



PREFEITURA MUNICIPAL DE ARARAQUARA

RESPOSTA À IMPUGNAÇÃO

EDITAL DE PREGÃO PRESENCIAL Nº 027/2023
PROCESSO LICITATÓRIO Nº 3772/2023
DE: 13 de setembro de 2023
GUICHÊ: 32.853/2023

Araraquara, 22 de SETEMBRO de 2023.

Vimos, através deste, tendo em vista impugnação interposta pela empresa ROMCARD ADMINISTRADORA DE CARTÕES LTDA - EPP, 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:

FUNDAMENTAÇÃO DA INEXISTÊNCIA DO QUANTITATIVO NECESSÁRIO DE ESTABELECIMENTOS PARA ATENDIMENTO AO EDITAL O item 15.05.02.02 do edital prevê que a licitante vencedora deverá, por ocasião da assinatura do contrato, contar com 6 (seis) hipermercados credenciados, sendo 3 (três) deles localizados no município de Araraquara/SP:

“15.05. Para a assinatura do contrato a licitante vencedora deverá: 15.05.01. Quando da convocação para assinatura do contrato a empresa vencedora deverá fazer apresentação do sistema, de acordo com as especificações contidas no objeto e termo de referência em local a ser marcado pela comissão de licitação. 15.05.02. O contrato deverá prever o credenciamento de estabelecimentos comerciais, conforme exigido abaixo:

15.05.02.01. Credenciamento de estabelecimentos comerciais conveniados com o serviço de vale alimentação nas seguintes quantidades: mínimo de 120 (cento e vinte) estabelecimentos comerciais (supermercados, mercados, mercearias, açougues, hortifrutigranjeiros e etc) conveniados no Município de Araraquara.

15.05.02.02. No mínimo 6 (seis) hipermercados, de grupos diferentes, credenciados no raio de 100 km da sede da Prefeitura, sendo que 3 (três) Hipermercados deverão estar no município de Araraquara. 15.05.02.03. No mínimo 100 (cem) estabelecimentos (supermercados, mercados, mercearias, açougues, hortifrutigranjeiros e etc) credenciados e ativos no raio de 100km da sede da Prefeitura.” (Grifou-se) O referido item do edital motivou o pedido que resultou no Esclarecimento nº III, dada a escassez de estabelecimentos desta espécie na área geográfica prevista pelo edital, questionando a quais estabelecimentos a Administração Pública se refere com a expressão hipermercado, cujo trecho de resposta se colaciona abaixo: “1 – Tendo em vista a especificidade da rede de Hipermercados solicitados no município de Araraquara/SP, conforme item abaixo, solicitamos esclarecimento sobre quais são os estabelecimentos considerados Hipermercado no entendimento da Prefeitura, e por gentileza, citar exemplos do município. “15.05.02.02. No mínimo 6 (seis) hipermercados, de grupos diferentes, credenciados no raio de 100 km da sede da Prefeitura, sendo que 3 (três) Hipermercados deverão estar no município de Araraquara.”

ESCLARECIMENTO: Considera-se hipermercados no Município de Araraquara: Havan Lojas de Departamentos LTDA, Centerlar Comércio de Utilidades LTDA e Atacadão S/A.” Segundo o Esclarecimento III, estão entre os exemplos de hipermercado a Havan, que como diz seu próprio nome acima citado se trata de loja de departamentos, e a Centerlar, que é estabelecimento comercial da área de materiais de construção, supramencionado como comércio de utilidades. O atendimento a áreas de comércio diversas do comércio de alimentícios pelos estabelecimentos em questão motivou o pedido com resposta pelo Esclarecimento V, cuja resposta reiterou o Esclarecimento III: “QUESTÃO: Para fins de cumprimento da rede credenciada, conforme esclarecimento disponibilizado no Portal da Prefeitura, será aceito redes de comércios em geral como Hipermercados? Uma vez que a Havan Lojas de Departamentos LTDA e



PREFEITURA MUNICIPAL DE ARARAQUARA

Centerlar Comércio de Utilidades LTDA e considerando que estas não possuem CNAE de hipermercado, serão aceitos CNAEs de supermercados e/ou atacados para cumprimento da exigência de Hipermercado? RESPOSTA: Conforme exposto no ESCLARECIMENTO III, consideram-se hipermercados no Município de Araraquara: Havan Lojas de Departamentos LTDA, Centerlar Comércio de Utilidades LTDA e Atacadão S/A. Para tanto, seguem em anexo os CNAEs das empresas mencionadas. Era o que tínhamos a esclarecer.” Ainda que ambos os estabelecimentos comerciais mencionados no Esclarecimento III tecnicamente possuam como atividade principal ou secundária informada à Receita Federal a atuação como hipermercado, como seus próprios nomes sugerem, e como é de conhecimento público, estes não têm como foco o comércio de alimentícios, e não se encontram cadastrados como fornecedores junto ao PAT (Programa de Alimentação ao Trabalhador). Na prática, a aceitação de cartão de alimentação nos referidos estabelecimentos implicaria na aquisição de roupas, acessórios para casa e até eletrodomésticos e materiais de construção, destinação diversa da pretendida pelo legislador com a criação do vale alimentação.

Verifica-se então que os estabelecimentos comerciais Havan e Centerlar não se prestam ao credenciamento para os fins buscados pelo edital, o que implica na impossibilidade de atender a exigência em comento, dada a ausência do quantitativo mínimo necessário de hipermercados no município. Sendo impossível o atendimento da exigência do edital, está o edital, caso mantido com sua redação original, eivado de vício formal que pode acarretar sua anulação, frustrando o intento da Administração Pública e prejudicando o erário, violando ainda os princípios da isonomia e da escolha da proposta mais vantajosa, que devem orientar a condução dos certames. Contudo, se a exigência do edital for alterada para hipermercados, atacados ou atacarejos, seu atendimento se torna possível, eis que como se infere da pesquisa anexa, existem vários estabelecimentos do gênero neste município. Assim sendo, é medida de direito a retificação do edital, para que de seu item 15.05.02.02 passe a constar a exigência de credenciamento de 6 (seis) hipermercados, atacados ou atacarejos, sendo 3 (três) no município de Araraquara, tornando possível o atendimento da exigência pelos licitantes.

DA APLICAÇÃO DA PREFERÊNCIA DE CONTRATAÇÃO E DOS CRITÉRIOS DE DESEMPATE O item 11.04 do edital explicitou que não será observada a preferência de contratação às Microempresas (ME) e Empresas de Pequeno Porte (EPP): “11.04. Nesta licitação NÃO se aplicará o critério de desempate como preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte, visto que, o valor igual ao estimado e taxa zero é financeiramente mais vantajoso para a Administração Pública, nos termos do art. 49, III da LC 123/2006.” Segundo a redação acima, a razão para não ser aplicada a prioridade legal seria que “o valor igual ao estimado e taxa zero” seria mais benéfico para o ente licitante, nos termos do inciso III do art. 49 da Lei Complementar nº 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;” De início registre-se que a exclusão da preferência as ME's e EPP's no caso em tela não implica em vantagem para a Administração Pública, eis que diversas licitantes que se enquadram nas referidas categorias, como é o caso da Impugnante, costumam oferecer taxa de administração de 0,0% em suas propostas, da mesma forma como as empresas de grande porte, como é de praxe no setor. O texto do item 11.04 do edital motivou as interrogações respondidas nos Esclarecimentos I, II e IV, que se limitaram a reiterar pela não observância da preferência, citando nas três oportunidades o mesmo dispositivo editalício. Ocorre, porém, que tendo em vista o princípio da legalidade, ao qual o ente licitante está subordinado, nos termos do art. 37 da CF/88, a observância da preferência de contratação às ME's e EPP's é medida que se impõe, eis que prevista no caput do art. 44 da Lei Complementar nº 123/06:

“Art. 44. Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte. (Vide Lei nº 14.133, de 2021) § 1º Entende-se por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada. § 2º Na modalidade de pregão, o intervalo percentual estabelecido no § 1º deste artigo será de até 5% (cinco por cento) superior ao melhor preço.” Apenas após conferida a preferência às ME's e EPP's, verificadas as hipóteses dos §§1º e 2º do art. 44 da Lei Complementar nº 123/06, de forma secundária, é que serão aplicados os requisitos de desempate previstos pelos incisos do §2º do art. 3º da Lei nº 8.666/93: “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



PREFEITURA MUNICIPAL DE ARARAQUARA

moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010) (...) § 2º Em igualdade de condições, como critério de desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços: II - produzidos no País; III - produzidos ou prestados por empresas brasileiras. IV - produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005) V - produzidos ou prestados por empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou para reabilitada da Previdência Social e que atendam às regras de acessibilidade previstas na legislação. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015) O item 9.04.01 e subitens trazem os mesmos critérios de desempate: “09.04.01. No caso de empate entre duas ou mais propostas, em igualdade de condições, como critério de desempate, será assegurada preferência, sucessivamente; 09.04.01.01 - produzidos no País; 09.04.01.02 - produzidos ou prestados por empresas brasileiras. 09.04.01.03 - produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País. 09.04.01.04 - produzidos ou prestados por empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social e que atendam às regras de acessibilidade previstas na legislação. 09.04.01.05 - No caso de empate entre duas ou mais propostas, e após obedecido o disposto no § 2º do art. 3º da Lei 8.666/93 (itens acima), a classificação se fará, obrigatoriamente, por sorteio, em ato público, para o qual todos os licitantes serão convocados, vedado qualquer outro processo.” A exceção a reprodução do texto da Lei nº 8.666/93 fica por conta do subitem 09.04.01.05, que traz a previsão de realização de sorteio entre todos os licitantes se a igualdade de condições persistir após a aplicação dos critérios de desempate. Ocorre que, de forma contrária ao previsto pelo subitem 09.04.01.05 e pelo item 11.04 acima citados, na hipótese de persistir o empate após a observância dos critérios do §2º do art. 3º da Lei nº 8.666/93, deve se proceder ao sorteio apenas entre as ME's e EPP's, como última alternativa, respeitando-se o disposto no inciso III do art. 45 da Lei Complementar nº 123/06:

“Art. 45. Para efeito do disposto no art. 44 desta Lei Complementar, ocorrendo o empate, proceder-se-á da seguinte forma: (Vide Lei nº 14.133, de 2021) I - a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada poderá apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame, situação em que será adjudicado em seu favor o objeto licitado; II - não ocorrendo a contratação da microempresa ou empresa de pequeno porte, na forma do inciso I do caput deste artigo, serão convocadas as remanescentes que porventura se enquadrem na hipótese dos §§ 1º e 2º do art. 44 desta Lei Complementar, na ordem classificatória, para o exercício do mesmo direito; III - no caso de equivalência dos valores apresentados pelas microempresas e empresas de pequeno porte que se encontrem nos intervalos estabelecidos nos §§ 1º e 2º do art. 44 desta Lei Complementar, será realizado sorteio entre elas para que se identifique aquela que primeiro poderá apresentar melhor oferta.” (Grifou-se) Neste sentido a jurisprudência: “APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO. CONCORRÊNCIA. FASE DE JULGAMENTO DAS PROPOSTAS. OCORRÊNCIA DE EMPATE REAL ENTRE AS PROPOSTAS. TRATAMENTO FAVORECIDO À EMPRESA DE PEQUENO PORTE. ART. 170, INC, IX, DA CF. DIREITO DE PREFERÊNCIA. ART. 44 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/2006. CRITÉRIO DE DESEMPATE. O tratamento protetivo às microempresas e empresas de pequeno porte, nos processos de licitação, não se limita aos casos de empate ficto ou presumido, quando é possível a oferta de novo lance inferior, devendo ser observado idêntico critério nas hipóteses de empate real, isto é, quando as propostas empatadas em primeiro lugar já alcançaram o valor mínimo, em face do que preceitua o art. 44 da Lei Complementar nº 123/06: “Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.” Situação dos autos em que somente uma das empresas participantes do certame, uma vez constatado o empate real, ostenta a condição de ME/EPP. O ato levado a efeito pela Autoridade coatora violou direito líquido e certo da impetrante, dando azo ao refazimento parcial do certame, ante a declaração de nulidade do julgamento das propostas apresentadas. APELO DESPROVIDO. SENTENÇA CONFIRMADA INTEGRALMENTE EM REEXAME OBRIGATÓRIO.” (Apelação e Reexame Necessário, Nº 70076196989, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Miguel Ângelo da Silva, Julgado em: 30- 05-2018). Por oportuno, cita-se o excerto abaixo, obtido de aresto1 do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, cujo inteiro teor do voto segue anexo: “Ademais, cumpre consignar que o preconizado no artigo 49, inciso III, da Lei Complementar n.º 123/200612 não alcança, em sua literalidade, os benefícios estampados nos artigos 44 e 45 da referida norma, cujas aplicabilidades permanecem, por conseguinte, possíveis no presente caso, afastando apenas a concessão daqueles estipulados nos artigos 47 e 48 de tal diploma.” (Grifouse) Destarte, é medida que se impõe a retificação do subitem 09.04.01.05 e pelo item 11.04 acima citados, para que destes, passe a constar que o sorteio somente será realizado como última alternativa, após a aplicação de preferência às ME's e EPP's,



PREFEITURA MUNICIPAL DE ARARAQUARA

seguida pela observância dos critérios de desempate do §2º do art. 3º da Lei nº 8.666/93, e se dará apenas entre as ME's e EPP's.

Diante o exposto, requer seja acatada a presente impugnação, para: a) retificar o item 15.05.02.02 do edital, alterando-se sua redação para que deste passe a constar a exigência de credenciamento de 6 (seis) hipermercados, atacados ou atacarejos, sendo 3 (três) no município de Araraquara; b) retificação do subitem 09.04.01.05 e do item 11.04 acima citados, para que destes passe a constar que o sorteio somente será realizado como última alternativa, após a aplicação de preferência às ME's e EPP's, seguida pela observância dos critérios de desempate do §2º do art. 3º da Lei nº 8.666/93, e se dará apenas entre as ME's e EPP's; c) republicar o edital do Pregão Presencial nº 27/2023, reabrindo-se os prazos legais.

Conhecidos os termos do referido documento, a Coordenadoria Executiva de Licitação, Compras, Contratos e Parcerias, através de sua Gerência de Licitações passa a expor:

Embora esta Administração entenda que a Havan e a Maravilhas do lar, utilizadas como meros exemplos em pedidos de esclarecimentos anteriores, se enquadram na categoria de hipermercados, tendo em vista informação no CNPJ e junto à sua inscrição municipal, também serão aceitos hipermercados, atacados ou atacarejos, cujo ramo atenda o objeto da licitação.

Quanto ao critério de desempate argumentado pela impetrante, sorte alguma merece a mesma, quando pleiteia a preferência para as MEs e EPPs, haja vista que o critério que beneficia o tratamento diferenciado para tais empresas visa, em sua essência, a supremacia do interesse público em obter melhor vantagem para a Administração, visto que em situações de empate ficto a oportunidade que é concedida à beneficiada é poder cobrir a proposta até então melhor classificada.

No caso teorizado pela impugnante, na hipótese de todas as empresas ofertarem valor zero, sendo vedada a taxa negativa, **nesta licitação NÃO se aplicará o critério de desempate como preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte, visto que, o valor igual ao estimado e taxa zero, matematicamente impossível de ser coberto, é financeiramente mais vantajoso para a Administração Pública, nos termos do art. 49, III da LC 123/2006.**

Desta maneira, seguindo todos os critérios de desempate legalmente estabelecidos, persistindo a igualdade nas propostas, restante apenas o sorteio para a conclusão do certame, este deve ser realizado entre todas as classificadas, a fim de que nenhuma empresa seja prejudicada.

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

DANILO DE SOUZA JARDIM
Coordenador Executiva de Licitação,
Compras, Contratos e Parcerias

LUIZ GUSTAVO CAMARANI TOLEDO
Gerente de Licitação