



PREFEITURA MUNICIPAL DE ARARAQUARA

**EDITAL DE PREGÃO PRESENCIAL Nº 027/2023 RETIFICADO PELOS TC-018741.989.23-0, TC-018832.989.23-0 e TC018876.989.23-7
PROCESSO LICITATÓRIO Nº 3772/2023**

Araraquara, 08 de DEZEMBRO de 2023.

Vimos, através deste, tendo em vista impugnação interposta pela empresa LE CARD ADMINISTRADORA DE CARTÕES LTDA, em relação ao Pregão Presencial cujo objeto é a CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE IMPLANTAÇÃO, ORGANIZAÇÃO, GERENCIAMENTO E ADMINISTRAÇÃO DE SISTEMA AUXÍLIO ALIMENTAÇÃO POR MEIO DE CARTÃO ELETRÔNICO INDIVIDUALIZADO COM FORNECIMENTO MENSAL PARA OS SERVIDORES MUNICIPAIS ATIVOS E INATIVOS DA PREFEITURA MUNICIPAL DE ARARAQUARA/SP, CONFORME DESCRIÇÕES E ESPECIFICAÇÕES CONSTANTES DO TERMO DE REFERÊNCIA E DEMAIS ANEXOS DO PRESENTE EDITAL, expor o que segue:

Trata-se do Edital que tem por objeto contratação de empresa especializada para prestação de serviços de implantação, organização, gerenciamento e administração de sistema auxílio alimentação por meio de cartão eletrônico individualizado com fornecimento mensal para os servidores municipais ativos e inativos da Prefeitura.

Dentre as disposições da licitação, constatou-se a seguinte improbidade:

EDITAL 09.04.01. Como critério de desempate, se houver uma licitante nas condições albergadas pela Lei Complementar 123/2006, deverá ser outorgado a ela o direito de preferência. Todavia, havendo duas proponentes nessa condição de ME ou EPP, haverá sorteio entre elas. Verificando-se ainda, que não há microempresa e pequena empresa na situação em testilha, mas permanecendo o empate real entre as demais empresas, serão adotados os critérios de desempate preconizados no artigo 3º, § 2º da Lei 8.666/1993.

Nesta licitação a ocorrência de empate real entre todos os participantes é presumida.

Portanto, conferir o direito de preferência para micro e pequenas empresas através da aplicação do “empate ficto”, além de inviável, direcionará a licitação para as ME/EPP.

3 – MÉRITO

3.1 – Preferência para ME e EPP não aplicável nas licitações em que é vedada taxa negativa. Empate real presumido. Direcionamento de licitação.

O legislador escolheu privilegiar as microempresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP) nas contratações públicas. Esta preferência é conferida com a possibilidade de habilitação diferida, a criação do empate ficto e processo licitatório de participação exclusiva delas, etc. É como previsto na Lei Complementar 123/2006, por exemplo, em seus artigos 42, 43, 44 e 48. São estas condições especiais que caracterizam a preferência das ME e EPP nas contratações públicas. E são somente elas que podem ser aplicadas.

O dever de conferir preferência às pequenas empresas não equivale a uma carta branca para o gestor público estipular critérios sem analisar os efeitos concretos de sua escolha na licitação.



PREFEITURA MUNICIPAL DE ARARAQUARA

Desde o advento da Nova LINDB, com as alterações promovidas no Decreto-Lei n. 4.567/42 pela Lei n. 13.655/2018, o Gestor Público tem o dever de considerar os efeitos práticos de sua decisão. Não se decidirá sem avaliar as consequências concretas do ato:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018) (Regulamento) Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

Qual será o efeito concreto da manutenção do critério de desempate do item? Veja-se que, mesmo em caso de empate real, determina-se a convocação de MEs e EPPs para que apresentem a “melhor proposta”. Esta melhor proposta não existe. É que a administração licita objeto cuja proposta, por vedações legais, não pode ser oferecida com Taxa de Administração negativa:

5.1.2. Não serão aceitas taxas negativas (descontos), de acordo com o artigo 175 do Decreto 10.854 de 10/11/2021 e inciso T do artigo 3º da MPV 1.108 de 25/03/2022, sendo permitida a taxa 0% (zero). Termo de Referência

Se é vedada a apresentação de taxa negativa, as participantes têm seu leque de propostas obliterado e oferecerão todas a mesma proposta: a taxa zero. Assim, a manutenção deste critério de preferência significará sempre a contratação de uma ME ou EPP.

Foi como se manifestou o Tribunal de Contas de Santa Catarina (TCE/SC) no processo REP 1900021401:

Nesse diapasão, constata-se que, quando o objeto licitatório for a contratação de fornecimento de vale alimentação, e o edital prever a proibição de taxa negativa, não se pode aplicar as hipóteses de preferências contidas na LC 123/06, senão sempre será vencedora uma ME/EPP.

Com a proibição de apresentação de taxa negativa ocorrerá o empate na taxa mínima admitida de 0% (zero por cento), impossibilitando a apresentação de proposta de valor inferior pelas ME/EPP. Assim, conclui-se que, no caso de proibição de apresentação de taxa de administração negativa, o sorteio deverá ocorrer entre todas as empresas licitantes o sorteio deverá ocorrer entre todas as empresas licitantes não se aplicando as regras da LC123/06, sob pena de isonomia e competitividade do certame.

Além disso, como é vedada a apresentação de proposta com taxa negativa, não existe qualquer vantagem no sorteio entre as ME e EPP para que apresentem nova proposta. Elas não poderão apresentar proposta com valor inferior. Atrai-se, portanto, a aplicação do art. 49, inciso III, da LC 123/06:

Art. 49. Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando: (...) III - o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado;

Por isso se requer a remoção do item do edital que determina a aplicação do “empate ficto” antes dos demais critérios de desempate.



PREFEITURA MUNICIPAL DE ARARAQUARA

4 – DOS PEDIDOS E REQUERIMENTOS:

Isto posto e preenchidos os requisitos legais, PUGNA A PETICIONANTE pelo recebimento da presente impugnação para que seja processada e julgada por esta d. Pregoeira, exercendo o juízo de mérito e retratação, conforme prescreve o Art. 41 da Lei 8.666/93, para que:

- a) Seja retificado o item 09.04.01 e o item 11.04 a fim de que seja excluída a PREFERÊNCIA DAS MICROEMPRESAS OU EMPRESAS DE PEQUENO PORTE, oportunizando a livre e ampla competição dos licitantes;
- b) 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;
- c) Por fim, 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.

Recebida a impugnação, passemos a analisá-la, visto que tempestiva.

De fato, o edital em tela foi paralisado pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo para exame do mesmo, tendo em vista, dentre outros motivos, o critério de desempate.

Após argumentações da Administração sobre os critérios adotados, a Ilma. Conselheira, em relação aos **TCs 018741.989.23-0, 018832.989.23-0 e 018876.989.23-7**, ilustrando sua decisão com o TC-007050.989.23-5, em Sessão Plenária de 19/04/2023, determinou a Administração que assegurasse o direito de preferência para micro e pequenas empresas, estabelecido na Lei Complementar nº 123/2006, também no caso de empate real de propostas.

Portanto, o critério adotado neste edital retificado foi determinado, justamente, pelo E. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, nos TCs acima mencionados.

Face ao exposto, nega-se provimento à presente impugnação, mantendo o edital em todos os seus termos.

EDSON SANTOS DA SILVA

Pregoeiro