

➤ Pregão/Concorrência Eletrônica

▪ Visualização de Recursos, Contrarrazões e Decisões

RECURSO :

À ILUSTRÍSSIMA SENHORA RAIZA FREITAS GOIS, - PREGOEIRA OFICIAL DA COMPANHIA DE SANEAMENTO DO PARÁ – COSANPA

Referência: Processo Licitatório; PREGÃO ELETRÔNICO Nº17/2023

EMISSORA E GERENCIADORA DE CARTÕES BRASIL Ltda. EPP (LIVPAY), empresa regularmente inscrita no CNPJ/MF sob nº 13.081.547/0001-00, sediada na Av. Seabstião de Camargo Ribas, 1376 – bonsucesso, Guarapuava-PR, vem perante Vossa Senhoria, Pregoeira Oficial da COMPANHIA DE SANEAMENTO DO PARÁ – COSANPA, para, com fulcro no art. 5º, XXXIV, “a” da Constituição Federal, art. 4º e art. 109 da Lei Federal nº 8.666/93 e art. 11, incisos XVII a XIX do Decreto Federal nº 3.555/00 e, ainda, no item 11 do Edital do certame, apresentar

R E C U R S O A D M I N I S T R A T I V O

frente às equivocadas e ilegais decisões desta Pregoeira Oficial, que concluiu:

1) pela realização de sorteio, com a inclusão de todas as empresas participantes, e ainda com lances de valores de propostas irregulares, como meio definidor da vencedora, em flagrante detrimento do direito de preferência para contratação das microempresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP), ora Representante, com única proposta correta, de acordo com orientações da própria pregoeira e equipe de apoio, em fase anterior a abertura da sessão do certame.

2) pelo ato de declaração de vencedora da empresa VEROCHECKE REFEIÇÕES LTDA (Ata da Realização de Sorteio),

tudo isso conforme disposto em Atas e Mensagens eletrônicas, no processo licitatório regido pelo EDITAL DE PREGÃO ELETRÔNICO Nº 17/2023 , que trata de “CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS NA ADMINISTRAÇÃO, GERENCIAMENTO, EMISSÃO E FORNECIMENTO DE VALE ALIMENTAÇÃO, POR MEIO DE CARTÕES BANDEIRADOS, DOTADO DE TECNOLOGIA DE CHIP DE SEGURANÇA (Conforme Termo de Referência nº 07/2023-DPL (Anexo I), partes integrantes e indissociáveis deste Edital). pelos motivos de fato e de direito que, articuladamente, passa a expor:

I – Dos fatos e fundamentos jurídicos que ensejam a reforma da decisão administrativa e do resultado do julgamento

A LivPay, empresa de pequeno porte, ora Recorrente, participou do processo licitatório em questão, pois é atuante na área objeto do certame, com comprovada experiência nas searas privada e pública.

Como ponto de partida para entendimento dos fatos aqui narrados, vale lembrar, que de acordo com a nova legislação sobre benefícios alimentação/refeição, o edital foi assertivo em vedar taxas negativas. Sendo assim, o menor lance possível seria aquele condizente com taxa zero. Complementarmente, outro fator fundamental para os esclarecimentos aqui postos, é que a plataforma de licitações comprasnet.gov.br não aceitam lances em taxas, mas sim em valores.

Assim, é importante frisar que o referido pregão, em fase anterior a sua abertura, teve inúmeros questionamentos sobre a forma de cadastro da proposta na plataforma de licitação escolhida, sendo que V. Senhoria e sua equipe de apoio foram claros na condução do procedimento, em afirmar que a proposta seria de acordo com o valor geral e não em porcentagem, demonstrado a seguir.

Pergunta: “Esclarecimento 27/11/2023 09:49:39

Prezada e estimada Pregoeira, Gostaria de solicitar esclarecimento quanto ao cadastro da proposta via sistema: PREGÃO ELETRÔNICO Nº 017/2023 Com relação ao critério de julgamento: Tipo de Licitação: MENOR PERCENTUAL DE TAXA DE ADMINISTRAÇÃO 6.22. Para julgamento e classificação das propostas será adotado o critério de MENORPERCENTUAL DE TAXA DE ADMINISTRAÇÃO (Taxa de Administração). 7.8. O lance deverá ser ofertado pelo MENOR PERCENTUAL DE TAXA DE ADMINISTRAÇÃO, sob pena de desclassificação. Questiono: O sistema não aceita taxa de adm. 0,00%. Devemos cadastrar de qual forma? Valor total estimado em reais? exemplo: R\$ 48.000.000,00? ITEM QUANTIDADEBENEFICIÁRIOS (ESTIMADO) VALOR MENSAL PORBENEFICIÁRIO VALORESTIMADODECRÉDITOMENSAL VALORESTIMADO DE CRÉDITO ANUAL 1 2.000 R\$ 2.000,00 4.000.000,00 48.000.000,00 Pela taxa de adm. com quantas casas decimais após a vírgula? duas? ou quatro? 0,01%? ou 0,0001%? Atenciosamente, Francielle Rezende”

“Resposta 27/11/2023 09:49:39

Prezado, bom dia Compreendo, seguem respostas: Faça um estimativo da sua proposta e dela calcule sua porcentagem, chegando no valor, cadastre ela. Sobre a taxa, é o sistema que inclui essas casas décimas o que eu cadastrei foi apenas0,01 (pois o TR veda taxa zerada). Atenciosamente, Raiza Freitas Gois Presidente da Comissão de Licitações Companhia de Saneamento do Pará” (grifo nosso)

Pergunta: Esclarecimento 27/11/2023 09:44:26

Prezados, boa tarde! Apenas com o objetivo de se evitar desentendimentos no momento do cadastro da proposta referente ao pregão eletrônico 017/2023 (Vale Alimentação Bandeirado), aproveito para esclarecer o seguinte: Qual valor deverá ser cadastrado no sistema no caso da aplicação da taxa 0,00%? Deverá ser cadastrado o valor mensal estimado (considerando 2.000 colaboradores e o valor unitário de R\$ 2.000,00 = R\$ 4.000.000,00); valor global do contrato (considerando os valores estimados mencionados multiplicados por 12 meses) ou apenas cadastrar a taxa, sendo 0,00? Atenciosamente, Rodgers de Camargo Superintendência de Mercado Público rodders.camargo@edenred.com

“Resposta 27/11/2023 09:44:26

Prezado, bom dia Compreendo, seguem respostas: Faça um estimativo da sua proposta e dela calcule sua porcentagem, chegando no valor, cadastre ela. Sobre a taxa, é o sistema que inclui essas casas decimais o que eu cadastrei foi apenas 0,01 (pois o TR veda taxa zerada). Atenciosamente, Raiza Freitas Gois Presidente da Comissão de Licitações” (grifo nosso)

Pergunta: Esclarecimento 27/11/2023 09:40:22

Prezada Raiza, Obrigado pelo retorno. Contudo, a dúvida continua. O portal está habilitado para cadastro o valor unitário e total da proposta. Sem a estimativa do valor da licitação, é impossível para qualquer empresas afirmar qual a menor valor, sem considerar taxa negativa. Sendo assim, é correto o entendimento que a menor taxa de adm. será considerando conforme abaixo? Sendo o limite no portal 0,0001, como taxa zero? Att, Thiago Mota Analista Administrativo Público – Licitações - Brasil Tel.: 4002.2020 www.nutricash.com.br www.maxifrota.com.br

“Resposta 27/11/2023 09:40:22

Compreendo, Faça um estimativo, conforme o senhor informou anteriormente e cadastre o valor total de sua proposta. Sobre a taxa, conforme eu mencionei anteriormente não é aceito taxa negativa, logo, zero não será aceito. O máximo aceitável conforme o Termo de Referência já vem trazendo é o que está cadastrado. Atenciosamente, Raiza Freitas Gois Presidente da Comissão de Licitações Companhia de Saneamento do Pará” (grifo nosso)

Pergunta: Esclarecimento 27/11/2023 09:37:26

A COMPANHIA DE SANEAMENTO DO PARÁ – COSANPA PREGÃO ELETRÔNICO Nº 017/2023 OBJETO: CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS NA ADMINISTRAÇÃO, GERENCIAMENTO, EMISSÃO E FORNECIMENTO DE VALE ALIMENTAÇÃO, POR MEIO DE CARTÕES BANDEIRADOS, DOTADO DE TECNOLOGIA DE CHIP DE SEGURANÇA, CONFORME TERMO DE REFERÊNCIA Nº 07/2023-DPL (ANEXO I), PARTES INTEGRANTES E INDISSOCIÁVEIS DESTA EDITAL. Prezado (a) Sr. (a) Pregoeiro (a), A NUTRICASH SERVIÇOS LTDA, CNPJ nº 42.194.191/0001-10, vem respeitosamente, solicitar pedido de esclarecimento. Considerando que o valor estimado das cargas será: R\$ 2.000,00 E a quantidade de funcionários é: 2.000 O valor estimado mensal será: R\$ R\$ 4.000.000,00 E o valor anual: R\$ 48.000.000,00 Questionamos: qual valor devemos apresentar como valor estimado, considerando taxa zero? R\$ 48.000.000,00? Por gentileza, solicito confirmação de recebimento deste e-mail; Att, Thiago Mota Analista Administrativo Público – Licitações - Brasil Tel.: 4002.2020 www.nutricash.com.br | www.maxifrota.com.br

“Resposta 27/11/2023 09:37:26

Bom dia senhor licitante, Conforme ITEM 3.2. do edital o valor é sigiloso, o mesmo será divulgado na abertura do certame. Sobre o seu questionamento em relação ao valor estimado, conforme trás o edital 017/2023 a forma de adjudicação deste pregão será por menor percentual de taxa de administração, sendo assim a empresa que já trabalha nesse seguimento fará uma estimativa do valor e terá que analisar até que percentual dá para vossa empresa oferecer. Lembrando, que conforme ITEM 4.1 do Termo de Referência (anexo I do Edital) não é aceito taxa negativa. Atenciosamente, Raiza Freitas Gois Presidente da Comissão de Licitações Companhia de Saneamento do Pará” (grifo nosso)

Após o encerramento da fase de lances, de forma divergente ao entendimento do edital e dos esclarecimentos prestados anteriormente, foi realizado sorteio entre os LANCES COM VALORES ERRADOS (0,001 e 0,0100) juntamente com os lances empatados em R\$48.000.000,0000, trilhando o caminho da ilegalidade e da desconformidade, conforme mensagem do evento “sorteio” às 09:39:33:

“Item teve empate real para os valores 0,0001, 0,0100 e 48.000.000,0000. Procedeu-se o sorteio eletrônico entre os fornecedores com propostas empatadas”,

Portanto, as empresas que lançaram os valores abaixo do valor global de licitação de R\$48.000.000,00, que representa taxa zero, mínima aceita no certame, deveriam ter sido sumariamente desclassificadas.

Destaca-se que, que o edital foi correto em descrever que seria assegurada a preferência de contratação entre as microempresas e empresas de pequeno porte, de acordo com os itens:

...

7.25. Será assegurado a preferência de contratação para as Microempresas – ME, Empresas de Pequeno Porte – EPP, ou Sociedades Cooperativas – SCE, assim consideradas nos termos do art. 3º da Lei Complementar nº 123/2006.

...

7.33. Persistindo o empate, a proposta vencedora será sorteada pelo sistema eletrônico dentre as propostas ou os lances empatados. ...

Pois bem, a ora Recorrente ao participar do referido processo licitatório, inserindo proposta de acordo com a orientação de V. Senhoria, sendo taxa 0% (zero por cento), de acordo com o valor global da proposta de R\$48.000.000,0000 (quarenta e oito milhões de reais), foi totalmente prejudicada pela forma conduzida do sorteio, que aceitou valores de 0,001; 0,0100 e 48.000.000,00 das demais empresas que não se enquadram como ME/EPP. A jurisprudência adotada e o próprio edital são claros ao que se daria preferência de contratação entre as ME/EPP. Sendo assim, não esperavasse nada mais que o correto em realizar-se o sorteio apenas entre as ME/EPP com PROPOSTAS FINAIS de percentual zero empatadas, de acordo com as propostas aceitas pela plataforma em R\$48.000.000,00.

Conforme se extrai da leitura da manifestação, inúmeros foram os descompassos e ilegalidades cometidos, a iniciar pelo desprezo dos mandamentos legais, em especial dos arts. 44 e 45 da LC nº 123/2006, a realização de sorteio

que incluiu todas as empresas participantes, e, ainda, a inusitada "classificação" no sorteio! Tais condutas são graves, mas ainda podem ser remediadas com o acatamento e provimento do presente Recurso, visando trazer à legalidade a condução do presente certame!

NÃO SE PODE ACEITAR QUE EMPRESAS QUE ENTENDERAM O EDITAL E OS ESCLARECIMENTOS EMANADOS ANTERIORMENTE SEJAM PREJUDICADAS EM RAZÃO DAQUELAS QUE PARTICIPARAM SEM AO MENOS TEREM EXERCITADO UMA LEITURA MAIS APROFUNDADA SOBRE AS ORIENTAÇÕES, ASSIM COMO NÃO SE PODE ACATAR QUE A AUTORIDADE MÁXIMA DO CERTAME ALTERE SEU PRÓPRIO ENTENDIMENTO EXARADO ANTERIORMENTE.

AO FINAL DA ETAPA DE LANCES, Não obstante, explanando didaticamente, como sobreveio o empate em 0% (zero por cento) nas propostas finais de taxa de administração (situação, inclusive, previsível) ENTRE 5 EMPRESAS, observa-se que apenas a LivPay, ora Recorrente, estava devidamente credenciada como empresa de pequeno porte e, portanto, apta a usufruir dos critérios de desempate suso referenciados, conforme lances finais cadastrados na plataforma e demonstrados a seguir:

QUADRO FINAL DE LANCES DO CERTAME E PORTE DAS EMPRESAS:

A) PROPOSTAS FINAIS DE ACORDO COM O EDITAL E ESCLARECIMENTOS

ME/EP: R\$48.000.000,0000 - 13.081.547/0001-00 - EMISSORA E GERENCIADORA DE CARTOES BRASIL LTDA - EPP (única ME/EPP) com menor lance cadastrado no sistema, correspondente a 0% (zero por cento);

R\$48.000.000,0000 - 42.194.191/0001-10 - NUTRICASH SERVICOS LTDA; R\$48.000.000,0000 - 13.562.076/0001-52 - VALLOO BENEFICIOS LTDA; R\$48.000.000,0000 - 19.207.352/0001-40 - LE CARD ADMINISTRADORA DE CARTOES LTDA.

B) PROPOSTAS FINAIS EM DESACORDO COM O EDITAL E ESCLARECIMENTOS:

R\$ 0,0100 - 03.419.902/0001-55 - R6 INSTITUICAO DE PAGAMENTOS LTDA - ME/EPP; R\$ 0,0100 - 03.817.702/0001-50 - VOLUS INSTITUICAO DE PAGAMENTO LTDA; R\$ 0,0100 - 02.959.392/0001-46 - UP BRASIL ADMINISTRACAO E SERVICOS LTDA.; R\$ 0,0001 - 07.878.237/0001-19 - BIQ BENEFICIOS LTDA; R\$ 0,0001 - 09.687.900/0002-04 - PERSONAL NET TECNOLOGIA DE INFORMACAO LTDA; R\$ 0,0001 - 26.069.189/0001-62 - M&S SERVICOS ADMINISTRATIVOS LTDA; R\$ 0,0001 - 06.344.497/0001-41 - VEROCHECKE REFEICOES LTDA - ME/EPP; R\$ 0,0010 - 12.387.832/0001-91 MAXXCARD ADMINISTRADORA DE CARTOES LTDA - ME/EPP; R\$ 0,0001 - 02.561.118/0001-14 - TRIPAR BSB ADMINISTRADORA DE CARTOES LTDA

Com o EMPATE -REAL- ENTRE 5 DAS EMPRESAS PARTICIPANTES, não haveria dúvidas que o desempate se daria em favor da ME/EPP participante; não há opção diversa senão que a declaração de vencedora do certame recairia sobre a ora Recorrente, conforme expressa determinação dos arts. 44 e 45 da LC nº 123/2006.

A consabida existência de impedimentos legais para a oferta de taxa de administração negativa; sendo que houve a estabilização das propostas em 0% (zero por cento) não havia como a LivPay ofertar percentual menor, até mesmo existindo a impossibilidade técnica para tal, uma vez que o próprio sistema eletrônico não permitia! A empresa que o fez, fez de maneira incorreta, devendo assim ser excluída da fase de desempate.

Com as propostas finais no mínimo legal admitido, sobressai-se a obrigação legal de preferência para a contratação da única EPP participante do certame, qual seja, a LivPay, isso independentemente da oferta de nova proposta.

Não pode haver óbice à concessão do tratamento privilegiado às microempresas e às empresas de pequeno porte, conforme estabelecido nos artigos 44 e 45 da Lei Complementar nº 123/2006!!! A preferência para a contratação é preceito constitucional (art. 146, III, "d", art. 179, entre outros, da CF), o qual restou regulado pela susodita Lei Complementar.

A realização do sorteio desvirtua a política pública constitucional de apoio e incentivo a essas entidades e ofendem a Constituição e a Lei Complementar nº 123/2006, instrumento jurídico superior (eis que obedece comando constitucional) que regulamentou as condições do tratamento privilegiado às ME's/EPP's.

Saliente-se que o mundo jurídico é composto por várias normas e comandos normativos, sendo que, baseados nos ensinamentos do jusfilósofo Hans Kelsen, assim é definida a hierarquia: 1º - Constituição Federal; 2º - Emendas Constitucionais; 3º - Leis Complementares, Ordinárias, Delegadas, MP, Decretos Legislativos e Resoluções; e, por último - as Normas Infralegais.

Conforme didaticamente exposto, a Lei nº 8.666/93 jamais poderá se opor ou sobrepor à ditames estipulados em lei complementar, no caso, a LC nº 123/2006, uma vez que se encontra em degrau normativo inferior! Trata-se de hermenêutica elementar, curial!

Útil ainda rememorar que a competência para legislar sobre normas gerais é da União, conforme a Constituição Federal:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III.

Logo, os Estados, Distrito Federal e municípios não poderão legislar sobre normas gerais de licitações e contratos administrativos, pois esta competência legislativa lhes é vedada. Poderão, isso sim, legislar sobre normas especiais. E quais são as normas gerais? São os princípios da licitação, modalidades e tipos de licitação, hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação, preferência legal de contratação, entre outros. Evidenciado está que qualquer outro ente federado não poderá produzir uma lei que venha a contrariar as normas gerais, pois, assim, seria inconstitucional - e

a multifalada lei estadual não o fez, submetendo-se às normas gerais já no seu artigo primeiro!

Assim, resta esclarecido que se o sorteio foi realizado entre todas as empresas, independente do porte, V. Senhoria empreendeu uma interpretação normativa errática e controversa do que foi emanado em avisos de esclarecimentos, pois pretende fazer prevalecer norma inferior sobre superior, o que certamente será corrigido agora, com o inequívoco conhecimento dessa situação.

Note-se que as disposições legislativas que determinam as regras de desempate a ser utilizadas implicam em elementar cumprimento de dever legal, não estando ao alvedrio de se fazer ou não fazer!

Assim sendo, com o intuito de colaborar com V. Senhoria e distinta equipe de apoio, discorre-se, a seguir, acerca das disposições legais aplicáveis ao caso, que não podem levar à conclusão diversa senão à da imperiosa anulação da escolha da empresa VEROCHIQUE REFEIÇÕES LTDA como vencedora do certame, eis que tal decisão afronta a lei e não será tolerada!

1.1. Da condição de empresa de pequeno porte apresentada pela Recorrente

A empresa de pequeno porte Recorrente anexou, em sede de habilitação, toda a documentação necessária e exigida para o certame licitatório.

Notadamente, em relação ao credenciamento, fase crucial para o desenlace da questão em debate, a ora Recorrente foi devidamente identificada e enquadrada no regime de epp, assim como apresentando documentação que comprovou inequivocamente a condição em comento, nos termos da Lei!

20. DA APLICABILIDADE DA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/2006

20.1. Deverão ser observadas as disposições dos Art. 44 e 45 da Lei Complementar nº 123/2006 – Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte. Sendo que as licitantes qualificadas como microempresas ou empresas de pequeno porte que fizerem jus ao direito de preferência terão prioridade no exercício desse benefício em relação às médias e às grandes empresas na mesma situação. 20.2. A aplicação desse critério e direito ocorre de forma automática no sistema do Licitações-e.

Conforme anexado nos documentos de credenciamento da EPP Recorrente, constam todos os requisitos pelo instrumento convocatório, mais especificamente para atender a questão sub examine, sendo, portanto, apta a usufruir dos benefícios legais de preferência.

Logo, o que ocorreu no julgamento de certame, ao se desprezar o direito de preferência à contratação e o consequente sorteio entre todas as participantes, repise-se, apresenta-se como descumprimento de dever legal e frustração da licitação!

Já as temerárias decisões de V. Senhoria, que se configuram em atitudes que têm como consequência o desrespeito ao próprio Edital e, mais grave, à lei, eis que, da análise da documentação apresentada, a condição de EPP da Recorrente e o consequente direito à preferência de contratação é nítida!

Por inafastável pressuposto lógico, Não é demais repisar que a preferência de contratação é preceito constitucional, não estando sujeito ao arbítrio do julgador do certame licitatório sua observância ou não!

É certo que a ninguém é lícito alegar desconhecimento da lei para não cumpri-la, maiormente a quem possui atribuição de condutor de contratações públicas!

Portanto, é direito líquido e certo da Recorrente ter sua condição de EPP respeitada e a incontestada contratação, pois inafastavelmente apta a usufruir da preferência legal estatuída pela LC nº 123/2006 .

II. DAS QUESTÕES LEGAIS, DOUTRINÁRIAS E JURISPRUDENCIAIS

2.1. Da preferência legalmente estatuída para a contratação de empresas de pequeno porte -EPP e microempresas - ME

Até o advento da Lei Complementar nº 123/2006, conhecia-se como critérios de desempate entre propostas de preços, na fase de seu julgamento, apenas as regras dispostas nos incisos do parágrafo 2º, do artigo 3º; e no parágrafo 3º, do artigo 45, todos da Lei n.º. 8.666/93, ou seja: a) preferência para bens e serviços produtos da atividade de empresa de capital nacional; b) preferência para bens e serviços produtos da atividade de empresa instalada no país; c) preferência para bens e serviços produtos da atividade de empresa brasileira; d) preferência para bens e serviços produtos da atividade de empresa que incentive o desenvolvimento tecnológico no país; e, d) em último caso, o sorteio.

A Constituição Federal já havia previsto as condições de prevalência, favorecimento e preferência de contratações para as pequenas empresas:

TÍTULO VII

Da Ordem Econômica e Financeira CAPÍTULO I

DOS PRINCÍPIOS GERAIS DA ATIVIDADE ECONÔMICA

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar

a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

No entanto, somente com a Lei Complementar (LC) nº. 123/2006, que instituiu o Estatuto da Microempresa (ME) e Empresa de Pequeno Porte (EPP), houve a concretização do mandamento constitucionalmente insculpido, surgindo um novo critério, quando verificada a participação no certame de ME ou EPP, com o seguinte delineamento normativo:

Art. 44. Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.

§ 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.

Art. 45. Para efeito do disposto no art. 44 desta Lei Complementar, ocorrendo o empate, proceder-se-á da seguinte forma:

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.

§ 1º Na hipótese da não-contratação nos termos previstos no caput deste artigo, o objeto licitado será adjudicado em favor da proposta originalmente vencedora do certame.

§ 2º O disposto neste artigo somente se aplicará quando a melhor oferta inicial não tiver sido apresentada por microempresa ou empresa de pequeno porte.

§ 3º No caso de pregão, a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada será convocada para apresentar nova proposta no prazo máximo de 5 (cinco) minutos após o encerramento dos lances, sob pena de preclusão.

Art. 47. Nas contratações públicas da administração direta e indireta, autárquica e fundacional, federal, estadual e municipal, deverá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica. (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

O empate existirá mesmo que não se observe uma igualdade numérica entre as propostas. Assim, também existirá empate, logicamente que ficto, se a proposta classificada em segundo lugar estiver em um valor enquadrado no intervalo de até cinco por cento superior que a classificada em primeiro lugar, desde que aquela detenha a qualificação jurídica de ME ou EPP.

No caso em tela, há que se destacar que a proposta inicial apresentava empate entre 5 concorrentes, sendo que, por mandamento legal, o desempate ocorreria pela preferência legal de contratação da ME/EPP participante, qual seja, a ora Recorrente!

Veja-se que o Diploma das Licitações, qual seja, a Lei nº 8.666/93, assim previu os critérios de desempate:

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 § 2º Em igualdade de condições, como critério de desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços:

(...)

§ 14. As preferências definidas neste artigo e nas demais normas de licitação e contratos devem privilegiar o tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte na forma da lei.

(grifos e destaques artificiais)

Por outro lado, há que se destacar as expressões constantes dos textos legais, "será assegurada preferência", no que se refere ao art. 3º da Lei de Licitações, e, ainda, "deverá ser assegurado", grafada no caput do artigo 44, da LC nº. 123/2006, os quais não deixam margem de dúvida que o critério de desempate em tela se constitui em direito subjetivo, que não pode ser subtraído ao livre arbítrio dos entes licitantes. Aliás, fica igualmente claro que a

Administração Pública é o sujeito passivo desse direito ao critério preferencial de desempate, que tem como sujeito ativo as ME's e EPP's.

Nesta toada, apresenta-se correto afirmar que as ME's e EPP's são possuidoras do direito a terem assegurado o critério de desempate nos moldes estabelecidos nos artigos 3º da Lei de Licitações, assim como do artigo 44, da LC n.º. 123/2006, como meio de preferência na contratação com o Poder Público. Esta garantia genérica tem aplicabilidade incondicional, não podendo ser negada pela Administração Pública condutora do certame, nem mesmo quando omitida no termo editalício. Trata-se de direito subjetivo das MEs e EPPs que subjugam a administração licitante, bem como se impõe frente às empresas normais.

As expressões legalmente transcritas "será assegurada preferência" e "deverá ser assegurado", indica uma incondicional obrigação da Administração Pública em prever e respeitar tais critérios nos instrumentos convocatórios de suas licitações. Esta norma traduz-se também em regra que estabelece uma vinculação cogente para a Administração Pública e seus agentes executores, como o é esta Pregoeira Oficial, que, por conseguinte, deixam de dispor de discricionariedade para decidir se a estabelece ou não no instrumento convocatório do certame e, como é o caso, se aplica ou não para efetivar um desempate!

Nunca é demais lembrar a introdutória lição de José Eduardo Faria (in: FARIA, José Eduardo. *Direitos Humanos Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 2007. pg. 115 e 116.), quando cita Hohfeld e Carlos Santiago Nino sobre o clássico conceito de direito subjetivo:

"[...] Hohfeld, jurista norte-americano, descreve o direito subjetivo de três pontos de vista: a) como direito strictus sensu, direito de exigir; b) como liberdade, ou privilégio; c) como imunidade. A relação de direito é sempre entre três termos: duas pessoas e um objeto (ação, omissão, fato ...). Assim teremos: a) direito de A contra B (em que B está obrigado por um dever de agir ou omitir-se de agir): o direito de A é também um poder sobre B, que não tem liberdade naquele caso; b) liberdade de A com relação a B, se B não tiver direitos contra A, ou seja, se B não tiver direito/poder sobre a ação de A, mas A tiver poder de exigir algo de B (uma omissão); c) imunidade: A é indiferente a B.

[...] Carlos Santiago Nino lembra que a expressão ter direito pode significar: (a) liberdade, (b) permissão, (c) garantia, (d) privilégio, (e) atribuição, (f) faculdade, (g) poder, (h) possibilidade, e ainda mais outras tantas coisas."

A preferência em empate ficto se verifica quando a proposta de uma MP ou EPP supera em até 10% o valor daquela de menor valor (desde que tenha sido apresentada por um licitante que não se qualifique como ME ou EPP). Essa margem é reduzida para 5% quando se tratar de pregão. Nesse caso, a LC nº 123 considera existir um empate e assegura à ME ou EPP a faculdade de formular um lance de desempate.

Referencie-se que, no caso em debate, sequer houve proposta a maior, mas idêntica!

Ressalte-se que esses dois benefícios incidem em qualquer licitação de tipo menor preço, independente de previsão explícita no ato convocatório.

No entanto, acertadamente, o Edital regente do certame em apreço previu as situações suscitadas:

"(...)

7.25. Será assegurado a preferência de contratação para as Microempresas – ME, Empresas de Pequeno Porte – EPP, ou Sociedades Cooperativas Equiparadas – SCE, assim consideradas nos termos do art. 3º da Lei Complementar nº 123/2006.

"(...)"

Portanto, ante a leitura das disposições legais e editalícias suso transcritas, é inegável o direito da ora Recorrente em ter preferência para contratação, tanto pela aplicação do que dispõe a lei e o Edital, o que NÃO foi efetivado, pois a realização do sorteio se deu entre todas as participantes do certame! Assim sendo, agiu mal -e contrário aos ditames legais- Vossa Senhoria e a equipe de apoio!

2.2. Das decisões das Cortes de Contas e Poder Judiciário que substratam e bem fundamentam o presente arrazoado

Não obstante estarmos diante de decisão de objetivo cumprimento legal, eis que a previsão é tão cristalina pela preferência de contratação das microempresas, não é demais trazermos decisões judiciais que se debateram por tais questões, apta a estribar as presentes razões recursais.

O Tribunal de Contas do Estado do Paraná, em caso idêntico ao ora em debate, assim se pronunciou:

ASSUNTO: REPRESENTAÇÃO DA LEI Nº 8.666/1993 PROCESSO: 277111/14 - TC

ENTIDADE: MUNICÍPIO DE NOVA ESPERANÇA

INTERESSADOS: CONVÊNIOS CARD ADMINISTRADORA E EDITORA LTDA. ME, MUNICÍPIO DE NOVA ESPERANÇA, GERSON ZANUSSO, ARIELY AKEMI MIYAZI MARAN

(PROCURADOR: CARLOS ALBERTO DE ARRUDA SILVEIRA - OAB/SP 270141)

DESPACHO Nº. 874/2014

Trata-se de Representação oferecida com fundamento no art. 113, §1º da Lei nº 8.666/93 por Convênios Card Administradora e Editora Ltda. - ME, noticiando supostas irregularidades na condução do Pregão Presencial nº 112/2013 promovido pelo Município de Nova Esperança visando à "Contratação de empresa para prestação de serviços de fornecimento de vales alimentação em forma de cartão magnético/eletrônico com chip de segurança e senha aos servidores da Prefeitura Municipal de Nova Esperança (...)".

A sessão de pregão ocorreu no dia 03.10.2013, sendo o objeto adjudicado à Ticket Serviços Ltda.

Alega a representante que, aberta a sessão de pregão, foi verificado empate nas propostas apresentadas por 9 (nove) empresas.

Aduz que a pregoeira, diante desse empate, realizou sorteio público entre todas as empresas, resultando a seguinte classificação:

(...)

Afirma, ainda, que em razão da representante ser a única licitante na condição de microempresa deveria a pregoeira declarar a ora representante vencedora, nos termos da Lei Complementar nº 123/2006, uma vez que apresentou proposta igual às demais, ao invés de realizar sorteio entre todas as empresas classificadas.

Sustenta, assim, que houve violação à Lei Complementar nº 123/2006, devendo ser declarada a nulidade do Pregão Presencial em comento, com a imediata suspensão dos serviços.

É o relatório.

Juízo de admissibilidade.

A representação merece ser recebida, visto que preenche os requisitos do §1º do artigo 113 da Lei nº 8.666/93, bem como dos artigos 30 e 34 da Lei Orgânica deste Tribunal (Lei Complementar Estadual nº 113/2005) e, ainda, dos artigos 275 e 276, caput e §1º, do Regimento Interno.

A representante é parte legítima para representar acerca de irregularidades em licitações e contratos administrativos, nos termos do §1º do artigo 113 da Lei nº 8.666/93.

Em relação ao direito material, noto que a representação traz indícios de irregularidades na licitação em questão, que passo a analisar a seguir.

a) Da inobservância da Lei Complementar nº 123/2006 (Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte)

Observa-se que as 9 (nove) empresas participantes do certame apresentaram em suas propostas taxa de administração zero, inclusive a ora representante - Microempresa (ME) - havendo empate.

A pregoeira, diante do empate, realizou sorteio para verificar a primeira classificada, ao invés de dar preferência à ora representante - única microempresa participante do certame -, que apresentou proposta igual às demais licitantes.

Ora, a Lei Complementar nº 123/2006, no artigo 44, estabelece que nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.

Em seu art. 45, I, prevê, ainda, que ocorrendo o empate, proceder-se-á da seguinte forma:

"(...) 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;(...)"

De acordo com o dispositivo, deve ser garantida oportunidade, no caso de empate, para a microempresa apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora.

Todavia, o edital do certame previu como critério de julgamento o menor preço global, através da menor taxa de administração ofertada (item 14.4.1). Ainda, no item 10.1 "a", estipulou que não seriam admitidas taxas de administração negativas.

Assim, como todas as empresas apresentaram propostas prevendo taxa de administração zero, não havia possibilidade de apresentação de proposta inferior.

Logo, entendo necessário o recebimento da presente representação, uma vez que, ao realizar o sorteio, a pregoeira pode ter desrespeitado norma da Lei Complementar nº 123/2006.

Recebo a representação nesse ponto.

(...)

Assim, encaminhem-se os autos à Diretoria de Protocolo para:

a) Alterar a autuação para que conste Convênios Card Administradora e Editora Ltda. - ME como representante ao invés de interessada;

b) Incluir o Sr. Gerson Zanusso (Prefeito Municipal de Nova Esperança; CPF nº 023.898.359-53) como representado;

c) Incluir a Sra. Ariely Akemi Miyazi Maran (Pregoeira) como representada;

d) Realizar a CITAÇÃO pela via postal, por meio de ofício com aviso de recebimento (AR) - nos termos do art. 278, inciso II, art. 381, inciso II e §1º, alínea

"b" e, ainda, do art. 382, caput, todos do Regimento Interno - do Município de Nova Esperança; do Prefeito Municipal de Nova Esperança, Sr. Gerson Zanusso; e da Pregoeira, Sra. Ariely Akemi Miyazi Maran, para que no prazo 15 (quinze) dias contados da juntada do AR aos autos, apresentem resposta (defesa) quanto às questões que ensejaram o recebimento da Representação, devendo juntar aos autos cópia integral dos autos do processo licitatório; informações atualizadas acerca do contrato decorrente e respectivos pagamentos.

Gabinete da Corregedoria-Geral, 30 de maio de 2014

CONSELHEIRO IVAN LELIS BONILHA CORREGEDOR-GERAL

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ
PROCESSO N.º: 16930/15

ASSUNTO: REPRESENTAÇÃO DA LEI N.º 8.666/1993

ENTIDADE: MUNICÍPIO DE CAMPO MOURÃO

INTERESSADO: EMISSORA E GERENCIADORA DE CARTÕES BRASIL LTDA, REGINA MASSARETTO BRONZEL DUBAY, SERGIO DE SOUZA PORTELA

ADVOGADO / PROCURADOR: CLAUDIA MARA PADILHA, FABIO MARTINS RIBAS, RAMON BARBOSA E SILVA
RELATOR: CONSELHEIRO CORREGEDOR-GERAL JOSE DURVAL MATTOS DO AMARAL
ACÓRDÃO N.º 2123/16 - Tribunal Pleno

Representação da Lei n.º 8.666/1993 – Pregão Presencial – Administração, gerenciamento e fornecimento de cartões “vale-alimentação” – Proibição de taxa de administração negativa – Implicação na aplicabilidade da Lei Complementar n.º 123/2006 – Critério de desempate – Isonomia não assegurada – Prejudicialidade ao direito de preferência concedido às microempresas e empresas de pequeno porte – Desnaturação da modalidade licitatória adotada – Ausência de competitividade – Vantajosidade e economicidade prejudicadas – Pela procedência...
(...)

VISTOS, relatados e discutidos, ACORDAM
OS MEMBROS DO TRIBUNAL PLENO do TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO
DO PARANÁ, nos termos do voto do Relator, Corregedor-Geral JOSE DURVAL MATTOS DO AMARAL, por unanimidade,
em:

I - Conhecer da presente Representação, para no mérito DAR-LHE PROCEDÊNCIA, nos termos da fundamentação,
para:

I.1 - DETERMINAR ao Município de Campo Mourão:

(...)

c) que viabilize a aplicabilidade do tratamento favorecido e diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte em conformidade com o que dispõe a Constituição Federal, a Lei Complementar n.º 123/2006 e demais normas aplicáveis à espécie;

I.2 - RECOMENDAR:

a) que passe a adotar as medidas necessárias para garantir a plena competitividade e o alcance da proposta mais vantajosa ao Município, observando-se a vedação contida no artigo 40, X, da Lei n.º 8.666/1993.

Frisando, desde já, que o descumprimento de determinação dos órgãos deliberativos desta Corte enseja a aplicação da multa prevista no artigo 87, inciso III, alínea “f”, da Lei Complementar Estadual n.º 113/2005, e impedimento para a obtenção de certidão liberatória (artigo 95 da mesma Lei Complementar).

II – Encaminhar os autos à Diretoria de Execuções para a adoção das providências pertinentes, após o trânsito em julgado da decisão.

Votaram, nos termos acima, os Conselheiros NESTOR BAPTISTA,

ARTAGÃO DE MATTOS LEÃO, FERNANDO AUGUSTO MELLO GUIMARÃES, JOSE DURVAL MATTOS DO AMARAL e FABIO DE SOUZA CAMARGO e o Auditor THIAGO BARBOSA CORDEIRO.
DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS

AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR HU7W.RDIO.B5MZ.X24W.L
TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

Presente o Procurador do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas GABRIEL GUY LÉGER.
Sala das Sessões, 12 de maio de 2016 – Sessão n.º 16.

JOSE DURVAL MATTOS DO AMARAL

Conselheiro Corregedor-Geral IVENS ZSCHOERPER LINHARES
Vice-Presidente no exercício da Presidência

O Poder Judiciário, por sua vez, também trilha o mesmo caminho, conforme se vê dos excertos da Sentença abaixo transcrita, oriunda de Mandado de Segurança impetrado pela ora Recorrente:

Processo: 0000764-75.2015.8.16.0151

Classe Processual: Mandado de Segurança

Assunto Principal: Anulação Valor da Causa: R\$1.000,00
Impetrante(s): EMISSORA E GERENCIADORA DE CARTÕES
BRASIL Ltda. Me

Impetrado(s): NUTRICARD ADMINISTRADORA DE BENEFÍCIOS
LTDA EPP Mariza Basso Madeiras DIogo Luis Maleski SENTENÇA

I – RELATÓRIO Trata-se de ação de Mandado de Segurança, com pedido de liminar, impetrado por EMISSORA E GERENCIADORA DE CARTÕES BRASIL LTDA. ME em face de DIOGO LUIS

MALESKI e MARIZA BASSO MADEIRAS. Expõe o impetrante que participou, em 20/04/2015, no Município de Planaltina do Paraná, do procedimento licitatório nº 030/2015, na modalidade pregão presencial, no qual a prefeitura do mencionado Município pretendia contratar serviços de gerenciamento e administração de cartão vale-alimentação, na forma de crédito em cartão magnético. Iniciado o certame, os licitantes apresentaram suas propostas, as quais foram todas idênticas, sendo que todos propuseram uma taxa de administração de 0%, devendo a impetrante ter direito de preferência como critério de desempate por ser microempresa. Aduz que não era a única microempresa participante da licitação, mas que foi a única que juntou os competentes documentos comprobatórios de sua condição e, portanto, deve ser beneficiada pelas disposições dos artigos 44 e 45 da Lei 123/2006 e, conseqüentemente, ser declarada vencedora do certame. Porém, a despeito da irrisignação da ora imperante, o leiloeiro houve por bem em dar seguimento ao certame, fazendo-se um sorteio entre todos os participantes, do qual outra empresa sagrou-se vencedora. Requereu-se liminar para que fosse decretada a nulidade da contratação, bem como a suspensão do

procedimento de contratação até que seja julgado por esse Juízo o mérito deste mandado de segurança. Decisão mérito deste mandado de segurança. Liminar concedida, no evento 8.1, suspendendo-se o procedimento de licitação até ulterior decisão de mérito. Os impetrados foram notificados, nos moldes do art. 7º, I e II da Lei 12.016/09 (evento 20.1 e 21.1). Contestação e documentos no evento 27. Agravo de instrumento, interposto pelos impetrados, no evento 29.1, o qual não foi acolhido. Em decisão monocrática, não se concedeu efeito suspensivo ao recurso, possibilitando-se o prosseguimento do feito (evento 35.2). Parecer do Ministério Público favorável à concessão da segurança no movimento

41.1. Determinação para citação da pessoa beneficiada pelo ato impetrado em 49.2. Manifestação da NUTRICARD ADMINISTRADORA DE BENEFÍCIOS LTDA, em 83.1. Juntada do acórdão do agravo de instrumento, interposto contra a decisão concessiva de liminar, no evento

86. Uma vez que não há que se falar em réplica, tampouco em dilação probatória que extrapole a meramente documental no rito de mandado de segurança, haja vista a primazia pela celeridade exigida por tal procedimento, entendo que o feito já se encontra apto para decisão de mérito. É o relatório. Passo a decidir.

I. DA COMPROVAÇÃO DA QUALIDADE DE MICROEMPRESA

Como bem ressaltado no parecer ministerial, o cerne da presente questão se resume em saber se a impetrante, de fato, comprovou sua qualidade de microempresa no momento oportuno do certame, se foi a única a fazê-lo e se, ainda assim, viu-se preterida de seu benefício trazido pelo Estatuto da Micro e Pequena e Empresa (LC 123/06) e pelo art. 170, IX da Constituição Federal. Analisando os documentos acostados, sobretudo o parecer da Procuradoria Municipal (evento 1.5) e a ata de abertura do certame (1.3), percebemos que, de fato, a impetrante apresentou todos os documentos necessários à comprovação de sua qualidade de microempresa, uma vez que, na ata de abertura, o pregoeiro declarou que

todos os licitantes atenderam aos requisitos necessários à habilitação. Por sua vez, no parecer da Procuradoria que se seguiu às manifestações das duas únicas microempresas participantes – a ora impetrante e a Ecopag – a procuradora municipal declarou que, de fato, a Ecopag não apresentou todos os documentos necessários à habilitação como microempresa, estando ausente Certidão Simplificada expedida pela Junta Comercial, a qual era documento obrigatório ausente Certidão Simplificada expedida pela Junta Comercial, a qual era documento obrigatório para a comprovação da qualidade de microempresa, conforme subitem 5 do item 6 do edital. Em sua contestação, a municipalidade não impugnou o fato de que, realmente, a impetrante apresentou todos os documentos necessários à comprovação da condição de beneficiária dos ditames da LC 123/06, enquanto que a outra microempresa participante do certame deixou de fazê-lo. Com fulcro na ata do sorteio (1.6), denota-se, com base nos nomes empresariais, que, realmente, a impetrante e a Ecopag eram as únicas microempresas participantes do certame (as demais concorrentes eram sociedades limitadas ou anônimas). E, com base na ata de abertura da licitação cumulada com a análise do parecer da procuradoria municipal, depreende-se que a impetrante foi a única a comprovar a condição de microempresa, nos termos do já mencionado subitem 5 do item 6 do edital. Desta feita, fica claro o direito líquido e certo que possui a impetrante de ser enquadrada nos ditames da LC 123/06, uma vez que é microempresa e regular e oportunamente comprovou tal condição.

II. DA PRETERIÇÃO AO DIREITO DE PREFERÊNCIA DE

MICROEMPRESA Restando pacificado o fato de que a impetrante foi a única microempresa a comprovar tal condição, cumpre, agora, analisarmos se ela faz jus aos benefícios do Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte e se, ainda assim, foi preterida de seu direito de preferência. Entendo que a impetrante faz jus aos benefícios da LC

123/06 e que foi preterida de tal direito. Passo a explicar o porquê. É inequívoco o fato de que a impetrante é uma microempresa, pois assim é qualificada em seu contrato social (evento 1.15), bem como se amolda aos ditames do art. 3º da LC 123/06. É também inequívoco o fato de que, para fazer jus aos benefícios instituídos por tal lei complementar, é necessário que, no momento das licitações públicas, preencham-se alguns requisitos mínimos, relativos à comprovação da qualidade de microempresa, requisitos estes que a impetrante atendeu integralmente. Ora, diante do exposto, verifica-se o seguinte: a impetrante é microempresa, apresentou todos os documentos necessários à habilitação, mas, mesmo assim, viu-se relegada do tratamento diferenciado a que faz jus. A grande controvérsia do feito reside no fato de que a impetrante não poderia se beneficiar dos critérios de desempate trazidos por tal lei, uma vez que isso implicaria em admitir taxa administrativa negativa (proibida pelo edital), já que, segundo os §§ 1º e 2º, art. 44 da LC 123/06, considera-se empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas são iguais ou até 5% (no caso do pregão) superiores à proposta mais bem classificada. Ocorre que o instituto do "empate ficto", trazido por tais parágrafos, é aplicado quando se está diante de propostas nominalmente diferentes. Assim, se, por exemplo, a impetrante tivesse apresentado proposta de 5% de taxa administrativa de cartão, ela seria considerada empatada com os demais licitantes que apresentaram taxa zero de administração. Por conseguinte, havendo empate ficto, o art. 45 da mesma lei complementar diz quais providências deverão ser tomadas, sendo que a primeira delas é facultar à microempresa melhor classificada a possibilidade de apresentar proposta inferior àquela considerada vencedora. Caso a providência do inciso I não solucione o desempate, o inciso II diz que as demais microempresas deverão ser convocadas para fazerem a mesma coisa, ou seja, apresentarem propostas inferiores à de menor preço. Como última medida, caso as propostas apresentadas

pelas microempresas sejam idênticas, será feito um sorteio entre elas, para que se identifique aquela que primeiro poderá apresentar melhor

oferta. No caso dos autos, não há propostas diferentes. Não há empate ficto, mas, sim,

empate real. Não havendo empate ficto, não há que se falar na

utilização dos artigos 44 e incisos I e II do art. 45, já que não é possível se chegar a uma proposta mais baixa do que as já apresentadas, uma vez que todas as empresas já apresentaram as menores propostas possíveis.

Todavia, isso não é motivo para que a

microempresa seja preterida de seu

tratamento privilegiado Isso porque, imaginemos que a

impetrante tivesse oferecido uma taxa de administração de 5%. Por estar dentro da margem estabelecida pelo §2º do art. 44 da LC 123/06, estaríamos diante de empate ficto. Nessa situação, utilizaríamos, pacificamente, as regras de desempate do art. 45, sendo facultado à impetrante a possibilidade de abaixar sua proposta ao mesmo patamar das demais licitantes (não poderia apresentar proposta menor, já que o edital proíbe taxa negativa). Todavia, como continuaria existindo o empate com outra microempresa, seria utilizada a regra do sorteio do inciso III do art.

45. Porém, como a outra microempresa participante não estava devidamente habilitada, a impetrante sagrar-se-ia vencedora. Perceba, assim, que a impetrante sairia vencedora do certame ainda que tivesse aprestado proposta maior que as demais. Vem bem a calhar a citação de trecho de um artigo do Instituto Brasileiro de Direito Público: No caso de propostas idênticas, apresentadas por mais de uma microempresa ou empresa de pequeno porte restar classificada em primeiro lugar, juntamente com uma ou mais propostas de empresas que não

detenham esta condição jurídica (empate entre todas), somente as propostas ofertadas por aquelas (microempresas e empresas de pequeno porte) serão consideradas inicialmente. A situação de empate (propostas idênticas) entre microempresas e empresas de pequeno porte se resolve pela regra geral do sorteio (art. 45, III da Lei Complementar).[1] Do exposto, depreende-se, que, diferente do que diz a impetrada, o sorteio mencionado pela LC 123/06 não é o mesmo do art. 45, §2º da Lei 8666/93. Este último é um sorteio envolvendo todos os licitantes, enquanto aquele é sorteio apenas entre as micro e pequenas empresas participantes, quando estas estiverem empatadas em primeiro lugar, quer pequenas empresas participantes, quando estas estiverem empatadas em primeiro lugar, quer suas propostas sejam menores que a dos demais licitantes, quer sejam iguais, como é o caso dos autos. A conclusão que se quer chegar é o seguinte: pelo simples fato de haver uma microempresa no certame, o tratamento que deverá o gestor dispender deverá ser, obrigatoriamente, diferenciado. Ele não deverá observar simploriamente apenas os ditames da Lei Geral de Licitações, mas deverá, a cada etapa do certame que percorrer, ter a certeza de que suas ações estão coadunadas, também, com a LC 123/06. Destarte, a escolha do procedimento de sorteio não é algo discricionário, mas, sim, é algo vinculante, uma vez que a aplicação do Estatuto da Microempresa é obrigatória, ainda que não haja previsão expressa no edital. Inclusive, este é o entendimento da Orientação Normativa da Advocacia Geral da União nº 07, de 1º de abril de 2009: "O tratamento favorecido de que tratam os artigos. 43 a 45 da Lei Complementar Nº 123, de 2006, deverá ser concedido às microempresas e empresas de pequeno porte independentemente de previsão editalícia". E que, a despeito de se limitar ao âmbito federal, sua utilização, aqui, a título de exemplo, é bem-vinda. Ainda, tem-se que um dos argumentos mais utilizados pela impetrada é que a impetrante não poderia ser favorecida com os ditames da LC 123/06, já que não haveria como apresentar

proposta de taxa administrativa negativa. Como já explicado alhures, tal argumento não é convincente, por ser desprovido de lógica jurídica. Isso porque a impetrante apenas teria que oferecer proposta inferior caso estivessemos diante de empate ficto, ou seja, caso sua proposta fosse até 5% maior que a dos demais licitantes. Daí, diante do empate ficto, seria aberta à licitante microempresa as facultades dos incisos I e II do art. 45 da LC 123/06. Todavia, o caso dos autos trata de empate real, de maneira que tal situação não clama pela aplicação dos critérios de desempate do incisos I e II do art. 45 da Lei Complementar em comento, já que, sendo todas as propostas idênticas, inclusive as das microempresas, a disputa deverá limitar-se apenas entre essas. Caso a outra microempresa participante estivesse devidamente habilitada, o correto seria a realização de um sorteio para decidir a classificação entre as duas. As outras empresas não identificadas como microempresas estariam fora da disputa.

III. DA BUSCA PELA MELHOR PROPOSTA E A PROTEÇÃO

CONSTITUCIONAL À MICROEMPRESA Um dos princípios que envolve as licitações é o princípio da vantajosidade, estampado no caput do art. 3º da Lei 8666/93. Tal dispositivo impõe como uma das metas da licitação a busca pela proposta mais vantajosa, a que possui melhor relação entre custo e benefício. Enfim, busca-se o menor e melhor gasto de dinheiro público. É certo que a ideia de vantajosidade está muito relacionada com economia, com a otimização dos resultados econômicos, tanto no aspecto quantitativo, como no qualitativo. Mas não resume a isso. A ideia de vantagem ultrapassa a órbita meramente econômica, abrangendo objetivos mais amplos, interesses supra individuais, ou seja, interesses que vão além do indivíduo, alcançando interesse de grupos sociais determinados, determináveis ou indeterminados. Também, outro importante objetivo buscado pelas licitações é o desenvolvimento

Decisão Também, outro importante objetivo buscado pelas licitações é o desenvolvimento nacional sustentável (art. 3º, caput, Lei 8666/93). Enfim, a conclusão a que se deseja chegar é a seguinte: dizer que a Administração busca a melhor proposta não quer dizer apenas que busca a mais barata (o que, obviamente, também se espera). Mas vai além disso. A melhor proposta é a mais vantajosa não apenas para o ente público, mas a toda coletividade. É a escolha da proposta que mais estimule o desenvolvimento nacional. No caso dos autos, essa questão da abrangência do conceito de vantajosidade fica muito latente. Isso porque todos os licitantes apresentaram exatamente as mesmas propostas. Sendo assim, independente de quem fosse o contratado, a Administração obteria o mesmo proveito econômico, ou seja, gastaria a mesma quantia. Todavia, a contratação com uma microempresa mostra-se mais vantajosa, pois, além de ser a mais barata, ainda estará fomentando a ideia de desenvolvimento nacional sustentável e, assim, em uma visão macro, estará optando pela proposta mais vantajosa. Diante do debate principiológico ora instaurado, os argumentos da impetrada mostram-se ainda mais fracos, pois grande parte de sua argumentação limitou-se ao fato de que a impetrante não poderia ser favorecida pelos privilégios do art. 44 e 45 da LC 123/06, uma vez que o edital proibia propostas negativas. De fato, grande parte de tais artigos não encontram campo para aplicação nesta demanda, já que não estamos diante de empate ficto, mas de empate real. Todavia, estamos diante de algo maior, de uma questão que envolve mais do que valores nominais. Imaginemos que o caso dos autos seja uma balança: de um lado temos a possibilidade de contratar com uma grande empresa, fato que apenas concretizaria a busca pelo menor preço. Do outro lado, temos a possibilidade de se contratar com uma microempresa, circunstância que levaria não apenas à contratação do menor preço, mas, também, à concretização da ideia de fomento social e econômico buscado pelas licitações públicas e estar-se-ia atendendo à ideia de desenvolvimento nacional sustentável, o que tornaria a

contratação, verdadeiramente, mais vantajosa. Como se os princípios retro expostos, trazidos pela Lei 8666/93 já não fossem suficientes para fundamentar o debate, cito, por último, a proteção constitucional conferida às microempresas e empresas de pequeno porte. O art. 170, IX da Carta Magna colaciona, como um dos princípios da ordem econômica, a concessão de tratamento favorecido para tais empresas. Portanto, conclui-se o seguinte: que a impetrante é microempresa, pois seu contrato social atende aos requisitos o art. 3º da LC 123/06. Que, no momento da habilitação no certame, comprovou integralmente sua condição, nos termos do edital. Que todos os licitantes apresentaram propostas idênticas, já no menor valor possível, o que ocasiona a situação de empate real, e não ficto. Que, diante do empate real, situação em que o proveito econômico seria o mesmo para a Administração, o gestor público deveria ter restringido o certame apenas entre as duas microempresas, pois apenas assim estaria buscando a concretização plena dos objetivos da licitação, quais sejam, o do desenvolvimento nacional sustentável e da obtenção da proposta mais vantajosa, além do atendimento ao mandamento constitucional de proteção às microempresas. Que, considerando a falta de documentos hábeis à comprovação da qualidade de microempresa, a outra licitante

desta espécie estaria inabilitada e, portanto, não haveria outra solução se não a consagração da impetrante como vencedora.

Decisão

Por derradeiro, fica claro que o ato impetrado encontra-se em total desacordo com o ordenamento jurídico e que a impetrante possui direito líquido e certo a ser consagrada a vencedora do certame.

IV. DISPOSITIVO

Pelos motivos acima expostos, JULGO PROCEDENTE o pedido do impetrante, com fulcro no art. 1º da Lei 12.016/2009, para fins de conceder a segurança pretendida, determinando que a autoridade coatora MODIFIQUE o resultado do certame 030/2015, no qual deverá constar como vencedora a ora impetrante. Logo, extingo o feito, com resolução de mérito, baseada no art. 487, I, CPC. Deixo de fixar honorários advocatícios, em razão das súmulas 512, STF e 105, STJ. Mas, condeno a impetrada ao pagamento das custas e despesas processuais.

P.R.I

Santa Isabel do Ivaí, 01 de Março de 2017.

TALITA BETIATI DE OLIVEIRA

Juíza Substituta

Ora, com as decisões em epígrafe colacionadas, desnecessários maiores arrazoados a respeito do fato ora em debate, pois a ilegalidade em não se conceder a preferência de contratação é manifesta! E, inclusive, situações que não observaram esses ditames legais já mereceram reprovação por parte de Corte de Contas e do Poder Judiciário!

Importante ressaltar, nobre Pregoeira Oficial, que nesta fase recursal é que a autotutela da Administração se afigura como o mecanismo hábil a corrigir desvios e vícios ainda sanáveis, evitando-se os transtornos de eventual intervenção do Judiciário e/ou Órgãos de Controle de Contas, situações essas evitáveis com o provimento do presente apelo recursal e os consequentes impulsos oficiais que visem a retificação das decisões ora atacadas, visando, sobremaneira, um procedimento dentro dos preceitos de legalidade e apto a angariar a melhor proposta e mais vantajosa contratação para esta municipalidade.

2.3. Da aplicabilidade da Lei Federal nº 8.429/92 – Lei da Improbidade Administrativa- ao caso em debate
A legislação em título trouxe significativo amparo para aqueles que buscam na Administração Pública a concretização dos anseios legais e de realização do bem comum.

Tornou-se tal lei eficiente instrumento que visa corrigir erros praticados por agentes públicos na condução da coisa pública e que acabam por afastar-se dos preceitos legalmente estatuidos.

Importante transcrever alguns dos dispositivos que interessam ao caso ora em debate:

Art. 1º O sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa tutelar a probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções, como forma de assegurar a integridade do patrimônio público e social, nos termos desta Lei.

§ 1º Consideram-se atos de improbidade administrativa as condutas dolosas tipificadas nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, ressalvados tipos previstos em leis especiais.

§ 2º Considera-se dolo a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, não bastando a voluntariedade do agente.

(...)

§ 4º Aplicam-se ao sistema da improbidade disciplinado nesta Lei os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador.

§ 5º Os atos de improbidade violam a probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções e a integridade do patrimônio público e social dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como da administração direta e indireta, no âmbito da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

§ 6º Estão sujeitos às sanções desta Lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade privada que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de entes públicos ou governamentais, previstos no § 5º deste artigo.

§ 7º Independentemente de integrar a administração indireta, estão sujeitos às sanções desta Lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade privada para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra no seu patrimônio ou receita atual, limitado o ressarcimento de prejuízos, nesse caso, à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

(...)

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão dolosa, que enseje, efetiva e comprovadamente, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente:

(...)

VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente, acarretando perda patrimonial efetiva ;

(...)

XII - permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente; (...)

Seção III

Dos Atos de Improbidade Administrativa que Atentam Contra os Princípios da Administração Pública

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública a ação ou omissão dolosa que viole os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade, caracterizada por uma das seguintes condutas: :

V - frustrar, em ofensa à imparcialidade, o caráter concorrencial de concurso público, de chamamento ou de procedimento licitatório, com vistas à obtenção de benefício próprio, direto ou indireto, ou de terceiros; ;

(...)

CAPÍTULO III

Das Penas

Art. 12. Independentemente do ressarcimento integral do dano patrimonial, se efetivo, e das sanções penais comuns e de responsabilidade, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:

(...)

II - na hipótese do art. 10 desta Lei, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos até 12 (doze) anos, pagamento de multa civil equivalente ao valor do dano e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo não superior a 12 (doze) anos;

III - na hipótese do art. 11 desta Lei, pagamento de multa civil de até 24 (vinte e quatro) vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo não superior a 4 (quatro) anos;

(...)

CAPÍTULO V

Do Procedimento Administrativo e do Processo Judicial

Art. 14. Qualquer pessoa poderá representar à autoridade administrativa competente para que seja instaurada investigação destinada a apurar a prática de ato de improbidade.

(...)

No caso em apreço, em que pese a ilegalidade do ato, com a apresentação das presentes razões recursais tal fato resta sobejamente evidenciado, com todas as circunstâncias legais e doutrinárias que o permeiam, sendo que, após isso, com a eventual manutenção da ilegal decisão por esta Pregoeira Oficial não permitirá alternativa diversa senão a de se buscar a responsabilização em todas as esferas pertinentes, inclusive no que tange à seara da improbidade administrativa, eis que a estrita observância à lei é pressuposto indispensável do exercício da atividade pública, sobremaneiramente no que se relaciona às contratações públicas, e maiormente quando a ilegalidade é gritante e indistigável!

Por outro lado, caso V. Senhoria, na condição de Pregoeira Oficial, persista na consolidação de contratação com base no resultado do indigitado sorteio, principalmente com as propostas em desacordo do edital e dos esclarecimentos prestados em fase anterior a sessão de lances, constituir-se-á em manobra ilegal, eis que frontalmente contrária a lei, atentando contra o princípio da legalidade estrita que deve permear as licitações públicas, e, considerando ter sido convenientemente alertada a respeito, consubstanciará o elemento volitivo doloso previsto na legislação referente à improbidade administrativa, visando frustrar o procedimento licitatório em comento, atraindo para si as responsabilizações administrativas, legais e criminais concernentes, eis que a LivPay não se submeterá à tal situação de forma alguma.

Por derradeiro apelo, espera-se que esta Pregoeira Oficial, utilizando-se do bom senso e de conduta condizente com a legalidade e escorreita direção dos atos oficiais, exercite o poder de autotutela administrativa e retifique a ilegal decisão que, ao arrepio a lei, ao não considerar a condição de empresa de pequeno porte da ora Recorrente -e o conseqüente direito à preferência na contratação- culminou num ato completamente viciado, que se não corrigido no presente momento processual, pode-se considerá-lo inválido e apto a gerar incontáveis dissabores.

III. Dos Requerimentos Conclusivos

Por todo o exposto, serve o presente Recurso Administrativo, para requerer a Vossa Senhoria, ante a forte argumentação suso exposta, se digne:

a)- a acolher o presente recurso interposto, visto que apresentado tempestivamente e em obediência ao que dispõe a Lei e o Edital, dando regular e legal processamento a este, nos prazos legais;

b)- em razão dos fatos ora narrados, julgar procedente o presente Recurso Administrativo ao PREGÃO ELETRÔNICO Nº 17/2023:

b.1) respeitando e considerando a condição legal de empresa de pequeno porte da ora Recorrente;

b.2.) anulando o sorteio efetivado entre todas as empresas, e a consequente declaração de vencedora da empresa VEROCHIQUE REFEIÇÕES LTDA e atos praticados em frontal oposição aos ditames editalícios e da legislação aplicável;

b.3.) desclassificando todas as empresas que apresentaram lances em desacordo com o edital e esclarecimentos prestados por V. Senhoria anteriormente a abertura da sessão, ou seja, todos aqueles com valores menores de R\$48.000.000,00, valor este que representa a correta e menor taxa possível, ou seja, de 0% (zero por cento), para o certame;

b.4.) declarando a preferência legal para contratação da empresa de pequeno porte ora Recorrente, EMISSORA E GERENCIADORA DE CARTÕES BRASIL ME (LIVPAY), podendo esta prosseguir no certame na condição de empresa habilitada, adjudicando-lhe o objeto da licitação em debate e declarando-a vencedora, nos termos dos arts. 44 e 45 da LC nº 123/2006;

c)- na remota hipótese da decisão pelo não provimento do presente apelo recursal, o que não se espera ante a sobeja e fundamentada argumentação ora transcrita, que Vossa Senhoria fundamente motivadamente sua decisão, com justificações baseadas em substrato jurídico vigente, bem como faça-o subir à autoridade superior, para que seja revisto, nos termos do art. 109, § 4º da Lei nº 8.666/93.

Nestes termos, Respeitosamente, Pede Deferimento.

De Guarapuava-PR para Belém-PA, em 06 de dezembro de 2023.

Voltar