

Processo nº: 20228/2022

Assunto: Contratação de serviço de vale alimentação/refeição em cartão

PEDIDO DE IMPUGNAÇÃO Nº 1

Aos dez dias do mês de outubro de 2022, no Setor Comercial Sul, Quadra 2, Bloco B, Sala 1201, Brasília-DF, CEP: 71.318-900, a Pregoeira do Conselho Federal de Economia, instituída pela Portaria nº 1, de 3 de janeiro de 2022, Senhora **LILIAN DE SOUZA BARBOSA**, procedeu ao julgamento da impugnação impetrada por **BK INSTITUIÇÃO DE PAGAMENTO LTDA - CNPJ nº 16.814.330/0001-50**, a qual apresenta seu argumento referente ao Pregão Eletrônico nº 9/2022. Com relação à referida impugnação, temos a explanar o que segue:

I. DAS PRELIMINARES

1. A Recorrente apresentou tempestivamente a impugnação em comento, a qual foi recebida no dia 6/10/2022.

II. DAS RAZÕES DA IMPUGNANTE

2. A licitante apresentou impugnação ao Edital relativo ao Pregão nº 9/2022 por meio de fatos e fundamentos que, sob seu entendimento, denotam a necessidade de alterações do instrumento convocatório. Segue a síntese das alegações abaixo:

- 2.1. Sustenta que a proibição de Taxa Negativa presente no Edital consubstancia flagrante ilegalidade e que, devido à proibição constante no item acima, há afronta à economia e ao princípio da seleção da proposta mais vantajosa;
- 2.2. Alega a utilização de sorteio como critério de julgamento, em descumprimento ao art. 45, §1º da Lei nº 8.666/1993 e alude à frustração da competitividade ao suprimir a etapa de lances, por não haver possibilidade de uso da taxa negativa, quando considerada a hipótese de que todas as empresas ofertem taxa de 0%;
- 2.3. Sustenta que o benefício de preferência à ME/EPP o empate será caracterizado somente entre as empresas nesta condição, resultante da impossibilidade de taxa negativa;
- 2.4. Defende a inaplicabilidade da MP nº 1.108/2022 e Decreto nº 10.854/2021 aos órgãos públicos por não abranger os servidores que não se subordinam ao regime celetista e devido a esta MP ter como finalidade o alcance às empresas beneficiárias do PAT e o fato de os órgãos públicos não receberem o incentivo fiscal;
- 2.5. Sustenta que a referida MP é passível de inconstitucionalidade.

III. DA ANÁLISE

3. Em relação à síntese do item **2.1.** tendo por base as alegações da empresa, é sabido e praticado pelos colaboradores do Cofecon a busca pela proposta mais vantajosa para a Administração. A impugnante sustenta que no ramo de vale-alimentação/refeição a vantajosidade se

caracteriza pela proposta de taxa negativa. Em que pese tal argumentação, deixamos claro que, de fato, traria maior economicidade ao Cofecon a admissão do desconto sobre o valor do benefício. Porém, entendemos que, para a busca da proposta mais vantajosa, não podemos olvidar dos aspectos legais, como é o caso da recente legislação que trouxe como imposição a não admissão de taxa negativa, a saber, a Lei nº 14.442/2022.

4. Em relação à síntese do item **2.2.**, é importante informar que, quando da estimativa de preços na fase interna da licitação, recebemos propostas diferentes, havendo propostas válidas com taxa zero e, também, positiva em relação à taxa de administração. Portanto, não é possível a esta Administração referendar que todas as licitantes ofertarão taxa 0% em suas propostas ou lances no certame, embora haja essa possibilidade. Portanto, não prospera a alegação de que estaremos utilizando o sorteio como critério de julgamento, uma vez que ele somente ocorrerá como critério de desempate segundo os trâmites e ditames legais regidos pelo Decreto nº 10.024/2019, que regulamenta o pregão eletrônico.

5. Em complemento à posição do Cofecon em relação ao sintetizado no item **2.2.**, alertamos que não haverá supressão da etapa de lances. Inclusive, o sistema cumpre os procedimentos legais de forma automática, o que impossibilita a supressão de qualquer etapa que possa vir prejudicar aos licitantes.

6. No que tange às alegações da impugnante que ensejaram a síntese constante ao item **2.3.** acerca do tratamento preferencial às ME/EPP, trazemos as seguintes disposições editalícias:

5.18. Não serão aceitos dois ou mais lances de mesmo valor, prevalecendo aquele que for recebido e registrado em primeiro lugar.

5.19. Durante o transcurso da sessão pública, os licitantes serão informados, em tempo real, do valor do menor lance registrado, vedada a identificação do licitante.

5.20. No caso de desconexão com o Pregoeiro, no decorrer da etapa competitiva do Pregão, o sistema eletrônico poderá permanecer acessível aos licitantes para a recepção dos lances.

5.21. Se a desconexão perdurar por tempo superior a 10 (dez) minutos, a sessão será suspensa e terá reinício somente após comunicação expressa do Pregoeiro aos participantes.

5.22. O Critério de julgamento adotado será o menor preço global, conforme definido neste Edital e seus anexos.

5.23. Caso o licitante não apresente lances, concorrerá com o valor de sua proposta e, na hipótese de desistência de apresentar outros lances, valerá o último lance por ele ofertado, para efeito de ordenação das propostas.

5.24. Em relação a itens não exclusivos para participação de microempresas e empresas de pequeno porte, uma vez encerrada a etapa de lances, será efetivada a verificação automática, junto à Receita Federal, do porte da entidade empresarial. O sistema identificará em coluna própria as microempresas e empresas de pequeno porte participantes, procedendo à comparação com os valores da primeira colocada, se esta for empresa de maior porte, assim como das demais classificadas, para o fim de aplicar-se o disposto nos arts. 44 e 45 da LC nº 123/2006, regulamentada pelo Decreto nº 8.538/2015.

5.25. Nessas condições, as propostas de microempresas e empresas de pequeno porte que se encontrarem na faixa de até 5% (cinco por cento) acima da proposta ou lance de menor preço serão consideradas empatadas com a primeira colocada.

5.26. A melhor classificada nos termos do item anterior terá o direito de encaminhar uma última oferta para desempate, obrigatoriamente em valor inferior ao da primeira colocada, no prazo de 5 (cinco) minutos controlados pelo sistema, contados após a comunicação automática para tanto.

5.27. Caso a microempresa ou a empresa de pequeno porte melhor classificada desista ou não se manifeste no prazo estabelecido, serão convocadas as demais licitantes microempresa e empresa de pequeno porte que se encontrem naquele intervalo de 5% (cinco por cento), na ordem de classificação, para o exercício do mesmo direito, no prazo estabelecido no subitem anterior.

5.28. No caso de equivalência dos valores apresentados pelas microempresas e empresas de pequeno porte que se encontrem nos intervalos estabelecidos nos subitens anteriores, será realizado sorteio entre elas para que se identifique aquela que primeiro poderá apresentar melhor oferta.

5.29. Só poderá haver empate entre propostas iguais (não seguidas de lances), ou entre lances finais da fase fechada do modo de disputa aberto e fechado.

5.30. Havendo eventual empate entre propostas, o critério de desempate será aquele previsto no art. 3º, § 2º, da Lei nº 8.666/1993, assegurando-se a preferência, sucessivamente, aos serviços:

5.30.1. prestados por empresas brasileiras;

5.30.2. prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País;

5.30.3. prestados por empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social e que atendam às regras de acessibilidade previstas na legislação.

5.31. Persistindo o empate entre propostas, será aplicado o sorteio como critério de desempate.

(grifamos)

7. Considerando as disposições do Edital acima expostas, sobretudo as que foram destacadas, é possível compreender a ordem de como será realizado o trâmite em caso de valores equivalentes. Conforme dispõem os itens **5.18 e 5.23 do Edital**, não serão aceitos dois ou mais lances de mesmo valor. Nesse caso, as licitantes participantes deverão ter ciência acerca da possibilidade de haver propostas iguais e, assim sendo, avaliarem individualmente se é prudente cadastrarem propostas com valores maiores ou se já concorrerão com os valores inicialmente por elas propostos, independente de novos lances, considerando que não serão aceitos lances que impliquem em valor negativo da taxa de administração. Trata-se de análise peculiar de cada participante, haja vista a ciência de todos quanto aos termos do edital.

8. Em relação aos itens **5.24. e 5.25 do Edital**, uma vez encerrada a etapa de lances, será efetivada via sistema a verificação automática do porte da empresa e o sistema procederá à comparação com os valores da primeira colocada, se de maior porte, assim como das demais classificadas, e aplicará automaticamente o disposto nos artigos 44 e 45 da LC nº 123/2006. Portanto, a classificação legal ocorrerá automaticamente, a partir do sistema onde ocorrerá o Pregão nº 9/2022, ocasião em que serão consideradas empatadas as propostas ou lance de menor preço das ME/EPP que se encontrarem **até 5%** acima da proposta ou lance de menor preço.

9. Quanto ao item **5.28. do Edital**, havendo equivalência de valores entre ME e EPP dentro dos intervalos estabelecidos, ocorrerá o sorteio entre elas para ordenar a apresentação de nova oferta. O item **5.29 do Edital** apresenta o entendimento de que somente poderá haver empate entre propostas iguais (não seguidas de lances).

3º - quando houver somente propostas iniciais sem lances, serão aplicados os critérios de desempate previstos nos art. 36 e 37 do Decreto nº 10.024, de 2019. Caso o empate persista, haverá sorteio eletrônico pelo sistema dentre as propostas empatadas.

(Modos de Disputa – disponível em: <https://www.gov.br/compras/pt-br/images/ultimas_noticias/Modos-de-Disputa---passo-a-passo--05112019.pdf>)

10. Assim dispõem os artigos 36 e 37 do Decreto nº 10.024/2019, que também remontam ao entendimento conjugado ao item **5.31.** do Edital, para melhor elucidação:

Art. 36. Após a etapa de envio de lances, haverá a aplicação dos critérios de desempate previstos nos art. 44 e art. 45 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, seguido da aplicação do critério estabelecido no § 2º do art. 3º da Lei nº 8.666, de 1993, se não houver licitante que atenda à primeira hipótese.

Art. 37. Os critérios de desempate serão aplicados nos termos do art. 36, caso não haja envio de lances após o início da fase competitiva.

Parágrafo único. Na hipótese de persistir o empate, a proposta vencedora será sorteada pelo sistema eletrônico dentre as propostas empatadas.

11. Assim sendo, o critério de desempate previsto no Portal Compras.gov coaduna com as disposições editalícias, ocasião em que o sistema eletrônico procederá as referidas verificações em caso de empates, de forma automática, passando à etapa subsequente sempre que ocorrer empate, inclusive em relação ao tratamento preferencial em caso de ME/EPP. Ressaltamos que o sistema eletrônico já possui os comandos específicos para verificação do direito de preferência em relação às ME/EPP. Desta forma, no caso de o direito de preferência não ser suficiente para desempatar as propostas, tal fato ensejará a adoção dos critérios subsequentes pelo próprio sistema, de forma a suprir a equivalência havida quanto aos valores, sendo o último critério o sorteio como definidor do certame.

12. Conforme demonstrado acima, rebatemos a síntese do item **2.3.** no que tange à falta de isonomia quando aplicado o benefício de preferência à ME/EPP, uma vez que esta administração se ateve aos aspectos estabelecidos em Lei ao dispor as cláusulas do edital, as quais não pode se eximir de aplicar. Saliente-se que a o próprio benefício de preferência à ME/EPP decorre da Lei, motivo pelo qual não nos cabe não cumprir.

13. A própria impugnante reconhece em sua peça que não cabe à Administração deixar de aplicar tal benefício, ainda que sustente que a sua aplicabilidade afronte ao princípio da isonomia. Nesse viés, considerando que a atual legislação acerca da proibição de taxas negativas para o objeto em questão é muito recente, não nos é possível tecer entendimento diverso pela ausência de novas regulamentações e/ou jurisprudências quanto ao novo entendimento do assunto, cabendo à administração pública, com fulcro no princípio da legalidade administrativa, tão somente fazer ou deixar de fazer aquilo que a Lei determinar.

14. Em relação à alegação sintetizada no item **2.4.**, cabe destacar que o Conselho Federal de Economia é uma Autarquia Federal, pessoa jurídica de direito público, criada pela Lei nº 1.411, de 13 de agosto de 1951 e que segue os normativos e Leis federais. Apesar da natureza de pessoa jurídica de direito público, esta Autarquia Federal contrata seus funcionários por meio do Decreto-Lei nº 5.452/1943 - Consolidação das Leis do Trabalho. Portanto, registra-se que os funcionários do Cofecon não seguem ao regime estatutário, mas sim ao celetista.

15. Ainda quanto ao item **2.4.**, elenca a impugnante que a MP nº 1.108/2022 (convertida na Lei nº 14.442, de 2 de setembro de 2022) alcança somente às empresas beneficiárias do PAT. Ademais, embora não receba o incentivo fiscal referenciado, não há óbice de adesão ao PAT por esta

Autarquia. Tanto é assim que a fundamentação da presente licitação é justamente a Deliberação nº 4997/2022 do Cofecon (cuja menção se encontra no Item 1. Objeto do Edital), a qual refere expressamente ao Programa de Alimentação do Trabalhador – PAT. Segue teor do artº 6º do referido normativo:

Art. 6º O Cofecon concederá mensalmente, aos seus empregados em atividade, por meio do Programa de Alimentação do Trabalhador - PAT, instituído pela Lei nº 6.321/1976 e regulamentado pelo Decreto nº 10.854, de 10 de novembro de 2021, auxílio alimentação/refeição, por meio da concessão de cartão alimentação ou refeição, no valor de R\$ 1.059,23 (hum mil e cinquenta e nove reais e vinte e três centavos), ficando a cargo do empregado manifestar expressamente interesse em participar do programa, autorizando, desde já, que seja descontado de seu salário-base o valor de R\$ 1,00 (um real), correspondente a sua parcela de custeio, em regime de coparticipação.

§ 1º Em nenhuma hipótese o auxílio alimentação terá natureza salarial, não integrando a remuneração do empregado para quaisquer fins, e não constitui base de incidência do FGTS;

§ 2º Enquanto não forem concluídos os procedimentos administrativos necessários à adesão ao PAT e à contratação da empresa fornecedora do cartão alimentação ou refeição, o Cofecon, excepcionalmente, efetuará em pecúnia o pagamento do auxílio em questão. (grifamos)

16. Assim, não prospera a alegação da impugnante acerca da inaplicabilidade da MP nº 1.108/2022 ao Cofecon, sobretudo pelo fato de que no artigo 175 do Decreto nº 10.854/2021 não consta qualquer vedação ou ressalva quanto à sua aplicabilidade às entidades públicas.

17. Por fim, em relação à síntese elencada ao item **2.5.**, a impugnante alude à possibilidade de declaração de inconstitucionalidade da MP nº 1.108/2022, convertida na Lei nº 14.442/2022. Porém, embora haja a demonstração de motivos que ensejam esse entendimento por parte da impugnante, não nos compete efetivar o controle de constitucionalidade acerca da matéria. Não obstante se tratar de nova normatização que possa conferir interpretações distintas pelos órgãos de controle ou pelo próprio judiciário, não existe qualquer possibilidade para que possamos afrontar o que a Lei nos confere, sobretudo pela sua tão recente aplicabilidade, restando-nos apenas cumprir os dispositivos provenientes da nova regulamentação da matéria.

18. Ademais, embora haja julgados mencionados pela impugnante acerca da possibilidade de utilização de taxa negativa, todos são anteriores à Lei nº 14.442/2022, que trouxe substanciais mudanças da matéria em seu bojo, as quais necessitam de tempo hábil para a formação de nova jurisprudência sobre o assunto.

IV. DA CONCLUSÃO

19. Tendo por base todo o exposto, conclui-se que não há ilegalidade ou afronta à Constituição da República por parte do Cofecon ao fazer constar no Edital a impossibilidade de taxa de administração negativa para o objeto.

20. Assim, decide-se pelo conhecimento da presente impugnação por esta haver sido apresentada tempestivamente e, no mérito, pela sua improcedência pelos fundamentos presentes acima, mantendo-se no edital a vedação da taxa negativa, ainda que sejam feitas novas alterações no instrumento convocatório.



21. As alterações relativas ao Edital e à data do Pregão Eletrônico poderão ser acompanhadas por meio do Portal de Compras do Governo Federal pelo link <www.gov.br/compras> e pelo sítio oficial do Cofecon no endereço eletrônico <https://cofecon.org.br/transparencia/index.php/pregao-eletronico-n-9-2022-2/>.

Lilian de Souza Barbosa
Pregoeira

Ana Claudia Ramos Pinto
Equipe de Apoio

Rielisson Barbosa de Moura
Equipe de Apoio

