CONCORRÊNCIA PUBLICA N. º 14/2023 DR-TO

ESCLARECIMENTOS 02

O Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial – SENAC – Administração Regional do Tocantins, torna público o pedido de esclarecimento encaminhado por empresa licitante e resposta dada pela Comissão Permanente de Licitação, referente à Concorrência Pública **n.º 14/2023 SENAC – DR/TO,** publicada no D.O.U em **14.09.2023**, do tipo menor preço global, que tem como objeto a **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**, com previsão de recebimento dos envelopes n.º 01 e 02 para as 09h:00m horas do dia **28.09.2023**.

Pedido de esclarecimento n. 02:

"Considerando o item do Edital, a seguir:

12.1. O prazo estipulado para o pagamento do valor devido por conta do objeto deste processo licitatório é de 20 (vinte) dias corridos, contados a partir da data de apresentação do(s) competente(s) Documento(s) Fiscal(is), após atesto dos serviços prestados.

Questionamos e esclarecemos.

É correto nosso entendimento que o pagamento ocorrerá antes da disponibilização dos créditos?

Questionamos e esclarecemos.

A pergunta se fundamenta na Lei n° 14.442/22, que dispõe sobre o pagamento de auxílio alimentação ao empregado, precisamente em seu artigo 3°, inciso II, o qual veda prazos de repasse ou pagamento que descaracterizem a natureza pré-paga dos valores a serem disponibilizados aos empregados.

Ressaltamos ainda que, não obstante o regime de contratação dos funcionários, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo já entendeu favoravelmente pela aplicação do artigo supracitado em todas as contratações da Administração Pública Direta e Indireta no qual a referida Corte exerce sua competência, e nesse sentido elencamos trecho de recente decisão (TC-007673.989.23-2/SP) sobre o tema a seguir:

Noutro giro, conforme mencionado no pronunciamento singular que assentou medida suspensiva do certame, a natureza jurídica do benefício de alimentação pressupõe antecipação dos repasses financeiros, em garantia à tempestiva fruição dos créditos pelos usuários dos cartões, sem embargo do oportuno adimplemento da remuneração dos

serviços de gestão, condicionado à execução das prestações e aprovação das correspondentes faturas, nos moldes do artigo 40, inciso XIV, alínea "a", da Lei Federal nº 8.666/93(8).

Confira-se, nesse sentido, excerto da decisão ao abrigo dos TCs-023729.989.22-8 e 024012.989.22-4:

> *"Antes de mais nada, importa deixar bem vincado que, desde o julgamento do processo n.º TC-009245.989.22-3, esta Corte assentou a incidência das regras de referido diploma às entidades e órgãos públicos independentemente da adesão ou não ao Programa de Alimentação do Trabalhador, o que implica reconhecer a sua aplicabilidade ao certame em apreço.*
>
> *(...)*
>
> *Vale assinalar que a matéria não é nova no âmbito teste Tribunal, já tendo sido enfrentada no julgamento do processo n.º TC-015735.989.22-0, em Sessão Plenária de 17/08/2022, sob relatoria do e. Conselheiro Renato Martins Costa, na qual restou decidido que 'a estipulação de prazo de repasse e/ou pagamento à contratada encontra vedação no disposto no inciso II, do art. 3º da mesma Medida Provisória nº 1.108/22, devendo o instrumento ser retificado também sob tal aspecto'.*
>
> *Não enfraquecem referida conclusão as alegações de que a antecipada disponibilização dos valores ensejaria violação aos estágios da despesa previstos em regramentos pertinentes à área financeiro-orçamentária, uma vez que incide, in casu, norma especial, não se podendo menosprezar, ainda, que os valores possuem os servidores como beneficiários finais - e não a operadora contratada".*
>
> *(E. Plenário, Sessão de 1º de fevereiro de 2023, Relatora Conselheira Cristiana de Castro Moraes)*
>
> *Ante o exposto, VOTO pela procedência das representações, determinando-se à PREFEITURA DE SANTA RITA DO PASSA QUATRO a adoção das seguintes medidas corretivas no edital de Pregão Eletrônico nº 011/2023:*
>
> *1. Incorpore expressa vedação à oferta de taxa de administração negativa;*
>
> *2. Evidencie que o montante relativo aos créditos de recarga dos cartões de vale-alimentação será repassado com antecedência à contratada, em homenagem à natureza pré-paga do benefício, postergando-se apenas o pagamento da taxa de administração ao momento de apuração da efetiva prestação dos serviços, em consonância com o regular processo de liquidação das despesas.*

As retificações que se fazem necessárias implicam, à luz do § 4º do artigo 21 da Lei ñ 8.666/93, republicação do aviso de licitação, assegurando-se aos interessados a devolução de prazo de que trata inciso V do artigo 4º da Lei n° 10.520/02, para elaboração das propostas."

Entendemos que a manutenção do pós pagamento do repasse dos créditos, além de contrariar a previsão da nova Lei, também desequilibra totalmente a prestação de serviços entre Contratante e Contratada, inclusive pelo fato da prestadora de serviço ser apenas uma gerenciadora dos benefícios e não uma financiadora de créditos.

Outrossim, a manutenção do prazo em desconformidade com as normas atualmente vigentes, nitidamente, restringe a competitividade entre as empresas, na contramão da previsão do Legislador na alteração normativa perpetuada, e, em desacordo com os princípios de direito administrativo, uma vez que a universalidade de participantes em editais que não observam as regras é significativamente menor, quando comparado com editais que seguem as premissas determinadas pela legislação."

Resposta n. 02:

O entendimento da licitante está equivocado. O pagamento será realizado conforme previsto no subitem 12.1 do edital. O assunto já foi tratado em resposta a pedido de impugnação, cujo documento está disponível nos endereços https://www.to.senac.br/licitacoes e https://transparencia.senac.br/#/to/licitacoes.

Pedido de esclarecimento n. 03:

"Considerando os seguintes termos descritos no Anexo I – Termo de Referência, a seguir:

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. Assim sendo, a licitante deverá atender às seguintes condições de atendimento mínimo:

TIPOS DE ESTABELECIMENTOS	MUNICÍPIO	QUANTIDADE MINIMA
AÇOUGUES/PADARIAS/SUPERMERCADO/HIPERMERCADO	ARAGUAINA/TO	30
AÇOUGUES/PADARIAS/SUPERMERCADO/HIPERMERCADO	GURUPI/TO	30
AÇOUGUES/PADARIAS/SUPERMERCADO/HIPERMERCADO	PALMAS/TO	100

3.2.1. Dentre as quantidades indicadas na tabela anterior, considera-se como rede mínima necessária as seguintes quantidades de estabelecimentos devidamente credenciados:
a) 02 (dois) hipermercados em Palmas/TO;
b) 30 (trinta) supermercados em Palmas/TO dentro do Plano Diretor (centro);
d) 15 (quinze) supermercados em Palmas/TO no Plano Diretor Norte;

e) 01 (um) hipermercado em Araguaína/TO;
f) 25 (vinte e cinco) supermercados em Araguaína/TO;
g) 01 (um) hipermercado em Gurupi/TO;
h) 25 (vinte e cinco) supermercados em Gurupi/TO;
3.2.2. A listagem e/ou relatório para comprovação dos estabelecimentos credenciados deverá constar o nome da cidade, endereço completo, telefone, nome fantasia ou razão social do estabelecimento.

Esclarecemos e questionamos.

As empresas de arranjo aberto possuem rede bandeirada, como é o caso da CAJU que é bandeira VISA.

O autorizador de transações permite que os valores concedidos a título de benefício em determinada categoria sejam utilizados apenas nos estabelecimentos relacionados a ela por meio da conferência do MCC- que é, em síntese, um código que corresponde a classificação do estabelecimento onde se pretende realizar a compra.

Esse formato possibilita a utilização dos cartões bandeirados em quaisquer estabelecimentos que aceitem tal bandeira e tenha sua classificação fiscal em alimentação e refeição.

Dessa forma, a comprovação de rede credenciada para empresas de arranjo aberto se torna inócua, visto que a aceitabilidade dos cartões deste modelo é extremamente capilarizada em todo o território brasileiro (são mais de 2 milhões de estabelecimentos no Brasil) e há a segurança de que onde houver uma "maquininha" de cartões que aceite tal bandeira, será admitido o cartão da empresa de benefício alimentação e refeição que a utiliza.

Diante todo o exposto, podemos entender que a empresa licitante que opera com arranjo aberto está dispensada de apresentar listagem dos estabelecimentos credenciados nas localidades descritas nos itens 3.2 e 3.2.1 do Anexo I – Termo de referência?"

Resposta n. 03:

Conforme previsto no subitem 3.2 do Anexo I - Termo de Referência, a licitante vencedora do certame deverá apresentar a listagem de estabelecimentos credenciados.

Pedido de esclarecimento n. 04:

"Considerando a modernização de operação de pagamentos das empresas de arranjo aberto, outra exigência que se torna inócua é o disposto no item do Anexo VII – Minuta do Contrato, a seguir:

4.1.8. Emitirá os cartões de alimentação personalizados, com a denominação do SENAC/TO;

Cabe ressaltar que tal exigência decorria da previsão no artigo 17 da Portaria SIT/DSST nº 03, de 01 de março de 2002. No entanto, ela foi expressamente revogada, conforme previsão no artigo 156, VIII da Portaria nº 672, de 8 de novembro de 2021.
Conforme já dito, com o advento do arranjo aberto pelo BACEN, as empresas utilizam-se de rede ampla de uma determinada bandeira.

Com isso, o cartão alimentação ou refeição inclui-se na categoria de meios de pagamento de arranjo aberto e diferentemente dos cartões das empresas de arranjo fechado não são personalizados e por ser uma Tecnologia moderna torna-se desnecessária a exigência de incluir o nome por extenso do contratante, do funcionário, uma vez que ele é vinculado diretamente ao CPF e todas as informações facilmente visualizadas pelos colaboradores da licitante através do aplicativo CAJU, o qual é intuitivo e de fácil acesso aos usuários.

Hoje todo e qualquer beneficiário tem acesso ao seu aplicativo que, por segurança, é vinculado pelo seu CPF. Somente ele terá acesso aos seus dados, o que facilita na prevenção às fraudes e protege os dados dos usuários conforme princípios da necessidade e finalidade previstos na lei nº 13.709/2018 ("Lei Geral de Proteção de Dados").

Por segurança, nesse aplicativo o beneficiário terá acesso ao cartão virtual e nele constará demais informações, conforme print abaixo:

<u>Reforçamos que o servidor ainda terá o cartão físico</u>, o diferencial do aplicativo da Caju é que os dados usualmente expostos no corpo do cartão como nome, data da validade, código de segurança etc. são disponibilizados apenas ao titular do cartão em ambiente virtual.

O beneficiário receberá o cartão físico e com o número sequencial disposto na parte traseira deste fará a ativação pelo aplicativo, o qual vinculará automaticamente o cartão ao CPF do servidor, tudo muito rápido e simples.

Com o intuito de ser uma tecnologia cada vez mais segura, o cartão virtual é mais um dos mecanismos de segurança que objetiva reduzir os riscos de clonagem, por exemplo.

Assim sendo, considerando que agora há nesse segmento empresas de arranjo aberto totalmente aptas a prestarem um serviço de extrema qualidade, inclusive prontas para apresentarem propostas mais vantajosas para os cofres públicos, ***podemos entender que o licitante que opera com arranjo aberto que disponibilizar cartões físicos sem a personalização com o nome do servidor e número do cartão também cumprirá o exigido no item 4.1.8 do Anexo VII – Minuta do Contrato?"***

Resposta n. 04:

A exigência de personalização é necessária em razão da necessidade de tornar o cartão identificável e evitar eventuais transtornos com perda/extravio, entrega equivocada, dentre outros. Nem todos os funcionários do Senac Tocantins tem acesso à internet móvel no telefone celular para possibilitar a consulta em aplicativo, devendo o cartão mencionar tais dados e possibilitar o seu uso sem a necessidade de outros aplicativos.

Pedido de esclarecimento n. 05:

a. *"O SENAC/TO, possui inscrição no PAT? Em caso positivo, em qual CNPJ consta o seu cadastro?*

b. *O SENAC/TO, possui em seu quadro empregados contratados sob o regime da CLT? Em caso negativo, em qual regime são contratados a totalidade dos empregados do SENAC/TO?"*

Resposta n. 05:

a. Senac Tocantins não possui inscrição no PAT;

b. Os empregados do Senac são contratados sob o regime da CLT.

Pedido de esclarecimento n. 06:

"No item 12. do edital e 3.1. do Cláusula do contrato, descreve que o SENAC/TO pagará a CONTRATADA, por meio de depósito em conta corrente, em até 20 (vinte) dias úteis após à apresentação da fatura e a atestação do recebimento dos créditos nos cartões, pela área responsável do SENAC/TO;

Ocorre que atualmente o artigo 175 do Decreto nº 10.854 de 2021, proíbe a concessão de prazos de repasse que descaracterizem a natureza pré-paga dos valores a serem disponibilizados aos trabalhadores.

No mesmo sentido, a Lei Federal nº 14.442/2022 que alterou alguns dispositivos da CLT, igualmente, passou a vedar o estabelecimento de prazos de repasse que descaracterizem a natureza pré-paga dos valores, ou seja, a lei determina que o pagamento seja na forma antecipada, sob pena de aplicação de sanções àquelas que não observarem a obrigação legal.

O TCE/SP analisou caso análogo e decidiu que o valor financeiro a ser depositado aos beneficiários dos cartões vale alimentação e refeição devem ser previamente transferidos às empresas responsáveis pela administração e emissão de tais cartões (Acórdão proferido em 15.3.2023, no âmbito do Processo TC nº 005476.989.23-1, de relatoria do Conselheiro Edgard Camargo Rodrigues).

No mesmo sentido o TC/DF concluiu (Decisão nº 4415/2022 proferida em 19.10.2022, no âmbito do Processo nº 00600-00006952/2022-82 de relatoria do Conselheiro Manoel Paulo de Andrade Neto), no mérito, que a previsão editalícia de prazo para pagamento às empresas responsáveis por administrar e emitir cartões de vale alimentação e vale refeição viola o art. 175 do Decreto nº 10.854/2021 e o art. 3º da Lei nº 14.442/2022.

a) Diante disso, é correto o entendimento de que o repasse/pagamento será na forma antecipada, ou seja, os valores só serão creditados pela CONTRATADA aos beneficiários após o pagamento realizado pela CONTRATANTE (devendo ser desconsideras as previsões contrarias que indicam o pagamento a prazo)?

b) Caso a resposta ao item acima seja negativa, no entendimento da CONTRATANTE qual a fundamentação jurídica que autorizaria a realização do repasse dos valores a serem disponibilizados aos trabalhadores apenas após a CONTRATADA disponibilizar os respectivos créditos aos beneficiários?"

Resposta n. 06:

a) O entendimento da licitante está equivocado. O pagamento será realizado conforme previsto no subitem 12.1 do edital.

b) O assunto já foi tratado em resposta a pedido de impugnação, cujo documento com a fundamentação jurídica está disponível nos endereços https://www.to.senac.br/licitacoes e https://transparencia.senac.br/#/to/licitacoes.

Pedido de esclarecimento n. 07:

*"No CLÁUSULA DÉCIMA TERCEIRA da Minuta do Contrato, que trata da Proteção de Dados, traz algumas obrigações que divergem da atuação das empresas do ramo, as quais atuam, em alguns momentos, exercendo a figura de **CONTROLADORA DE DADOS.***
*A ANPD por meio do Guia de Agente de Tratamento dispõe que nem toda operação de tratamento envolve necessariamente um **CONTROLADOR** e um **OPERADOR DE DADOS**, podendo a operação se dar entre dois **CONTROLADORES SINGULARES** ou entre dois **CONTROLADORES CONJUNTOS**, que é o que ocorrerá especificamente neste caso (independentemente de qual empresa for a Contratada).*

Considerando que no âmbito do objeto licitado as empresas do ramo, após receber a relação dos beneficiários indicando valores que deverá ser disponibilizado, passam a decidir sobre uma série de tratamentos de dados necessários para a prestação dos serviços**, o que exige a sua atuação também como* ***CONTROLADORA DE DADOS.***
Na prática, a atuação como ***CONTROLADORA DE DADOS*** *traz mais obrigações e responsabilidades às empresas, o que, de certo modo, diminui os riscos e aumenta a segurança no controle de dados.*
PERGUNTA: *Levando-se em conta a atuação das empresas que prestarão o serviço contratado, especialmente quando se tratar de dados fornecidos diretamente pelos beneficiários, é correto o entendimento de que a Contratada figurará também como* ***CONTROLADORA DE DADOS*** *(atuando com autonomia, sem a necessidade de informar e obter autorizações prévias, inclusive para realizar o tratamento, transmissão e transferência de dados, desde que se comprometa a obedecer rigorosamente a todas as normas legais que tratam da proteção e tratamento de dados pessoais)?*

** A fim de contribuir com a análise a ser promovida seguem informações contidas nos sites oficiais de algumas empresas do ramo sobre a atuação delas (como Controladora de Dados) no âmbito da LGPD:*
- https://www.ifood.com.br/privacidade#quem-controla-o-tratamento-dos-dados-pessoais
- https://www.sodexobeneficios.com.br/informacoes-legais/politica-de-privacidade.htm#ixzz7rL5iLHWQ

*** Todas as empresas de benefícios, após receber a relação dos funcionários que irão receber o crédito e os valores informados pela Contratante, passam a ter que decidir sobre uma série de tratamentos dos dados necessários para prestar os serviços contratados, sendo responsável pela:*
(i) a gestão da base de dados dos beneficiários para a prestação dos serviços a partir do momento que é internalizada;
(ii) abertura de conta-cartão para cada um dos beneficiários;
(iii) emissão do cartão em nome dos beneficiários;
(iv) gestão do benefício durante a vigência do contrato;
(v) análises de transações suspeitas; e
(iv) relacionamento com os beneficiários por meio do portal e aplicativo."

Resposta n. 07:

O entendimento não está correto, tendo em vista que o controlador é o agente responsável por tomar as principais decisões referentes ao tratamento de dados pessoais e por definir a finalidade deste tratamento, além da justificativa, bem como a sua respectiva base legal. Além da finalidade, o controlador é o responsável por estabelecer outros elementos essenciais relativos ao tratamento. É o caso da definição da natureza dos dados pessoais tratados (por exemplo, transmissão de dados dos empregados com seus respectivos valores a serem creditados) e da duração deste tratamento.

Entendemos que os exemplos mencionados no pedido de esclarecimento se trata de elementos não essenciais, portanto sob a alçada do operador.

Pedido de esclarecimento n. 08:

"Os itens 13.4 da Minuta do Contrato dispõe que a Contratada deverá notificar sobre as reclamações e solicitações dos Titulares de Dados Pessoais utilizados no contrato. Ocorre que nesses casos a LGPD permite que seja indicado ao Titular de Dados quem é o agente de tratamento dos dados responsável, o que se mostra mais recomendável até mesmo para que o SENAC/TO tenha acesso ao conteúdo da reclamação/solicitação e possa atendê-la dentro do que entende como adequado.

PERGUNTA:

a. *É correto o entendimento de que a Contratada, quando receber reclamações e solicitações dos Titulares de Dados Pessoais diretamente relacionadas ao Contrato, poderá informar ao Titular que direcione o seu requerimento diretamente ao SENAC/TO (nos termos do art. 18 da LGPD)?*
b. *É correto o entendimento de que, quanto o requerimento dos Titulares de Dados Pessoais se limitar a uma solicitação de troca senha ou se relacionar a outras funcionalidades do aplicativo fornecido pela Contratada, ficaria está dispensada de informar ou de direcionar a solicitação ao SENAC/TO?"*

Resposta n. 08:

1. Sim, entendimento correto, tendo em vista a previsão no artigo 18 da LGPD, no qual o titular dos dados deve obter do controlador;

2. Sim, entendimento correto.

Pedido de esclarecimento n. 09:

"O item 13.22 da Minuta do Contrato, prevê que a Contratada reconhece e aceita que o SENAC tem o direito de realizar auditoria, por si ou por terceiro indicado pelo SENAC, de forma presencial ou remota com a finalidade de verificar a conformidade da Contratada quanto à legislação de proteção de dados aplicável. É correto o entendimento de que a disponibilização dos estudos produzidos pelas auditorias independentes - realizadas por empresas do ramo - contratadas pela Contratada, poderia dispensar a auditoria a ser eventualmente realizada por parte do próprio SENAC/TO? "

Resposta n. 09:

Sim, poderia, mas não impediria a critério do Senac AR/TO, que realizasse uma avaliação de terceiros sob a perspectiva de segurança, privacidade e proteção de dados pessoais conforme previsto pela legislação e das boas práticas de mercado.

Pedido de esclarecimento n. 10:

"O item 13.12 da Minuta do Contrato, prevê que a Contratada deverá notificar o SENAC em até 24h (vinte e quatro) horas (i) de qualquer não cumprimento (ainda que suspeito) das disposições legais relativas à proteção de Dados Pessoais; (ii) de qualquer descumprimento

das obrigações contratuais relativas ao tratamento dos Dados Pessoais; (iii) de qualquer violação de segurança na Contratada ou nos seus Suboperadores; (iv) de qualquer exposições ou ameaças em relação à conformidade com a proteção de Dados Pessoais; (v) ou em período menor, se necessário, de qualquer ordem de Tribunal, autoridade pública ou regulador competente; Diante disso, pergunta-se:

a. *É correto o entendimento de que o prazo de até 24h horas deve ser considerado em horas úteis?*
b. *É correto o entendimento de que nos casos em que ainda estiver pendente de apuração a Contratada poderia no prazo de 24 horas notificar o SENAC/TO informando a ocorrência do incidente e se comprometendo a prestar maiores informações após uma apuração mais detalhada (ainda que prévia)? "*

Resposta n. 10:

1. Sim;

2. Sim, correto o entendimento.

Palmas Tocantins, 26 de setembro de 2023.

Nicodemos Barbosa Neto
Presidente da Comissão

Andresa Maria Jorge Alves
Membro da Comissão

Túlio Vinicius Siqueira Santos
Membro da Comissão