiários é considerado pagamento a ser efetuado no prazo de 30 dias contados do recebimento provisório do objeto. Pleiteiam, em suma, seja realizado antecipadamente este pagamento ligado ao repasse dos créditos referentes aos cartões dos beneficiários.

Este tema está relacionado ao dispositivo recentemente introduzido pelo art. 3º, II, da Lei 14.442 de 2/9/2022:

“Art. 3º O empregador, ao contratar pessoa jurídica para o fornecimento do auxílio-alimentação de que trata o art. 2º desta Lei, não poderá exigir ou receber:

(...)

II - prazos de repasse ou pagamento que descaracterizem a natureza pré-paga dos valores a serem disponibilizados aos empregados;”.

(...)

Considerando que o valor estimado da contratação deve levar em conta o efetivo gasto público em sua totalidade;

Considerando que os recursos públicos envolvidos em contratações do gênero importam a soma do valor devido a cada servidor, sob o título de vale alimentação e/ou refeição, com o valor da taxa de administração, resultando na despesa pública;

(...)

Conclusivamente, nos termos da Deliberação TC-A-021851/026/12, o repasse dos numerários relativos aos créditos dos cartões dos beneficiários é, repita-se, pagamento de despesa pública que deve respeitar os estágios dos arts. 62 e 63 da Lei 4.320/64 – empenho, liquidação e pagamento -.

Melhor detalhando, mencionados arts. 62 e 63 da Lei 4.320/64 determinam que o pagamento da despesa pública somente pode ser realizado com a apresentação dos “comprovantes da entrega de material ou da prestação efetiva do serviço”. Qualquer antecipação deste momento é exceção à regra da Lei 4.320/64 que demanda previsão expressa em Lei, o que não é o caso do objeto do Chamamento Público aqui analisado.

Nem se diga que o inc. II do art. 3º da Lei 14.442/2022, ao mencionar “repasse ou pagamento”, estaria a definir o que é e o que não é despesa pública, e tampouco que estaria a definir uma exceção ao estabelecido pelos arts. 62 e 63 da Lei 4.320/64, até porque nem mesmo é esta a finalidade daquele Diploma Legal. Além do mais, qualquer alteração quanto à matéria de finanças públicas deve ser feita nos termos do art. 163, I, da Carta Magna, ou seja, mediante lei complementar, o que não é o caso.

(...)

Sob outro aspecto, não há como deixar de ponderar que a data do carregamento dos créditos nos cartões dos beneficiários não é a data do pagamento aos estabelecimentos comerciais pelas empresas administradoras dos cartões, pois, como é de conhecimento público, há um sistema de prazos aí envolvido, desde o uso dos créditos dos cartões pelos beneficiários até o efetivo pagamento aos estabelecimentos comerciais.

(...)

Portanto, aplicando o referido entendimento ao presente feito, não prospera o pleito da Representante de alteração do edital para prever o pagamento antecipado do montante dos benefícios à futura contratada, pois como sedimentado na decisão, tais despesas deverão seguir o ciclo imposto por lei – empenho, liquidação e pagamento -, em conformidade com os arts. 62 e 63 da Lei 4.320/64.”

2.2 DESEMPATE APENAS COM MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE

O edital, em seus itens 5.5 e 5.6 que tratam do sistema de desempate fictício previsto na Lei Complementar nº 123/2006, aplicável apenas às microempresas e empresas de pequeno porte. Contudo, essa sistemática só é aplicável para desempatar as propostas de micro e pequenas empresas entre si, a fim de verificar qual delas terá a prioridade de ordem para cobrir a proposta de empresa de maior porte (artigos 44 e 45 da Lei Complementar nº 123/06). Isso porque, no momento em que propostas todas fiquem em ZERO para a taxa de administração, o sorteio deve ser aplicado a todas as empresas concorrentes, sem distinção, em observância aos princípios da igualdade, isonomia e competitividade.

A motivação do ato administrativo requer que haja congruência, de modo que apenas quando é possível baixar algo no valor, mas no caso não há viabilidade prática e nem legal (pois valor negativo ou desconto são proibidos por lei), o desempate somente com ME/EPP não será aplicável, inclusive, porque se criaria, de pronto, um valor negativo, repita-se, que a lei proíbe.

RESPOSTA DA COMPANHIA: O eventual empate no pregão em decorrência da vedação de oferecimento de taxa negativa, será um empate real, não ocorrendo, portanto, empate ficto.

Caso supostamente ocorra o empate, onde após a fase de lances todas ou a maioria dos licitantes ofertarem taxa de administração zero, o Edital preconiza que, serão

aplicados os benefícios estabelecidos pela Lei Complementar nº123/06 e, persistindo a situação aplicar-se-ão os critérios de desempate previstos no item 5 Edital.

Os critérios de desempate estão contidos no edital, bem como, o sistema BEC encontra-se parametrizado de acordo com as exigências legais, para a realização, caso seja necessário, do sorteio para desempate.

3. DOS PEDIDOS

Ante o exposto, requer seja acolhida a impugnação para que o edital seja modificado, de modo que:

1) o pagamento dos créditos para os cartões seja realizado em modo pré-pago e em tempo hábil, para viabilizar que a empresa contratada transfira os créditos aos cartões dos usuários, sendo importante ressaltar que não se trata de antecipação de pagamento pelo serviço de gestão, mas crédito de valor que pertence aos empregados públicos, não à contratada; e

2) por fim, haja a inclusão de uma cláusula no edital que estabeleça que, no caso de empate já nas propostas, no menor valor possível no sistema de pregão, a regra de desempate de ME/EPP não será aplicada, assim o sorteio será realizado entre todas as licitantes com propostas empatadas nesse valor mínimo, ZERO.

RESPOSTA DA COMPANHIA: Entendemos não haver embasamento para modificação do edital uma vez que, conforme deliberação TC-A021851/026/12, o repasse e valores relativos aos créditos dos cartões dos beneficiários é pagamento de despesa pública que deve respeitar os artigos 62 e 63 da Lei 4.320/64 - empenho, liquidação e pagamento. Portanto, o pagamento da despesa pública somente pode ser realizado com a apresentação dos “comprovantes da entrega de material ou da prestação efetiva do serviço”. Qualquer antecipação deste momento é exceção à regra da Lei 4.320/64 que demanda previsão expressa em Lei, o que não é o caso do objeto deste certame. Tal entendimento foi proferido pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, em diversos processos, os quais citamos: TC-008232.989.23-6, TC-006099.989.23-8, TC-006113.989.23-0, TC-009058.989.23-7, TC-010229/989/23-1 e TC-008415.989.23-5.

Sendo a vedação da taxa negativa um item de atendimento legal, caso supostamente ocorra o empate, onde após a fase de lances todas ou a maioria dos licitantes ofertarem taxa de administração zero, o Edital preconiza que, serão aplicados os benefícios estabelecidos pela Lei Complementar nº123/06 e, persistindo a situação aplicar-se-ão os critérios de desempate previstos no item 5 Edital.

Os critérios de desempate estão contidos no edital, bem como, o sistema BEC, utilizado para realização de pregão eletrônico (www.bec.sp.gov.br) encontra-se parametrizado de acordo com as exigências legais, para a realização, caso seja necessário, do sorteio para desempate.

DECISÃO

Ante as considerações apresentadas, analisando as razões da impugnante, na condição de Subscritora do Edital, manifesto pelo conhecimento da impugnação, tendo em vista a sua tempestividade, para, no mérito, negar-lhe provimento.

Portanto, o edital mantém-se inalterado e o certame ocorrerá normalmente na data e horário inicialmente divulgados.

Nada mais havendo a informar, publique-se a resposta no sítio eletrônico da CDSS, para conhecimento dos interessados.

São Sebastião/SP, 09 de junho de 2023

ADRIANA HORTEGA ROQUE

Subscritora do Edital