RESPOSTA À IMPUGNAÇÃO

CONCORRÊNCIA PUBLICA Nº 14/2023

RESPOSTA À IMPUGNAÇÃO APRESENTADA PELA EMPRESA UP BRASIL ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS LTDA.

Trata-se de impugnação interposta pela empresa **UP BRASIL ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS LTDA.**, devidamente qualificada, por seus representantes legais, em face ao edital de licitação na modalidade concorrência, destinado à **contratação de empresa especializada na prestação dos serviços de emissão e operacionalização de cartão magnético para concessão de VALE ALIMENTAÇÃO com periodicidade mensal aos colaboradores do Senac no Estado do Tocantins**, de acordo com os elementos e especificações constantes no edital da Concorrência Pública n. 14/2023 – SENAC DR/TO e seus anexos.

1. DA ADMISSIBILIDADE

1.1. A presente representação é incontestavelmente tempestiva, uma vez que a sessão pública para recebimento dos envelopes está marcada para o dia **28 de setembro de 2023** e o referido expediente foi recebido no dia 22 de setembro de 2023, portanto, dentro do prazo estipulado no preâmbulo do edital Concorrência Pública n. 14/2023, definido para até às 18 horas do dia 25 de setembro 2023.

2. DAS ALEGAÇÕES DA IMPUGNANTE

2.1. Sustenta a impugnante que ao verificar as condições previstas em edital constatou-se que licitação em referência está pautada em condições que contrariam o disposto na MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.108/22 (Convertida na Lei n. 14.442/22) e no DECRETO Nº 10.854/21 (Publicado no Diário Oficial da União em 11.11.2021) que disciplinam o fornecimento de auxílio alimentação.

2.2. Conforme se extrai do texto da Impugnação, a UP BRASIL ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS LTDA alega que as mencionadas disposições do Edital, que conflitam com o atual regramento das normas estão relacionadas com:

2.2.1. os critérios para desempate das propostas, previstos no Subitem 7.5.3 do Edital; e

2.2.2. a forma pós-paga atribuída como procedimento para repasse dos créditos, prevista no Subitem 12.1 do Edital.

2.3. Por fim, a Impugnante requer; (1) seja revisto o Subitem 7.5.3 do Edital (e demais dispositivos correlatos), de modo a alterar os critérios de desempate para que seja excluída a avaliação de natureza pessoal e subjetiva dos colaboradores do SENAC/TO, bem como a de comprovação prévia da rede credenciada de estabelecimentos; (2) retificação do edital para que seja alterado o Subitem 12.1 do Edital (e demais dispositivos correlatos), de modo que seja adotada a forma pré-paga no procedimento de repasses dos créditos.

3. DA ANÁLISE DOS PONTOS DE IMPUGNAÇÃO

3.1. DOS CRITÉRIOS DE DESEMPATE

3.1.1. A impugnante menciona que disposições do Edital *"pode interferir na igualdade de condição de participação das licitantes e na lisura do procedimento"*, continua ressaltando que *"...havendo empate nas propostas, é possível depreender que o instrumento convocatório estabelece critérios essencialmente subjetivos, ...já que confere aos próprios colaboradores do SENAC/TO, como primeira avaliação (Subitem 7.5.3.1), o poder de decisão sobre qual empresa deverá ser contratada."*

3.1.2. Dando sequência, afirma que *"Tal previsão para desempate é inédita (jamais vista em qualquer contratação pública do segmento de vales convênios) e avessa aos princípios mais comezinhos que regem a **Administração Pública**, em especial por ferir o princípio da impessoalidade administrativa, já que as contratações não devem se pautar por escolhas ou preferências pessoais dos agentes públicos."*

3.1.3. Ressalta que *"...as avaliações a serem promovidas para eventual desempate das propostas, deveriam estar atreladas às hipóteses legais... do art. 60 da Lei nº 14.133/21"* e *"...subsidiariamente pode-se também aplicar o art. 3º da Lei nº 8.666/93".*

3.1.4. Isto posto, passamos a análise.

3.1.5. Primeiramente cumpre esclarecer que a IMPUGNANTE se equivoca ao basear sua argumentação nas Leis nº. 8.666/93 e nº 14.133/21, diplomas legais não aplicáveis ao SENAC.

3.1.6. Inicialmente é forçoso salientar que o SENAC caracterizasse como Serviço Social Autônomo integrante do denominado Sistema "S", instituído por lei, possui personalidade de **direito privado** e

não têm fins lucrativos. É um ente paraestatal, no sentido de que atua ao lado do Estado, mediante o desempenho de atividades não lucrativas, não integrando a Administração Direta (União, Estados, Municípios e Distrito Federal), nem tampouco a Indireta (Autarquias, Fundações Públicas, Sociedades de Economia Mista e Empresas Públicas).

3.1.7. Neste entendimento, as Decisões 907/97, de 11/12/1997 e 461/98, de 22/7/1998 do Plenário do Tribunal de Contas da União, consolidaram a interpretação de que os Serviços Sociais Autônomos do qual o SENAC é parte integrante, não estão sujeitos aos procedimentos da Lei nº 8.666/93 e sim aos seus regulamentos próprios devidamente aprovados e publicados, senão vejamos:

> *"1.1 – improcedente, tanto no que se refere à questão da "adoção" pelo SENAC/RS, da praça pública Daltro Filho, em Porto Alegre – RS, quanto no que tange aos processos licitatórios,* ***visto que, por não estarem incluídos na lista de entidades enumeradas no parágrafo único do art. 1º da Lei 8.666/93, os serviços sociais autônomos não estão sujeitos à observância dos estritos procedimentos na referida lei, e sim aos seus regulamentos próprios devidamente publicados;****" (TCU, Decisão 907/1997 – Plenário, Min. Rel. Lincoln Magalhães da Rocha). (grifos nossos)*

3.1.8. Por tais razões, já no preâmbulo do edital de licitação na modalidade Concorrência Pública, ora fustigado pelo impugnante, depreende-se claramente que o certame é regido exclusivamente pelos critérios de aceitabilidade contidos no referido instrumento convocatório, regido pela Resolução SENAC n° 958/2012, de 18.09.12, de seu Conselho Nacional, publicada no DOU em 26.09.12 e suas atualizações. O processamento e julgamento serão realizados pela Comissão Permanente de Licitação designada através das Portarias nº 080/2022 e nº 078/2023, do Conselho Regional do SENAC-TO, não havendo, pelas razões exposadas acima, remissão as Leis nº 8.666/93 e nº 14.133/21.

3.1.9. Diferente do que a impugnante afirma "*Tal previsão para desempate é inédita*", o critério já é utilizado conforme pode ser observado nos Editais de Credenciamento n. 01/2023 da Companhia Docas de Santana – CDSA e no Edital de Credenciamento n. 000012023 do SENAI/CETIQT - Centro de Tecnologia da Indústria Química e Têxtil.

3.1.10. Corroborando com o citado no parágrafo anterior, o Tribunal de Contas da União - TCU, por meio do Acórdão nº 5495/2022 -2ª Câmara, o relator entendeu que por força do Decreto nº 10.854/21, que resulta no empate entre propostas, impõe à Administração o dever de encontrar modelos alternativos.

3.1.11. Portanto, tendo em vista o certame ser regido por regulamento próprio, a entidade decidiu, dentre os vários outros critérios de desempate estabelecidos em edital, adotar a votação publica pelos 220 (duzentos e vinte) funcionários da entidade, critério justo e democrático, tendo em vista as empresas interessadas serem votadas e avaliadas pelos próprios usuários dos serviços.

3.1.12. Continuando, a impugnante em sua argumentação também ressalta *"...que a comprovação da rede credenciada deveria apenas recair sobre a licitante vencedora **após a assinatura contratual** e não demandar de todas as proponentes a demonstração de seus estabelecimentos conveniados, já que impõe uma obrigação prévia por todos os participantes mesmo sem saber se irão sair vitoriosos do certame." (grifo nosso)*

3.1.13. Conforme pode ser observado no Subitem 3.2 do ANEXO I (Termo de Referência) da Concorrência n. 14/2023, mais uma vez a licitante se equivoca, a comprovação da rede credenciada é exigida apenas da licitante vencedora e deverá ser realizada antes da assinatura do contrato, senão vejamos:

> *"3.2. A **licitante vencedora do certame** terá até 10 (dez) dias corridos, após a divulgação do resultado, como exigência para adjudicação do objeto e **posterior assinatura do contrato**, a **apresentação da listagem de estabelecimentos credenciados** em cada município." (grifo nosso)*

3.1.14. Tendo em vista a afirmação da impugnante de que a rede credenciada só poderia ser exigida da licitante vencedora, ***"após a assinatura contratual"***, cabe mencionar a manifestação contida no Acórdão TCU nº 9745/2017 - 2ª Câmara, cujo tribunal se posicionou no sentido de que a comprovação de rede credenciada deveria ocorrer apenas na fase de contratação.

> *"26. Ao apreciar situação análoga, este TCU, no Acórdão 3156/2010-TCU-Plenário, entendeu que a comprovação de rede credenciada deveria ocorrer apenas na **fase de contratação**, com estabelecimento de um prazo razoável para que a vencedora do certame credenciasse os estabelecimentos comerciais das localidades onde os funcionários estejam.* (Acórdão nº 9745/2017, 2ª Câmara – TCU)" (grifo nosso)

3.1.15. Como pode ser observado, o TCU fala de "fase de contratação", ou seja, antes de o contrato ser assinado, e não após a assinatura do contrato conforme mencionado pela impugnante.

3.1.16. Da mesma forma, o Acórdão TCU nº 6082/2016 – 1 Câmara, foi além, se manifestando no sentido em que não é desarrazoado solicitar a apresentação de rede credenciada assim que encerrada a classificação:

> *"Não é desarrazoado demandar a apresentação da cobertura de rede credenciada **assim que encerrada a classificação**. É esperado que empresas que desejam prestar esse tipo de serviço já possuam amplitude de atuação capaz de atender, de imediato, tal exigência. Alem disso, caso fosse incompleta, a licitante teria ainda 10 dias úteis para comprovar o atendimento, prazo, em princípio, suficiente para correções complementares." Acórdão 6082/2016 – TCU – 1 Câmara. (grifo nosso)*

3.2. DO PROCEDIMENTO DE REPASSE DOS CRÉDITOS DESCARACTERIZANDO A NATUREZA PRÉ-PAGA DOS BENEFÍCIOS

3.2.1. O SENAC, conforme mencionado anteriormente, tem natureza jurídica privada, qualificada como serviço social autônomo, integrante do Sistema "S".

3.2.2. Sua principal fonte de custeio são recursos públicos federais, oriundo de um percentual da contribuição social previdenciária destinada a terceiros.

3.2.3. Em razão da origem pública, federal, dos recursos que o mantêm, suas contas são auditadas pelo Tribunal de Contas da União, a teor do Parágrafo único do art. 70 da Constituição Federal.

> *"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.*
>
> *Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou **privada**, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária." (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (grifo nosso)*

3.2.4. Em recente decisão (Acórdão nº 279/2023 – Plenário), o TCU considerou que, quando o caso envolver verba pública, como é o caso do contrato a ser firmado entre o SENAC e o futuro fornecedor de vale alimentação, não se pode repassar, antecipadamente, antes da recarga dos cartões, o valor do crédito à empresa fornecedora do serviço, sob pena de afronta à lógica de preservação do recurso, dado que vedado o pagamento antecipado pela prestação dos serviços.

> *"Acrescenta-se que a dinâmica dos pagamentos que serão realizados durante a contratação* ***demonstra que a contratada não será onerada antecipadamente, uma vez que os estabelecimentos em que os tickets são utilizados não são remunerados no momento da aquisição dos produtos ou serviços****." (Acórdão nº 279/2023 – Plenário) (grifo nosso)*

3.2.5. Ao analisar o texto da Lei nº 14.442/2022 e Decreto nº 10.854/21, observa-se que a finalidade da norma é assegurar a condição pré-paga do benefício pago aos trabalhadores, ou seja, garantir que o trabalhador receba o crédito no seu cartão de benefício de forma antecipada, no início do mês de referência.

3.2.6. Portanto, essa regra não quer dizer da necessidade de antecipação do repasse dos valores pelo SENAC à fornecedora dos serviços, sob pena de contrariar o interesse público.

> *Lei nº 14.442/2022*
>
> *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: II - prazos de repasse ou pagamento que descaracterizem a natureza pré-paga dos valores a serem disponibilizados aos empregados;*
>
> *Decreto nº 10.854/21*
>
> *Art. 175. 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 prépaga 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.

3.2.7. Assim, conclui-se que está correto o Edital da Concorrência em questão, que prevê o pagamento do valor pelo SENAC-TO à empresa fornecedora de vale alimentação, em momento posterior ao crédito feito por ela no cartão de benefício dos empregados, atendendo, assim, a orientação do TCU – Tribunal de Contas da União.

3.2.8. Destaca-se, pois, que, quando da elaboração de seus editais, o SENAC observa, rigorosamente, as legislações pertinentes e a jurisprudência dos Tribunais de Contas quando da inserção das exigências neles contidas. Desta feita, todas as exigências editalícias se mostram irretorquíveis, como anteriormente demonstrado, não havendo qualquer elemento que as maculem.

4. DA CONCLUSÃO

4.1. Diante do exposto, esta Comissão Permanente de Licitação decide pelo **RECEBIMENTO** da impugnação apresentada pela empresa **UP BRASIL ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS LTDA.**, uma vez presentes os pressupostos de admissibilidade, e depois de prestados os devidos esclarecimentos, **NEGAR PROVIMENTO** nos termos acima exarados, mantendo a data da reunião da Concorrência Pública n. 14/2023 para o dia 28.03.2023 às 09h, bem como os demais termos apresentados no Edital e em seus anexos, por entender que estão em absoluta consonância com a legislação aplicável, não havendo o que ser alterado ou suprimido.

Palmas – TO, 25 de setembro de 2023.

Nicodemos Barbosa Neto
Presidente da Comissão

Adilaine de Sousa Freitas
Membro da Comissão

Andresa Maria Jorge Alves
Membro da Comissão