

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DA SCPAR – PORTO DE IMBITUBA

Ref.: Licitação nº 1049247

A **PLUXEE BENEFÍCIOS BRASIL S/A**, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob nº 69.034.668/0001-56, com sede na Avenida Dra. Ruth Cardoso, nº 7.221, Bloco A, 9º andar, Pinheiros/SP, CEP 05425-902, vem com fulcro no artigo 59, §1º da Lei 13.303/16 e artigo 83 do Regulamento de Licitações e Contratos da SCPAR Imbituba apresentar **RECURSO ADMINISTRATIVO** contra a decisão que declarou a empresa **PERSONAL NET TECNOLOGIA DE INFORMACAO LTDA** vencedora do certame em referência, pelas razões de fato e de direito a seguir expostas.

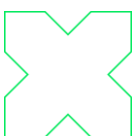
I – DO HISTÓRICO

Trata-se de processo licitatório promovido pela SCPAR IMBITUBA na modalidade pregão eletrônico, do tipo menor preço global, para a contratação dos serviços de fornecimento e gerenciamento de cartões vale-alimentação e vale refeição.

Finda a análise das propostas apresentadas foi constatada a situação de empate real entre todas, para dirimir tal situação o Senhor Pregoeiro solicitou os documentos comprobatórios do cumprimento do critério de desempate previstos no art. 60, da Lei nº 14.133/21, conforme previsão do item 4.5.4.1, inciso I do Edital.

Após o envio dos documentos o Sr. Pregoeiro informou que o desempate seria analisado com base exclusivamente nos incisos I e II do § 1º do Artigo 60 da Lei nº 14.133/202, desclassificando as demais propostas e classificando para a fase de sorteio apenas as empresas Personal Net, ora Recorrida, e a empresa Green Card.

Na fase de sorteio a empresa Personal Net foi classificada e ao fim da análise documental, a empresa foi declarada vencedora.



Contudo, conforme será adiante demonstrado, a decisão merece ser anulada posto que deixou de observar as regras atinentes aos critérios legais de desempate previstos no art. 60 da Lei 14.133/21.

II – DO DIREITO

II.I - Da Vinculação ao Instrumento Convocatório

Inicialmente, mostra-se imprescindível destacar que pelo princípio da vinculação ao instrumento convocatório, que rege as licitações públicas, a Administração deve fazer cumprir as regras estabelecidas no edital, não podendo inovar nas regras estabelecidas no edital.

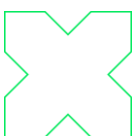
Até porque as regras estabelecidas no instrumento convocatório é lei entre as partes, regulando a atuação tanto da Administração Pública quanto das licitantes, cujo preceito normativo é estampado no art. 5º da Lei de Licitações e Contratos.

Em relação ao tema, transcrevemos os ensinamentos de Hely Lopes Meirelles (Licitação e Contrato Administrativo, 11ª edição, Malheiros, pag. 31):

A vinculação ao edital significa que a Administração e os licitantes ficam sempre adstritos aos termos do pedido ou do permitido no instrumento convocatório da licitação, quer quanto ao procedimento, quer quanto à documentação, as propostas, ao julgamento e ao contrato. Em outras palavras, estabelecidas as regras do certame, tornam-se obrigatórias para aquela licitação durante todo o procedimento e para todos os seus participantes, inclusive para o órgão ou entidade licitadora.

Com efeito, as regras previstas no instrumento convocatório, principalmente aquelas voltadas ao critério de julgamento/processo de escolha, possuem uma razão de existir, cujo resultado prático visa materializar os princípios constitucionais da impessoalidade e da publicidade.

Outrossim, a Administração não pode se afastar das regras por ela mesma estabelecidas no instrumento convocatório, tendo em vista que, para garantir segurança e estabilidade às relações jurídicas decorrentes do certame licitatório, bem como para se



assegurar o tratamento isonômico entre as licitantes, é necessário observar estritamente as disposições constantes do edital.

Desta forma, não pode a Administração Pública se eximir de cumprir as regras previstas no edital, com a justificativa que não há parâmetros legais para a análise dos critérios previstos no instrumento convocatório, tal situação deveria ter sido enfrentada na fase preparatória do certame.

Ora, justamente para evitar tais situações que o Regulamento de licitações e Contratos da SCPAR Imbituba prevê que toda contratação deverá ser precedida de planejamento, com o estudo e definição do critério do modo de disputa e critério de julgamento:

Art. 53. Na fase preparatória são praticados, conforme o caso, os atos administrativos destinados à definição do objeto, elaboração do anteprojeto, projeto básico, termo de referência ou projeto executivo, do orçamento, bem como os requisitos de habilitação e contratação.

§ 1º O anteprojeto, o projeto básico ou o termo de referência conterão, no mínimo, conforme o caso, os seguintes elementos:
(...)

II - definição: (...)

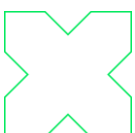
b) do modo de disputa e do critério de julgamento;

É importante destacar que, o momento para análise e definição das regras de julgamento do edital é na fase de preparação e não na fase de julgamento das propostas.

Desta forma, a fim de desempatar as propostas deveria o Sr. Pregoeiro e equipe de apoio ter analisado todos os critérios de desempate previstos no edital e não apenas ter elegido um ou outro critério para aplicar.

E ainda, com a devida vênia, o acórdão do TCU nº 723/2024 (precedente citado pelo Sr. Pregoeiro para apoiar a sua decisão de não analisar todos os critérios de desempate) não orienta que a Administração Pública ignore os critérios de desempate previstos no edital, mas tão somente permite que a utilização do sorteio como meio de desempate, quando devidamente previsto no instrumento convocatório. Vejamos:

40. A impossibilidade de utilização do sorteio como critério de desempate poderia levar a situações absurdas como as que foram



aqui relatadas, em que até dezoito empresas permaneceram empatadas após a utilização de todos os critérios previstos na lei, só restando ao órgão a revogação do certame e seu refazimento, provavelmente obtendo o mesmo resultado no próximo certame, tendo em vista que, em licitações para determinados serviços, como agenciamento de viagens, objeto desses certames, é comum o empate entre licitantes, que zeram suas taxas de administração e o sistema Compras.gov.br não permite taxas negativas.

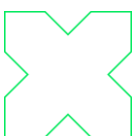
41. Conclui-se, portanto, em respeito aos princípios da eficiência, da eficácia e da impessoalidade, pela possibilidade de utilização do sorteio como último critério de desempate, com a ressalva que, ao contrário do procedido nos certames aqui tratados, o edital preveja tal critério, para que não seja surpresa aos licitantes, tendo em vista ainda os princípios do julgamento objetivo, da vinculação ao edital e da segurança jurídica. (TC 039.581/2023-3)

Em verdade, em situações análogas a presente (impossibilidade de competição em razão da vedação da oferta de taxa negativa) o Tribunal de Contas da União tem orientado aos seus jurisdicionados que a contratação se dê por meio de credenciamento. Vejamos:

47. Assim, embora o credenciamento também não esteja previsto expressamente no RLC/Sesi e Senai (peça 51), é razoável admitir, no caso concreto, a aplicação analógica das regras previstas nos arts. 6º, XLIII, e 79 da Lei 14.133/2021 e da análise promovida por meio do Acórdão 533/2022-TCU-Plenário às entidades corporativas do aludido Sistema, a exemplo do Sesi e do Senai, a fim de se admitir, em futuras contratações de empresa especializada em fornecimento de auxílio alimentação, administração e recargas mensais de cartões com chip referente a disponibilização do benefício 'auxílio alimentação', a mencionada possibilidade de credenciamento. (ACÓRDÃO 459/2023. TC-007.906/2022-6)

Considerando que o Tribunal, ao apreciar representação sobre temática semelhante à deduzida nos presentes autos, em deliberação consubstanciada no Acórdão 5495/2022-TCU-Segunda Câmara, relator Ministro Bruno Dantas, admitiu o instrumento do credenciamento para o objeto licitado, a partir do momento da vedação de oferta de deságio na contratação de vales refeição e alimentação ou o uso de taxa de administração negativa aplicada sobre valor dos aludidos benefícios. (ACÓRDÃO Nº 640/2023 - TCU – Plenário)

23. 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. (...)

26. Dessa maneira, 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: “Art. 79. O credenciamento poderá ser usado nas seguintes hipóteses de contratação: II - com seleção a critério de terceiros: caso em que a seleção do contratado está a cargo do beneficiário direto da prestação”. (ACÓRDÃO Nº 5495/2022 – TCU – 2ª Câmara).

De igual modo, o Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina também entende que o procedimento correto a ser adotado nestes casos é o credenciamento:

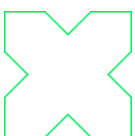
Por isso, o Corpo Instrutivo, através da Chefia da Divisão 5, **concluiu que não há cláusula restritiva à competitividade, até mesmo porque a própria adoção do credenciamento já é prova de que, para o Município de Nova Erechim, o interesse público será mais bem atendido mediante a contratação com seleção a critério de terceiros (servidores beneficiários) e não por meio de processo licitatório**, o que está autorizado pelo art. 79, inciso II da Lei Federal nº 14.133/2021 - Nova Lei de Licitações (fls. 111 e 112). (Acórdão 706/2024 - @PAP 24/80026358).

Diante do exposto, resta claro que a decisão de não analisar todos os critérios de desempate previstos no edital atenta contra a legislação e jurisprudência pátria.

Desta forma, deve a decisão atacada ser anulada para que seja analisado todos os critérios de desempate previstos no art. 60 da NLCC, ou caso a Administração Pública se depare com a impossibilidade de fazê-lo, deverá anular o edital em tela e realizar processo de credenciamento, conforme orientações do TCU e TCE/SC.

II.II. EMPRESAS ESTABELECIDAS NO ESTADO

A decisão contestada deve ainda ser retificada, pois desconsiderou os documentos apresentados que comprovam o atendimento aos critérios estabelecidos no art.60, §1º incisos I, da Lei 14.133/21, que dispõem:



§ 1º Em igualdade de condições, se não houver desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços produzidos ou prestados por:

I - empresas estabelecidas no território do Estado ou do Distrito Federal do órgão ou entidade da Administração Pública estadual ou distrital licitante ou, no caso de licitação realizada por órgão ou entidade de Município, no território do Estado em que este se localize;

II - empresas brasileiras;

Inicialmente, é necessário destacar que a dicção do inciso art. 60, §1º, inciso I, tem por finalidade prestigiar o princípio do desenvolvimento nacional sustentável previsto no art. 5º da Lei nº 14.133/21¹.

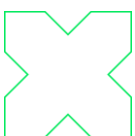
Assim, o termo “estabelecida” deve ser interpretado de forma extensiva, a fim de contemplar empresas que possuam atuação na região e que contribuam com o desenvolvimento local.

No serviço de fornecimento de vale-alimentação a contribuição com o desenvolvimento local se dá através do credenciamento de estabelecimentos situados na região da licitação. Com o credenciamento os estabelecimentos tendem a aumentar o seu faturamento, o que reflete no aumento do recolhimento de tributos inerentes ao comércio (ISSQN, ICMS) e aumento da empregabilidade local, todo esse sistema contribui com o desenvolvimento regional.

Desta forma, interpretar o termo “estabelecida” de maneira restrita, de forma a considerar apenas empresas com sede no Estado, esvazia totalmente o princípio do desenvolvimento nacional sustentável.

Nessa toada, é importante destacar o princípio da hermenêutica jurídica segundo o qual a lei não possui palavras inúteis, desta feita, caso fosse a intenção do legislador

¹ Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).



privilegiar apenas as empresas sediadas no local da licitação, teria assim escrito no texto legal, assim como o fez em diversos dispositivos da Lei de Licitações².

A intenção do legislador de privilegiar empresas que contribuam com o desenvolvimento local e não empresas sediadas no local da licitação fica ainda mais nítida quando analisamos a vedação do agente público de estabelecer preferência de contratação com base no critério da sede do licitante, conforme mandamento do art. 9º da Lei de Licitações:

Art. 9º É vedado ao agente público designado para atuar na área de licitações e contratos, ressalvados os casos previstos em lei:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos que praticar, situações que: (...)

b) estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou do domicílio dos licitantes;

Diante do exposto, é nítido que o critério estabelecido no art.60, §1º inciso I se refere a empresas com atuação no Estado onde está sendo executada a licitação.

Portanto, tendo a Recorrente comprovado a sua atuação por meio de cópias dos seus contratos firmados com empresas públicas sediadas no Estado de Santa Catarina, deve a decisão atacada ser anulada, a fim de reconhecer que a Recorrente atendeu plenamente o requisito do art.60, §1º inciso I da Lei de Licitações.

² Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais de licitação e contratação para as Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e abrange: (...)

§ 2º As contratações realizadas no âmbito das repartições públicas **sediadas** no exterior obedecerão às peculiaridades locais e aos princípios básicos estabelecidos nesta Lei, na forma de regulamentação específica a ser editada por ministro de Estado.

Art. 9º É vedado ao agente público designado para atuar na área de licitações e contratos, ressalvados os casos previstos em lei:

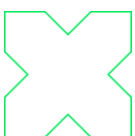
I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos que praticar, situações que: (...)

b) estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, **da sede** ou do domicílio dos licitantes;

Art. 92. São necessárias em todo contrato cláusulas que estabeleçam:

§ 1º Os contratos celebrados pela Administração Pública com pessoas físicas ou jurídicas, inclusive as domiciliadas no exterior, deverão conter cláusula que declare competente o foro da **sede** da Administração para dirimir qualquer questão contratual, ressalvadas as seguintes hipóteses:

III - aquisição de bens e serviços realizada por unidades administrativas com **sede** no exterior.



Acerca da anulação, impende frisar que tal ato, juntamente com o da revogação, decorre do poder de autotutela de que goza a Administração em relação à possibilidade de corrigir os seus próprios atos, seja revogando os atos inoportunos e inconvenientes, seja anulando os ilegais.

Nesse contexto, convém destacar as Súmulas 346 e 473, do Supremo Tribunal Federal, que tratam da matéria:

Súmula 346 - A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.

Súmula 473 - A administração pode ANULAR OS SEUS PRÓPRIOS ATOS, QUANDO EIVADOS DE VÍCIOS QUE OS TORNEM ILEGAIS, PORQUE DELES NÃO SE ORIGINAM DIREITOS, ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial. (g.n.)

Desta feita, é perfeitamente possível a anulação do ato administrativo eivado de ilegalidade, pela própria via administrativa, o que desde já se requer, como medida de justiça.

III – DOS PEDIDOS

Por todo o exposto, requer-se a anulação do ato do Sr. Pregoeiro e equipe técnica de apoio que declarou vencedora a **PERSONAL NET** sem conferir de todas as empresas classificadas e empatadas os quesitos de desempate do art. 60, da NLLC, promovendo nova conferência dos critérios de desempates previstos no item 4.5.4.1, I do Edital, ou art. 60, da NLLC, a fim de que a Recorrente se torne apta à continuidade das demais etapas do certame.

São Paulo/SP, 07 de agosto de 2024.

PLUXEE BENEFÍCIOS BRASIL S/A

Geovana Santos de Araújo

Consultora Adm. de Mercado Público

OAB/SP 382.751

