

RESPOSTA AOS TERMOS DA IMPUGNAÇÃO FORMULADA PELA EMPRESA GREEN CARD S/A REFEIÇÕES, COMÉRCIO E SERVIÇOS, NOS AUTOS DO PROCEDIMENTO DE CREDENCIAMENTO Nº 01/2024 – PROCESSO Nº 016/2024.

O Instituto Agronômico de Pernambuco – IPA, inscrito no CNPJ nº 10.912.293/0001-37, empresa pública estadual, através do Pregoeiro designado, em resposta aos **termos da Impugnação** formulada pela empresa GREEN CARD S/A REFEIÇÕES, COMÉRCIO E SERVIÇOS – CNPJ nº 92.559.830/0001-71, com sede na Av. Carlos Gomes, 466, 9º andar, Boa Vista, CEP 90.480-000, Porto Alegre - RS, ora denominada impugnante, nos autos do procedimento epigrafado passa a dizer:

Apresentamos em síntese os questionamentos formulados pela Impugnante e na sequência científica a todos os interessados, sobre sua decisão, antes, porém, pronunciar-se-á acerca da tempestividade da Impugnação.

1. DA TEMPESTIVIDADE DA IMPUGNAÇÃO

O IPA, recebeu no dia 11 de julho de 2024, às 16 horas e 53 minutos, através de e-mail encaminhado para as contas cpl1@ipa.br e cpl1.ipa.pe@gmail.com, impugnação aos termos do edital interposto pela Empresa GREEN CARD S/A REFEIÇÕES, COMÉRCIO E SERVIÇOS.

A Impugnação aos termos do edital encontra guarida no seu item 10.2.3, transcrito abaixo:

10.2.3. Serão conhecidas e apreciadas as impugnações recebidas, antes do 3º (terceiro) dia útil que anteceder o fim do período de recebimento das solicitações de Credenciamento.

Considerando que o período de recebimento das solicitações de Credenciamento finalizará em **17/07/2024** (4ª feira) e ainda que o dia 16/07/2024 (3ª feira) será feriado municipal, comemorativo à Padroeira do Recife-PE (Nossa Senhora do Carmo); tem-se que o dia 15/07/2024 (2ª feira) é o 1º dia útil antecedente ao término do prazo de recebimento das solicitações de Credenciamento; dia 12/07/2024 (6ª feira) o 2º dia útil e 11/07/2024 (5ª feira) o 3º dia útil. **Tempestiva, pois, a impugnação.**

2. DA IMPUGNAÇÃO

Trata-se de RESPOSTA À IMPUGNAÇÃO apresentada pela empresa GREEN CARD S/A REFEIÇÕES, COMÉRCIO E SERVIÇOS, contra o edital do procedimento de Credenciamento em epígrafe.

Em decorrência do Princípio Administrativo da Autotutela, a Administração Pública tem o poder de rever os seus próprios atos. Assim, este pregoeiro, por precaução, apresenta em síntese, excertos dos questionamentos formulados no pleito da impugnante e ao final decide.

2.1. Quanto à motivação

2.1.1. A impugnante mostra-se inconformada com o critério estabelecido no edital do certame em questão pelo qual é vedado a participação de empresas que operam via arranjo de pagamento aberto. No seu entendimento, tal regra restringe a participação de empresas que podem perfeitamente prestar os serviços a serem contratados.

2.1.2. A impugnante alega que o item do edital que veda de forma expressa a participação de empresas que operam via arranjo aberto de pagamento, fere a isonomia entre os licitantes, além da lei do Programa de Alimentação do Trabalhador – PAT, suscitando a Lei nº 6.321/1976, *in verbis*:

Art. 1º-A. Os serviços de pagamentos de alimentação contratados para execução dos programas de alimentação de que trata esta Lei observarão o seguinte:

I - a operacionalização por meio de arranjo de pagamento fechado ou aberto, devendo as empresas organizadas na forma de arranjo de pagamento fechado permitir a interoperabilidade entre si e com arranjos abertos, indistintamente, com o objetivo de compartilhar a rede credenciada de estabelecimentos comerciais, a partir de 1º de maio de 2023;

2.1.3. Consigna a impugnante que a grande maioria das empresas do setor de benefícios já atua com o arranjo de pagamento via cartão bandeirado – o que não caracteriza arranjo aberto de pagamento e não causa nenhum prejuízo aos usuários do objeto licitado. Informa também que é perfeitamente possível prestar o serviço licitado por meio de cartão bandeirado, uma vez que atende na integralidade a lei do PAT.

2.1.4. A impugnante destaca que tal impedimento afronta os Princípios Constitucionais da ISONOMIA ENTRE OS LICITANTES, da CONCORRÊNCIA e da LEGALIDADE e, portanto, impende que o edital seja alterado, de modo a evitar qualquer tipo de favorecimento e/ou restrição à concorrência.

2.2. Da necessidade de alteração do edital

2.2.1. Afirma a impugnante que o edital contém item em desacordo com a legislação específica, bem como com o Princípio da AMPLA CONCORRÊNCIA. Segue abaixo o item do Termo de Referência (Anexo 01 do Edital) impugnado:

ANEXO I - TERMO DE REFERÊNCIA

4. CONDIÇÕES GERAIS

4.11. Não será admitido rede credenciada de arranjo aberto, uma vez que a subcontratação é vedada.

2.2.2. A impugnante salienta que a legislação permite que o serviço licitado seja prestado tanto pelo arranjo de pagamento fechado como pelo arranjo aberto de pagamento e cita o dispositivo legal abaixo:

Decreto nº 10.854/2021

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:

[...]

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

2.2.3. Por conseguinte, a impugnante entende que “*incluir na descrição do objeto que a prestação dos serviços deve ser realizada exclusivamente por empresa integrante de arranjo de pagamento fechado está incorreto e pode ser considerado um direcionamento velado, considerando que existem inúmeras empresas que prestam o mesmo serviço e operam via arranjo de pagamento aberto e/ou com cartão bandeirado*”.

2.2.4. Aduz a impugnante que “*a Associação Brasileira das Empresas de Benefícios ao Trabalhador – ABBT possui mais de 20 (vinte) empresas associadas, das quais a maioria já oferece os serviços com cartão bandeirado (VISA/MASTERCAD/ELO), isso em substituição ao arranjo aberto de pagamento*”.

2.2.5. Segundo a impugnante, a vedação à participação de empresas que operam via arranjo aberto de pagamento contraria os princípios da ISONOMIA e CONCORRÊNCIA e, portanto, impende que seja alterado o edital do certame, sob pena de suspensão pela corte de contas.

2.3. Do poder-dever da autoridade pública de desfazer seus atos

2.3.1. A impugnante afirma que “*é dever dos Administradores desfazer seus atos quando considerados excessivos, ou mesmo em atendimento ao motivo conveniência e oportunidade*” e suscita a Súmula nº 473 do STF - Supremo Tribunal Federal:

“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 e oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”.

2.3.2. Continuando seus argumentos, a impugnante afirma que *a liberdade de ação administrativa está pautada pela Discricionariedade, que “é a liberdade de ação administrativa, dentro dos limites permitidos em lei, ou seja, a lei deixa certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto, de tal modo que a autoridade poderá optar por uma dentre várias soluções possíveis, todas, porém, válidas perante o direito”.*

2.3.3. Traz a impugnante que o Princípio da DISCRICIONARIEDADE permite o Gestor definir critérios mínimos necessários para atendimento do objeto licitado, entretanto, incluir exigências que restringem a participação de empresas interessadas, sem justificativa técnica e legal, afronta o princípio da ISONOMIA.

2.3.4. Por fim, a impugnante espera que o IPA promova a alteração do edital no sentido de permitir que empresas que atuam por meio de arranjo aberto de pagamento e/ou que forneçam o serviço por meio de cartões com bandeira MASTERCARD/VISA/ELO possam participar do processo licitatório, sob pena de suspensão do edital pela Corte de Contas.

3. DA RESPOSTA À IMPUGNAÇÃO

Informa-se que o certame está sendo processado conforme a Lei nº 13.303/2016 e o Regulamento Interno de Licitações, Contratos e Convênios do IPA, aplicando-se subsidiariamente as disposições da Lei nº 14.133/2021 e alterações, obedecendo ainda aos critérios objetivos estabelecidos no edital de credenciamento e seus anexos com vistas à preservação do interesse público na seleção de empresas habilitadas, respeitando os princípios que regem a matéria.

Sobre a Lei nº 13.303/2016 (Lei das Estatais), o Tribunal de Contas da União¹ já teve oportunidade de se pronunciar no sentido de que, com respaldo no art. 173 da Constituição Federal, tal norma objetiva assegurar às empresas estatais um regime jurídico semelhante aos das empresas privadas. Assim, com uma maior flexibilidade de atuação, tais empresas terão melhores condições de atingir seus objetivos estatutários com a eficiência esperada pela sociedade.

Portanto, é forçoso reconhecer que as empresas públicas gozam de uma maior discricionariedade na fixação de exigências editalícias e na condução de procedimentos licitatórios, sem que tal faculdade implique em

¹ TCU – Acórdão nº 739/2020 – Rel. BENJAMIN ZYMLER. Julgado em 01.04.2020

qualquer prejuízo ao dever de estrita observância aos princípios da vinculação ao instrumento convocatório, da obtenção de competitividade e do julgamento objetivo, além dos demais princípios expressamente mencionados no art. 31 da Lei nº 13.303/2016.

Assim, apresenta-se, pois, resposta à Impugnação proposta pela empresa impugnante, enfrentando todos os pontos abordados e questionados pela mesma:

3.1. Quanto à motivação

3.1.1. O inconformismo apresentado pela impugnante não merece prosperar, haja vista que o critério estabelecido no edital quanto à participação de empresas que operam via arranjo fechado está em consonância com o grau de discricionariedade atribuído às empresas estatais, que no caso concreto entende como sendo o melhor critério para prestar os serviços a serem contratados, a participação de empresas que possuam vínculo contratual com os estabelecimentos comerciais credenciados, ou seja, deve haver relação jurídica direta e fechada entre o estabelecimento comercial e a empresa credenciada.

3.1.2 A isonomia não foi contrariada, uma vez que o edital não traz qualquer dificuldade de participação para as empresas que atendem aos requisitos estabelecidos. Importante salientar que a lei do Programa de Alimentação do Trabalhador – PAT (Lei nº 6.321/1976), no art. 1º-A, Inc. I, determina que a operacionalização pode ser por meio de arranjo de pagamento fechado ou aberto, ou seja, no caso concreto, o critério de arranjo de pagamento fechado está previsto neste dispositivo legal.

3.1.3 Em que pese a impugnante argumentar que é perfeitamente possível prestar o serviço licitado por meio de cartão bandeirado, esta Administração entende que não seja suficiente apenas prestar o serviço, mas, principalmente, a forma e o modo como o serviço será prestado. Para tanto, foi adotado critério que melhor atenda aos interesses do IPA.

3.1.4. Não há que se falar em afronta aos Princípios Constitucionais da ISONOMIA ENTRE OS LICITANTES, pois, conforme já enfrentado, o edital não traz qualquer dificuldade de participação para os licitantes que atendam aos requisitos estabelecidos. De igual modo, o Princípio da CONCORRÊNCIA foi devidamente preservado, uma vez que a CONCORRÊNCIA restará materializada dentre as empresas interessadas que operam via arranjo fechado de pagamento. Por fim, o Princípio da LEGALIDADE não foi impactado haja vista as regras editalícias cumprirem plenamente os ditames normativos aplicados à forma e ao objeto da futura contratação.

3.2. Da necessidade de alteração do edital

3.2.1. Não assiste razão à impugnante quando a mesma afirma que o Edital possui item em desacordo com a legislação específica assim como ao Princípio da AMPLA CONCORRÊNCIA, apontando o seguinte item:

ANEXO I - TERMO DE REFERÊNCIA

4. CONDIÇÕES GERAIS

4.11. Não será admitido rede credenciada de arranjo aberto, uma vez que a subcontratação é vedada.

As razões pelas quais a afirmativa acima não merece prosperar já foram enfrentadas acima, onde foi contraditado que o Princípio da CONCORRÊNCIA foi devidamente preservado, uma vez que a CONCORRÊNCIA restará materializada dentre as empresas interessadas que operam via arranjo fechado de pagamento.

Quanto à não admissão da rede credenciada de arranjo aberto, esta Administração primou pela mitigação dos riscos na execução da futura avença, vedando a subcontratação. Por consequência, as empresas que operam com arranjo de pagamento aberto não atendem a este critério em razão de não possuírem vínculo contratual com os estabelecimentos comerciais.

3.2.2. Ao salientar que o Decreto 10.854/2021 permite que o serviço licitado seja prestado tanto pelo arranjo de pagamento fechado como pelo arranjo aberto de pagamento, a própria impugnante, com o devido respeito, contradiz-se nos seus argumentos e corrobora com esta tese contestativa de que não houve afronta ao referido dispositivo legal, afinal, no caso concreto, o IPA decidiu pelas razões já elencadas acima que o serviço licitado seja prestado pelo arranjo de pagamento fechado, ou seja, em total consonância com os ditames do dispositivo apontado.

3.2.3. A impugnante, com a *vênia* de praxe, incorre em mais um argumento impróspero, ao alegar que *“incluir na descrição do objeto que a prestação dos serviços deve ser realizada exclusivamente por empresa integrante de arranjo de pagamento fechado está incorreto e pode ser considerado um direcionamento velado, considerando que existem inúmeras empresas que prestam o mesmo serviço e operam via arranjo de pagamento aberto e/ou com cartão bandeirado”*.

Ora, não há que se falar em direcionamento velado pois existem várias empresas que prestam o serviço a ser contratado e operam via arranjo de pagamento fechado. Será que a impugnante levantaria esta mesma tese caso apenas as empresas que operam no arranjo aberto fossem contempladas no critério adotado pelo IPA?

3.2.4. Quanto à argumentação levantada pela impugnante de que *“a Associação Brasileira das Empresas de Benefícios ao Trabalhador – ABBT possui mais de 20 (vinte) empresas associadas, das quais a maioria já oferece os serviços com cartão bandeirado (VISA/MASTERCAD/ELO), isso em substituição ao arranjo aberto de pagamento”*, informamos que a ABBT também possui, dentre as suas associadas, diversas empresas que operam com o arranjo fechado de pagamento.

3.2.5. A impugnante, mais uma vez, alega que a vedação à participação de empresas que operam via arranjo aberto de pagamento contraria os princípios da ISONOMIA e CONCORRÊNCIA e, portanto, impende que seja alterado o edital do certame. Tal alegação já foi combatida nas respostas acima, onde restou comprovado que não houve qualquer afronta aos Princípios da ISONOMIA e CONCORRÊNCIA e, por esta razão, não cabe alteração no edital do certame.

3.3. Do poder-dever da autoridade pública de desfazer seus atos

3.3.1. Quanto à Súmula nº 473 do STF, cumpre mencionar que o edital não apresenta vícios que os possam torná-lo ilegal e, ainda, não se vislumbra, por ora, qualquer motivo que possa ensejar eventual revogação no âmbito deste certame.

3.3.2. Ao afirmar que a *liberdade de ação administrativa está pautada pela Discricionariedade, que “é a liberdade de ação administrativa, dentro dos limites permitidos em lei, ou seja, a lei deixa certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto, de tal modo que a autoridade poderá optar por uma dentre várias soluções possíveis, todas, porém, válidas perante o direito”*, a impugnante, novamente, corrobora com a tese de que esta Administração usou a margem de liberdade de decisão, pautada na Discricionariedade

que possui, para optar por contratar empresas que operam com arranjo de pagamento fechado em detrimento ao de pagamento aberto.

3.3.3. O Princípio da DISCRICIONARIEDADE foi respeitado à medida que o critério para contratação de empresas que operam com o arranjo fechado de pagamento foi justificado de forma técnica e legal, conforme itens 3.1.1 e 3.2.1 acima.

4. CONCLUSÃO

4.1. No MÉRITO, as argumentações apresentadas não demonstraram fatos e consistências capazes de convencer este Pregoeiro, no sentido de rever o item constante no Instrumento Convocatório do Certame de Credenciamento epigrafado, sendo então motivo suficiente para o INDEFERIMENTO das alegações constantes na Impugnação interposta.

4.2. Ressalte-se, ainda, que permaneceram resguardados os Princípios da LEGALIDADE, da ISONOMIA, da CONCORRÊNCIA além das normas aplicáveis ao Programa de Alimentação do Trabalhador – PAT. No mesmo sentido, restaram devidamente respeitados os Princípios da EFICIÊNCIA, da PROIBIDADE ADMINISTRATIVA, do JULGAMENTO OBJETIVO e da FINALIDADE. Dessa forma, as normas que regem o procedimento licitatório em comento não foram contrariadas sob qualquer aspecto.

4.3. Diante do exposto, por via de consequência, conheço do presente recurso de IMPUGNAÇÃO, para no mérito IMPROVÊ-LO quanto às alegações arguidas.

4.4. É a decisão do Pregoeiro, salvo melhor juízo.

Recife, 15 de julho de 2024.

DENIO DO VALE REZENDE
Presidente/Pregoeiro
Comissão Permanente de Licitação