



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 M&S SERVIÇOS ADMINISTRATIVOS 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 AUXILIO 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:

Da Impossibilidade de Aplicação do Direito de Preferência como Critério de Distinção no Sorteio entre as Licitantes ante a Falta de Amparo Legal e da Necessária Observância ao Disposto no Artigo 45, § 2º da Lei de Licitações.

O item 09.04.01 do Edital estabelece como critério de desempate a outorga do direito de preferência às microempresas, empresas de pequeno porte, sendo que, na hipótese de existência de duas empresas nessa condição haverá o sorteio apenas entre elas, nos seguintes termos:

“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.” (Grifou-se)

Ocorre que, com todo respeito, mas esse dispositivo mostra-se maculado por vício insanável, haja vista que a benesse da Lei às MEs e EPPs está relacionada ao empate FICTO e não ao empate REAL, justamente em razão da impossibilidade de proposição de taxa negativa.

Essa vedação encontra amparo legal na LEI Nº 14.442, DE 2 DE SETEMBRO DE 2022 que proibiram o deságio na contratação de vales refeição e alimentação ou o uso da taxa de administração negativa aplicada sobre o valor dos aludidos benefícios.



PREFEITURA MUNICIPAL DE ARARAQUARA

Deste modo, registre-se que se todas as empresas presentes na sessão se limitarem a apresentar taxa de administração de 0,00% (zero por cento), tendo em vista a vedação legal suscitada não haverá que se falar em empate FICTO neste caso e, conseqüentemente, em direito de preferência da LC 123/06, mas, tão somente, empate REAL, justamente em face da impossibilidade de as licitantes ofertarem taxas mais vantajosas do que o percentual zerado.

Assim, tem-se que primeiramente devem ser analisados os critérios de desempate e, posteriormente, permanecendo o empate, deverá ser realizado o sorteio entre todas as empresas, sem preferência para ME/EPP.

Nesse sentido é o parecer da Zenite exarado para a Superintendência Regional da Receita Federal (10ª Região Fiscal) aduzindo que na hipótese de empate REAL (não o FICTO) deve haver o sorteio entre todos os licitantes, sem distinção:

“Como originariamente o certame não teve uma vencedora, haja vista a condição de empate real inicialmente verificada entre as propostas, essa previsão não tem como ser aplicada. Diante disso, não restará alternativa para a Administração senão proceder ao desempate nos termos da Lei nº 8.666/93 (art. 3º, incs. II e IV, art. 45, § 2º). Em vista do exposto, conclui-se que havendo o empate real (não ficto) entre a proposta de uma microempresa e a oferta de uma grande empresa, a microempresa não será de plano considerada vencedora. Cumpra à Administração convocá-la para exercer o direito de preferência previsto pela Lei Complementar nº 123/06 e oferecer lance inferior. Se nenhuma licitante beneficiada por esse direito exercer essa prerrogativa, o desempate deverá ser feito nos moldes da Lei nº 8.666/93, o que, geralmente, exigirá o sorteio.” (grifou-se)

O mesmo parecer foi citado pela Câmara Municipal de Descalvado/SP, citando o TCE/SC em caso idêntico ao presente:

“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” (grifou-se)

O que se percebe in casu, é que, mesmo que a lei determine que as microempresas e empresas de pequeno porte devam ter preferência nas contratações, isso só será feito nos casos em que tais empresas possam dar lances mais benéficos para a Administração Pública, o que não ocorre no presente caso. Posto isto, uma vez que não há disputa de lances, o critério de desempate a ser considerado OBRIGATORIAMENTE é o do sorteio em ato público entre todos os licitantes, sendo, inclusive, VEDADO qualquer outro processo, conforme determina o artigo 45, §2º da Lei Federal nº. 8.666/93:



PREFEITURA MUNICIPAL DE ARARAQUARA

Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

(...) § 2º No caso de empate entre duas ou mais propostas, e após obedecido o disposto no § 2º do art. 3º desta Lei, a classificação se fará, obrigatoriamente, por sorteio, em ato público, para o qual todos os licitantes serão convocados, vedado qualquer outro processo.

Destarte, observa-se que nos casos de empate, PRIMEIRAMENTE DEVEM SER ANALISADOS OS CRITÉRIOS DE DESEMPATE E, POSTERIORMENTE, PERMANECENDO O EMPATE, SERÁ REALIZADO O SORTEIO PÚBLICO ENTRE TODAS AS PROPONENTES, SEM PREFERÊNCIA PARA ME/EPP, nos termos estabelecidos no artigo 45, § 2º da Lei de Licitações, o que não ocorre no presente caso. A licitação constitui em um procedimento vinculado a lei, isto é, todas as fases do procedimento licitatório estão rigorosamente baseadas na lei.

O descumprimento de qualquer formalidade legal ou regulamentar acarreta na nulidade do procedimento. O Princípio da Legalidade vincula os licitantes e a Administração Pública às regras estabelecidas nas normas e princípios em vigor. Todavia, na presente sessão não foram observados os critérios exigidos na legislação.

Por sua vez, artigo 3º, caput e § 1º, inciso I da Lei de Licitações estabelece a seguinte vedação:

“Art. 3º - A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. §1º É vedado aos agentes públicos: I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato (...) (grifou-se)

O Princípio da Isonomia assegura a equalização das normas e dos procedimentos jurídicos entre os indivíduos, garantindo que a Lei seja aplicada a todos de forma igualitária. Porém, data venia, mas, o Edital ao não estabelecer os critérios de desempate entre TODAS empresas participantes, tratou de maneira desigual os licitantes.



PREFEITURA MUNICIPAL DE ARARAQUARA

Dessa forma, com igual respeito, o critério obrigatório de desempate do sorteio público entre todos os licitantes, disposto no artigo 45, § 2º c/c artigo 3º da Lei Federal nº 8.666/93 não foi observado no ato convocatório, o que macula o presente certame de nulidade, pois fere o Princípio Constitucional da Legalidade e os Princípios da Isonomia, da Ampla Competitividade e da Vinculação ao Edital.

Requer seja dado provimento à presente Impugnação para determinar a retificação do Edital em epígrafe acerca do critério de desempate para estabelecer o sorteio, em estrita observância ao que determina o artigo 45, § 2º da Lei Federal nº 8.666/93 e o Princípio Constitucional da Legalidade, nos termos do artigo 37, caput da CF e artigo 3º da Lei de Licitações

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