

**ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DA CÂMARA DE VEREADORES DA
ESTÂNCIA TURÍSTICA DE ITU**

CÂMARA DE VEREADORES DE ITU

Correspondência Recebida Nº 168/2023

**PROTOCOLO GERAL
NÚMERO: 01413/2023**

DATA: 26/05/2023

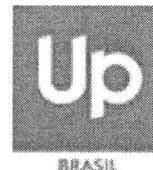
HORA: 12:56

**PREGÃO PRESENCIAL Nº 02/2023
PROCESSO LICITATÓRIO Nº 63/2023**

UP BRASIL ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS LTDA (“UP BRASIL”), sociedade empresária com sede à Avenida Brigadeiro Faria Lima, nº 1.306, conj. 51 – Jardim Paulistano, São Paulo/SP, CEP 01451-914, inscrita no CNPJ (MF) sob nº 02.959.392/0001-46, com endereço eletrônico pelo e-mail licitacoes@upbrasil.com, vem, por seu representante legal que esta subscreve, interpor

RECURSO ADMINISTRATIVO

Conforme lhe faculta o Subitem 10.1 do Edital em consonância com o art. 4º, XVIII, da Lei nº 10.520/02, por ter a licitante **MEGA VALE ADMINISTRADORA DE CARTÕES E SERVIÇOS LTDA** (“MEGA VALE”) sido declarada vencedora da disputa, sem que tenha ocorrido a aplicação dos critérios editalícios e legais de desempate das propostas durante a sessão pública e tampouco sem ter sido realizado o sorteio entre todas as ofertas idênticas, conforme determina o Subitem 8.8.1 do Edital, o que macula a lisura do certame promovido pela **CÂMARA DE VEREADORES DA ESTÂNCIA TURÍSTICA DE ITU**, requerendo seja o presente admitido e processado na forma da Lei, com o encaminhamento à autoridade superior, juntamente com as inclusas razões.



1. DOS FATOS

A **CÂMARA DE VEREADORES DA ESTÂNCIA TURÍSTICA DE ITU** realizou o **PREGÃO PRESENCIAL Nº 02/2023** objetivando a “*contratação de serviços de administração, gerenciamento, emissão e fornecimento de Vale Alimentação, na forma de cartão eletrônico com chip, para aproximadamente 85 (oitenta e cinco) servidores / detentores de função comissionada da Câmara de Vereadores da Estância Turística de Itu, para aquisição de gêneros alimentícios em estabelecimentos comerciais credenciados e localizados no município de Itu e outros, conforme quantidades estimadas, valores e demais critérios definidos no Termo de Referência – Anexo I deste Edital*”. (Item 1 do Edital)

Em 23.05.2023, às 10h00, foi iniciada a sessão pública do certame na qual, após o credenciamento, houve a abertura das propostas comerciais das participantes para posterior disputa de lances.

Como todas as proponentes apresentaram suas propostas em condições iguais e com observância do menor preço referencial, (*taxa de administração com percentual 0,00%*), o ilustre pregoeiro deveria ter promovido a aplicação dos critérios de desempate previstos no **art. 3º, § 2º, da Lei nº 8.666/93** em consonância com **art. 45, §2º, da Lei nº 8.666/93**, conforme estipula o **Subitem 8.8.1 do Edital**.

Contudo, deixando de observar as respectivas disposições para se operar o desempate entre todas as propostas idênticas através dos critérios arrolados “*nos termos da Lei*”, o pregoeiro optou por fazer o sorteio inicialmente entre as licitantes enquadradas como EPP ou ME e, na sequência, entre as demais participantes.

Como entre as proponentes só havia a **MEGA VALE** enquadrada como ME/EPP, o pregoeiro a declarou vencedora e promoveu o sorteio entre as outras participantes, que resultou na seguinte ordem de classificação:



1ª colocada: MEGA VALE ADMINISTRADORA DE CARTÕES E SERVIÇOS EPP

2ª colocada: VEROCHECKE REFEIÇÕES LTDA EPP

3ª colocada: UP BRASIL ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS LTDA

4ª colocada: SODEXO PASS DO BRASIL SERVIÇOS E COMÉRCIO S/A

Dessa forma, tendo em vista que houve descumprimento do **Subitem 8.8.1 do Edital**, não restou alternativa à RECORRENTE senão manejar o presente recurso para que o pregoeiro reconsidere sua decisão e revogue a declaração da proponente tida como vencedora para que se faça cumprir o instrumento convocatório e os termos legais, de modo a se operar o correto desempate entre todas as propostas de idêntico valor e sem criar favorecimento para licitante específica, já que o empate ocorrido no certame foi “real” e não “ficto”, o que afasta a aplicação do direito de preferência previsto na **Lei Complementar nº 123/06**.

2. DO MÉRITO

2.1. DA INOBSERVÂNCIA DOS CRITÉRIOS PARA DESEMPATE DAS PROPOSTAS E DA INCORRETA APLICAÇÃO DO DIREITO DE PREFERÊNCIA

Em havendo identidade dos preços ofertados entre as proponentes, o **art. 3º da Lei nº 8.666/93** é expresso ao estabelecer que, nessa eventualidade, devem ser aplicados os critérios de desempate arrolados em seu **§2º** e permanecendo empatadas as propostas, o **art. 45, §2º, da Lei nº 8.666/93**, em previsão complementar, determina que seja promovido o sorteio entre todas as licitantes, conforme se verifica:

“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:

I - (revogado)

II - produzidos no País;

III - produzidos ou prestados por empresas brasileiras.

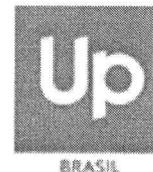
IV - produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País.

V - produzidos ou prestados por empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social e que atendam às regras de acessibilidade previstas na legislação.” (grifos nossos)

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

(...)

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



convocados, vedado qualquer outro processo.” (grifos nossos)

O Edital, por sua vez, faz alusão a tal regramento, já que o seu **Subitem 8.8.1 do Edital** é cristalino ao estabelecer que, na ocorrência de haver empate entre as propostas, será declarado arrematante a licitante que vencer o sorteio nos termos da Lei (ou seja, com observância do art. 3º, § 2º, c/c art. 45, § 2º, da Lei nº 8.666/93):

“8.8.1 - No caso de empate, a convocação recairá sobre o licitante vencedor do sorteio, nos termos da Lei.” (grifos nossos)

Assim, tendo em vista que a **MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.108/22** (que foi convertida na **LEI Nº 14.442/22**) e o **DECRETO Nº 10.854/21** não autorizam o oferecimento de taxa de administração com percentual negativo, como bem observado no próprio Edital (*Subitem 6.7.2*), chega-se à conclusão de que a proposta mínima possível de ser ofertada é a de 0,00%, cujo valor, inclusive, não gera nenhum gasto excedente para o órgão contratante.

E foi justamente com base nessa premissa, que as proponentes formataram suas propostas considerando o menor percentual permitido pela legislação na taxa de administração, o que acabou por gerar empate nos preços ofertados pelas participantes.

Diante desse cenário, tendo ocorrido a oferta de propostas idênticas, o ilustre pregoeiro deveria justamente aplicar o disposto **art. 3º, § 2º, da Lei nº 8.666/93** acima colacionado, de modo que os critérios de desempate fossem realizados para apurar se alguma das empresas empatadas preenchem os requisitos de cada inciso que traçam preferências em ordem sucessiva de avaliação.



Caso fosse verificado de que nenhuma das licitantes atende aos requisitos de preferência ou, se mesmo após tal checagem, ainda permanecessem empatadas as propostas, então deveria ter sido realizado o sorteio como última alternativa para desempate, exatamente nos termos do **art. 45, §2º, da Lei nº 8.666/93**, cuja *mens legis* estabelece que “No caso de empate entre duas ou mais propostas, e após obedecido o disposto no §2º do art. 3º desta Lei, a classificação se fará, obrigatoriamente, por sorteio, em ato público, para o qual **TODOS OS LICITANTES** serão convocados, vedado qualquer outro processo”.

Nesse mister, cumpre reportar o magistério do ilustre **Marçal Justen Filho**, o qual, de modo bastante didático, esmiuça o procedimento para efetuar o desempate entre as propostas, destacando a necessidade de seguir os critérios previstos na norma de regência e, por fim, em permanecendo o empate, realizar o sorteio entre todas as licitantes, *in verbis*:

“O §2.º do art. 3.º contempla critérios genéricos de desempate destinados a favorecer a indústria nacional. (...) Existe uma ordem sucessiva de preferências. Caberá verificar se alguma das empresas preenche os requisitos do inc. II (eis que o inc. I não mais está em vigor). Se não houver, passa-se ao exame do inc. III, e assim por diante. (...)

Poderá ocorrer de diversos licitantes se encontrarem em situação jurídica equivalente, em face dos incisos do § 2.º do art. 3.º. Nesse caso, a solução será o sorteio, tal como previsto no art. 45, § 2.º, da Lei 8.666/1993.”¹ (grifos nossos)

Ao invés de assim proceder, ou seja, aplicando os critérios legais e editalícios de desempate, o pregoeiro optou por realizar o sorteio de forma imediata, **mas inicialmente apenas entre as empresas enquadradas**

¹ Justen Filho, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 18 ed. São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2019. Pág. 134/135.



como ME ou EPP, vindo, em ato contínuo, sido declarada vencedora a licitante **MEGA VALE** que era a única nesse enquadramento, sob o fundamento de ela ser beneficiária do direito de preferência.

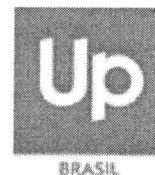
Ocorre, no entanto, que a vantagem (direito de preferência) pela qual gozam as ME e EPP, nos termos da **Lei Complementar nº 123/06**, tem aplicação para situações de **empate ficto**, ou seja, quando as propostas apresentadas por microempresa ou empresa de pequeno porte sejam iguais ou até 5% (cinco por cento) superior à proposta mais bem classificada.

Nessa ocorrência, mesmo tendo apresentado proposta em valor superior (*com intervalo percentual de até 5%*), as ME e EPP têm a vantagem de cobrir a oferta, justamente para gerar um equilíbrio na competição entre empresas menores com as de grande porte.

Tal alinhamento está disciplinado, inclusive, no **Subitem 8.8 do Edital**, cuja redação estabelece que *“Na hipótese de que o último lance ofertado por microempresa ou empresa de pequeno porte seja até 5% (cinco por cento) superior à do melhor preço apresentado por empresa sem essas características, a licitante tipificada como microempresa ou empresa de pequeno porte, será convocada a apresentar novo lance no prazo máximo de 05 (cinco) minutos, sob pena de preclusão do direito de preferência”*.

No caso da sessão pública do **PREGÃO PRESENCIAL Nº 02/2023** a circunstância foi outra, pois não houve **empate ficto** das propostas com possibilidade de ser ofertados novos lances, já que todas as proponentes atingiram a oferta de menor preço (0,00%) permitido pelo Edital, de modo que não havia mais margem para novos e menores lances.

Destaque-se que o direito de preferência previsto na **Lei Complementar nº 123/06** tem cabimento apenas quando na licitação em questão não houver a fixação de valor mínimo predeterminado, de modo que as ME/EPP possam ter condições vantajosas de disputar a busca pelo menor preço



junto com as demais empresas de outros enquadramentos fiscais, ofertando uma nova proposta de preço inferior àquela considerada vencedora.

Tal regramento está previsto no **art. 45, I**, de indigitada norma:

*“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;”* (grifos nossos)

Ou seja, o direito de preferência serve justamente para que as ME/EPP – *quando em situações de empate* – possam ofertar um novo lance com preço inferior ao mais bem colocado, mas como no presente certame o menor valor já havia sido atingido (*taxa de administração 0,00%*), logicamente não haveria como apresentar uma nova proposta com redução de percentual e, portanto, a **Lei Complementar nº 123/06** não se aplica no empate ocorrido no certame (***empate real***).

Note-se, inclusive, que o próprio **Subitem 8.8 do Edital** é enfático ao asseverar que a licitante ME/EPP deverá obrigatoriamente apresentar novo lance, sob pena de precluir o seu direito de preferência, logicamente para situações em que não haja preço referencial mínimo sem possibilidades de redução da oferta, conforme se verifica:

*“8.8 - Na hipótese de que o último lance ofertado por microempresa ou empresa de pequeno porte seja até 5% (cinco por cento) superior à do melhor preço apresentado por empresa sem essas características, **a licitante tipificada***



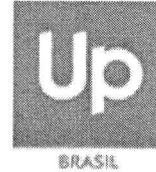
como microempresa ou empresa de pequeno porte, será convocada a apresentar novo lance no prazo máximo de 05 (cinco) minutos, sob pena de preclusão do direito de preferência e, ainda:” (grifos nossos)

Com efeito, se a **MEGA VALE** não ofertou um novo e menor lance ao das propostas empatadas, logicamente o seu direito de preferência não se aperfeiçoou, de modo que ela, por óbvio, não pode se valer das prerrogativas advindas da **Lei Complementar nº 123/06** para obter vantagem em detrimento das demais licitantes, caso contrário estar-se-ia configurada uma flagrante quebra da isonomia.

Aliás, essa matéria já foi submetida à apreciação do Poder Judiciário no âmbito de um mandado de segurança (**Comarca de Andradina-SP – Processo nº 1005308-59.2022.8.26.0024**) que abordava idêntica situação fática da presente situação, no qual ficou incontroverso em não se admitir o direito de preferência para ME e EPP quando na disputa de lances não for mais possível ofertar preço inferior ao das propostas empatadas, sendo inquestionável que nessa hipótese não se aplicam os **art. 44 e art. 45 da Lei Complementar nº 123/06**, seguindo abaixo o excerto da mencionada decisão:

“Entretanto, no que diz à exclusão das empresas que não sejam ME ou EPP do sorteio em caso de empate, me parece que a Administração de fato incorreu em possível ilegalidade.

É que os artigos 44 e 45 da LC 123 estabelecem de antemão quais os critérios de preferência a serem conferidos a tais entidades, a saber, procedimento próprio em caso de empate (real ou ficto). Há uma dupla preferência: i) possibilidade de que propostas com preço 5% a 10% maiores que as outras sejam consideradas empate para todos os fins e ii) possibilidade de apresentação de proposta mais vantajosa antes das demais licitantes. O

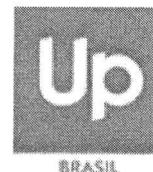


entendimento da Administração de que deveria haver exclusão da demais só poderia prevalecer se o artigo 45 da LC 123 não prevísse efetivo procedimento a ser observado em caso de empate.

*Assim, **no caso de empate das propostas, sem que as ME ou EPP tenham apresentado uma proposta mais vantajosa, de preço inferior, caberá então a observância pura e simples do artigo 45, § 2º:** ‘No caso de empate entre duas ou mais propostas, e após obedecido o disposto no § 2º do art. 3º desta Lei, a classificação se fará, obrigatoriamente, por sorteio, em ato público, para o qual todos os licitantes serão convocados, vedado qualquer outro processo’.*

*Conjugando todos os dispositivos, me parece que **a melhor interpretação a tais dispositivos, à luz do princípio da concorrência e da melhor oferta à Administração, é que não havendo proposta mais vantajosa ofertada por ME ou EPP na forma do art. 45, da LC 123, deve ser aplicado integralmente o art. 45, § 2º, da Lei 8.666/93, convocando-se todos os licitantes, vedado qualquer outro processo.**” (grifos nossos)*

Dessa forma, não há como atribuir preferência para as ME e EPP na presente situação, sendo inquestionável que o ilustre pregoeiro deveria ter observado a previsão legal para aplicar o disposto no **art. 3º, §2º, da Lei nº 8.666/93** justamente para promover a verificação sucessiva de todos os critérios de desempate previstos na norma ou, caso ainda fossem mantidos os empates, realizar o **SORTEIO** entre as **TODAS** as propostas, com espeque no **art. 45, §2º, da Lei nº 8.666/93**, mas jamais conferir vitória com fulcro na vantagem advinda da **Lei Complementar nº 123/06**, se na sessão pública o preço mínimo já havia sido atingido (0,00%) sem possibilidade de novos lances.



3. DO PEDIDO

Ante o exposto, requer-se seja dado **PROVIMENTO** ao presente recurso interposto por UP BRASIL ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS LTDA para **ANULAR** a decisão do pregoeiro que conferiu a irregular vitória do certame para a licitante **MEGA VALE ADMINISTRADORA DE CARTÕES E SERVIÇOS LTDA**, em flagrante descumprimento ao que prescreve o Subitem 8.8.1 do Edital (*“nos termos da Lei”*), posto que os critérios previstos no art. 3º, §2º, da Lei nº 8.666/93 deveriam ter sido aplicados para proceder o desempate entre as propostas de idêntico valor e, em última análise, promover o sorteio entre todas as proponentes (*art. 45, §2º, da Lei nº 8.666/93*), mas jamais restringir os critérios de desempate entre as licitantes enquadradas como ME e EPP, pois na circunstância do presente pregão em que houve o atingimento do preço mínimo (0,00%) entre todas as participantes (*sem possibilidade de se ofertar lances menores*), não há como aplicar a vantagem advinda da Lei Complementar nº 123/06, devendo, portanto, o **PREGÃO PRESENCIAL Nº 02/2023** ser retomado para cumprimento ao que determina o instrumento convocatório e a legislação.

Pede deferimento.

Itu, 25 de maio de 2023

MELIZA CRISTINA DA SILVA
MACEDO:05214917627

Assinado de forma digital por MELIZA
CRISTINA DA SILVA
MACEDO:05214917627
Dados: 2023.05.25 09:36:09 -03'00'

UP BRASIL ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS LTDA

Meliza Cristina da Silva Macedo

Analista Jurídico