

AO PREGOEIRO DA CÂMARA DA ESTÂNCIA TURÍSTICA DE SALTO - SP

**Edital de Pregão Eletrônico 02/2023
Processo Administrativo n.º28/2023**

LE CARD ADMINISTRADORA DE CARTÕES LTDA, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF sob nº 19.207.352/0001-40, com sede na Rua Fortunato Ramos, nº 245, salas nº1207/08, Vitória-ES, CEP.: 29.056-020, com endereço eletrônico: carlos.varejao@lecard.com.br e Telefone (27) 3024-8682, vem, respeitosamente por meio de seu advogado com procuração em anexo, como interessado no certame licitatório supracitado, propor a presente

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

do Pregão Eletrônico n. 02/2023, em razão dos fatos e fundamentos jurídicos adiante delineados:

01 - DOS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

Conforme disposto no Edital, poderá ser apresentada impugnação ao presente edital até três (03) dias úteis antes da data designada para a abertura da sessão pública. A sessão pública será realizada no dia 19/09/2023. Estão preenchidos, portanto, os pressupostos de admissibilidade desta impugnação.

02 - DOS FATOS

Foi deflagrado o edital de pregão eletrônico em epígrafe para a contratação de empresa para gerenciamento e fornecimento de cartões magnéticos com chip, do tipo vale alimentação com lote único aos servidores da Câmara da Estância Turística de Salto, possibilitando a aquisição de gêneros alimentícios por meio da rede de estabelecimentos credenciados, e conforme a especificações e quantidades descritas no Termo de Referência – TR, Anexo I deste Edital.

Dentre as disposições do Edital, constatou-se a seguinte impropriedade:

Le Card. Administradora de Cartões Ltda.

CNPJ: 19.207.352/0001-40

Matriz: Rua Fortunato Ramos, 245, sala 905, Santa Lúcia, Vitória/ES, CEP 29.056-020,

Telefone: (27) 2233-2000 | E-mail: licitacao@lecard.com.br

7.25 Não havendo microempresa ou empresa de pequeno porte, o critério de desempate será aquele previsto no art. 60 da Lei 14.133, de 2021 e no artigo 131 do Ato da Mesa nº 06/2023.

O mencionado item dá a entender que a realização de sorteio, em caso de empate, se dará exclusivamente entre as microempresas e empresas de pequeno porte. Como há de se demonstrar, criou-se critério de desempate não previsto em lei culminando no direcionamento da licitação para a referida categoria empresarial.

É o relatório.

03 - DO MÉRITO

03.01 – Critério de desempate ilegal e desproporcional. Sorteio exclusivo entre as micro e pequenas empresas em empate real. Direcionamento da licitação às microempresas e empresas de pequeno porte

O legislador escolheu privilegiar as microempresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP) nas contratações públicas. Esta preferência é conferida, por exemplo, com a possibilidade de **habilitação diferida**, a criação do **empate ficto** e processo licitatório de **participação exclusiva delas**. É como previsto na Lei Complementar 123/2006:

Art. 42. Nas licitações públicas, a comprovação de regularidade fiscal e trabalhista das microempresas e das empresas de pequeno porte **somente será exigida para efeito de assinatura do contrato**.

Art. 43. As microempresas e as empresas de pequeno porte, por ocasião da participação em certames licitatórios, deverão apresentar toda a documentação exigida para efeito de comprovação de regularidade fiscal e trabalhista, **mesmo que esta apresente alguma restrição**.

§ 1º **Havendo alguma restrição** na comprovação da regularidade fiscal e trabalhista, **será assegurado o prazo de cinco dias úteis**, cujo termo inicial corresponderá ao momento em que o proponente for declarado vencedor do certame, prorrogável por igual período, a critério da administração pública, **para regularização da documentação**, para pagamento ou parcelamento do débito e para

emissão de eventuais certidões negativas ou positivas com efeito de certidão negativa.

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

Art. 48. **Para o cumprimento do disposto no art. 47** desta Lei Complementar, a administração pública:

I - deverá realizar **processo licitatório destinado exclusivamente** à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);

São estas condições especiais que caracterizam a preferência das ME e EPP nas contratações públicas. E são somente elas que podem ser aplicadas. O dever de conferir preferência às pequenas empresas **não equivale a uma carta branca para o gestor público estipular critérios sem analisar os efeitos concretos de sua escolha na licitação.**

Diz-se isto, pois, desde o advento da *Nova LINDB*, com as alterações promovidas no Decreto-Lei n. 4.567/42 pela Lei n. 13.655/2018, **o Gestor Público tem o dever de considerar os efeitos práticos de sua decisão.** Não se decidirá sem avaliar as consequências concretas do ato:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, **não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.** (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018) (Regulamento)

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

É neste contexto pragmático que se indaga ao gestor: qual será o efeito concreto da manutenção do critério de desempate do combatido item?

Da forma como disposto, aparentemente o desempate será realizado exclusivamente entre as ME e EPP, aplicando-se os critérios do art. 60 da lei 14.133/2021 apenas na ausência desta categoria empresarial na disputa.

Ou seja, mesmo em caso de **empate real**, determina-se a realização de **sorteio exclusivamente entre as ME e EPP**. Isto significa dizer que, ao final da licitação, mesmo após a ocorrência de desempate pelo critério de empate ficto, se as ME e EPP participantes apresentarem a mesma proposta que as outras licitantes, ainda será priorizada a sua contratação. Não existe precedente jurídico ou legal para tamanho direcionamento.

Este critério de desempate assume especial gravidade no presente certame. A administração licita objeto cuja proposta, por vedações legais, **não pode ser oferecida com Taxa de Administração negativa:**

6.2.1. O preço cobrado a título de taxa de administração poderá ser 0% (zero por cento), **não admitindo-se assim, taxa negativa** de acordo com o artigo 175 do Decreto 10.854 de 10 de novembro de 2021, e artigo 3º da Lei nº 14.442 de 02 de setembro de 2022.

Se é vedada a apresentação de taxa negativa, as participantes têm seu leque de propostas obliterado e, ao fim e ao cabo, **oferecerão todas a mesma proposta: a taxa zero**. Assim sendo, a manutenção deste critério de preferência para as ME e EPP importará, basicamente, **a contratação exclusiva desta categoria de empresas**.

Foi inclusive neste exato sentido que se manifestou o Tribunal de Contas de Santa Catarina (TCE/SC) no processo REP 1900021401:

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.**

Além disso, como é vedada a apresentação de proposta com taxa negativa, **não existe qualquer vantagem no sorteio** entre as ME e EPP para que apresentem nova proposta. Elas **não poderão apresentar proposta com valor inferior**. Atrai-se, portanto, a aplicação do art. 49, inciso III, da LC 123/06:

Art. 49. Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando:

(...)

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;

É por tudo isso que se requer a remoção do referido item editalício que determina a realização de sorteio exclusivo entre as ME e EPP no caso de empate real.

03.2 Comprovação de rede credenciada por meio da apresentação de contratos

É vedado à Administração criar critérios não previstos em lei ou normativo para seleção de fornecedores em licitações. E é isso que se faz quando se determina, no instrumento convocatório, que a comprovação de rede credenciada deve ser feita por meio de apresentação de documento que demonstre **relação contratual** entre o estabelecimento e a licitante:

3.14.2. A comprovação será feita através de **documento que demonstre, de forma inequívoca, que existe uma relação contratual entre o estabelecimento comercial e a contratada**. Este documento poderá ser contrato, demonstrativo de adesão ou de reembolso ou, ainda, declaração do credenciado informando a existência do vínculo.

Estudo Técnico Preliminar

A referida exigência cria requisito não previsto em lei e viola frontalmente o disposto na letra 'a' do inciso I do art. 9º da Lei 14.133/2021:

Art. 9º **É vedado ao agente público** designado para atuar na área de licitações e contratos, ressalvados os casos previstos em lei:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos que praticar, situações que:

a) **comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo do processo licitatório**, inclusive nos casos de participação de sociedades cooperativas;

Como é possível conferir, os documentos destinados a certificar a capacidade da licitante atender ao objeto da licitação fazem parte de um **rol taxativo, sendo ele:**

Art. 67. A documentação relativa à qualificação técnico-profissional e técnico-operacional **será restrita a:**

I - apresentação de profissional, devidamente registrado no conselho profissional competente, quando for o caso, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, para fins de contratação;

II - certidões ou atestados, regularmente emitidos pelo conselho profissional competente, quando for o caso, que demonstrem capacidade operacional na execução de serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior, bem como documentos comprobatórios emitidos na forma do § 3º do art. 88 desta Lei;

III - indicação do pessoal técnico, das instalações e do aparelhamento adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada membro da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

IV - prova do atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso;

V - registro ou inscrição na entidade profissional competente, quando for o caso;

VI - declaração de que o licitante tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação.

A referida exigência do edital extrapola àquelas elencadas na Lei de Licitações, violando, assim, a vedação imposta na letra 'a' do inciso I do art. 9º desta lei.

Além disso, a exigência impõe custos desnecessários à licitante, considerando o volume de estabelecimentos credenciados componentes de sua rede e também o número de contratos públicos dos quais é parte.

O Tribunal de Contas da União já se manifestou sobre exigências excessivamente onerosas aos licitantes:

Súmula TCU 272: No edital de licitação, é vedada a inclusão de exigências de habilitação e de quesitos de pontuação técnica **para cujo atendimento os licitantes tenham de incorrer em custos que não sejam necessários anteriormente à celebração do contrato.**

Se a prática de exigência de comprovação de rede credenciada por apresentação de contrato se tornar recorrente, as licitantes serão oneradas com uma demanda enorme para apresentação dos instrumentos.

Por estes motivos, requer-se a remoção da disposição que exige a comprovação de rede credenciada por meio de apresentação de documento que demonstre relação contratual entre o estabelecimento e a licitante.

04 – DOS PEDIDOS E REQUERIMENTOS

Isto posto e preenchidos os requisitos legais, requer a peticionante o recebimento da presente impugnação para que seja processada e julgada por este d. Sr. Pregoeiro da Comissão Permanente de Licitação, exercendo o juízo de mérito e de retratação, conforme prescreve o Art. 41 da Lei 8.666/93, para:

4.1 a remoção ou retificação do item 7.25 do edital, que, aparentemente, determina a realização de sorteio exclusivo entre as ME e EPP no caso de empate real;

4.2 a remoção da exigência de comprovação de rede credenciada através de documento que demonstre, de forma inequívoca, que existe uma **relação contratual** entre o estabelecimento comercial e a contratada

4.3 Caso não entenda pelas retificações do Edital, requer a emissão de parecer, informando quais os fundamentos legais e o estudo técnico que embasaram a decisão desta comissão;

4.4 Requerer, por fim, que sejam as intimações e publicações efetuadas em nome do Analista de Licitação Sandro Luiz Zaché (endereço infra impresso nesta peça e na procuração).

Nesses termos,

Pede Deferimento.

Vitória/ES, 13 de setembro de 2023.

Sandro Luiz Zaché
CPF.: 009.670.297-40
RG: 929214 SPTC ES
Procurador Legal