

ILUSTRÍSSIMO(A) SENHOR(A) PREGOEIRO(A) DO CONSELHO REGIONAL DE BIOLOGIA – 1ª
REGIÃO (SP, MT, MS) – CRBio-01

ASSUNTO: IMPUGNAÇÃO DE EDITAL DE LICITAÇÃO

REPRESENTANTE: BK INSTITUIÇÃO DE PAGAMENTO LTDA

REPRESENTADO: CONSELHO REGIONAL DE BIOLOGIA – 1ª REGIÃO (SP, MT, MS) – CRBio-01
PREGÃO Nº. 002/2023

BK INSTITUIÇÃO DE PAGAMENTO LTDA, inscrita no CNPJ nº 16.814.330/0001-50, com sede na Avenida Marcos Penteado 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 06/09/2023.

“As impugnações podem ser até 3 (três) dias úteis antes da data da abertura do certame., nos termos do item 10.1 do edital.”

Deste modo, a presente representação da Impugnação ao Edital, nesta data 30/08/2023, é tempestiva.

2. DOS FATOS

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 o **CONSELHO REGIONAL DE BIOLOGIA – 1ª REGIÃO (SP, MT, MS) – CRBio-01** publicou Edital cujo objeto é *“Contratação empresa facilitadora de aquisição de refeições e gêneros alimentícios para prestação de serviços continuados de administração e fornecimento de vales refeição, na forma de cartões eletrônicos com chip, para uso em restaurantes, lanchonetes e similares, como meio de pagamento utilizado na aquisição de refeições, conforme normas do Programa de Alimentação do Trabalhador – PAT, a fim de atender as necessidades dos funcionários do Conselho Regional de Biologia - 1ª Região.”*

Contudo, referido edital contém exigências que inviabilizam a competição no certame, bem como infringem diversos princípios e leis que regulam as contratações públicas, conforme será amplamente demonstrado a seguir.

3. DA VEDAÇÃO A TAXAS NEGATIVAS

O edital do certame em epígrafe estabelece que as empresas participantes da licitação não poderão ofertar taxas de administração negativa para o órgão público, de modo a cercear a competitividade, e a busca pela proposta mais vantajosa por parte da Administração Pública. Vejamos:

*“Desta forma, a facilitadora será contratada pelo menor preço global resultante da menor taxa administrativa ofertada aplicada sobre o valor global dos vales refeição.
NÃO SENDO MAIS PERMITIDA TAXA NEGATIVA.”*

Logo, como é óbvio perceber, não é possível que a Municipalidade utilize o critério de julgamento **MENOR PREÇO** sem permitir que as empresas ofertem taxas negativas, já que o menor valor só poderia ser conseguido por meio de valores que representam descontos sobre o valor global.

Como se sabe, é de praxe que nas licitações para fornecimento de vale alimentação e/ou refeição haja a oferta de taxas negativas, já que é a melhor forma que as empresas do ramo encontraram para poder disputarem o melhor preço para a Administração.

Isso, contudo, não importa dizer que a proposta ofertada pela empresa seja inexecutável, já que as empresas que gerenciam tais cartões possuem outras formas de auferir lucros durante a execução do contrato, como, por exemplo, a taxa de administração cobrada dos estabelecimentos credenciados, ou a custódia dos valores transacionados.

Logo, temos que a taxa negativa, além de não importar proposta inexecutável, importa desconto à Administração Pública, o que privilegia o orçamento público, já que a Administração Pública está economizando dinheiro público que é gasto com seu pessoal.

Nesse sentido, temos privilegiado também princípio da economicidade, inerente às contratações públicas, que tem como finalidade precípua o resguardo dos cofres públicos, devendo a Administração buscar sempre economizar o máximo ao realizar suas contratações.

Ademais, como já é possível deduzir, sem que seja possível a oferta de taxas negativas, **Administração Pública está licitando à revelia dos princípios que norteiam as contratações públicas, notadamente ao princípio da busca pela proposta mais vantajosa, já que a contratação sem taxas negativas não leva nenhuma vantagem à Administração.**

Sobre a busca pela proposta mais vantajosa, o Nobre Doutrinador Marçal Justen Filho, que nos ensina:

A vantagem caracteriza-se como a adequação e satisfação do interesse geral por meio da execução do contrato. A maior vantagem configura-se pela conjugação de dois aspectos inter-relacionados. Um dos ângulos relaciona-se com a prestação a ser executada por parte da Administração, o outro se vincula à prestação a cargo do particular. A maior vantagem apresentasse quando a Administração assumir o dever de realizar a prestação menos onerosa e o particular se obriga a realizar a melhor e mais completa prestação. Configura-se, portanto, uma relação custo-benefício. A maior vantagem

corresponde à situação de menor custo e maior benefício para a administração pública.¹

Para registrar, consignamos o art. 3º da Lei nº. 8.666/93 que elenca os princípios que a Administração Pública deve pautar suas contratações.

*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.*

Além disso, é óbvio que a vedação de taxas negativas frustra o caráter competitivo da licitação, infringindo o §1º, I, do art. 3º da Lei nº. 8.666/93. *In verbis:*

§ 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;

Com a impossibilidade de serem ofertadas taxas negativas, todas as empresas que forem participar do certame ofertaram taxa de 0% (zero por cento), o que levará ao empate de todas as empresas.

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos. 12 ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 65

Não é só isso, já que, ao arrepio da competição da competitividade da licitação, a mesma será resolvida por sorteio, conforme determina o §2º, do art. 45, da Lei nº. 8.666/93, já que todas as empresas cumprem os requisitos do §2º do art. 3º do mesmo diploma legal.

Note, Nobre Julgador, o perigo em que se encontram as licitações do ramo de vale alimentação/refeição, sob o risco de, por um sorteio, o objeto da presente licitação seja entregue a qualquer empresa aventureira no ramo de gerenciamento de cartões, o que coloca em risco não só a execução do contrato e o benefício dos servidores municipais, mas também o próprio erário público, que deveria ser privilegiado com a licitação, e, principalmente, o comércio local, que corre o risco de se ver numa situação de prejuízo caso a licitação seja entregue a uma empresa sem expertise e seriedade necessária para a execução do objeto.

Apenas por isso já possível perceber que a licitação sem a possibilidade de ofertas de taxas negativas não traz nenhuma vantagem para a Administração Pública, e ainda viola diversas disposições previstas na Lei Geral de Licitações.

Mas não é só isso.

A licitação em epígrafe traz como justifica para a vedação de taxas negativas a legislação que entrou em vigor no ano de 2022, qual seja, Lei nº. 14.442/2022, oriunda da Medida Provisória 1.108/2022, que estabelecer novas regras para a concessão de vale alimentação para trabalhadores que são regulados pela Consolidação das Leis do Trabalho - CLT.

Em seu art. 3º, a Lei nº. 14.442/2022 estabelece que:

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:

I - qualquer tipo de deságio ou imposição de descontos sobre o valor contratado;

Contudo, como é possível extrair do próprio diploma legal, que foi promulgado para alterar a CLT, NÃO PODE, EM NENHUMA HIPÓTESE, SER APLICADO AO FUNCIONALISMO PÚBLICO.

Isto porque é óbvio que as disposições aplicáveis ao setor privado, regulado pela CLT, são completamente diferentes do que as disposições aplicáveis ao setor público, já que o orçamento utilizado para custear os valores pagos a título de vale alimentação a servidores faz parte do orçamento público, **que por essência deve ser preservado, e tem regras específicas e princípios que visam a sua proteção e a sua máxima economia.**

O art. 70, da Constituição da República estabelece como um dos princípios que regulam o orçamento o princípio da economicidade. Vejamos:

Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

É incipiente dizer que o princípio da economicidade se relaciona verticalmente com o princípio da vantajosidade da proposta para a Administração Pública, de modo que o Administrador Público não deve se distanciar em buscar, na licitação, uma proposta que dê economia ao órgão público, possibilitando a vantagem.

Ademais, é importante salientar de forma veemente que a taxa negativa no mercado de vale alimentação/refeição não significa, de maneira alguma, que o serviço não será prestado com a eficiência que se espera, **já que, como dito anteriormente, as empresas possuem diversas outras formas para auferir lucros durante a execução contratual, além de sempre poderem expandir o seu mercado de atuação.**

Logo, isso significa desmistificar o que é colocado na Exposição de Motivos – EM da Lei nº14.442/2022, **já que não há nenhuma comprovação real de que as empresas que gerenciam os cartões vale alimentação/refeição vão “equilibrar a ‘perda’ exigindo altas taxas dos estabelecimentos comerciais credenciados”.** Para conhecimento, deixamos o item 19 da EM:

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.*

Em primeiro lugar, é importante deixar consignado que **as disposições que são veiculadas na referida Lei têm o objetivo de atingir as empresas que compõem o setor privado, ou seja, que são beneficiadas do Programa de Alimentação do Trabalho – PAT, para que as mesmas não tenham um duplo benefício.**

Ainda, no âmbito da Administração Pública, a ampla maioria dos órgãos públicos não são beneficiadas do PAT, de modo que, assim sendo, não são duplamente beneficiadas em detrimento do beneficiário, pelo contrário, está sendo beneficiada com a taxa negativa, o que é justamente a pretensão da licitação e busca pela melhor proposta.

Ademais, por óbvio, **tal medida não poderia alcançar o setor público, já que um duplo benefício aos órgãos públicos seria notadamente benéfico, o que privilegiaria todo o arcabouço legal, jurisprudencial e doutrinário do ramo administrativista, que está sempre em busca de estabelecer que a Administração Pública esteja em busca de conseguir vantagens quando for realizar suas contratações.**

Além disso, não possui comprovação fática o argumento trazido na referida EM de que os servidores ficam à margem da política, e acabam sendo prejudicados com um eventual aumento de preços dos produtos no estabelecimento comercial.

Isso é muito claro já que não há redução dos valores quando o estabelecimento deixa de transacionar com cartões vale alimentação/refeição, ou seja, o

aumento ou redução dos valores dos alimentos ou produtos necessários ao atendimento do trabalhador **não está relacionado com o fato de o comércio transacionar ou não com a empresa gerenciadora de cartões.**

Até porque, comumente todos os estabelecimentos comerciais realizam transações com cartões de débito e crédito, o que, se levássemos em conta este argumento, os valores dos produtos também seriam elevados, já que no meio de pagamento via cartões de crédito e débito envolvem diversas empresas, e cada uma cobra altas taxas dos estabelecimentos, já que há um banco para o dinheiro ser alocado, uma empresa para a máquina de cartões, uma empresa para gerenciar tais valores.

Ou seja, não tem azo na realidade fática o argumento de que os estabelecimentos repassam para os consumidores eventuais taxas que as empresas gerenciadoras de cartões vale alimentação/refeição cobram para utilizarem seus sistemas, já que o comércio realiza transações com cartões de outras bandeiras e que também realizam a cobrança de taxas, e a mesma será cobrada com ou sem o deságio para a Administração Pública, o que faz com que caia por terra todo o argumento que visa impossibilitar descontos ao órgão.

Portanto, diante de tudo o que foi exposto acima, fica nítido que as disposições contidas na Lei nº. 14.442/2022 não pode servir como base para determinar a vedação de taxas negativas no setor público, já que é objetivo intrínseco da Administração Pública economizar nas suas contratações e permitir a competitividade entre as empresas, o que não é possível no caso de vedação a taxas negativas.

Assim como não há qualquer prejuízo aos beneficiários dos cartões, que, inclusive, poderiam ser beneficiados de outras formas, já que a Administração Pública, no uso de sua discricionariedade, pode estipular que as empresas disputem a licitação com o maior retorno financeiro ao servidor, como forma de bonificação no cartão vale alimentação/refeição, ou *cash back*, que seria o retorno de parte do valor da compra para o cartão do beneficiário, como passamos a demonstrar a seguir.

4. DA POSSIBILIDADE DE BONIFICAÇÃO PARA OS SERVIDORES

Como é amplamente sabido, com a chegada do século XXI, adveio um imenso avanço tecnológico, que proporcionou a todos novas formas de realizar atividades que antes eram realizadas de maneira manual ou com a necessidade de um papel em formato físico.

Uma das novas formas de se fazer as compras, então, foi a ampla dominância de cartões, notadamente cartões de débito e crédito, que todos usamos em larga escala, sendo que, tal modalidade oferece comodidade e segurança que dinheiro em espécie vem sendo deixado de lado em diversas ocasiões, como por exemplo, o pagamento de salário a funcionários, que é feito via depósito em conta, na grande maioria das vezes.

Isso não é diferente do que ocorre com o vale alimentação/refeição, que com sua chegada a um status de direito a ser concedido aos trabalhadores para se alimentar, seja em restaurantes, como uma refeição pronta, seja em supermercados, com os alimentos *in natura*, o valor do benefício deixou de ser pago em dinheiro, e deixou de ser depositado na mesma conta em que o empregador comumente paga o salário do empregado.

Até porque, por determinação legal da CLT, em seu art.457, §2º, caso o benefício fosse pago em dinheiro, faria com que o benefício deixasse de ser uma verba indenizatória e passasse a ter status de verba salarial, o que faria a ser refletida em todos os outros rendimentos do empregado.

Desse modo, grande parte das empresas privadas procuram empresas que gerenciam cartões de vale alimentação/refeição, para viabilizar o pagamento do auxílio alimentação aos seus funcionários.

O setor público também não ficou de fora dessa toada, de modo que todos os entes da federação, incluindo as empresas estatais, promovem licitações para que empresas que gerenciam tais cartões possam fornecer seus serviços aos servidores/empregados.

Obviamente, há de se destacar as especificidades que permeiam o setor privado e o público, sendo que no setor privado o que se busca é a preservação do patrimônio público, buscando a proposta mais vantajosa, viabilizando competição entre as empresas, de modo que haja economicidade na prestação dos serviços.

Nesse íterim, como ocorre no caso em epígrafe, diversos órgãos públicos estão promovendo licitação sem que haja a possibilidade de as empresas participantes possam oferecerem taxas negativas, sob o argumento de que estão abrangidas pela novel legislação que alterou dispositivos da CLT, **mesmo sabendo que as disposições da CLT não podem ser aplicadas ao setor público, já que foram feitas, em sua essência, para serem aplicadas ao setor privado, de modo que algumas de suas disposições contrariam a legislação aplicável ao setor público, notadamente ao da economicidade.**

Contudo, visando uma nova maneira para que as empresas do ramo de fornecimento de vale alimentação/refeição possam disputar as licitações, ofertando

vantajosidade aos servidores públicos, que são os maiores beneficiários do vale alimentação/refeição, sem que haja qualquer violação tanto a novel legislação quanto a legislação pretérita, respeitando-se as disposições do que determina o direito público, **é possível que haja a modalidade de julgamento por meio de MAIOR RETORNO ECONÔMICO AO BENEFICIÁRIO.**

Expliquemos.

Como foi abordado no início desta explanação, as novas formas de pagamento trazidas com o avanço tecnológico permitem que as empresas que gerenciam o valor a ser depositado para os servidores forneçam benesses a seus usuários, seja como uma adição nos valores pagos pelo órgão, seja em forma de *cash back*, ou seja, de retorno de parte do valor pago ao próprio cartão do servidor.

Isso faria com que as empresas que participam das licitações com a finalidade de fornecer vale alimentação/refeição possam disputar o **MAIOR RETORNO ECONÔMICO AO PRÓPRIO SERVIDOR PÚBLICO, que, ao fim e ao cabo, é o principal sujeito de todo o imbróglio que permeia a referida discussão.**

Para exemplificar, caso a Administração Pública efetue o pagamento de R\$500,00 (quinhentos reais) ao servidor, a empresa participante da licitação poderia oferecer **taxa de retorno econômico com base no valor pago ao próprio servidor, ou seja, o julgamento seria feito pelo MAIOR RETORNO ECONÔMICO.**

No exemplo descrito acima, caso a empresa licitante ofereça 5% (cinco por cento), o valor de retorno econômico ao servidor será de R\$25,00 (vinte e cinco reais), o que faria com que o benefício do servidor chegasse em R\$525,00 (quinhentos e vinte e cinco reais), proporcionando ao servidor a possibilidade de ser beneficiado com a licitação, motivando-o, sem que isto custe mais aos cofres público, **havendo nítida economicidade à Administração, competitividade na licitação, e busca pela melhor proposta.**

Note, Nobre Julgador, que sem a possibilidade de que haja ofertas taxas negativas, essa seria a melhor forma para que a Administração Pública usufrua de algum benefício ao promover a referida licitação, **já que, frisa-se, não haverá alteração no valor dos produtos, como já abordado no tópico antecedente, caso eventualmente ocorra tal situação, o que não se acredita que irá ocorrer, O SERVIDOR FICARÁ RESGUARDADO, JÁ QUE ESTARIA TENDO UMA BONIFICAÇÃO NO VALOR DE SEU BENEFÍCIO.**

Exemplificando, o servidor público ficará protegido caso ocorra a situação de o comerciante repassar o valor da taxa para os produtos, o que, repita-se, não acredita que

se ocorre, já que não se vislumbra o fato de que os produtos aumentam de preço pelo simples fato de o comerciante passar a transacionar com os cartões da empresa fornecedora de vale alimentação/refeição.

Em verdade, é imperioso dizer que tal modalidade seria a mais adequada para se promover a licitação, visto que o real destinatário dos serviços seria amplamente beneficiado com a possibilidade de ter algum retorno econômico dos valores a serem pagos pelo órgão, **de modo que a finalidade precípua da licitação seria amplamente alcançada.**

Ademais, em sendo feita dessa maneira, não há como se mencionar a violação de qualquer lei vigente, já que a taxa de administração para o órgão público sempre será de 0% (zero por cento), **de modo que a taxa em disputa seria a de MAIOR RETORNO ECONÔMICO PARA O BENEFICIÁRIO.**

Para termos um exemplo concreto do que está sendo dito aqui, colacionamos como anexo a esta impugnação o edital de licitação promovido pelo Serviço Municipal Autônomo de Água e Esgoto de São José do Rio Preto/SP – SeMAE, qual seja, Pregão Eletrônico nº. 59/2023, cujo objeto é exatamente o mesmo da licitação ora impugnada, em que o critério de julgamento é exatamente o que está sendo aqui retratado, com taxa zerada ao órgão. Vejamos:

5. CRITÉRIO DE JULGAMENTO

5.1 O critério de julgamento é o **menor preço global**:

5.1.1 Será considerada vencedora a licitante que ofertar o menor preço observada a menor taxa de administração (**vedada taxa negativa**) e a maior taxa de retorno econômico aos servidores:

5.1.2 O menor preço global será apurado da seguinte forma:

$$MP = Vi \times (100\% - X\% + Y\%)$$

Onde:

MP = Menor preço global.

Vi = Valor inicial: R\$ 2.364.012,00, valor apurado no item 3.2, do memorial;

X% = Retorno econômico: Valor complementar que será creditado ao servidor pela contratante;

Y% = Taxa de administração: valor cobrado do SeMAE.

Exemplo:

Classificação:	Taxa de retorno econômico (-X)	Taxa de admin. (+Y)	% Apurado (100%-X+Y)	Preço Global
1º	6%	3%	97%	2.293.091,64
2º	2%	0%	98%	2.316.731,76
3º	1%	0%	99%	2.340.371,88
4º	2%	3%	101%	2.387.652,12

5.2 Havendo empate será realizado sorteio em sessão pública.

Em 2022, o Município de Manduri já havia adotado a mesma forma de julgamento para as licitações de fornecimento de vale alimentação de seus servidores, que também anexamos unto a essa impugnação, assim como a ata da sessão pública. Vejamos:

O **PREFEITO MUNICIPAL DA PREFEITURA DE MANDURI**, Estado de São Paulo, no uso de suas atribuições legais, torna público que fará realizar licitação na modalidade **PREGÃO PRESENCIAL n. 007/2022**, do tipo **MAIOR VALOR DE BONIFICAÇÃO**, objetivando a contratação de prestação de serviços de gerenciamento, implementação e administração de "Vale Alimentação" para aproximadamente 360 funcionários, na forma de cartão magnético, pelo prazo de 12 meses, prorrogável se de interesse das partes; regida pela Lei Federal n. 10.520, de 17 de julho de 2002, pelo Decreto Municipal n. 990/2013, aplicando-se subsidiariamente, no que couberem, as disposições da Lei Federal n. 8.666, de 21 de junho de 1993, e alterações posteriores, da Lei Complementar n. 123, de 17 de dezembro de 2006, e demais normas regulamentares aplicáveis à espécie.

CLASSIFICAÇÃO

As Propostas foram classificadas em ordem crescente de valor, assegurada as licitantes microempresas e empresa de pequeno porte o exercício do direito de preferência, respeitada a ordem de classificação, na seguinte conformidade:

REAL CARD SOLUÇÕES EM PAGAMENTO EIRELI, com o valor de R\$ 18,00;

VEROCHEQUE REFEIÇÕES LTDA, com o valor de R\$ 15,56;

FACE CARD ADMINISTRADORA DE CARTÕES LTDA ME, com o valor de R\$ 10,00;

LE CARD ADMINISTRADORA DE CARTÕES LTDA, com o valor de R\$ 0,00.

67 ^a	34,91	-	34,95	-
68 ^a	34,96	-	35,50	-
69 ^a	35,51	-	35,60	-
70 ^a	35,61	-	35,70	-
71 ^a	35,71	-	35,80	-
72 ^a	35,81	-	35,90	-
73 ^a	35,91	-	35,95	-
74 ^a	Declinou	-	35,95	-

Perceba, Nobre Julgador, que a licitação ocorreu com o julgamento sendo a maior bonificação ao servidor, de modo que a empresa que se sagrou vencedora ofereceu o valor de R\$35,95 (trinta e cinco reais e noventa e cinco centavos) de bonificação para o servidor, isto significa que, além do depósito comumente feito pela Administração Pública ao cartão do servidor, a empresa gerenciadora irá acrescentar o valor vencedor aos cartões, de modo a beneficiar o servidor público.

Assim, fica claro que, em caso de permanecer a vedação quanto a taxas negativas, a Administração tem outras formas de promover a licitação que ofereça vantagens aos servidores, de modo evitará que a licitação seja decidida por meio de sorteio, dando real competitividade ao certame, possibilitando economia aos cofres públicos, em observância à economicidade, e buscando, sempre, a maior vantajosidade nas licitações.

Portanto, diante de todo o exposto, requer-se que, em caso de não retificação do edital para possibilitar as taxas negativas, para que o mesmo seja retificado para prever a modalidade de julgamento acima descrito, sendo as propostas julgadas conforme o maior retorno econômico, ou maior bonificação para o servidor.

5- DA EXIGÊNCIA DA PLATAFORMA DELIVERY

O edital norteador exige que a empresa vencedora do certame possua plataforma de entrega de alimentos via *delivery*, o que, evidentemente, não é uma prerrogativa de todas as empresas, de modo que tal exigência, além de ser desnecessária, inibe a participação de diversas empresas, fazendo com que o monopólio no existente no mercado de vale alimentação e refeição se perpetue e aumente ainda mais.

“12.4. Preferencialmente possuir convênio para aceitação de no mínimo uma das empresas de aplicativos de entrega de refeições prontas e/ou gêneros alimentícios in natura (delivery), tais como: Ifood, Rappi ou Uber Eats.”

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 exclua a exigência de convênio com plataforma web ou aplicativo delivery para entrega de refeições prontas, através do Vale Refeição objeto do contrato.

6- DO PEDIDO

Diante de todo o exposto acima, requer-se:

- a) A suspensão liminar da licitação marcada para o próximo dia 05/09/2023, tendo em vista a flagrante ilegalidade no critério de julgamento, em que a vedação de taxas negativas, modo a violar a busca pela proposta mais vantajosa e competitividade do certame;
- b) **A retificação do edital em epígrafe, para permitir a oferta de taxas negativas pelas empresas, favorecendo a economicidade do órgão público, bem como proporcionando vantagem aos sofres públicos, privilegiando a competitividade do certame e a busca pela proposta mais vantajosa;**
- c) Por fim, caso não seja o entendimento de permitir a oferta de taxas negativas diretamente à Municipalidade, **haja a retificação do edital para que possibilite às empresas a competição, julgando a proposta conforme o maior retorno econômico ao servidor, ou maior bonificação ao servidor, permitindo a busca pela melhor proposta e evitando que o certame seja decidido por sorteio.**

Nestes termos, pede e espera deferimento.

Barueri/SP, 30 de agosto de 2023.

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