



JULGAMENTO DE RECURSO

JULGAMENTO DE RECURSO

EDITAL: PREGÃO ELETRÔNICO Nº 17.30110123-PE

OBJETO: CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA NO FORNECIMENTO, ADMINISTRAÇÃO E GERENCIAMENTO DE TICKET ALIMENTAÇÃO, COM UTILIZAÇÃO DE MEIO ELETRÔNICO VIA CARTÕES COM CHIP E SENHA PARA PAGAMENTO, VISANDO ATENDER AOS SERVIDORES DO SERVIÇO AUTÔNOMO DE ÁGUA E ESGOTO DE QUIXERAMOBIM

RECORRENTES: MEGA VALE ADMINISTRADORA DE CARTÕES E SERVIÇOS LTDA

RECORRIDOS: BIQ BENEFÍCIOS LTDA

1) DAS RAZÕES DO RECURSO

A recorrente alega que a Comissão de Licitações do Serviço Autônomo de Água e Esgoto descumpriu o que está preceituado nos artigos 44 e 45 da Lei Complementar 123/2006, como pode se perceber :

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

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

SERVIÇO AUTÔNOMO DE ÁGUA E ESGOTO DE QUIXERAMOBIM

do art. 44 desta Lei Complementar, será realizado sorteio entre elas para que se identifique aquela que primeiro poderá apresentar a melhor proposta.

2) DA ANÁLISE DO PEDIDO

Inicialmente, é importante informar que as decisões tomadas no contexto deste processo licitatório estão em perfeita consonância com a legislação vigente, tendo sido observada a submissão aos princípios que norteiam a Administração Pública, em especial aos princípios da isonomia e da vinculação ao edital, sob o qual a lei dispõe:

"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.

[...]

Art. 41º **A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital**, ao qual se acha estritamente vinculada." (grifo nosso).

A respeito do regramento do edital, Marçal Justen Filho, leciona:

"O edital é o fundamento de validade dos atos praticados no curso da licitação, na acepção de que a desconformidade entre o edital e os atos administrativos praticados no curso da licitação se resolve pela invalidade dos últimos. Ao descumprir normas constantes do edital, a administração frustra a própria razão de ser da licitação. Viola princípios norteadores da atividade administrativa. (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 13ª ed. São Paulo: Dialética, 2009, p. 395)" (grifo nosso).

Quanto ao mérito, em análise ao recurso interposto, conforme a legislação pertinente e os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais correlatos, expõem-se abaixo as medidas adotadas e as ponderações formuladas que fundamentaram a decisão final.

SERVIÇO AUTÔNOMO DE ÁGUA E ESGOTO DE QUIXERAMOBIM

Em suma, a recorrente alega que os Arts 44 e 45 da LC 123/06 foram descumpridos tendo em vista que o sorteio realizado pela comissão desconsiderou o meio societário instituído para as empresas solicitantes preterindo as empresas constituídas sob a condição de ME e EPP em detrimento do que preconiza a referida lei supramencionada, que claramente traz nos dispositivos citados, uma predileção para as empresas instituídas nas condições já mencionadas.

Há que se observar aqui que tal instituto legal prevê a preferência a contratação da empresa enquadradas como ME e EPP em caso de empate, possibilitando as mesmas que apresentem um lance menor, em sendo sua proposta até 5% (cinco por cento) superior à proposta mais bem classificada, qual seja, fica assegurada às empresas enquadradas como ME e EPP a preferência para exercer o desempate, que se dará por meio da apresentação de proposta de preço inferior ao da grande empresa.

Em caso de empate real como o ocorrido no presente pregão, a pequena empresa não poderá ser automaticamente declarada vencedora. Diante da ocorrência de situação dessa espécie, deve ser concedida preferência para a micro ou pequena empresa reduzir o valor de sua proposta, a fim de desigualar as ofertas. Caso não seja exercido o direito de preferência previsto na Lei Complementar nº 123/06, então, deve-se observar o disposto no § 1º dessa norma, segundo o qual "Na hipótese da não contratação nos termos previstos no caput do art. 45, o objeto licitado será adjudicado em favor da proposta originalmente vencedora do certame."

Em relação ao que traz o dispositivo em comento alvo das alegativas por parte da recorrente é importante que se frise que a preferência da ME/EPP é uma norma e não um princípio devendo submeter-se aos princípios da vinculação ao edital, vedação ao enriquecimento sem causa e competitividade. A interpretação de alguns operadores do direito de que a preferência seria um mero critério de desempate acarretaria a subversão do sistema axiológico descrito por Alexy, transformando-se uma norma (preferência da ME/EPP) num princípio que superaria os reais princípios aqui descritos. Tal subversão axiológica ocorre com a interpretação gramatical e literal do artigo 44 da Lei complementar 123/2006 num empobrecimento das regras preconizadas por Carlos Maximiliano[2], já que a interpretação literal/gramatical é infinitamente mais restrita que a interpretação sistemática.

As regras sobre preferência da ME/EPP estão assim previstas:

"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.

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.

§ 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" (grifos nossos).

O artigo 44 da LC 123/06 teve interpretação autêntica pelo próprio estatuto da ME/EPP considerando o mencionado empate como uma ficção para que se assegure a afetiva apresentação economicamente mais vantajosa à administração pública. Ou seja, uma "chance a mais" para a ME/EPP apresentar proposta mais

SERVIÇO AUTÔNOMO DE ÁGUA E ESGOTO DE QUIXERAMOBIM

vantajosa ao poder público. Em nenhum momento a referida lei complementar estabelece uma preferência pela simples razão de ser ME/EPP em detrimento da vantajosidade a ser buscada pela administração pública.

Nesse diapasão é o artigo 49, II da mesma LC 123/06:

"Art. 49. Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando: (Vide Lei nº 14.133, de 2021)

(...)

III - o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado;"

Nesse sentido é o parecer da Zênite exarado para a Superintendência Regional da Receita Federal (10ª Região Fiscal) no sentido que na hipótese de empate real (não o ficto) deve haver sorteio entre todos os licitantes.

O parecer da Zenite[3] destacou:

"Em vista do exposto, conclui-se que havendo o empate real (não ficto) entre a proposta de uma microempresa e a oferta de uma grande empresa, a microempresa não será de plano considerada vencedora. Cumpre à Administração convocá-la para exercer o direito de preferência previsto pela Lei Complementar nº 123/06 e oferecer lance inferior. Se nenhuma licitante beneficiada por esse direito exercer essa prerrogativa, o desempate deverá ser feito nos moldes da Lei nº 8.666/93, o que, via de regra, exigirá o sorteio" (grifos nossos).

O mesmo parecer Igam exarado para a Câmara de Vereadores de Descalvado (SP), citando o TCE-SC em caso idêntico:

"Nesse diapasão, constata-se que, quando o objeto licitatório for a contratação de fornecimento de vale alimentação, e o edital prever a proibição de taxa negativa, não se pode aplicar as hipóteses de preferências contidas na LC 123/06, senão sempre será vencedora uma ME/EPP. Com a proibição de apresentação de taxa negativa ocorrerá o empate na taxa mínima admitida de 0% (zero por cento), impossibilitando a apresentação de proposta de valor inferior pelas ME/EPP. Assim, conclui-se que, no caso de proibição de apresentação de taxa de administração negativa, o sorteio deverá ocorrer entre todas as empresas licitantes o sorteio deverá ocorrer entre todas as empresas licitantes não se aplicando as regras da LC123/06, sob pena de isonomia e competitividade do certame" (destaques no original).

Ressalta-se ainda o disposto no artigo 49 do Estatuto das Micros e Pequenas Empresas [4] segundo o qual o referido tratamento diferenciado para MEs e EPPs poderão ser dispensados se não for vantajoso para Administração Pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contrato.

Também a jurisprudência do TCE-SP vai no mesmo diapasão:

"Ainda sobre essas disposições do Estatuto das Micro e Pequenas empresas que passaram a vigorar a partir das alterações do ano de 2014 (LCF nº 147/14), pelo art. 48, III, c.c. o art. 49, III, da LCF nº 123/06, ficou estabelecido que "deverá estabelecer, em certames para aquisição de bens de natureza divisível, cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte" (g.n.), o que não se aplica caso "o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado" (proc. 00012858.989.16-3. Tribunal Pleno – Seção Municipal. Seção: 3/8/2016. Conselheiro substituto: Valdenir Antônio Polizeli – grifos nossos).

Com a devida *vênia*, a preferência estabelecida no artigo 44 da LC 123/06 deve ser interpretada em conjunto com seus respectivos incisos, com o artigo 45 e, também, com o artigo 49, II todos da mesma lei no sentido de que tal preferência somente será aplicado se for vantajoso para a administração pública.

A ausência de vantajosidade acarretará a aplicação de outros critérios de desempate, inclusive o sorteio nos termos do artigo 45 e artigo 3º §2º e incisos da Lei Federal 8.666/93.

A interpretação meramente literal da preferência da ME/EPP prevista na Lei Complementar 123/06 conduziria à uma subversão axiológica que transformaria a preferência em mero privilégio das empresas de menor porte ao arrepio de outros princípios fundamentais para a administração pública, tais como a competitividade e a vedação ao enriquecimento sem causa.

SERVIÇO AUTÔNOMO DE ÁGUA E ESGOTO DE QUIXERAMOBIM

A preferência é uma ficção que assegura à ME/EPP uma chance a mais em relação às demais empresas do mercado e não um critério que suplantaria a necessidade de oferta efetivamente vantajosa para a administração pública.

No caso de empate real, outros critérios deverão ser aplicados para o desempate sem nenhuma nova preferência.

Todas as empresas participantes do certame tiveram acesso ao edital do Pregão Nº 17.30110123-PE para análise 8 dias úteis antes da realização da sessão. Todas as empresas possuíam prévio conhecimento da vedação a taxa negativa, conforme cláusula 5.3.3 do anexo I do edital (Termo de Referência), nos termos do inciso I do Art. 3º da Lei Nº 14.442/22.

Em razão do exposto, conclui-se que havendo o empate real (não ficto) entre a proposta de uma microempresa e a oferta de uma grande empresa, a microempresa não será de plano considerada vencedora. Cumpre à Administração convocá-la para exercer o direito de preferência previsto pela Lei Complementar nº 123/06 e oferecer lance inferior. Se nenhuma licitante beneficiada por esse direito exercer essa prerrogativa, o desempate deverá ser feito nos moldes da Lei nº 8.666/93, e do Decreto nº 10.024/2019, conforme previsto no edital, tendo em vista tratar-se de Pregão Eletrônico, o que, via de regra, exigirá o sorteio.

Tal situação é uma decorrência do fato de que não há meios de apresentar novas propostas desfazendo a situação de empate. Em ambas as situações o direito de preferência não é capaz de desempatar as propostas, o que autoriza a adoção de outros critérios para suprimir a equivalência havida entre as ofertas e definir o vencedor do certame. É diante disso que se afirma que a efetiva comprovação da inviabilidade em conceder o direito de preferência aos licitantes ME/EPP, porque não há meios de reduzir as propostas já apresentadas pelos licitantes, seja originariamente ou após a etapa de lances, tornando necessário definir o vencedor do certame mediante a aplicação dos critérios estabelecidos na Lei nº 8.666/93 e no Decreto nº 10.024/2019, conforme previsto no edital, ou seja, através de sorteio entre todos os licitantes que se encontram em situação de empate real, sejam eles ME/EPP ou não.

Reitere-se ainda que trata-se de licitação sui generis em que todas as propostas iniciais foram apresentadas com taxa de administração zero e ainda, em razão da

SERVIÇO AUTÔNOMO DE ÁGUA E ESGOTO DE QUIXERAMOBIM

proibição de taxa de administração negativa em atendimento ao previsto no inciso I do artigo 3º da Lei nº 14.442, de 02/09/2022, todas as empresas participantes não teriam como reduzir tais valores, o que indica pela legalidade do sorteio entre todas as participantes (grandes e pequenas), em observância ao princípio da isonomia entre as licitantes.

Às empresas que se encontrem na qualidade de ME e EPP aplica-se tratamento diferenciado a fim de que possam concorrer em condições de igualdade com as maiores empresas, contudo, não fosse o sorteio realizado entre todas as empresas participantes, antes mesmo da licitação uma ME/EPP já seria, em tese, vencedora, o que contraria todos os princípios norteadores da licitação.

Considerando as informações constantes nos autos do processo em epígrafe, RATIFICAMOS o posicionamento da Pregoeira da Comissão do Serviço Autônomo de Água e Esgoto do Município de Quixeramobim- SAAE, quanto aos procedimentos processuais e de julgamento acerca do **PREGÃO ELETRÔNICO Nº 17.30110123-PE**, por entendermos condizentes com as normas legais e editalícias, de modo a preservar-se a legislação competente, e os princípios norteadores da atividade administrativa, tais quais o da legalidade, **IGUALDADE**, impessoalidade, moralidade, vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivo.

4) DA CONCLUSÃO

Ante o exposto, e, em atendimento à legislação pátria, reconheço o recurso apresentado pela MEGA VALE ADMINISTRADORA DE CARTÕES E SERVIÇOS LTDA, para, no mérito, **NEGAR-LHE PROVIMENTO** porque não demonstra qualquer indício de substancialidade que possua coerência com o ordenamento jurídico pátrio.

Quixeramobim, 03 de janeiro de 2024

Cecyllia Maria Fernandes Almeida

CECYLLIA MARIA FERNANDES ALMEIDA

PREGOEIRA DO SAAE DE QUIXERAMOBIM