

GRUPO I – CLASSE VI – Segunda Câmara

TC 016.816/2022-6

Natureza: Representação

Unidade Jurisdicionada: Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária

Representação legal: Caique Ribeiro de Carvalho (457138/OAB-SP), Ana Cândida Lemos de Mello Carvalho (208.187/OAB-SP) e outros, representando VR Benefícios e Serviços de Processamento Ltda.

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO. INFRAERO. CREDENCIAMENTO 1/ADLI-4/SEDE/2022. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA FORNECIMENTO DE VALE ALIMENTAÇÃO E REFEIÇÃO. ALEGAÇÃO DE ILEGALIDADE NO USO DO CREDENCIAMENTO. PEDIDO DE SUSPENSÃO CAUTELAR DA CONTRATAÇÃO. AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTOS DA CAUTELAR. IMPROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO. ARQUIVAMENTO.

RELATÓRIO

Trata-se de representação formulada pela empresa VR Benefícios e Serviços de Processamento S.A. acerca de possíveis irregularidades no Credenciamento 1/ADLI-4/Sede/2022, conduzido pela Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero).

2. O objeto da contratação é o credenciamento de empresas especializadas para prestação de serviços de gerenciamento, implementação, administração e disponibilização de créditos em cartões eletrônicos/magnéticos, ou de similar tecnologia, nas modalidades refeição e alimentação, sob demanda, para os funcionários da estatal (peça 3, p. 52).

3. O processo já foi concluído, tendo sido credenciadas as empresas Ben Benefícios e Serviços Instituição de Pagamento S.A. (30.798.783/0001-61), Ifood Benefícios e Serviços Ltda. (33.157.312/0001-62), Sodexo Pass do Brasil Serviços e Comércio S.A. (69.034.668/0001-56), Ticket Serviços S.A. (47.866.934/0001-74) e VR Benefícios e Serviços de Processamento S.A. (02.535.864/0001-33).

4. Após a realização de procedimento de habilitação (peça 3, p. 158-159), foram autorizadas a assinar contratos as empresas Sodexo, Ticket e VR, as duas últimas com fundamento no princípio da razoabilidade, em razão de que não haviam apresentado o quantitativo mínimo de estabelecimentos exigido para determinadas localidades. As empresas Ifood e Ben foram desqualificadas. A primeira por ter apresentado rede de atendimento “aberta”; a segunda por não ter demonstrado sua rede de atendimento tempestivamente.

5. Adoto como relatório, com os ajustes de forma pertinentes, a instrução da secretaria responsável pela demanda (peça 6), que contou com a anuência do corpo diretivo da unidade (peças 7-8):

B. ALEGAÇÕES DO REPRESENTANTE

1. O representante questiona, basicamente, sobre a adequação do credenciamento como forma de contratação dos serviços de fornecimento de tíquetes, por meio de cartões magnéticos, para aquisição de refeições prontas e de gêneros alimentícios *in natura* pelos beneficiários (vales refeição e alimentação). Nesse contexto, alega, em suma, que o Credenciamento 1/ADLI-4/Sede-

2022, conduzido pela Infraero, contempla as seguintes irregularidades (peça 3, p. 5-22):

1.1. aprovação com ressalvas das redes de estabelecimentos conveniados da VR e de outra empresa, sob a condição de que fossem cumpridos os quantitativos mínimos exigidos em até quinze dias úteis após a celebração dos contratos, em procedimento não previsto no edital, com afronta ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, e que pode ter sido utilizado pela Infraero como forma de evitar a contratação de uma única empresa e, assim, afastar possível questionamento sobre a aplicabilidade do credenciamento ao caso;

1.2. existência de viabilidade de competição e não atendimento dos critérios estabelecidos historicamente pelo TCU para reconhecimento do credenciamento como sendo um método viável de contratação, em face da não aderência às orientações emanadas do Acórdão 351/2010-TCU-Plenário (rel. Ministro Marcos Bemquerer), quanto à demonstração inequívoca de que as necessidades da administração somente poderiam ser atendidas por intermédio de contratação direta. Porque, tratando-se de mercado consolidado, com a participação de diversos *players*, cada qual com seus próprios diferenciais, seria plenamente possível a escolha de outro fator objetivo como critério de seleção, a exemplo dos que definem a escolha da empresa credenciada pelos usuários;

1.3. ausência de previsão legal para a utilização do credenciamento pela Infraero, em razão de que: a Lei 14.133/2021 não se aplica às empresas estatais; os serviços almejados não se enquadram nas situações específicas do Acórdão 533/2022-TCU-Plenário (rel. Ministro Antônio Anastasia), que admitiu, por analogia, a aplicação da Lei 14.133/2021 pelas estatais; o credenciamento em comento não se enquadra nas hipóteses do art. 79 da Lei 14.133/2021; e o Regulamento de Licitações da Infraero, no seu art. 21, também não permite o credenciamento nesse tipo de contratação;

1.4. ausência de vantajosidade na contratação de fornecedores múltiplos para prestação de serviços de gerenciamento de vale-refeição e vale-alimentação, porque, caso houvesse vantagem, todos os fornecedores teriam demanda suficiente para justificar sua contratação, a exemplo do que ocorre na contratação de diversos escritórios de advocacia pelo Banco do Brasil, situação tratada no Acórdão 533/2022-TCU-Plenário, ao contrário do presente caso, em que é possível que os fornecedores credenciados não sejam demandados, na medida em que os beneficiários podem optar por seguir com apenas alguns fornecedores em detrimento de outros;

1.5. ausência de mecanismos objetivos e isonômicos definidos no edital para distribuição de demanda entre as empresas credenciadas, contrariando a declaração de Voto do Ministro Benjamin Zymler no Acórdão 533/2022-TCU-Plenário e outras deliberações do Tribunal, no sentido de que a distribuição isonômica e aleatória das frações da demanda no credenciamento deve ser conduzida por um sistema objetivo de pontuação; e

1.6. violação aos princípios da publicidade e da isonomia no processo de escolha pelos beneficiários, dado que, após a assinatura do contrato pelas credenciadas, os usuários dos serviços podem escolher de qual empresa receberão a prestação, porém sem esclarecer o edital sobre os procedimentos para informação sobre as características de cada fornecedor aos beneficiários, em afronta ao princípio da publicidade e sem garantir a isonomia do processo de divulgação, à medida que permite a realização de campanhas mais agressivas por algumas empresas e potencializa suas chances de obter adesão.

2. Em seus pedidos, o representante vem requerer ao Tribunal (peça 3, p. 23-24): o deferimento de medida cautelar para determinar à Infraero que se abstenha de assinar os contratos decorrentes do credenciamento, ou, caso já tenham sido assinados, para impedir a realização do procedimento de escolha das empresas pelos beneficiários, até o julgamento do mérito da representação; o julgamento pela procedência da representação, para reconhecer as irregularidades do edital, com recomendação à Infraero para que promova a sua revogação e realize procedimento licitatório para a contratação dos serviços.

C. EXAME DE ADMISSIBILIDADE

LEGITIMIDADE DO AUTOR

O representante possui legitimidade para representar ao Tribunal? Sim

(Fundamento em lei específica: art. 87, § 2º, da Lei 13.303/2016; Fundamento no Regimento Interno/TCU: art. 237, inciso VII e parágrafo único)

REDAÇÃO EM LINGUAGEM COMPREENSÍVEL

A representação está redigida em linguagem clara e objetiva, contém nome legível, qualificação e endereço do representante? Sim

(Fundamento: art. 235 do Regimento Interno/TCU)

INDÍCIO CONCERNENTE À IRREGULARIDADE OU ILEGALIDADE

A representação encontra-se acompanhada do indício concernente à irregularidade ou ilegalidade apontada pelo autor? Sim

(Fundamento: art. 235 do Regimento Interno/TCU)

COMPETÊNCIA DO TCU

A representação trata de matéria de competência do TCU? Sim

(Fundamento: art. 235 do Regimento Interno/TCU)

INTERESSE PÚBLICO

Os argumentos do autor indicam a possibilidade de existência de interesse público, caso restem comprovadas as supostas irregularidades apontadas na peça inicial. Sim

(Fundamento: art. 103, § 1º, da Resolução - TCU 259/2014)

Análise quanto ao interesse público: confirmadas as alegações do representante, há potencial risco de dano ao erário, em razão da possibilidade de o credenciamento não resultar na seleção de proposta mais vantajosa para a administração, que poderia ser obtida por intermédio de licitação.

CONCLUSÃO QUANTO AO EXAME DE ADMISSIBILIDADE

3. Presentes todos os requisitos de admissibilidade constantes no art. 87, § 2º, da Lei 13.303/2016, c/c o art. 237, inciso VII e parágrafo único, do Regimento Interno/TCU, e no art. 103, § 1º, da Resolução - TCU 259/2014, a representação deve ser conhecida.

D. MEDIDA CAUTELAR - AVALIAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS**PERIGO DA DEMORA**

Há decisão judicial ou administrativa, sem especificação de prazo, para suspender o andamento do processo licitatório ou a contratação? Não

O contrato decorrente do certame já foi assinado? Não há informação

Análise:

4. Superada a fase de habilitação, as empresas Sodexo, Ticket e VR (esta última tendo declinado da contratação, conforme exposto mais à frente) foram autorizadas a assinar os contratos de credenciamento, porém não se tem notícias sobre a celebração dos instrumentos e, se foram celebrados, sobre o início do procedimento de escolha das empresas credenciadas pelos beneficiários, de tal modo que não há como concluir acerca da presença do pressuposto.

PERIGO DA DEMORA REVERSO

O serviço/bem é essencial ao funcionamento das atividades da Unidade Jurisdicionada?	Sim
---	-----

A Unidade Jurisdicionada está coberta contratualmente pelo serviço com razoável vigência (há a possibilidade de voltar a fase ou refazer o certame, a depender da consequência da concessão de cautelar no caso concreto) ou admite prorrogação excepcional?	Não
---	-----

Caso haja a possibilidade de manutenção do contrato com a atual prestadora dos serviços, as condições dessa contratação seriam melhores (menor preço e atendimento satisfatório) que o que se está em vias de contratar?	Não
---	-----

Análise:

5. Com informações do Voto Sede-VOT-2022/00121 (peça 3, p. 161-162), tem-se que atualmente a Infraero disponibiliza o benefício por intermédio da empresa Ticket Serviços S/A., cujo contrato está próximo de ser encerrado e não aceita mais suplementação. Sendo assim, em razão de que os serviços de fornecimento de vales refeição e alimentação são essenciais para o funcionamento das atividades da Infraero, está caracterizado o perigo da demora reverso.

PLAUSIBILIDADE JURÍDICA

A Unidade Jurisdicionada está sujeita aos normativos supostamente infringidos?	Sim
---	-----

Há plausibilidade nas alegações do representante ou nas verificações realizadas pela Unidade Técnica?	Não
--	-----

Há indício de sobrepreço ou superfaturamento?	Não
--	-----

Há grave risco de lesão ao erário, inexecução ou execução insatisfatória do objeto?	Não
--	-----

Análise quanto à plausibilidade jurídica e quanto à necessidade de adoção de medida cautelar:

6. O representante relata que até 2021 a prática comum para as contratações de vales refeição e alimentação era a realização de licitação na modalidade pregão, sendo adotado como critério de julgamento o maior desconto sobre o valor contratado. No entanto, com o advento do Decreto 10.852/2021 [10.854/2021] e da Medida Provisória 1.108/2021, a prática de descontos sobre o valor contratado foi vedada.

Decreto 10.854/2021

‘Art. 175. As pessoas jurídicas beneficiárias, no âmbito do contrato firmado com fornecedoras de alimentação ou facilitadora de aquisição de refeições ou gêneros alimentícios, não poderão exigir ou receber qualquer tipo de deságio ou imposição de descontos sobre o valor contratado, prazos

de repasse que descaracterizem a natureza pré-paga dos valores a serem disponibilizados aos trabalhadores, ou outras verbas e benefícios diretos ou indiretos de qualquer natureza não vinculados diretamente à promoção de saúde e segurança alimentar do trabalhador.’

7. Diante dessa mudança normativa, continua o representante, o modelo para contratação dos serviços de gerenciamento de benefícios alimentícios por órgãos da administração está sendo rediscutido, não havendo, até o momento, consenso sobre qual seria o modelo mais adequado. Alguns órgãos administrativos têm adotado o modelo de credenciamento, o qual suscita dúvidas quanto à sua legalidade para o mercado em questão.

8. Nesse contexto, o representante informa que analisou dois credenciamentos, com o intuito de participar dos certames, um realizado pela Celesc Distribuição S/A, outro pelo Município de São José/SC, no âmbito dos quais houve discussão sobre a aplicabilidade do credenciamento para a contratação dos serviços de fornecimento de vales refeição e alimentação. Em ambos os casos, o Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina (TCE/SC) concedeu cautelar para suspender os procedimentos, em razão de dúvida sobre se o credenciamento seria a forma adequada para a contratação, tendo entendido aquela Corte de Contas que os serviços não se enquadravam no artigo 30 da Lei 13.303/2016 e pontuado que a forma de contratação seria contrária ao princípio da seleção da proposta mais vantajosa.

9. Sendo assim, segundo destaca a VR, empresa representante, sua maior preocupação decorre **da insegurança jurídica advinda do uso do credenciamento para a contratação de serviços de vale-refeição e vale-alimentação**, tendo em vista as recentes decisões cautelares adotadas pelo TCE/SC, indicativas de que essa pode não ser a forma mais adequada de contratação.

10. No tocante especificamente ao Credenciamento 1/ADLI-4/SEDE/2022, da Infraero, o representante esclarece que o procedimento previa uma fase de habilitação, na qual foram exigidos documentos referentes à habilitação jurídica, regularidade fiscal e qualificação técnica; e uma fase de convocação, quando então seria comprovada a rede credenciada, previamente à assinatura do contrato. Ainda de acordo com o edital, todas as empresas que atendessem aos requisitos de habilitação e que comprovassem a disponibilidade da rede credenciada seriam contratadas pela Infraero. No caso de mais de uma empresa credenciada, os beneficiários poderiam escolher de qual delas receberiam os serviços - porém de acordo com critérios de escolha não claramente previstos no edital - significando que uma empresa credenciada e contratada poderia nem ser demandada à prestação.

11. Na fase de habilitação, constituindo-se este no primeiro questionamento apresentado pelo representante, as redes credenciadas da própria VR e de outra empresa [Ticket] foram aprovadas ‘com ressalvas’ pela Infraero, em procedimento que não estava previsto no edital e que se configura como afronta ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, sob condição de que fossem atendidos os quantitativos mínimos da rede de estabelecimentos conveniados em até 15 dias úteis após a celebração do contrato (peça 3, p. 6-7). No caso, sustenta o representante que, se a Infraero não tivesse adotado tal estratégia, haveria apenas uma empresa apta à contratação [Sodexo], sendo possível que a Infraero tenha adotado esse mecanismo irregular como forma de evitar a contratação de uma única empresa e o possível questionamento sobre a aplicabilidade do credenciamento ao caso.

12. Em razão desse cenário, a VR informa que optou então por declinar da participação no credenciamento em comento, a fim de evitar futuro descumprimento contratual, entendendo que a existência de outros fornecedores habilitados evitaria prejuízos para a Infraero.

13. Adicionalmente ao que seria a discussão mais abrangente, tratando da aplicabilidade do credenciamento para a contratação dos serviços de vales refeição e alimentação, a VR alega ter constatado outras irregularidades no edital do credenciamento 1/ADLI-4/Sede/2022, as quais se constituem nos demais questionamentos apresentados pelo representante.

14. Viabilidade de competição e o não atendimento aos critérios estabelecidos pelo TCU para a utilização do credenciamento (peça 3, p. 8-13).

14.1. O representante argumenta que esta Corte, por intermédio do Acórdão 351/2010-TCU-

Plenário (rel. Ministro Marcos Bemquerer), tido como paradigmático, estabeleceu os requisitos que devem estar presentes para a realização do credenciamento, dentre os quais, conforme o subitem 9.2.5 da referida deliberação, a demonstração inequívoca de que as necessidades da administração somente poderão ser atendidas dessa forma:

‘9.2.3. embora não esteja previsto nos incisos do art. 25 da Lei 8.666/1993, o credenciamento tem sido admitido pela doutrina e pela jurisprudência como hipótese de inexigibilidade inserida no caput do referido dispositivo legal, porquanto **a inviabilidade de competição configura-se pelo fato de a Administração dispor-se a contratar todos os que tiverem interesse e que satisfaçam as condições por ela estabelecidas, não havendo, portanto, relação de exclusão;**

9.2.4. Na hipótese de opção pelo credenciamento dos agricultores que formarão a rede de suprimento de gêneros para as organizações militares distribuídas na Amazônia Ocidental, deve ser observado que, para a regularidade da contratação direta, é indispensável a garantia da igualdade de condições entre todos os interessados hábeis a contratar com a Administração, pelo preço por ela definido;

9.2.5. é possível à Administração realizar a contratação direta, mediante inexigibilidade de licitação, desde que haja a demonstração inequívoca de que suas necessidades somente poderão ser atendidas dessa forma, cabendo a devida observância das exigências do art. 26 da Lei 8.666/1993, principalmente no que concerne à justificativa de preços;’ (Grifo nosso).

14.2. No caso, segundo o representante, não teria havido a demonstração inequívoca de que as necessidades da administração somente poderiam ser atendidas mediante contratação direta. O argumento de que seria impossível realizar licitação, em razão da suposta ausência de critérios de julgamento, não deveria então prosperar. Tratando-se de mercado consolidado há muitos anos, com a participação de diversos *players*, cada qual com seus próprios diferenciais, seria possível a eleição de outro fator objetivo como critério de seleção, a exemplo das vantagens e dos benefícios oferecidos pelas empresas do setor e que definem a escolha pelos usuários.

14.3. De tal modo que, questiona o representante, se a escolha final pelo beneficiário ocorre com base na análise dos diferenciais que as empresas credenciadas possuem, por qual razão tais diferenciais não poderiam ser utilizados como critério objetivo de seleção pela administração? A existência de múltiplos fornecedores disponíveis exigiria da administração a realização de processo licitatório, diante da evidente possibilidade de competição. No caso do mercado de gerenciamento de benefícios, a pluralidade de fornecedores e os diversos diferenciais que cada um pode ofertar seriam então os elementos aptos para justificar a realização de licitação.

15. Ausência de previsão legal para a utilização do credenciamento (peça 3, p. 13-18).

15.1. Quanto a este aspecto, o representante o subdivide em duas questões: impossibilidade de aplicação da Lei 14.133/2021 e ausência de vantajosidade na realização do credenciamento; e não enquadramento do credenciamento nas hipóteses previstas no artigo 79 da Lei 14.133/2021 ou no artigo 21 do Regulamento da Infraero.

15.2. Acerca da impossibilidade de aplicação por analogia da Lei 14.133/2021 e da ausência de vantajosidade na realização do credenciamento (peça 3, p. 13-16), argumenta que até a edição da Lei 14.133/2021 não havia normas dispendo sobre a adoção do credenciamento por órgãos da Administração Pública, razão pela qual, no caso das estatais, o credenciamento era fundamentado no artigo 30 da Lei 13.303/2016, o qual trata da contratação direta em caso de inviabilidade de competição.

15.3. Acrescenta que, com o advento da Lei 14.133/2021, o credenciamento passou a constar expressamente no ordenamento jurídico brasileiro, e os órgãos da administração passaram a ter um fundamento legal específico para a adoção do instrumento. A referida lei, no entanto, por força do §1º do art. 1º, não se aplica às empresas estatais, de tal modo que, a princípio, os dispositivos referentes ao credenciamento também não lhes são aplicáveis. Em que pese tal disposição, a Infraero utilizou a Lei 14.133/2021 (art. 79) como fundamento para a realização do credenciamento em questão (peça 3, p. 165-166). Entretanto, com suporte na jurisprudência do Tribunal, a aplicação do dispositivo legal em comento não se aplicaria ao caso.

15.4. Menciona ainda que o Tribunal, por intermédio do Acórdão 533/2022-TCU-Plenário (rel. Ministro Antônio Anastasia), passou a aceitar a aplicação, por analogia, da Lei 14.133/2021 às empresas estatais. Porém, apenas em situações específicas, naquelas em que há discussão a respeito da vantajosidade do uso do credenciamento para a administração. Naquele caso, em que se examinava a contratação de sociedades de advogados pelo Banco do Brasil, seria aceitável e vantajosa a realização de credenciamento com vistas à contratação de todos os habilitados, diante da necessidade de gerenciamento de muitos processos em diversas localidades, em prática comum também no setor privado.

15.5. No entanto, segundo o representante, a mesma lógica não seria aplicável ao credenciamento da Infraero. Isso porque a prática de mercado já teria demonstrado, inclusive a própria Infraero já teria constatado, que a contratação de apenas uma empresa para prestar o serviço de gerenciamento de vale-refeição e vale-alimentação é suficiente e adequada, não havendo vantagem na contratação de mais de um fornecedor. Ademais, que a contratação de mais de um fornecedor, em verdade, traria para a administração uma nova atribuição desnecessária, qual seja o gerenciamento de diversos fornecedores para prestarem o mesmo serviço.

15.6. Ainda segundo o representante, caso houvesse vantagem na contratação de múltiplos fornecedores, todos teriam demanda suficiente a ponto de justificar sua contratação, a exemplo do que ocorre na contratação de diversos escritórios de advocacia pelo Banco do Brasil. No entanto, no caso dos vales refeição e alimentação, é possível que nem todos os fornecedores credenciados sejam demandados, na medida em que os beneficiários podem optar por seguir com apenas alguns fornecedores em detrimento de outros, significando que, na prática, pode haver empresas credenciadas que possuam contratos assinados, mas que jamais serão executados.

15.7. Sendo assim, diante da impossibilidade de aplicação, por analogia, da Lei 14.133/2021, em razão da não verificação de vantajosidade do credenciamento para a administração, o representante entende que seria de rigor conceder medida cautelar para suspender o procedimento conduzido pela Infraero e impelir a empresa a realizar licitação.

15.8. No tocante ao não enquadramento do credenciamento às hipóteses do artigo 79 da Lei 14.133/2021 ou do artigo 21 do Regulamento da Infraero (peça 3, p. 16-18), sustenta que, ainda que se entendesse possível a aplicação, por analogia, da Lei 14.133/2021 ao credenciamento ultimado pela Infraero, ele não se enquadraria em quaisquer das hipóteses legais. Isso porque, de acordo com o artigo 79, o credenciamento somente pode ser usado nas seguintes situações:

‘Art. 79. O credenciamento poderá ser usado nas seguintes hipóteses de contratação:

I - paralela e não excludente: caso em que é viável e vantajosa para a Administração a realização de contratações simultâneas em condições padronizadas;

II - com seleção a critério de terceiros: caso em que a **seleção do contratado está a cargo do beneficiário direto da prestação;**

III - **em mercados fluidos:** caso em que a flutuação constante do valor da prestação e das condições de contratação inviabiliza a seleção de agente por meio de processo de licitação.’

15.9. Tratando do inciso I, porque já teria sido demonstrado que a contratação de múltiplos fornecedores, embora possível, não se mostra vantajosa para a Infraero, dado que a empresa não será necessariamente mais bem atendida ou obterá melhores preços, tampouco há garantia de que todos os credenciados serão demandados; no que se refere ao inciso II, porque os beneficiários não selecionarão os contratados, mas apenas farão uma opção entre os contratados pela Infraero; e com relação ao inciso III, em razão de que se trata de mercado com certa estabilidade em relação ao valor e às condições de contratação.

15.10. Acerca do Regulamento de Licitações e Contratos da Infraero, o representante argumenta que a redação do artigo 21, a seguir transcrita, permitiria interpretação no sentido de que o credenciamento deve ser utilizado nos casos em que haja demanda que justifique a prestação do mesmo serviço por mais de um fornecedor, a exemplo do que ocorre na contratação de vários escritórios de advocacia pelo Banco do Brasil. Isso equivale a afirmar que, na ausência de tal

necessidade, o credenciamento não deve ser usado:

‘Art. 21. Deve ser mantido credenciamento de interessados para objetos que possam ser executados simultaneamente por diversos credenciados, bem como para concessão de uso de áreas, instalações e equipamentos aeroportuários, destinados à publicidade e a ações eventuais e promocionais.’

15.11. Diante desse quadro, continua o representante, considerando que historicamente a Infraero sempre contratou o serviço de gerenciamento de benefícios de vale-refeição e vale-alimentação por licitação, tem-se duas hipóteses: ou a empresa sempre descumpriu seu regulamento, na medida em que realizava licitação; ou está descumprindo seu regulamento agora, quando se utiliza do procedimento em hipótese não prevista na norma. E não se sustenta a afirmação de que a mudança no marco legal, com a proibição dos descontos, tenha tido papel primordial nessa alteração de postura. Porque como já teria sido demonstrado, outros critérios de diferenciação poderiam ser adotados para a escolha do fornecedor, mediante licitação.

16. Ausência de mecanismos objetivos e isonômicos de distribuição de demanda, em violação à Lei 13.303/2016 e à jurisprudência do Tribunal (peça 3, p. 18-20).

16.1. O representante argumenta que o edital do credenciamento previu a celebração de contrato com todas as empresas credenciadas. No entanto, que não estabeleceu um procedimento objetivo e isonômico para a distribuição da demanda entre os contratados.

16.2. Nesse sentido, trouxe a Declaração de Voto do Ministro Benjamin Zymler, no Acórdão 533/2022-TCU-Plenário, que entendeu ‘que a regra de distribuição isonômica e aleatória das frações da demanda no credenciamento poderia ser limitada, no caso concreto, diante de um sistema objetivo de pontuação’:

‘14. Assim, exsurge um questionamento sobre um ponto fundamental, qual seja, se **seria possível restringir, em um credenciamento, a distribuição isonômica e aleatória das frações da demanda por um número limitado de empresas**, classificadas, a priori, por uma pontuação.

15. Embora tenha sido reconhecido o desacordo da opção adotada pelo Banco do Brasil com a Lei 8.666/1993, as informações colhidas dos autos deixaram assente a urgência em se encontrar uma forma de contratar distinta da utilizada até então, bem como a percepção de que o novo modelo em comento poderia, de fato, trazer benefícios reais à eficiência da atuação dos escritórios de advocacia terceirizados na defesa dos interesses da entidade. A restrição da quantidade de ajustes, com a **classificação por critérios objetivos**, bem como a adoção de cadastro de reserva, tenderia a atrair prestadores mais qualificados.’

16.3. Nessa mesma linha, o representante se reportou ainda às seguintes deliberações do Tribunal: Acórdão 352/2016-TCU-Plenário (rel. Benjamin Zymler)

‘O credenciamento pode ser utilizado para a contratação de profissionais de saúde, tanto para atuarem em unidades públicas de saúde quanto em seus próprios consultórios e clínicas, quando se verifica a inviabilidade de competição para preenchimento das vagas, bem como quando a demanda pelos serviços é superior à oferta e é possível a contratação de todos os interessados, **devendo a distribuição dos serviços entre os interessados se dar de forma objetiva e pessoal.**’

Acórdão 2.012/2007-TCU-Plenário (rel. Augusto Sherman)

‘9.8.10. [...] proceda ao devido certame licitatório para contratação de serviços advocatícios e, no caso de a competição revelar-se inviável, realize a pré-qualificação dos profissionais aptos a prestarem os serviços, **adotando sistemática objetiva e imparcial de distribuição de causas entre os pré-qualificados**, para resguardar o respeito aos princípios da publicidade e da igualdade;’

Acórdão 4.050/2011-TCU-2ª Câmara (rel. Aroldo Cedraz)

‘9.3.3. quando a competição por serviços advocatícios revelar-se inviável, deve ser realizada pré-

qualificação dos profissionais aptos a prestarem os serviços demandados, por meio da **adoção de sistemática objetiva e imparcial de distribuição de causas e trabalhos entre os pré-qualificados**, resguardados os princípios da publicidade, igualdade e legalidade [...];’ (Grifo nosso)’

16.4. No presente caso, porém, segundo o representante, é possível e provável que não haja uma distribuição isonômica da demanda, sobretudo em razão de que não existem critérios objetivos para a distribuição. Pode acontecer de várias empresas serem contratadas e somente uma delas ser demandada. As demais celebrariam contratos ‘proforma’ com a Infraero, na medida em que, na prática, não seriam demandadas pela administração.

17. Violação aos princípios da publicidade e da isonomia no processo de escolha pelos beneficiários (peça 3, p. 20-22).

17.1. Nesse último ponto, o representante argumenta que, após a assinatura do contrato pelas credenciadas, os beneficiários devem escolher de qual empresa receberão a prestação dos serviços. No entanto, nem o edital nem o termo de referência estabeleceram a forma com a qual os usuários serão informados a respeito das características de cada fornecedor, a fim de que possam tomar sua decisão. A única menção ao processo de escolha pelos beneficiários foi feita de forma genérica no termo de referência, nos itens 6.15 e 6.16 (peça 3, p. 74):

‘6.15 - em caso de mais de uma Credenciada, os beneficiários terão livre escolha para solicitar o(s) cartão(ões) de uma Credenciada e poderão requerer a portabilidade para outra Credenciada, sem prejuízo do saldo remanescente, após 12 (doze) meses de utilização.

6.16 - A Credenciada poderá oferecer a Contratante programas de qualidade de vida, parcerias e demais vantagens para disponibilização aos beneficiários, sem custo adicional.’

17.2. Em resposta a pedido de esclarecimento do representante, a Infraero informou que, para impactar os beneficiários no processo de escolha das contratadas, as empresas deveriam encaminhar um *link* com acesso ao portal da própria empresa e disponibilizar um 0800 ou telefone para contato, e que a divulgação para os empregados seria livre e *on-line*, no próprio portal da empresa credenciada.

17.3. Na prática, entretanto, o representante diz que não existe um procedimento transparente e padronizado para divulgação das informações pelas empresas credenciadas, o que contraria o princípio da publicidade previsto no art. 31 da Lei 13.303/2016. E mais, que esse cenário traz dúvidas sobre a isonomia do processo de divulgação, na medida em que permite uma divulgação livre e não estabelece os limites de atuação de cada empresa, dando margem para campanhas de marketing mais agressivas, que ao final, podem trazer consequências danosas para a administração, com a frustração da expectativa de que sejam selecionados múltiplos fornecedores.

Análise

18. A insegurança jurídica arguida inicialmente pelo representante advém de decisões cautelares adotadas pelo TCE/SC, das quais resultou determinação para suspensão dos respectivos certames, em razão de dúvida sobre se o credenciamento seria a forma apropriada para contratação do fornecimento de vales refeição e alimentação. A Corte de Contas estadual entendeu que os serviços em questão não seriam enquadráveis no art. 30 da Lei 13.303/2016, que trata das hipóteses de inexigibilidade de licitação por inviabilidade de competição.

19. Tal insegurança, entretanto - se é que se confirmaram as referidas cautelares -, não se transferem para a esfera Federal. O Tribunal de Contas da União já havia se pronunciado (Acórdão 351/2010-TCU-Plenário), mesmo antes de haver previsão legal expressa, quanto aos requisitos que devem estar presentes para que se considere o credenciamento como hipótese de inexigibilidade de licitação. E, mais recentemente, o TCU admitiu (Acórdão 533/2022-TCU-Plenário) a utilização, por analogia, da Lei 14.133/2021, cujo artigo 79 trata expressamente do credenciamento, pelas empresas estatais. Sendo assim, cabe mesmo analisar se o credenciamento ultimado pela Infraero se amolda às hipóteses legais e aos requisitos estabelecidos pelo Tribunal.

20. O primeiro questionamento do representante trata de questão específica do trâmite do processo

de seleção. Refere-se ele a uma possível afronta ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, em razão de que a rede credenciada da própria VR e da Ticket foram aprovadas 'com ressalvas' pela Infraero, em procedimento que não estava previsto no edital, sob condição de que as empresas atendessem os quantitativos mínimos da rede de estabelecimentos conveniados em até quinze dias úteis após a celebração do contrato. Em adendo, o representante sustenta que a Infraero se utilizou de tal artifício para não incorrer na contratação de apenas uma empresa e, assim, afastar questionamentos sobre a utilização do credenciamento na contratação.

21. A princípio, conquanto não seja o resultado esperado de um credenciamento, não se pode afastar a possibilidade de que apenas uma empresa venha a ser habilitada e considerada apta para ser contratada pela administração. Entretanto, não se consegue extrair da aprovação com ressalvas adotada pela Infraero, ainda que não tenha sido prevista tal fórmula no edital, irregularidade a macular o andamento do certame. Nesse sentido, destaque-se que os critérios do credenciamento, quanto à existência de regras que poderiam ter favorecido o direcionamento do certame, não chegaram a ser questionados, mas apenas a aprovação da rede credenciada 'com ressalvas'.

22. No caso, entende-se que o presidente da Comissão de Credenciamento, com suporte nos pareceres técnicos de habilitação (peça 3, p. 158-159), atuou com prudência e em atenção ao princípio do formalismo moderado, quando estipulou um prazo extra para que as empresas pudessem comprovar suas redes credenciadas, e assim ampliar o número de empresas credenciadas.

23. Diante dos fatos, quanto a este ponto específico, não há plausibilidade jurídica no argumento do representante.

24. Antes de enfrentar os outros aspectos questionados na representação, e com o intuito de melhor contextualizar a questão, registre-se que, a partir do Decreto 10.854/2021 e da Medida Provisória 1.108/2021, ficou proibido o deságio na contratação de vales refeição e alimentação, bem como outras práticas que pudessem caracterizar a distinção das propostas em razão do valor das taxas de administração.

25. Desde então, a Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas - Selog, unidade técnica do Tribunal especializada no tema licitação, tem sido requerida a participar de discussões sobre qual seria a forma mais adequada para a contratação do fornecimento de vales refeição e alimentação pelos órgãos e entidades destinatários da norma. Entretanto, até a atuação da presente representação, não tinha havido ainda um questionamento formal sobre o modelo de contratação adotado pela administração. Ou seja, a matéria não havia sido submetida à apreciação do Tribunal.

26. Diante das exigências legais mais recentes, alguns cenários se descortinam como possibilidades de contratação. Em todos os casos, com prós e contras que devem ser avaliados a fim de que seja possível decidir pela melhor opção.

27. A primeira hipótese que se apresenta é a realização de licitação sob critério de julgamento pelo **menor preço**. Dada a impossibilidade de deságio nas taxas de administração, o resultado do certame conduziria necessariamente a um empate entre as empresas participantes, a ser resolvido mediante sorteio. O modelo está previsto na Lei 13.303/2016 (art. 55, IV) e seria de rápida aplicação. Porém, a seleção acabaria sendo decidida pelo fator sorte, sem permitir uma competição entre os licitantes e sem incentivar as empresas a oferecerem seus benefícios adicionais.

28. Outra hipótese suscitada seria a realização de licitação sob critério de julgamento pela **melhor técnica**. Neste caso, também acolhido pela Lei 13.303/2016 (art. 54, IV), as empresas poderiam oferecer seus benefícios adicionais, os quais, na forma sugerida pelo representante, seriam utilizados como critérios para diferenciação das propostas. Entretanto, tal modelo apresenta obstáculos a serem superados. Além de o procedimento de licitação ser mais demorado, o desafio maior seria estabelecer critérios técnicos objetivos de comparação. A definição dos critérios de avaliação e os pesos atribuídos a cada qual dos critérios acabariam envolvendo algum grau de subjetividade. O procedimento ficaria então à mercê de impugnações e recursos, em razão da possibilidade de direcionamento da licitação, o que acabaria pondo em risco a seleção. Ademais,

sem esquecer da dificuldade que seria avaliar e comprovar a efetividade dos benefícios ofertados pelas empresas licitantes, que o fariam, basicamente, por mera declaração.

29. Principalmente, há que se considerar a existência de subjetividade na vantajosidade desses benefícios adicionais que seriam ofertados pelas empresas. Certo benefício oferecido por uma licitante pode ser mais vantajoso para determinado grupo de beneficiários do que outro ofertado por outra licitante, todavia, para outro grupo de beneficiários, com características e expectativas diferentes, essa relação pode se inverter.

30. A terceira hipótese que se apresenta para a administração é o **credenciamento** das empresas prestadoras dos serviços de vales alimentação e refeição. Neste modelo, o processo de contratação é mais rápido do que seria na licitação do tipo melhor técnica. O usuário ficaria então responsável pela escolha da empresa contratada, o que o enquadraria, a princípio, no art. 79, inciso II, da Lei 14.333/2021. E a utilização do credenciamento, no caso, encontra suporte na jurisprudência do TCU, que admitiu, por analogia, a aplicação da Lei 14.133/2021 às estatais:

Trecho do Voto do Ministro Relator Antônio Anastasia, no Acórdão 533/2022-TCU-Plenário.

‘15. Apesar de a Lei 14.133/2021 não se aplicar às sociedades de economia mista, regidas pela Lei 13.303/2006, é razoável admitir que as novas regras de flexibilização e busca de eficiência dos processos seletivos para contratações públicas, ao serem aprovadas pelo Poder Legislativo para aplicação no âmbito da administração direta, autárquica e fundacional - de rito administrativo mais rigoroso -, podem, e devem, ser estendidas, por analogia, às sociedades de economia mista, que, sujeitas ao regime de mercado concorrencial, exigem, com mais razão, instrumentos mais flexíveis e eficientes de contratação. Assim, embora o credenciamento não esteja previsto expressamente na Lei 13.303/2006, é razoável admitir, na espécie, a aplicação analógica das regras previstas nos arts. 6º, XLIII, e 79, da Lei 14.133/2021 às empresas estatais.’

31. Como aspectos negativos, têm sido apontados os seguintes: inexistência de procedimentos definidos para balizar a escolha das empresas contratadas pelos beneficiários; prazo extra necessário para conclusão do procedimento, em vista da necessidade de operacionalizar o processo de seleção pelos beneficiários; e dificuldades para a gestão de mais de um contrato pela administração.

32. Conforme ressaltado pelo representante, as empresas que atuam nesse setor apresentam diferenciais. Porém, não se pode perder de vista, os diferenciais não residem no próprio objeto da contratação, que é o fornecimento de vales refeição e alimentação, mas em espécie de agregados de difícil mensuração, que praticamente impedem um julgamento objetivo mediante critério de pontuação. Nesse ponto, não se pode comparar o credenciamento de sociedades de advogados, exemplo do Acórdão 533/2022-TCU-Plenário, com o credenciamento de empresas fornecedoras de vales refeição e alimentação.

33. Vejam-se, a título ilustrativo, os seguintes diferenciais apresentados pelas empresas, alguns dos quais com nomenclaturas que guardam semelhança entre si, porém sem que se saiba exatamente qual seria o grau de diferenciação: plano de saúde; seguro de vida; assistências psicológica, social e jurídica; planejamento financeiro; atividades físicas; prevenção e controle de doenças do trabalho; atendimento psicológico, consultoria nutricional; ginástica laboral; *gympass/totalpass*; app de saúde e bem-estar focado na prevenção de doenças mentais; *streaming* de bem estar; fisioterapia; convênios com farmácias.

34. Esse cenário, construído a partir da vedação da utilização de descontos como critério de seleção e da dificuldade, senão impossibilidade, de se equalizar o que seriam os parâmetros de diferenciação entre as empresas, é que tem impellido as entidades da administração a recorrerem à hipótese restante, qual seja, ao credenciamento, como forma de contratação.

35. Assim, as empresas que atenderem aos requisitos quanto à rede credenciada e a outros critérios estabelecidos em edital são consideradas aptas para serem contratadas pela administração. Quanto às particularidades e os serviços extras que as diferenciam, transfere-se a escolha para o usuário dos serviços, de acordo com suas necessidades individuais.

36. Os procedimentos para a escolha das empresas contratadas pelos beneficiários, conquanto soe recomendável algum tipo de regulamentação prévia da administração, parecem transcender às regras do edital, cabendo mesmo às credenciadas divulgarem seus benefícios de acordo com a expertise que detêm do mercado em que atuam e, assim, conquistarem a adesão.

37. Diferentemente da distribuição de causas entre as sociedades de advogados previamente credenciadas, que se deve fazer por critérios objetivos, na contratação de vales refeição e alimentação a objetividade se restringe ao momento do credenciamento, quando se estabelecem os requisitos quanto à rede credenciada e outros assemelhados, associados ao próprio objeto da contratação. Os critérios diferenciadores entre as empresas - os quais, em última análise, nem fazem parte do objeto contratual -, devem ser submetidos aos próprios usuários, para serem selecionados de forma subjetiva e pessoal.

38. A razão da distinção é simples. Reside no fato de que, na contratação do fornecimento de vales refeição e alimentação mediante credenciamento, a escolha da empresa prestadora dos serviços, dentre aquelas credenciadas pela administração, deve caber ao usuário dos serviços e não, à própria administração, como acontece com a distribuição das causas judiciais entre os escritórios de advocacia.

39. No caso do fornecimento dos vales refeição e alimentação, cabe à administração licitante assegurar que os critérios de credenciamento sejam objetivos, a ponto de não criarem restrição à participação das empresas que atuam no setor. Feito o credenciamento sob tais regras, a escolha da empresa credenciada pelo usuário situa-se além dos limites de atuação da administração, de tal modo que não caberia mais falar em objetividade na distribuição da demanda.

40. Retomando os questionamentos do representante, ele sustenta que a contratação do fornecimento de vales refeição e alimentação não se pode realizar mediante credenciamento, em razão de que os diferenciais apresentados pelas empresas afastariam a hipótese de inviabilidade de competição. No caso, restariam então afastados os pressupostos estabelecidos pelo Acórdão 351/2010-TCU-Plenário, sobretudo no tocante à ausência de demonstração inequívoca de que necessidades da administração somente poderiam ser atendidas de tal forma, mediante contratação direta.

41. Entretanto, os serviços complementares que diferenciam as empresas - conforme já se relatou - além de excederem ao próprio objeto da contratação, não parecem ser objetivos a ponto de serem parametrizados para efeitos de comparação em uma licitação do tipo melhor técnica ou técnica e preço. De tal modo que, não sendo recomendável a licitação do tipo menor preço, a ser resolvida mediante sorteio, sem competição e também sem aferição dos referidos diferenciais, a hipótese que melhor parece se adequar ao caso seria mesmo o credenciamento. De qualquer forma, cabe à administração, no seu poder discricionário, observada a legislação e os princípios norteadores da Administração Pública, decidir pelo modelo mais adequado.

42. Diante dos fatos, quanto a este ponto específico, também não há plausibilidade jurídica no argumento do representante.

43. Noutro aspecto, o representante argumenta que não há previsão legal para a utilização do credenciamento, seja em razão da impossibilidade de aplicação da Lei 14.133/2021, porque não haveria vantagens na opção, seja em razão de que o procedimento não se enquadra nas hipóteses previstas no artigo 79 da Lei 14.133/2021 ou no artigo 21 do Regulamento da Infraero.

44. Acerca da parte inicial, tratando da impossibilidade de aplicação da Lei 14.133/2021 ao caso em exame, o representante defende que, para a contratação de sociedades de advogados pelo Banco do Brasil, quando o TCU admitiu a aplicação da Lei 14.133/2021 às estatais, seria aceitável e vantajosa a realização de credenciamento. Entretanto, que a contratação do fornecimento de vales refeição e alimentação encerraria uma lógica diferente. A prática de mercado já teria demonstrado que a contratação de apenas uma empresa para prestar os serviços seria suficiente e adequada, não havendo vantagem na contratação de mais de um fornecedor, senão desvantagem: o gerenciamento de diversos contratos. E mais, caso houvesse vantagem na contratação de múltiplos fornecedores, todos teriam demanda suficiente a ponto de justificar sua contratação. No entanto,

no caso dos vales refeição e alimentação, é possível que nem todos os fornecedores credenciados sejam demandados pelos beneficiários.

45. A contratação de apenas uma empresa - ainda que se possa admitir como 'suficiente e adequada', porém sem que tenha havido comprovação de tal afirmação - não encontra respaldo no regramento atual. A não ser que se fizesse mediante licitação do tipo menor preço seguida de sorteio ou do tipo melhor técnica, em práticas que, pela aparente ineficácia dos modelos, não parecem ser a melhor solução. Nesse sentido, não há razão para se falar na impossibilidade de aplicação da Lei 14.1331/2021 aos credenciamentos de fornecedores de vales refeição e alimentação.

46. Decerto que, em decorrência do credenciamento, a necessidade de gerenciamento de múltiplos contratos encerra uma desvantagem para a administração. Porém, trata-se de uma obrigação decorrente dos procedimentos legais, da qual não se pode afastar. A possibilidade de, a partir do credenciamento das empresas, apenas uma delas ser demanda para prestar os serviços, de fato existe. Entretanto, a existência ou não de vantagem na seleção de vários fornecedores, os quais poderiam não ter demanda suficiente para justificar a contratação, não deve ser vista sob a ótica do interesse privado, mas do interesse público, revestido na escolha dos beneficiários que integram a administração.

47. Acerca da parte final, tratando do não enquadramento do credenciamento nas hipóteses legais ou regulamentares, o representante defende, admitindo em hipótese a aplicação da Lei 14.133/2021 às estatais, que o procedimento instituído pela empresa de infraestrutura aeroportuária não se enquadra em qualquer dos incisos do artigo 79 da Lei ou no art. 21 do Regulamento de Licitações e Contratos da Infraero.

48. Vejamos então o que diz o artigo 79 da Lei 14.133/2021:

‘Art. 79. O credenciamento poderá ser usado nas seguintes hipóteses de contratação:

I - paralela e não excludente: caso em que é viável e vantajosa para a Administração a realização de contratações simultâneas em condições padronizadas;

II - com seleção a critério de terceiros: caso em que a seleção do contratado está a cargo do beneficiário direto da prestação;

III - em mercados fluidos: caso em que a flutuação constante do valor da prestação e das condições de contratação inviabiliza a seleção de agente por meio de processo de licitação.

Parágrafo único. Os procedimentos de credenciamento serão definidos em regulamento, observadas as seguintes regras:

I - a Administração deverá divulgar e manter à disposição do público, em sítio eletrônico oficial, edital de chamamento de interessados, de modo a permitir o cadastramento permanente de novos interessados;

II - na hipótese do inciso I do *caput* deste artigo, quando o objeto não permitir a contratação imediata e simultânea de todos os credenciados, deverão ser adotados critérios objetivos de distribuição da demanda;

III - o edital de chamamento de interessados deverá prever as condições padronizadas de contratação e, nas hipóteses dos incisos I e II do *caput* deste artigo, deverá definir o valor da contratação;

IV - na hipótese do inciso III do *caput* deste artigo, a Administração deverá registrar as cotações de mercado vigentes no momento da contratação;

V - não será permitido o cometimento a terceiros do objeto contratado sem autorização expressa da Administração;

VI - será admitida a denúncia por qualquer das partes nos prazos fixados no edital.’

49. Ao que se apresenta, o credenciamento ultimado pela Infraero se enquadra perfeitamente no

inciso II do artigo em comento. Não assiste razão ao representante quando afirma que as regras do dispositivo se aplicam à seleção dos contratados pelos próprios beneficiários, e não a uma opção dos beneficiários entre os contratados pela administração. Essa interpretação parece estar equivocada. Justamente por haver uma multiplicidade de beneficiários/terceiros, a seleção feita por eles se dá entre os contratados. A definição de quem será contratado se dá pela contratante, seguindo as regras do procedimento de credenciamento.

50. No tocante à inaplicabilidade do artigo 21 do RLC da Infraero ao credenciamento em exame, o representante repisa o argumento de que o objeto não pode ou não há vantagem de ser executado por mais de um fornecedor, em situação que, pelas condicionantes legais mais recentes, já foi refutada no curso da instrução.

51. Sendo assim, também quanto à ausência de previsão legal para o credenciamento realizado pela Infraero, não há plausibilidade jurídica nos argumentos do representante.

52. Acerca da suscitada ausência, no credenciamento realizado pela Infraero, de mecanismos objetivos e isonômicos para distribuição da demanda entre os contratados, a regra advém do inciso II do Parágrafo Único do art. 79 da Lei 14.133/2021, quando diz que, nos casos de contratações paralelas e não excludentes, nos quais é viável e vantajosa para a administração a realização de **contratações simultâneas e padronizadas**, quando o objeto não permitir a contratação imediata e simultânea de todos os credenciados, deverão ser adotados **critérios objetivos de distribuição da demanda**.

53. Todavia, nos termos já defendidos anteriormente, a contratação do fornecimento de vales refeição e alimentação se enquadra no inciso II do *caput* do art. 79 da Lei 14.133/2021, e o inciso II do Parágrafo Único desse artigo se aplica somente na hipótese do inciso I do *caput* do artigo. Isso por uma razão óbvia. Se a seleção do contratado está a cargo do beneficiário direto da prestação, não faz sentido a contratante adotar critérios objetivos de distribuição da demanda, até mesmo porque, no caso em questão, ocorre a contratação imediata e simultânea de todos os credenciados. Sendo assim, não há razão para se falar mais em distribuição equânime da demanda pela administração, inclusive porque não há uma distribuição propriamente dita, mas um processo de escolha, livre, pelos beneficiários dos serviços, entre os credenciados e contratados pela administração.

54. Nesses termos, entende-se que, com relação a este ponto, não há plausibilidade jurídica nos argumentos do representante.

55. Por fim, no tocante à possível violação aos princípios da publicidade e da isonomia no processo de escolha pelos beneficiários, o representante destaca que nem o edital nem o termo de referência estabeleceram a forma como os usuários seriam informados a respeito das características de cada fornecedor, a fim de que pudessem tomar sua decisão, senão que os usuários teriam liberdade no processo de seleção. Aduz o representante que a Infraero esclareceu adicionalmente que as credenciadas deveriam encaminhar um *link* com acesso ao portal da própria empresa e disponibilizar um 0800 ou telefone para contato, e que a divulgação para os empregados seria livre e *on-line*, no próprio portal da empresa credenciada. Preocupa ao representante a possibilidade de que campanhas de marketing mais agressivas possam favorecer escolhas que não sejam as mais benéficas para a administração.

56. Nos moldes do que se tem defendido, as empresas que atenderem aos requisitos quanto à rede credenciada e a outros critérios estabelecidos em edital são consideradas aptas para serem contratadas pela administração. Cabe aos usuários dos serviços, a par das particularidades e dos benefícios extras que diferenciam as empresas credenciadas, selecionar a que melhor atenda às suas necessidades individuais. De tal modo que, ficaria mesmo sob a responsabilidade das empresas credenciadas divulgarem os benefícios de que dispõem, recorrendo para tal fim à expertise que detêm do mercado, sem necessidade de disposições a respeito de tais procedimentos no edital.

57. Nessa linha, entende-se que, com relação a este ponto, também não há plausibilidade jurídica nos argumentos do representante.

58. Não se pode esquecer que o modelo é mesmo recente e que, certamente, carece de aprimoração. Porém se entende que, à medida que forem sendo realizados mais credenciamentos para este fim, as regras de funcionamento tendem a se consolidar e a se incorporar às práticas das instituições. Fazendo-se um comparativo com a escolha de planos de saúde pelos usuários, entre aqueles previamente selecionados pela administração, a participação de entidades representativas dos servidores, empregados e demais colaboradores nas discussões tende a agregar valor no processo de seleção das empresas credenciadas pelos beneficiários dos serviços.

59. Diante do exposto, propõe-se indeferir o pedido de medida cautelar, uma vez ausente o pressuposto da plausibilidade jurídica, essencial para sua concessão, e caracterizado o perigo da demora reverso.

60. Os elementos dos autos, ademais, permitem desde já que se aprecie o mérito da presente representação, como sendo **improcedente**.

E. IMPACTO DOS ENCAMINHAMENTOS PROPOSTOS

Haverá impacto relevante na Unidade Jurisdicionada e/ou na sociedade, decorrente dos encaminhamentos propostos?	Não
---	-----

F. PEDIDO DE INGRESSO AOS AUTOS, DE INFORMAÇÕES/VISTAS/CÓPIAS, E DE SUSTENTAÇÃO ORAL

Há pedido de <u>ingresso aos autos</u> ?	Não
--	-----

Há pedido de <u>informações/vistas/cópia</u> do processo?	Não
---	-----

Há pedido de <u>sustentação oral</u> ?	Não
--	-----

G. PROCESSOS CONEXOS E APENSOS

Há processos conexos noticiando possíveis irregularidades na contratação ora em análise?	Não
--	-----

Há processos apensos?	Não
-----------------------	-----

H. PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

61. Em virtude do exposto, propõe-se:

61.1. **conhecer** da **representação**, satisfeitos os requisitos de admissibilidade constantes no art. 87, § 2º, da Lei 13.303/2016, c/c o art. 237, inciso VII e parágrafo único, do Regimento Interno/TCU, e no art. 103, § 1º, da Resolução - TCU 259/2014;

61.2. No mérito, considerar a presente representação **improcedente**;

61.3. **indeferir** o pedido de concessão de medida **cautelar** formulado pelo representante, tendo em vista a inexistência dos elementos necessários para sua adoção;

61.4. **informar** à Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária e ao representante do acórdão que vier a ser proferido, destacando que o relatório e o voto que fundamentam a deliberação ora encaminhada podem ser acessados por meio do endereço eletrônico www.tcu.gov.br/acordaos; e

61.5. **arquivar** os presentes autos, nos termos do art. 250, I, c/c art. 169, II, do Regimento Interno deste Tribunal.”

É o relatório.

VOTO

Trata-se de representação formulada pela empresa VR Benefícios e Serviços de Processamento S.A. acerca de possíveis irregularidades no Credenciamento 1/ADLI-4/Sede/2022, conduzido pela Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero).

2. O objeto da contratação é o credenciamento de empresas especializadas para prestação de serviços de gerenciamento, implementação, administração e disponibilização de créditos em cartões eletrônicos/magnéticos, ou de tecnologia similar, nas modalidades refeição e alimentação, sob demanda, para os funcionários da estatal (peça 3, p. 52).

3. O processo já foi concluído, tendo sido credenciadas as empresas Ben Benefícios e Serviços Instituição de Pagamento S.A. (30.798.783/0001-61), Ifood Benefícios e Serviços Ltda. (33.157.312/0001-62), Sodexo Pass do Brasil Serviços e Comércio S.A. (69.034.668/0001-56), Ticket Serviços S.A. (47.866.934/0001-74) e VR Benefícios e Serviços de Processamento S.A. (02.535.864/0001-33).

4. Após a fase de habilitação (peça 3, p. 158-159), foram autorizadas a assinar contratos as empresas Sodexo, Ticket e VR, as duas últimas com fundamento no princípio da razoabilidade, em razão de que não haviam apresentado o quantitativo mínimo de estabelecimentos exigido para determinadas localidades. As empresas Ifood e Ben foram desqualificadas. A primeira por ter apresentado rede de atendimento “aberta”; a segunda por não ter demonstrado sua rede de atendimento tempestivamente.

5. Em síntese, a representante sustenta a ilegitimidade da utilização do credenciamento para a contratação de fornecimento de vales alimentação e refeição. Tal decorreria da plena viabilidade de competição e da desnecessidade de atendimento por várias empresas ao mesmo tempo, as duas condições consideradas fundamentais para o emprego do credenciamento, à luz do art. 30, II, da Lei 13.303/2016.

6. No mesmo sentido, considera impossível a aplicação do art. 79 da Lei 14.133/2021 às estatais, porquanto o caso concreto não se revestiria das mesmas especificidades verificadas no precedente do Acórdão 533/2022-TCU-Plenário, adiante comentado, ainda que este Tribunal tenha admitido a aplicação analógica do aludido dispositivo às estatais.

7. Afirma ainda não haver vantagem para a Administração na contratação concomitante de diversas empresas e aponta ausência de mecanismos isonômicos de garantia de publicidade na seleção entre as empresas credenciadas para a efetiva prestação dos serviços, com a possibilidade de alguns contratados não serem demandados.

8. Por fim, registra a habilitação de empresas “com ressalvas”, procedimento não previsto em edital e realizado apenas para “salvar” propostas e evitar que fosse credenciada apenas uma empresa.

9. Por tais motivos, pede o deferimento de medida cautelar para determinar à Infraero que se abstenha de assinar os contratos decorrentes do credenciamento, ou, caso já tenham sido assinados, para impedir a realização do procedimento de escolha das empresas pelos beneficiários, até o julgamento do mérito da representação.

10. No mérito, pugna pelo julgamento pela procedência da representação, o reconhecimento das irregularidades, a revogação do credenciamento e a realização de procedimento licitatório para a contratação dos serviços.

11. A Selog considera as informações disponíveis insuficientes para aferir o perigo da demora, porém atesta o perigo da demora reverso, tendo em vista a proximidade do fim da vigência do contrato atual, o qual não pode mais ser prorrogado.

12. Quanto à plausibilidade jurídica, a unidade instrutora trata inicialmente da acusação de habilitação “com ressalva”. Considera razoável o procedimento adotado pela comissão de credenciamento, ao se pautar pelo princípio do formalismo moderado, ampliando o prazo para que as empresas pudessem comprovar as respectivas redes credenciadas. Nesse sentido, afirma não haver plausibilidade jurídica na alegação.

13. Com relação ao questionamento do credenciamento enquanto instrumento de contratação do objeto em exame, a Selog destaca que, a partir do Decreto 10.854/2021 e da Medida Provisória 1.108/2021, proibiu-se o deságio na contratação de vales refeição e alimentação, ou taxa de administração negativa aplicada sobre valor dos aludidos benefícios. Com isso, inviabilizou-se o emprego do critério de julgamento do menor preço, em que as empresas competiam ofertando as menores taxas.

14. Por outro lado, o julgamento pela melhor técnica também ensejaria problemas. As empresas ofereceriam os seus benefícios adicionais a serem utilizados como diferenciais de propostas. Contudo, o estabelecimento de critérios para pontuar, comparar e ranquear tais benefícios seria altamente complexo, envolveria subjetividade e tornaria o certame mais demorado e suscetível a recursos.

15. Assim, o credenciamento surgiria como uma terceira alternativa. Nesse modelo, a Infraero credenciaria as empresas que preenchem os requisitos previstos em edital, mas a efetiva escolha ficaria a cargo do usuário. A prática estaria amparada no art. 79, inc. II, da Lei 14.333/2021, em aplicação analógica às estatais, o que já teria sido admitido por este Tribunal (Acórdão 533/2022-TCU-Plenário).

16. Com relação à preocupação da empresa com a inexistência de critérios objetivos para os procedimentos de escolha por parte dos usuários, a Selog considera que embora fosse desejável alguma regulamentação prévia pela Administração, tal matéria transcenderia as regras do edital, “cabendo mesmo às credenciadas divulgarem seus benefícios de acordo com a *expertise* que detêm do mercado em que atuam e, assim, conquistarem a adesão”.

17. A Administração seria responsável apenas por realizar o credenciamento segundo critérios objetivos, isonômicos e imparciais. A partir de então, sendo a escolha das prestadoras de responsabilidade dos usuários, não haveria falar em objetividade na distribuição da demanda.

18. Uma vez credenciadas, caberia às empresas fazer uso da sua *expertise* de mercado para encontrar maneiras mais eficientes de informar os clientes sobre os seus benefícios e tentar captá-los. Não caberia ao edital intrometer-se em tais procedimentos.

19. Da mesma maneira, a Selog afasta o argumento de que o credenciamento não poderia ser utilizado porque as empresas poderiam competir nos benefícios adicionais. Para a unidade instrutora, além de tais benefícios transbordarem o objeto principal da contratação (vales alimentação e refeição), não podem ser objetivamente parametrizáveis a fim de formar um critério de comparação e julgamento.

20. A Selog discorda ainda da alegação de impossibilidade de enquadramento da prática ao art. 79, da Lei 14.333/2021, afirmando que a contratação se subsume perfeitamente no inciso II do referido art. 79, “o credenciamento poderá ser usado nas seguintes hipóteses de contratação: (...) II - com seleção a critério de terceiros: caso em que a seleção do contratado está a cargo do beneficiário direto da prestação”.

21. Diante disso, a unidade instrutora propõe indeferir o pedido cautelar, uma vez ausente o pressuposto da plausibilidade jurídica. Ao mesmo tempo considera a representação improcedente em seu mérito.

22. Concordo com a análise empreendida pela Selog, cujos fundamentos incorporo às minhas razões de decidir.
23. O credenciamento tem sido a alternativa encontrada pela Administração Pública para contratar serviços de gerenciamento e fornecimento de vales alimentação e refeição após a proibição do emprego da taxa de administração negativa, veiculada no Decreto 10.854/2021 e na Medida Provisória 1.108/2021.
24. Até então o objeto era licitado pelo critério de julgamento do menor preço, e vencia a empresa que fornecesse a menor taxa de administração, inclusive negativa. A impossibilidade de uso de tal critério doravante impõe à Administração o dever de encontrar modelos alternativos.
25. Trata-se de um problema recente, cuja solução demanda contemporização entre vantagens e desvantagens de cada uma das possibilidades, atenta aos princípios norteadores das contratações públicas.
26. Dessa maneira, embora não coincida com as hipóteses ordinárias de inexigibilidade previstas na Lei 13.303/2016, tratadas no Acórdão 351/2010-TCU-Plenário, cujos pressupostos centrais são a impossibilidade de competição e a necessidade da prestação de serviços por diversos prestadores concomitantes, é necessário reconhecer a subsunção da situação ao credenciamento previsto no art. 79, inciso II, da Lei 14.133/2021: “Art. 79. O credenciamento poderá ser usado nas seguintes hipóteses de contratação: II - com seleção a critério de terceiros: **caso em que a seleção do contratado está a cargo do beneficiário direto da prestação**”.
27. Trata-se exatamente da hipótese ora avaliada. A Administração limitar-se-á a credenciar as empresas que atenderem as condições mínimas do edital, para que então os beneficiários dos vales refeição e alimentação, de acordo com as suas preferências, escolham o prestador.
28. A propósito, reitero trecho do voto de autoria do Ministro Antônio Anastasia, em que este Tribunal reconheceu a possibilidade de aplicação analógica da Lei 14.133/2021 às estatais em situação similar:
- Acórdão 533/2022-TCU-Plenário.
- “15. Apesar de a Lei 14.133/2021 não se aplicar às sociedades de economia mista, regidas pela Lei 13.303/2006, é razoável admitir que as novas regras de flexibilização e busca de eficiência dos processos seletivos para contratações públicas, ao serem aprovadas pelo Poder Legislativo para aplicação no âmbito da administração direta, autárquica e fundacional - de rito administrativo mais rigoroso -, podem, e devem, ser estendidas, por analogia, às sociedades de economia mista, que, sujeitas ao regime de mercado concorrencial, exigem, com mais razão, instrumentos mais flexíveis e eficientes de contratação. Assim, embora o credenciamento não esteja previsto expressamente na Lei 13.303/2006, é razoável admitir, na espécie, a aplicação analógica das regras previstas nos arts. 6º, XLIII, e 79, da Lei 14.133/2021 às empresas estatais.”
29. Nesse sentido, não se observa impeditivo ao uso do credenciamento na forma realizada pela Infraero.
30. Quanto à preocupação da representante com os critérios de distribuição da demanda, regras para abordagem e captação de clientes, também acompanho a unidade instrutora porque não vislumbro riscos ao interesse público.
31. Os requisitos do edital devem, em princípio, objetivar o credenciamento das empresas que atendam as condições necessárias ao atendimento das necessidades mínimas dos beneficiários, as quais devem ser levantadas na fase de planejamento da contratação.
32. Todavia, após o credenciamento, cabe às empresas pensar em formas de captar clientes. Nesse sentido, o edital sugere que os benefícios podem constar nos próprios *sites* das contratadas. Embora a falta de previsibilidade sobre o tamanho efetivo da carteira de clientes possa assustar e ser

motivo de preocupação para as empresas neste momento, em que o modelo está se iniciando, pode, por outro lado, ser um fator importante de concorrência em benefício dos usuários.

33. Diante da competição entre prestadores, há tendência de as empresas fornecerem condições mais vantajosas para captar clientes. A que não as oferecer provavelmente perderá espaço.

34. Se, por um lado, a imprevisibilidade impõe maior risco para a empresa, por outro privilegia o usuário e, por via indireta, a Administração Pública. Além disso, mais importante, não constitui ofensa ao interesse público.

35. Considero legítima a preocupação da representante com publicidade e transparência na escolha por parte dos beneficiários, para evitar que a própria Administração, eventualmente, ofereça espaços de *marketing* diferenciados a determinadas empresas, em detrimento de outras, ofendendo os princípios da pessoalidade e da isonomia.

36. Entretanto, trata-se de preocupação em tese, não aferida a partir de ocorrência real. Por essa razão, reputo desnecessário e contraproducente, neste momento, impor qualquer gravame regulatório sobre o procedimento, que em princípio deve ser norteado pela liberdade de escolha dos beneficiários segundo as ofertas que mais lhe agradarem.

37. De todo modo, a Infraero receberá cópia desta decisão e tomará, portanto, ciência da preocupação aqui lançada, podendo adotar as cautelas no sentido de evitar a concessão de benefícios indevidos e diferenciados entre as empresas credenciadas.

38. Em face do exposto, reitero a minha concordância com a proposta da unidade instrutora. Nessa medida, deve-se conhecer a representação, considerá-la improcedente e indeferir a medida cautelar solicitada, por ausência de plausibilidade jurídica.

TCU, Sala das Sessões, em 13 de setembro de 2022.

Ministro BRUNO DANTAS
Relator

ACÓRDÃO Nº 5495/2022 – TCU – 2ª Câmara

1. Processo nº TC 016.816/2022-6.
2. Grupo I – Classe de Assunto: VI – Representação.
3. Interessados/Responsáveis: não há.
4. Unidade Jurisdicionada: Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária.
5. Relator: Ministro Bruno Dantas.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas (Selog).
8. Representação legal: Caique Ribeiro de Carvalho (457138/OAB-SP), Ana Cândida Lemos de Mello Carvalho (208.187/OAB-SP) e outros, representando VR Benefícios e Serviços de Processamento Ltda.

9. Acórdão:

VISTA, relatada e discutida esta representação, com pedido de adoção de medida cautelar, sobre possíveis irregularidades no Credenciamento 1/ADLI-4/Sede/2022, conduzido pela Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária, com vistas à credenciamento de empresas especializadas para prestação de serviços de gerenciamento, implementação, administração e disponibilização de créditos em cartões eletrônicos/magnéticos, ou de tecnologia similar, nas modalidades refeição e alimentação, sob demanda, para os funcionários da estatal,

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão da Segunda Câmara, ante as razões expostas pelo relator, em:

9.1. com fundamento no art. 87, § 2º, da Lei 13.303/2016, c/c os arts. 235 e 237, inciso VII, do Regimento Interno deste Tribunal, e no art. 103, § 1º, da Resolução-TCU 259/2014, conhecer a representação e considerá-la improcedente;

9.2. indeferir o pedido de concessão de medida cautelar;

9.3. dar ciência deste acórdão à Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária e à representante.

10. Ata nº 32/2022 – 2ª Câmara.

11. Data da Sessão: 13/9/2022 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-5495-32/22-2.

13. Especificação do quórum:

13.1. Ministros presentes: Aroldo Cedraz (na Presidência), Bruno Dantas (Relator) e Antonio Anastasia.

(Assinado Eletronicamente)
AROLDO CEDRAZ
na Presidência

(Assinado Eletronicamente)
BRUNO DANTAS
Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)
LUCAS ROCHA FURTADO
Subprocurador-Geral