

Zimbra

Recurso Green Card Ref ao Pregão Presencial 15/2018 parte 2

De : Susiane Kempfer
<susiane.kempfer@grupogreencard.com.br>

Seg, 09 de Abr de 2018 16:38

 2 anexos

Assunto : Recurso Green Card Ref ao Pregão Presencial 15/2018
parte 2

Para : pregao@gaspar.sc.gov.br

A/C
Comissão de Licitações

A empresa Green Card S/A Refeições Comércio e Serviços, inscrita no CNPJ nº 92.559.830/0001-71 vem por meio desta apresentar o seu recurso de acordo com as exigências do presente edital de Pregão Presencial nº 15/2018.

Por gentileza confirmar o recebimento deste. Obrigada.

Att
Susiane Kempfer
Setor de Licitações
Green Card S/A
(51) 3226 8999

Todo Mundo Satisfeito



Parecer Carazinho RS.pdf

5 MB

**Apreciação de Recurso Carazinho.pdf**2 MB



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PREFEITURA MUNICIPAL DE CARAZINHO
Setor de Licitações

PREGÃO PRESENCIAL 002/2014

Apreciação de Recurso

EXMO. Sr. Prefeito Municipal

A licitante EXPERTISE SOLUÇÕES FINANCEIRAS LTDA, de CNPJ nº. 07.044.304/0001-08, estabelecida na Rua Marechal Deodoro, nº.1016, na cidade de Santa Cruz do Sul/RS apresentou, tempestivamente, RECURSO contra a decisão deste Pregoeiro, no Pregão Presencial 002/2014, que tem por objeto contratação de empresa para prestação de serviços de fornecimento e administração de Vale Alimentação para os Servidores Públicos Municipais de Carazinho, consoante especificações do EDITAL e ANEXOS.

I - RAZÕES RECURSAIS:

As razões de recurso da licitante EXPERTISE SOLUÇÕES FINANCEIRAS LTDA seguem em seu conteúdo literal encaminhado no dia 11/07/14 as 11:25 horas, ao que segue:

A empresa EXPERTISE SOLUÇÕES FINANCEIRAS LTDA, pessoa jurídica de direito privado, estabelecida na Rua Marechal Deodoro, nº.1016, na cidade de Santa Cruz do Sul/RS, inscrita no CNPJ nº.07.044.304/0001-08, através de sua sócia-gerente Ana Lucia Filter Kunzel, vem à presença de Vossa Senhorias, apresentar RECURSO ADMINISTRATIVO contra a decisão do Pregoeiro e Equipe de Apoio, pelos fatos e fundamentos a seguir expostos:

431



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PREFEITURA MUNICIPAL DE CARAZINHO
Setor de Licitações

RAZÕES RECURSAIS

I - RESUMO FÁTICO

A - A empresa recorrente no intuito de participar da licitação, modalidade Pregão Presencial nº.002/2014, na Prefeitura Municipal de Carazinho, que tem por objeto "Contratação de empresa especializada para fornecimento de Auxílio-alimentação (vale), por meio eletrônico (cartão)", reuniu a documentação exigida no edital e enviou ao órgão licitante, como previsto no ato convocatório;

B - No dia 08 de julho de 2014, foi publicado o resultado da ata de sessão - Pregão Presencial nº.002/2014, o qual consta que o Pregoeiro convidou individualmente os autores das propostas selecionadas a formular lances de forma sequencial, a partir do autor da proposta de maior preço e os demais em ordem decrescente de valor. Todas as empresas presentes apresentaram como lances 0,0000%, assim sendo todas tiveram os mesmos valores.

C - Após o empate ficto de todas as licitantes presentes a Administração entendeu correto haver o sorteio entre todos os participantes, com o fim de classificar as propostas. Tal prejudicou o critério de desempate, previsto no art.44, § 2º, da Lei Complementar 123/06, sendo assegurado, como critério do desempate, preferência de contratação para as microempresas, as empresas de pequeno porte.

D - Em ato contínuo, foi realizado sorteio, em que a empresa Sodexo Pass Brasil foi declarada a vencedora. Logo após, a empresa recorrente manifestou-se intenção de recorrer, tendo o prazo de 3 (três) dias corridos para interposição de recurso.

II - DAS RAZÕES PARA A REFORMA DA DECISÃO

A - DA DECISÃO ATACADA

Com a devida vênia, o entendimento retratado na ata, ora recorrida, se encontra destoante da Lei 10.520/02, da Lei Complementar 123/2006 e dos princípios inerentes ao tema.

III - DO DIREITO

Primeiramente passemos a analisar a Lei Complementar 123/2006 que instituiu tratamento diferenciado e simplificado para as EPPs e MEs. Reza seu artigo 1º:

"Art.1º - Esta Lei Complementar estabelece normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, especialmente no que se refere:

(...)

III - ao acesso a crédito e ao mercado, inclusive quando à preferência nas aquisições de bens e serviços pelos Poderes Públicos, à tecnologia, ao associativismo e às regras de inclusão."

A Lei Complementar inovou em termos licitatórios com a implantação deste sistema, onde em determinadas situações as EPPs ou Mes teriam preferência na contratação com órgãos públicos. Para saber como aplicar este sistema diferenciado e saber quando a EPP ou ME deve ser favorecida, basta cotejar o artigo 44 da Lei Complementar em questão, senão vejamos:

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



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PREFEITURA MUNICIPAL DE CARAZINHO
Setor de Licitações

()
§ 2º - Na modalidade de Pregão, o intervalo percentual estabelecido no § 1º deste artigo será de até 5% (cinco por cento) superior ao melhor preço."

O artigo reproduzido acima é de fácil compreensão e não gera dúvidas quanto à sua aplicação, ou seja, em caso de empate, a preferência na contratação é da EPP ou ME. Portanto, como a Sodexo Pass não se enquadra nesta hipótese esta não deveria ter sido declarada a vencedora do certame. Esclarecedoras são as colocações elaboradas por José Anacleto:

"Caso restem classificadas em primeiro lugar mais de uma proposta (proposta de idêntico valor, caracterizando situação de empate na acepção jurídica do termo), e uma delas for microempresa ou empresa de pequeno porte, esta terá preferência na contratação - o desempate se dará pelo tratamento favorecido à microempresa ou empresa de pequeno porte.

Pode-se sustentar que, no caso de empate decorrente da apresentação de propostas idênticas por microempresa ou empresa de pequeno porte e outra licitante que não detenha essa condição, se deveria automaticamente dar preferência àquela (EPP ou ME) (...)" (ABDUCH SANTOS, José Anacleto. As licitações e o estatuto da microempresa. Revista Zênite de Licitações e Contratos - ILC. Amp XIV - nº 156 - Fevereiro 2007, pp. 138/139

Após tais comentários, uma só pode ser a conclusão: quando houver empate na forma do artigo 44 da LC 123/2006, a EPP ou ME terá preferência na contratação. Aplicar a regra de forma diversa estar-se-ia a infringir o artigo 44 da Lei Federal 8.666/93, abaixo transcrita:

"Art.44 - No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei."

Do mesmo modo, quando presente ao certame ME ou EPP, este critério de desempate possui prevalência sobre os previstos nos incisos do § 2º, artigo 3º, e no § 3º do artigo 45, da Lei nº 8.666/93, considerando que são normas mais recentes que esta, como bem observado por Ivan Barbosa Rigolin (manual Prático das Licitações, 8ª edição, São Paulo: Saraiva, 2009 pg 547), ao comentar o artigo 44 da LC nº 123/2006:

"Aquele novo critério, sempre que envolvia micro e/ou pequena empresa na licitação, prevalece sobre os dois outros critérios previstos na lei nº.8.666/93, sejam os dois ins. II e III do § 2º do artigo 3º (preferência por licitante nacional em desfavor de estrangeiro) e o sorteio (art.45, parágrafo 3º); sim, porque simplesmente a LC nº 123/2006, de norma geral neste artigo, é mais recente que a Lei nº.8.666/93, e pela regra de introdução ao Código Civil, art. 2º, e parágrafo 1, uma norma geral mais recente se impõe a uma norma geral mais antiga, se com ela conflitar."

Assim, correto afirmar que as ME's e EPP's são possuidoras do direito a terem assegurado o critério de desempate nos moldes estabelecidos no artigo 44, da LC 123/2006, como meio de preferência na contratação com o poder público. Essa garantia genérica tem aplicabilidade incondicional, não podendo ser negada pela Administração licitante, nem mesmo quando omitida no termo editalício.

Assim sendo, as regras já foram definidas no edital, onde fica claro que seria aplicada a LC 123/2006. Não pode agora a Administração furtar-se a aplicação dos critérios estabelecidos na legislação sob comento. Até porque se assim o fizer, estará também infringindo o PRINCÍPIO DA LEGALIDADE, esculpido no artigo 3º da Lei Federal 8.666/93:



433

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PREFEITURA MUNICIPAL DE CARAZINHO
Setor de Licitações

"Art 3º – A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração 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 lhe são correlatos.**"

Colacionamos ainda o conceito do princípio em voga:

Pelo princípio da legalidade, tem-se que administração pública é uma atividade que se desenvolve **debaixo da lei, na forma da lei, nos limites da lei e para atingir os fins assinalados pela lei.** É sempre necessária a previsão legislativa como condição de validade de uma atuação administrativa, porém, é essencial que tenham efetivamente acontecido os fatos aos quais a lei estipulou uma consequência. Está totalmente superado o entendimento segundo o qual a discricionariedade que a lei confere ao agente legitima qualquer conduta e impede o exame pelo Poder Judiciário. O princípio da legalidade não pode ser entendido como um simples cumprimento formal das disposições legais. Ele não se coaduna com a mera aparência da legalidade, mas, ao contrário, requer uma atenção especial para com o espírito da lei e para com as circunstâncias do caso concreto." (fonte: www.kplus.com.br – Autora: Giovana Harue Jojima Tavamaro) (grifo nosso)

Para tanto, deve-se atentar que o tratamento favorecido de que tratam os arts. 43 a 45 da Lei Complementar nº 123/2006, deverá ser concedido às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte independentemente de previsão editalícia.

Ademais, é pertinente **anexar** uma ata do Pregão Eletrônico do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul onde a mesma situação aconteceu, no entanto, de forma correta o respeitável Tribunal tomou uma decisão justa e declarou a empresa, ora recorrente como vencedora do certame. Sendo assim, é relevante a Administração rever o caso haja vista o órgão que entende perfeitamente sobre a matéria de licitação concedeu o benefício à empresa EPP, considerando-a vencedora daquele procedimento. Não é razoável que a mesma situação tenha dois posicionamentos diversos, por isso é pertinente a Prefeitura Municipal de Carazinho rever a sua decisão.

Além do mais, atente-se para o caso de que existe um Mandado de Segurança em andamento com a mesma discussão, em que o Juiz de 1ª Instância entendeu que nesses casos não deva haver o sorteio e sim declarar diretamente vencedora do certame a empresa que seja EPP ou ME. Para lembrarmos tal ponto, é válido **anexar** a sentença procedente concedida à Expertise pertencente ao processo nº 1.10.0002082-5. Então, como pode haver decisões notáveis – uma do TCE e outra do Judiciário dando preferência de contratação à EPP ou ME e ainda a Administração posicionar-se de forma diferenciada? Não há lógica e nem fundamentação para isso, razão pela qual a Administração deve reformar a sua decisão inicial, caso contrário estará afrontando diversos ditames legais, bem como deliberações já exaradas.

IV – DIANTE DO EXPOSTO REQUER

1 – O acolhimento do presente recurso, para os fins de que a Administração reforme sua decisão e ao final, julgue como vencedora da licitação a empresa Expertise Soluções Financeiras Ltda, nos termos da Lei Complementar 123/2006,

2 – Aplicação do recurso do **EFEITO HIERÁRQUICO**, conforme determina o artigo 109, § 4º, da Lei Federal 8.666/93 (de forma subsidiária).



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PREFEITURA MUNICIPAL DE CARAZINHO
Setor de Licitações

II – CONTRARRAZÕES AO RECURSO ADMINISTRATIVO:

A licitante SODEXO PASS DO BRASIL SERVIÇOS E COMÉRCIO, empresa com sede na cidade de Barueri/SP, na Alameda Araguaia, 1.1142, bloco 3, Alphaville, inscrita no CNPJ/MF sob nº. 69.034.668/0001-56, não concordando com as disposições contidas no edital da licitação em epígrafe, por seu representante legal, vem à presença de V.Sa., apresentar tempestivamente suas CONTRARRAZÕES AO RECURSO ADMINISTRATIVO, pelos motivos de fato e de direito a seguir expostos. Acaso realizado o juízo de retratação, requer-se o envio das razões anexas à Autoridade Superior competente previsto no § 4º do artigo 109 da Lei 8.666/93. As contrarrazões de recurso da licitante seguem em seu conteúdo literal encaminhado no dia 16/07/14 as 17:00 horas, ao que segue:

I – DOS FATOS

A Prefeitura Municipal de Carazinho convocou interessados na contratação de empresa para a prestação de serviços de fornecimento e administração de Vale Alimentação para os Servidores Públicos Municipais de Carazinho incluído suas autarquias, na modalidade de cartões eletrônicos/magnéticos, em estabelecimentos comerciais credenciados, de acordo com as especificações constantes no Termo de Referência – Anexo I do Edital.

Após abertura do certame, programada para 08/07/2014, a sessão transcorreu sem maiores percalços, já que todas as licitantes apresentaram propostas de idêntico valor. Constatado o EMPATE REAL, seguiu-se a realização do sorteio, nos termos do item 6.19 do Edital, sagrando-se vencedora a empresa SODEXO.

Ato contínuo a empresa Expertise, em interpretação equivocada da norma, manifestou interesse em recorrer sob a alegação de suposta afronta às prerrogativas que lhe confere a Lei Complementar 123/06.

Conforme será adiante demonstrado, os argumentos da recorrente não merecem prosperar, já que o tratamento favorecido e diferenciado confere às microempresas e empresas de pequeno porte, esculpido na legislação vigente, não se trata de direito absoluto, não se sobrepõe ao **princípio da supremacia do interesse público**, por EXPRESSA determinação legal – só é conferido o direito de preferência após a demonstração de vantagem econômica para a Administração Pública. Veremos a seguir que não consta oferta de preço mais vantajoso para que a recorrente pudesse se valer das prerrogativas previstas na LC 123/06.

Isto é assim porque a própria LC 123/06 detalha o procedimento e expressamente exige que a EPP ou microempresa apresente nova proposta cobrindo a oferta da licitante classificada em primeiro lugar – no presente certame isto não ocorreu, portanto, não há que se falar em direito de preferência.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PREFEITURA MUNICIPAL DE CARAZINHO
Setor de Licitações

A questão é simples e não demanda grande aprofundamento técnico, vejamos os fundamentos a seguir:

II - DO DIREITO

O argumento apresentado contra a decisão do Sr. Pregoeiro não merece prosperar, em função do entendimento equivocado que a recorrente fez dos mandamentos da Lei Complementar 123/06. Note-se que somente haveria direito de preferência se a empresa EXPERTISE apresentasse proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame. Nos termos da lei, somente nesta situação seria adjudicado em seu favor o objeto licitado.

No caso presente, estamos diante de um EMPATE REAL, e não ficto como alega a recorrente.

Desta feita, é termo de Lei Complementar:

"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;

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 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 do certame." (grifo nosso)

Ao analisar o dispositivo acima destacado, verifica-se que a recorrente deseja se valer da preferência sem que haja redução mais vantajosa para administração pública, induzindo a r. Administração a infringir o princípio da supremacia do interesse público, o qual foi expressamente prestigiado pela LC 123/06.

Ora, se a legislação determinou que para a contratação de EPP e/ou microempresa seria indispensável apresentar proposta inferior àquela classificada em primeiro lugar (seja no empate ficto ou no real), por qual razão tenta a empresa EXPERTISE se valer de artifício contraditório para impor a sua contratação, em flagrante ofensa aos princípios da legalidade e supremacia do interesse público?

Acertada, portanto, a decisão do i Pregoeiro e sua Equipe de Apoio, que atentos ao determinado expressamente no Edital, procederam-se ao sorteio como critério de isonomia entre os licitantes presentes. Ademais, todos estão vinculados aos termos do Edital - o qual não fora impugnado pela Empresa EXPERTISE no momento oportuno para registra o que achasse controverso, mas preferiu pelo obscuríssimo e se valer de entendimentos diversos da Lei.

Importante frisar que o princípio de supremacia do interesse público prima pelo dever da r. Administração em vincular e direcionar seus atos de modo a garantir que interesses privados não se prevaleçam.

Não há que se sustentar o contrário por ofensa à isonomia, supremacia do interesse público e indisponibilidade desse interesse por parte do administrador.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PREFEITURA MUNICIPAL DE CARAZINHO
Setor de Licitações

Nesta linha, importante destacar os ensinamentos da Professora *Cristiana Fortini* (doutora em Direito pela UFMG; professora do Mestrado da UNIPAC e de outras instituições; Assessora Jurídica do Gabinete do Prefeito; 1ª Vice-Presidente do Instituto Mineiro de Direito Administrativo; Coordenadora da área de Direito Administrativo da Escola Superior da OAB/MG). Com maestria, deixa claro que em caso de empate real, o desempate deverá ser realizado com a aplicação subsidiária da Lei nº. 8.666/93. Vejamos um trecho do artigo publicado na Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais:

"Os §§ 1º e 2º do art. 44 da LC nº. 123/06 criam, ao lado do empate real, o empate ficto, se as propostas equidistarem umas das outras (tomando como referência a proposta inicialmente melhor colocada) dentro de um intervalo de 10% para as modalidades tradicionais e 5% no caso de adoção do pregão. O empate aqui mencionado é o relativo ao preço.

Vale dizer, se a proposta mais bem situada for de R\$100,00, todas as propostas, apresentadas por micro ou pequenas empresas, iguais a ela (como dito, possível apenas no caso de emprego das modalidades tradicionais) e todas as que não a ultrapassarem em mais de 10% (modalidades tradicionais) ou 5% (se for pregão) serão consideradas empatadas. Assim, estarão encoladas as propostas das micro ou pequenas empresas que não ultrapassarem R\$110,00 (cento e dez reais) ou R\$105,00 (cento e cinco reais), a depender da modalidade de licitação em uso.

O desempate, caso exista empate real, é realizado nos moldes da Lei nº.8.666/93, ou seja, mediante sorteio. É a única interpretação possível, visto que toda a orientação da LC nº.123/06 é direcionada ao desempate diante de empate ficto). (grifo nosso)

(...)

Veja que se exige da micro ou pequena empresa a redução do valor para patamares inferiores ao ofertado pela empresa que, até então, havia apresentado a proposta mais baixa. (...) (grifo nosso)"
(http://200.198.41.141:8081/tribunal_contas/2008/01/-sumario?next=1)

A recorrente ao Ler a Lei Complementar 123/06 não observou o que diz

o § 1º do art. 45

"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".

O que de fato ocorreu.

Pelo entendimento da EXPERTISE, as microempresas e empresas de pequeno porte devem ser privilegiadas nos processos licitatórios incondicionalmente, logo ignora que as diretrizes da LC 123/06 possuem caráter subjetivo, sendo indispensável assegurar os preceitos fundamentais da Administração Pública e que, inclusive, foi destacado na própria LC 123/06, apresentar oferta mais vantajosa para se valer do direito de preferência.

Cumpra ressaltar que o Edital é a Lei interna da Licitação, e que suas disposições devem ser observadas, sob pena de ofensa ao princípio basilar da vinculação ao instrumento convocatório. Esclarece-nos acerca da importância do princípio a Prof.ª Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *in verbis*.

"Trata-se de princípio essencial cuja inobservância enseja nulidade do procedimento. Além de mencionado no artigo 3º da Lei nº.8.666/93, ainda tem seu sentido explicitado no artigo 41, segundo o qual 'a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada'. E o artigo 43, inciso V, ainda exige que o julgamento e classificação das propostas se façam de acordo com os critérios de avaliação constantes no edital. Q



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PREFEITURA MUNICIPAL DE CARAZINHO
Setor de Licitações

princípio dirige-se tanto à Administração, como se verifica pelos artigos citados, como aos licitantes, pois estes não podem deixar de atender aos requisitos do instrumento convocatório (edital ou carta-convite);

(...)
Quando a Administração estabelece, no Edital ou na carta-convite, as condições para participar da licitação e as cláusulas essenciais do futuro contrato, os interessados apresentarão suas propostas com base nesses elementos; ora, se for aceita proposta ou celebrado contrato com desrespeito às condições previamente estabelecidas, burlados estarão os princípios da licitação, em especial, o da igualdade entre os licitantes, pois aquele que se predeu aos termos do edital poderá ser prejudicado pela melhor proposta apresentada por outro licitante que os desrespeitou."(grifo nosso)

Nesta verdade, o Prof.º Justen Filho também expõe a necessária observância aos termos do edital, argumentada que:
"(...) a administração tem liberdade para escolher as condições sobre o contrato futuro. Porém, deverá valer-se dessa liberdade com antecedência, indicando exhaustivamente suas escolhas. Tais escolhas serão consignadas no ato convocatório da licitação, que passará a reger a conduta futura do administrador. Além da lei o instrumento convocatório determina as condições a serem observadas pelos envolvidos na licitação. A vinculação ao instrumento convocatório complementa a vinculação à lei."(grifo nosso)

Assim, o instrumento convocatório é Lei entre as partes no qual prevalece o interesse público, a competitividade e a igualdade entre os licitantes.
Se a EXPERTISE não concordava com os termos do edital, deveria ter manifestado a sua resignação no momento oportuno, como dito anteriormente, através de peça impugnatória, mas, assim não o fez, pelo contrário, declarou concordância aos termos do instrumento convocatório.

Desta forma é de rigor que a decisão do r.Pregoeiro de classificação e habilitação seja mantida, mediante o desprovimento do recurso da empresa EXPERTISE SOLUÇÕES FINANCEIRAS LTDA.

IV – DO PEDIDO

Por todo o exposto REQUER que o recurso interposto pela RECORRENTE seja indeferido em atendimento aos princípios da legalidade, igualdade, vinculação ao instrumento convocatório e supremacia do interesse público.

III – ANÁLISE RECURSAL

Preliminarmente, cabe informar que as condições editalícias foram definidas no combatido instrumento convocatório, com observância dos princípios da legalidade, razoabilidade e proporcionalidade que orienta maior ou menor exigência, observado o elenco



438

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PREFEITURA MUNICIPAL DE CARAZINHO
Setor de Licitações

taxativo dos dispositivos citados. É um dever indeclinável da Administração Pública seguir os ditames do edital.

A legislação vigente de acordo com a Lei de Licitações nº.8.666 de 21 de junho de 1993, que segue:

"Art.41 - A Administração não pode descumprir as normas e condições do Edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

(...)

§ 2º - Decairá do direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a Administração o licitante que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização de leilão, as falhas ou irregularidades que viciam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso."

Inicialmente, como um dos pilares da licitação, também informa o procedimento licitatório, conforme entendimento do TCU, o Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório, pois, segundo Hely Lopes Meirelles:

"Vinculação ao Edital: a vinculação ao Edital é princípio básico a toda licitação. Nem se compreenderia que a Administração fixasse no edital a forma e o modo de participação dos licitantes no decorrer do procedimento ou na realização do julgamento se afastasse do estabelecido, ou admitisse documentação e proposta em desacordo com o solicitado. O edital é a lei da licitação, e, como tal, vincula aos seus termos tanto os licitantes como a Administração que o expediu. (art. 41)" (in. Direito Administrativo Brasileiro. Matheiros Editores. 29ª Edição pág. 268

Nada mais é que obrigar a Administração e o licitante a observarem as normas e condições estabelecidas no ato convocatório. Nada poderá ser criado ou feito sem que haja previsão no ato convocatório. Pertinente também, o ensinamento de José Cretella Júnior:

"Elemento ou documento fundamental da licitação, que não só assegura o requisito da publicidade, peculiar ao ato administrativo, como também vincula a Administração e administrados - concorrentes, ao que nele se prescreveu - eis o edital, instrumento convocatório vinculatório."



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PREFEITURA MUNICIPAL DE CARAZINHO
Setor de Licitações

(CRETILLA JÚNIOR, José. Licitações e Contratos do Estado. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999)

O edital foi elaborado, prevendo algumas situações, logo em seu objeto:

"1. OBJETO

Constitui objeto da presente licitação a contratação de empresa para a prestação de serviços de fornecimento e administração de Vale Alimentação para os Servidores Públicos Municipais de Carazinho incluído suas autarquias, na modalidade de cartões eletrônicos/magnéticos, em estabelecimentos comerciais credenciados, de acordo com as especificações constantes no Termo de Referência - Anexo I deste Edital.

Esta licitação é do tipo menor preço e o julgamento será realizado pela Comissão Julgadora, levando em consideração a menor taxa de administração dos serviços, sendo admitida taxa "zero", em razão das condições do mercado, e vedada a indicação de taxa de administração negativa. (grifos nossos)

(...)

6. DO JULGAMENTO DAS PROPOSTAS

(...)

6.6 - É vedada a oferta de lance com vista ao empate.

(...)

6.15 - Encerrada a sessão de lances, será verificada a ocorrência do empate ficto, previsto no art. 44, §2º, da Lei Complementar 123/06, sendo assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas, as empresas de pequeno porte que atenderem ao item 3.5.1, deste edital.

6.15.1 - Entende-se como empate ficto aquelas situações em que as propostas apresentadas pela microempresa e pela empresa de pequeno porte, sejam superiores em até 5% (cinco por cento) à empresa de menor valor.

6.16 - Ocorrendo o empate, na forma do item anterior, proceder-se-á da seguinte forma:

a) A microempresa, a empresa de pequeno porte detentora da proposta de menor valor será convocada para apresentar, no prazo de 5 (cinco) minutos, nova proposta, inferior àquela considerada, até então, de menor preço, situação em que será declarada vencedora do certame.

b) Se a microempresa, a empresa de pequeno porte, convocada na forma da alínea anterior, não apresentar nova proposta, inferior à do menor preço, será facultada, pela ordem de classificação, às demais microempresas, empresas de pequeno porte remanescentes, que se enquadrarem na hipótese do item 6.15.1 deste edital, a apresentação de nova proposta, no prazo previsto na alínea a deste item.

6.17 - Se nenhuma microempresa, empresa de pequeno porte, satisfizer as exigências do item 6.16 deste edital, será declarado vencedor do certame o licitante detentor da proposta originariamente de menor valor.

6.18 - O disposto nos itens 6.15 a 6.17, deste edital, não se aplica às hipóteses em que a proposta de menor valor inicial tiver sido apresentada por microempresa, empresa de pequeno porte.

6.19 - Ocorrendo a apresentação por duas ou mais empresas licitantes, de Proposta com Taxa Zero, será realizado sorteio dentre estas para a definição



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PREFEITURA MUNICIPAL DE CARAZINHO
Setor de Licitações

do licitante vencedor do certame, conforme disposto no § 2º, Art. 45, da Lei Nº 8.666/93."

Cabe referir que a Constituição da República determina, no artigo 146, constante no Título VI, denominado *Da Tributação e Do Orçamento*, que Lei Complementar deverá estabelecer tratamento diferenciado e favorecido às micro e pequenas empresas – ME e EPP's. O mencionado artigo do texto constitucional foi regulamentado pela Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006.

No que tange as contratações públicas, a Lei Complementar 123, no Capítulo V, intitulado *Do Acesso aos Mercados*, estabelece dois benefícios às micro e pequenas empresas que independem de regulamentação pelo ente realizador da licitação, ou seja, auto-aplicáveis. O primeiro, na fase de habilitação, possibilita que tais empresas participem dos processos de contratação ainda que estejam com restrição na documentação fiscal. No segundo benefício, na fase de proposta, concede-se preferência de contratação às micro e pequenas empresas, como já foi citada pela licitante que interpos recurso, empresa EXPERTISE SOLUÇÕES FINANCEIRAS LTDA e também pela licitante que apresentou contrarrazões, empresa SODEXO PASS DO BRASIL SERVIÇOS E COMÉRCIO, mas aqui citamos na íntegra:

"Art 44 – Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferências 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 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



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PREFEITURA MUNICIPAL DE CARAZINHO
Setor de Licitações

porventura se enquadrarem 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 encontram 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.

A partir da redação dos mencionados artigos 44 e 45 será dada preferência quando da contratação pelo Poder Público para as ME e EPP's. Sendo assim, se a menor proposta tiver sido ofertada por micro ou pequena empresa, esta será a vencedora. Se a menor proposta tiver sido oferecida por empresa que não micro ou pequena, será convencionado o denominado "empate ficto" se as micro ou pequenas empresas oferecem proposta superior a de menor valor em até 10%, nas modalidades convencionais da Lei nº.8.666/93, de até 5% no Pregão.

Portanto, o benefício a ser concedido à micro e pequenas empresas é de que estas ofereçam nova proposta, inferior a até então de menor valor, oferecida por empresa que não ME ou EPP, nos termos do artigo 45, inciso I, da Lei Complementar. No caso em que aconteceu no momento do certame, uma nova proposta é inviável. Sendo vedado no Edital que as empresas ofereçam novos valores, como foi previsto no item 6.6 do Edital do presente certame, a interpretação que se fez é que resta prejudicada a possibilidade de aplicação dos benefícios da Lei Complementar 123 na fase de proposta, restando assim, a regra geral da Lei nº 8.666/93, prevista no artigo 45, § 2º, da realização de sorteio entre os licitantes, como previsto no artigo 6.19 do Edital.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PREFEITURA MUNICIPAL DE CARAZINHO
Setor de Licitações

A licitante recorrente baseou seu recurso em uma premissa equivocada. Isto porque constrói suas argumentações recursais considerando os argumentos já por vários momentos citados da Lei Complementar 123/06 onde se refere ao *empate ficto*. Lembramos, que empate significa quando, duas ou mais propostas tem o mesmo valor. O significado de "ficto" é que vem de algo *fingido, simulado* ou que mais se enquadra *suposto*. Assim prevê a Lei Complementar 123/06, quanto ao *mesmo valor suposto*, dentro de uma margem pré-estabelecida pela lei, como já mencionado por ambas licitantes em seus recursos e contrarrazões.

Não há expressa previsão da lei sobre a situação apresentada, por esse motivo, foi observado quanto ao item 6.19 do Edital.

Diante do exposto, reiteramos o posicionamento, mesmo contraditório ao questionamento da empresa EXPERTISE SOLUÇÕES FINANCEIRAS LTDA, foram apresentadas comprovações documentadas, portanto não caberia a classificação ou adjudicação diferente da ocorrida no dia da sessão de lances do certame. Desta forma, não merece guarida a manifestação de recurso apresentada pela empresa EXPERTISE, pois não se alumiou os motivos para sua procedência, por conseguinte não sendo acolhido por este Pregoeiro.

IV – JULGAMENTO

Por tudo que foi exposto, o Pregoeiro deste Município manifesta-se pelo IMPROVIMENTO no mérito ao recurso impetrado, mantendo-se inalterado o resultado da decisão proferida no Pregão Presencial 002/2014.

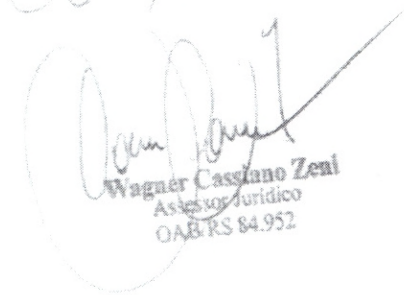



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PREFEITURA MUNICIPAL DE CARAZINHO
Setor de Licitações

Submete-se o presente procedimento licitatório ao Sr. Prefeito Municipal, nos termos do item 8.5, do Edital, para julgamento.

Carazinho, 17 de Julho de 2014.


HENRIQUE JOSE KALKMANN
PREGOEIRO

De Acordo

Wagner Cassiano Zenil
Assessor Jurídico
OAB/RS 84.952


Renato Süß
Prefeito

430



**ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PREFEITURA MUNICIPAL DE CARAZINHO
Setor de Licitações**

PREGÃO PRESENCIAL 002/2014

Apreciação de Recurso

EXMO. Sr. Prefeito Municipal

A licitante EXPERTISE SOLUÇÕES FINANCEIRAS LTDA, de CNPJ nº. 07.044.304/0001-08, estabelecida na Rua Marechal Deodoro, nº.1016, na cidade de Santa Cruz do Sul/RS apresentou, tempestivamente, RECURSO contra a decisão deste Pregoeiro, no Pregão Presencial 002/2014, que tem por objeto contratação de empresa para prestação de serviços de fornecimento e administração de Vale Alimentação para os Servidores Públicos Municipais de Carazinho, consoante especificações do EDITAL e ANEXOS.

I – RAZÕES RECURSAIS:

As razões de recurso da licitante EXPERTISE SOLUÇÕES FINANCEIRAS LTDA seguem em seu conteúdo literal encaminhado no dia 11/07/14 as 11:25 horas, ao que segue:

A empresa EXPERTISE SOLUÇÕES FINANCEIRAS LTDA, pessoa jurídica de direito privado, estabelecida na Rua Marechal Deodoro, nº.1016, na cidade de Santa Cruz do Sul/RS, inscrita no CNPJ nº.07.044.304/0001-08, através de sua sócia-gerente Ana Lucia Filter Kunzel, vem à presença de Vossa Senhorias, apresentar RECURSO ADMINISTRATIVO contra a decisão do Pregoeiro e Equipe de Apoio, pelos fatos e fundamentos a seguir expostos:



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PREFEITURA MUNICIPAL DE CARAZINHO
Setor de Licitações

RAZÕES RECURSAIS

I - RESUMO FÁTICO

A - A empresa recorrente no intuito de participar da licitação, modalidade Pregão Presencial nº.002/2014, na Prefeitura Municipal de Carazinho, que tem por objeto "**Contratação de empresa especializada para fornecimento de Auxílio-alimentação (vale), por meio eletrônico (cartão).**", reuniu a documentação exigida no edital e enviou ao órgão licitante, como previsto no ato convocatório;

B - No dia 08 de julho de 2014, foi publicado o resultado da ata de sessão - Pregão Presencial nº.002/2014, o qual consta que o Pregoeiro convidou individualmente os autores das propostas selecionadas a formular lances de forma seqüencial, a partir do autor da proposta de maior preço e os demais em ordem decrescente de valor. Todas as empresas presentes apresentarem como lances 0,0000%, assim sendo todas tiveram os mesmos valores.

C - Após o empate ficto de todas as licitantes presentes a Administração entendeu correto haver o sorteio entre todos os participantes, com o fim de classificar as propostas. Tal prejudicou o critério de desempate, previsto no art.44, § 2º, da Lei Complementar 123/06, sendo assegurado, como critério do desempate, preferência de contratação para as microempresas, as empresas de pequeno porte.

D - Em ato contínuo, foi realizado sorteio, em que a empresa Sodexo Pass Brasil foi declarada a vencedora. Logo após, a empresa recorrente manifestou-se intenção de recorrer, tendo o prazo de 3 (três) dias corridos para interposição de recurso.

II - DAS RAZÕES PARA A REFORMA DA DECISÃO

A - DA DECISÃO ATACADA

Com a devida vênia, o entendimento retratado na ata, ora recorrida, se encontra destoante da Lei 10.520/02, da **Lei Complementar 123/2006** e dos princípios inerentes ao tema.

III - DO DIREITO

Primeiramente passemos a analisar a Lei Complementar 123/2006 que instituiu tratamento diferenciado e simplificado para as EPPs e MEs. Reza seu artigo 1º:

"Art.1º - Esta Lei Complementar estabelece normas gerais relativas ao tratamento **diferenciado e favorecido** a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, especialmente no que se refere:

(...)

III - ao acesso a crédito e ao mercado, inclusive quando à **preferência nas aquisições de bens e serviços pelos Poderes Públicos**, à tecnologia, ao associativismo e às regras de inclusão."

A Lei Complementar inovou em termos licitatórios com a implantação deste sistema, onde em determinadas situações as EPPs ou Mes teriam preferência na contratação com órgãos públicos. Para saber como aplicar este sistema diferenciado e saber quando a EPP ou ME deve ser favorecida, basta cotejar o artigo 44 da Lei Complementar em questão, senão vejamos:

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



432

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PREFEITURA MUNICIPAL DE CARAZINHO
Setor de Licitações

(...)

§ 2º – Na modalidade de Pregão, o intervalo percentual estabelecido no § 1º deste artigo será de até 5% (cinco por cento) superior ao melhor preço."

O artigo reproduzido acima é de fácil compreensão e não gera dúvidas quanto à sua aplicação, ou seja, em caso de empate, a preferência na contratação é da EPP ou ME. Portanto, como a Sodexo Pass não se enquadra nesta hipótese esta não deveria ter sido declarada a vencedora do certame. Esclarecedoras são as colocações elaboradas por José Anacleto:

"Caso restem classificadas em primeiro lugar mais de uma proposta (proposta de idêntico valor, caracterizando situação de empate na acepção jurídica do termo), e uma delas for microempresa ou empresa de pequeno porte, esta terá preferência na contratação – o desempate se dará pelo tratamento favorecido à microempresa ou empresa de pequeno porte.

Pode-se sustentar que, no caso de empate decorrente da apresentação de propostas idênticas por microempresa ou empresa de pequeno porte e outra licitante que não detenha essa condição, se deveria automaticamente dar preferência àquela (EPP ou ME) (...)" (ABDUCH SANTOS, José Anacleto. **As licitações e o estatuto da microempresa**. Revista Zênite de Licitações e Contratos – ILC. Amp XIV – nº 156 – Fevereiro 2007. pp. 138/139

Após tais comentários, uma só pode ser a conclusão: quando houver empate na forma do artigo 44 da LC 123/2006, a EPP ou ME terá preferência na contratação. Aplicar a regra de forma diversa estar-se-ia a infringir o artigo 44 da Lei Federal 8.666/93, abaixo transcrita:

"Art.44 – No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei."

Do mesmo modo, quando presente ao certame ME ou EPP, este critério de desempate possui prevalência sobre os previstos nos incisos do § 2º, artigo 3º; e no § 3º do artigo 45, da Lei nº 8.666/93, considerando que são normas mais recentes que esta, como bem observado por Ivan Barbosa Rigolin (manual Prático das Licitações. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009 pg 547), ao comentar o artigo 44 da LC nº 123/2006:

"Aquele novo critério, sempre que envolva micro e/ou pequena empresa na licitação, prevalece sobre os dois outros critérios previstos na lei nº.8.666/93, sejam os dois ins. II e III do § 2º do artigo 3º (preferência por licitante nacional em desfavor de estrangeiro) e o sorteio (art.45, parágrafo 3º); sim, porque simplesmente a LC nº 123/2006, de norma geral neste artigo, é mais recente que a Lei nº.8.666/93, e pela regra de Introdução ao Código Civil, art. 2º, e parágrafo 1, uma norma geral mais recente se impõe a uma norma geral mais antiga, se com ela conflitar."

Assim, correto afirmar que as ME's e EPP's são possuidoras do direito a terem assegurado o critério de desempate nos moldes estabelecidos no artigo 44, da LC 123/2006, como meio de preferência na contratação com o poder público. Essa garantia genérica tem aplicabilidade incondicional, não podendo ser negada pela Administração licitante, nem mesmo quando omitida no termo editalício.

Assim sendo, as regras já foram definidas no edital, onde fica claro que seria aplicada a LC 123/2006. Não pode agora a Administração furta-se a aplicação dos critérios estabelecidos na legislação sob comento. Até porque se assim o fizer, estará também infringindo o **PRINCÍPIO DA LEGALIDADE**, esculpido no artigo 3º da Lei Federal 8.666/93:



433

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PREFEITURA MUNICIPAL DE CARAZINHO
Setor de Licitações

"Art.3º – A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração 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 lhe são correlatos."

Colacionamos ainda o conceito do princípio em voga:
Pelo princípio da legalidade, tem-se que administração pública é uma atividade que se desenvolve **debaixo da lei, na forma da lei, nos limites da lei e para atingir os fins assinalados pela lei**. É sempre necessária a previsão legislativa como condição de validade de uma atuação administrativa, porém, é essencial que tenham efetivamente acontecido os fatos aos quais a lei estipulou uma consequência. Está totalmente superado o entendimento segundo o qual a discricionariedade que a lei confere ao agente legitima qualquer conduta e impede o exame pelo Poder Judiciário. O princípio da legalidade não pode ser entendido como um simples cumprimento formal das disposições legais. Ele não se coaduna com a mera aparência da legalidade, mas, ao contrário, requer uma atenção especial para com o espírito da lei e para com as circunstâncias do caso concreto." (fonte: www.kplus.com.br – Autora: Giovana Harue Jojima Tavamaro) (grifo nosso)

Para tanto, deve-se atentar que o tratamento favorecido de que tratam os arts. 43 a 45 da Lei Complementar nº 123/2006, deverá ser concedido às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte independentemente de previsão editalícia.

Ademais, é pertinente **anexar** uma ata de Pregão Eletrônico do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul onde a mesma situação aconteceu, no entanto, de forma correta o respeitável Tribunal tomou uma decisão justa e declarou a empresa, ora recorrente como vencedora do certame. Sendo assim, é relevante a Administração rever o caso haja vista o órgão que entende perfeitamente sobre a matéria de licitação concedeu o benefício à empresa EPP, considerando-a vencedora daquele procedimento. Não é razoável que a mesma situação tenha dois posicionamentos diversos, por isso é pertinente a Prefeitura Municipal de Carazinho rever a sua decisão.

Além do mais, atente-se para o caso de que existe um Mandado de Segurança em andamento com a mesma discussão, em que o Juiz de 1ª Instância entendeu que nesses casos não deva haver o sorteio e sim declarar diretamente vencedora do certame a empresa que seja EPP ou ME. Para lembrarmos tal ponto, é válido **anexar** a sentença procedente concedida à Expertise pertencente ao processo nº 1.10.0002082-5. Então, como pode haver decisões notáveis – uma do TCE e outra do Judiciário dando preferência de contratação à EPP ou ME e ainda a Administração posicionar-se de forma diferenciada? Não há lógica e nem fundamentação para isso, razão pela qual a Administração deve reformar a sua decisão inicial, caso contrário estará afrontando diversos ditames legais, bem como deliberações já exaradas.

IV – DIANTE DO EXPOSTO REQUER

1 – O acolhimento do presente recurso, para os fins de que a Administração reforme sua decisão e ao final, julgue como vencedora da licitação a empresa Expertise Soluções Financeiras Ltda, nos termos da Lei Complementar 123/2006;

2 – Aplicação do recurso do **EFEITO HIERÁRQUICO**, conforme determina o artigo 109, § 4º, da Lei Federal 8.666/93 (de forma subsidiária).



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PREFEITURA MUNICIPAL DE CARAZINHO
Setor de Licitações

II – CONTRARRAZÕES AO RECURSO ADMINISTRATIVO:

A licitante SODEXO PASS DO BRASIL SERVIÇOS E COMÉRCIO, empresa com sede na cidade de Barueri/SP, na Alameda Araguaia, 1.1142, bloco 3, Alphaville, inscrita no CNPJ/MF sob nº. 69.034.668/0001-56, não concordando com as disposições contidas no edital da licitação em epígrafe, por seu representante legal, vem à presença de V.Sa., apresentar tempestivamente suas CONTRARRAZÕES AO RECURSO ADMINISTRATIVO, pelos motivos de fato e de direito a seguir expostos. Acaso realizado o juízo de retratação, requer-se o envio das razões anexas à Autoridade Superior competente previsto no § 4º do artigo 109 da Lei 8.666/93. As contrarrazões de recurso da licitante seguem em seu conteúdo literal encaminhado no dia 16/07/14 as 17:00 horas, ao que segue:

1 – DOS FATOS

A Prefeitura Municipal de Carazinho convocou interessados na contratação de empresa para a prestação de serviços de fornecimento e administração de Vale Alimentação para os Servidores Públicos Municipais de Carazinho incluído suas autarquias, na modalidade de cartões eletrônicos/magnéticos, em estabelecimentos comerciais credenciados, de acordo com as especificações constantes no Termo de Referência – Anexo I do Edital.

Após abertura do certame, programada para 08/07/2014, a sessão transcorreu sem maiores percalços, já que todas as licitantes apresentaram propostas de idêntico valor. Constatado o EMPATE REAL, seguiu-se a realização do sorteio, nos termos do item 6.19 do Edital, sagrando-se vencedora a empresa SODEXO.

Ato contínuo a empresa Expertise, em interpretação equivocada da norma, manifestou interesse em recorrer sob a alegação de suposta afronta às prerrogativas que lhe confere a Lei Complementar 123/06.

Conforme será adiante demonstrado, os argumentos da recorrente não merecem prosperar, já que o tratamento favorecido e diferenciado conferido às microempresas e empresas de pequeno porte, esculpido na legislação vigente, não se trata de direito absoluto, não se sobrepõe ao princípio da supremacia do interesse público, por EXPRESSA determinação legal – só é conferido o direito de preferência após a demonstração de vantajosidade econômica para a Administração Pública. Veremos a seguir que não consta oferta de preço mais vantajoso para que a recorrente pudesse se valer das prerrogativas previstas na LC 123/06.

Isto é assim porque a própria LC 123/06 detalha o procedimento e expressamente exige que a EPP ou microempresa apresente nova proposta cobrindo a oferta da licitante classificada em primeiro lugar – no presente certame isto não ocorreu, portanto, não há que se falar em direito de preferência.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PREFEITURA MUNICIPAL DE CARAZINHO
Setor de Licitações

A questão é simples e não demanda grande aprofundamento técnico, vejamos os fundamentos a seguir:

II – DO DIREITO

O argumento apresentado contra a decisão do Sr. Pregoeiro não merece prosperar, em função do entendimento equivocado que a recorrente fez dos mandamentos da Lei Complementar 123/06. Note-se que somente haveria direito de preferência se a empresa EXPERTISE apresentasse proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame. Nos termos da lei, somente nesta situação seria adjudicado em seu favor o objeto licitado.

No caso presente, estamos diante de um EMPATE REAL, e não ficto como alega a recorrente.

Desta feita, é termo de Lei Complementar:

“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;**

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 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 do certame.” (grifo nosso)

Ao analisar o dispositivo acima destacado, verifica-se que a recorrente deseja se valer da preferência sem que haja redução mais vantajosa para administração pública, induzindo a r. Administração a infringir o princípio da supremacia do interesse público, o qual foi expressamente prestigiado pela LC 123/06.

Ora, se a legislação determinou que para a contratação de EPP e/ou microempresa seria indispensável apresentar proposta inferior àquela classificada em primeiro lugar (seja no empate ficto ou no real), por qual razão tenta a empresa EXPERTISE se valer de artifício contraditório para impor a sua contratação, em flagrante ofensa aos princípios da legalidade e supremacia do interesse público?

Acertada, portanto, a decisão do i. Pregoeiro e sua Equipe de Apoio, que atentos ao determinado expressamente no Edital, procederam-se ao sorteio como critério de isonomia entre os licitantes presentes. Ademais, todos estão vinculados aos termos do Edital – o qual não fora impugnado pela Empresa EXPERTISE no momento oportuno para registra o que achasse controverso, mas preferiu pelo obscuríssimo e se valer de entendimentos diversos da Lei.

Importante frisar que o princípio de supremacia do interesse público prima pelo dever da r. Administração em vincular e direcionar seus atos de modo a garantir que interesses privados não se prevaleçam.

Não há que se sustentar o contrário por ofensa à isonomia, supremacia do interesse público e indisponibilidade desse interesse por parte do administrador.



436
[Handwritten signature]

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL PREFEITURA MUNICIPAL DE CARAZINHO Setor de Licitações

Nesta linha, importante destacar os ensinamentos da Professora Cristiana Fortini (doutora em Direito pela UFMG; professora do Mestrado da UNIPAC e de outras instituições; Assessora Jurídica do Gabinete do Prefeito; 1ª Vice-Presidente do Instituto Mineiro de Direito Administrativo; Coordenadora da área de Direito Administrativo da Escola Superior da OAB/MG). Com maestria, deixa claro que em caso de empate real, o desempate deverá ser realizado com a aplicação subsidiária da Lei nº. 8.666/93. Vejamos um trecho do artigo publicado na Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais:

"Os §§ 1º e 2º do art. 44 da LC nº.123/06 criam, ao lado do empate real, o empate ficto, se as propostas equidistarem umas das outras (tomando como referência a proposta inicialmente melhor colocada) dentro de um intervalo de 10% para as modalidades tradicionais e 5% no caso de adoção do pregão. O empate aqui mencionado é o relativo ao preço.

Vale dizer, se a proposta mais bem situada for de R\$100,00, todas as propostas, apresentadas por micro ou pequenas empresas, iguais a ela (como dito, possível apenas no caso de emprego das modalidades tradicionais) e todas as que não a ultrapassarem em mais de 10% (modalidades tradicionais) ou 5% (se for pregão) serão consideradas empatadas. Assim, estarão enoatadas as propostas das micro ou pequenas empresas que não ultrapassarem R\$110,00 (cento e dez reais) ou R\$105,00 (cento e cinco reais), a depender da modalidade de licitação em uso.

O desempate, caso exista empate real, é realizado nos moldes da Lei nº.8.666/93, ou seja, mediante sorteio. É a única interpretação possível, visto que toda a orientação da LC nº.123/06 é direcionada ao desempate diante de empate ficto).(grifo nosso)

(...)

Veja que se exige da micro ou pequena empresa a redução do valor para patamares inferiores ao ofertado pela empresa que, até então, havia apresentado a proposta mais baixa.(...)(grifo nosso)"
(http://200.198.41.141:8081/tribunal_contas/2008/01/-sumario?next=1)

A recorrente ao Ler a Lei Complementar 123/06 não observou o que diz

o § 1º do art. 45.

"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".

O que de fato ocorreu.

Pelo entendimento da EXPERTISE, as microempresas e empresas de pequeno porte devem ser privilegiadas nos processos licitatórios incondicionalmente, logo ignora que as diretrizes da LC 123/06 possuem caráter subjetivo, sendo indispensável assegurar os preceitos fundamentais da Administração Pública e que, inclusive, foi destacado na própria LC 123/06: apresentar oferta mais vantajosa para se valer do direito de preferência.

Cumprе ressaltar que o Edital é a Lei interna da Licitação, e que suas disposições devem ser observadas, sob pena de ofensa ao princípio basilar da vinculação ao instrumento convocatório. Esclarece-nos acerca da importância do princípio a Prof.ª Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *in verbis*:

"Trata-se de princípio essencial cuja inobservância enseja nulidade do procedimento. Além de mencionado no artigo 3º da Lei nº.8.666/93, ainda tem seu sentido explicitado no artigo 41, segundo o qual 'a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada'. E o artigo 43, inciso V, ainda exige que o julgamento e classificação das propostas se façam de acordo com os critérios de avaliação constantes no edital. Q



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PREFEITURA MUNICIPAL DE CARAZINHO
Setor de Licitações

princípio dirige-se tanto à Administração, como se verifica pelos artigos citados, como aos licitantes, pois estes não podem deixar de atender aos requisitos do instrumento convocatório (edital ou carta-convite);
(...)

Quando a Administração estabelece, no Edital ou na carta-convite, as condições para participar da licitação e as cláusulas essenciais do futuro contrato, os interessados apresentarão suas propostas com base nesses elementos; ora, se for aceita proposta ou celebrado contrato com desrespeito às condições previamente estabelecidas, burlados estarão os princípios da licitação, em especial, o da igualdade entre os licitantes, pois aquele que se prendeu aos termos do edital poderá ser prejudicado pela melhor proposta apresentada por outro licitante que os desrespeitou."(grifo nosso)

Nesta verdade, o Prof.º Justen Filho também expõe a necessária observância aos termos do edital, argumentada que:

"(...) a administração tem liberdade para escolher as condições sobre o contrato futuro. Porém, deverá valer-se dessa liberdade com antecedência, indicando exaustivamente suas escolhas. Tais escolhas serão consignadas no ato convocatório da licitação, que passará a reger a conduta futura do administrador. Além da lei, o instrumento convocatório determina as condições a serem observadas pelos envolvidos na licitação. A vinculação ao instrumento convocatório complementa a vinculação à lei."(grifo nosso)

Assim, o instrumento convocatório é Lei entre as partes no qual prevalece o interesse público, a competitividade e a igualdade entre os licitantes.

Se a EXPERTISE não concordava com os termos do edital, deveria ter manifestado a sua resignação no momento oportuno, como dito anteriormente, através de peça impugnatória, mas, assim não o fez; pelo contrário, declarou concordância aos termos do instrumento convocatório.

Desta forma é de rigor que a decisão do r.Pregoeiro de classificação e habilitação seja mantida, mediante o desprovemento do recurso da empresa EXPERTISE SOLUÇÕES FINANCEIRAS LTDA.

IV – DO PEDIDO

Por todo o exposto REQUER que o recurso interposto pela RECORRENTE seja indeferido em atendimento aos princípios da legalidade, igualdade, vinculação ao instrumento convocatório e supremacia do interesse público.

III – ANÁLISE RECURSAL

Preliminarmente, cabe informar que as condições editalícias foram definidas no combatido instrumento convocatório, com observância dos princípios da legalidade, razoabilidade e proporcionalidade que orienta maior ou menor exigência, observado o elenco

438




**ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PREFEITURA MUNICIPAL DE CARAZINHO
Setor de Licitações**

taxativo dos dispositivos citados. É um dever indeclinável da Administração Pública seguir os ditames do edital.

A legislação vigente de acordo com a Lei de Licitações nº.8.666 de 21 de junho de 1993, que segue:

"Art.41 – A Administração não pode descumprir as normas e condições do Edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

(...)

§ 2º - Decairá do direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a Administração o licitante que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização de leilão, as falhas ou irregularidades que viciam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso."

Inicialmente, como um dos pilares da licitação, também informa o procedimento licitatório, conforme entendimento do TCU, o Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório, pois, segundo Hely Lopes Meirelles:

"Vinculação ao Edital: a vinculação ao Edital é princípio básico a toda licitação. Nem se compreenderia que a Administração fixasse no edital a forma e o modo de participação dos licitantes no decorrer do procedimento ou na realização do julgamento se afastasse do estabelecido, ou admitisse documentação e proposta em desacordo com o solicitado. O edital é a lei da licitação, e, como tal, vincula aos seus termos tanto os licitantes como a Administração que o expediu. (art. 41)" (in, Direito Administrativo Brasileiro. Malheiros Editores. 29ª Edição. pág. 268

Nada mais é que obrigar a Administração e o licitante a observarem as normas e condições estabelecidas no ato convocatório. Nada poderá ser criado ou feito sem que haja previsão no ato convocatório. Pertinente também, o ensinamento de José Cretella Júnior:

"Elemento ou documento fundamental da licitação, que não só assegura o requisito da publicidade, peculiar ao ato administrativo, como também vincula a Administração e administrados - concorrentes, ao que nele se prescreveu – eis o edital, instrumento convocatório vinculatório."





ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PREFEITURA MUNICIPAL DE CARAZINHO
Setor de Licitações

(CRETELLA JÚNIOR, José, Licitações e Contratos do Estado. 2a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999)

O edital foi elaborado, prevendo algumas situações, logo em seu objeto:

"1. OBJETO

Constitui objeto da presente licitação a contratação de empresa para a prestação de serviços de fornecimento e administração de Vale Alimentação para os Servidores Públicos Municipais de Carazinho incluído suas autarquias, na modalidade de cartões eletrônicos/magnéticos, em estabelecimentos comerciais credenciados, de acordo com as especificações constantes no Termo de Referência - Anexo I deste Edital.

Esta licitação é do tipo menor preço e o julgamento será realizado pela Comissão Julgadora, levando em consideração a menor taxa de administração dos serviços, sendo admitida taxa "zero", em razão das condições do mercado, e vedada a indicação de taxa de administração negativa. (grifos nossos)

(...)

6. DO JULGAMENTO DAS PROPOSTAS

(...)

6.6 - É vedada a oferta de lance com vista ao empate.

(...)

6.15 - Encerrada a sessão de lances, será verificada a ocorrência do empate ficto, previsto no art. 44, §2º, da Lei Complementar 123/06, sendo assegurada, como critério do desempate, preferência de contratação para as microempresas, as empresas de pequeno porte que atenderem ao item 3.5.1, deste edital.

6.15.1 - Entende-se como empate ficto aquelas situações em que as propostas apresentadas pela microempresa e pela empresa de pequeno porte, sejam superiores em até 5% (cinco por cento) à empresa de menor valor.

6.16 - Ocorrendo o empate, na forma do item anterior, proceder-se-á da seguinte forma:

a) A microempresa, a empresa de pequeno porte detentora da proposta de menor valor será convocada para apresentar, no prazo de 5 (cinco) minutos, nova proposta, inferior àquela considerada, até então, de menor preço, situação em que será declarada vencedora do certame.

b) Se a microempresa, a empresa de pequeno porte, convocada na forma da alínea anterior, não apresentar nova proposta, inferior à de menor preço, será facultada, pela ordem de classificação, às demais microempresas, empresas de pequeno porte remanescentes, que se enquadrarem na hipótese do item 6.15.1 deste edital, a apresentação de nova proposta, no prazo previsto na alínea a deste item.

6.17 - Se nenhuma microempresa, empresa de pequeno porte, satisfizer as exigências do item 6.16 deste edital, será declarado vencedor do certame o licitante detentor da proposta originariamente de menor valor.

6.18 - O disposto nos itens 6.15 a 6.17, deste edital, não se aplica às hipóteses em que a proposta de menor valor inicial tiver sido apresentada por microempresa, empresa de pequeno porte.

6.19 - Ocorrendo a apresentação por duas ou mais empresas licitantes, de Proposta com Taxa Zero, será realizado sorteio dentre estas para a definição



440

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PREFEITURA MUNICIPAL DE CARAZINHO
Setor de Licitações

do licitante vencedor do certame, conforme disposto no § 2º, Art. 45, da Lei Nº 8.666/93."

Cabe referir que a Constituição da República determina, no artigo 146, constante no Título VI, denominado *Da Tributação e Do Orçamento*, que Lei Complementar deverá estabelecer tratamento diferenciado e favorecido às micro e pequenas empresas – ME e EPP's. O mencionado artigo do texto constitucional foi regulamentado pela Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006.

No que tange as contratações públicas, a Lei Complementar 123, no Capítulo V, intitulado *Do Acesso aos Mercados*, estabelece dois benefícios às micro e pequenas empresas que independem de regulamentação pelo ente realizador da licitação, ou seja, auto-aplicáveis. O primeiro, na fase de habilitação, possibilita que tais empresas participem dos processos de contratação ainda que estejam com restrição na documentação fiscal. No segundo benefício, na fase de proposta, concede-se preferência de contratação às micro e pequenas empresas, como já foi citada pela licitante que interpos recurso, empresa EXPERTISE SOLUÇÕES FINANCEIRAS LTDA e também pela licitante que apresentou contrarrazões, empresa SODEXO PASS DO BRASIL SERVIÇOS E COMÉRCIO, mas aqui citamos na íntegra:

"Art.44 – Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferências 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 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



441

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PREFEITURA MUNICIPAL DE CARAZINHO
Setor de Licitações

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 encontram 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."

A partir da redação dos mencionados artigos 44 e 45 será dada preferência quando da contratação pelo Poder Público para as ME e EPP's. Sendo assim, se a menor proposta tiver sido ofertada por micro ou pequena empresa, esta será a vencedora. Se a menor proposta tiver sido oferecida por empresa que não micro ou pequena, será convencionado o denominado "empate ficto" se as micro ou pequenas empresas oferecem proposta superior a de menor valor em até 10%, nas modalidades convencionais da Lei nº.8.666/93, de até 5% no Pregão.

Portanto, o benefício a ser concedido à micro e pequenas empresas é de que estas ofereçam nova proposta, inferior a até então de menor valor, oferecida por empresa que não ME ou EPP, nos termos do artigo 45, inciso I, da Lei Complementar. No caso em que aconteceu no momento do certame, uma nova proposta é inviável. Sendo vedado no Edital que as empresas ofereçam novos valores, como foi previsto no item 6.6 do Edital do presente certame, a interpretação que se fez é que resta prejudicada a possibilidade de aplicação dos benefícios da Lei Complementar 123 na fase de proposta, restando assim, a regra geral da Lei nº 8.666/93, prevista no artigo 45, § 2º, da realização de sorteio entre os licitantes, como previsto no artigo 6.19 do Edital.



442

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PREFEITURA MUNICIPAL DE CARAZINHO
Setor de Licitações

A licitante recorrente baseou seu recurso em uma premissa equivocada. Isto porque constrói suas argumentações recursais considerando os argumentos já por vários momentos citados da Lei Complementar 123/06 onde se refere ao *empate ficto*. Lembramos, que empate significa quando, duas ou mais propostas tem o mesmo valor. O significado de "ficto" é que vem de algo *fingido, simulado* ou que mais se enquadra *suposto*. Assim prevê a Lei Complementar 123/06, quanto ao *mesmo valor suposto*, dentro de uma margem pré-estabelecida pela lei, como já mencionado por ambas licitantes em seus recursos e contrarrazões.

Não há expressa previsão da lei sobre a situação apresentada, por esse motivo, foi observado quanto ao item 6.19 do Edital.

Diante do exposto, reiteramos o posicionamento, mesmo contraditório ao questionamento da empresa EXPERTISE SOLUÇÕES FINANCEIRAS LTDA, foram apresentadas comprovações documentadas, portanto não caberia a classificação ou adjudicação diferente da ocorrida no dia da sessão de lances do certame. Desta forma, não merece guarida a manifestação de recurso apresentada pela empresa EXPERTISE, pois não se alumiou os motivos para sua procedência, por conseguinte não sendo acolhido por este Pregoeiro.

IV – JULGAMENTO

Por tudo que foi exposto, o Pregoeiro deste Município manifesta-se pelo IMPROVIMENTO no mérito ao recurso impetrado, mantendo-se inalterado o resultado da decisão proferida no Pregão Presencial 002/2014.

443
[Handwritten mark]



**ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PREFEITURA MUNICIPAL DE CARAZINHO
Setor de Licitações**

Submete-se o presente procedimento licitatório ao Sr. Prefeito Municipal, nos termos do item 8.5, do Edital, para julgamento.

Carazinho, 17 de Julho de 2014.

[Handwritten signature]
HENRIQUE JOSE KALKMANN
PREGOEIRO

DE ACORDO
[Handwritten signature]
Wagner Cassiano Zeni
Assessor Jurídico
OAB/RS 84.952

[Handwritten signature]
Renato Süß
Prefeito