

A ASJUR,

A Comissão Permanente de Licitação – COPEL está responsável pela condução do Edital de Credenciamento 01/2024, referente ao **credenciamento de empresas especializadas na prestação de serviços de administração de convênio alimentação/refeição, por meio do fornecimento de cartões eletrônicos, com créditos carregados mensalmente e disponibilidade de senha, individualizada e intransferível, dotados de microprocessador com chip para segurança da validação das transações eletrônicas**, conforme edital na peça #58.

Após a análise e julgamento das propostas e documentos de habilitação, decidimos **INABILITAR** as empresas BIQ Benefícios Ltda., Verocheque Refeições Ltda. e Green Card S/A Refeições Comércio e Serviços por apresentarem proposta com solução de arranjo aberto (cartão bandeirado), tendo em vista a ausência de regulamentação, inclusive quanto a interoperabilidade entre os arranjos de pagamento aberto e fechado, conforme Ata de Julgamento da Habilitação na peça #291.

Na fase de recurso, as empresas BIQ Benefícios Ltda. e Verocheque Refeições Ltda. apresentaram razões contrárias à decisão da COPEL quanto às respectivas inabilitações (peças #300 e #302) e a empresa PLUXEE Benefícios Brasil S.A. trouxe aos autos suas contrarrazões, requerendo a manutenção da decisão da COPEL, conforme peça #309.

1. DAS RAZÕES E CONTRARRAZÕES

1.1 Razões da empresa BIQ Benefícios Ltda

Nas razões apresentadas pela empresa BIQ Benefícios Ltda., recorrente aponta que a ***“natureza do Inciso I do Art. 1º-A da Lei 14.442/2022 previu a possibilidade de a operacionalização dos serviços de vale alimentação/vale refeição serem executados por meio de arranjo de pagamento aberto ou fechado”*** a partir de 01/05/2023, cuja tese se alinha ao posicionamento do TCE de São Paulo no processo TC-000563.989.24-3, com base no §1º do Art. 174 do decreto nº 10.854/2021 (decisão contida na peça #300).

Afirma que a Medida Provisória 1.173/2023, que estendia o prazo para operacionalização por meio de pagamento de arranjo aberto ou fechado até 01/05/2024 perdeu sua eficácia em 28/08/2023 em decorrência do fim do prazo para sua votação no Congresso Nacional, retornando o prazo de vigência da Lei 14.442/2022.

Ressalta que a referida Lei determina que os cartões com arranjo aberto, para os produtos do PAT – Programa de Alimentação do Trabalhador, sejam transacionados em estabelecimentos do segmento de alimentação/refeição, o que é parametrizado pela recorrente, garantindo a segurança no uso do benefício.

Alega ainda que o edital não faz vedação ao produto de arranjo aberto e que a inabilitação é indevida, pois fere o Princípio de Vinculação ao Instrumento

Convocatório e Julgamento Objetivo, além de restringir a competitividade do certame.

1.2 Razões da empresa Verocheque Refeições Ltda.

As razões apresentadas pela empresa Verocheque Refeições Ltda. seguem a mesma linha de argumentação da empresa BIQ Benefícios Ltda.:

A recorrente aponta a previsão na legislação vigente (já citados anteriormente) do uso do arranjo aberto ou fechado, e que a falta de regulamentação da interoperabilidade e portabilidade, não afeta a possibilidade de uso do arranjo aberto, endossando sua tese com o posicionamento do TCE de São Paulo no processo TC-016567.989.23-1 - Tribunal Pleno, de 27/09/2023 (decisão contida na peça #302).

Afirma ainda não se tratar de terceirização dos serviços, uma vez que é a contratada que irá operacionalizar o benefício, e a bandeira (Elo) é apenas um instrumento para gestão, tal como ocorre no arranjo fechado, onde é necessário habilitar as máquinas terceiras para passar os cartões.

No que tange à segurança no uso do benefício em conformidade com as regras do PAT – Programa de Alimentação do Trabalhador, a recorrente informa que o cartão bandeirado só poderá ser utilizado em estabelecimentos com o MCC – Merchant Category Code compatível, sendo bloqueado qualquer estabelecimento diverso.

Alega ainda que o edital não faz vedação ao arranjo aberto e que os esclarecimentos prestados pela COPEL foram equivocados e que afastar as empresas com arranjo aberto torna o certame restritivo, dada as exigências do Termo de Referência, que possibilitou que apenas uma empresa fosse habilitada.

1.3 Contrarrazões da empresa PLUXEE Benefícios Brasil S.A.

Nas contrarrazões apresentadas pela empresa PLUXEE Benefícios Brasil S.A., a licitante alega que as recorrentes ofertaram cartões bandeirados, mesmo cientes da vedação de subcontratação prevista no item 10.1.2 do edital, o que não foi oportunamente impugnado.

Afirma que os produtos de arranjo aberto requerem a subcontratação de serviços, tendo em vista que neste modelo de pagamento (cartão bandeirado) a rede de estabelecimentos é credenciada pela operadora do cartão (Elo, Visa, Mastercard, etc.), não havendo gestão da rede por parte da empresa facilitadora e emissora do cartão alimentação/refeição.

Alega ainda que a falta de regulamentação por parte do Ministério do Trabalho e Emprego para o uso do arranjo aberto, não permite garantir que o recurso destinado ao trabalhador seja utilizado única e exclusivamente para a compra de refeições ou aquisições de gêneros alimentícios, uma vez que os mecanismos de controle do cartão bandeirado são passíveis de desvirtuamento do caráter alimentar do benefício.

2. DA ANÁLISE DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO

Inicialmente destacamos que se trata de tema polêmico, com poucos julgados, pois as mudanças na legislação do PAT foram relevantes e são relativamente recentes, sendo a primeira licitação da CETURB/ES com as novas regras de contratação para este serviço. As razões e contrarrazões apresentadas trazem três questões que merecem ser destacadas:

2.1 Legalidade do uso dos arranjos de pagamento aberto ou fechado:

Como já pontuado pelas recorrentes, não há vedação no edital de Credenciamento nº 01/2024 para a participação de empresas com produtos de arranjo aberto, porém ao sermos questionado sobre o tema na fase de publicidade/credenciamento, a GEPES se manifestou na peça #84, informando pela impossibilidade de aceitarmos a solução de arranjo aberto devido a falta de regulamentação sobre a matéria, e que sua aceitação caracterizaria a terceirização de parte dos serviços, considerando que a operação da rede é da bandeira (Elo, Visa, Mastercard, etc.) e não da empresa contratada. Dessa forma repassamos o esclarecimento para os licitantes, conforme peças #97 e #100, e mantivemos este entendimento, o que gerou a inabilitação das empresas BIQ Benefícios Ltda., Verocheque Refeições Ltda. e Green Card S/A Refeições Comércio e Serviços por apresentarem proposta com solução de arranjo aberto (cartão bandeirado).

Ao analisarmos as razões dos recursos interpostos, encontramos razoabilidade nos argumentos apresentados pelas recorrentes, nos levando a aprofundar a pesquisa sobre o tema.

Por meio do §1º do Art. 174 do Decreto nº 10.854/21 (peça #6), a legislação referente ao PAT passou a permitir que os serviços de alimentação possam ser operacionalizados por meio de arranjo aberto ou fechado a partir de 01/05/2023:

"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.

(...)

Art. 177. As empresas facilitadoras de aquisição de refeições ou gêneros alimentícios organizadas na forma de arranjo de pagamento fechado deverão permitir a interoperabilidade entre si e com arranjos abertos, indistintamente, com o objetivo de compartilhar a rede credenciada de estabelecimentos comerciais.

(...)

Art. 188. Este Decreto entra em vigor:

I - dezoito meses após a data de sua publicação, quanto:

a) ao § 1º do art. 174;

b) b) ao art. 177; e"

No mesmo sentido, o Art. 5º da Lei nº 14.442/2022 (peça #15), alterou a Lei nº 6.321/76 (peça #10), que deu origem ao PAT, dando nova redação ao Art. 1º-A da Lei, passando a prevê que os serviços de alimentação possam

ser operacionalizados por meio de arranjo aberto ou fechado a partir de 01/05/2023:

"Art. 5º A Lei nº 6.321, de 14 de abril de 1976, passa a vigorar com as seguintes alterações:

(...)

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;"

Devido a complexidade do tema, foi editada a medida provisória nº 1.173/2023 (peça #310) que estendeu o prazo para a operacionalização por meio de pagamento de arranjo aberto de 01/05/2023, para 01/05/2024 teve sua vigência encerrada em 28/08/2023 (peça #311), porém até a presente data a matéria não foi regulamentada.

Sobre o tema temos o julgado do TCE de São Paulo no processo TC-016567.989.23-1 - Tribunal Pleno, de 27/09/2023, contido na peça #302, que entende que a medida provisória nº 1.173/2023 perdeu sua eficácia em 28/08/2023, voltando a valer o prazo estabelecido na Lei 14.422/2022 (01/05/2023), podendo ser aceito os arranjos de pagamento abertos ou fechados.

Em outro julgado do Tribunal de Contas de São Paulo (TC-000388.989.24-6 e TC-000432.989.24-2), anexado na peça #312, é analisado representação devido a vedação de arranjo aberto em edital de Chamamento Público da Prefeitura Municipal de São Miguel Arcanjo, cujo entendimento é de que a legislação vigente permite os modelos de arranjos abertos ou fechados.

Em ambos os julgados acima, prevalece o entendimento da legalidade do uso do arranjo de pagamento aberto ou fechado, cuja escolha é pautada no poder discricionário da administração.

2.2 Segurança no uso do cartão alimentação/refeição para fins de alimentação do trabalhador:

No que tange a segurança no uso dos benefícios dentro das regras estabelecidas pelo PAT, entendemos que os dois modelos de pagamento (aberto ou fechado) permitem a parametrização necessária para garantir que o benefício seja utilizado para a compra de refeições ou aquisições de gêneros alimentícios. As empresas participantes no PAT devem obedecer às regras de utilização, previstas no Art.1º, § 3º da Lei nº 6.321/76; Art. 174, § 3º e 179, do Decreto nº 10.854/2021 e art. 142, inciso V e art. 146, inciso V e alíneas da Portaria MTP nº 672, de 2021, com aplicação de penalidades em caso de descumprimento.

Não obstante a obrigação de cumprimento da legislação relativas ao PAT, na prática, as facilitadoras do programa (objeto da contratação) só conseguem exigir garantias de que o estabelecimento é cadastrado no PAT, porém a

restrição de venda de produtos que não façam parte da finalidade do PAT (refeição e gêneros alimentícios) de fato ficam à cargo do estabelecimento credenciado, e opção do trabalhador em adquirir itens em desacordo com as regras do programa, cuja fiscalização cabe à vigilância sanitária, nos termos da legislação.

2.3 Vedação de subcontratação no edital

Inicialmente destacamos que a subcontratação ocorre quando o particular contratado pela Administração transfere a execução de **partes do objeto à terceiros** por ele contratado e que não mantém vínculo contratual com a Administração.

Consta no Preâmbulo do Edital de Credenciamento nº 01/2024, que o objeto do certame é:

"Credenciamento de empresas especializadas na prestação de serviços de administração de convênio alimentação/refeição, por meio do fornecimento de cartões eletrônicos, com créditos carregados mensalmente e disponibilidade de senha, individualizada e intransferível, dotados de microprocessador com chip para segurança da validação das transações eletrônicas"

O item 2 do Anexo I – Termo de Referência, trata do objeto da contratação, que consiste em serviços de administração, gerenciamento e intermediação do benefício de vale alimentação e refeição, junto a CETURB/ES:

2.1 Credenciamento de empresa prestadora de serviços de administração, gerenciamento e intermediação do benefício de vale alimentação e refeição, junto a CETURB/ES, para atendimento a seus empregados, que possibilitem a aquisição de gêneros alimentícios in natura e refeições prontas por meio da rede de estabelecimentos credenciados, na forma definida pela legislação pertinente e dispositivos normativos do Ministério do Trabalho e Emprego que regulamentam o Programa de Alimentação ao Trabalhador – PAT.

(...)

2.4 DA UTILIZAÇÃO DO CARTÃO EM ESTABELECIMENTOS COMERCIAIS CREDENCIADOS (RESTAURANTES, LANCHONETES, PADARIAS, SUPERMERCADOS, HIPERMERCADOS E SIMILARES): os empregados utilizarão CARTÕES ELETRÔNICOS ALIMENTAÇÃO/REFEIÇÃO, com tecnologia de chip, visando segurança para validação das transações eletrônicas, por meio de sua digitação em equipamentos POS/PDV ou similar, nos estabelecimentos credenciados ou ainda por aplicativos de delivery.

2.5. Os cartões deverão possuir senha individualizada e intransferível, opção de pagamento por aproximação, consulta eletrônica de saldo e recarga de créditos eletrônicos mensais. Atualmente o quadro de empregados desta CETURB/ES é de 190 empregados, ressaltando que o efetivo de empregados pode variar conforme necessidade de contratação ou desligamento, a critério da CETURB/ES.

No item 5.1 e 5.2 do Termo de Referência, temos ainda a especificação detalhada do objeto:

*"5.1. Contratação de empresa especializada na prestação de serviços de administração de convênio alimentação/refeição, por meio do fornecimento de cartões eletrônicos, com créditos carregados mensalmente e disponibilidade de senha, individualizada e intransferível, dotados de microprocessador com chip para segurança da validação das transações eletrônicas, por meio de sua digitação em equipamentos POS/PDV ou similar pelo usuários no ato da aquisição dos gêneros alimentícios **nos estabelecimentos credenciados, a critério da Contratante**, com senha individualizada e intransferível, opção de pagamento por aproximação, consulta eletrônica de saldo e aceitação por aplicativos de delivery, e respectivo abastecimento de recarga de créditos eletrônicos mensais, para os empregados da*

CETURB/ES, na forma definida pela legislação do Ministério do Trabalho e Emprego que regulamenta o PAT – Programa de Alimentação do Trabalhador.”

5.2. Os cartões alimentação e refeição deverão ter, obrigatoriamente, senha numérica pessoal e intransferível, obedecendo aos padrões técnicos e características fiscais que garantam a segurança quando da distribuição e da utilização no pagamento das despesas com refeições prontas e produtos alimentícios "in natura", na mais ampla rede de fornecedores, incluindo aplicativos de entrega (delivery) tais como, IFood, UberEats, Rappi etc. em especial no Estado do Espírito Santo e afiliadas nacionais, podendo ser utilizado em rede credenciada por todo o país.

Ao analisarmos o objeto estabelecido no Edital e Termo e Referência, entendemos que a utilização de rede já existente no mercado, devidamente credenciadas no PAT e que tenham a abrangência exigida neste, não caracteriza subcontratação de parte do objeto, como alegado pela empresa PLUXEE Benefícios Brasil S.A., portanto, não fere o princípio de vinculação ao Instrumento Convocatório. Importante destacar que este entendimento se filia às novas exigências da Lei, em especial que prevê o compartilhamento da rede credenciada entre os arranjos de pagamento aberto e fechado, no §1º do Art. 174 do Decreto nº 10.854/21 e no Art. 5º da Lei nº 14.442/2022, que alterou a redação do Art. 1º-A da Lei 6.321/76.

3. DOS QUESTIONAMENTOS:

Por todo o exposto entendemos pela necessidade de consultar essa ASJUR, para que se manifeste sobre suas questões que entendemos ser relevante para a decisão sobre os recursos interpostos:

1. Está correto o entendimento de que encerrada a vigência da Medida Provisória 1173/2023 em 28/08/2023 sem que a matéria tenha sido regulamentada, podem ser aceitos arranjos de pagamento abertos ou fechados a partir de 01/05/2023, nos termos do Inciso I do Art. 1º-A da Lei 6.321/76, alterada pelo Art. 5º da Lei 14.442/2022?
2. Está correto nosso entendimento de que o credenciamento da rede direta ou indiretamente pela contratada não caracteriza subcontratação de parte do objeto?

Vale registrar que nos termos do edital o prazo final para a decisão da COPEL quanto aos recursos apresentados, seria o dia de hoje (26/09/2024), porém, devido a complexidade do tema acerca do objeto deste certame necessidade de diligências junto ao Ministério do Trabalho e Emprego, bem como consulta à essa ASJUR, informamos aos licitantes a prorrogação do prazo para a decisão da COPEL, com previsão para o dia 02/10/2024.

Ressaltamos que o referido prazo é impróprio, tendo em vista que a fluência do prazo sem a prática do ato, não gera prejuízo para as licitantes, ao contrário, busca garantir a lisura de todo o processo licitatório.

Vitória, 26 de setembro de 2024.

NEILA JOELMA SCALSER COIMBRA
Presidente da COPEL

Documento original assinado eletronicamente, conforme MP 2200-2/2001, art. 10, § 2º, por:

NEILA JOELMA SCALSER COIMBRA
PRESIDENTE DE COMISSÃO (COPEL)
DP - CETURB - GOVES
assinado em 26/09/2024 13:05:13 -03:00



INFORMAÇÕES DO DOCUMENTO

Documento capturado em 26/09/2024 13:05:13 (HORÁRIO DE BRASÍLIA - UTC-3)
por NEILA JOELMA SCALSER COIMBRA (PRESIDENTE DE COMISSÃO (COPEL) - DP - CETURB - GOVES)
Valor Legal: ORIGINAL | Natureza: DOCUMENTO NATO-DIGITAL

A disponibilidade do documento pode ser conferida pelo link: <https://e-docs.es.gov.br/d/2024-PFC06S>