Câmara Municipal de Jundiaí
Estado de São Paulo

Comprovante de Protocolo

	Código de Autenticidade: OTU5OTE=
Número / Ano	4144/2023
Data / Horário	05/07/2023 - 11:49
Assunto	Solicita a IMPUGNAÇÃO DO EDITAL DE PREGÃO PRESENCIAL No 07/2023 PROCESSO No 3765/2023
Interessado(a)	ANDREOTTE NORBIM LANES - Le Card Adm. de Cartões Ltda
Natureza do Processo	Administrativo
Tipo de Documento	LICITAÇÃO/COMPRAS
Número de Páginas	13
Recebido por:	claudia
Chave de Acesso	ccc0ab31-946c-476b

Consulta de Protocolo: https://sapl.jundiai.sp.leg.br/consultas/protocolo

ÀO ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO OFICIAL DA COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO CÂMARA MUNICIPAL DE JUNDIAÍ - SP

Ref.:
PROCESSO Nº.: 3765/2023
CREDENCIAMENTO Nº.: 007/2023

LE CARD ADMINISTRADORA DE CARTÕES LTDA, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF sob nº 19.207.352/0001-40, sediada na Avenida Princesa Isabel, nº 629, Sala 901, Edifício Vitoria Center – Centro – Vitória/ES, CEP: 29.010-360, com endereço eletrônico: licitacao@lecard.com.br e Telefone (27) 3024-8701, vem respeitosamente por meio de seu advogado com procuração em anexo, como interessado no certame licitatório supracitado, propor a presente.

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

1. DOS PRESSUPOSTOS DE ADMINISSIBILIDADE:

A impugnante tem interesse em participar na licitação promovida por este *d.* Órgão licitador, cuja Contratação de empresa especializada na administração, gerenciamento e fornecimento de documentos de legitimação, tipo CARTÕES ALIMENTAÇÃO "RÍGIDOS" (eletrônicos, magnéticos ou outros provenientes de tecnologia "on-line" ou equivalente), com chip de segurança ou tecnologia de melhor qualidade, munidos de senha de acesso para uso pessoal e intransferível, para validação de transações eletrônicas, mediante digitação em equipamento POS/PDV ou similar, para aquisição de gêneros alimentícios em estabelecimentos comerciais, destinados a até 135 (cento e trinta e cinco) funcionários da Câmara Municipal de Jundiaí.

Assim, em conformidade com a legislação vigente (Leis n° 10.520/02 e n° 8.666/93), qualquer cidadão e/ou empresa licitante interessada tem legitimidade para impugnar edital de licitação**, até o penúltimo dia útil a contar da data fixada para abertura da Sessão Pública de Pregão**, não restando, portanto, dúvidas quanto à pontualidade da presente minuta.

2. DOS FATOS:

Trata-se de licitação promovida por este d. Órgão licitador na modalidade de Pregão Presencial, Contratação de empresa especializada na administração, gerenciamento e fornecimento de documentos de legitimação, tipo CARTÕES ALIMENTAÇÃO "RÍGIDOS" (eletrônicos, magnéticos ou outros provenientes de tecnologia "on-line" ou equivalente), com chip de segurança ou tecnologia de melhor qualidade, munidos de senha de acesso para uso pessoal e intransferível, para validação de transações eletrônicas, mediante digitação em equipamento POS/PDV ou similar, para aquisição de gêneros alimentícios em estabelecimentos comerciais, destinados a até 135 (cento e trinta e cinco) funcionários da Câmara Municipal de Jundiaí, conforme especificações do Anexo 01 – Termo de Referência.
A licitação será realizada na modalidade pregão presencial, tipo menor preço, proibida taxa negativa, conforme estudo técnico preliminar.

Consta no edital que a licitante deverá possuir convênio para aceitação de no mínimo uma das empresas de aplicativo para entrega de refeições prontas (delivery), tais como: Pão de Açucar, Clube Extra, Sonda ou Tenda Alimentação, sendo este rol meramente exemplificativo e não taxativo, esclarecendo que tal exigência visa, dentre outras facilidades, oferecer aos usuários o acesso rápido aos produtos de milhares de estabelecimentos em diversas localidades, garantindo uma opção para quem quer mais praticidade na hora de pedir seus produtos e se encontra impossibilitado de deslocar-se até o local físico do estabelecimento, situação esta ocasionada, muitas vezes, pela dinâmica de trabalho do usuário. Importante mencionar que as grandes redes varejistas dispõem de entrega para todo Território Nacional. Tal precedente está em consonância com a jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. (TC-010617.989.21-5).

3. DAS ESPECIFICAÇÕES DOS SERVIÇOS

3.1 DA EXIGÊNCIA DE CONVÊNIO EM SITE OU APLICATIVO (DELIVERY)

A exigência preconizada no edital (item 10, subitem 10.2 e Termo de Referência item 2 subitens 2.1.1 e 2.2.1), no que tange a obrigatoriedade da adjudicatária comprovar como condição da assinatura do contrato (sob pena de inabilitação) que possui convênio para

pagamento em site (página na internet) ou por apps em no mínimo uma das empresas de aplicativos de entrega de produtos alimentícios in natura (delivery), sem dúvidas restringe a livre competição e, merece ser revista por este respeitável comitê de licitação.

Ocorre que esse instrumento convocatório, **exige convênio em site ou aplicativos**, estabelece em seu item 10, subitem 10.2 que a Empresa licitante deverá possuir o pagamento por meio de site ou Aplicativo de delivery, **o que limita a competição**, visto que essa é uma inovação atual, que nem todas as empresas possuem.

As especificações técnicas previstas no item 2 subitens 2.2.1 exigem a seguinte comprovação:

2.2.1. Após a assinatura do contrato, a Contratada deverá apresentar, em até 30 dias, comprovação de que possui convênio para pedidos e pagamento em site ou por aplicativo em, no mínimo, uma empresa de aplicativo de entrega de gêneros alimentícios, com plataforma de delivery.

Salta aos olhos o favorecimento às empresas possuam convênios com empresas de aplicativo (delivery).

No que tange a matéria, cumpre identificar que o entendimento predominante do TCU é no sentido de que cabe ao gestor definir com precisão as reais necessidades de fornecimento do vale alimentação aos seus empregados. No entanto, a atuação desse dirigente deve estar pautada nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como os critérios técnicos para a fixação devem estar baseados em estudos realizados e constar do processo licitatório, o que não existe no presente caso.

Por óbvio, identificar a quantidade de estabelecimentos comerciais por denominação não é desproporcional ou ilegal, mas DIRECIONAR e IMPOR especificamente que deverá possuir convênio com delivery viola o entendimento e não pode ser tolerado.

Nesse sentido, veja-se:

> REPRESENTAÇÃO. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA NO FORNECIMENTO E MANUSEIO DE VALE ALIMENTAÇÃO, NA FORMA DE CARTÃO ELETRÔNICO OU TECNOLOGIA SIMILAR, PARA AQUISIÇÃO DE PRODUTOS EM

> ESTABELECIMENTOS COMERCIAIS CREDENCIADOS. INSUBSISTÊNCIA DOS ALEGADOS INDÍCIOS DE RESTRIÇÃO AO CARÁTER COMPETITIVO E DIRECIONAMENTO DO CERTAME. NECESSIDADE DE REDUZIR A TERMO OS CRITÉRIOS TÉCNICOS QUE RESPALDARAM A FIXAÇÃO DO NÚMERO MÍNIMO DE ESTABELECIMENTOS. PROCEDÊNCIA PARCIAL. DETERMINAÇÃO. Na licitação para contratação de empresa especializada no fornecimento de vale alimentação, na forma de cartão eletrônico ou tecnologia similar, apesar de discricionária a fixação do número mínimo de estabelecimentos credenciados, o gestor deve estar respaldado em estudo técnico para fixar tal número, devendo reduzir a termo o referido estudo e juntá-lo aos autos do processo licitatório. ACÓRDÃO TCU 2367/2011. Data: 31/08/2011.

Ademais, são por estas razões que, no intuito de coibir abusos na discricionariedade dos agentes públicos, o legislador pátrio fez constar no bojo da Lei nº 8.666/93 em seu Art. 3º, §1º, inciso I, ora aplicada subsidiariamente à esse certame, a vedação aos atos que restrinjam ou frustrem o caráter competitivo das licitações, inclusive a proíbe a previsão de preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes.

Desta feita, ainda que um determinado ato seja praticado com certa margem de discricionariedade, este deve respeitar os limites impostos pelos princípios regentes, sob pena de gerar, em alguns casos, a convalidação do ato e, em outros, até mesmo a sua invalidação.

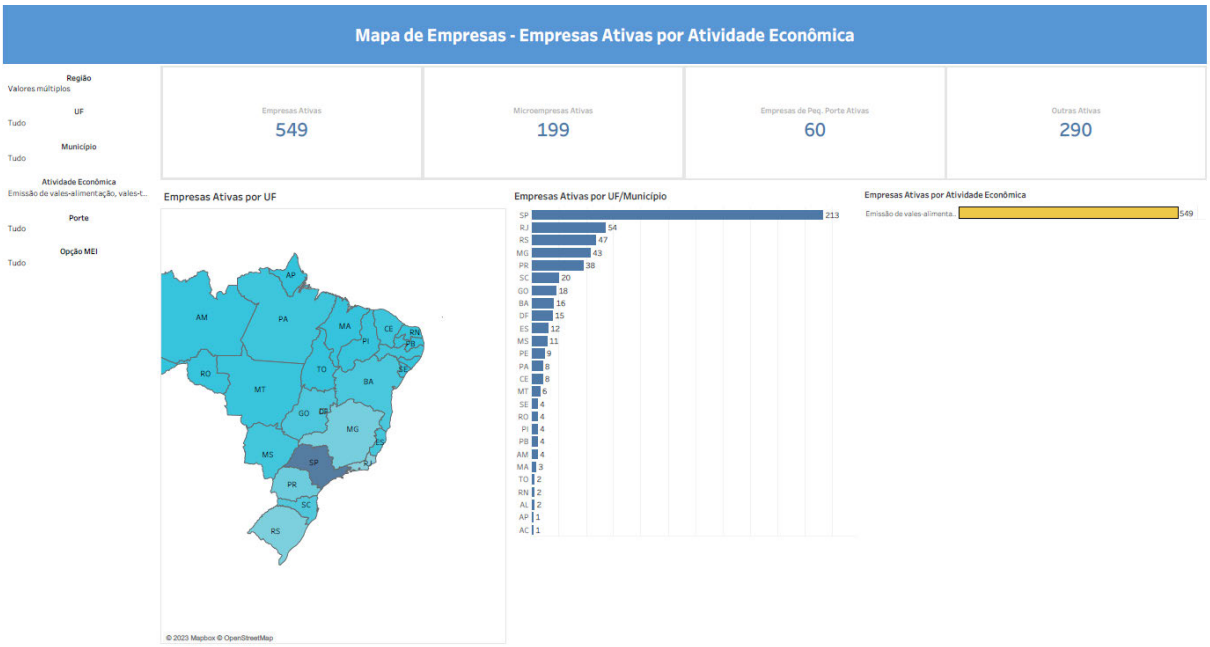
Portanto, tal imposição mostra-se abusiva e ilegal, visto que constitui legítima restrição à participação do certame, razão que merece ser revista.

Dessa forma, perfeitamente cabível a retificação do edital ventilado, a fim de que seja admitida a ampla competição sem qualquer parcialidade e/ou vício QUANTO A APRESENTAÇÃO EXIGÊNCIA DE CONVÊNIO COM APLICATIVO DELIVERY nessa fase preambular.

O edital prevê no item 10 que a contratada deverá atender em no mínimo um dos estabelecimentos constantes em aplicativos para fornecimento de refeições em delivery.

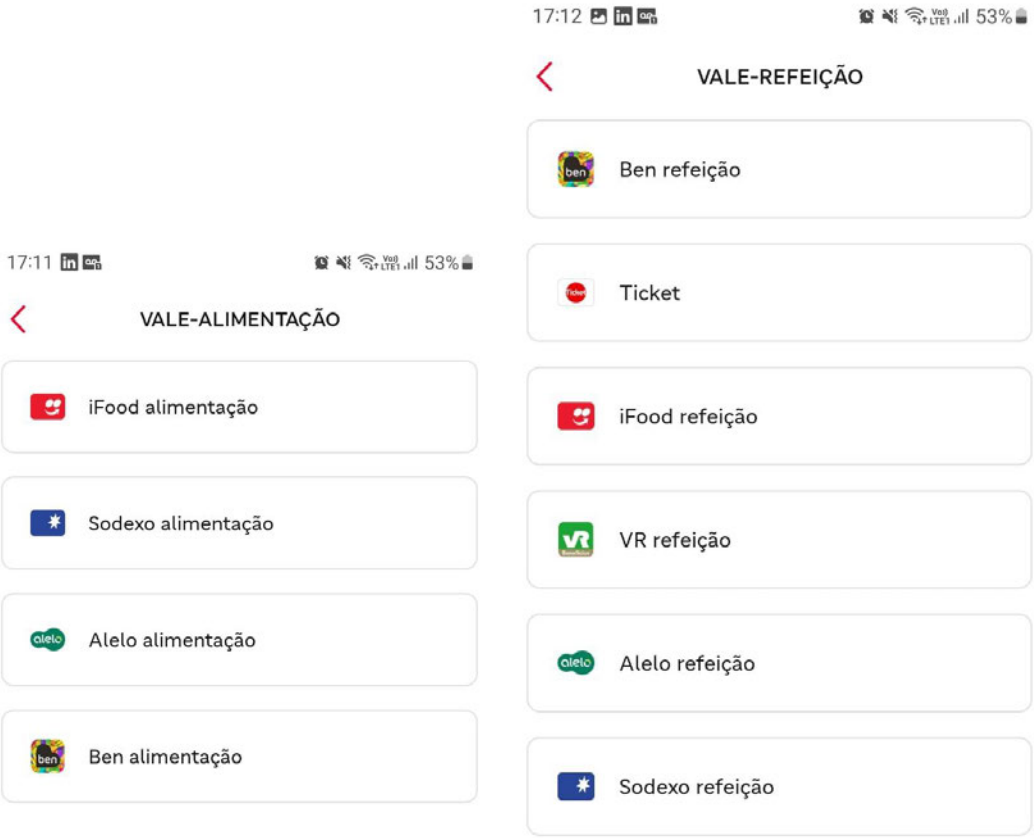
No entanto, a exigência mostra-se potencialmente capaz de restringir à competitividade ou direcionar o certame às poucas empresas que já possuem convênio com as plataformas de delivery.

Após análise e consulta ao Mapa de Empresas Ativas por Atividade Econômica do Governo Federal1, é possível verificar que existem cerca de 549 (quinhentos e quarenta e nove) empresas, cadastradas com o CNAE de "Emissão de Vales-alimentação".



Verificando os principais sites e aplicativos de delivery, constata-se que **apenas 6 empresas são conveniadas a esses portais**, como demonstrado a seguir:

[1] https://www.gov.br/empresas-e-negocios/pt-br/mapa-de-empresas/painel-mapa-de-empresas



Dessa forma, é insustentável afirmar que a solicitação de convênios com empresas de delivery não afeta a ampla competitividade do certame, tendo em vista que **APENAS 1,09% DAS EMPRESAS FORNECEDORAS DE VALE-ALIMENTAÇÃO/REFEIÇÃO POSSUEM TAIS CONVÊNIOS**.

Insta ressaltar que o edital deve estabelecer as regras do certame de forma objetiva e clara, de modo que, **não poderá a Administração, vincular qualquer exigência que limite o caráter da livre competição, sem apresentar justificativas para tal exigência.**

Salta aos olhos o favorecimento a empresas que já possuem aplicativo de delivery ou convênio com as empresas de aplicativos de entrega, de modo que a imposição, fere inteiramente os princípios instituídos pela legislação vigente, ceifando o direito de interessadas no certame concorrem em condições iguais.

Ademais, a exigência de delivery sob o crivo de se evitar doenças ocupacionais, ou mesmo conter o avanço de pandemias face a exposição dos colaboradores à COVID-19, haja vista, primeiro, a inexistência de nexo de causalidade entre a suposta doença ocupacional e o trabalho desempenhado pelos colaboradores, e segundo, porque a supracitada Nota Técnica não é taxativa ao determinar que a covid-19 é uma doença ocupacional. Tão somente alerta que poderá ser considerada como tal.

Outrossim, não há estudos técnicos que embasem a pretensão da licitante, de modo a se demonstrar motivadamente a imprescindibilidade do recurso a ser empregado. Apesar de o gestor público ter certa margem discricionária para definir com precisão a real necessidade

de atendimento aos beneficiários do vale alimentação, nota-se que este tem o dever de respaldar-se por meio de prévio estudo técnico acerca da viabilidade da exigência.

Portanto, coaduna-se com a fundamentação exposta, torna-se evidente os indícios de direcionamento do certame em face de uma pequena parcela de empresas que em síntese cumpre os requisitos exigidos, sobretudo por não restar efetivamente demonstrado que a manutenção da exigência é indispensável ao cumprimento das obrigações contratuais.

Além do mais o art. 37, inciso XXI da CF/88 **prevê que somente serão permitidas exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações, de modo que no caso concreto foi fielmente demonstra que para o alcance finalístico do PAT, a falta de convênio não seria um obstáculo e, portanto, caracteriza uma exigência que a luz da lei não é indispensável para o cumprimento das obrigações a serem assumidas pela futura contratada, razão pela qual é ilegal sua manutenção.**

Outrossim, a exigência em comento foi incluída de forma genérica no presente edital e, portanto, desprovida de qualquer justificativa técnica que ampare a pretensão do gestor público. Nesse sentido não há evidencias no minimamente razoáveis acerca de que a exigência deve ser mantida.

3.2 - DA APLICAÇÃO EQUIVOCADA DO DIREITO DE PREFERÊNCIA PREVISTO NA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/06.

Pois bem.

Conforme apurado, o Item 7.3.2 do Edital, menciona:

> *7.3.2.1. Caso ocorra empate real entre duas ou mais licitantes e uma delas seja ME ou EPP, o objeto será considerado arrematado pela respectiva ME ou EPP em decorrência de preferência expressa prevista na Constituição Federal, na Lei Complementar nº 123/06 e na Lei nº 8.666/93.*
> *7.3.2.2. Considera-se empate real aquele em que as propostas apresentadas são matematicamente iguais.*
> *7.3.2.3. Na situação de empate real, caso haja mais de uma ME ou EPP, serão aplicados, entre elas, os critérios de desempate previstos no item 7.3.3.*
> *7.3.2.4. Caso não haja ME ou EPP, serão aplicados os critérios de desempate previstos no item 7.3.3 entre todas as licitantes que estejam em situação de*

empate real.

7.3.3.1. Nos casos de empate real, previstos no subitem 7.3.2.3 e no subitem

7.3.2.4, serão adotados, na sequência em que se encontram, os seguintes critérios:

a) Será considerada arrematante a licitante que comprovar o cumprimento:

a.1) produzidos no País;

a.2) produzidos ou prestados por empresas brasileiras;

a.3) produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no

desenvolvimento de tecnologia no País (Pregão Presencial nº 07/2023 – fls. 12)

a.4) 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,

a.4.1) A comprovação prevista na alínea a.4 será efetivada mediante apresentação de Certidão de Contratação Pessoas com Deficiência e Beneficiários Reabilitados da Previdência Social junto ao Ministério do Trabalho e Emprego. A apresentação

de tal certidão será solicitada pelo Pregoeiro em sessão pública com prazo máximo de 01 (um) dia útil para seu envio.

Importante esclarecer que nos termos do **subitem 7.9.2 do** Edital, que para julgamento e classificação das propostas será adotado o critério de MENOR PREÇO, obtido através do menor percentual da taxa de administração, onde não poderá ser inferior a zero.

Ocorre que o instrumento convocatório, ao mencionar o direito de preferência de ME/EPP, traz uma aplicação equivocada do mesmo, uma vez que não haverá empate ficto, mas sim empate real, ocasião que não haverá a possibilidade da licitante classificada como ME/EPP

cobrir o lance da empresa melhor classificada. Portanto não há o que se falar em direito de preferência.

À luz do exposto, a lei complementar n° 123/2006 preceitua no art. 44, §§ 1° e 2° que:

> *Art. 44.* ***Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.***
> *[...]*
> ***§ 2º Na modalidade de pregão, o intervalo percentual estabelecido no § 1º deste artigo será de até 5% (cinco por cento) superior ao melhor preço.***

Ainda, o art. 45 da Lei complementar n° 123/2006 prevê que:

> *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.*

A inteligência do art. 45, inciso I da LC nº 123/06, não vislumbra a possibilidade de preferência em caso de empate real, ou seja, aquele que corresponde ao empate das propostas com valores idênticos e não seguidos de lance, tal como ocorrerá no caso concreto ante a vedação de taxa negativa.

Em verdade, o direito de preferência apenas será exercido pela ME/EPP, quando por ocasião do certame, se admitir oferta de propostas/lance em valor inferior ao valor estimado pelo órgão, o que não é o caso, haja vista que a taxa mínima admitida é zero.

Dessa forma, **não há razões para aplicação do direito de preferência as ME/EPP, porquanto não haverá incidência dos respectivos dispositivos legais que garantem às ME/EPP tal prerrogativa**. Isso porque **o citado direito se dá apenas quando as propostas destas empresas forem iguais ou até 5% superiores à proposta mais bem classificada** e houver possibilidade de se ofertar um lance inferior, **o que não se aplica** ao presente caso em razão da taxa mínima admitida ser 0,00%, **haja vista que a partir de 0,00% não é possível aferir se a proposta seguinte estará dentro desta margem, visto que qualquer número multiplicado por 0,00% resultará em zero.**

Portanto, para que se declare o vencedor do certame, é necessário a aplicação dos critérios de desempate previsto no art. 3º, §2º da Lei n° 8.666/93, e após isso, persistindo empate, surge o fato gerador para realização do sorteio nos moldes do art. 45, §2º do mesmo diploma legal, pois do contrário, sob pena de que não se procedendo desta forma, estar-se-á violando os princípios da legalidade, isonomia, competitividade e escolha da proposta mais vantajosa para administração pública.

Corroborando o acima exposto, cumpre trazer relevante parecer jurídico do IGAM exarado para a Câmara de Vereadores de Descalvado (SP), citando o TCE-SC (Acórdãos nº 2.123/16, 6.300/15 e 6.464/2014) 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)".*

Portanto, como já reiterado na presente impugnação a condição de igualdade de proposta entre as ME/EPP e as demais empresas, não faz ocorrer o fato gerador para que esta exerça o direito de preferência sobre as demais, o que pode derradeiro implica violação ao princípio da legalidade, isonomia, competitividade, bem como, reitero, impede a seleção da proposta mais vantajosa.

A Lei nº. 8.666/93 em seu art. 3°, §1º, inciso I, prevê que:

> *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;*

Importa salientar que qualquer ato atentatório aos princípios licitatório é passível de imputação ao agente público ato de improbidade administrativa, nos termos do art. 11, inciso V da Lei nº 8429/92:

> *Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública a ação ou omissão dolosa que viole os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade, caracterizada por uma das seguintes condutas:*
>
> *[...]*
>
> *V - Frustrar, em ofensa à imparcialidade, o caráter concorrencial de concurso público, de chamamento ou de procedimento licitatório, com vistas à obtenção de benefício próprio, direto ou indireto, ou de terceiros;*

Portanto, a fim de que se garanta maior segurança jurídica, legalidade, competitividade, isonomia e a seleção da proposta mais vantajosa, requer, uma vez que as propostas serão apresentadas com taxa 0,00% (zero por cento), que seja avaliado o cumprimento dos requisitos do art. 3°, § 2° da Lei nº 8.666/93, e após isso, persistindo o empate, seja realizado o sorteio entre todos os licitantes, na forma do art. 45, § 2º deste mesmo diploma legal.

4. DOS PEDIDOS E REQUERIMENTOS:

Isto posto e preenchidos os requisitos legais, PUGNA A PETICIONANTE pelo recebimento da presente impugnação para que seja processada e julgada por esta Comissão de Licitação, exercendo o juízo de mérito e de retratação, conforme prescreve o Art. 41 da Lei 8.666/93, para que:

a) Seja retificado no edital o subitem 10.2, bem como os demais que mencionam a obrigatoriedade do convênio para pagamento em site ou aplicativo de entrega de refeições prontas do EDITAL, a fim de que seja excluída a obrigatoriedade do APLICATIVO DE DELIVERY.
b) Seja retificado no termo de referência o item 7.3,2 a fim de que seja excluída a PREFERÊNCIA DAS MICROEMPRESAS OU EMPRESAS DE PEQUENO PORTE, oportunizando a livre e ampla competição dos licitantes;
c) Caso não entenda pelas retificações do Edital, pugna-se pela emissão de parecer, informando quais os fundamentos legais e o estudo técnico que embasaram a decisão desta comissão;
d) Por fim, na hipótese de não serem modificados os dispositivos editalícios impugnados, seja remetido a presente impugnação ao Tribunal de Contas do Estado de São Paulo para manifestação, sob as penas da lei.

Nestes termos,

Pede Deferimento.

De Vitória/ES para Jundiaí/SP, 05 de julho de 2023.

ANDREOTTE NORBIM LANES:[redacted]

Assinado de forma digital por ANDREOTTE NORBIM LANES[redacted]
Dados: 2023.07.05 09:08:13 -03'00'

ANDREOTTE
NORBIM LANES
ADVOGADO