

## JULGAMENTO DE RECURSO ADMINISTRATIVO

**TERMO:** Decisório sobre fase recursal

**FEITO:** Recurso Administrativo

**REFERÊNCIA:** Processo nº 476907.001211/2023-09– processo licitatório nº 06/2023 - pregão eletrônico nº 06/2023/CRA-MG.

**RAZÕES:** Contra a da inobservância dos critérios para desempate das propostas e da incorreta aplicação do direito de preferência e a impropriedade da rede apresentada da empresa MAXXCARD ADMINISTRADORA DE CARTOES LTDA.

**OBJETO:** O objeto da presente licitação é a contratação de empresa especializada para prestação de serviços de administração, gerenciamento e fornecimento de benefício refeição e alimentação na forma de créditos em cartão eletrônico com chip de segurança, para os funcionários do Conselho Regional de Administração de Minas Gerais - CRA-MG, conforme condições, quantidades e exigências estabelecidas neste Edital e seus anexos.

**RECORRENTE:** SODEXO PASS DO BRASIL SERVIÇOS E COMÉRCIOS S.A.

**RECORRIDA:** Conselho Regional de Administração de Minas Gerais – CRA-MG.

---

### 1) DAS PRELIMINARES:

Trata-se de Recurso Administrativo interposto pela empresa SODEXO PASS DO BRASIL SERVIÇOS E COMÉRCIOS S.A., já qualificada nos autos do Processo Licitatório nº 476907.001211/2023-09 – processo licitatório nº 06/2023 - pregão eletrônico nº 06/2023/CRA-MG, contra decisão da Pregoeira que classificou o preço da fase final de lances da licitante MAXXCARD ADMINISTRADORA DE CARTOES

LTDA., alegando a inobservância dos critérios para desempate das propostas e da incorreta aplicação do direito de preferência e da impropriedade da rede apresentada da empresa MAXXCARD ADMINISTRADORA DE CARTOES LTDA.

## **2) DA TEMPESTIVIDADE:**

A data para a abertura das propostas e recebimentos dos documentos de habilitação do pregão eletrônico era em 14/07/2023. Entretanto o processo se desenvolveu nos dias seguintes após os devidos trâmites, com a abertura final da sessão em 28/07/2023. A fase do recurso foi aberta para 02/08/2023.

Foram verificados os prazos de apresentação do recurso administrativo e da contrarrazão. Todos os documentos apresentados na fase recursal do processo licitatório ocorreram dentro dos prazos firmados.

## **3) DA APRESENTAÇÃO DO RECUSO ADMINISTRATIVO:**

A empresa SODEXO PASS DO BRASIL SERVIÇOS E COMÉRCIOS S.A. apresentou os seguintes argumentos em sede de recurso:

### **“I. DA INOBSERVÂNCIA DOS CRITÉRIOS PARA DESEMPATE DAS PROPOSTAS E DA INCORRETA APLICAÇÃO DO DIREITO DE PREFERÊNCIA**

Fato é que, com relação à situação de empate, o Edital trata apenas do “empate ficto” criado pela Lei Complementar nº 123/06, em que se entende empatadas as propostas apresentadas por microempresas, empresas de pequeno porte e cooperativas beneficiadas e favorecidas pelo regime diferenciado por tal legislação, cujos preços sejam iguais ou até 5% (cinco por cento) superiores à proposta de menor preço.

Sob pena de violação aos princípios da isonomia, legalidade e vinculação ao instrumento convocatório, o Sr. Pregoeiro não poderia ter agido além dos

limites ali previstos. Isto porque, existem ressalvas para o exercício do direito de preferência, quais sejam: i) que a proposta da ME/EPP seja igual ou até 5% (cinco por cento) superior à proposta mais bem classificada; ii) que esta oferta não tenha sido apresentada por ME/EPP e iii) para a caracterização do empate ficto, deve haver possibilidade de se ofertar novos lances por ME/EPP, condição esta que se torna prejudicada face a impossibilidade de taxa negativa.

Ou seja, tendo em vista a vedação de taxa negativa, bem como a impossibilidade de se determinar pelo menos uma empresa que exerça a condição sobreposta (mais bem classificada) em detrimento às ME/EPP, não se pode haver direito de preferência, por ausência de fato gerador para aplicação da norma.

Portanto, há evidente EMPATE REAL entre as propostas, de modo que, a única forma possível para o desempate é o previsto no art. 60 da Lei 14.133/2021.

Aliás, essa matéria já foi submetida à apreciação do Poder Judiciário no âmbito de mandado de segurança (Prefeitura de Santa Ernestina-SP – Processo nº 1001089- 27.2023.8.26.0619) onde abordou idêntica situação fática da presente situação, no qual ficou incontroverso em não se admitir o direito de preferência para ME e EPP quando na disputa de lances não for mais possível ofertar preço inferior ao das propostas empatadas, sendo inquestionável que nessa hipótese não se aplicam os art. 44 e art. 45 da Lei Complementar nº 123/06, consoante se depreende:

Processo nº 1001089-27.2023.8.26.0619

A definição de empate está prevista no art. 44, § 1º, suprareproduzido, sendo que o desempate, na forma do art. 45, inciso I, ocorre com o exercício do direito das microempresas ou empresas de pequeno porte de apresentarem uma nova proposta com melhor oferta em relação à da vencedora do certame ou àquela que ensejou o empate.

Tal procedimento beneficia tanto a EPP/ME que possui condições de melhorar os preços ofertados e garantir a contratação, quanto a Administração que receberia condições mais favoráveis para o serviço, devendo a regra ser interpretada sob a perspectiva da supremacia do interesse público.

Portanto, a vitória no certame por parte da EPP/ME não é uma consequência automática, como sugere o impetrante, mas dependeria da apresentação de uma proposta mais vantajosa para fins de desempate.

(...)

Ao adotar-se entendimento diverso, com preferência automática às empresas EPP e ME, bastaria a participação de tais pessoas jurídicas naquelas condições para que se eliminasse a possibilidade de disputa e vitória das demais empresas, restringindo-se ou eliminando indevidamente o caráter competitivo do certame. (g.n)

Dessa forma, não há como atribuir preferência para as ME e EPP na presente situação, sendo inquestionável que o ilustre pregoeiro deveria ter observado a previsão legal para aplicar o disposto no art. 60 da Lei nº 14.133/2021, justamente para promover a verificação sucessiva de todos os critérios de desempate previstos na norma, mas jamais conferir vitória com fulcro na vantagem advinda da Lei Complementar nº 123/06, se na sessão pública o preço mínimo já havia sido atingido (0,00%) sem possibilidade de novos lances.

Em linhas gerais, as ME e EPP não devem ser privilegiadas nos processos licitatórios de modo incondicional, ignorando preceitos fundamentais do processo licitatório ao apresentar ofertas que NÃO SÃO MAIS VANTAJOSAS, aniquilando quaisquer chances de que as demais licitantes possam ser contratadas pela Administração Pública em razão de seu mérito.

Deste modo, a correta aplicação do critério de desempate, a fim de conferir legalidade e, conseqüentemente, evitar qualquer restrição ao caráter

competitivo do certame, deve seguir os critérios dispostos nos incisos do art. 60, da nova Lei Geral de Licitações, prestigiando a participação de todas as licitantes, independentemente de sua constituição societária, como previu o edital.

## **II - DA IMPROPRIEDADE DA REDE APRESENTADA**

**Em resumo**, explica as diferenças entre o arranjo fechado e o arranjo aberto, e, cita os riscos pela falta de controle em cumprir as obrigações contratuais devido a ingerência que teria na contratação com o arranjo aberto.

## **III. DA IMPOSSIBILIDADE DE FISCALIZAÇÃO DA REDE CREDENCIADA**

### **Em resumo:**

Por utilizar rede credenciada de terceiros, a empresa emissora que utiliza o cartão bandeirado não poderá cumprir integralmente com as obrigações contratuais, pois não possui o controle do negócio junto ao estabelecimento, atuando apenas como intermediária da obrigação estipulado do contrato. Significa dizer que, ao aceitar a MAXXCARD, as obrigações acima não passam de letra morta ou sem aplicabilidade, comprometendo a fiscalização do Gestor do Contrato.

## **IV. DO PEDIDO**

Por todo o exposto, requer-se (i) a anulação do ato do Sr. Pregoeiro que conferiu a vitória à empresa MAXXCARD sem antes promover os critérios de desempate elencados no Art. 60 da Lei nº 14.133/2021; a (ii) “desclassificação” da proposta da empresa MAXXCARD por ofertar cartões bandeirados, em afronta direta as obrigações do presente Edital, e (ii) o refazimento do desempate, utilizando-se os critérios trazidos pelo art. 60 da nova Lei Geral de Licitações.”

#### **4) DA APRESENTAÇÃO DA CONTRARRAZÃO:**

A empresa MAXXCARD ADMINISTRADORA DE CARTOES LTDA. apresentou contrarrazões ao recurso administrativo posto, no sentido de:

“Ou seja, o edital é bem cristalino ao explicar que o critério de desempate adotado será a preferência para as Microempresas – ME, Empresas de Pequeno Porte – EPP ou Sociedade Cooperativas Equiparadas – SCE.

E caso houvesse duas ou mais empresas nessa mesma situação seria utilizado os critérios de desempates previstos no art. 60 da Lei 14.133/21.

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório, ao mesmo tempo em que privilegia a transparência do certame, garantindo a plena observância dos princípios da igualdade, impessoalidade, publicidade, moralidade e probidade administrativa, preceitua que o julgamento das propostas seja o mais objetivo possível, nos exatos termos das regras previamente estipuladas.

Ou seja, uma vez que foi determinado no Edital que o critério de desempate seria a aplicação da preferência de contratação de Microempresas – ME, Empresas de Pequeno Porte – EPP ou Sociedade Cooperativas Equiparadas – SCE, assim foi feito acertadamente pela comissão de licitação.

Segundo Hely Lopes Meirelles:

“O edital “e lei interna da licitação” e, como tal, vincula aos seus termos tanto os licitantes como a Administração que o expediu.”

Demais disso, as Orientações e Jurisprudência do Tribunal de Contas da União sobre Licitações e Contratos são bastante elucidativas no que se refere a necessidade de vinculação não só do certame, mas também do próprio contrato e de sua execução ao instrumento convocatório.

No caso em tela, em sede de recurso a empresa, ora Recorrente, alegou:



Fato e que, com relação a situação de empate, o Edital trata apenas do “empate ficto” criado pela Lei Complementar nº 123/06, em que se entende empatadas as propostas apresentadas por microempresas, empresas de pequeno porte e cooperativas beneficiadas e favorecidas pelo regime diferenciado por tal legislação, cujos preços sejam iguais ou até 5% (cinco por cento) superiores a proposta de menor preço.

Sob pena de violação aos princípios da isonomia, legalidade e vinculação ao instrumento convocatório, o Sr. Pregoeiro não poderia ter agido além dos limites ali previstos. Isto porque, existem ressalvas para o exercício do direito de preferência, quais sejam: i) que a proposta da ME/EPP seja igual ou até 5% (cinco por cento) superior a proposta mais bem classificada; ii) que esta oferta não tenha sido apresentada por ME/EPP e iii) para a caracterização do empate ficto, deve haver possibilidade de se ofertar novos lances por ME/EPP, condição esta que se torna prejudicada face a impossibilidade de taxa negativa. Com a devida vênia, a empresa recorrente tenta levar o Pregoeiro e sua equipe de apoio ao erro, fazendo um verdadeiro contorcionismo interpretativo da legislação a fim de mudar as regras do presente certame apo s um resultado a ela desfavorável.

Uma vez que o edital trouxe a Lei Complementar 123/2006 e a Lei Federal 14.133/21, como complementar uma da outra, ou seja, em momento algum houve violação ao princípio da legalidade, bem como todos os outros princípios e instrumentos normativos foram devidamente respeitados.

Ainda, a doutrina utilizada ao longo do Recurso nao e cabível no caso em discussão, uma vez que trata de ME ou EPP que apresentem valores “de fato superiores ao ofertado no certame”, o valor ofertado foi respeitando o valor global estimado, bem como a taxa de administração permitida no presente certame.

Seguindo essa mesma senda, a outra doutrina adotada também não cabe neste caso, considerando que a taxa mínima e de 0% (zero por cento), não havia como “cobrir o menor preço”.

Por fim, vale ressaltar que em momento algum tal empate entre as empresas foi considerado como ficto, mas sim como empate real, que segundo o item 11.1 do edital deveria ser resolvido dando preferência as empresas beneficiárias da Lei Complementar 123/2006.

### **3.2 – DO ARRANJO DE PAGAMENTO ABERTO.**

Em 11 de novembro de 2021 houve a consolidação do Marco Regulatório Trabalhista Infralegal, por meio da publicação do Decreto Federal n. 10.854. Dentre diversos dispositivos inovadores, a norma também alterou as regras aplicáveis ao PAT, a quais foram regulamentadas, na sequência, pela Portaria n. 672/21, publicada pelo Ministério do Trabalho e Previdência.

Da análise das novas regras do PAT verifica-se que o fornecimento de vale alimentação/refeição no âmbito do respectivo programa deve ser operacionalizado por meio de um arranjo de pagamento, sendo indiferente se ele for aberto ou fechado. Isto significa que qualquer empresa que operar com um arranjo de pagamento aberto, ou fechado, poderá emitir vale alimentação/refeição no âmbito do PAT.

Vejamos o que diz o Decreto Federal n. 10.854/21:

Art. 174. O serviço de pagamento de alimentação deverá ser operacionalizado por meio de arranjo de pagamento, estabelecido nos termos do disposto no inciso I do caput do art. 6º da Lei nº 12.865, de 9 de outubro de 2013, o qual observará, no mínimo, as seguintes regras:

I - os recursos a serem repassados ao trabalhador pela pessoa jurídica beneficiária para utilização no âmbito do PAT: a) deverão ser mantidos em conta de pagamentos, de titularidade do trabalhador, na forma de moeda eletrônica, e serão escriturados separadamente de quaisquer outros recursos do trabalhador eventualmente mantidos na mesma instituição de pagamento; e

b) deverão ser utilizados exclusivamente para o pagamento de refeição em restaurantes e estabelecimentos similares ou para a aquisição de gêneros



alimentícios em estabelecimentos comerciais, conforme a modalidade do produto, e deverão ser escriturados separadamente;

II - são vedadas as seguintes transações na conta de pagamentos de que trata a alínea "a" do inciso I: a) saque de recursos; e b) execução de ordens de transferência do saldo escriturado separadamente para fins de execução do PAT; e

III - o valor do benefício concedido ao trabalhador, na forma de recursos aportados em conta de pagamento de que trata a alínea "a" do inciso I, independentemente de ter havido o desconto de sua participação, poderá ser integralmente utilizado pelo trabalhador após a rescisão do seu contrato com a pessoa jurídica beneficiária do programa.

**§ 1º O arranjo de pagamento de que trata o caput poderá ser aberto ou fechado.**

(...)

Para fins de clareza, arranjo de pagamento, na prática, é a Bandeira vinculada ao instrumento de pagamento (cartão), por exemplo, Visa, Elo, Mastercard, Ticket, dentre outras.

Art. 2º Para os efeitos deste Regulamento, as expressões e termos relacionados são definidos como segue:

I - arranjo de pagamento fechado: arranjo de pagamento em que a gestão de moeda eletrônica ou, cumulativamente, a gestão de conta, a emissão e o credenciamento de instrumento de pagamento são realizados: a) por apenas uma instituição de pagamento ou instituição financeira, cuja pessoa jurídica é a mesma do instituidor do arranjo;

b) por instituição de pagamento ou instituição financeira controladora do instituidor do arranjo ou por esta controlada; ou

c) por instituição de pagamento ou por instituição financeira que possuir o mesmo controlador do instituidor do arranjo;

II - arranjo de pagamento aberto: arranjo de pagamento em que as atividades relacionadas à prestação de serviços de pagamento por ele

disciplinadas são realizadas por qualquer instituição que atenda aos critérios de participação estabelecidos no regulamento do arranjo;

(...)

Art. 11. As instituições de pagamento, as instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, inclusive quando atuam como subcredenciador, instituição domicílio, prestador de serviço de rede e demais entidades que executam outras atividades previstas nas modalidades de participação expressamente estabelecidas no regulamento do arranjo de pagamento, tornam-se participantes ao aderirem a um arranjo de pagamento.

Assim, concluímos que em um arranjo aberto, a instituidora desse arranjo – a empresa proprietária da Bandeira – atribui a outros participantes (emissores, credenciadores, prestadores de serviços de rede, etc.) a prestação dos serviços de pagamento que serão realizadas no âmbito desse arranjo (isto é, a emissão de cartões, o credenciamento de estabelecimento comercial, prestação de serviços de rede de captura, dentre outros).

Nesse arranjo, há várias empresas que participam dele, cada uma executando uma ou mais do que uma das atividades constantes do arranjo, de forma que existe uma concorrência inerente entre elas e, ao mesmo, existe uma segmentação clara, que impede que uma tenha acesso a informação da outra. A entidade que emite o cartão de pagamento não é, necessariamente, a mesma entidade que afilia o estabelecimento comercial e faz o pagamento do valor da transação.

Assim, fica evidente que o próprio arcabouço legal, que instituiu os arranjos de pagamento e que regulamentou o programa PAT, prevêem a coexistência de duas figuras distintas e que devem ter oportunidades iguais nesse segmento de mercado:

i) o emissor de cartões PAT, que pode usar tanto a sua rede própria (arranjo fechado) como a rede credenciada por terceiros (arranjo aberto);

ii) o credenciador PAT, que pode credenciar estabelecimentos apenas para aceitarem o seu próprio cartão (arranjo fechado) como cartões emitidos por terceiros (arranjo aberto).

Diante de toda análise realizada, e possível explicar que a empresa é uma facilitadora de aquisição de refeições e gêneros alimentícios habilitada no PAT na modalidade Emissora PAT, licenciada pelo arranjo de pagamento aberto Elo para atuar como emissora (gestão de moeda eletrônica) de meios de pagamento.

Ou seja, as atividades da MaxxCard estão limitadas a emissão e gerenciamento dos cartões alimentação e refeição. Já as atividades de credenciamento – habilitação e gerenciamento da rede credenciada de aceitação dos cartões emitidos pela MaxxCard, estão atribuídas a um credenciador vinculada a Bandeira Elo, de forma que a Maxxcard não possui acesso a relação de estabelecimentos comerciais credenciados pela credenciadora.

#### **IV – DO PEDIDO.**

Ante o que se expôs, requer-se que o recurso apresentado pela empresa SODEXO PASS DO BRASIL E COMERCIO S.A. (CNPJ/MF nº 69.034.668/0001-56) seja julgado **IMPROCEDENTE**, conforme fora demonstrado na fundamentação destas contrarrazões, afinal, pleitear a desclassificação de propostas que atenderam a todas as exigências do edital e mais econômicas e vantajosas para a administração, como quer a recorrente, é ato atentatório ao interesse público que deve sempre estar pautado nos ditames legais.”

#### **5) DO JULGAMENTO DA FASE RECURSAL:**

**Expostas as peças recursais dos licitantes, temos claramente definido no edital, vejamos:**

##### **5.1 Da análise do critério de desempate x a aplicação em lei**

### **Em relação ao critério de desempate:**

#### **“11. DOS CRITÉRIOS DE DESEMPATE**

11.1. Após a etapa de envio de lances haverá a aplicação dos critérios de desempate previstos no art. 44 da LC 123/2006 e, **caso persista o empate**, será aplicado o disposto no art. 60 da Lei 14.133/21.

11.2. Na hipótese de persistir o empate, a proposta vencedora será sorteada pelo sistema eletrônico dentre as propostas empatadas.”

Destacadas as partes do edital necessárias para a presente análise, no atendimento ao Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório, os itens do edital mencionados acima amparam a decisão dessa Pregoeira, de forma objetiva, demonstrando claramente a todos os licitantes interessados, as normas regulamentadoras que serão utilizadas para avaliação dos participantes, quanto ao julgamento das propostas dos participantes no presente certame licitatório.

Não serão aceitas taxas de administração negativas em cumprimento à Lei Federal n. 14.442/2022, conforme a alínea “e” do mesmo item 7.5.2 deste Edital. Portanto, no máximo será admitida a taxa de administração “zerada”.

Considerando o princípio da legalidade, no presente caso, o CRA MG viu-se obrigado a cumprir o inciso I do art. 3º da Lei Federal nº 14.442/2022, vejamos:

“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; (...)**” (destacamos)

Por força da norma destacada acima, **o CRA MG não pode permitir que o licitante pudesse dar lance com taxa negativa.** Em razão disso, o CRA MG se viu limitado à possibilidade de os licitantes não efetuarem os seus lances abaixo de (0) zero.

No item 11 supracitado, são elencadas as possibilidades caso ocorra o empate entre as propostas apresentadas.

O primeiro critério materializado nos artigos 44 e 45 da Lei Complementar nº 123/2006 traz:

**“Art. 44. Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte. (Vide Lei nº 14.133, de 2021**

§ 1º Entende-se por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada.

§ 2º Na modalidade de pregão, o intervalo percentual estabelecido no § 1º deste artigo será de até 5% (cinco por cento) superior ao melhor preço.

**Art. 45. Para efeito do disposto no art. 44 desta Lei Complementar, ocorrendo o empate, proceder-se-á da seguinte forma: (Vide Lei nº 14.133, de 2021)**

**I - a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada poderá apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame, situação em que será adjudicado em seu favor o objeto licitado;**

II - não ocorrendo a contratação da microempresa ou empresa de pequeno porte, na forma do inciso I do caput deste artigo, serão convocadas as remanescentes que porventura se enquadrem na hipótese dos §§ 1º e 2º do art. 44 desta Lei Complementar, na ordem classificatória, para o exercício do mesmo direito;

III - no caso de equivalência dos valores apresentados pelas microempresas e empresas de pequeno porte que se encontrem nos intervalos estabelecidos nos §§ 1º e 2º do art. 44 desta Lei Complementar, será realizado sorteio entre elas para que se identifique aquela que primeiro poderá apresentar melhor oferta.

§ 1º Na hipótese da não-contratação nos termos previstos no caput deste artigo, o objeto licitado será adjudicado em favor da proposta originalmente vencedora do certame.

§ 2º O disposto neste artigo somente se aplicará quando a melhor oferta inicial não tiver sido apresentada por microempresa ou empresa de pequeno porte.

§ 3º No caso de pregão, a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada será convocada para apresentar nova proposta no prazo máximo de 5 (cinco) minutos após o encerramento dos lances, sob pena de preclusão." **(destacamos)**

Posta a norma, entendemos que o direito de preferência concedido pela Lei Complementar nº 123/2006 oportuniza a uma licitante considerada microempresa ou empresa de pequeno porte, **ao final da fase de lances**, ou seja, **QUANDO EM UMA LICITAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO AMPLA**, na qual a licitante vencedora não seja ME ou EPP, as demais licitantes que sejam ME ou EPP e que estejam com

os preços dentro do limite previsto no art. 45 da LC nº 123/2006, de ofertarem uma proposta que consiga ser melhor que o licitante vencedor.

**No presente certame**, o licitante vencedor não era ME ou EPP, assim, teve que ser aplicado os artigos 44 e 45 da LC nº 123/2006. Todos os licitantes deram lance da taxa igual a (0) zero, nesse caso, a Pregoeira aplicou os art. 44 e 45 da LC nº 123/2006 primeiramente, principalmente em razão do caput do art. 44 da LC nº 123/2006, por força do comando constitucional, caso exista alguma licitante considerada ME ou EPP, como foi o ocorrido. Situação diferente ocorreria, caso após verificada a existência de mais de uma licitante ME ou EPP, proceder-se-á ao segundo critério de desempate previsto no art. 60 da Lei Federal nº 14.133/2021.

O que precisa ficar claro é que somente são utilizados os artigos 44 e 45 da LC nº 123/2006 (critério de desempate do tratamento diferenciado) **AO FINAL DOS LANCES, QUANDO SE TEM UM LICITANTE VENCEDOR E ESTE NÃO É ME OU EPP.**

O segundo critério de desempate será aplicado caso ainda persista o empate entre as licitantes que foram beneficiadas pelo tratamento diferenciado concedido pela LC nº 123/2006, **considerando o impedimento da taxa negativa.**

Por fim, se mesmo com a aplicação desse critério de desempate, se persistisse os valores iguais para as propostas ofertadas pelos licitantes, far-se-ia a aplicação de sorteio, previsto no item n. 11 do edital do presente certame licitatório.

Salientamos que tais procedimentos visaram dar o perfeito atendimento à norma, à legalidade, à isonomia e aos demais princípios constitucionais e do Direito Público.

A Administração Pública deve se guiar pelos princípios elencados acima em todas as suas atividades.

Entendemos que a situação é de natureza *sui generis*, única. Com o passar do tempo, e, com o avanço da análise dos órgãos julgadores, a jurisprudência será construída em torno desse tipo

de caso, até o presente momento não temos nada ainda nas Cortes Superiores. Devemos aplicar a interpretação da norma de forma sistemática, analisando o conjunto das normas.

Ao aplicarmos o art. 44 da LC nº 123/2006 estamos dando atendimento à norma, principalmente em razão do art. 11 da Lei Federal nº 14.133/2021, vejamos:

**“Art. 11. O processo licitatório tem por objetivos:**

**I - assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto;**

**II - assegurar tratamento isonômico entre os licitantes, bem como a justa competição;**

**III - evitar contratações com sobrepreço ou com preços manifestamente inexequíveis e superfaturamento na execução dos contratos;**

**IV - incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável.**

Parágrafo único. A alta administração do órgão ou entidade é responsável pela governança das contratações e deve implementar processos e estruturas, inclusive de gestão de riscos e controles internos, para avaliar, direcionar e monitorar os processos licitatórios e os respectivos contratos, com o intuito de alcançar os objetivos estabelecidos no caput deste artigo, promover um ambiente íntegro e confiável, assegurar o alinhamento das contratações ao planejamento estratégico e às leis orçamentárias e promover eficiência, efetividade e eficácia em suas contratações.”

**(destacamos)**

Mesmo ao que parece que estaremos beneficiando uma microempresa e empresa de pequeno porte em detrimento da participação das demais empresas, tal afirmação não merece prosperar, pois estamos dando o efetivo cumprimento da lei, principalmente ao comando constitucional. O caráter isonômico vem também da utilização da equidade. A Carta Magna concedeu a equidade às MEs e EPPs para poderem disputar em situação de igualdade com as demais empresas,



para tanto, obrigou a criação de lei complementar nesse sentido, a Lei Complementar nº 123/2006. Se assim não fosse, não teríamos na norma nenhum tratamento diferenciado.

Tal medida é reforçada na própria Lei Federal nº 14.133/2021:

**“Art. 4º Aplicam-se às licitações e contratos disciplinados por esta Lei as disposições constantes dos arts. 42 a 49 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.**

§ 1º As disposições a que se refere o caput deste artigo não são aplicadas:

I - no caso de licitação para aquisição de bens ou contratação de serviços em geral, ao item cujo valor estimado for superior à receita bruta máxima admitida para fins de enquadramento como empresa de pequeno porte;

II - no caso de contratação de obras e serviços de engenharia, às licitações cujo valor estimado for superior à receita bruta máxima admitida para fins de enquadramento como empresa de pequeno porte.

§ 2º A obtenção de benefícios a que se refere o caput deste artigo fica limitada às microempresas e às empresas de pequeno porte que, no ano-calendário de realização da licitação, ainda não tenham celebrado contratos com a Administração Pública cujos valores somados extrapolem a receita bruta máxima admitida para fins de enquadramento como empresa de pequeno porte, devendo o órgão ou entidade exigir do licitante declaração de observância desse limite na licitação.

§ 3º Nas contratações com prazo de vigência superior a 1 (um) ano, será considerado o valor anual do contrato na aplicação dos limites previstos nos §§ 1º e 2º deste artigo.” **(destacamos)**

## **5.2 Da análise do arranjo exigido na contratação**

**Quanto ao tipo de arranjo adotado na contratação:**

“Anexo I – Termo de Referência Nº 69/2023/CRA-MG

PROCESSO Nº 476907.001211/2023-09

3.5. O pagamento de refeições e gêneros alimentícios deverá ser operacionalizado por meio de arranjo de pagamento na forma estabelecida nos termos do disposto no caput e inciso I do ar. 6º da Lei nº 12.865/2013, devendo os pagamentos serem operacionalizados por meio de cartões eletrônicos, com chip de segurança, com sistema de controle de saldo e senha numérica pessoal e intransferível para validação das transações eletrônicas, por meio de sua digitação em equipamento de débito pelo usuário no ato da compra nos estabelecimentos credenciados.

(...)

**Consoante ao princípio da vinculação ao edital (instrumento convocatório conforme o art. 5º da Lei nº 14.133/2021), a forma de arranjo tanto aberta quanto fechada está perfeitamente amparada na lei, cabendo ao Contratante a fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais.**

**Sobre a rede exigida no edital:**

“3.6. A CONTRATADA deverá manter uma rede ampla de estabelecimentos ativos que atendam às exigências do PAT em território nacional e principalmente no Estado de Minas Gerais, que contemplem no mínimo as cidades de Belo Horizonte e região metropolitana, Uberlândia, Juiz de Fora, Pouso Alegre, Governador Valadares, Montes Claros e Ipatinga.

3.7. Rede mínima de estabelecimentos conveniados que deverá ser comprovada mediante apresentação de listagens, quando da assinatura do contrato:

3.7.1. Com relação ao benefício auxílio alimentação, considera-se como rede mínima necessária as seguintes quantidades de estabelecimentos devidamente

credenciados:

- a) 02 (dois) hipermercados em Belo Horizonte e região metropolitana;
- b) 05 (cinco) redes de supermercados de grande porte em Belo Horizonte/MG e região metropolitana;
- c) 900 (novecentos) estabelecimentos entre supermercados, padarias, açougues e hortifrútis na cidade de Belo Horizonte e região metropolitana;
- d) 01 (um) hipermercado nas cidades de Uberlândia, Pouso Alegre, Juiz de Fora, Montes Claros, Governador Valadares e Ipatinga. Caso não existam hipermercados a serem credenciados nestas cidades, 02 redes de supermercados de grande porte.
- e) 300 (trezentos) estabelecimentos entre supermercados, padarias, açougues e hortifrútis nas cidades de Uberlândia, Pouso Alegre, Juiz de Fora, Montes Claros, Governador Valadares e Ipatinga;

3.7.2. Com relação ao benefício auxílio refeição, deverá possibilitar a aquisição de refeições e lanches prontos em estabelecimentos credenciados como, por exemplo, restaurantes, bares, lanchonetes e padarias. Considera-se como rede mínima necessária as seguintes quantidades de estabelecimentos devidamente credenciados:

Tabela com endereços....

3.7.2.1. Ainda, no caso específico do auxílio refeição, considera-se como rede mínima necessária, não considerando o raio de 2 km exigido na condição acima, as seguintes quantidades:

- a) 50% (cinquenta por cento) de estabelecimentos credenciados nas praças de alimentação dos seguintes shoppings centers: Shopping Cidade, BH Shopping, Diamond Mall, Minas Shopping, Pátio Savassi, Boulevard Shopping, Shopping Estação BH e Shopping Del Rey;

b) 04 (quatro) estabelecimentos credenciados em Coronel Fabriciano, Betim, Contagem, Lagoa Santa, Nova Lima, Pedro Leopoldo, Ribeirão das Neves, Sabará, Santa Luzia, Sete Lagoas e Vespasiano;

c) As quantidades mínimas descritas nos itens anteriores deverão ser mantidas durante todo o prazo de vigência do contrato.

3.8. Preferencialmente possuir convênio para aceitação de no mínimo uma das empresas de aplicativos de entrega de refeições prontas e/ou gêneros alimentícios in

natura (delivery), tais como: Rappi ou Uber Eats.

3.9. Havendo recusa generalizada por parte dos estabelecimentos credenciados em receber o auxílio refeição e o auxílio alimentação f

**Como fora dito anteriormente, caberá à Contratante a correta e regular fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais, caso a Contratada não às cumpra, esta poderá ser penalizada e responder perante as obrigações contratuais avençadas.**

Destacadas as partes do edital necessárias para a presente análise, no atendimento ao Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório, os itens do edital mencionados acima amparam a decisão dessa Pregoeira, de forma objetiva, demonstrando claramente a todos os licitantes interessados, as normas regulamentadoras que serão utilizadas para avaliação dos participantes, quanto ao julgamento das propostas dos participantes no presente certame licitatório.

Cumpre a nós destacarmos que todos os julgados desta pregoeira estão embasados nos princípios esculpido na Lei Federal nº 8.666/1993:

**“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.”** (grifo nosso)

Nessa esteira, amparado pelos fatos e fundamentos aqui apresentados, roga-se a necessidade do pleno cumprimento do regramento estabelecido, em obediência ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

Na mesma linha, Hely Lopes Meirelles (MEIRELLES, Hely Lopes, Licitação e Contrato Administrativo, 140 ed. 2007, p. 39) afirma que, uma vez estabelecidas as regras do certame, torna-se obrigatório o seu cumprimento por todos durante todo o procedimento. Vejamos:

**“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, às 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.”** (grifo nosso)

Indubitável a importância de tal princípio para a legitimidade do certame, em sentido harmônico, trazendo à baila a lei anterior que encontra amparo na nova lei no art. 11 da Lei Federal n. 14.133/2021, veja como os argumentos aqui tecidos se alinham com a jurisprudência do Tribunal de Contas da União:

**“Observe os princípios da transparência, do julgamento objetivo, da vinculação ao instrumento convocatório e da escolha da proposta mais vantajosa para a Administração, conforme regem os arts. 3º, art. 40, VII, art. 41, caput, 43, IV, art. 44, § 1º e art. 45, da Lei nº 8.666/1993.”** (Acórdão 1286/2007 Plenário) (grifos nosso)

Também o Tribunal de Contas da União (TCU) é categórico ao dispor sobre a necessidade do atendimento rigoroso ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório. Em seu Manual de “Licitações & Contratos – Orientações e Jurisprudências do TCU” (4ª Edição, 2010), a Corte de Contas assim registra:

“Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório

Obriga a Administração e o licitante a observarem as normas e condições estabelecidas no ato convocatório. Nada poderá ser criado ou feito sem que haja previsão no instrumento de convocação.”

Na busca pelo atendimento ao princípio da isonomia, considerando o tratamento diferenciado concedido às microempresas e empresas de pequeno porte, a jurisprudência sobre a estrita vinculação ao edital é extensa. Fiquemos com um exemplo que aborda o tema sob o prisma do princípio da isonomia (com nossos grifos):

“[14:28, 30/04/2021] Aline Parreira P: AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. ARTS. 3º E 41 , DA LEI Nº 8.666 /93 - LEI DE LICITAÇÕES . RECURSO PROVIDO. 1 - A licitação é um procedimento administrativo formal para contratação de serviços ou aquisição de produtos pelos entes da Administração Pública direta ou indireta. 2 - O Edital faz lei entre as partes e é uma garantia para a administração e administrados - Princípio da vinculação ao instrumento convocatório. 3 -**A Administração Pública não pode se dissociar do texto do instrumento convocatório (Edital nº 001/2015/SEAD-PI), sendo vedada qualquer exigência em desconformidade às regras estabelecidas, sob pena de violação ao princípio da isonomia.** 4 - \“A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada\” (Art. 41 , da Lei nº 8.666 /93). 5 - No Edital não consta o requisito exigido pela Comissão licitante. 6 - O ato impugnado está eivado de nulidade, posto que em desacordo com os termos do instrumento convocatório. 7 - Recurso conhecido e provido.

[14:28, 30/04/2021] Aline Parreira P: TJ-PI - Agravo de Instrumento AI 00186125420158180140 PI (TJ-PI)" (destacamos)

Face ao exposto, baseando-se na orientação jurisprudencial e o atendimento dos princípios basilares da licitação, como da isonomia, legalidade, vinculação ao instrumento convocatório, entendeu-se restar devidamente comprovada a decisão firmada pela Pregoeira no sentido de considerar a licitante **MAXXCARD ADMINISTRADORA DE CARTOES LTDA. como vencedora do certame no Processo Licitatório nº Processo nº 476907.001211/2023-09 – processo licitatório nº 06/2023 - pregão eletrônico nº 06/2023/CRA-MG.**

#### **6) DA DECISÃO:**

Por todo exposto e à luz dos princípios basilares da licitação pública, primando pelos Princípios Gerais que regem o Direito Administrativo, em consonância com os ditamos da Lei nº. 14.133/2021, nos regulamentos vigentes do Conselho Regional de Administração de Minas Gerais – CRA - MG, termos do edital e todos os atos até então praticados; a Pregoeira, pautada nos princípios basilares da licitação pública, **DECIDE POR NÃO ACATAR o presente recurso, para no mérito julgá-lo IMPROCEDENTE, mantendo o seu julgamento e declarando licitante MAXXCARD ADMINISTRADORA DE CARTOES LTDA. como vencedora do certame no Processo Licitatório nº Processo nº 476907.001211/2023-09 – processo licitatório nº 06/2023 - pregão eletrônico nº 06/2023/CRA-MG.**

Submeto a presente manifestação à consideração superior de Vossa Excelência, para julgamento, o art. 165 e seguintes da Lei Federal nº 14.133/2021.

**LILIAN SAEKI**

Pregoeira