

Araucária, 21 de março de 2023

À
BK BANK INSTITUIÇÃO DE PAGAMENTOS LTDA

Referente Impugnação ao edital de licitação pregão eletrônico nº 001/2023 COHAB Araucária.

Prezados,

Informamos inicialmente que a impugnação fora recebida de forma tempestiva, por intermédio de correio eletrônico, contendo a impugnação ao supracitado edital, bem como documentos de auxílio à impugnação, cujo questionamento estaremos analisando e respondendo.

Na impugnação apresentada, BK INSTITUIÇÃO DE PAGAMENTO LTDA, não concorda em síntese, com a impossibilidade de oferecimento de proposta em licitação com taxas negativas, (item 6.9.2 do edital)¹, como também não concorda com a exigência da necessidade de que o serviço contratado deva ser exigível por meio de plataforma delivery.

Alega o impugnante que:

- É comum e corriqueiro que as empresas que participam do mercado de licitação, neste ramo de fornecimento de cartão alimentação e refeição, ofertem taxa administrativa negativa, concedendo assim desconto sobre o valor de crédito nos cartões;
- A prática de fornecimento de cobrança de taxa administrativa negativa é comum e é vantagem para os órgãos públicos, gerando economia aos cofres do Estado;
- Com a proibição do fornecimento de taxa negativa, as empresas em sua totalidade ofertarão taxa de administração 0%, como tem ocorrido em várias licitações, ocorrendo em decorrência disso o empate entre as empresas, onde se mudaria o critério de julgamento, para sorteio, em descumprimento ao § 1º do art. 45 da Lei 8666/93;
- O órgão público estaria frustrando a competitividade do certame, como também estaria suprimindo a etapa de lances do pregão, pois na medida em que proíbe a Taxa Negativa, onde não haveria a disputa de uma melhor oferta, já que não será possível ofertar proposta menor que Taxa 0%, havendo claro descumprimento do art. 3º, §1º, inciso I da Lei 8666/93 e art. 4º da Lei 10.520/2002;
- A Lei 14.442/2022 dispõe sobre o auxílio alimentação de que trata o §2º do art. 457 da CLT (Decreto-Lei 5452/43). Logo, referida norma não se aplica aos servidores que não se subordinam ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho, como por exemplo, os servidores estatutários;
- Verifica-se que a Lei nº 14.442/2022 não tem aplicabilidade no âmbito da administração pública, pois

¹ Edital – item – 6.9.2 – Não serão aceitas taxas de administração negativas que representem qualquer tipo de deságio ou imposição de descontos sobre o valor contratado, sendo admitida a oferta de taxa de administração em percentual zero.



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;

- 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;

- Ainda que o órgão licitante tenha fundamentado a vedação da Taxa Negativa na edição da MP nº. 1.108/2022, 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 14.442/2022;

- Considerando que a Lei 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;

- A Lei 14442/2022 é passível de ter sua inconstitucionalidade declarada;

- Afirma que o 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.

- Alega ainda que a exigência de plataforma delivery é desnecessária, inibe a participação de diversas empresas, dizendo com que o monopólio existente no mercado de vale alimentação e refeição se perpetue e aumente ainda mais.

- Afirma que 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 à evidência de direcionamento da licitação.

Ainda, a impugnante, para dar base às suas alegações e afirmações juntou documentos, sentenças e pareceres de outros órgãos que tratam de licitações e contratos de inúmeras prefeituras e outros órgãos que fazem parte da administração direta.

Esta é a síntese.



A Licitação nº 001/2023 – Pregão eletrônico – da COHAB Araucária, tem por objetivo Contratação de empresa para prestação de serviços de implantação, gerenciamento, administração, fiscalização, emissão, fornecimento e manutenção de cartão-alimentação e cartão-refeição, através de cartões magnéticos ou de tecnologia similar para os funcionários e diretores da COHAB.

A Companhia Municipal de Habitação de Araucária, diferente do que afirma o impugnante, é uma Empresa Pública Municipal, participante do PAT instituído pela Lei Federal nº 6.321/1976, não sendo, portanto um órgão Público, sendo uma Pessoa Jurídica de direito privado, tendo o regime de contratação de seus funcionários regido pela consolidação das leis do trabalho, sendo portanto aplicável toda e qualquer legislação vinculada a este regime, em consequência as alterações realizadas recentemente como também a aplicação da lei 14.442/2022 em sua integralidade.

Ainda a Companhia está submissa à Lei Federal nº 13.303/2016², conhecida como Lei das Estatais, e portanto, possui regulamento interno de licitações e contratos próprio, sendo que não se aplica à Companhia a lei de licitações 8666/93 e também não se aplica a Lei 14.133/2021, sendo apenas de forma subsidiária a aplicação da lei 10.520/2002 a esta licitação, onde a RILC não contemple.

Desta forma qualquer argumento trazido na impugnação, que tem como base a legislação sobre licitação e contratos administrativos aplicáveis à administração direta, não é elegível no caso analisado.

Em sua impugnação, foram apresentadas diversas decisões dos órgãos judiciais e de controle, favoráveis à aplicação de taxa negativa neste tipo de certame. Ocorre que todas as referências citadas tratam de órgãos ou entidades da administração pública direta, ou que não são beneficiárias dos incentivos fiscais decorrentes do PAT.

A COHAB Araucária possui inscrição no PAT, contribui em termos tributários como uma empresa de regime privado, utilizando-se dos mesmos incentivos fiscais outorgados às demais empresas, inclusive aos previstos no Programa de Alimentação ao Trabalhador, instituído pela Lei federal nº 6.321/1976, por este motivo a contratação se dará à luz da Lei 14.442/2022.

Por não ser a COHAB Araucária um Órgão Público, pertencente à administração direta, seus empregados, usuários dos cartões refeição/alimentação, não são estatutários, não possuem regime próprio. São contratados através do regime celetista, aliás, os valores dos benefícios são determinados em Acordo Coletivo de Trabalho firmado entre o sindicato da categoria e a Companhia.

Como bem argumentado pela impugnante: “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)”. Sendo, portanto, aplicável a Companhia Municipal de Habitação de Araucária, onde esta não é órgão da Administração Pública Direta, mas empresa pública sujeita ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários, conforme estabelece a Constituição da República, art. 173, §1º, inciso II.

² Lei Federal 13.303/2016, "Art. 68. Os contratos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas, pelo disposto nesta Lei e pelos preceitos de direito privado".



Quanto a exigência de plataforma delivery, a impugnante diz que a exigência, além de ser desnecessária, inibe a participação de diversas empresas, fazendo que o monopólio existente no mercado de vale alimentação e refeição se perpetue e aumente ainda mais, dizendo inclusive que tal exigência compromete 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.

Pois bem, assim como sobre o que seria a razão de ser da licitação, é também desvirtuada a compreensão da Impugnante acerca do princípio da igualdade e a regra altercada do edital não objetiva qualquer favorecimento ilícito, mas apenas garante a materialização do melhor interesse da Companhia Municipal de Habitação de Araucária, nos estritos limites da lei.

Não tendo a licitação por finalidade a materialização da igualdade ou a obtenção do maior número de participantes possível. Reitere-se: os princípios que vinculam o certame, na prescrição do Estatuto das Empresas Estatais, art. 31, e conforme o que dispõe a Constituição da República, art. 173, incisos II e III, são instrumentos para garantir a obtenção da proposta mais vantajosa para a Companhia Municipal de Habitação de Araucária, isto sim a essência, a causa, a razão de ser do certame licitatório.

Sobre o “caráter competitivo” como ressaltado pela Impugnante, Niebhur³ ensina que Em que pese a centralidade do princípio da competitividade, não se pode perder de vista que a licitação pública se faz em favor da Administração Pública, responsável pela concreção do interesse público. Não devendo a administração diminuir a sua expectativa ou mesmo precarizar o serviço ou objeto, diminuindo as exigências do que realmente objetiva sob o condão de ampliar a participação, porque não são todos que conseguem atender às necessidades administrativas.

Daí que é perfeitamente lícito formular em edital, exigências, onde, em muitos momentos, haverá restrição da participação de eventuais interessados e, sob essa perspectiva, sejam limitadoras da competição, o que é vedado é a infundada exigências no edital, o que não o corre no caso em tela, o que ocorre é uma exigência para extrair a melhor funcionalidade do serviço bem como melhores opções para fornecimento do serviço, o fato da empresa interessada não possuir os meios para prover a exigência, não torna para a empresa algo desnecessário ou mesmo infundado.

Ora, é de conhecimento público que a aceitação de cartões alimentação e refeição em aplicativos de entrega (delivery) não é nova. Aliás, até mesmo em virtude da pandemia COVID-19, este segmento cresceu muito e, considerando a evolução tecnológica, tem gerado melhoria substancial nas atividades cotidianas, possibilitando conforto, agilidade, praticidade, amplo acesso a restaurantes, mercados e outros estabelecimentos do segmento, estando o usuário na sede da Companhia Municipal de Habitação de Araucária, ou em suas residências, no caso de trabalho em *home-office*.

Consideramos na decisão desta exigência, o fator da possibilidade de entrega, tendo em vista que o intervalo de trabalho dos colaboradores, para repouso e alimentação, é extremamente curto, onde este solicita a refeição e não perde o pouco tempo com deslocamento, evitando inclusive situações para a empresa, que poderiam gerar algum tipo de prejuízo, como por exemplo acidente em deslocamento quando da ida para a compra da refeição.

³ NIEBHUR, Joel de Menezes, Licitação Pública e Contrato Administrativo, Direito Administrativo, Lei nº 14.133/2021.



Em momento algum, A COHAB araucária faz qualquer exigência quanto à obrigatoriedade de uso na modalidade delivery, ou pagamento através de aplicativos.

Ao contrário, foram oferecidas outras opções aos licitantes, inclusive, quanto à possibilidade de utilização de serviço próprio de entrega oferecido pelos estabelecimentos, conforme citado pela própria impugnante, senão vejamos:

*...não havendo convênio com aplicativo delivery, deverá oferecer serviço próprio de entrega, **OU**, não havendo serviço próprio de entrega, deverá a licitante comprovar mediante a indicação dos estabelecimentos por ela credenciados, de que possuem os serviços de tele entrega.*

Diante da prática já consolidada pelo mercado, não se pode esperar que os colaboradores da COHAB Araucária sejam conduzidos a abrir mão de facilidades já utilizadas por diversos fornecedores, e que, eventuais limitações de algum fornecedor façam retroceder sua forma de consumo e realizem seus pedidos, por exemplo por telefone (muito embora, seja esta alternativa também oferecida em edital). Mas impor somente esta opção traria cerceamento de direito de escolha, e condenaria seus colaboradores a utilizar um benefício de forma retrógrada e distante da tecnologia. A exigência não afeta a livre concorrência, uma vez que existem diversas empresas adaptadas a esta tendência, de modo a atender à satisfação dos usuários. Dessa forma, verifica-se que as exigências não frustram o caráter competitivo do certame, não sendo irrelevantes ou impertinentes ao objeto e, ainda, oferecem mais de uma opção para atendimento pelas empresas licitantes.

Há precedentes aplicáveis à matéria. Verifique-se as decisões do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo:

Processo 0000272.989.21-1. *Despacho de apreciação sobre representação visando ao exame prévio de edital. Conselheiro Exmo. Sr. Renato Martins Costa, em 14/01/2021. “(...) Refiro-me à disposição do Termo de Referência sobre a disponibilidade de aplicativo para smartphone com funcionalidades que permitam aos usuários, dentre outras, consultar saldos e rede credenciada, inclusive estabelecimentos em cuja plataforma se assente a opção de entrega (“delivery”). Ao contrário do enfoque empregado pela representante, para quem a exigência do aplicativo implicaria tecnologia desconexa com o objeto em seu sentido mais estrito, acredito que tais instrumentos, na atualidade, são corriqueiramente empregados pelas empresas do ramo, não me parecendo, ao menos de plano, que caracterizem ferramentas excepcionais e de domínio restrito. Ademais, pensar de forma contrária implicaria o risco de contratação de serviço obsoleto, desconfortável ao usuário e suscetível a gargalos de controle, o que não parece alinhado com o atual momento, seja da Administração, seja da sociedade de um modo geral. (...)”.*

Processo 00001661.989.21-0. *Representação que visa ao exame prévio de edital. Conselheira-Substituta Exma. Sra. Silvia Monteiro - Despacho em 04/02/2021. “(...) 2 – (...) Ao contrário do que foi alegado na exordial – sem elementos probatórios, deve-se enfatizar -, verifica-se que o mercado de aplicativos de entrega e de vale alimentação e/ou refeição encontra-se em franca aproximação, como se verá mais abaixo. De igual sorte, nota-se que muitas empresas administradoras de vale alimentação e/ou refeição dispõem de aplicativos para controle do*



benefício pelo usuário – inclusive a própria representante. Confira-se: Alelo: iFood, Uber Eats, Rappi, Shopper, Liv Up, Clube Extra. Dispõe de aplicativo para controle do benefício pelo usuário. VR: iFood, Rappi, Shopper, Liv Up. Dispõe de aplicativo para controle do benefício pelo usuário. Sodexo: iFood, Rappi, Liv Up, Clube Extra. Dispõe de aplicativo para controle do benefício pelo usuário. Ticket Restaurante e Alimentação: iFood, Uber Eats, Rappi (rede credenciada), Liv Up, Clube Extra. Dispõe de aplicativo para controle do benefício pelo usuário. Bem Refeição: iFood, Liv Up. Não dispõe de aplicativo para controle de benefício pelo usuário. iFood Refeição e Alimentação: iFood. Dispõe de aplicativo para controle do benefício pelo usuário. UP (Planvale e Policard): Nenhum aplicativo de entrega. Dispõe de aplicativo para controle do benefício pelo usuário. Verocard: Nenhum aplicativo de entrega. Dispõe de aplicativo para controle do benefício pelo usuário. Das oito empresas acima indicadas, apenas duas não oferecem a possibilidade de utilização do vale alimentação e/ou refeição em nenhum aplicativo de entrega. São elas a própria representante e a UP (Planvale e Policard). E todas as empresas dispõem de aplicativo para controle do benefício pelo usuário. 3 – O item 2.5 do Anexo I – Termo de referência estabelece que a contratada deverá oferecer aos usuários possibilidade de “pagamento em site (página na internet) ou por aplicativo em no mínimo uma das empresas de aplicativo de entrega de refeições prontas e produtos alimentícios in natura (delivery), tais como: iFood, Rappi ou Uber Eats (refeições) e Pão de Açúcar ou Clube Extra (alimentação)” (destaque acrescido) (Anexo I – Termo de referência, item 2.5). Uma leitura atenta do item acima revela que: (a) não se trata de exigência dirigida às licitantes ou de condição para a assinatura do contrato, mas de obrigação atribuída à contratada; (b) a obrigação em comento é alternativa, como o indica a conjunção “ou” – possibilidade de “pagamento em site (página na internet) ou por aplicativo”; e (c) no caso de pagamento por aplicativo, a contratada deve oferecer aos usuários a possibilidade de utilização do vale alimentação e/ou refeição em “no mínimo” um deles. Não parece que as exigências acima tratadas possam de fato ameaçar a participação de considerável número de empresas da presente licitação. O representante se absteve de oferecer elementos probatórios que pudessem indicar o contrário. As informações obtidas por esta autoridade julgadora, que estão mais acima condensadas, indicam que o mercado de vale alimentação e/ou refeição encontra-se em condições de atender ao comando do edital”.

Por fim, esta Companhia ressalta que desconhece a existência de empresa que detenha o monopólio de mercado para o objeto desta licitação.

Por fim a impugnante em sua exposição, traz diversas afirmações e situações hipotéticas sobre prováveis ocorrências, onde cria generalizações sobre base de opiniões e não fatos concretos.

- “TODAS as empresas licitantes ofertarão proposta com taxa 0%” - De fato, a tendência é que os licitantes apresentem já nas suas propostas comerciais originais o valor mínimo aceitável, como se verificou no âmbito da pesquisa de preços realizada para obtenção do valor global referencial máximo aceitável, porém houve empresa que lançou a sua proposta diversa de valor 0%.

- “TODAS as licitações que objetivarem o fornecimento de cartão alimentação e refeição, serão julgadas mediante “sorteio”.”. O edital é claro que o julgamento se dará por menor preço, baseada na taxa de administração ofertada e que o sorteio é utilizado como um dos critérios de desempate.

- 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”;

- A Lei 14.442/2022 é passível de ter a sua inconstitucionalidade declarada; até o presente momento a lei é válida e tem produzido os seus efeitos, o simples fato de estar sendo discutido a sua constitucionalidade em nada altera a execução da lei.

Assim a Companhia Municipal de Habitação de Araucária, ao realizar a licitação e estabelecer as condições descritas no edital, tomou como base única e exclusivamente a legislação vigente, afeta ao objeto a ser contratado e à própria licitação em si. Não podendo ao arrepio da lei, propor condições em edital com base em “possibilidades”, “suposições” ou “hipóteses”. E é também, na forma de lei e do edital (lei entre as partes), que serão julgados e processados todos os atos, procedimentos e ocorrências verificadas na licitação, observados os princípios da publicidade, impessoalidade, moralidade, economicidade e, ainda, o de isonomia entre os participantes.

Portanto, a exigência do edital é legítima, porque implica em garantir que o interesse público seja atingido com a maior intensidade possível, sem qualquer mácula a princípio ou norma norteadora do certame.

Conclusão: Diante de todo o exposto, uma vez que as disposições do edital não ferem os princípios e normas que embasam as licitações públicas, mas atendem obrigações legais e exigências que objetivam a execução adequada ao objeto da licitação, julgo pela improcedência da presente impugnação ao edital, mantendo seus termos.

Cordialmente,

José Ferreira Soares Neto
Diretor Presidente

Companhia Municipal de Habitação de Araucária

