

**ILUSTRÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO DO
MUNICÍPIO DE ÁGUA DOCE/SC**

URGENTE!!!

PREFEITURA MUNICIPAL DE ÁGUA DOCE/SC

PROCESSO DE LICITAÇÃO Nº 93/2023/PMAD

PREGÃO PRESENCIAL Nº 59/2023/PMAD

06 de outubro de 2023 às 09h00

MEGA VALE ADMINISTRADORA DE CARTÕES E SERVIÇOS LTDA,
pessoa jurídica de direito privado, representada neste ato pelo sócio administrador Sr. Rafael Prudente Carvalho Silva, RG nº. 44.116.702-0 e CPF sob o nº 350.882.968-51, devidamente inscrita no CNPJ sob o nº. 21.922.507/0001-72, com sede em Barueri/SP, à Avenida Marcos Penteado de Ulhôa Rodrigues, nº 939, 8º andar, Torre I, Ed. Jacarandá, Bairro Sítio Tamboré Jubran – licitacao@megavalecard.com.br, (17) 3225-4131, por seus advogados que esta subscreve, vem respeitosamente à presença de Vossa Senhoria, a fim de:

IMPUGNAR COM MEDIDA DE URGÊNCIA

Os termos do Edital em referência, que adiante especifica o que faz na conformidade seguinte:

I - TEMPESTIVIDADE

1. Inicialmente, quanto à tempestividade desta impugnação, dado que a sessão pública está prevista para **06 de outubro de 2023** a representante interpõe medida adequada dentro do prazo legal estampado pelo artigo 41, §1.º da lei 8666/1993 e artigo 18 do Decreto Federal n.º 5450/2005.

II - DOS FATOS

2. A Impugnante atua com forte destaque em âmbito nacional no mercado de gerenciamento de cartões alimentação, refeição e benefícios. Deste modo, deseja participar da licitação na modalidade Pregão Eletrônico, cujo objeto é:

“Contratação de empresa especializada para prestação de serviços de administração, gerenciamento, emissão, distribuição e em fornecimento de Cartões Eletrônico/Magnético com chip e/ou senha, destinados a aquisição de gêneros alimentícios para os servidores públicos da Prefeitura Municipal de Água Doce, conforme detalhamento constante no Anexo I – Termo de Referência”

3. Ocorre que ao analisar o edital do certame verificou a existência de cláusulas abusivas que direcionam o procedimento licitatório, especialmente no que diz respeito à exigência de registro da empresa no **CRN a título de habilitação, bem como por mencionar que será realizado sorteio entre TODAS as licitantes, caso não ocorre fase de lances.**

4. Quanto ao CRN, referida exigência, constitui grave ilegalidade (Lei nº 8.666/93, art. 3º c/c art. 37, XX da CF/88), na medida em que a atividade de gerenciamento, administração e fornecimento de **VALE ALIMENTAÇÃO, não está vinculada a Missão do CONSELHO FEDERAL DE NUTRIÇÃO**, as quais encontram-se descritas no sítio virtual, conforme exposto a seguir:

MISSÃO DO CFN:

Contribuir para a garantia do Direito Humano à Alimentação Adequada e Saudável, **normatizando e disciplinando o exercício profissional do Nutricionista e do Técnico em Nutrição e Dietética**, para uma prática pautada na ética e **comprometida com a Segurança Alimentar e Nutricional, em benefício da sociedade.** (g.n.)

Fonte: <http://www.cfn.org.br>

5. Assim, busca esta Impugnação, a correção do ato convocatório, tendo em vista que **o CRN não é o órgão responsável, pela atividade objeto do certame, na medida em que referido órgão, regulamenta, apenas os profissionais e atividades de NUTRIÇÃO**, o que implica no fornecimento direto de refeições, **o que não é o caso do presente objeto, que trata apenas do fornecimento e gerenciamento de “vale alimentação”.**

5.1 Além disso, o quanto disposto no item 7.18.9 como critério de julgamento, fere o quanto disposto na Lei 123/06, Lei 8666/93 e Decreto nº 10.024/19, conforme será exposto a seguir

III. DO DIREITO

III.I – ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA – EXIGÊNCIA DE REGISTRO NO CRN - ILEGALIDADE

6. Os subitens 6.2 e 6.1.13 do edital preveem que a empresa licitante apresente Certidão de Registro junto ao CONSELHO REGIONAL DE NUTRIÇÃO, conforme a seguir:

6.2 - A licitante deverá comprovar registro no CRN – Conselho Regional de Nutrição no estado sede da Empresa;

6.1.13. Comprovação através de seu Técnico Responsável do registro ou inscrição no Conselho Regional de Nutrição - CRN, através da Certidão de Registro e Quitação, conforme a Resolução CFN nº 378/2005, artigo 2º, §1º, inciso VII.

7. Ocorre que, é necessário esclarecer que referida exigência se mostra totalmente incompatível com o objeto a ser licitado.

8. Inicialmente cumpre esclarecer, que o registro na entidade profissional está relacionado com a atividade fim de cada empresa. Em razão disso, a exigência de registro ou inscrição deve se limitar ao Conselho que fiscalize o serviço preponderante objeto da contratação, sob pena de comprometer o caráter competitivo do certame em razão do estabelecimento de condições de qualificação técnica impertinentes ao cumprimento das obrigações contratuais.

9. Desta forma o CRN, não é o órgão responsável, pela atividade objeto do certame, na medida em que referido órgão, regulamenta, apenas os profissionais e atividades de NUTRIÇÃO, o que implica no fornecimento direto de refeições, o que não é o caso do presente objeto, que trata apenas do fornecimento e gerenciamento de “vale alimentação”.

10. Nesse sentido como exemplo temos o entendimento do TC/SP no TC nº.000905.989.13-3, em decisão proferida pelo Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho de maneira acertada discorre sobre o tema, vejamos trecho do voto:

A exigência contida no subitem 7.3.1 do edital, relativa ao “registro ou inscrição na entidade profissional competente, neste caso o CRN – Conselho Regional de Nutrição”, igualmente se demonstra restritiva e, mais do que isso, incompatível com o objeto do certame, que consiste na prestação de serviços de implantação, gerenciamento, administração, fiscalização, emissão, fornecimento e manutenção de cartões-alimentação, através de cartões magnéticos.

A natureza do objeto licitado não envolve o preparo e manuseio de alimentos e a empresa que eventualmente venha a ser contratada não fornecerá diretamente os serviços submetidos à fiscalização exercida por nutricionistas.

Ao contrário do que sustenta a Representada, o Decreto 84.444, de 30 de janeiro de 1980 não determina a necessidade de registro ou inscrição no Conselho Regional de Nutrição pelas empresas que prestam os serviços de cartões-alimentação.

Nestas condições, compete atribuir à questão o mesmo tratamento dos autos do processo TC-411/012/11, de relatoria do E. Conselheiro Robson Marinho (Sessão Plenária de 03/08/2011):

“Isto porque as condições impostas como qualificação técnica no item 4.8. “b”, “c” e “d”, são cabíveis somente quando o objeto consistir no preparo e manuseio de alimentos, o que não é o caso dos autos, notadamente porque as empresas fornecedoras de gêneros alimentícios não estão obrigadas ao registro perante o CRN.”

Diante do exposto, julgo procedente a impugnação incidente sobre a exigência contida no subitem 7.3.1, a qual deverá ser excluída do edital.

Ressalta-se, ainda:

Acórdão 1884/2015 – Plenário – 07/04/2015 – Relator: Ministro Bruno Dantas

A exigência de registro ou inscrição na entidade profissional competente, para fins de comprovação de qualificação técnica (art. 30, inciso I, da Lei 8.666/1993) , deve se limitar ao conselho que fiscalize a atividade básica ou o serviço preponderante da licitação.

Acórdão 5283/2016 2ª Câmara – 10/05/2016 – Relator: Ministro Vital do Rêgo

A exigência de registro ou inscrição na entidade profissional competente, prevista no art. 30, inciso I, da Lei 8.666/1993, deve se limitar ao conselho que fiscalize a atividade básica ou o serviço preponderante da licitação.

Acórdão 3464/2017 – 2ª Câmara – 25/04/2017 – Ministro André de Carvalho

A exigência de registro ou inscrição na entidade profissional competente, para fins de comprovação de qualificação técnica (art. 30, inciso I, da Lei 8.666/1993) , deve se limitar ao conselho que fiscalize a atividade básica ou o serviço preponderante da licitação.

11. Dito isso, temos que a exigência ora questionada se torna totalmente inaceitável, visto que compromete o caráter competitivo além de ser incompatível com o objeto do certame, razão pela qual deve ser excluída do edital.

12. No mesmo sentido e de acordo com o § 1º, inciso I, do art. 3, da Lei nº 8666/93, é vedado aos agentes públicos:

I - Admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, **cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo** e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato;

13. Uma vez impugnado o edital, o referido item deve ser excluído das exigências do certame licitatório, permitindo e dando ampla possibilidade para novos licitantes participarem.

14. ESTA EXIGÊNCIA É GRITANTE E ILEGAL CONFORME AMPLA, MACIÇA E UNÂNIME JURISPRUDÊNCIA DAS CORTES DE CONTAS DO BRASIL.

15. No direito público, princípio da legalidade está disposto no caput do artigo 37 da Carta Magna. Ao contrário dos particulares, que agem por vontade própria, à Administração Pública somente é facultada agir por imposição ou autorização legal. Ou seja, inexistindo lei, não haverá atuação administrativa legítima.

16. Citando as sábias palavras de Hely Lopes Meirelles, “ *a legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37, caput), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeitos aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso*”.

17. No princípio da legalidade a Administração nada pode fazer senão o que a lei determina, trata-se de uma relação de subordinação para com a lei. A exigência censurada se mostra restritiva na medida em que exige dos licitantes REGISTRO EM ÓRGÃO DIVERSO daquele que regulamenta sobre a atividade fim da empresa, prática vedada pela jurisprudência pátria.

18. Convém ainda, trazer à baila, jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo e do Tribunal de Contas da União, sobre o assunto:

“No mais, com o Ministério Público de Contas, identifique censura à previsão do item 8.7.2 do edital. Deveras. Ainda que o comando do art. 30, inciso I, da Lei nº 8.666/93 autorize a exigência de registro ou inscrição na entidade profissional competente, não aproveita para o caso concreto. É que, no presente caso, se pretende contratar serviços de administração e gerenciamento de fornecimento de documentos de legitimação (cartões eletrônicos, magnéticos, ou outros oriundos de tecnologia adequada), não havendo razão para que as licitantes sujeitem-se ao registro junto ao CONSELHO REGIONAL DE NUTRIÇÃO. Segundo a Resolução CFN 378/05, que dispõe sobre o registro e cadastro de pessoas jurídicas nos Conselhos Regionais de Nutricionistas, **tal obrigatoriedade recai sobre empresas cuja atividade esteja ligada à alimentação e nutrição humana, que envolver o manuseio e preparo de alimentos.** Processo: TC-000598.989.14-3”. Publicado em 14/05/2014.

a) a inclusão da exigência do registro das licitantes no Conselho Regional de Nutricionistas do Estado de São Paulo (CRN/SP) (subitem 9.1.4.3 no Edital do Pregão Presencial 04/2011), restringindo a competitividade da licitação, consoante entendimento firmado na jurisprudência dominante deste Tribunal (Acórdãos nº 2.521/2003 e 1.239/2010-TCU-2ª Câmara e Acórdão nº 43/2008 – TCU - Plenário);

19. Desta forma, ao manter a exigência ora impugnada, a administração pública estará alijando do certame várias empresas que possuem todas as condições de oferecerem produtos de procedência, originalidade e garantia comprovadas, o que trará grandes prejuízos ao erário público em atentado ao mais elementar bem, administrar.

20. Posto isso, como medida de mais lúdima justiça e transparência, se faz necessário a impugnação do certame a fim de que seja retirada do mesmo a exigência de que trata o item impugnado.

21. Destarte cabe a administração pública rever seus atos quando eivados de vícios e erros, como do presente caso, nesse sentido a Súmula 473 do STF, nos ensina:

“STF 473: A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revoga-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.”

22. No caso em comento, é dever da comissão de licitação retificar o citado item do certame que restringe o procedimento licitatório.

IV - DA RESPONSABILIDADE DOS MEMBROS DE COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO - RESPONSABILIDADE PELA INCLUSÃO DE EXIGÊNCIAS INDEVIDAS NO EDITAL

23. A responsabilidade decorre em regra da violação de um dever jurídico a que estava submetido o agente. Cabe então indagar: quais são os deveres atribuídos aos membros da Comissão Permanente de Licitação? A Lei nº 8.666/1993, no art. 6º, inciso XVI, estabelece que essa comissão tem a função de receber, examinar e julgar todos os documentos e procedimentos relativos ao cadastramento de licitantes. Ao longo do referido diploma legal, encontraremos outros dispositivos que tratam de procedimentos que devem ser adotados pela comissão.

24. Assim, é fundamental identificar quais são os deveres atribuídos a tais agentes, lembrando que é possível que normas internas do órgão ou da entidade da Administração Pública disciplinem tarefas que devem ser desempenhadas pelos agentes envolvidos no certame.

25. Vale lembrar ainda que o art. 82 da Lei 8.666/93, prevê que os agentes administrativos que praticarem atos em desacordo com os preceitos da Lei de Licitações ou que atuem visando a frustrar os objetivos do certame estão sujeitos às sanções previstas na própria Lei “e nos regulamentos próprios, sem prejuízo das responsabilidades civil e criminal que seu ato ensejar, vejamos:

Artigo 82 Lei 8.666/93:

Art. 82. **Os agentes administrativos que praticarem atos em desacordo com os preceitos desta Lei ou visando a frustrar os objetivos da licitação sujeitam-se às sanções previstas nesta Lei e nos regulamentos próprios, sem prejuízo das responsabilidades civil e criminal que seu ato ensejar.**

26. Conforme determina a legislação e a Maciça Jurisprudência o Agente Administrativo, no exercício da função de membro de Comissão Permanente de Licitação, responde diretamente por atos praticados em desacordo com a Lei, e com o Objetivo de frustrar os objetivos da licitação que é a obtenção da proposta mais vantajosa ao ente Público.

27. Nesse sentido o TCU vem se posicionando:

Acórdão nº 1.456/2011 – Plenário

Trecho do Voto:

“27. De fato, **restou assente que os membros da CPL não agiram com a devida diligência no exercício de suas funções, permitindo que inconsistências relevantes e de fácil percepção, tais como cláusulas editalícias em desconformidade com os princípios que norteiam a administração pública** e ausência de orçamento detalhado expressando os custos unitários da obra, fossem levadas adiante sem que se procedesse a sua devida correção. Além disso, a mesma comissão não atendeu a contento o princípio da publicidade quando da alteração de data para a realização da visita técnica, dando ensejo, inclusive, à interposição de recurso por parte de uma das licitantes que não tomou ciência do fato.

Acórdão nº 2.561/2004 – 2ª Câmara, ratificado pelo Acórdão nº 2.068/2005 – 2ª Câmara.

Trecho do Relatório:

“Conforme relatado, **foram inseridas, no edital, várias condições injustificadas e/ou desnecessárias para a execução do objeto, mas que estabeleceram distinções entre os participantes, restringindo o caráter competitivo.** Como consequência, restou configurada afronta ao art. 3º, caput e § 1º, inciso I, da Lei 8.666/93, **ensejando audiência dos responsáveis, no caso, a coordenadora-geral de informática e telecomunicações, responsável pela área técnica que estabeleceu os critérios do Edital de Concorrência, e o subsecretário de assuntos administrativos, responsável pela sua análise e aprovação, para que apresentem suas razões de justificativa em relação às seguintes ocorrências:**

(...)

Acórdão nº 557/2006 – Plenário.

Trecho do Voto:

“5. Do momento que foi proferido o Acórdão 1.859/2004 - P, chamo atenção para o seguinte trecho do Voto Revisor;

‘Manifesto-me em linha de concordância com o Ministério Público junto ao TCU e com o eminente Ministro Ubiratan Aguiar **no sentido de que houve direcionamento no certame licitatório. No entanto, embora concorde com a existência de direcionamento, entendo que somente o Sr. ..., Diretor Técnico da Superintendência do Porto de Itajaí, deve ser responsabilizado.** No que se refere ao Superintendente do Porto de Itajaí, Sr. ..., em linha de concordância com o Ministério Público, entendo que suas contas devem ser julgadas regulares com ressalva. Embora esse agente público tenha assinado o edital de licitação - que contém o Memorial Descritivo por meio do qual se operou o direcionamento do certame -, **ficou comprovado que foi o Diretor Técnico o responsável direto pela elaboração das especificações que levaram à restrição do caráter competitivo da licitação.** Foi ele, também, quem elaborou a planilha de custos de forma inadequada, o que levou a apresentação de orçamentos irreais por parte da COPABO. Quanto aos membros da comissão de licitação - em linha de concordância com o Ministro Ubiratan Aguiar e de discordância com o Parquet -, creio que suas contas devam ser julgadas regulares com ressalva’.

28. Assim, pelo todo acima exposto, a empresa impugnante esclarece, que nos termos da legislação e Jurisprudências acima, caso haja prejuízo ao erário Público, em razão da apontada cláusula e termos restritivos constantes do edital, adotará as devidas denúncias aos órgãos competentes para que os agentes administrativos sejam devidamente responsabilizados.

V – DO CRITÉRIO DE JULGAMENTO _ ITEM 7.18.9_ FALTA DE APLICAÇÃO DO DECRETO N° 10.024/19

O item 7.18.9 do edital prevê que:

7.18.9 O disposto no subitem 7.18.3 e suas alíneas somente se aplicarão quando a melhor oferta inicial não tiver sido apresentada por Microempresa ou Empresa de Pequeno Porte. Nesse caso o desempate entre duas ou mais propostas, e não havendo lances, será efetuado mediante sorteio a ser realizado durante a sessão do presente Pregão entre todas as classificadas.

Ocorre que referido item **não segue a ordem estabelecida para aplicação dos critérios de desempate previstos em Lei.**

Referido Item 7.18.9 constitui **grave ilegalidade à Lei nº 123/06**, que garante tratamento diferenciado às empresas ME/EPP, e **Decreto nº 10.024/19 o qual dispõe sobre a ordem que deve ser aplicado os critérios de desempate previstos em Lei, fato inclusive que acaba direcionando o objeto da licitação a grandes empresas. Assim, busca esta Impugnação a apuração do ocorrido, com a consequente correção do ato convocatório.**

Necessário ressaltar que o sorteio entre TODAS AS LICITANTES deve ser o último recurso para verificar a empresa vencedora, devendo primeiramente ser aplicado a preferência na contratação para as ME/EPPs, após, permanecendo empatadas as micros e pequenas empresas (EMPATE FICTO OU REAL), deve ser aplicado o critério de desempate previsto na Lei 8.666/93 **entre elas** (ME e EPP) e somente após, realizar o sorteio quando ainda sim permanecerem empatadas.

Outrossim, temos que o Decreto nº 10.024/19 o qual prevê em seu artigo 36 a ordem que deve ser aplicado os critérios de

desempate previstos em Lei. Vejamos:

Art. 36. Após a etapa de envio de lances, haverá a aplicação dos critérios de desempate previstos nos art. 44 e art. 45 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, seguido da aplicação do critério estabelecido no § 2º do art. 3º da Lei nº 8.666, de 1993, se não houver licitante que atenda à primeira hipótese.

Nota-se que a ordem cronológica para aplicação dos critérios de desempate LEGAIS são: **aplicação da LC 123/06, artigo 44 e 45, após, §2º do artigo 3º da Lei 8.666/93, ou no caso de o Edital já estar seguindo a Nova Lei de Licitações Públicas Lei 14.133/21, deve ser aplicado o artigo 60 dessa e por último permanecendo o empate, deve ser realizado o sorteio.**

Conforme visto, os artigos 44 e 45 da Lei Complementar 123/06 são os primeiros a serem aplicados, garantindo a preferência na contratação para as ME/EPPs, inclusive com a aplicação dos demais critérios de desempate, como por exemplo §2º do artigo 3º da Lei 8.666/93, ENTRE ELAS, e permanecendo o empate, realiza-se o sorteio também entre elas de acordo com o artigo 45 do mesmo diploma legal.

A Lei 123/2006 também é clara quanto ao DIREITO DE PREFERÊNCIA DE CONTRATAÇÃO AS ME/EPP NOS CASOS DE EMPATE DAS PROPOSTAS; assim, nos termos §º1º do artigo 44 entende-se como empate a situação em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam **iguais** ou até 10% (dez por cento) ou 5% (cinco por cento) nos casos de pregão, superiores à proposta mais bem classificada.

Vejamos:

Art. 44. Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte. (Vide Lei nº 14.133, de 2021)

§ 1º Entende-se por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte **sejam iguais** ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada.

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

Veja que a Lei diz estarem empatadas as propostas **IGUAIS** OU EM ATÉ 5%, o que evidencia tratar-se tanto do **empate REAL (igual), como FICTO** (em até 5% menor que a melhor proposta).

Já no inciso II do artigo 45 do mesmo diploma legal acima citado, o legislador afirma que havendo empate entre a ME/EPP's, realizar-se-á, **SORTEIO ENTRE ELAS**, ou seja, havendo empate **REAL** das propostas, o pregoeiro deverá para fins de desempate, realizar sorteio **SOMENTE ENTRE** as Micro e Pequenas empresas. Vejamos:

Art. 45. Para efeito do disposto no art. 44 desta Lei Complementar, ocorrendo o empate, proceder-se-á da seguinte forma: (Vide Lei nº 14.133, de 2021

I - A microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada poderá apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame, situação em que será adjudicado em seu favor o objeto licitado;

II - Não ocorrendo a contratação da microempresa ou empresa de pequeno porte, na forma do inciso I do caput deste artigo, serão convocadas as remanescentes que porventura se enquadrem na hipótese dos §§ 1o e 2o do art. 44 desta Lei Complementar, na ordem classificatória, para o exercício do mesmo direito;

III - no caso de equivalência dos valores apresentados pelas microempresas e empresas de pequeno porte que se encontrem nos intervalos estabelecidos nos §§ 1o e 2o do art. 44 desta Lei Complementar, **será realizado sorteio entre elas para que se identifique aquela que primeiro poderá apresentar melhor oferta.**

A Lei Complementar ora citada, não deixa dúvida que o critério de desempate em tela se constitui em genuíno direito subjetivo, que não pode vir a ser subtraído ao livre arbítrio das administrações licitantes, aliás, fica igualmente claro que as administrações são sujeitos passivos deste direito ao critério preferencial de desempate, que tem como sujeito ativo as MEs e EPPs.

Dessa forma, verificado o empate (**REAL OU FICTO**), deverá o Pregoeiro aplicar o critério de desempate previsto no artigo 44 e 45 da Lei 123/2006, concedendo DIREITO DE CONTRATAÇÃO AS EMPRESAS BENEFICIÁRIAS DA LC 123/06, bem como realizar o SORTEIO SOMENTE ENTRE ELAS.

No presente Edital, no entanto, consta que SE NÃO HOUSER LANCES, SERÁ REALIZADO SORTEIO ENTRE TODAS AS PARTICIPANTES, estando, portanto, referido edital completamente equivocado.

Nesse sentido é a decisão do MANDADO DE SEGURANÇA impetrado pela impugnante no Processo nº, **1001543-08.2022.8.26.0145**, que tramita **na 2ª Vara da Comarca de Conchas -SP**, in verbis trecho da sentença:

“(...)

É o relatório necessário para apreciação do pleito liminar.

Vislumbro presentes o fumu bonis iuris e periculum in mora para autorizar a tutela provisória de urgência e suspender, liminarmente, inaulti altera pars, o processo licitatório, na medida em que se poderá formalizar contratação irreversível de terceira empresa, tornando ineficaz eventual julgamento de procedência deste mandamus.

Notifique-se a impetrada para prestar informações e o órgão de representação da pessoa jurídica representada (art. 7º, I e II, da Lei nº 12.016/09), se o caso, pelo portal, servindo a presente, por cópia, como Ofício, que poderá ser protocolizado pela própria impetrante, no prazo de 48 horas.

Cientifique-se, ainda, via postal, o litisconsorte passivo (Alymente Benefícios e Similares Ltda) para, em querendo, ingressar e ofertar manifestação nos autos, no prazo de 10 dias.

Para tanto, deverá a impetrante depositar a taxa do correio, no prazo de 48 horas.

Prestadas as informações ou decorrido os prazos supras, dê-se vista ao Ministério Público e tornem conclusos para sentença”.

Com relação ao direito de preferência previsto na lei 123/06, que deve ser aplicado ANTES dos requisitos previsto no §2º do artigo 3º da Lei 8666/93, temos ainda a MAIS RECENTE DECISÃO PROFERIDA NO MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO EM FACE DA CÂMARA MUNICIPAL DE DESCALVADO, cuja SENTENÇA segue anexa. Vejamos:

“(...)

Fundamento e decido. (...)

As controvérsias são sobre a possibilidade jurídica de distinção entre empate ficto e empate real para fins de aplicação do direito de preferência de empresa de pequeno porte estatuído na lei complementar federal nº 123/2006 e sobre o critério ou o procedimento para o desempate constatado no certame.

(...)

O caput do art. 44 da lei 123/2006 positivou a preferência para contratação de microempresas e empresas de pequeno porte pelo Poder Público no âmbito licitatório.

O instituto veio para cumprimento do disposto no art. 170, IX, c.c. art. 179 da CF/88 e para realização dos objetivos indicados na lei geral de licitações, vide art. 3º, §14 c.c. art. 5-A da lei 8.666/93.

“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." Constituição Federal.

"Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei." Constituição Federal.

"Art. 3º Omissis

§ 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.

Art. 5º-A. As normas de licitações e contratos devem privilegiar o tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte na forma da lei." Lei 8.666/93.

"Art. 44. Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte." Lei complementar 123/2006.

Essa preferência de contratação é reservada para o caso de empate, situação que não se confunde com o inadequadamente denominado "empate ficto", positivado no art. 44, §§1º e 2º, da lei complementar nº 123/2006, ou com o procedimento para solução do "empate ficto", positivado no art. 45 da lei referida.

Explica-se.

O "empate ficto" foi criado com objetivo de permitir ao licitante de menor porte econômico (microempresas e empresas de pequeno porte) uma segunda oportunidade para oferecer, dentro do procedimento da licitação, proposta mais vantajosa para a administração pública em comparação com a proposta mais bem classificada e oferecida pelo licitante de maior porte econômico.

Em outras palavras, o "empate ficto" constitui-se juridicamente em incidente procedimental que permite às microempresas e às empresas de pequeno porte a readequação da proposta original para reajustá-la economicamente, garantindo-lhes posição material de vantagem na disputa suficiente para lhes oportunizar a real e concreta possibilidade de vencer o certame, a despeito do grande poder econômico do adversário.

Confirma sua natureza jurídica de incidente o fato de que sua operacionalização se dá como fase do procedimento licitatório, a saber: somente após o julgamento das propostas (momento em que elas deixam de ser sigilosas) e após a divulgação do conteúdo econômico da proposta que, produzida pelo licitante de maior porte econômico, foi considerada a mais bem classificada.

Após o julgamento e classificação das propostas, o responsável pela licitação verificará qual é a vencedora, se a vencedora é pessoa de maior porte econômico e, caso existam, quais microempresas ou empresas de pequeno porte se situam na zona do "empate ficto". Então, esse responsável irá lhes dar ciência do conteúdo econômico da melhor proposta e irá lhes permitir o reajuste da própria proposta, o que, em termos comuns, é conhecido por "cobrir a oferta".

Desse modo, para operacionalizar o incidente de "empate ficto" e permitir o exercício do direito de readequação econômica da proposta por parte de microempresa ou empresa de pequeno porte, deve-se verificar cumulativamente:

1) a existência de licitantes com qualificações jurídico-tributárias mistas, aqui compreendida a existência simultânea de licitantes qualificadas como microempresa ou empresa de pequeno porte e as demais que assim não se qualifiquem; e

2) a existência de uma situação denominada de “empate ficto” no conteúdo econômico da proposta dos licitantes qualificados como microempresa ou empresa de pequeno porte em comparação com o conteúdo econômico da proposta de licitante de maior porte econômico mais bem classificada.

Ausente um ou outro, não se realiza o incidente.

Em sede de incidente de “empate ficto”, somente poderá ser adjudicado o objeto da licitação à empresa de pequeno porte ou ao microempresário se ele efetivamente realizar o oferecimento de proposta ainda mais vantajosa.

Essa exigência não se repete no simples empate.

Com efeito, a solução do empate não requer modificação do conteúdo econômico da proposta, mas a mera eleição de uma das propostas por meio da aplicação de um critério de desempate.

Logo, “empate ficto” e empate não são situações jurídicas equivalentes nem contrapostas, motivos pelos quais merecem diferentes tratamentos jurídicos, como efetivamente fez a legislação.

O art. 45 da lei complementar referida apenas se presta a esmiuçar em detalhes como se dá o procedimento adotado no incidente de solução do “empate ficto”.

Cabe registrar, por fim, que não é por outra razão que o caput do art. 44 da lei complementar 123/2006 é expresso em estabelecer a qualificação jurídico-tributária como “critério de desempate”, enquanto seus parágrafos desenham o conceito do que é entendido por “empate”, aqui adjetivado de “ficto”. A conclusão demanda a atenta leitura dos textos legais e o seu cotejo aos mencionados objetivos descritos no art. 3º, §14 c.c. art. 5-A da lei 8.666/93 e aos princípios regentes constantes dos art. 170, XI, c.c. art. 179 da CF/88, procedimento interpretativo que permite visualizar as situações como independentes e diversas, inconfundíveis, portanto.

“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.”

Logo, no âmbito de licitação com pessoas jurídicas de qualificações mistas, o critério de solução a ser verificado em primeiro lugar, para o caso de empate, com propostas de idêntico teor econômico, é aquele que prestigia a contratação de microempresa ou de empresa de pequeno porte, nos termos do art. 44, caput, da lei complementar 123/2006.

A despeito da confusão de conceitos e da incompreensão das diferenças dos institutos, houve adequada previsão no edital (item 6.9).

Logo, para esta situação de empate, não deve ser realizado sorteio e não se aplicam os critérios descritos no art. 3º, §2º, da lei 8.666/93.

Lado outro, inexistente microempresa ou empresa de pequeno porte, ou se o empate se der somente entre microempresa ou empresa de pequeno porte, adotam-se os critérios descritos no art. 3º, §2º, da lei 8.666/93, sem modificação do conteúdo econômico das propostas, ou, caso a solução não venha por meio deles, faz-se o sorteio, o que também está previsto em edital (itens 6.8 e 6.10).

"6.8. Em caso de empate entre duas ou mais propostas, e após obedecido o disposto no parágrafo segundo do artigo terceiro, da lei federal n.º 8.666/93, a classificação se fará por sorteio, em ato público, para o qual todos os Licitantes serão convocados."

"6.9. Se houver empate, será assegurado, também, o exercício do direito de preferência as licitantes enquadradas como ME (Microempresa) ou EPP (Empresa de Pequeno Porte), conforme art. 44, Lei Complementar n.º 123 de 14 de dezembro de 2.006, nos seguintes termos:"

"6.10. Em caso de empate de preços, entre duas ou mais propostas apresentadas por licitantes não enquadradas como ME (Microempresas) ou EPP (Empresas de Pequeno Porte), e depois de obedecido ao disposto no §2º, do art. 3º, da Lei Federal n.º 8.666/93, a classificação far-se-á por sorteio, em ato público, para o qual os licitantes serão convocados, nos moldes do §2º, do art. 45, da aludida lei."

Para esta situação, uma das propostas é eleita vencedora somente pela aplicação do critério de desempate ou pela realização do sorteio, cabendo aqui o registro de que o parâmetro para desempate previsto no art. 3º, §2º, inciso V, da lei 8.666/93 somente poderia ser invocado para escolha do licitante efetivamente obrigado à reserva de posições para pessoas com deficiência. Não bastaria a mera contratação de pessoa com deficiência. Sem prejuízo, no âmbito de licitação com pessoas jurídicas de qualificações mistas, a existência de situação de “empate ficto”, nos termos conceituados no art. 44, §§1º e 2º, da lei complementar 123/2006, determina a operacionalização/instauração do incidente de retificação/readequação do conteúdo econômico

das propostas que se encontrem nessa condição conforme previsto no art. 45 da referida lei e nos itens 6.9.1 e seguintes do edital (vide fls. 69 e 70).

Inexistente microempresa ou empresa de pequeno porte, não é possível o incidente de “empate ficto”.

Por fim, cabe o registro que não há antinomia entre os critérios de desempate apontados no art. 3º, §2º, da lei 8.666/93 e o critério previsto no art. 44, caput, da lei complementar 123/2006. Este último precede os primeiros se houver empate entre licitantes de qualificações jurídico-tributárias diversas, conclusão que é extraída dos termos do art. 3º, §14, c.c. art. 5-A da lei 8.666/93, tudo com esteio no art. 170, IX, c.c. art. 179 da CF/88.

É nesse sentido recente decisão adotada pelo TJ/SP em caso envolvendo as mesmas partes desse feito, porém em sede de licitação realizada com o mesmo objeto no Município de Votuporanga.

Confira-se:

"Apelação. Mandado de segurança. Licitação. Pregão. Fornecimento de auxílio-alimentação por cartão magnético. Critério de desempate. Preferência às ME e EPP. Ato que decorre de mandamento constitucional e que deve ser observado antes da utilização dos critérios de desempate geral. Taxa de administração negativa. Vedação. Possibilidade. Finalidade social a impedir que o usuário arque com o deságio concedido pela contratada. Inconstitucionalidade ou ilegalidade não configuradas. Entendimento adotado pelo TCE-SP. Sentença mantida. Recurso desprovido. (TJSP; Apelação Cível 1008607-64.2022.8.26.0664; Relator (a): Fernão Borba Franco; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Público; Foro de Votuporanga - 4ª Vara

Cível; Data do Julgamento: 22/02/2023; Data de Registro: 22/02/2023)"

A conclusão é de que a realização do sorteio se deu divorciada das disposições legais e editalícias, ferindo direito líquido e certo da impetrante, empresa de pequeno porte, no aspecto da adequada aplicação dos critérios de desempate. Logo, o ato de fls. 96/99 fica anulado e, por consequência, todos os demais que dele decorreram.

Registro, por fim, que a requerida não exibiu mínimo indício, por meio de prova idônea e pré-constituída, que revele incompatibilidade do porte econômico da impetrante, sendo incabível dilação probatória nessa via.

Ante o exposto, CONCEDO a segurança para reconhecer a nulidade do ato atacado, materializado no documento de de fls. 96/99, para determinar a invalidação de todos os demais que dele decorrem. JULGO EXTINTO o processo com resolução do mérito, nos termos

do artigo 487, inciso I do CPC.

A liminar concedida fica confirmada.

Custas na forma da lei.

Incabíveis os honorários advocatícios na espécie (art. 25, L. 12.016/09).

Em caso de recurso, ouça-se a parte contrária e remetam-se os autos à Instância Superior.

Com o trânsito em julgado, sem recurso das partes, remetam-se os autos ao Tribunal para revisão, nos termos do art. 14, §1º, da lei 12.016/09, com as nossas homenagens.

Publique-se. Intimem-se.

Descalvado, 12 de abril de 2023". (g.n)

Portanto, o presente edital deverá prever os critérios de julgamento ADEQUADAMENTE, devendo ser concedido direito de PREFERÊNCIA NA CONTRATAÇÃO AS EMPRESAS QUE SÃO ME/EPPs e que podem usufruir dos benefícios da LC 123/06, seguindo o quanto disposto no Decreto 10.024/19.

VI - DOS PEDIDOS E REQUERIMENTOS

Em face do exposto, requer-se seja a presente **IMPUGNAÇÃO** julgada procedente, com efeito para que:

Sejam anuladas as exigências ilegais contempladas **nos itens 6.2 e 6.1.13 do Edital (Exigência de Registro de Atestado de Capacidade Técnica no CRN), bem como do item 7.18.9**, pelos fatos e motivos acima expostos, em razão da inadequação do critério de julgamento a ser utilizado, conforme acima exposto.

Determinar-se a republicação do Edital, escoimado dos vícios apontados, reabrindo-se o prazo inicialmente previsto, conforme § 4º, do art. 21, da Lei nº 8666/93.

Seja determinada a suspensão liminar do procedimento licitatório, cujo credenciamento das proponentes e sessão de recebimento dos envelopes encontra-se programada para às 09h00 do dia 06 de outubro de 2023. Ao final, o acolhimento da impugnação com a determinação de revisão do instrumento convocatório.

Nestes Termos, Pede deferimento.

Barueri/SP, 03 de outubro de 2023.



MEGA VALE ADMINISTRADORA DE CARTÕES E SERVIÇOS LTDA

Rafael Prudente Carvalho Silva

OAB/SP 288.403