CHAMAMENTO PÚBLICO SERPRO - Nº 00155/2023

PEDIDOS DE IMPUGNAÇÃO

PEDIDO DE IMPUGNAÇÃO Nº 02 – BKBANK - EM 19/06/2023

Obs.: O Pedido segue mais abaixo completo, na íntegra.

RESPOSTA DO PEDIDO DE IMPUGNAÇÃO Nº 02

Seguem respostas em azul para a impugnação:

REPRESENTANTE: BK INSTITUIÇÃO DE PAGAMENTO LTDA

2. DA ILEGALIDADE NA MODALIDADE DE LICITAÇÃO

Conforme o Edital de chamamento público nº 00155/2023, em seu caput consta as Leis das quais o Serpro é submetido:

> *O SERVIÇO FEDERAL DE PROCESSAMENTO DE DADOS (SERPRO), Empresa Pública Federal, regido pela Lei nº 5.615, de 13/10/70, com sede na SGAN Quadra 601, Módulo V, CEP 70836–900, Brasília–DF, inscrito no CNPJ/MF sob o nº 33.683.111/0001–07, torna público para ciência dos interessados que iniciará, a partir da publicação deste, o Chamamento público para Credenciamento, com fundamento, na* ***Lei nº 14.442/22****, bem como art. 79 da Lei nº14.133/2021 (utilizada por analogia),* ***Lei n. 13.303/2016****, Decreto 3.722/2001*

Assim, excluindo qualquer ilegalidade, e para conhecimento, com o advento do Decreto nº 10.854/20 e posterior Lei nº 14.442/22, art. 5º, onde dispõe sobre o pagamento do auxílio-alimentação, houveram mudanças substanciais quanto a forma de contratação e escolha da operadora, neste sentido, considerando que a lei veda as taxas negativas de administração, a avaliação de taxas não seria um fator de avaliação de vantajosidade a para a escolha da empresa para contratação, assim o Serpro optou em proceder com o credenciamento de acordo com os critérios definidos em edital e posteriormente escolhidas pelos votos dos empregados, podendo até ultrapassar as 3 empresas previstas para o credenciamento se atingirem a votação mínima exigida. Veja item: Seção V item 5.2, Seção VI item 6.2 e Seção XI do Edital.

3. DA EXIGÊNCIA DE PLATAFORMA DELIVERY

O Serpro decide por manter a exigência, entendemos que não restringe a competitividade, visto que já há diversas empresas conveniadas às plataformas delivery e aquelas que não estão conveniadas não há impeditivo de fazer o devido convênio. Lembrando que a exigência visa

atender ao conforto dos empregados que aproximadamente 50% do corpo funcional estão trabalhando em Home Office.
As plataformas descritas são apenas exemplificativas podendo optar por qualquer plataforma para atender à exigência. O serviço de delivery solicitado teve seu uso intensificado durante a pandemia, com a desejada redução de aglomerações, sendo reconhecidamente conveniente, rápido e confortável aos usuários e já popularizado. A sua exigência está de acordo com ACÓRDÃO 459/2023 – PLENÁRIO.

4. DA EXIGÊNCIA DE REDE CREDENCIADA COM A HABILITAÇÃO

5. DA QUANTIDADE EXCESSIVA DE ESTABELECIMENTOS A SEREM CREDENCIADOS

A rede mínima credenciada exigida no edital visa atender satisfatoriamente a universalidade de usuários no momento da contratação e que os critérios de qualificação técnica das licitantes contidos no edital têm amparo legal e estão em consonância com a jurisprudência do TCU (Súmulas 263 e 24);
Utilizamos o estudo de rede credenciada utilizada pelos empregados, o Serpro em todos os Municípios, nos 12 últimos meses foi identificado a utilização de 51.074 estabelecimentos de refeição (restaurantes) e 33.174 estabelecimentos de Alimentação (supermercados) e com base neste estudo definimos uma rede "mínima" para garantia o atendimento considerando a possibilidade das possíveis empresas selecionadas para o credenciamento e atendimento simultâneo.
Considerando a utilização atual dos empregados (7.721) identificada, o Serpro flexibilizou quanto a rede credenciada e neste sentido a operadora que não possui o mínimo exigido (5.000) distribuídos em todo o Brasil, não conseguirá atender à necessidade do Serpro que deve estar disponível imediatamente após ao credenciamento considerando que não haverá pausa para a compra de alimentos e refeições dos empregados.
Acrescentamos que o Serpro permite a parceria da contratada com credenciadoras conforme item 2.14.2 do anexo I. Sendo assim, não acataremos o pedido de redução de rede credenciada.

6. DA INTEROPERABILIDADE ENTRE OS ESTABELECIMENTOS

Com relação a rede aberta e fechada, o Serpro busca promover a inovação e respeitar às determinações legais, assim nosso edital traz a possibilidade da operadora nos atender tanto pela rede fechada quanto pela rede aberta, reforçando apenas que para a rede aberta a regulamentação da lei deve estar vigente. Neste sentido, quando houver a devida regulamentação, as operadoras poderão atualizar a forma de atendimento para os cartões bandeirados seguindo todas as determinações para atendimento das empresas vinculadas ao PAT. Ver o item 2.4.1 do Edital.

Contudo, verifiquei que não houve abordagem quanto ao fato de o edital exigir que a empresa credenciada apresente a rede de estabelecimentos na habilitação para o certame , bem como não fora abordado o fato de que a contratação está se dando de forma subjetiva, indo contra ao que determina a lei que segue o Serpro (13.303/16 – art. 31).

Fico no aguardo de uma posição quanto aos argumentos trazidos por ocasião da peça impugnatória.

Resposta:
O assunto foi abordado na medida que foi explicado que nossa necessidade real e de utilização dos empregados do Serpro é de aproximadamente 80 mil estabelecimentos e que para atender minimamente a necessidade dos empregados exigimos uma garantia de que a operadora possui capacidade operacional para atender em todo o Brasil. O TCU considera

aceitável a exigência de até 50% de comprovação de capacidade operacional necessária na habilitação. Considerando a utilização atual dos empregados (7.721) identificada, o Serpro flexibilizou quanto a rede credenciada e neste sentido a operadora que não possui o mínimo exigido (5.000) distribuídos em todo o Brasil, não conseguirá atender à necessidade do Serpro que deve estar disponível imediatamente após ao credenciamento, considerando que não haverá pausa para a compra de alimentos e refeições dos empregados.

Acrescentamos que o Serpro permite a parceria da contratada com credenciadoras conforme item 2.14.2 do anexo I. Neste sentido, a operadora poderá nos entregar declaração de contratação futura do parceiro que possui a rede mínima necessária, com anuência deste na habilitação em caso de não possuir rede própria, juntamente com a comprovação de rede da parceira. Ressaltamos ainda que a informação de tipo de rede de cada operadora será divulgada aos empregados no momento de escolha/votação das empresas que serão credenciadas.

Quanto ao modelo de contratação, com o advento da Lei 14.442 que vetou a taxa negativa e não há taxas positivas previstas pelas operadoras, há entendimentos pacificado que a intenção do legislador foi no sentido de que a concorrência entre as empresas desse segmento tenha por base a ampliação da rede credenciada para melhor atender ao trabalhador beneficiário e não mais em descontos ou condições oferecidas aos empregadores contratantes dos serviços, assim o Serpro entendeu que o "credenciamento" é a forma mais objetiva para garantir que todas as empresas que forem habilitadas seguirão para votação e terão a chance de ser credenciada para atender os empregados do Serpro, evitando que apenas uma empresa seja escolhida. Citamos o Acórdão do TCU nº 5495/2022 que aborda que o modelo ideal para disponibilização do tíquete para os empregados deve ocorrer por meio de credenciamento.

ILUSTRISSIMO(A) SENHOR(A) PREGOEIRO(A) DO SERVIÇO FEDERAL DE PROCESSAMENTO DE DADOS (SERPRO)

ASSUNTO: IMPUGNAÇÃO DE EDITAL DE LICITAÇÃO
REPRESENTANTE: BK INSTITUIÇÃO DE PAGAMENTO LTDA
REPRESENTADO: SERVIÇO FEDERAL DE PROCESSAMENTO DE DADOS (SERPRO)
EDITAL DE CHAMAMENTO PÚBLICO
CREDENCIAMENTO SUPGA/GAADM/GAAD3 Nº. 00155/2023

BK INSTITUIÇÃO DE PAGAMENTO LTDA, inscrita no CNPJ nº 16.814.330/0001-50, com sede na Avenida Marcos Penteado de Ulhôa Rodrigues, nº. 939, Andar 8, Torre 1 – Edifício Tamboré, CEP 06.460-040, na cidade de Barueri, Estado de São Paulo, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, apresentar **IMPUGNAÇÃO AO EDITAL**, com fundamento no §1º e §3º, do art. 41 da Lei 8.666/93, pelos motivos de fato e de direito que passa a expor.

1. DOS FATOS

A Representante é empresa que atua no ramo de fornecimento de Cartão Alimentação e Refeição, com ampla experiência na prestação de serviços à órgãos públicos, participando ativamente de processos licitatórios.

Tomou conhecimento que a **SERVIÇO FEDERAL DE PROCESSAMENTO DE DADOS (SERPRO)** publicou Edital cujo objeto é *"O objeto do presente Chamamento é a contratação, por meio de credenciamento, de empresas facilitadoras de aquisição de refeições ou gêneros alimentícios, para prestação continuada dos serviços de emissão de moeda eletrônica destinada ao fornecimento de valealimentação e refeição no âmbito do Programa de Alimentação do*

Trabalhador (PAT), sem mão de obra dedicada, para os empregados do SERPRO, de acordo com as especificações e detalhamentos consignados neste Edital e seus Anexos."

Contudo, referido edital contém diversas cláusulas que vão contra legislação concernente às contratações públicas, bem como os princípios regentes, de movo que deve ser anulada para retificação, pelos motivos expostos a seguir.

2. DA ILEGALIDADE NA MODALIDADE DE LICITAÇÃO

O certame em epígrafe foi publicado na modalidade Credenciamento, em que, conforme edital, diversas empresas poderão se credenciar, e, em caso de credenciamento de mais de uma empresa, os servidores irão realizar votação para decidir quais empresas serão credenciadas, o que afronta o princípio da isonomia e da legalidade, inerente a toda a Administração Pública. Vejamos:

> *11.1. As empresas habilitadas que entregarem a apresentação seguirão para a fase de votação interna a ser realizada entre os empregados do Serpro, para a definição de quais serão credenciadas*

Primeiramente, é importante destacar que a modalidade de licitação escolhida pelo órgão não condiz com o objeto a ser licitado, já que a referida modalidade de credenciamento é permitida apenas quando não é possível que as empresas disputem as melhores propostas para o órgão público, em observância ao princípio da busca pela proposta mais vantajosa.

É cristalino que o objeto da presente licitação permite que as empresas ofereçam lance em taxa de administração dos valores, que podem ser negativas, o que permitiriam, ainda, que o órgão público auferisse descontos para a prestação de serviços, privilegiando a economicidade do órgão.

Desse modo, a licitação poderia perfeitamente ser feita na modalidade pregão, já que permitiriam que as empresas disputassem seus preços e melhores condições para fornecimento do objeto.

Além disso, a forma como o órgão público pretende fazer a licitação afronta diversos princípios, notadamente o princípio do julgamento objetivo das propostas, já que o órgão permite que os próprios funcionários escolham as empresas que poderão ser credenciadas, o que estabelece um claro critério subjetivo na escolha das empresas, além de que privilegia o monopólio no mercado de vale alimentação e refeição que já existe no país.

O art. 5º da Lei nº. 14.133 é claro em estabelecer como critério o julgamento objetivo das propostas, e a referida licitação desconsidera totalmente o fato de que com a escolha dos servidores não haverá qualquer objetividade no julgamento, escolhendo a empresa que simplesmente ele quiser, sem qualquer critério de avaliação para tal.

> *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).*

Ignora o edital o fato de que as licitações devem ser pautadas pela competitividade, que faz com que seja alcançada a melhor proposta para a Administração, de modo que seja feita a proteção do patrimônio público, pagando sempre o menor preço possível para o melhor serviço a ser prestado, e, no caso em tela, não é possível qualquer competição e busca por descontos por parte do órgão.

É violado também o princípio da isonomia, visto que o fato de as empresas serem escolhidas pelos servidores acaba com a isonomia, um dos pilares de toda a Administração Pública, tendo em vista que é nítido que as empresas não serão tratadas com igualdade ao serem votadas pelos servidores.

Desse modo, e diante de todo o exposto, tem-se nítida a violação da lei e dos princípios que regem as licitações públicas, de modo que deve o referido certame ser suspenso para retificação do edital quanto a modalidade de licitação, bem como a forma de julgamento das propostas.

3. DA EXIGÊNCIA DE PLATAFORMA DELIVERY

O edital norteador exige ainda que a empresa vencedora do certame possua plataforma de entrega de alimentos via *delivery,* o que, evidentemente, não é uma prerrogativa de todas as empresas, de modo que tal exigência, além de ser desnecessária, inibe a participação de diversas empresas, fazendo com que o monopólio no existente no mercado de vale alimentação e refeição se perpetue e aumente ainda mais.

> *"e) Comprovação de que possui convênio para aceitação de no mínimo uma das empresas de aplicativos de entrega de refeições prontas (delivery), tais como: Ifood, Rappi, Alfred ou Uber Eats. A comprovação dar-se-á por meio de contrato, declaração do parceiro ou documento equivalente."*

Contudo, esta exigência constitui vício capaz de comprometer a lisura do certame, uma vez que viola o princípio da isonomia e o princípio da competitividade, conduzindo ainda à evidência de direcionamento da licitação.

Expliquemos.

O objeto que se pretende contratar, é serviço de fornecimento, administração e gerenciamento de cartões de Vale Refeição, para serem utilizados pelos servidores públicos da Prefeitura Municipal de Paulínia.

Na execução do serviço objeto da licitação, a empresa contratada dispõe de sistema voltado à administração e gerenciamento dos valores destinados ao crédito de Vale Refeição, com a emissão de cartão eletrônico/magnético, por meio do qual os beneficiários poderão efetuar o pagamento das refeições, perante os estabelecimentos credenciados (lanchonetes, restaurantes, etc.)

Logo, as muitas empresas que fornecem Vale Refeição, tratam-se, na verdade, de instituição de pagamento, e não dispõem de plataforma web ou aplicativo de

entrega de refeições prontas, sendo que a única empresa do ramo que, atualmente, possui aplicativo próprio de entrega de refeições prontas, é a empresa I FOOD.

Todas as outras empresas não possuem esta ferramenta, sendo que, para atender à exigência do órgão licitante, necessário celebrar convênio com aplicativo de entrega de refeições prontas (delivery).

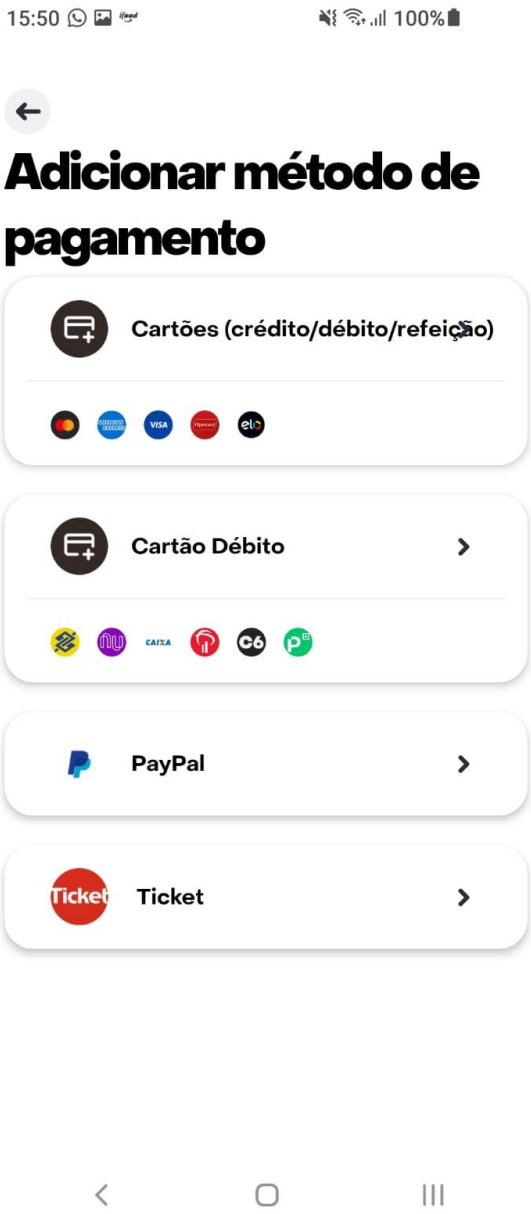
Contudo, sabe-se que das inúmeras empresas que fornecem o Vale Refeição, poucas são as que efetivamente possuem convênio com o aplicativo de entrega.

A título de amostragem, citamos os aplicativos de entrega mais populares:

VR aceitos no aplicativo IFOOD:



VR aceitos no aplicativo RAPPI:



Evidente, portanto, que ao incluir esta exigência, a administração pública está direcionando a licitação para as grandes e poucas empresas que possuem o aplicativo, impedindo que as demais empresas do ramo participem da licitação, em notória restrição do certame.

Por consequência, ao restringir a participação das inúmeras empresas do ramo no certame, a administração pública estará indo contra o princípio da busca da proposta mais vantajosa, que norteia os processos licitatórios, uma vez que está obstando a participação de empresas que tem condições de ofertar propostas mais econômicas sem perder a qualidades.

Neste sentido, decidiu o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, nos autos do processo de Exame Prévio do Edital da Companhia do Metropolitano de São Paulo – METRÔ, TC 026763.989.20-9:

> *"No tocante às insurgências apresentadas por Sindplus contra a exigência de aplicativo de smartphone que contenha "programa de fidelidade para obtenção de refeições grátis, com cupons de desconto e agenda de festivais promocionais", além de acesso a aplicativos de delivery, as críticas procedem em parte. [...] Acompanho, nesse ponto, as manifestações de MPC e SDG e adoto como razões de decidir a abordagem efetuada por ATJ, cujo excerto de interesse reproduzo, como forma de preservar seu fiel conteúdo:*
>
> *"[...] O problema, contudo, está em verificar se esse tipo de relacionamento entre fornecedores de alimentos e administradoras de vale-alimentação é passível de ser estabelecido por qualquer empresa do ramo do objeto licitado. No caso do delivery do Pão de Açúcar e do Clube Extra, por exemplo, atualmente, só é possível realizar pagamentos com os cartões das seguintes empresas: Ticket Alimentação (Edenred), Sodexo e Alelo. No caso do site do Carrefour, não fomos capazes de identificar a*

possibilidade de pagamentos com vale-alimentação. Assim, nos parece claro que a exigência feita no item XVII do Memorial Descritivo – Acesso a Aplicativos de Delivery – tem elevado poder restritivo, na medida que tal possibilidade parece estar disponível apenas a algumas empresas do ramo, sendo que os fornecedores de alimentos podem não ter interesse de estabelecer esse tipo de relacionamento com administradoras de cartões de porte médio ou pequeno. Situação similar é passível de ocorrer com a funcionalidade do aplicativo de smartphone que está sendo questionada, pois a dificuldade não está em desenvolver a funcionalidade requerida, mas em estabelecer a parceria necessária com os grandes estabelecimentos que fornecem alimentação. A Representada informou ter apurado que quatro administradoras de cartão teriam tal funcionalidade em seu app, o que, por óbvio, indica que elas possuem a necessária parceria com alguns fornecedores de alimentação. A questão é saber quais outras administradoras têm esse nível de relacionamento com os fornecedores e se este é passível de ser estabelecido com qualquer administradora, inclusive com aquelas de médio e pequeno porte. Assim, em que pese não tenhamos conhecimento do nível de parceria estabelecido entre as variadas administradoras de vale-alimentação e os diversos fornecedores de alimentação e nem dos requisitos fixados entre as partes, para que tal relação seja firmada, nos parece evidente que as exigências ora analisadas têm elevado potencial restritivo, razão pela

qual devem ser excluídas, em favor da ampliação da competitividade do certame."

Ainda na esteira da manifestação de ATJ, considero improcedentes as críticas à demonstração do sistema, prática comum em objetos da espécie." (TC 026763.989.20-9.)"

Corroboram ainda, os Acórdão proferidos pelo Tribunal de Contas do Estado, que instruem a presente Impugnação.

Importante destacar que o órgão licitante não apresentou justificativa que caracterize a imprescindibilidade da empresa contratada possuir convênio com aplicativo de entrega, como condição para execução do serviço de fornecimento do Vale Refeição, o que por si só, conduz à ilegalidade da exigência

E ainda que se alegue que o modelo de entrega delivery se tornou comum na rotina das pessoas, ou que se tornou necessário em razão da pandemia, em que muitas pessoas permanecem em isolamento, o fato é que, justamente por estes fatores, muitos estabelecimentos comerciais de refeição pronta, como bares, restaurantes e lanchonetes, se adequaram ao modelo delivery, aceitando pedidos e realizando entregas, sem que haja a necessidade de se vincularem a um aplicativo de entrega.

Assim, inexistindo justificativa real da imprescindibilidade do aplicativo, evidente que a exigência é irrelevante e impertinente.

Mas não é só.

A possibilidade de compra de refeições prontas mediante aplicativo de entrega (delivery), envolve uma relação trilateral, onde a empresa fornecedora do cartão

(instituição de pagamento), o estabelecimento comercial e o aplicativo de entrega possuem relação jurídica entre si.

Quer dizer, que a empresa fornecedora do Vale Refeição, embora possa ofertar a rede de estabelecimentos, bem como possuir convênio com o aplicativo de entrega, somente conseguirá efetuar o pagamento para o estabelecimento credenciado, para entrega delivery mediante aplicativo, se entre eles (estabelecimento e aplicativo) também tiver sido firmado contrato de afiliação/parceria.

Lembrando que a relação firmada entre o estabelecimento e o aplicativo de entrega, não diverge de uma relação comercial, já que em face dos serviços de oferta dos produtos no aplicativo, há a cobrança de taxas.

Ou seja, não há como a empresa fornecedora do cartão Vale Refeição obrigue os estabelecimentos credenciados em sua rede, a filiarem ao aplicativo em que a fornecedora de pagamento possui convênio, por se tratar de relação comercial entre terceiros.

Sabe-se, porém, que em processo licitatório, não se admite impor obrigação que dependa de compromisso entre terceiros, conforme entendimento sumulado pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo:

> *"SÚMULA Nº 15*
> *Em procedimento licitatório, é vedada a exigência de qualquer documento que configure compromisso de terceiro alheio à disputa."*

Importante ressaltar que os princípios da igualdade e da seleção da proposta mais vantajosa, estão previstos expressamente no art. 3º, caput, da Lei 8666/93, do qual a

administração pública deve observância obrigatória, em respeito ao princípio da estrita legalidade:

> *"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."*

Ainda, no §1º, inciso I do mesmo dispositivo, consta expressamente a vedação ao agente público, incluir no instrumento convocatório, condições que restrinjam o caráter competitivo do certame.

> *"§ 1º É vedado aos agentes públicos:*
> *I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5o a 12 deste artigo e no art. 3o da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991;"*

Portanto, uma vez que a exigência é injustificada, caracterizando a restrição do certame e o direcionamento para grandes empresas do ramo, excluindo a participação de inúmeras empresas, e obstando a busca da proposta mais vantajosa, é imperioso que a administração pública reconheça o vício e, imediatamente, suspenda o certame para que proceda a correção do Instrumento Convocatório, a fim de que excluir a exigência de convênio com plataforma web ou aplicativo delivery para entrega de refeições prontas, através do Vale Refeição objeto do contrato.

4. DA EXIGÊNCIA DE REDE CREDENCIADA COM A HABILITAÇÃO

Adiante, o edital ainda estabelece que a empresa interessada em participar do certame apresenta a rede de estabelecimentos credenciados no momento da habilitação para o certame, o que viola frontalmente todas as disposições legais, principiológicas e jurisprudenciais sobre o tema, **já que é vedado exigir que qualquer empresa firme contratos com terceiros antes de que seja contratada pela Administração pública.**

> *f) Comprovação de ter no mínimo a quantidade de estabelecimentos definidos no Anexo I/B deste Edital.*

Entretanto, tal exigência vai contra os princípios que norteiam o processo licitatório, favorecendo determinadas empresas em detrimento das demais, podendo ser considerado com indicio de direcionamento do objeto.

O entendimento de exigir a rede credenciada, ainda na fase de habilitação, configura-se como favorecimento ilegal está devidamente pacificado nos Tribunais de Contas dos Estados e da União.

Vejamos o que diz o TCE/MG sobre a apresentação da rede credenciada anterior à contratação, ou seja, apresentação da rede antecipada:

> *ACÓRDÃO*
> *Vistos, relatados e discutidos estes autos, ACORDAM os Exmos. Srs. Conselheiros da Segunda Câmara, por unanimidade, diante das razões expendidas no voto do Relator, em:*

I) rejeitar a preliminar de perda de objeto da denúncia;
II) julgar procedente, no mérito, a denúncia relativa ao Pregão Presencial nº 108/18, deflagrada pelo Município de Boa Esperança, por considerar irregular:

i) a ampla restrição de participação na licitação de empresas que estejam com o direito de licitar e contratar com a Administração Pública suspenso, ou que por esta tenham sido declaradas inidôneas (subitens 3.3 e 3.3.2 do edital);

ii) a vedação de ofertas de taxa de administração com percentual zero ou negativo (subitem 5.2.6 do edital);

*iii) **a exigência de comprovação de rede credenciada de estabelecimentos como critério de habilitação e/ou em momento anterior à eventual contratação com o Poder Público (subitens 4.2, 4.3, 4.4, 4.5.1 e 4.5.2, do Anexo I do edital**);*

Assim tal exigência pode ser entendida como direcionamento e por ser ilegal deve ser retirada do edital.
Processo 1054061 – Denúncia
Inteiro teor do acórdão – Página 1 de 19
Processo: 1054061
Natureza: DENÚNCIA

Entendimento este partilhado também pelo TCU que assim decidiu:

*Fornecimento de vales-alimentação: a exigência quanto **à apresentação da rede credenciada de estabelecimentos por parte das empresas deve ocorrer na fase de contratação e não na de habilitação do certame** Recurso de agravo foi interposto pelo Departamento Nacional do Serviço Social da Indústria – (Sesi/DN) e pelo Departamento Nacional de Aprendizagem Industrial – (Senai/DN), em razão da concessão de medida cautelar pela qual foi suspensa a realização do Pregão Conjunto nº 67/2010 CNI/Sesi/Senai/IEL, cujo objeto consistiu na contratação de empresa especializada na prestação de serviços de alimentação coletiva (refeiçãoconvênio), em todo o território nacional, por empregados das entidades nacionais que integram o sistema indústria, pelo período de 12 (doze) meses. **A cautelar foi concedida em razão de representação de empresa licitante contra supostas exigências excessivas, contidas no edital do certame, tal como a obrigatoriedade de os licitantes apresentarem,***

na fase de habilitação técnica, declaração de que atuaria em todos os Estados Brasileiros e de que possuiriam estabelecimentos comerciais credenciados que admitissem pagamento de refeição e alimentação, por meio de vale-alimentação*, fornecido pela licitante, em todas as Capitais dos 26 (vinte e seis) estados do país e no Distrito Federal, bem como em todos os municípios com população igual ou superior 100.000 (cem mil) habitantes. Para os recorrentes, "contratar empresa que não tenha rede credenciada nacional, e sem a abrangência esperada, por certo gerará um sério prejuízo ao empregado das entidades, que justamente recebe o benefício do vale refeição para custear a sua alimentação, independentemente de estar trabalhando dentro ou fora de suas sedes", argumento que, inclusive, contou com o reconhecimento do relator, o qual, todavia, divergiu quanto ao momento em que a comprovação da capacidade por parte da empresa interessada deveria ser realizada. Segundo ele,* ***não seria razoável "a exigência de que todas as empresas interessadas em contratar com a Administração sejam obrigadas, ainda na fase de habilitação do pregão, de manter estabelecimentos comerciais credenciados*** *em todas as capitais dos estados brasileiros e em todos os municípios com mais de cem mil habitantes", em linha com a jurisprudência do Tribunal. Ainda para o relator, a exigência de habilitação constante do processo licitatório, "levada a extremos, poderia inclusive estimular a formação de cartel, pois só poderiam participar de licitações as poucas grandes empresas desse seguimento comercial, o que, de certa forma teria se confirmado, uma vez que somente três empresas apresentaram propostas neste pregão". Ressaltou, mais uma vez com amparo na jurisprudência do Tribunal, que "a exigência da apresentação da rede credenciada deveria ocorrer na fase de contratação, sendo permitido um prazo razoável para que a vencedora do certame credenciasse os estabelecimentos comerciais fornecedores de refeição". Propôs, então, que fosse negado provimento ao agravo, no que obteve a aprovação do Plenário. Acórdão n.º 307/2011-Plenário, TC032.818/2010-6, rel. Min-Subst. Augusto Sherman Cavalcanti, 09.02.2011*

No mesmo sentido:

> *Em certame licitatório para a contratação de serviço de gerenciamento, controle e fornecimento de combustíveis, **é irregular a exigência de comprovação de rede credenciada na fase de habilitação**, porquanto acarreta ônus desnecessário ao licitante e, em consequência, restringe indevidamente a competitividade da licitação. Acórdão TCU 2212/2017 – Plenário*

O Tribunal de Contas do Estado de Goiás também é participe deste entendimento, vejamos:

> *GABINETE DO CONSELHEIRO HELDER VALIN BARBOSA*
> *Processo nº 201600053000007/309-06*
> *RELATÓRIO N° 571/2019*
> *POR TODO O EXPOSTO, diante das manifestações favoráveis realizadas pela Unidade Técnica e Auditoria competente, em especial pela não constatação de vícios ou indícios de irregularidade, VOTO pela legalidade do Pregão Eletrônico nº. 002/2016 com expedição de recomendações à entidade jurisdicionada, para que na realização dos próximos certames se atente quanto aos seguintes itens:*
> *(...)*
> ***- se abstenha de exigir a apresentação de rede credenciada na fase de habilitação, fazendo-o, se for o caso, apenas na fase de contratação, prevendo ainda prazo proporcional à exigência, para que a contratada possa cumprir com a sua obrigação***

O TECE-BA, manteve o mesmo entendimento:

> *Diante do exposto, esta Unidade Técnica opina pela PROCEDÊNCIA dos fatos denunciados, uma vez que a exigência de rede credenciada de estabelecimentos na fase de habilitação do certame, da forma como fez a CBPM, não tem amparo no arcabouço jurídico relacionado às licitações e contratos da Administração Pública, já que se trata de prática que limita a concorrência.*
> *PROCESSO: TCE/010328/2019 NATUREZA: DENÚNCIA*

A exigência de apresentação da rede de estabelecimentos credenciados junto com a habilitação jurídica, incorre em custos desnecessários para as empresas interessadas em participarem do certame anteriores à celebração do contrato, que é vedado pela súmula 272 do TCU:

> *No edital de licitação, é vedada a inclusão de exigências de habilitação e de quesitos de pontuação técnica para cujo atendimento os licitantes tenham de incorrer em custos que não sejam necessários anteriormente à celebração do contrato.*

Portanto, tem-se comprovada que é ilegal exigência de que a licitante apresente acordo firmado com o estabelecimento antes do momento da licitação, de modo a vincular antecipadamente a empresa que pretende participar do certame com o comércio, sem que seja garantido que ela irá realmente se sagrar vencedora do certame.

5. DA QUANTIDADE EXCESSIVA DE ESTABELECIMENTOS A SEREM CREDENCIADOS

Conforme ainda é possível verificar no edital norteador, o órgão está exigindo uma quantidade extremamente elevada de estabelecimentos em diversos Municípios de praticamente todos os estados da federação, sem ter nenhuma garantia de que os usuários usarão os valores creditados nos cartões nas referidas localidades. O Anexo I/B do edital traz as cidades e a quantidade mínima de estabelecimentos que devem ser credenciados, apenas a título de exemplo.

Ao todo, são cerca de 5 (cinco) mil estabelecimentos, entre restaurantes e supermercados, espalhados pelo Brasil inteiro, que a empresa interessada em participar do certame deve apresentar antes mesmo de ter certame de que será contratada pelo órgão, já que a rede é exigida para fins de habilitação, o que é vedada, conforme já comprovado.

Além disso, a empresa ainda passará por um escrutínio entre os funcionários do órgão, o que afasta ainda mais qualquer garantia de que a empresa, **mesmo tendo credenciados todos os estabelecimentos antes da habilitação,** irá ser a prestadora de serviços.

Ademais, não há qualquer justificativa para uma quantidade tão alta de estabelecimentos, já que o órgão não possui uma quantidade tão expressiva de funcionários para que seja fundamentado nisso a quantidade absurda de estabelecimentos que está sendo exigido, se tornando uma exigência irrazoável e desproporcional.

Com isso, é possível verificar que, mais uma vez, há restrição a participação das empresas do ramo de Vale Alimentação/Refeição, já que, com essas condições, apenas as grandes empresas, que dominam o setor, poderiam participar, já que apenas elas conseguiriam

ter tantos estabelecimentos em tantas localidades, sem qualquer garantia de esses seriam realmente utilizados.

A operação para credenciar um estabelecimento leva um custo elevado para as empresas que gerenciam cartões vale alimentação, tanto com a disponibilização do sistema para as transações, bem como com corpo técnico para treinamento e assistência aos comerciantes, para utilizarem os sistemas de maneira adequada.

Com isso, é nítido que tais gastos, sem garantia de utilização em todos os lugares exigidos, impede que várias empresas participem do presente certame, de modo **que deve ser retificado o edital, diminuindo-se a quantidade e as localidades em que deverão ser credenciados os estabelecimentos**, para que, assim, não haja restrição à participação de nenhuma empresa, e o certame possa ocorrer com a devida competição, respeitando-se, assim a isonomia inerente ao procedimento licitatório.

Nesse sentido, vejamos o que já decidiu o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo em caso semelhante:

> *A jurisprudência deste Tribunal consolidou-se no sentido de que exigências atinentes a credenciamento de estabelecimentos, para dar atendimento ao interesse visado, além de se direcionarem somente à contratada, devem pautar-se na razoabilidade e na proporcionalidade, não se admitindo imposição de extensa rede conveniada além do necessário para atender à demanda." - TC-009908.989.15-5*

> *A despeito de a escolha estar inserida no exercício da competência discricionária, a Administração deve observar os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, da finalidade e da motivação de seus atos, não havendo nos autos comprovação apta e suficiente a demonstrar a proporcionalidade entre o número de estabelecimentos exigidos, sua distribuição*

geográfica e a quantidade de beneficiários do vale alimentação. Portanto, deverá a Municipalidade redimensionar a rede credenciada exigida, pautando-se pela razoabilidade, assim como concedendo prazo razoável para que a licitante vencedora possa efetivar o credenciamento dos estabelecimentos.

Portanto, por não ter justifica para tantos estabelecimentos, bem como por fugirem aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, **requer-se a suspensão do referido edital para que haja a retificação do anexo que trata da rede de estabelecimentos credenciados, reduzindo-se a quantidade de estabelecimentos e a quantidade de Municípios.**

6. DA INTEROPERABILIDADE ENTRE OS ESTABELECIMENTOS

Por fim, exige ainda o edital que a empresa participante detenha arranjo de pagamentos aberto, ou seja, que a empresa forneça cartões bandeirados, para que assim possam ser aceitos em todos os estabelecimentos que atendam os requisitos descritos no Programa de Atendimento ao Trabalhador (PAT), sem necessidade de cadastro prévio.

No caso de empresas que trabalham com o arranjo de pagamento fechado, com cartões que não possuem bandeiras, é necessário o credenciamento dos estabelecimentos antecipadamente, de modo que os cartões possam ser aceitos nos estabelecimentos, conforme a quantidade estipulada em edital, que, neste caso, como já abordado, é extremamente desproporcional e irrazoável.

Nesse ínterim, o edital exige que as empresas que optarem pelo arranjo de pagamento fechado, ou seja, que procedam com o credenciamento dos estabelecimentos antecipadamente, **possibilitem a interoperabilidade entre os estabelecimentos, de modo que um mesmo estabelecimento possa aceitar o cartão de todas as empresas, mesmo sem estar credenciado com a empresa A ou B e apenas com a empresa C.**

Mais uma vez, portanto, é possível verificar uma nítida exigência que impede diversas empresas de participar da licitação, já que é completamente inviável fazer com que um estabelecimento credenciamento com o Bk Bank aceite cartões de outra empresa sem que esteja credenciado também com essa outra empresa.

É uma exigência completamente inovadora e sem qualquer escopo para tal, apenas com a alegação de que isso possibilitará o funcionário usar os cartões em toda a rede de estabelecimento que esteja credenciada com as três empresas selecionadas na votação pelos funcionários.

Ou seja, fazendo uma análise fria do tema, pensemos: se cada uma das três empresas selecionadas credenciarem a quantidade de estabelecimentos que é exigido por este edital e fosse realmente possível tal interoperabilidade dos sistemas para que os estabelecimentos aceitem cartões mesmo sem estarem credenciados com a empresa, seriam cerca de 15 (quinze) mil estabelecimentos, o que é completamente fora do normal para esse tipo de licitação.

Além disso, a interoperabilidade que cita o órgão, sem qualquer embasamento para tal, afetaria toda a estrutura dos repasses de recursos para os estabelecimentos, pois, se o estabelecimento é credenciado a receber os cartões Bk bank e recebe pelo cartão de outra empresa, quem irá efetuar o pagamento para o estabelecimento? O Bk Bank que tem o credenciamento com o estabelecimento, ou a empresa que realmente efetuou a transação? A empresa que credenciou o estabelecimento não vai receber nenhum valor pois não efetuou a transação e ainda terá que pagar ao estabelecimento o valor transacionado? É uma exigência completamente descabida por parte do órgão, que não trouxe sequer um exemplo de empresas com arranjo fechado que permitem tal funcionalidade, já que isso não existe no mercado de vale alimentação.

Tal situação deixa cristalino o direcionamento do certame para empresa que possuem arranjo de pagamento aberto, aquelas que possuem cartões bandeirados, já que nesse caso não teriam esse imbróglio todo, visto que os cartões bandeirados são aceitos em todo e qualquer estabelecimentos, sem a necessidade de que sejam previamente credenciados.

Desse modo, portanto, deve o certame ser suspenso para retificação do edital, excluindo tais itens impugnados, visto que viola frontalmente a competitividade do certame e deixa indícios de o mesmo esteja sendo direcionado a empresas que trabalham com arranjo aberto de pagamento.

7. DO PEDIDO

Finalmente, requer seja recebida a presente impugnação ao edital para julgar totalmente procedente os itens impugnados, suspendendo liminarmente a licitação marcada para o próximo dia 03/07/2023, para a revisão e exclusão dos itens impugnados, pois é clara a afronta à lei de regência e princípios que regem as contratações públicas.

Barueri/SP, 19 de junho de 2023.



_____

BK INSTITUIÇÃO DE PAGAMENTOS LTDA
CNPJ nº 16.814.330/0001-50