

DECISÃO SOBRE A IMPUGNAÇÃO AO EDITAL DO PREGÃO ELETRÔNICO Nº 036/2022-EMAP, APRESENTADA PELA EMPRESA LE CARD ADMINISTRADORA DE CARTÕES LTDA.

Trata-se de pedido de impugnação ao Edital apresentada pela empresa **LE CARD ADMINISTRADORA DE CARTÕES LTDA**, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF sob nº 19.207.352/0001-40, por meio de sua advogada, Flávia Rodrigues do Nascimento, OAB/ES 37.594, referente ao Pregão Eletrônico nº 036/2022 - EMAP, cujo objeto é a contratação de empresa de serviços especializados na administração, implementação, gerenciamento de auxílio alimentação e/ou refeição na forma de cartões com tecnologia de chip, para empregados da empresa Maranhense de Administração Portuária – EMAP. Sobre a matéria prestam-se as seguintes informações e decisão:

I – DA ADMISSIBILIDADE

A previsão legal do instituto da impugnação de instrumento convocatório em processo licitatório jaz na Lei Federal nº 13.303/2016, §1, art. 87, conforme o excerto seguinte:

§ 1º Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei, devendo protocolar o pedido **até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a ocorrência do certame**, devendo a entidade julgar e responder à impugnação em até 3 (três) dias úteis, sem prejuízo da faculdade prevista no § 2º. (grifo nosso)

Em semelhantes termos, consigna o item 2.1 do instrumento convocatório ora impugnado que:

2.1. Qualquer cidadão ou interessado poderá solicitar esclarecimentos ou impugnar o ato convocatório do Pregão, no prazo de **até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a ocorrência do certame**, devendo a impugnação ser julgada e respondida em até 3 (três) dias úteis, nos termos do art. 94 do Regulamento de Licitações e Contratos da EMAP. (grifo nosso)

A par dos regramentos de admissibilidade acima explicitados, em sucinto exame preliminar acerca do pedido de impugnação formulado, tem-se que:

1.1 LEGITIMIDADE: Entende-se que a empresa é parte legítima, por interpretação extensiva do §1º do artigo 87 da Lei Federal nº 13.303/2016.

1.2 FORMA: o pedido da recorrente foi formalizado pelo meio previsto no subitem 2.2 do Edital, com identificação da licitante (subscrito por pessoa indicada como representante legal da empresa), em forma de arrazoado com identificação do ponto a ser atacado e com fundamentação para o pedido.

1.3 TEMPESTIVIDADE: A data de abertura da sessão pública do certame, no sistema compras governamentais do Banco do Brasil (Licitações-e), foi marcada originalmente para ocorrer em **22/11/2022**, conforme extrato publicado no Diário Oficial do Estado. Assim, conforme a condição decadente de lastro temporal, o pedido de impugnação em exame foi protocolizado

intempestivamente, posto que recebido no meio eletrônico exigido no instrumento convocatório em 17/11/2022.

Existem pressupostos para que se proceda à análise do mérito das impugnações e demais recursos administrativos, sendo que o não preenchimento desses pressupostos enseja a imediata rejeição. *In casu*, a impugnante não cumpriu o disposto no subitem 2.1. do edital, ao apresentar a sua peça de impugnação fora do prazo disposto no edital, bem como previsto na Lei das Estatais.

Importa ressaltar que, embora a impugnante tenha fundamentado sua peça impugnatória na Lei nº 8.666/93 e 10.520/02, a presente certame licitatório está sendo regido, conforme consta do preâmbulo do edital, pelas disposições do Regulamento de Licitações e Contratos da Empresa Maranhense de Administração Portuária - EMAP, e da Lei Federal nº 13.303, de 30 de junho de 2016.

Contudo, apenas de forma a elucidar todas as possíveis dúvidas apontadas, iremos analisar o pedido, para fins argumentativos.

II – DAS ALEGAÇÕES

Em apertada síntese, a impugnante alega que a imposição de a empresa possuir opção de compra por meio de *e-commerce* ou *delivery* por aplicativos, mostra-se abusiva e ilegal, visto que constitui legítima restrição à participação do certame, razão que merece ser revista.

Do exposto, requer:

- 1) Seja retificado o item 2.10 do TERMO DE REFERÊNCIA DO EDITAL, a fim de que seja excluída a obrigatoriedade da aceitação de empresas de aplicativo de entrega (*delivery*);
- 2) Caso não entenda pelas retificações do Edital, pugna-se pela emissão de parecer, informando quais os fundamentos legais e o estudo técnico que embasaram a decisão desta comissão;
- 3) Na hipótese de não serem modificados os dispositivos editalícios impugnados, seja remetido a presente impugnação ao Tribunal de Contas do Estado de São Paulo para manifestação, sob as penas da lei.

III - DA ANÁLISE DO MÉRITO

De conhecimento da impugnação apresentada, passa-se a analisar as alegações das Impugnantes:

De início, cumpre esclarecer que a Administração procura sempre atender ao interesse público, respeitando todos os princípios basilares da licitação e dos atos administrativos, mormente o da legalidade, considerando-se, ainda, a finalidade total da aquisição ou serviço que se pretende, para o alcance dos objetivos motivadores da contratação e a produção dos benefícios pretendidos da forma mais eficiente e eficaz.

Ressalta-se que em vista o caráter técnico das alegações, o pregoeiro solicitou manifestação de setor técnico, a fim de subsidiar a decisão da impugnação ora apresentada.

Quanto à exigência de compra por meio de e-commerce ou delivery por aplicativos

Sobre o tema, alega a impugnante em síntese:

“As empresas estão obrigadas a possuir convênio com empresas de aplicativo de delivery. Verifica-se que esta exigência não é legal, tão pouco razoável, uma vez que ultrapassa os limites da livre competição. A necessidade demonstrada no edital, na comprovação de aceitação de empresas de aplicativos de entrega de refeições prontas é uma condição excessiva para execução contratual, além de demandar desmedidos encargos para viabilização do objeto, o que pode restringir o caráter competitivo da disputa.”

Submetido o presente questionamento ao conhecimento da área técnica demandante, qual seja, a Coordenadoria de Relações e Trabalhista (CORET), setor responsável pela elaboração do Termo de Referência, essa coordenadoria se manifestou da seguinte forma:

“A impugnante reclama a exclusão do item 2, subitem 10 do Termo de Referência, anexo a este edital, que dita “- Deverá atender em pelo menos um aplicativo de delivery (uber eats, ifood, rappi e similares)”, alegando que este item obriga licitantes a terem convênio com estes aplicativos. Uma vez que os cartões serão do tipo bandeirado de arranjo aberto, não há mais a existência de rede credenciada por parte da administradora do benefício, em vista os cartões serem aceitos em quaisquer estabelecimentos que aceitem a bandeira do cartão (elo, visa, master e outros). Deste modo, entendemos que não há a necessidade de credenciamento de estabelecimento ou rede de aplicativo. A explicitação da necessidade de usufruto do benefício também em aplicativos de delivery se dá pela distância do Porto do Itaqui da grande maioria dos estabelecimentos de venda de refeições, o estado ainda pandêmico que reduz idas à estabelecimentos físicos por parte dos usuários/empregados e ainda, adaptação às novas formas de consumo e ainda, garantir a satisfação dos empregados quanto à utilização do benefício concedido pela EMAP.”

Instada também a se manifestar acerca da matéria, a Gerência Jurídica da EMAP opinou pelo indeferimento da impugnação ao edital, conforme exposto em seu parecer jurídico:

(...)

“Como se sabe o Edital é a lei interna de licitações públicas. Tem por finalidade fixar as condições necessárias à participação dos licitantes, ao desenvolvimento da licitação e à futura contratação, além de estabelecer determinado elo entre a Administração e os licitantes. Deve ser claro, preciso e fácil de ser consultado. Em observância ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, as exigências editalícias devem ser cumpridas integralmente, ressalvadas aquelas consideradas ilegais. Não é demais afirmar que o sucesso da licitação depende de ato convocatório e anexos bem elaborados. Corroborando com tal entendimento, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2018, p. 508) assevera que:

O edital é o ato pelo qual a Administração divulga a abertura da concorrência, fixa os requisitos para participação, define o objeto e as condições básicas do contrato e convida a todos os interessados para que apresentem suas propostas. Em síntese, o edital é o ato pelo qual a Administração faz uma oferta de contrato a todos os interessados que atendam às exigências nele estabelecidas.

Costuma-se dizer que o edital é a **lei da licitação**; é preferível dizer que é a **lei da licitação e do contrato**, pois o que nele se contiver deve ser rigorosamente cumprido, sob pena de nulidade; trata-se de aplicação do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, previsto no artigo 3º da Lei no 8.666/93.

Inicialmente, cabe registrar que a licitação em tela foi conduzida em estrita observância aos trâmites processuais. Imperioso também ressaltar que todos os julgados da Administração estão embasados nos princípios insculpidos no art. 31 da Lei Federal nº 13.303/2016, a saber:

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.

Inicialmente, cumpre-nos analisar o detalhamento do objeto constante no Item 2 do Termo de Referência, Anexo ao Edital que assim prevê:

2. Detalhamento do Objeto

10 – Deverá atender em pelo menos um aplicativo de delivery (uber eats, ifood, rappi e similares);

É dever da Administração, ao realizar procedimentos licitatórios, exigir documentos de habilitação compatíveis com o ramo do objeto licitado, especialmente aqueles que comprovem a qualificação técnica e a capacidade econômico-financeira para participar de licitação na Administração Pública. Todo o edital de licitação tem como cláusula as condições de participação no certame licitatório para a fase de habilitação. A documentação é destinada a esclarecer e comprovar todas as fases de habilitação constantes em um edital de licitação. Ao disciplinar a fase de habilitação em suas licitações, o Regulamento de Licitações e Contratos da Empresa Maranhense de Administração Portuária assim dispõe:

Art. 123 A habilitação será apreciada exclusivamente a partir dos seguintes parâmetros, consoante requisitos específicos definidos no edital:

I - exigência da apresentação de documentos aptos a comprovar a possibilidade da aquisição de direitos e da contração de obrigações por parte do licitante;

II - qualificação técnica, restrita a parcelas do objeto técnica ou economicamente relevantes, de acordo com parâmetros estabelecidos de forma expressa no instrumento convocatório;

III - capacidade econômica e financeira;
IV - recolhimento de quantia a título de adiantamento, tratando-se de licitações em que se utilize como critério de julgamento a maior oferta de preço.
Parágrafo Único. O edital definirá o prazo para a apresentação dos documentos de habilitação.

Há fundamento legal para tal exigência nas licitações, que vem do inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal, dispositivo que menciona que tais exigências se justificam pela necessidade de garantia do cumprimento das obrigações contratuais.

Art. 37 - A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte.

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Assim, o direito de se propor à habilitação, com vistas a contratar com o Poder Público, é assegurado a todos quantos preenchem os requisitos elencados no edital da licitação. Não há como contestar que a lei de regência e o Regulamento de Licitações e Contratos da Empresa Maranhense de Administração Portuária traz no seu desiderato a possibilidade de todos os interessados participarem da concorrência, devendo, para tanto, se enquadrar nos requisitos constantes no ato convocatório, o qual, sempre que possível, será o mais aberto, sem a presença de cláusulas restritivas ou recomendações que inibam o maior número de concorrentes. (grifo nosso)

Ademais, a legislação de regência confere ao administrador o poder discricionário em alguns procedimentos. Dessa forma, ele deverá escolher entre várias alternativas a que se revelar melhor. Esses atos devem observar o princípio da proporcionalidade e a adequação ao princípio basilar da melhor proposta para a Administração. Segundo interpretação conjunta dos comandos legais, verifica-se que ao administrador é permitido admitir a comprovação da habilitação técnica por meio de apresentação de certidões e atestados por realização de igual ou superior necessidade. Ora, fácil se perceber que os itens do edital atacados impõem comprovação compatível com as exigidas para a consecução dos objetos do procedimento licitatório.

O princípio da competitividade, positivado no artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal de 1988, apesar de se revestir de uma importância indiscutível, deve ser interpretado cum grano salis, sob pena de inviabilizarmos a atuação da Administração Pública. Permitir a ampla participação de empresas nos certames licitatórios não pode significar permitir a participação de todos os que se interessarem nas contratações celebradas com o Poder Público, mas somente daqueles que possuírem, minimamente, condições técnicas e

econômicas para tanto. Este entendimento é corroborado por diversos julgados do Tribunal de Contas da União.

Em qualquer licitação, a ampliação da competitividade deve ser sempre buscada, mas sem perder de vista a necessidade de que o certame redunde em uma contratação que atenda adequadamente o interesse público. (grifo nosso)

Assim, esclareço que as referidas exigências se fazem necessárias como forma de assegurar a boa execução do contrato, buscando-se com elas eliminar o risco de que empresa não capacitada tecnicamente venha a formular proposta e até sagrar-se vencedora. Ademais, a comprovação de capacitação técnica deve ser atendida por todos aqueles que pretendam celebrar quaisquer instrumentos com a Administração, isto é, toda e qualquer empresa deve atender aos requisitos mínimos estabelecidos pela Administração em instrumento convocatório.

Por seu turno, lícito à Administração formular exigências de caráter técnico, indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações, para selecionar a melhor proposta entre os licitantes que preenchem os requisitos eleitos regularmente (art. 37, XXI, da Constituição Federal). Não é difícil entender o motivo dessa previsão na parte final do art. 37, XXI, do texto constitucional, vez que os contratos administrativos envolvem o dispêndio de recursos públicos - recursos e interesses estes que não podem ser colocados em risco; logo, deve a Administração formular exigências destinadas a obter excelentes garantias de que o contratado está apto, tanto técnica como economicamente, a cumprir o avençado. Deixar de adotar este comportamento seria violar a própria Constituição, colocando em risco valores por ela especialmente protegidos.

Considerando o caráter técnico das alegações, a CSL solicitou manifestação de setor técnico, a fim de subsidiar a decisão da impugnação ao edital apresentada.

Dessa forma, entende esta GEJUR que a área técnica responsável pela licitação (GEREH), prestou os esclarecimentos necessários, nos termos dos questionamentos levantados.

Por tudo exposto, **opina** esta **GEJUR** pelo indeferimento da impugnação ao edital apresentada pela empresa **LE CARD ADMINISTRADORA DE CARTÕES LTDA**, nos termos da manifestação da Gerência de Recursos Humanos.

É o parecer, salvo melhor juízo."

Nesse sentido, consoante com as exposições anteriores, observa-se que em qualquer licitação, a ampliação da competitividade deve ser sempre buscada, mas sem perder de vista a necessidade de que o certame redunde em uma contratação que atenda adequadamente o interesse público. No caso em tela, o requisito constante do Termo de Referência busca garantir o atendimento à necessidade dos seus colaboradores, em especial, em que pese a segurança laboral daqueles que são o principal ativo da Administração, visto ainda o cenário vigente de pandemia, com, inclusive, aumento recente dos casos de COVID-19, resultando em afastamento de colaboradores e adoção de trabalho remoto.

Há de se destacar, também, que a aceitação de cartões de vale alimentação/refeição por aplicativo de entrega (*delivery*) não é novidade, sendo, ao contrário, cada vez mais comum, sobretudo, diante do cenário pandêmico citado, em que por meio da inovação tecnológica foi possível proporcionar aos trabalhadores conforto, agilidade, praticidade, amplo acesso a restaurantes, mercados e outros estabelecimentos do segmento, estando o usuário no ambiente

trabalho, ou em suas residências, no caso de trabalho em *Home office*. Nesse contexto, ao usufruir de aplicativo de *delivery*, o empregado terá acesso a diversos cardápios de diversos restaurantes ou a inúmeros produtos de vários supermercados com comodidade e, principalmente, a integridade física de nossos empregados, evitando que se exponham aos riscos inerentes a aglomerações que podem ser evitadas com o intuito de combater o COVID-19.

Como explica Marçal Justen Filho, “*se a restrição for necessária para atender ao interesse coletivo, nenhuma irregularidade existirá em sua previsão. Terão de ser analisados conjuntamente a cláusula restritiva e o objeto da licitação. A invalidade não reside na restrição em si mesma, mas na incompatibilidade dessa restrição com o objeto da licitação*”.

Importante também registrar que a restrição do caráter competitivo do certame em decorrência de exigência de credenciamento em aplicativos de entrega de refeições prontas e produtos alimentícios in natura (*delivery*) foi tratada no TC 012.827/2021-5 e TC 015.175/2021-9, sendo que, em ambos os casos, as representações foram consideradas improcedentes.

Destarte, não procede a alegação da impugnante de que a solicitação por plataforma de *delivery* constituiria direcionamento e restrição ao caráter competitivo.

Relevante destacar que o atendimento da plataforma de aplicativo de *delivery* se dará tão somente na fase de contratação, e apenas em relação à licitante vencedora do certame, de forma a garantir a adequada prestação dos serviços, sem comprometer a competitividade do certame. Em outras palavras, não se trata de um requisito de habilitação, mas sim para assinatura do contrato com a EMAP. Isso posto, mais uma vez não há de ser falar em direcionando da licitação.

Desta maneira, no que tange ao tema abordado, não merece guarida o pedido de impugnação.

IV – DA DECISÃO DO PREGOEIRO

Diante do exposto e pelas razões aqui apresentadas, **NÃO CONHECE**, em razão da intempestividade, para no mérito julgar **IMPROCEDENTE** a impugnação interposta pela empresa **LE CARD ADMINISTRADORA DE CARTÕES LTDA**, não havendo necessidade, no ponto aqui apresentado, de reformulação do Edital.

São Luís-MA, 21 de novembro de 2022.

Maykon Froz Marques
Pregoeiro da EMAP