



RESPOSTA AOS PEDIDOS DE ESCLARECIMENTO AO EDITAL DO PREGÃO ELETRÔNICO Nº 003/2023

Trata-se de pedidos de esclarecimento ao Edital do Pregão Eletrônico 003/2023 que tem como objeto a contratação de empresa especializada para prestação dos serviços relativos ao fornecimento, administração e gerenciamento do cartão Vale Alimentação para os Servidores Públicos Municipais de São Francisco de Assis, apresentados pelas empresas M&S Benefícios, Senff e Greencard em relação ao aceite de oferta de taxa negativa para a prestação do serviço.

Os questionamentos foram enviados conforme consta na Resposta emitida por esta pregoeira, datada de 26 de janeiro de 2023. Os pedidos foram enviados de acordo com o estabelecido no item 7.1 do Edital, tempestivamente, pelo que se passa à resposta de seus questionamentos.

O certame foi suspenso para realização de diligências para dar subsídio a resposta aos questionamentos quanto à aplicação da Lei nº 14.442/2022 que dispõe sobre o pagamento de auxílio-alimentação e altera a Lei nº 6.321/76 e a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, e em seu art. 3º veda a possibilidade de aceitação de taxa de administração negativa.

"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."

A contratação de empresas especializadas no fornecimento e gestão de Vale Alimentação tornou-se comum no âmbito da administração pública, com a finalidade de conceder este benefício aos servidores públicos. Na contratação deste serviço, a empresa fornece o Cartão Alimentação ao beneficiário (servidor público), e mediante repasse de crédito pelo órgão público, a empresa efetua as recargas de crédito nos cartões, os quais são utilizados como meio de pagamento na rede de estabelecimentos credenciados, para a aquisição de alimentos e/ou refeições prontas.

E uma peculiaridade no mercado de fornecimento de cartões, é que as empresas que atuam neste ramo de atividade, tem a possibilidade de ofertar Taxa Administrativa Negativa, ou seja, a oferta de um desconto sobre o crédito, sem que haja qualquer redução na recarga dos beneficiários. Motivo pelo qual os órgãos de fiscalização e controle indicam que seja realizada licitação.

Assim, nas licitações que visam contratar o fornecimento de Cartão Alimentação, é praxe dos órgãos públicos admitirem a Taxa Negativa, visando obter maior economia. Neste ponto, é necessário esclarecer que as empresas do ramo, mesmo quando ofertam Taxa Negativa, não operam em prejuízo, vez que possuem outras fontes de renda, não apenas a Taxa de Administração cobrada dos estabelecimentos. Além disso, através do contrato com o órgão público, a empresa Contratada tem a possibilidade de ampliar a rede de estabelecimentos credenciados.

Dessa forma, aplicar a vedação trazida pela Lei nº 14.442/2022 viola diretamente o princípio da seleção da proposta mais vantajosa para a administração, prevista no art. 3º da Lei 8666/93, para a qual destina-se o processo licitatório.

*"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."*

Isto porque, na medida em que o Edital proíbe a Taxa Negativa, impede que a administração pública se beneficie de significativa economia aos cofres públicos, que poderia ser obtida, ao selecionar a proposta com desconto sobre o valor dos créditos.

Não apenas por ser um impeditivo à economia pública, a vedação da Taxa Negativa fará com que todos os licitantes ofertem a Taxa 0%, o que resultará em empate entre as licitantes, de tal modo que a seleção da proposta será feita mediante sorteio, conforme dispõe o art. 45, §2º da Lei 8666/93:

"§ 2º No caso de empate entre duas ou mais propostas, e após obedecido o disposto no § 2º do art. 3º desta Lei, a classificação se fará, obrigatoriamente, por sorteio, em ato público, para o qual todos os licitantes serão convocados, vedado qualquer outro processo."

Contudo, ao limitar a proposta em Taxa 0%, a administração pública estará induzindo o empate entre as licitantes, deixando de aplicar os critérios de julgamento previstos expressamente em rol taxativo no art. 43 da Lei 8666/93, e passando a utilizar o "sorteio" como critério de seleção. Dessa forma ficará também comprometido o caráter competitivo do certame, o que se sabe, ser vedado expressamente, conforme disposição do art. 3º, §1º, inciso I da Lei 8666/93:

"§ 1º É vedado aos agentes públicos:





l - 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” (grifo nosso).

Na hipótese de existir o limite da proposta, e todas as empresas ofertarem taxa 0%, seriam suprimidas as etapas de lances e negociação previstas no art. 4º, inciso VIII, e XVII da Lei 10.520/2022.

Como se não bastasse, na medida em que as licitantes ofertarem Taxa 0%, e for aplicado o benefício da preferência concedido pela Lei Complementar nº 123/2006 às Microempresas (ME) e Empresas de Pequeno Porte (EPP), caracterizará empate apenas às empresas que comprovem esta condição, e assim sendo, somente as empresas que enquadrarem como beneficiárias, poderão participar do sorteio, como preceitua o art. 44 da Lei Complementar 123/2006:

“Art. 44. Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.”

Notadamente, estaria a administração ferindo diretamente o princípio da isonomia, haja vista que os licitantes não poderão cobrir as propostas das beneficiárias, e não poderão participar do “sorteio”. E na hipótese de não aplicar o benefício de preferência, estaria a administração negando a aplicação à Lei Complementar 123/2006, cometendo flagrante ilegalidade.

Após a realização de consulta técnica ao Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul – TCE/RS foram disponibilizadas diversas representações enviadas ao órgão durante o ano de 2022 tratando da matéria relacionada à vedação da prática de taxa negativa nas licitações que objetivam a contratação de empresa para fornecimento do vale-alimentação. Tais representações foram consultadas e anexadas no processo.

O que se pode observar é que em todos os casos onde foi proibida a apresentação de proposta com taxa negativa, com fundamento na Lei 14.442/2022 e Decreto Federal 10.854/2021 os certames passaram por retificação para retirar a proibição.

Cumprir esclarecer que as restrições impostas pelas referidas normas, não se aplicam aos órgãos públicos, especialmente, pelo fato de que os órgãos públicos não são beneficiários do PAT – Programa de Alimentação do Trabalhador.

O Programa de Alimentação do Trabalhador – PAT, é um programa governamental de adesão voluntária, que busca estimular o empregador a fornecer alimentação nutricionalmente adequada aos trabalhadores, por meio da concessão de incentivos fiscais ao empregador. Em suma, o empregador que adere ao PAT, e que é optante pela tributação com base no lucro real, pode deduzir parte das despesas com o PAT do imposto sobre a renda.

É o que dispõe o art. 1º da Lei 6.321/1976, que instituiu o PAT:

“Art 1º As pessoas jurídicas poderão deduzir, do lucro tributável para fins do imposto sobre a renda o dobro das despesas comprovadamente realizadas no período base, em programas de alimentação do trabalhador, previamente aprovados pelo Ministério do Trabalho na forma em que dispuser o Regulamento desta Lei.”

No mesmo sentido, dispõe o Decreto nº. 5/1991, que regulamenta o PAT:

“Art. 1º A pessoa jurídica poderá deduzir, do Imposto de Renda devido, valor equivalente à aplicação da alíquota cabível do Imposto de Renda sobre a soma das despesas de custeio realizadas, no período-base, em Programas de Alimentação do Trabalhador, previamente aprovados pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social - MTPS, nos termos deste regulamento.”

Como se observa, a pessoa jurídica beneficiária do PAT, é aquela que possui tributação sobre o lucro real, não sendo compatível com os órgãos públicos. É sabido que os órgãos públicos possam aderir ao PAT, visando promover ações voltadas à alimentação saudável do trabalhador, contudo, tal fato não a torna pessoa jurídica beneficiária do PAT, posto que não fará jus ao incentivo fiscal.

Em que pese a Lei 14.442/2022 se refira ao auxílio alimentação de que trata o §2º do art. 457 da CLT (Decreto-Lei 5452/43), a proibição prevista na norma, tem como finalidade impedir a deturpação da política pública, uma vez que estaria beneficiando duplamente os beneficiários do PAT, com a isenção tributária e ainda com o desconto concedido pelas empresas que atuam com arranjo de pagamento, através do Vale Alimentação e Vale Refeição.

Notadamente, considerando que a finalidade da norma proibitiva contida no art. 3º da Lei 14.442/2022, é impedir o duplo benefício às pessoas jurídicas beneficiárias do PAT, referida norma não se aplica aos órgãos públicos, vez



MA



que não se enquadram como pessoa beneficiária do PAT. Do mesmo modo, inaplicável o Decreto Federal nº 10.854/2021, que altera exclusivamente as normas que regulamentam o PAT.

Os citados instrumentos normativos não dispõem, em nenhum momento, sobre a aplicabilidade da proibição, nas contratações realizadas pelos órgãos públicos.

Conforme entendimento jurisprudencial do Tribunal de Contas da União - TCU é irregular a proibição de apresentação de proposta com taxa de administração negativa, tendo em vista que obstaculiza a efetiva disputa entre licitantes e a obtenção da proposta mais vantajosa à Administração Pública. (Acórdão 1482/2019). No mesmo documento o relator ressalta que esta providência visa ampliar a competição entre as licitantes e reduzir os custos para a contratante.

Os Tribunais de Contas dos Estados vêm reconhecendo a inaplicabilidade da vedação aos órgãos públicos, uma vez que estes não são beneficiários do incentivo fiscal decorrente do PAT. Conforme pesquisas realizadas em processos mais recentes, parece ainda vigor o entendimento pacífico na jurisprudência do TCU.

Ainda, em sede de julgamento do Tema Repetitivo 1038, o Superior Tribunal de Justiça já consolidou a tese de que os Editais de licitação, não podem estabelecer o percentual mínimo da Taxa Administrativa. Conforme segue:

"Os editais de licitação ou pregão não podem conter cláusula prevendo percentual mínimo referente à taxa de administração, sob pena de ofensa ao artigo 40, inciso X, da Lei nº 8.666/1993."

Cabe ressaltar, inclusive, que o critério de julgamento de "maior desconto" é previsto expressamente na legislação que regula as licitações na modalidade Pregão Eletrônico.

"Decreto 10.024/2019:

Critérios de julgamento das propostas

Art. 7º Os critérios de julgamento empregados na seleção da proposta mais vantajosa para a administração serão os de menor preço ou maior desconto, conforme dispuser o edital.

Diante de todo o exposto concluo que o edital poderá ser mantido sem necessidade de retificação, apenas definida nova data para o certame, buscando atender a supremacia do interesse público. Conforme subitem 7.2 do edital o pregoeiro é quem responderá os pedidos de esclarecimento, porém devido à complexidade da matéria encaminho o processo para o Departamento Jurídico para apreciação.

São Francisco de Assis, 08 de fevereiro de 2023.

Elisa Gindri Medeiros

Pregoeira

Portaria 932/2022





PARECER JURÍDICO

De: Assessoria Jurídica

Par: Gabinete do Prefeito Municipal

Assunto: Resposta da Pregoeira aos Esclarecimentos solicitados ao PE nº003/2023.

Data: 09/02/2023

Trata o presente Parecer sobre a Resposta da Pregoeira aos Esclarecimentos solicitados ao PE nº003/2023.

Saliente-se que, a descrição do Edital é feita levando em consideração, desde que obedecendo às condições legais, as necessidades e prioridades do Município.

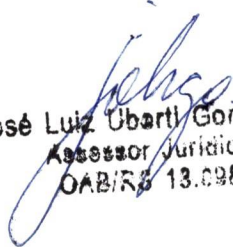
A finalidade da licitação é o atendimento ao interesse público, na busca da proposta mais vantajosa, para o que deverão ser obedecidos os devidos princípios constitucionais, mas sempre levando em consideração os benefícios e a satisfação do interesse coletivo.

Ao fazer a exigência no Edital, age o ente público, sob o pálio da discricionariedade, dentro do limite legal e do legítimo, não frustrando o caráter competitivo do certame.

Na eventualidade de pedido de esclarecimentos, no caso em tela, o que concluiu a Pregoeira, com o aval da Consultoria Técnica do TCE/RS, que disserta com precisão sobre o constante no Edital, tenho, portanto, calcado no que preceitua o interesse público, as necessidades e prioridades do Município e a legislação atinente, que acompanhar a presente decisão-resposta, muito bem fundamentada.

Diante do acima exposto, acompanho a decisão-resposta da Pregoeira, desta Prefeitura Municipal, ou seja, pela manutenção do Edital na sua íntegra sem necessidade de retificação.

Esse é o meu Parecer s.m.j..


José Luiz Ubartl Gonçalves
Assessor Jurídico
OAB/RS 13.098





DECISÃO

Acolho integralmente a resposta da pregoeira, designada pela portaria nº 932/2022, bem como parecer jurídico exarado pelo assessor jurídico José Luiz Uberti Gonçalves OAB/RS nº 13098, elucidando os pedidos de esclarecimento ao edital do Pregão Eletrônico nº 003/2023, cujo objeto é a contratação de empresa especializada para prestação dos serviços relativos ao fornecimento, administração e gerenciamento do cartão Vale Alimentação para os Servidores Públicos Municipais de São Francisco de Assis, apresentado pela empresa M&S Benefícios, Senff e Greencard quanto ao aceite de taxa negativa.

Considero as colocações e argumentos suficientes para tratar dos questionamentos levantados, dessa forma mantendo o edital na sua íntegra sem necessidade de retificação, buscando atender a supremacia do interesse público.

Portanto decido pelo LEVANTAMENTO DA SUSPENÇÃO do certame e republicação do edital definindo novas datas.

Gabinete do Prefeito Municipal, em 09 de fevereiro de 2023.


PAULO RENATO CORTELINI
PREFEITO MUNICIPAL

