



DECISÃO AO PEDIDO DE IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

PROCESSO LICITATÓRIO Nº 2860/2022

REFERÊNCIA: Pregão Eletrônico nº 02/2023

OBJETO: Contratação pelo tipo “menor preço” de empresa prestadora de serviços para administração de sistema de Vale-alimentação em Cartões com tecnologia de chip, para a aquisição de gêneros alimentícios em geral no comércio varejista e atacadista do Município de Bauru/SP, para os servidores públicos municipais ativos, estagiários e jovens aprendizes do quadro de pessoal da Fundação de Previdência dos Servidores Públicos Municipais Efetivos de Bauru – FUNPREV, observando-se as especificações e características contidas no Anexo I – Termo de Referência.

DECISÃO Nº 01/2023

Trata-se de impugnação ao Edital da modalidade Pregão Eletrônico nº 02/2023, acima mencionado, apresentado através do representante legal da empresa BK INSTITUIÇÃO DE PAGAMENTO LTDA, inscrita no CNPJ sob o nº 16.814.330/0001-50, estabelecida à Avenida Marcos Penteado de Ulhôa Rodrigues, nº 939, Andar 8, Torre 1 – Edifício Tamboré Cidade: Barueri CEP: 06460-040 Telefone: (16)99201-5926 E-mail: ricardo.caldeira@bkbank.com.br

I. DA ADMISSIBILIDADE DO PEDIDO

No tocante ao art. 110 da Lei nº 8.666/1993 reza que 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.

“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.”

Como forma de assegurar a garantia constitucional do contraditório tem-se a impugnação ao edital como instrumento administrativo de contestação de possíveis falhas do Edital, cujo exercício é atribuído ao licitante ou por qualquer cidadão (§§ 1º e 2º do art. 41 da Lei nº. 8.666/93).

“Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

§ 1º Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei, devendo protocolar o pedido até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de



habilitação, devendo a Administração julgar e responder à impugnação em até 3 (três) dias úteis, sem prejuízo da faculdade prevista no § 1º do art. 113.

§ 2º Decairá do direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a administração o licitante que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização de leilão, as falhas ou irregularidades que viciariam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso.”

Desta forma para entendimento do compute do prazo legal para impugnações e esclarecimento, busca-se na paráfrase do Prof. Jacoby Fernandes que não se computa o dia de início e conta-se o prazo sucessivamente, “*in verbis*”:

“o dia 19 foi fixado para realização da sessão e, na forma da contagem geral dos prazos, não se computa o dia de início. O primeiro dia na contagem regressiva é o dia 18; o segundo, o dia 17. Portanto, até o dia 16, último minuto do encerramento do expediente no órgão, poderá o licitante e qualquer cidadão impugnar o edital ou requerer esclarecimentos”

Portanto, tendo por base o retromencionado dispositivo legal e considerando que a data para recebimento das propostas é dia 07/03/2023, o prazo final para impugnação será em 03/03/2023. Nota-se que a apresentação da impugnação foi realizada pelo impugnante em 24/02/2023, através do sistema BEC, conforme impressão do site (anexo I).

Sendo assim, considera-se tempestivo o recurso apresentado pela empresa.

II. DO PEDIDO

Em relação aos apontamentos efetuados pela Empresa BK INSTITUIÇÃO DE PAGAMENTO LTDA a mesma requer que “seja recebida a presente impugnação ao edital para julgar totalmente procedente os itens impugnados, suspendendo liminarmente a licitação marcada para o próximo dia 06/03/2023, para a revisão e exclusão dos itens impugnados, pois é clara a afronta à lei de regência e princípios que regem as contratações públicas”. É importante esclarecer que a licitação está agendada para o dia 07/03/2023.

III. DECISÃO

Inicialmente verifica-se que a impugnação apresentada pela empresa está dentro do prazo previsto no item 3, do Capítulo IV, do Edital nº 03/2023, sendo assim passamos a decidir sobre a matéria. Resumidamente, os pontos alegados na solicitação de Impugnação, menciona que a administração pública deve permitir a Taxa Negativa, pois caso contrário, estará incorrendo em flagrante ilegalidade; alega que o presente objeto a ser licitado afronta às disposições da lei 8.666/93; aduz sobre inaplicabilidade da Medida Provisória nº 1.108/2022 e do Decreto nº 10.854/2021 aos órgãos públicos; e alega que fere o princípio constitucional da liberdade econômica e da livre iniciativa e concorrência, nos



termos do art. 170 da Constituição Federal. Considerando o alegado pela impugnante, verificou-se que a solicitação não tem amparo legal, os itens abordados no Edital e seus Anexos, não restringem à competitividade e sim versa de normas legais a serem seguidas. Da vedação legal da taxa negativa de administração, o Decreto nº 10.854/2021 e a Medida Provisória nº 1.108/2022, como atos normativos que se encontram vigentes, tendo sido regularmente editados, prevalecem sobre o entendimento jurisprudencial até então firmado. Em se tratando de uma norma nova, recente, suscetível de interpretações diversas pelo Judiciário e pelo próprio TCU, não há margem para, nessa fase inicial de vigência, concluir de forma diferente do que está explicitamente previsto no referido dispositivo, ou interpretá-lo de forma abrangente. Cumpre, destacar que tanto a MP 1.108/2022 e o Decreto nº 10.854/2021 não trazem qualquer vedação ou estipulam de que as normas tratadas nestes dispositivos legais excluem os órgãos públicos sobre vedação de Taxa de Administração Negativa, pautada no Artigo 3º MP 1.108/2022 ou Artigo 175 do Decreto nº 10854/2021. Ao contrário do quanto sugerido na Impugnação desta ilustre empresa, os referidos normativos não tratam apenas do PAT – Programa de Alimentação do Trabalhador, mas principalmente de regulamentação e alterações trazidas na Consolidação das Leis Trabalhistas. De fato, em resumo, o objeto da MP 1.108/2022 dispõe sobre o pagamento de auxílio-alimentação de que trata o § 2º do art. 457 da Consolidação das Leis do Trabalho e o Decreto nº 10.854/2021 regulamenta disposições relativas à legislação trabalhista, isto é, tais dispositivos legais não se vinculam ou se restringem aos Órgãos da administração pública serem ou não beneficiários do incentivo fiscal decorrente do PAT. A essência jurídica da MP nº 1.108/2022 e do Decreto nº 10.854/2021, visam alterações e determinações em auxílio alimentação aos trabalhadores vinculados a CLT aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e altera a Lei nº 6.321, de 14 de abril de 1976, e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1943 O Artigo 175 do Decreto nº 10.854/2021, determina: (...)

“As pessoas jurídicas beneficiárias, no âmbito do contrato firmado com fornecedoras de alimentação ou facilitadora de aquisição de refeições ou gêneros alimentícios, não poderão exigir ou receber qualquer tipo de deságio ou imposição de descontos sobre o valor contratado, prazos de repasse que descaracterizem a natureza pré-paga dos valores a serem disponibilizados aos trabalhadores, ou outras verbas e benefícios diretos ou indiretos de qualquer natureza não vinculados diretamente à promoção de saúde e segurança alimentar do trabalhador”

(...) No mesmo sentido, Art. 3º do MP 1.108/2022, define: (...) 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; III-(...)”

Em qualquer destes dispositivos não há restrições ou diferenciações entre empresas privadas ou públicas. Assim sendo o objeto dos referidos dispositivos vinculados a questão da legislação trabalhista, resta evidenciar que a Fundação de Previdência dos Servidores Públicos Municipais de Bauru, vincula-se a admissão de pessoal pelos ditames do Estatuto dos Servidores. A vedação da taxa negativa não traz qualquer afronto ao princípio da livre concorrência ou violação ao princípio da legalidade estrita e da proposta



mais vantajosa, sendo que, para o órgão licitante não irá gerar qualquer custo de taxa, que a taxa zero será, obviamente, vencedora em relação a taxas maiores se houverem, assim como, é bastante claro no Edital nº 03/2023, de Pregão Eletrônico nº 02/2023, que havendo eventual empate entre propostas ou lances, o critério de desempate serão o permitido na aplicação do art. 44, §§ 1º e 2º da Lei Complementar no 123/2006 (tratamento diferenciado para ME/EPP). Persistindo o empate, o sistema informará a situação e o sorteio deverá ser efetuado pela Pregoeira. A Pregoeira apenas executa o ato de desempate de propostas, sendo que a definição da ordem de classificação é feita automática e randomicamente pelo sistema, não possuindo a Pregoeira ou qualquer outro membro da Comissão de Pregão, qualquer gerência sobre o fato. A não aceitação de propostas de taxa de administração negativa, decorre simplesmente de uma vedação legal, que se encontra vigente e válida. Noutro ponto, isso não implica em restrição à competitividade entre os licitantes, visto que a referida vedação se aplica a todos, sem qualquer distinção, não afastando a possibilidade de identificação da proposta mais vantajosa, nos termos da lei. Destacamos o acórdão proferido pelo Tribunal de Contas da União, TC-010690.989.22-3, a decisão o Conselheiro Substituto não analisou ser devida a vedação de taxa negativa, mas sua decisão foi no sentido de que a vedação seria possível ainda que para não inscritos no Programa de Alimentação do Trabalhador — PAT.

“Desse modo, a mais recente jurisprudência desta Casa compreende que, independentemente de o órgão promotor do certame ser ou não inscrito no Programa de Alimentação do Trabalhador - PAT, isto é, de ser-lhe aplicável ou não o disposto no artigo 3º, inciso I, da Medida Provisória nº 1.108/2022 e no artigo 175 do Decreto nº 10.854/2021, a vedação à oferta de taxa de administração negativa, tal como ocorre in casu, não tem o condão de macular o respectivo ato de convocação, motivo pelo qual não prospera o pleito de suspensão da disputa tecido na inicial. (...) Nesse sentido, o panorama desenhado não tem o condão, a meu ver, de justificar a interferência prévia desta Casa na presente licitação”.

Em consulta ao site do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo - TCE-SP - foram encontradas decisões que vão no sentido do dever de vedar a possibilidade de aplicação de taxa negativa. Dessas decisões pode-se observar a construção do entendimento pelo Tribunal de Contas:

“De fato, recorro que me nossa última reunião (...) o Plenário (...) aceitou a vedação à taxa negativa, especificamente porque naquela situação a CETESB, beneficiária ativa do PAT (Programa de Alimentação do Trabalhador), estaria obrigada a atender aos parâmetros insculpidos no Decreto nº 10.854/21, cujo artigo 175 proíbe o recebimento de qualquer tipo de deságio ou imposição de descontos sobre o valor contratado (TC-5627.989.22-1).

Todavia, compreendo que tal raciocínio possa ser estendido, de forma mais ampla, aos demais Entes promovedores dos certames, independentemente da inscrição naquele programa.

(...)

Veja-se que se a intenção do Decreto nº 10854/21 foi proteger o trabalhador com a vedação, nada mais justificável, até pelo aspecto de isonomia, estendê-la aos demais beneficiário, mesmo que empregados em entidades não filiadas ao PAT.

A propósito, nesta linha foram as palavras pronunciadas pelo Eminentíssimo Conselheiro Renato Martins Costa naquela oportunidade já mencionada,



ao pontuar que, “se a regulamentação federal do PAT caminhou por aí, é um reforço enorme na interpretação da inconveniência, em qualquer circunstância, da adoção de taxa zero ou negativa.”

“Sob esta perspectiva, encurto razões e, em absoluta sintonia com esta nova orientação, voto pela procedência da Representação, devendo a Prefeitura de Cravinhos suprimir a aceitação do oferecimento de taxa negativa para a licitação em exame.” (trecho de fls. 441 verso)

Portanto não há que se falar em ilegalidade e afronta às disposições da Lei 8.666/93 e Constituição da República Federativa do Brasil, como afirmado pela impugnante. Ressalte-se que a Funprev não deseja, de forma alguma, restringir a participação de eventuais interessadas no certame, visto que sempre respeita o princípio da competitividade aplicável às licitações públicas. Ocorre que é de igual importância a Fundação assegurar a solidez do futuro contratado e a boa execução do objeto contratual. Outrossim, várias empresas no mercado forneceram orçamentos em conformidade com as especificações exigidas no Termo de Referência, sendo importante mencionar que a Administração possui autonomia para descrever o que almeja adquirir, sempre visando cumprimento dos dispositivos legais, o que de fato fez, sendo o objeto de fácil compreensão pelas empresas atuantes no ramo de atividade. Sendo assim, a Impugnação não possui fundamentação apta a ensejar alteração do instrumento convocatório do certame público. Ante o exposto, em respeito ao instrumento convocatório e em estrita observância aos princípios que regem os procedimentos licitatórios, conhecemos a impugnação apresentada pela empresa BK INSTITUIÇÃO DE PAGAMENTO LTDA, em razão da sua tempestividade, para no MÉRITO, NEGAR PROVIMENTO ao pleito formulado. Na oportunidade, permanecem inalteradas as cláusulas editalícias, bem como a data de abertura do Pregão Eletrônico nº 02/2023 – Processo nº 2860/2022.

Sem prejuízo, publique-se no Diário Oficial do município de Bauru, no site da Funprev, bem como no sistema BEC, ficando inalterados as datas e prazos do certame.

LOUISE ADELINE CARVALHO CÂNDIDO

Pregoeira

Portaria nº 005/2023

DAVID JOSÉ FRANÇOSO

Presidente da Funprev