

AO ILUSTRÍSSIMO (A) SENHOR (A) PREGOEIRO (A) OFICIAL DA COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO DA CÂMARA MUNICIPAL DE JUNDIAÍ-SP

Ref.:
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº.: 720/2023
PREGÃO PRESENCIAL Nº.: 03/2023



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: licitacao@lecard.com.br e Telefone (27) 3024-8682, vem, respeitosamente por meio de seu representante legal, vide procuração em anexo, como interessado no certame licitatório supracitado, propor a presente

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

Em face ao EDITAL (Pregão Presencial nº 03/2023), o que faz em razão dos fatos e fundamentos jurídicos adiante delineados:

01 - DOS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE:

Conforme a legislação vigente (Lei nº 10.520/02 e subsidiariamente a Lei nº 8.666/93), qualquer cidadão e/ou empresa licitante interessada é parte legítima para impugnar os termos do Edital de licitação.

O capítulo 9, item 9.1¹ do instrumento convocatório, prevê que o prazo para impugnar os termos editalísticos será até o segundo dia útil que antecede a data da sessão pública, de modo tal que, a sessão esta prevista para ocorrer em 29/03/2023 o decurso de prazo ocorrerá em 27/03/2023.

Portanto, estão preenchidos os pressupostos de admissibilidade da presente impugnação.

02- DOS FATOS:

A Câmara Municipal de Jundiaí-SP tornou público o Edital convocando potenciais interessados para comparecerem à sessão pública para recebimento das propostas referentes ao Pregão Presencial nº 03/2023, que ocorrerá às 09h00min do dia 29/03/2023, cujo objeto versa sobre a contratação de empresa especializada para prestação de serviços de administração,

¹ 9.1. Até o penúltimo dia útil anterior à data fixada para recebimento das propostas, qualquer pessoa poderá solicitar esclarecimentos, providências ou impugnar o ato convocatório do Pregão.



gerenciamento e fornecimento de documentos de legitimação, tipo CARTÕES ALIMENTAÇÃO "RÍGIDOS" (eletrônicos, magnéticos ou outros provenientes de tecnologia "on-line" ou equivalente) para até 135 (cento e trinta e cinco) servidores, de acordo com as especificações do Termo de Referência.

Pois bem.

Inicialmente, verifica-se que o item 1.3.1 do Edital menciona que:

1.3.1. O valor total estimado considera taxa de administração 0% (zero por cento) e isenção de valores referentes à taxa de emissão (R\$ 0,00) como preço de mercado, conforme pesquisa realizada pelo Setor de Compras;

Ou seja, ante essa previsão, todos os licitantes irão apresentar o mesmo valor de proposta e não poderão reduzi-lo, sob pena de desclassificação.

No entanto, o edital prevê, que neste caso, haverá incidência do disposto no subitem 7.7.2, verbis:

7.7.2. Observada a proibição de contratação com taxa negativa, o pregoeiro também encerrará a etapa de lances se todas as licitantes participantes desta etapa tiverem ofertado taxa zero (0%), aplicando-se, como critérios de desempate, sucessivamente: o direito de preferência para microempresas ou empresas de pequeno porte, nos termos do art. 44, da Lei Complementar nº 123/2006; e os critérios de desempate previstos na Lei 8.666/93, Art. 3º, §2º em conjunto com o Art. 45, §§2º e 3º.

Data máxima vênua, caso a exigência acima seja mantida, estar-se-á violando os princípios da legalidade e isonomia, uma vez que o direito de prioridade de desempate, ocorre tão somente no caso de EMPATE FICTO, ou seja, quando a melhor oferta inicial NÃO tiver sido apresentada por empresa de pequeno porte.

Isso porque caso em tela será de EMPATE REAL, ou seja, o pregoeiro, tem o dever de primar pela realização do sorteio entre todas as licitantes que apresentaram propostas de valor idêntico, para que se obtenha a proposta vencedora da licitação, visto que na condição de empate real, inicialmente não há vencedor ou empresa com tendência a vencer o certame propriamente dito.

Além do mais, constata-se mais uma exigência que possui verdadeira causa de constrição à competitividade do certame, qual seja, aquela prevista no subitem 2.1.1 do Termo de Referência:

"2.1.1. No que tange ao Município de Jundiá, deverá ser apresentado também 01 (um) aplicativo de "delivery", no mínimo, que atenda no Município de Jundiá, e que tenha cadastrado em seu sistema pelo menos 10 estabelecimentos, aceitando-se a somatória entre 02 ou mais aplicativos, e que seja aceito o



pagamento diretamente através do aplicativo, com consulta à rede credenciada que possua a opção "delivery", nas plataformas específicas de "delivery", para viabilizar o acesso dos usuários a este tipo de serviço quando necessário.

É breve o relato dos fatos que culminam na presente impugnação.

03 - DO MÉRITO

03. 01 - DA APLICAÇÃO EQUIVOCADA DO DIREITO DE PREFERENCIA PREVISTO NA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/06.

Nos termos dos art. 37 incisos XXI da CF/88 e art. 3º, §1º, inciso I da Lei nº 8.666/93, o processo licitatório deve assegurar, efetivamente, legalidade e isonomia a todos os licitantes:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte

[...]

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

E,

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.

§ 1º 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, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, 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, ressalvado o disposto nos §§ 5o a 12 deste artigo e no art. 3o da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991;

Pois bem.

Antes de adentrar no mérito da questão combatida, é necessário compreender que, o legislador, ao utilizar o termo “proposta” de modo genérico, tende a induzir em erro o interprete da legislação, haja vista que “proposta” e “lance” são termos distintos e ocorrem em momentos diferentes do certame.

A apresentação da “proposta” ocorre no momento de abertura da sessão, momento em que os licitantes apresentam suas respectivas propostas ao pregoeiro por meio de invólucro, quando pregão presencial, ou por meio de registro no respectivo sistema, quando pregão eletrônico, conforme art. 4º, inciso VI e VII da Lei nº 10.520/02:

Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

[...]

VI - No dia, hora e local designados, será realizada sessão pública para recebimento das propostas, devendo o interessado, ou seu representante, identificar-se e, se for o caso, comprovar a existência dos necessários poderes para formulação de propostas e para a prática de todos os demais atos inerentes ao certame;

VII - **aberta a sessão**, os interessados ou seus representantes, apresentarão declaração dando ciência de que cumprem plenamente os requisitos de habilitação e **entregarão os envelopes contendo a indicação do objeto e do preço oferecidos, procedendo-se à sua imediata abertura e à verificação da conformidade das propostas com os requisitos estabelecidos no instrumento convocatório;**

Quanto a fase seguinte, a Lei dispõe o momento em que será procedido a etapa de lances, conforme disposto no art. 4º, inciso VIII do mesmo diploma legal:

Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

[...]

VIII - no curso da sessão, **o autor da oferta de valor mais baixo e os das ofertas com preços até 10% (dez por cento) superior àquela poderão fazer novos lances verbais e sucessivos, até a proclamação do vencedor;**



Corroborado ao exposto acima, o art. 44 e 45, inciso I da Lei nº 123/06, prevê situação idêntica com relação ao direito de preferência às ME/EPP, 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.

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;

Ou seja, os citados dispositivos legais, convergem no sentido harmônico de que somente poderá haver direito de preferência, quando o pregão evoluir para etapa de lances, ocasião em que haverá disputa e fato gerador ao exercício dos benefícios previstos na Lei Complementar 123/06.

A mesma sorte não assiste as ME/EPP para os casos de EMPATE REAL, ou seja, quando da abertura das propostas, não houve possibilidade de progressão para etapa de lances em razão de todas as propostas apresentarem mesmo valor, ocasião em que não haverá ocorrência do previsto no art. 4º Inciso VIII da Lei nº 10.520/02, tampouco do art. 45, inciso I da Lei Complementar nº 123/06.

Portanto, não se pode confundir os institutos jurídicos do empate real com empate ficto e vice-versa, pois, a interpretação equivocada acerca do momento em que cada um dos empates ocorre, macula o procedimento de ilegalidade e desigualdade, face a criação de privilégios às ME/EPP não previstos em Lei.

No caso concreto, é vedado a apresentação de percentuais negativos, de modo que para o exercício do direito de preferência a ME e/ou EPP terá que apresentar uma proposta melhor do que as já apresentadas. Dessa forma, não se pode aplicar as hipóteses de preferências contidas na LC 123/06, senão sempre será vencedora uma ME/EPP.



Isso se dar em razão de que 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.

Nesse sentido, todas as propostas serão apresentadas com a mesma taxa (0%), e embora zero seja considerado um número, este representa ausência de valor, de modo que qualquer número multiplicado por ele resulta em zero. Dessa forma, não haverá empate ficto pelo fato de não ser possível encontrar um resultado para verificar se a proposta seguinte estaria ou não dentro do limite previsto no art. 44, §2º da Lei complementar 123/06.

Não obstante, o empate previsto no caput do art. 44, se dá apenas quando a ME/EPP mais bem classificada puder apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame, situação fática, que no caso concreto, se mostra prejudicada ante a impossibilidade de oferta de taxa negativa, ou seja, o desempate entre as licitantes dando preferência à ME/EPP, viola os princípios da proposta mais vantajosa para a administração pública, isonomia e competitividade entre as licitantes.

Portanto, a fim de se garantir legalidade e isonomia a todos os licitantes, não se pode aplicar o previsto no art. 44 e 45 da Lei Complementar nº 123/06, por não haver, no caso concreto, fato gerador (empate ficto) para aplicação destes, de sorte que para que seja conferido legalidade e isonomia, deve-se aplicar o previsto nos art. 3º, §2º e 45, §2º, ambos da Lei nº 8.666/93, tendo em vista a caracterização de EMPATE REAL.

03.02 - DA EXIGÊNCIA DE DELIVERY

No que se refere a exigência prevista no subitem 2.1.1 do Termo de Referência:

“2.1.1. No que tange ao Município de Jundiaí, deverá ser apresentado também 01 (um) aplicativo de “delivery”, no mínimo, que atenda no Município de Jundiaí, e que tenha cadastrado em seu sistema pelo menos 10 estabelecimentos, aceitando-se a somatória entre 02 ou mais aplicativos, e que seja aceito o pagamento diretamente através do aplicativo, com consulta à rede credenciada que possua a opção “delivery”, nas plataformas específicas de “delivery”, para viabilizar o acesso dos usuários a este tipo de serviço quando necessário.

É evidente que haverá supressão da competitividade visto que a exigência acima é desacompanhada de justificativa para que a conformação da rede necessariamente possua opção de delivery.

Foi esse o entendimento trazido pelo TCU por meio do Acórdão 961/2013-Plenário:



“Os requisitos definidos para a conformação de rede credenciada devem compatibilizar o caráter competitivo do certame com a satisfação das necessidades da entidade, de tal modo a garantir o conforto e liberdade de escolha dos usuários”.

Ora, face o princípio da motivação, o ato administrativo ainda que praticado com certa margem de discricionariedade deve ser motivado. Não se pode lançar cláusulas editalíssimas, desacompanhadas de justificativa, sobretudo, quando não se demonstrar efetivamente que os beneficiários já gozam de tal benefício ou que este se mostra compatível com suas necessidades, de modo que o implemento ou manutenção da exigência, poderá garantir a satisfação dos usuários.

Corroborado ao exposto Alexandre Mazza, elucida a chamada Teoria dos Motivos Determinantes:

A teoria dos motivos determinantes afirma que o motivo apresentado como fundamento fático da conduta vincula a validade do ato administrativo. Assim, havendo comprovação de que o alegado pressuposto de fato é falso ou inexistente, o ato torna-se nulo (MAZZA, 2016, p.166).

Com base nessa premissa, o motivo apresentado pelo administrador, como base em sua tomada de decisão, precisa ser legítimo e verdadeiro, pois desta se vinculará as futuras decisões, o que se define é na verdade a necessidade de haver uma estrita relação entre o ato administrativo e os motivos que ensejaram sua criação.

Portanto, uma vez que o ato está em discrepância com a realidade, este deve ser tido como nulo e ser afastado da órbita jurídica em que gravita.

Isto posto e preenchidos os requisitos legais, PUGNA A PETICIONANTE pelo 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). Requer ainda que seja retificado o subitem 7.7.2 do Edital, por ser ilegal e ferir a isonomia dos licitantes. Assim, ante a caracterização de EMPATE REAL, pugna, para que seja conferido legalidade e isonomia, a fim de que haja aplicação do previsto nos art. 3º, §2º e 45, §2º, ambos da Lei nº 8.666/93

4.1.1) Requer ainda que haja revogação do subitem 2.1.1 do Termo de Referência, face a ausência de justificativa para implemento da exigência de delivery, o que faz com fulcro nos art. 37, inciso XXI da CF/88 e art. 3º, §1º, inciso I da Lei nº 8.666/93;



4.2). Por fim, na hipótese de não serem modificados os dispositivos editalíssimos impugnados, seja remetido a presente impugnação ao Tribunal de Contas do Estado de São Paulo para manifestação, sob as penas da lei.

4.3). Requerer, por fim, que sejam as intimações e publicações efetuadas em nome do assistente jurídico Carlos Eduardo de Oliveira dos Santos (endereço infra impresso nesta peça e na procuração).

Nesses termos,
Pede Deferimento.

De Vitória/ES para Jundiaí/SP, 27 de março de 2023.

ANDREOTTE NORBIM
LANES:04236131706

Assinado de forma digital por
ANDREOTTE NORBIM
LANES:04236131706
Dados: 2023.03.27 15:53:16 -03'00'

ANDREOTTE NORBIM LANES
ADVOGADO

