



EMPRESA POTIGUAR DE PROMOÇÃO TURÍSTICA S/A
Av. Senador Dinarte Medeiros Mariz, Centro de Convenções de Natal - Bairro Ponta Negra, Natal/RN, CEP 59090-002
Telefone: e Fax: @fax_unidade@ - www.emprotur.setur.rn.gov.br

Processo nº 12610007.003412/2024-45

PREGÃO ELETRÔNICO 90003/2024

PROCESSO LICITATÓRIO Nº 12610007.003412/2024-45

UASG – 459124

DECISÃO DE IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

1. DAS PRELIMINARES

1.1 Trata-se de resposta ao pedido de impugnação ao edital do Pregão Eletrônico nº 90003/2024, cujo objeto é a escolha da proposta mais vantajosa para a contratação de empresa de serviços para emissão de cartões eletrônicos com CHIP de segurança para os benefícios de alimentação instituídos no âmbito do Programa de Alimentação do Trabalhador - PAT, seguida de recargas mensais nos cartões, para os empregados da EMPROTUR, conforme quantidades e valores discriminados no Termo de Referência, anexo I do Edital., apresentado pela empresa **UP BRASIL ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS LTDA** (“UP BRASIL”), sociedade empresária com sede à Av. Brigadeiro Faria Lima, nº 1.306, cj. 51, sala 1, Jardim Paulistano – São Paulo/SP, CEP 01451-914, inscrita no CNPJ (MF) sob o nº 02.959.392/0001-46, recebido por meio e-mail eletrônico, em 05 de setembro de 2024, conforme documentos constante em SEI nº 28980328.

Passemos, a seguir, à análise das alegações contidas na peça de impugnação.

DO PEDIDO PLEITEADO É:

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DA EMPRESA POTIGUAR DE PROMOÇÃO TURÍSTICA S/A – EMPROTUR EDITAL DE PREGÃO ELETRÔNICO Nº 90003/2024 PROCESSO LICITATÓRIO Nº 12610007.003412/2024-45

UP BRASIL ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS LTDA (“UP BRASIL”), sociedade empresária com sede à Av. Brigadeiro Faria Lima, nº 1.306, cj. 51, sala 1, Jardim Paulistano – São Paulo/SP, CEP 01451-914, inscrita no CNPJ (MF) sob o nº 02.959.392/0001-46, com endereço eletrônico licitacoes@upbrasil.com, vem, respeitosamente, a presença de Vossa Senhoria, apresentar IMPUGNAÇÃO ao Edital de Licitação do PREGÃO ELETRÔNICO supra, a ser realizado pela EMPRESA POTIGUAR DE PROMOÇÃO TURÍSTICA S/A – EMPROTUR, sociedade anônima vinculada à Secretaria de Estado do Turismo (SETUR), com sede à Av. Senador Dinarte Medeiros Mariz (Via Costeira), nº 6.800, Ponta Negra, Centro de Convenções de Natal – Natal/RN, CEP 59090-002, inscrita no CNPJ (MF) sob o nº 10.202.792/0001-30, com endereço eletrônico licitacao.emprotur@gmail.com, pelos seguintes motivos.

1. DOS FATOS

A EMPROTUR tornou público o Edital do PREGÃO ELETRÔNICO Nº 90003/2024, que tem como objeto a: “contratação de empresa de serviços para emissão de cartões eletrônicos com CHIP de segurança para os benefícios de alimentação instituídos no âmbito do Programa de Alimentação do Trabalhador - PAT, seguida de recargas mensais nos cartões, para os empregados da EMPROTUR, conforme quantidades e valores discriminados no Termo de Referência” (Subitem 3.1 do Edital)

A participação no referido certame está designada para ocorrer no dia 10.09.2024, às 10h00, por intermédio da Plataforma de Compras Governamentais sob endereço eletrônico www.compras.gov.br, momento em que terá início a sessão pública para abertura das propostas e a consequente disputa de lances. Trata-se de licitação na modalidade Pregão Eletrônico do tipo “Menor Preço por Item – menor taxa de administração”.

No entanto, a ora IMPUGNANTE considera que o presente Edital contém disposições que favorecem inadvertidamente as microempresas e empresas de pequeno porte para situações em que eventualmente ocorrer empate “real”, conforme disposição prevista no Subitem 6.6.4, III, do Edital.

Assim, não restou alternativa à IMPUGNANTE, senão apresentar IMPUGNAÇÃO ao Edital do PREGÃO ELETRÔNICO Nº 90003/2024, para que seja revista e retificada a forma como serão adotados

os critérios de desempate das propostas, sem incorrer em desvirtuamento da Lei Complementar 123/2006 e para prestigiar o princípio da isonomia, em conformidade com as razões a seguir aduzidas.

2. DO VALOR REFERENCIAL MÍNIMO

Tendo em vista que a LEI Nº 14.442/22 e o DECRETO Nº 10.854/21 não autorizam o oferecimento de taxa de administração com percentual negativo, como bem observado no Subitem 4.1 do Edital, abaixo reproduzido, chega-se à conclusão de que a proposta mínima possível de ser ofertada no PREGÃO ELETRÔNICO Nº 90003/2024 é com percentual de 0,00%:

“4.1. A CONTRATADA será remunerada pela TAXA DE ADMINISTRAÇÃO, que poderá variar de 0,00% (taxa mínima) a 0,66% (taxa máxima), proposta que será aplicada sobre o valor dos créditos inseridos mensalmente.” (grifos nossos)

Assim, praticamente a totalidade das licitações para contratação de empresa fornecedora de vales de benefícios é marcada por empate nas propostas, exatamente porque todas as empresas ofertam a menor proposta permitida na legislação (0,00%).

Tal expediente vem fazendo com que muitas ME e EPP oportunistas deturpem a finalidade da Lei Complementar nº 123/06 para exigir que as disputas se concentrem apenas entre elas, o que vem causando um grande impacto deletério no setor com inegável direcionamento dos

resultados e flagrante quebra da isonomia que deve paramentar qualquer contratação pública. Como adiante será demonstrado, o direito de preferência para ser configurado, impõe que as licitantes ME ou EPP obrigatoriamente ofertem um novo e menor lance à proposta até então vencedora, caso contrário não há que se falar em vantagem a ser a elas conferida em detrimento das demais empresas de outros enquadramentos fiscais que apresentem exatamente a mesma oferta de preço.

3. DO CRITÉRIO DE DESEMPATE FAVORECENDO INADVERTIDAMENTE AS ME E EPP

Segundo o Subitem 6.6.4, III, do Edital, na ocorrência de empate real entre microempresas e empresas de pequeno porte, será realizado sorteio apenas entre elas, conforme se verifica:

“6.6.4. Na hipótese de empate, a preferência de que trata este artigo será concedida da seguinte forma: (...)

III - no caso de equivalência dos valores apresentados pelas microempresas, empresas de pequeno porte, microempreendedores individuais que se encontrem em situação de empate de igual valor, será realizado sorteio entre elas para que se identifique aquela que primeiro poderá apresentar-se como melhor oferta;” (grifos nossos)

Tal previsão editalícia, da forma como constou, irá favorecer inadvertidamente as ME e EPP, já que elas serão beneficiadas pelo direito de preferência sem que haja a devida adequação à Lei Complementar 123/2006.

Isso porque, o mencionado direito de preferência não tem incidência no cenário da presente licitação, pois essa vantagem pela qual gozam as ME e EPP, nos termos da Lei Complementar nº 123/06, tem aplicação para situações de empate em que as propostas apresentadas por microempresa ou empresa de pequeno porte sejam iguais ou até 5% (cinco por cento) superior à proposta mais bem classificada, consoante disposição assentada em seu art. 44, §2º:

“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.” (grifos nossos)

Nessa ocorrência, mesmo tendo apresentado proposta em valor superior (com intervalo percentual de até 5%), as ME e EPP têm a vantagem de cobrir a oferta, justamente para gerar um equilíbrio na competição entre empresas menores com as de grande porte. E uma vez empatadas as propostas, as ME e EPP para gozarem do direito de preferência,

precisam obrigatoriamente ofertar um NOVO e MENOR LANCE para cobrir a oferta até então mais bem classificada, exatamente conforme preconiza o art. 45, I, da Lei Complementar nº 123/06, não sendo outra a condição assim disposta:

“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;” (grifos nossos) O próprio Edital, inclusive, é enfático nessa orientação e igualmente impõe às ME/EPP a obrigação de ofertarem um novo e menor lance ao da primeira colocada como condição para fazerem jus ao direito de preferência, nos termos do que estabelece o Subitem 6.6.6: No caso do pregão, a microempresa, empresa de pequeno porte ou equiparada a essas melhor classificada será convocada para apresentar proposta de preço inferior à de menor preço classificada, em situação de empate, no prazo máximo de 5 (cinco) minutos após o encerramento dos lances, sob pena de preclusão.” Destaque-se que o direito de preferência previsto na Lei Complementar nº 123/06 tem cabimento apenas quando na licitação em questão não houver a fixação de valor mínimo predeterminado, de modo que as ME/EPP possam ter condições vantajosas de disputar a busca pelo menor preço junto com as demais empresas de outros enquadramentos fiscais, ofertando uma nova proposta de preço inferior àquela considerada vencedora. Ou seja, o direito de preferência serve justamente para que as ME/EPP – quando em situações de empate – possam ofertar um novo lance com preço inferior ao mais bem colocado, mas como no presente procedimento licitatório já há a estipulação do menor valor referencial admitido (taxa de administração 0,00%), logicamente não há como apresentar uma nova proposta com redução de percentual e, portanto, a Lei Complementar nº 123/06 não se aplica na hipótese de empate real com taxa 0,00%.

Aliás, essa matéria já foi submetida à apreciação do Poder Judiciário no âmbito de um mandado de segurança (Comarca de Andradina-SP – Processo nº 1005308-59.2022.8.26.0024) que abordava idêntica situação fática ao do presente feito, em cujo processo ficou incontroverso em não se admitir o direito de preferência para ME e EPP quando na disputa de lances não for mais possível ofertar preço inferior ao das propostas empatadas, sendo inquestionável que nessa hipótese não se aplicam os art. 44 e art. 45 da Lei Complementar nº 123/06, seguindo abaixo o excerto da mencionada decisão:

“Entretanto, no que diz à exclusão das empresas que não sejam ME ou EPP do sorteio em caso de empate, me parece que a Administração de fato incorreu em possível ilegalidade.

É que os artigos 44 e 45 da LC 123 estabelecem de antemão quais os critérios de preferência a serem conferidos a tais entidades, a saber, procedimento próprio em caso de empate (real ou ficto). Há uma dupla preferência: i) possibilidade de que propostas com preço 5% a 10% maiores que as outras sejam consideradas empate para todos os fins e ii) possibilidade de apresentação de proposta mais vantajosa antes das demais licitantes. O entendimento da Administração de que deveria haver exclusão da demais só poderia prevalecer se o artigo 45 da LC 123 não previsse efetivo procedimento a ser observado em caso de empate.

Assim, no caso de empate das propostas, sem que as ME ou EPP tenham apresentado uma proposta mais vantajosa, de preço inferior, caberá então a observância pura e simples do artigo 45, § 2º: ‘No caso de empate entre duas ou mais propostas, e após obedecido o disposto no § 2º do art. 3º desta Lei, a classificação se fará, obrigatoriamente, por sorteio, em ato público, para o qual todos os licitantes serão convocados, vedado qualquer outro processo’. Conjugando todos os dispositivos, me parece que a melhor interpretação a tais dispositivos, à luz do princípio da concorrência e da melhor oferta à Administração, é que não havendo proposta mais vantajosa ofertada por ME ou EPP na forma do art. 45, da LC 123, deve ser aplicado integralmente o art. 45, § 2º, da Lei 8.666/93, convocando-se todos os licitantes, vedado qualquer outro processo.” (grifos nossos) Entendimento contrário, inevitavelmente configuraria desvirtuamento e abuso da Lei Complementar nº 123/06, pois beneficiaria despropositadamente apenas as ME e EPP, uma vez que elas não poderiam ter preferência se o menor preço referencial do certame já fora obtido (taxa de administração 0,00%) e sem possibilidade de serem ofertados novos e menores valores. Referida decisão judicial foi justamente lastreada no correto entendimento de que para exercer os benefícios previstos na Lei Complementar nº 123/06, seria necessário a apresentação de nova proposta em valor inferior ao ofertado pela empresa considerada arrematante, não bastando apenas que os valores fossem equivalentes.

Perfilhando o mesmo posicionamento, merece destaque a doutrina do ilustre Joel de Menezes Niebuhr, o qual, de forma bastante didática, assim esclarece os requisitos (cobrir o menor preço) para se aperfeiçoar o direito de preferência: “A rigor, reconhecendo-se o empate, na forma dos parágrafos do artigo 44 da Lei complementar nº 123/06, a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada faz jus à oportunidade de oferecer proposta de preço inferior à proposta até então considerada vencedora do certame, conforme dispõe o inciso I do artigo 45 da mesma lei complementar, enfatiza-se que não basta à microempresa ou empresa de pequeno porte igualar o menor preço até então ofertado. A microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada deve cobrir o menor preço até então ofertado, reduzi-lo, se o fizer, prescreve o referido inciso I do artigo 45 da lei complementar, o objeto da licitação deve ser adjudicado a ela.” (grifos nossos) Solidificando ainda mais tal consenso, convém compartilhar que no âmbito dos Tribunais de Contas, a matéria é abordada da mesma forma, a exemplo de caso análogo ao presente julgado pelo TCE- RS – REP 19/00021401 – que determinou liminarmente a paralisação do procedimento licitatório promovido pelo Município de Ipaçu, nos seguintes termos: “REP 19/00021401

Relatório de Instrução (doc. 01):

Nesse diapasão, constata-se que, quando o objeto licitatório for a contratação de fornecimento de vale alimentação, e o edital prever a proibição de apresentação de taxa negativa, não se pode aplicar as hipóteses de preferências contidas na LC 123/06, senão sempre será vencedora uma empresa EPP e 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 e 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, não se aplicando as regras da LC 123/06, sob pena de violação da isonomia e da competitividade do certame.

Decisão Liminar (doc. 01.1) Ante o Exposto DETERMINO:

1. Conhecer da representação por preencher os requisitos de admissibilidade previstos nos art. 65 e 66 da Lei Complementar 202/200 c/c o art. 24 da Instrução Normativa nº TC-021/2015, a Sra. Clori Peroza – Prefeito do Município de Ipuacu, a sustação do Pregão Presencial nº 38/2018 até manifestação ulterior que revogue a medida ex officio ou até a deliberação do Tribunal Pleno desta Corte de Contas, em face da exclusão de licitantes, em desacordo com o art. 3º, caput, da Lei nº 8.666/93 e os princípios da isonomia e da competitividade do certame (item 2.2.1, Relatório DLC – 15/2019). (...)” (grifos nossos) E de outra forma não poderia ser, pois uma vez configurada a identidade dos preços ofertados, a solução para a resolução deve calcar-se no art. 60 da Lei nº 14.133/21 e, caso ainda assim permaneçam empatadas as propostas, o desempate deve ser resolvido com a realização de sorteio entre TODAS AS PROPONENTES, sem distinção de enquadramento.

4. DAS RECENTES DECISÕES DO PODER JUDICIÁRIO

De forma a robustecer o entendimento de que o direito de preferência previsto na Lei Complementar nº 123/06 somente tem aplicação quando a ME ou EPP ofertar uma novo e menor lance à proposta então mais bem classificada, nos termos da mens legis assente em seu art. 45, I, convém reportar as recentes decisões proferidas pelo TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, em cujos julgamentos ficou incontroverso de que se na licitação o preço referencial mínimo já foi atingido por todas as licitantes (independente do enquadramento fiscal), não há que se falar em favorecimento para ME e EPP, conforme se depreende: “Dentro da análise em cognição sumária, percebe-se verossimilhança nos motivos indicados pela Municipalidade ter procedido ao sorteio entre as concorrentes e, ato contínuo, adjudicado o objeto à empresa ‘Up Brasil Administração e Serviços Ltda.’, sob o Pregão Eletrônico nº 046/2023, processo administrativo nº 498/2023.

Todas as propostas apresentaram taxa administrativa para o fornecimento do vale alimentação em percentual igual a 0,00%, motivo que levou diretamente à etapa posterior de comprovação de atendimento aos critérios de desempate. Porém, em razão da natureza da proposta não comportar porcentagem negativa, consta nos autos da ação mandamental nº 1000049-47.2024.8.26.0563 (fls. 121/126) elementos de que nesta fase todas as empresas continuaram empatadas. Por consequência, restou à administração licitante, em cumprimento ao disposto no artigo 45, §2º da lei 8.666/931, proceder ao sorteio com igual oportunidades. A respeito, não há qualquer respaldo legal para que o sorteio, nessas hipóteses, se realize apenas entre as EPP's e MEI's participantes.

Do que se pode conceber na presente via cognitiva, a Administração Municipal atuou com razão. Em casos como o que se vislumbra em comento, o sorteio deverá ocorrer entre todas as empresas licitantes, não se aplicando as regras da LC 123/06, sob pena de afronta à isonomia e da legalidade, com lesão à real competitividade do certame. Há plausibilidade das alegações, tendo em vista que a preferência das microempresas e empresas de pequeno porte disposta no artigo 45 da Lei Complementar nº 123/20062, só é aplicável quando existe, de fato, diferença concreta entre os valores das propostas. É dizer que, diante das peculiaridades do pregão em questão, em que houve empate real e não meramente ficto, dada à impossibilidade real da agravada sugerir proposta inferior à 0,00% de taxa de administração. Entende-se que excluir as demais empresas não amparadas pela LC nº 123/2006 do sorteio, ante à inexistência de previsão legal justificando os critérios de diferenciação ao caso, feriria os princípios da isonomia e da legalidade. Ora, a permanência da liminar em comento pode acarretar prejuízo ao erário público, circunstância que justifica o fundado receio de dano.”1 (grifos nossos)

“Não bastasse, sob o aspecto material, consta do item

11.7.5.1 do edital que será considerado empate ‘a situação em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 5% (cinco por cento) superiores ao valor da proposta melhor classificada’. No caso dos autos, contudo, inexistiu proposta melhor classificada, pois todas apresentaram o mesmo valor de 0% de taxa de administração [fls. 95/97], logo, não havendo proposta melhor classificada o critério a ser adotado é o de sorteio, conforme item 11.7.3 do edital. Até porquê, estabelece o item 11.7.5.4 do edital que o ‘exercício do direito de preferência somente será aplicado quando a melhor oferta da fase de lances não tiver sido apresentada por microempresa ou empresa de pequeno porte’. E no caso dos autos, como dito, não houve melhor oferta por qualquer uma das empresas participantes. Até porquê, entendimento diverso implicaria sempre em automática exclusão das sociedades não constituídas sob a forma de microempresa ou empresa de pequeno porte mesmo quando estão nas mesmas condições de apresentar propostas de valor tão ínfimo como na hipótese dos autos em que todas as concorrentes, independentemente do porte econômico, apresentaram o mesmo valor de 0% de taxa de administração.

Para dizer de outro modo, a preferência constitucional garantida às microempresas e empresas de pequeno porte se aplica quando o poder econômico da empresa de maior porte é fator determinante para que estas vençam o certame público em detrimento daquelas. Fato que notoriamente não aconteceu na hipótese dos autos, haja visto que o poder econômico das empresas participantes em nada influenciou a disputa.”2 (grifos nossos)

“Mandado de segurança. Licitação. Fornecimento de vale-alimentação a servidores da Câmara Municipal de Indaiatuba. Empate real entre as propostas. Direito de preferência a microempresas e empresas de pequeno porte. Intelecção do tema à luz dos artigos 44 e 45 da Lei Complementar 123/2006, 45, § 2º da Lei Federal 8.666/93 e artigo 37, XXI da Constituição Federal. Não formulação de proposta com preço inferior àquela considerada vencedora do certame, única situação autorizante de se adjudicar o objeto licitado em favor da impetrante. Inexistência de violação a direito líquido e certo. Legalidade do sorteio realizado entre todos os licitantes. Denegação da ordem que se impõe. Recursos e reexame necessário providos.”3 (grifos nossos)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO – LIMINAR – PREGÃO ELETRÔNICO – MUNICÍPIO DE IPERÓ – Contratação de serviços de administração, gerenciamento, emissão, distribuição e fornecimento de vale alimentação aos servidores municipais – Pretensão de suspender o pregão eletrônico – Empate real entre as propostas apresentadas – Sorteio realizado entre todos os licitantes – Cabimento – Preferência de desempate conferida à ME e EPP, nos termos do art. 44 e 45 da LC nº 123/06, que não tem o alcance almejado pela agravante – Tratamento diferenciado e favorecido que não se sobrepõe aos princípios da legalidade, vinculação do Edital, isonomia e contratação da proposta mais vantajosa à Administração – Precedentes deste E. TJSP – Decisão que indeferiu a liminar mantida. RECURSO IMPROVIDO.”4 (grifos nossos) (Agravo de Instrumento nº 2338418-94.2023.8.26.0000. 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo. Des. Rel. Maria Fernanda de Toledo Rodovalho. D.j. 26.02.2024)

“MANDADO DE SEGURANÇA – LICITAÇÃO –

Fornecimento de auxílio-alimentação a servidores Públicos Municipais mediante a realização do Pregão Eletrônico nº 002/2023-CVL – Presunção de legitimidadedos atos administrativos não desconstituída pela Impetrante – Empate real entre as propostas apresentadas – Sorteio realizado entre todos os licitantes – Cabimento – Preferência de desempate conferida à ME e EPP, nos termos do art. 44 e 45 da LC nº 123/06, que não tem o alcance almejado pela Impetrante – Tratamento diferenciado e favorecido que não se sobrepõe aos princípios da legalidade, vinculação do Edital, isonomia e contratação da proposta mais vantajosa à Administração – Precedentes deste E. TJSP. Recurso improvido.”5 (grifos nossos)

“ADMINISTRATIVO – MANDADO DE SEGURANÇA –

LICITAÇÃO – PREFERÊNCIA A MICRO E PEQUENAS

EMPRESAS – Possibilidade de se discutir por meio de mandado de segurança a legalidade do certame, mesmo após sua homologação e adjudicação Precedente do C. STJ – Impetrante que, como única empresa de pequeno porte concorrente em pregão, alega possuir direito de preferência sobre as demais na contratação – Descabimento – Preferência prevista nos arts. 44 e 45 da Lei Complementar nº 123/06 que não se aplica em caso de empate real entre as propostas, quando as concorrentes se encontram em igualdade de condições materiais – Tese que resultaria na contratação automática da impetrante, sempre que concorresse com empresas de maior porte, em afronta ao princípio da isonomia – Denegação da ordem que é de rigor – Precedentes deste E. Tribunal – Recurso desprovido.”6 (grifos nossos) Nesse prospecto, não haverá o aperfeiçoamento do direito de preferência no certame se todas as licitantes empatarem no menor valor referencial previsto no edital (taxa de administração 0,00%), de modo que, nessa ocorrência, as ME e EPP logicamente não poderão apresentar uma nova e menor oferta (nos termos do que determina o art. 45, I, da Lei Complementar nº 123/06).

5. DO PEDIDO

Diante de todo o exposto, impõe-se a SUSPENSÃO do certame sob PREGÃO ELETRÔNICO Nº 90003/2024 e a consequente REFORMULAÇÃO do presente Edital em conformidade com as razões acima articuladas, para que seja alterado o Subitem 6.6.4, III, do Edital (e demais dispositivos correlatos), de modo que passe a constar expressamente que o direito de preferência assegurado às ME e EPP, com alusão à Lei Complementar 123/2006, somente terá eficácia na eventualidade de as propostas empatadas não serem justamente sobre o preço mínimo, ou seja, que não contenham taxa de administração 0,00% sem possibilidade de menores lances serem ofertados.

Outrossim, requer-se seja REPUBLICADO um novo instrumento convocatório com as devidas adequações, como forma de prestigiar a lisura do procedimento licitatório promovido pela EMPRESA POTIGUAR DE PROMOÇÃO TURÍSTICA S/A – EMPROTUR.

Termos em que, Pede-se deferimento.

Natal, 04 de setembro de 2024

UP BRASIL ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS LTDA

Merily Cley Silva de Oliveira Analista de Licitações

6. DA ANÁLISE DO PREGOEIRO

Conforme já mencionado, o objeto da contratação pretendida refere-se ao fornecimento de Vale Refeição e Alimentação, através de cartão eletrônico com chip, para a aquisição de gêneros alimentícios in natura e refeições prontas em estabelecimentos credenciados.

O Impugnante alega que com a proibição da Taxa Negativa, os órgãos públicos não terão descontos no valor do crédito, e que assim não haveria economia para os cofres públicos.

Sustenta ainda, que supostamente todas as empresas ofertariam uma proposta com Taxa 0,00%, e que com isso ocorrerá empate, e assim a administração se socorreria do sorteio, como critério de desempate. Entendem que todas as licitações que tenham como objeto o fornecimento de Cartão Alimentação e Refeições ao serão decididas somente por sorteio, o que feriria O artigo 60 da Lei nº 14.133, de 1º de abril, de 2021.

Primeiramente, nos cabe dizer que não há garantias de que todas as empresas irão ofertar proposta com taxa 0%. Tal afirmação da Impugnante fere o Princípio da Transparência do Certame, uma vez que presunção não pode ser confundida com certeza. Portanto, tal alegação se dá com base em especulações.

Entretanto, ainda que venha ocorrer tal hipótese, o processo licitatório seguirá o rito legal, qual seja, o sorteio, conforme previsto no artigo 60 da Lei nº 14.133, de 1º de abril, de 2021. Dessa forma, o trâmite seguirá conforme a legislação pertinente determina, sendo cumprido, portanto, o Princípio da Legalidade, conforme determina o caput do artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil.

Nesse entendimento, não merece prosperar o argumento da Impugnante, de que o sorteio estaria sendo utilizado como critério de julgamento, uma vez que ele (sorteio) só ocorrerá na hipótese de empate. Não há qualquer previsão no Edital em que o sorteio apareça como critério para julgamento da presente licitação.

A Impugnante sustenta ainda, que a impossibilidade de proposta de Taxa Negativa beneficiaria as ME e EPP, por conta da LC 123/2006, que assegura como critério de desempate a preferência delas nas contratações licitatórias, causando prejuízos as de portes maiores.

Não merece prosperar tal argumento, uma vez que o Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte provem do Princípio da Isonomia. Isso porque, a luz desse Princípio, o Estatuto busca equipara-las as grandes empresas, e isso não se trata de privilégio, mas sim de justiça.

Ainda, não cabe a esse Pregoeiro aplicar juízo de valor, uma vez que o compete apenas cumprir o Princípio da Legalidade, não podendo agir fora do que as legislações determinam. Qualquer discordância quanto ao espírito ou finalidade das leis, não deve ser discutida em sede de Impugnação a Licitação, uma vez que essa Autarquia está vinculada ao estrito cumprimento das Leis.

O artigo 60 da Lei nº 14.133, de 1º de abril, de 2021, que dispõe sobre o desempate de duas ou mais propostas, in verbis:

Art. 60. Em caso de empate entre duas ou mais propostas, serão utilizados os seguintes critérios de desempate, nesta ordem:

I – disputa final, hipótese em que os licitantes empatados poderão apresentar nova proposta em ato contínuo à classificação;

II – avaliação do desempenho contratual prévio dos licitantes, para a qual deverão preferencialmente ser utilizados registros cadastrais para efeito de atesto de cumprimento de obrigações previstos nesta Lei;

III – desenvolvimento pelo licitante de ações de equidade entre homens e mulheres no ambiente de trabalho, conforme regulamento; (Vide Decreto nº 11.430, de 2023)

IV – desenvolvimento pelo licitante de programa de integridade, conforme orientações dos órgãos de controle.

Como se vê, a nova Lei de Licitações dispõe sobre como a administração deve proceder em caso de empates de propostas. Em relação ao supracitado dispositivo, é importante fazer duas observações: 1) as regras de desempate só serão aplicadas após garantido o direito de preferência de microempresas e empresas de pequeno porte, previsto no artigo 44 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, conforme disposto no §2º supratranscrito; 2) os critérios de desempate previstos no artigo 60, caput, da Lei nº 14.133, de 2021, seguem uma ordem rígida, só podendo ser aplicado o posterior caso o anterior não consiga desempatar as propostas, uma vez que o caput do dispositivo utiliza a expressão “nesta ordem”.

Assim, o critério de desempate “avaliação do desempenho contratual prévio dos licitantes” só pode ser utilizado caso o critério previsto no inciso I do artigo 60, da Lei 14.133, de 2021 (“disputa final, hipótese em que os licitantes empatados poderão apresentar nova proposta em ato contínuo à classificação”), não consiga desempatar as propostas apresentadas.

Ante todo o exposto e as considerações apresentadas, analisando as razões da impugnante, recebo a impugnação apresentada, tendo em vista sua tempestividade, e no mérito, nego-lhe provimento pela ausência de fundamentação

que sustente o pleito da impugnante.

7. DECISÃO DA IMPUGNAÇÃO

7.3 - São essas as considerações julgadas oportunas que submeto para análise.

7.3.1 - ANTE O APRESENTADO, O ENTENDIMENTO É DE QUE A IMPUGNAÇÃO AO EDITAL NÃO SERÁ ACATADA , SENDO ASSIM, NA FORMA DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 87 DA LEI 13.303/2016, ENTENDE ESTE PREGOEIRO, PELO NÃO ACOLHIMENTO DO PEDIDO DE IMPUGNAÇÃO APRESENTADO PELA EMPRESA UP BRASIL ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS LTDA (“UP BRASIL”)/ CNPJ: 02.959.392/0001-46 . E RESPEITANDO O INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO E EM ESTRITA OBSERVÂNCIA AOS DEMAIS PRINCÍPIOS DA LICITAÇÃO, RECEBO A IMPUGNAÇÃO APRESENTADA TENDO EM VISTA A SUA TEMPESTIVIDADE, PARA NO MÉRITO JUGAR-LHE IMPROCEDENTE, SEM A NECESSIDADE DE ALTERAÇÕES E REPUBLICAÇÃO DO EDITAL. PERMANECE INALTERADO TODOS OS TERMOS DO EDITAL E SEUS ANEXOS, BEM COMO, DATA E HORA DETERMINADOS PARA ABERTURA DA SESSÃO. É COMO DECIDO.

Por fim, comunicamos que aos atos motivadores será dada a devida publicidade.

Natal, 09/09/2024

(assinado eletronicamente)
FRANCISCO FERNANDES DE BRITO
Pregoeiro da EMPROTUR
Matrícula: 150.668-4



Documento assinado eletronicamente por **FRANCISCO FERNANDES DE BRITO**, Pregoeiro, em 09/09/2024, às 10:56, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 4º do [Decreto nº 27.685, de 30 de janeiro de 2018](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site https://sei.rn.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **28980329** e o código CRC **E56C360B**.
