

À COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÕES DO INSTITUTO AGRONÔMICO DE PERNAMBUCO – IPA PE

Ref.:

CRENCIAMENTO IPA Nº 01/2024

A empresa **PLUXEE BENEFÍCIOS BRASIL S.A. (SODEXO)**, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 69.034.668/0001-56, com sede em São Paulo/SP, com endereço eletrônico: marcella.aquino@pluxeegroup.com e daniel.lins@pluxeegroup.com por sua procuradora, vem, respeitosamente, à presença da Comissão Permanente de Licitação, **INTERPOR RECURSO ADMINISTRATIVO**, com fulcro no art. 59 da Lei nº 13.303/16 e do item 11 do Edital de Credenciamento acima referendado, pelas razões de fato e de direito a seguir aduzidas.

I – BREVE RELATO DOS FATOS

Trata-se de um Chamamento Público promovido pelo Instituto Agrônomo de Pernambuco- IPA, visando “*Credenciar empresas especializadas na administração e fornecimento, sob demanda, de cartões eletrônicos/magnéticos com chip e pagamento por aproximação (QR CODE OU NFC), visando a concessão do vale alimentação aos colaboradores do IPA, para utilização em estabelecimentos comerciais da rede estabelecida pela empresa credenciada*”, onde, após análise dos documentos de habilitação das empresas interessadas, foi publicado o resultado preliminar com a habilitação das empresas **PLUXEE BENEFÍCIOS BRASIL S.A (SODEXO)**, **NUTRICASH SERVIÇOS LTDA** e **LE CARD ADMINISTRADORA DE CARTÕES LTDA**.

Porém, como será demonstrado adiante, a empresa NUTRICASH descumpriu exigência editalícia, sendo, portanto, de rigor sua inabilitação.

II – DOS PRESSUPOSTOS RECURSAIS

Como é sabido, os pressupostos do recurso administrativo são divididos entre subjetivos (legitimidade e interesse) e objetivos (existência de ato administrativo de cunho decisório, tempestividade, fundamentação e pedido de nova decisão).

Presentes estes pressupostos, deve Administração Pública apreciar o mérito constante do apelo que lhe é submetido.

In casu, cumpre registrar que, em relação aos pressupostos acima ventilados, a PLUXEE/SODEXO é participante do referido Credenciamento conduzido pelo IPA PE e manifesta-se por meio deste recurso, tempestiva e motivadamente, contra a habilitação e conseqüente credenciamento da empresa NUTRICASH.

Desta forma, o presente recurso deve ser recebido em seus regulares efeitos, conforme preconiza o artigo 59 da Lei 13.303/16.

III - DO MÉRITO

A) DA OPERAÇÃO POR MEIO DE ARRANJO DE PAGAMENTO ABERTO (BANDEIRA ELO)

Primeiramente, vale pontuar que o credenciamento é um procedimento auxiliar por meio do qual a Administração Pública convoca todos os interessados em prestar serviços ou fornecer bens, para que, preenchendo os requisitos necessários, credenciem-se junto ao órgão ou entidade para executar o objeto quando convocados.

No presente caso, o processo de credenciamento deriva da impossibilidade de competição entre as empresas do ramo do objeto almejado, dada a vedação presente na Lei n.º 14.442/2022 de exigência ou recebimento de qualquer tipo de deságio ou imposição de descontos acerca do valor contratado, ou seja, a inviabilidade de competição elimina a possibilidade de promover processo de licitação pública habitual, transferindo à terceiros (usuários) a escolha da empresa que melhor atenda suas necessidades através de votação.

O procedimento de chamamento público também prevê as regras a serem obedecidas **por todas** as empresas interessadas por meio do Edital, **estando previsto no presente caso, que não será aceito empresas que atuem com arranjo aberto, uma vez que a subcontratação é vedada, sendo tal ponto ratificado em sede de consulta, não podendo a recorrida alegar desconhecimento:**

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.

ANEXO I

TERMO DE REFERÊNCIA

16. DA FORMAÇÃO DE CONSÓRCIO/SUBCONTRATAÇÃO

16.1. É vedada a participação de empresas consorciadas, como também a subcontratação, tendo em vista a natureza da prestação dos serviços não possuir complexidade e o vulto do objeto não se estender por diferentes ramos de atividades, como também não necessitam de expertises complementares.

ANEXO VI

MINUTA DO CONTRATO

24. DA SUBCONTRATAÇÃO

CLÁUSULA VINTE E QUATRO - Fica vedado à CONTRATADA subcontratar as obrigações assumidas neste Contrato.

Pergunta-11 – Considerando que o edital do certame veda a participação de empresas que atuam via arranjo aberto de pagamento (subitem 4.11, do item 4, do Termo de Referência) bem como considerando que é de praxe nos processos licitatórios vinculados ao PAT (Programa de Alimentação do Trabalhador) a partir da recente alteração legislativa (Lei n. 6.321, de 14 de abril de 1976):

“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 2024;”

E que as empresas interessadas ofereçam o CARTÃO BANDEIRADO que não caracteriza um arranjo de pagamento aberto, mas que viabiliza uma experiência de maior qualidade aos usuários, visto que a rede credenciada é de ampla abrangência (na medida em que os cartões geralmente são vinculados às bandeiras VISA/MASTERCARD/ELO), pergunta-se: é permitido que a empresa vencedora preste os serviços por meio do cartão bandeirado?

Resposta-11 – Conforme item 4.11 do Termo de Referência, não será admitido rede credenciada de arranjo aberto, uma vez que a subcontratação é vedada e a fim de promover maior segurança ao contratante quanto ao atendimento das regulações relativas ao Programa de Alimentação ao Trabalhador- PAT.

Pois bem, ao analisarmos os documentos de habilitação da empresa NUTRICASH constatamos que as disposições editalícias foram claramente descumpridas pela recorrida, conforme documento apresentado junto à proposta, o qual demonstra o uso de cartão com a bandeira ELO (CNPJ que sequer participa da licitação):



Diante disto, é imprescindível trazermos à lume a diferença entre o arranjo de pagamento aberto e fechado, a fim de que seja mais bem compreendida as suas características de manejo operacional e o papel das empresas nas configurações de negócio.

Em linhas gerais, no sistema de arranjo de pagamento fechado, a empresa responsável pela **emissão** do meio de pagamento (cartão) também é a responsável pelo **credenciamento** dos estabelecimentos, **atribuindo para si o papel de gestão e fiscalização da sua rede credenciada**, além de efetuar diretamente os pagamentos das operações realizadas nas transações das máquinas de cartão localizadas nos estabelecimentos, denominado de reembolso ao estabelecimento credenciado.

Por sua vez, no arranjo de pagamento aberto **a empresa atua apenas na figura de emissora**, sem qualquer poder de gerência sobre a rede credenciada disponibilizada. Neste caso, a rede credenciada pertence totalmente à bandeira indicada no próprio cartão da emissora. Isto é, no arranjo de pagamento aberto, o credenciamento da rede, a fiscalização das operações e o reembolso das transações é realizado exclusivamente pela empresa responsável pela **bandeira do cartão (cujo CNPJ não tem qualquer vínculo com este certame)**.

Veja que no arranjo de pagamento aberto não há como garantir, **atualmente (devido à falta de regulamentação específica editada pela Autoridade Competente, MTE)** que o recurso destinado ao trabalhador seja utilizado única e exclusivamente para a compra de refeições ou aquisição de gêneros alimentícios, vez que os mecanismos de controle do cartão bandeirado são passíveis de desvirtuamento do caráter alimentar do benefício, com chances de que seja aceito em lojas de calçados, bebidas alcóolicas, tabaco ou produtos considerados como nocivos à saúde pelo Ministério da Saúde, contrariando assim, as disposições da Lei que instituiu o cartão alimentação aos servidores da Prefeitura de São Miguel Arcanjo (Lei Municipal 4.213/2019).

Por não ser a gestora da rede, **a empresa emissora** não possui o poder de fiscalizar e averiguar se os estabelecimentos cumprem com as determinações legislativas e, mesmo que tenha conhecimento de que algum estabelecimento não está cumprindo com a legislação, **não poderá descredenciá-lo**, haja vista que a rede credenciada não lhe pertence, e sim à bandeira do cartão.

Conforme já esclarecido nas linhas anteriores, no sistema de arranjo de pagamento aberto, a rede credenciada pertence a bandeira do cartão **(cujo CNPJ não consta nesta licitação)** e não a **empresa emissora** do cartão **(que é a empresa/CNPJ inscrita neste credenciamento)**. Nesta modalidade, além da impossibilidade de controle dos produtos adquiridos, há também a impossibilidade de fiscalização do estabelecimento.

No arranjo de pagamento aberto os estabelecimentos serão credenciados e fiscalizados **segundo os critérios de conveniência da bandeira do cartão** muitas vezes influenciados por motivações econômicas, e vale lembrar, que os critérios de credenciamento e descredenciamento no cartão bandeirado obedecem ao interesse de mercado, refletindo na ausência de poder para fiscalizar os estabelecimentos.

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 o credenciamento da NUTRICASH com a bandeira ELO, as obrigações previstas no edital e consequentemente no contrato a ser firmado, não passarão de **letra morta** ou sem aplicabilidade, **comprometendo a fiscalização do Gestor do Contrato**.

Ou seja, tem-se que a empresa NUTRICASH, operacionalizando com arranjo de pagamento aberto, atuará como mera intermediária entre o IPA PE e a rede de estabelecimentos disponibilizado pela detentora da Bandeira do Cartão, no caso, a ELO.

Isto significa dizer que o objeto principal desta prestação de serviços será subcontratado, descumprindo-se um dos pilares do próprio edital, evidenciando-se uma atuação contrária a literalidade da avença, podendo acarretar sérios riscos à Administração Pública, como por exemplo, a interrupção dos serviços contratados, sendo tais riscos mitigados prévia e corretamente pelo IPA PE, que vedou, expressamente, o uso do arranjo aberto, sendo o ato efetivamente validado pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo- TCESP (Processos TC-000388.989.24-6 e TC-000432.989.24-2),

Desta forma, a habilitação da empresa NUTRICASH deve ser revista, de modo a não permitir seu avanço à próxima etapa do Credenciamento, qual seja, a votação por parte dos usuários, sob pena de macular o processo licitatório.

B) DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO

Uma vez estabelecidas as regras do “jogo”, por meio da fixação das disposições aplicáveis ao certame quando da edição do instrumento convocatório, **tem-se que a Administração está inequivocadamente adstrita aos seus termos, não podendo, ao seu livre alvedrio, ignorar o devido cumprimento de exigências impostas no edital.**

Ignorar o não atendimento à inúmeras regras editalícias por parte da empresa ora recorrida importa em flagrante violação aos princípios da vinculação do instrumento convocatório e da isonomia, que decorrem da Constituição Federal e das demais Leis aplicáveis ao processo licitatório (Lei 13.303).

A própria Lei 13.303/16, em seu artigo 31, destaca a importância de assegurar a aplicação adequada dos princípios que regem as licitações públicas, principalmente, o da vinculação ao instrumento convocatório, igualdade e publicidade:

*Art. 31. As licitações realizadas e os contratos celebrados por empresas públicas e sociedades de economia mista destinam-se a assegurar a seleção da proposta mais vantajosa, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto, e a evitar operações em que se caracterize sobrepreço ou superfaturamento, **devendo observar os princípios da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, da economicidade, do desenvolvimento nacional sustentável, da vinculação ao instrumento***

convocatório, da obtenção de competitividade e do julgamento objetivo.

Especificamente em relação ao princípio da vinculação ao edital, que, de fato, instrumentaliza tanto a obrigação pelos particulares de apresentarem proposta e documentos de habilitação de acordo com o edital (sob pena de desclassificação/inabilitação), quanto a garantia do Administrado face à Administração Pública, de ser tratado de acordo com as disposições previamente fixadas.

Hely Lopes Meirelles ao ventilar tal princípio, acentua o caráter obrigatório de que se revestem as determinações contidas em edital:

Não se compreenderia que a administração fixasse no edital o modo e forma de participação dos licitantes, bem como as condições para elaboração das ofertas, e, no decorrer do procedimento ou na realização do julgamento ou no contrato, se afastasse do estabelecido e admitisse documentação e propostas em desacordo com o solicitado. O edital é lei interna da licitação, e, como tal, vincula aos seus termos tanto os licitantes quanto a Administração que o expediu. É impositivo para ambas as partes e para todos os interessados na licitação.

Nesse sentido, assim tem se posicionado o Tribunal de Contas da União-TCU (Acórdão 6198/2009 Primeira Câmara (Sumário):

São plenamente vinculados os atos praticados no âmbito do procedimento licitatório, uma vez que estes devem obedecer às regras definidas na lei e no edital a que estão jungidos, não cabendo aos responsáveis deliberadamente ignorá-las.

E ainda:

A violação de princípios básicos da razoabilidade, da economicidade, da legalidade e da moralidade administrativa, e a desobediência às diretrizes fundamentais da licitação pública, no caso, a isonomia entre licitantes, o julgamento objetivo, a vinculação ao instrumento convocatório, bem como o caráter competitivo do certame constituem vícios insanáveis que ensejam a fixação de prazo para exato cumprimento da lei, no sentido de declarar a nulidade do certame.

Assim, quando uma das concorrentes descumpra exigência expressa em edital, **essa deve ser sumariamente inabilitada**, respeitando-se dessa forma o disposto previamente e que foi, de forma expressa, aceito por todas as empresas que participaram do certame.

Pelo exposto, resta evidente que a empresa NUTRICASH descumpriu as exigências obrigatórias determinadas em Edital, qual seja, o item 4.11 do edital, ao apresentar bandeira ELO, subcontratando o objeto do presente credenciamento, motivo pelo qual deve ser inabilitada, pois admitir que uma licitante seja habilitada, com possibilidade de ser contratada pela Administração sem ao menos ter cumprido requisito mandatório contido no Edital, infringe expressamente nas disposições legais que norteiam os procedimentos licitatórios.

IV - DO PEDIDO

Por todo o exposto, requer-se que o presente recurso seja recebido e **julgado PROCEDENTE**, com o fito de ANULAR o ato da Comissão de Licitação que conferiu a habilitação à empresa **NUTRICASH**, não permitindo seu avanço à próxima etapa do Credenciamento, qual seja, ser elegível de escolha através da votação dos usuários.

Termos em que,
Pede deferimento.

São Paulo, 26 de julho de 2024.

PLUXEE BENEFÍCIOS BRASIL S.A.
CNPJ nº 69.034.668/0001-56
Marcella Nobre de Aquino
OAB SP nº 380.058

69.034.668/0001-56
PLUXEE BENEFÍCIOS
BRASIL S.A
Av. Dra Ruth Cardoso, 7221
Conj. 901 Bloco A-Andar 9
Pinheiros - CEP: 05425-902
São Paulo - SP