



Fundação Educacional do Município de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"

JULGAMENTO DE RECURSO ADMINISTRATIVO

Processo Licitatório nº 054/2022

Pregão Presencial nº 037/2022

Objeto: CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA NA ADMINISTRAÇÃO, GERENCIAMENTO, EMISSÃO E DISTRIBUIÇÃO, NA FORMA DE CARTÃO, ELETRÔNICO/MAGNÉTICO OU COM CHIP DE SEGURANÇA, BEM COMO AS RESPECTIVAS RECARGAS DE CRÉDITOS MENSAIS, PARA O VALE ALIMENTAÇÃO DOS SERVIDORES DA FEMA.

RECORRENTE: MEGA VALE ADMINISTRADORA DE CARTÕES E SERVIÇOS LTDA

RECORRIDA: FUNDAÇÃO EDUCACIONAL DO MUNICÍPIO DE ASSIS – FEMA

RAZÕES: CONTRA DECISÃO QUE DECLAROU A ANULAÇÃO DO PROCESSO LICITATÓRIO Nº 054/2022.

I – DAS PRELIMINARES

Trata-se de Recurso Administrativo interposto pela empresa MEGA VALE ADMINISTRADORA DE CARTÕES E SERVIÇOS LTDA, através de seus representantes legais, contra a decisão da FEMA na anulação do processo licitatório nº 054/2022.

a) Tempestividade:

Nas Decisões sobre Anulação e Revogação de processos licitatórios,



Fundação Educacional do Município de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"

cabe interposição de recurso no prazo de 5 (cinco) dias úteis a contar do recebimento da decisão, o qual as empresas supracitadas tempestivamente entraram com o recurso. Desta feita, foram comunicadas as licitantes participantes do certame da Decisão de Anulação, assim foi aberto prazo para interposição de recurso, nos termos do art. 109 da Lei de Licitações.

b) Legitimidade:

Verifica-se a tempestividade e a regularidade do presente recurso, atendendo ao previsto na Lei de Licitações (art. 109, inciso I, alínea "c").

II – DAS FORMALIDADE LEGAIS

Cumpridas as formalidades legais, registra-se que foi dada ampla publicidade da decisão de anulação do processo, momento em que se oportunizou a apresentação, no prazo legal, do RECURSO pelo licitante.

III – SÍNTESE DO RECURSO DA EMPRESA MEGA VALE ADMINISTRADORA DE CARTÕES E SERVIÇOS LTDA

A licitante apresenta em sua peça recurso o que segue:

(...)

Ocorre que na sessão pública não foi aplicado a Lei Complementar 123/06 a qual garante a preferência na contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte, motivo este que ensejou a propositura do Mandado de Segurança nº 1000089-59.2023.8.26.0047 – em trâmite na Vara da Fazenda Pública da Comarca de Assis.

No referido mandado de segurança houve sentença de procedência a qual determinou que a FEMA realizasse novo sorteio somente entre as ME/EPPs que participaram do certame. Ato contínuo fora proposto recurso de apelação o qual foi julgado, sendo negado o seu provimento, confirmando a sentença de primeiro grau.

Entretanto, arbitrariamente, entendendo que o melhor seria a anulação do certame, a FEMA decidiu por anulá-lo, conseqüentemente deixando de aplicar a segurança concedida, para abertura de novo processo licitatório.



Fundação Educacional do Município de Assis
Campus “José Santilli Sobrinho”

Contudo, não concordando com a decisão que anulou o processo licitatório em questão, apresentamos o presente Recurso.

(...)

Por fim, requer:

Em face do exposto, requer-se seja a presente DEFESA julgada PROCEDENTE, com efeito para:

a) ANULAR o ato decisório que declarou a nulidade do processo licitatório, tendo em vista que a sentença judicial proferida nos autos do mandado de segurança apenas determinou a anulação dos atos do sorteio realizado em diante e não de todo o processo licitatório. Por fim, requer seja cumprida a decisão judicial do mandado de segurança, realizando novo sorteio apenas entre as empresas ME/EPP que são beneficiárias da Lei nº 123/06;

(...)

IV – DA ANÁLISE DO RECURSOS

Preliminarmente, vale esclarecer que, o julgamento das situações encontradas durante a análise processual, bem como do recurso da licitante, foi precedido de parecer jurídico, consubstanciado nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Após análise e Julgamento será remetido para a Autoridade Superiora Competente para decisão final.

Inicialmente, lembramos que, a decisão judicial foi fundamentada pelo Poder Judiciário na existência de ato nulo no edital.

Nesta mesma linha de raciocínio, verifica-se que, a Decisão do Recurso corrobora com a ideia que o estabelecido no edital afronta os princípios constitucionais e infraconstitucionais, logo a existência de ilegalidade está caracterizada, já que segue a mesma fundamentação da sentença proferida pelo Poder Judiciário.



Fundação Educacional do Município de Assis
Campus “José Santilli Sobrinho”

Ademais, a partir da vedação à prática do deságio nas taxas de administração, imposta pela Lei 14.442/2022 e Decreto 10.854/2021, decorre necessariamente o empate entre as empresas interessadas, se adotado o critério de julgamento do menor preço, a ser resolvido por sorteio, inviabilizando a competição do certame.

Logo, verifica-se que por composição lógica jurídica, o modelo de credenciamento, previsto no art. 79 da Lei 14.133/2021, é o mais indicado para as contratações de empresas especializadas no fornecimento de cartões eletrônicos magnéticos visando a prestação de serviços de auxílio-alimentação aos servidores ativos da administração pública, na medida em que não é possível o critério de julgamento pelo menor preço nos procedimentos administrativos, cujo modelo contratual não permita a utilização de taxa de administração negativa, por completa inviabilidade técnica.

Conforme parecer jurídico apresentado pela Assessoria Jurídica desta casa, a orientação é pela anulação e a realização de novo processo licitatório em uma modalidade mais adequada para a situação.

Inclusive, aponta o Assessor Jurídico ao recente julgado do Tribunal de Contas da União, que diante da possibilidade de permissão da vedação da prática de utilização de taxas negativas pelas empresas licitantes, entendeu ser o credenciamento o modelo mais adequado para este tipo de contratação, por ausência de viabilidade competitiva, conforme se extrai do Acórdão 5495/2022 da Segunda Câmara (Processo 016.816/2022-6 – Representação – Ministro Bruno Dantas), objeto do Informativo de Licitações e



**Fundação Educacional do Município de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"**

Contratos – Número 445 do TCU:

SEGUNDA CÂMARA

"1. É possível a utilização de credenciamento (art. 79, inciso II, da Lei 14.133/2021), inclusive por empresas estatais, para contratação de serviço de gerenciamento e fornecimento de vales alimentação e refeição, em substituição a licitação com critério de julgamento pelo menor preço, inviabilizada para esse tipo de contratação após a edição do Decreto 10.854/2021 e da MP 1.108/2021.

O Plenário do TCU apreciou representação acerca de possíveis irregularidades em credenciamento realizado pela Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero) para a contratação de empresa especializada com vistas a prestação de serviços de gerenciamento, implementação, administração e disponibilização de crédito em cartões eletrônicos/magnéticos, nas modalidades refeição e alimentação, para os funcionários da estatal. Após a fase de habilitação, foram autorizadas a assinar contrato três empresas. A representante sustentou a ilegitimidade da utilização do credenciamento para a contratação de fornecimento de vales alimentação e refeição, invocando que haveria viabilidade de competição e que não seria necessário o atendimento da demanda por várias empresas ao mesmo tempo, condições necessárias ao emprego do credenciamento, à luz do art. 30, inciso II, da Lei 13.303/2016. Argumentou, ainda, ser impossível a aplicação do art. 79 da Lei 14.133/2021 às empresas estatais. Em sua instrução, a unidade técnica, de um lado, destacou que o Decreto 10.854/2021 e a Medida Provisória 1.108/2021 proibiram o deságio na contratação de vales refeição e alimentação, ou o uso de taxa de administração negativa aplicada sobre valor dos aludidos benefícios, circunstância que inviabilizaria o emprego de licitação baseada no critério de julgamento do menor preço, em que as empresas competiam ofertando as menores taxas de administração. Por outro lado, entendeu que a opção pelo julgamento de melhor técnica encontraria problemas no estabelecimento de critérios de comparação e pontuação entre as empresas. Nesse cenário, o credenciamento surgiria como alternativa para contratações como a examinada, em que são selecionadas empresas que preenchem os requisitos previstos no edital, ficando a efetiva escolha da contratada a cargo do usuário do serviço, conforme hipótese prevista no art. 79, inciso II, da Lei 14.333/2021, aplicável de forma analógica às estatais. Em seu voto, o relator destacou que "o credenciamento tem sido a alternativa encontrada pela Administração Pública para contratar serviços de gerenciamento e fornecimento de vales alimentação e refeição após a proibição do emprego da taxa de administração negativa, veiculada no Decreto 10.854/2021 e na Medida Provisória 1.108/2021. Até então o objeto era licitado pelo critério de julgamento do menor preço, e vencia a empresa que fornecesse a menor taxa de administração, inclusive negativa. A impossibilidade de uso de tal critério do ravnante impõe à Administração o dever de encontrar modelos alternativos". E prosseguiu: "embora não coincida com as hipóteses ordinárias de inexigibilidade previstas na Lei 13.303/2016, tratadas no Acórdão 351/2010-TCU-Plenário, cujos pressupostos centrais são a impossibilidade de competição e a necessidade da prestação de serviços por diversos prestadores concomitantes, é necessário reconhecer a subsunção da situação ao credenciamento previsto no art. 79, inciso II, da Lei 14.133/2021". Para reforçar o seu posicionamento, o relator transcreveu excerto do voto condutor do Acórdão 533/2022-Plenário, segundo o qual, não obstante a Lei 14.133/2021 não se aplicar



Fundação Educacional do Município de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"

às empresas regidas pela Lei 13.303/2006, "é razoável admitir que as novas regras de flexibilização e busca de eficiência dos processos seletivos para contratações públicas, ao serem aprovadas pelo Poder Legislativo para aplicação no âmbito da administração direta, autárquica e fundacional - de rito administrativo mais rigoroso -, podem, e devem, ser estendidas, por analogia, às sociedades de economia mista, que, sujeitas ao regime de mercado concorrencial, exigem, com mais razão, instrumentos mais flexíveis e eficientes de contratação. Assim, embora o credenciamento não esteja previsto expressamente na Lei 13.303/2006, é razoável admitir, na espécie, a aplicação analógica das regras previstas nos arts. 6º, XLIII, e 79, da Lei 14.133/2021 às empresas estatais". **Ao final, o relator concluiu não haver impeditivo ao uso do credenciamento na forma realizada pela Infraero e o colegiado, seguindo o voto do condutor do processo, conheceu da representação e julgou-a improcedente. Acórdão 5495/2022 Segunda Câmara, Representação, Relator Ministro Bruno Dantas."**

No mesmo sentido o TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO, em recente julgado, nos autos do processo 00005592.989.23-0 autuado visando o Exame Prévio de Edital da Chamada Pública 001/2023 – Processo Licitatório 06/2023 do Serviços de Água e Esgoto de Pirassununga SAEP, que tinha como objeto também a contratação de empresa especializada para administração, gerenciamento, emissão e fornecimento de vale alimentação, em formato de cartão eletrônico magnético merece destaque no meu modesto entendimento.

No suscitado processo o CONSELHEIRO RELATOR DR. EDGARD CAMARGO RODRIGUES na sessão de 12.03.2023, conforme consta de seu voto com muita propriedade estabelece que:

VOTO

"Advento da proibição de desconto ou deságio em taxas de administração de benefícios de vale alimentação e refeição - inicialmente por força da Medida Provisória no. 1.108, de 2022, posteriormente pela Lei 14.442/2022 - conduz à inevitável remodelação dos negócios jurídicos firmados pela Administração Pública por esse desiderato.

Uma vez fatalmente caracterizado o empate entre as propostas, todas elas com oferta da denominação "taxa zero", - neste caso, bem demonstrada pela Origem por meio de cotação obtidas na fase interna do procedimento - **compreensível a preocupação do gestor em relegar ao fator "sorte" a escolha do prestador do serviço**, se processado o torneio sob égide da Lei 8.666/93.



Fundação Educacional do Município de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"

Ainda que sob a nova legislação, aliás, eventual desempate entre duas ou mais propostas não se afigura solução das mais praticáveis frente ao objeto pretendido.

Caracterizado aludido cenário, identifica-se possibilidade do **uso do credenciamento, procedimento amplamente reconhecido pela doutrina e jurisprudência e hoje assim expressamente definido na Lei 13.133/2021: processo administrativo chamamento público em que a Administração Pública convoca os interessados em prestar serviços ou fornecer bens para que, preenchidos os requisitos necessários, se credenciem no órgão ou na entidade para executar o objeto quando convocados (art. 6º, XLIII).**

(...)

Na medida em que não é possível o critério de julgamento pelo menor preço nos procedimentos administrativos, cujo modelo contratual não permita a utilização de taxa de administração negativa, por completa inviabilidade técnica, torna-se o credenciamento a modalidade mais indicado para a contratação, vez que a escolha da prestadora dos serviços depende de critérios sob alçada dos beneficiários, não cabendo à Administração interferir sobre os elementos volitivos norteadores da decisão por este ou aquele credenciado.

Nesse sentido, posiciona o ilustre doutrinador Marçal Justen Filho:

"A segunda hipótese de cabimento do credenciamento envolve os casos em que a seleção do particular a ser contratado não é fundada em escolha a ser realizada pela Administração. Assim se passa nos casos em que a escolha não é de titularidade da Administração, mas de um terceiro - ainda que incumba à Administração promover a remuneração dele". (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas: Lei 14.1333/2021. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 1131).

Assim, diante da peculiaridade processual e da eventual declaração de nulidade do processo licitatório pela autoridade superiora competente para a regularização da situação fática de modo proporcional e igualitária para que sejam atingidos os objetivos pretendido na contratação



Fundação Educacional do Município de Assis
Campus “José Santilli Sobrinho”

que, em função das peculiaridades do caso, decorra não só da proteção à confiança legítima, mas da responsabilidade civil.


Apesar do maior respeito ao ilustre recorrente, permitimo-nos dele discordar sobre a anulação do processo licitatório, considerando o parecer jurídico que analisou de forma abrangente e satisfatória o processo e os recentes julgados dos tribunais de contas que, entendeu ser o credenciamento o modelo mais adequado para este tipo de contratação, por ausência de viabilidade competitiva, sendo assim, recomendamos que a Direção Executiva mantenha a anulação do respectivo processo.

V – DA DECISÃO

Diante do exposto, recebemos o recurso interpostos pela **MEGA VALE ADMINISTRADORA DE CARTÕES E SERVIÇOS LTDA** para no mérito negar-lhe provimento.

Importante destacar que esta Decisão não vincula a Autoridade Superiora, apenas faz uma contextualização fática e documental com base naquilo que foi carreado a este processo, fornecendo subsídios à administrativa superior, a quem cabe à análise desta e a decisão final.

Assis, 26 de dezembro de 2023.



Eduardo Aparecido de Souza

Pregoeiro Oficial