

Daiane Toscan-Licitações Prefeitura

De: Susiane Kempfer [susiane.kempfer@grupogreencard.com.br]
Enviado em: quinta-feira, 12 de abril de 2018 10:25
Para: licitacoes@capinzal.sc.gov.br
Assunto: Recurso ao Pregão PP 27 2018 Pref Capinzal SC
Anexos: Recurso Pref Capinzal SC.pdf; Ata - TCM - BA.PDF; Procuração Geral 06-04-2018.pdf; RG e CPF Susiane.pdf; Nova Ata.pdf; Novas Publicações.pdf; Termo de Posse.pdf

Prioridade: Alta

A/C
Comissão de Licitações

A empresa Green Card S/A Refeições Comércio e Serviços, inscrita no CNPJ nº 92.559.830/0001-71, vem por meio desta enviar o seu recurso referente ao Pregão Presencial 0027/2018.

Por gentileza confirmar o recebimento deste. Obrigada.

Att
Susiane Kempfer
Setor de Licitações
Green Card S/A
(51) 3226 8999

Todo Mundo Satisfeito



ILMO. SENHOR PREGOEIRO DO MUNICÍPIO DE CAPINZAL – SC

PREGÃO PRESENCIAL Nº 27/2018

GREEN CARD S/A REFEIÇÕES, COMÉRCIO E SERVIÇOS, licitante no procedimento licitatório em epígrafe, por seu procurador infrafirmado, inconformada com a decisão da d.Comissão de licitação que não determinou o sorteio imediato entre todas as participantes do certame na licitação em referência, vem, tempestivamente, com espeque no art.5º, XXXIV da Carta Magna e no art.4º da Lei 10.520/02, Decreto 3.555/00, Decreto 5.450/05, Decreto 5504/05, Lei nº 8.666/93 e Lei 13.303/2016, apresentar suas razões de **RECURSO ADMINISTRATIVO**, pelo que passa a expor e requerer o que segue:

Assim, pede a atenção desse Colegiado, para o possível julgamento adiante previsto e, caso não seja esse o entendimento, se digne fazer subir o presente a Autoridade Superior nos termos fixados em lei.

I – PRELIMINARMENTE

Antes de mais nada, é de suma importância destacar alguns pontos da lei que não estão sendo observados no presente julgamento, caso não seja realizado sorteio com todas as



empresas participantes no certame, e sim, somente entre as empresas enquadradas como ME/EPP, desclassificando todas as demais empresas que não são ME/EPP.

Importante lembrar o disposto no artigo 48, inciso I, da Lei nº 8.666/93, diz:

*“Serão desclassificadas: I - as propostas **que não atendam às exigências** do ato convocatório da licitação”.*

Conforme se observa no referido dispositivo, apenas serão desclassificadas as propostas **que não atenderem às exigências do edital**, não sendo cabível desclassificar as licitantes quando suas propostas estão de acordo com o que foi solicitado. E conforme dito pelo próprio pregoeiro na ata do presente certame, todas as empresas cumpriram todos os requisitos habilitatórios.

No presente caso ocorreu empate entre todas as empresas participantes, pois todas ofertaram taxa 0% e não havia possibilidade de conceder taxa negativa. Sendo assim, todas as empresas ofertaram o mesmo valor.

O pregoeiro declarou que todas as empresas preenchiam os aspectos formais, as exigências do edital, e foram habilitadas para a fase de lances. Em virtude de Portaria que determinou a proibição de concessão de taxa negativa, o certame encontrava-se empatado.

O representante da empresa EMISSORA E GERENCIADORA DE CARTÕES BRASIL LTDA ME insurgiu-se quanto aos critérios de desempate previstos no edital, em seu item 8.2, alegando que fosse aplicado a Lei Complementar nº 123/2006, ou seja, que fosse realizado sorteio apenas entre as duas empresas participantes que se enquadram como ME/EPP.

A recorrente e outras empresas se manifestaram no sentido contrário, uma vez que deve ser feito sorteio entre todas as participantes, conforme previsão expressa do edital:

“8.2. No caso de empate entre duas ou mais propostas, e depois de obedecido o disposto no artigo 3º, §2º, da Lei nº 8.666/93, a classificação do vencedor será feita, obrigatoriamente, por sorteio, que será realizado na própria Sessão Pública, vedado qualquer outro processo.”





Deste modo, em sede preliminar, requer-se que seja realizado sorteio entre todas as empresas participantes, com base no princípio da vinculação ao instrumento convocatório, bem como no princípio da isonomia, com o intuito de não beneficiar nenhuma das empresas.

II - DO PEDIDO DE ESCLARECIMENTO SOLICITADO À COMISSÃO ACERCA DO CRITÉRIO DE DESEMPATE DO CERTAME

A empresa recorrente, no intuito de se precaver de eventuais interpretações diversas sobre o assunto, enviou um pedido de esclarecimento (em anexo) à comissão de licitação, questionando qual seria o critério de desempate.

A Diretora de Compras e Licitações Daiane Toscan Helt respondeu o pedido, informando que: "Ocorrendo a apresentação da mesma taxa administrativa (empate real/preço), é correto a afirmação de que será através de sorteio público a definição da empresa vencedora".

Assim, podemos entender que será observado o critério de sorteio que deve ser feito entre todas as participantes do certame que foram habilitadas para a fase de lances, conforme esclarecimento da própria Comissão de Licitação do órgão licitante.

III - DO POSSÍVEL INJUSTO JULGAMENTO – APLICAÇÃO DE CRITÉRIO DE DESEMPATE DE FORMA INCORRETA E ILEGAL.

Caso essa D. Comissão de Licitação, entenda por aplicar critério diverso de desempate no presente Pregão Presencial nº 27/2018, sob a motivação de que somente iriam para sorteio as empresas que se enquadrem nos critérios de ME/EPP, estará cometendo grave erro, e prejudicando todas as demais empresas participantes do certame.

Caso isto ocorra, serão desprezadas por completo as demais participantes do certame que preenchem todos os requisitos solicitados pelo edital, e que ofertaram o mesmo valor que as empresas enquadradas como ME/EPP, **estando todas em situação de empate**, portanto, deve o pregoeiro realizar o sorteio entre todas as empresas participantes,



conforme previsão expressa do edital, confirmada em resposta ao pedido de esclarecimento.

No certame verificou-se que todas as licitantes se encontravam empatadas com taxa de administração 0,00% (EMPATE REAL), vez que o certame proibia expressamente a oferta de taxas negativas (descontos), com base na Portaria Ministerial nº 1.287/2017 do Ministério do Trabalho, impedindo lances inferiores.

Importante destacar dois pontos centrais, os quais são determinantes para a decisão do presente certame, devido a forma de desempate que está sendo solicitada pela empresa que se beneficia pela LC 123/2006. Vejamos.

A Lei Complementar nº 123/2006 estabelece um peculiar critério de desempate surgido no mundo jurídico com o fito de propiciar a preferência das ME e EPP nas contratações públicas.

Assim, o art.44 da referida lei cria uma solução mais conhecida como **empate ficto**, onde em seu parágrafo 1º refere que: "se entende por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% superiores à proposta mais bem classificadas". No âmbito do pregão há uma redução de valor para percentual de 5%.

No caso em tela entendemos que não houve empate ficto, tendo em vista que **as propostas somente serão consideradas como empate ficto, quando a diferença entre as mesmas se enquadre num determinado limite porcentual, produzindo uma ficção de empate, na medida em que, sob o prisma aritmético, não existe igualdade de valores.**

Portanto, entendemos que na presente licitação não houve ficto, mas sim o **empate REAL**, previsto no Art.45, § 2º da Lei 8.666/93, o qual refere que: "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."

Por segundo, consta no edital que **é vedada a oferta de lances negativos no presente certame**, sendo que a Recorrente, as demais empresas e a licitante EMISSORA E



GERENCIADORA CARTÕES BRASIL LTDA ME apresentaram o MESMO percentual de taxa de administração de 0,00%.

O art.45, inciso I, da Lei Complementar nº 123/2006, fixa como forma de desempate (no caso de empate ficto), o seguinte procedimento: "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."

No caso em tela, torna-se impossível aplicar tal proceder, tendo em vista que é impossível aplicar os critérios de desempate previstos na presente lei, pois os mesmos se aplicam a empate ficto, o que não é o caso presente, ONDE É VEDADA A OFERTA DE LANCES NEGATIVOS.

Importante salientar que o edital não mencionou em nenhum momento que a licitação era exclusiva para ME/EPP, e desta forma não pode fazer distinção das demais empresas no caso de empate real, o que aconteceu.

Sendo assim, novamente salientamos que houve na presente licitação o empate propriamente dito, EMPATE REAL, devendo ser realizado sorteio entre todas as empresas participantes e não somente entre as que se enquadrem como ME/EPP.

Conforme já exposto anteriormente, a Lei Complementar nº 123/09 determina que seja aplicado o direito de preferência às ME/EPP no caso de apresentarem proposta de preços inferior as propostas das demais licitantes, ou seja, somente desta forma seria adjudicado em seu favor o objeto licitado.

Esta hipótese é o chamado EMPATE FICTO, o que não ocorreu no presente caso. Conforme o exposto na referida lei, a utilização da faculdade concedida de aplicação do direito de preferência, além de se enquadrar na legislação deve atender dois requisitos:

1. oferecer proposta (ou lance) igual ou até 10% (ou 5%, no caso do pregão) superior a menor proposta; e
2. cobrir a proposta ofertada pela primeira colocada, demonstrando vantagem de seu preço perante à Administração.



No presente caso o que temos é um EMPATE REAL, e não ficto. Não houve redução de preço por parte de nenhuma das empresas licitantes, ou seja, todas apresentaram valores idênticos, razão pela qual não se pode falar em empate ficto.

Desta forma, o procedimento adotado caso se tratasse de empate ficto seria outro, tendo obrigatoriamente a vencedora que conceder um preço abaixo do melhor classificado.

Neste sentido, explica Joel de Menezes Niebuhr o procedimento a ser adotado quando do empate ficto:

De todo modo, ocorrendo o empate a que alude os parágrafos do artigo 44 da Lei complementar nº 123/06, a microempresa ou empresa de pequeno porte não é automaticamente declarada vencedora, na medida em que o preço dela é de fato superior ao menor preço ofertado no certame, o que importaria, se fosse o caso, desvantagem à Administração Pública e vulneração aberta ao Princípio da eficiência, encartado no caput do artigo 37 da Constituição Federal.

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.

Como exemplo citamos o que ocorreu no Pregão Eletrônico nº 014/2017, do Tribunal de Contas dos Municípios da Bahia no dia 28/02/2018:



A licitação teve a participação de duas ME/EPP. Ao final do tempo randômico, o sistema automaticamente convocou a primeira ME, e o pregoeiro advertiu que caso a empresa aceitasse cobrir o lance estaria automaticamente desclassificada, pois o edital não permitia taxa negativa. A empresa não ofertou lance, e foi convocada a segunda ME, tendo ocorrido da mesma forma.

Após, foi convocada então a empresa que havia cadastrado a proposta primeiro, porém, o pregoeiro advertiu que, conforme o disposto no edital, seria utilizado o critério de sorteio público, **e que todas as empresas participariam.**

Ou seja, por mais que o sistema de pregão eletrônico tivesse chamado a ME para atender o processo licitatório a mesma teria que dar lance e como o edital não previa taxa negativa a mesma estaria impossibilitada e não poderia se utilizar do privilégio previsto pela Lei 123.

Deste modo, fica claro o equívoco do pregoeiro quando da aplicação da Lei 123/06, uma vez que deveria ter sido adotado o critério de desempate como sendo sorteio com todas as licitantes habilitadas, face ao princípio da isonomia, economia e da razoabilidade.

IV – DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO

Importante salientar que o Edital é a Lei interna da licitação, e o que ali disposto deve ser rigorosamente observado, sob pena de ofensa ao princípio fundamental da vinculação ao instrumento convocatório.

Este princípio pode ser verificado no art. 41, caput, da Lei nº 8.666/93:

“A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital ao qual se acha estritamente vinculada.”

O edital, neste caso, torna-se lei entre as partes, assemelhando-se a um contrato de adesão cujas cláusulas são elaboradas unilateralmente pelo Estado. Este mesmo princípio dá origem a outro que lhe é afeto, qual seja, o da inalterabilidade do instrumento convocatório.



Trata-se, na verdade, de princípio inerente a toda licitação e que evita não só futuros descumprimentos das normas do edital, mas também o descumprimento de diversos outros princípios atinentes ao certame, tais como o da transparência, da igualdade, da impessoalidade, da publicidade, da moralidade, da probidade administrativa e do julgamento objetivo.

Em sendo lei, o Edital, juntamente com os seus termos, atrela tanto à Administração, que estará estritamente subordinada a seus próprios atos, quanto às concorrentes – sabedoras do inteiro teor do certame. Ou seja, uma vez fixado um critério de desempate no instrumento convocatório, o mesmo deve ser observado e não pode o órgão licitante se utilizar de outro critério, alterando as “regras do jogo” a fim de beneficiar outras licitantes. Isso seria atentar contra o princípio da isonomia.

Esclarece-nos acerca da importância do princípio a Prof.^a Maria Sylvia Zanella Di Pietro, in verbis:

“Trata-se de princípio essencial cuja inobservância enseja nulidade do procedimento. Além de mencionado no artigo 3º da Lei nº 8.666/93, ainda tem seu sentido explicado no artigo 41, segundo o qual a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada. E o artigo 43, inciso V, ainda exige que o julgamento e classificação das propostas se façam de acordo com os critérios de avaliação constantes no edital. O princípio dirige-se tanto à Administração, como se verifica pelos artigos citados, como aos licitantes, pois estes não podem deixar de atender aos requisitos do instrumento convocatório (edital ou carta-convite);

(...)

Quando a Administração estabelece, no Edital ou na carta-convite, as condições para participar da licitação e as cláusulas essenciais do futuro contrato, os interessados apresentarão suas propostas com base nesses elementos, ora, se for aceita proposta ou celebrado contrato com desrespeito às condições previamente estabelecidas, burlados estarão os princípios da licitação, em especial, o da igualdade entre os licitantes, pois aquele que se prendeu



aos termos do edital poderá ser prejudicado pela melhor proposta apresentada por outro licitante que os desrespeitou."

Referindo-se ao poder de autotutela, é sabido que a Administração Pública possui a possibilidade de corrigir os seus próprios atos, REVOGANDO os atos inoportunos e inconvenientes, ou ANULANDO os ilegais.

Desta forma, imprescindível destacar as **Súmulas 346 e 473**, do Supremo Tribunal Federal, que regulam a matéria:

Súmula 346: "A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos."

Súmula 473: "A administração pode anular os seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos, ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial."

Tendo em vista que ainda não foi proferido julgamento no presente certame, o critério correto a ser aplicado é aquele determinado no edital, em seu item 8.2, e confirmado através de pedido de esclarecimento, qual seja o sorteio entre todas as empresas participantes habilitadas à fase de lances, a fim de termos um estrito cumprimento do princípio da vinculação ao instrumento convocatório e princípio da isonomia na presente licitação.

Tal procedimento está previsto no art. 49, da Lei Federal nº 8.666/93, que assim dispõe:

*"Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente **poderá revogar** a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, **devendo anulá-la por ilegalidade**, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado."*

A handwritten signature in black ink, appearing to be a stylized 'A' or similar character.



Assim, requer-se que seja realizado sorteio entre todas as empresas, visto que qualquer outra decisão estaria eivada de ilegalidade, pelo próprio órgão licitante, o que ensejaria uma possível anulação do certame.

Outrossim, caso o pregoeiro entenda ser melhor aplicar critério diverso de desempate, requer-se desde já a anulação do certame por completo, uma vez que estaria ferindo na totalidade o princípio da isonomia e da imparcialidade, bem como vinculação ao instrumento convocatório.

Da análise anterior, decorrem os direitos desta licitante no sentido de adotar critério de julgamento correto para declaração de vencedora do presente certame, sendo o sorteio com todas as empresas participantes.

V - O DIREITO DA RECORRENTE À PROCEDIMENTALIZAÇÃO DA LICITAÇÃO NOS TERMOS FIXADOS NO EDITAL E NA LEGISLAÇÃO APLICÁVEL.

O Direito desta Recorrente, em ver neste certame o cumprimento da Lei incidente nesta licitação, em especial no tocante a uma igualdade de tratamento para com seus competidores está consagrada na Carta Magna e na Lei das Licitações (8.666/93). Senão vejamos:

Nesse sentido diz a Lei Maior:

"Art.37 - A Administração Pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte:

...

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratadas mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, ...

Lembre-se que está expressamente contido na Lei das Licitações, no seu art. 3º, as vedações aos agentes públicos encarregados dos procedimentos licitatórios. Salienta-se ali, a expressa proibição de tratamento anti-isonômico entre os licitantes em geral.



O juízo objetivo, alinhado aos comandos do art. 44 e 45 da Lei 8.666/93 é o parâmetro garantidor da isonomia do juízo licitatório.

O atualizado jurista paranaense Marçal Justen Filho, reforça doutrinariamente o que é um juízo licitatório objetivo:

"Em termos amplos, a objetividade significa imparcialidade mais finalidade. O juízo objetivo exclui a parcialidade (tomada de posição segundo ponto de vista de uma parte). Mas isso é insuficiente. Além da imparcialidade, o juízo tem de ser formulado à luz do interesse público. O interesse público não autoriza, contudo, ignorem-se as disposições norteadoras do ato convocatório e da Lei. Não se admite que, a pretexto de selecionar a melhor proposta, sejam amesquinhasdas as garantias e os interesses dos licitantes e ignorado o disposto no ato convocatório." [Grifo nosso]

(Marçal Justen Filho, em "Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos", Editora Dialética, 8ª Edição, página 448)

Nessa linha jurídica há que se entender o princípio da isonomia como impeditivo de criar uma "desigualdade injustificada" expressão usada por Lúcia Valle Figueiredo.

De outro ângulo, o processamento das licitações nos termos assegurados na legislação é um direito público subjetivo desta Recorrente.

Art. 3º- LEI 8.666/93 "A Licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração 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 juízo objetivo e dos que lhes são correlatos. [Grifo nosso]

Já o art. 4º da Lei Nacional de Licitações assegura:





"Todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º **têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta lei.**

A objetividade que deve nortear os julgamentos (confrontação entre o requerido e o apresentado) assim o determina. É o que deflui dos art. 44 e 45 da Lei das Licitações.

Vejamos essas determinações legais, que coarctam os julgadores dos certames licitatórios, suprimindo-lhes margem de poder discricionário ou de avaliação subjetiva no seu ato de julgar:

"Art. 44 - No julgamento das propostas, a comissão levará em **consideração os critérios objetivos definidos no edital** ou convite, **os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta lei.** [Grifo nosso]

Art. 45 - O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, **os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos,** de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle. [Grifo nosso]

Assim, é intuitivo que o gestor da coisa pública, envolvido na procedimentalização das licitações e execuções contratuais deve ensanchar segurança jurídica aos licitantes de que as exigências editalícias-legais serão, de fato, fiscalizadas seu cumprimento de os licitantes, por ser esse o comportamento pré-delineado por essa norma legal.

Desta forma, é importante que fique claro aqui, que os licitantes devem participar da licitação **nos estritos termos fixados em edital e na legislação incidente.** Portanto, vinculados ao unilateralmente estabelecido, como necessidade da Administração de colaboração de particular, guardada às especificidades do objeto em contenda.

Igualmente, o edital passa a regular de maneira peremptória e categórica todas as relações entre a Administração e os eventuais licitantes, sendo vinculante inclusive para o próprio Poder Judiciário (por isso Pontes Miranda afirma **"fazer do edital a lei para ambas as partes"**).



Nessa linha jurídica há que se entender o princípio da isonomia como impeditivo de se criar uma "desigualdade injustificada" expressão usada por Lúcia Valle Figueiredo.

De outro ângulo, o processamento das licitações nos termos assegurados na legislação é um direito público subjetivo desta licitante Arrazoante, conforme o art. 3º da Lei das Licitações:

"A Licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração 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."

Assim, impõe-se, o realinhamento à legalidade da presente licitação.

V – DO REQUERIMENTO

Por todo o anteriormente demonstrado e, considerando os demais elevados suprimentos de Vossas Senhorias sobre a matéria, respeitosamente, REQUER a Recorrente:

- **Que seja julgado totalmente procedente o presente recurso administrativo, para, sopesados os argumentos antes expendidos, SEJA ADOTADO O CRITÉRIO DE DESEMPATE COM SORTEIO ENTRE TODAS AS PARTICIPANTES HABILITADAS, CONFORME PREVISÃO EXPRESSA DO EDITAL.**
- **Caso o entendimento do pregoeiro seja pela aplicação de critérios de desempate diverso, requer-se desde já a anulação completa do certame, pela não observância do princípio da isonomia, já que estaria beneficiando demais empresas.**



- Isso com base nos fundamentos antes expendidos e com amplo amparo legal.

TERMOS EM QUE
PEDE DEFERIMENTO.

Porto Alegre/RS, 12 de abril de 2018.

A handwritten signature in black ink, appearing to read "Susiane Kempfer".

Susiane Kempfer

Outorgada

GREEN CARD S/A REFEIÇÕES, COMÉRCIO E SERVIÇOS.