



ILUSTRÍSSIMA COMISSÃO DE LICITAÇÕES DA PREFEITURA MUNICIPAL DE CRISTAIS PAULISTA - SP

ROM CARD ADMINISTRADORA DE CARTÕES LTDA, inscrita no CNPJ nº. 20.895.286/0001-28, por intermédio de seu representante legal, o(a) Sr.(a) Ricardo Luiz dos Santos, portador da Carteira de Identidade nº 3821109 e do CPF nº. 021.090.379-11, com base incisos, alíneas e parágrafos do art. 109 da Lei nº 8.666/93, vem tempestivamente a presença de Vossa Senhoria **interpor:**

RECURSO ADMINISTRATIVO

EDITAL DE LICITAÇÃO PREGÃO PRESENCIAL Nº 0028/2023
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº. 7028/2023
DA SÍNTESE DO PROCEDIMENTO

A presente licitação, na modalidade de Pregão Presencial, do tipo “menor taxa de administração, com vedação à taxa negativa”, objetiva a “contratação de empresa especializada na prestação de serviço comum e de natureza continuada de fornecimento de benefício e bem-estar aos nossos servidores, na forma de cartão alimentação em PVC, com chip eletrônico de segurança e opção de consulta eletrônica de saldo, objetivando, assim, facilitar a gestão e a operacionalização do Benefício, bem como que eficiência operacional do processo para o alcance dos melhores resultados, personalizados aos Servidores ativos da Prefeitura Municipal de Cristais Paulista, de acordo com as especificações técnicas, constantes do Anexo I.

No dia 10/08/2023, às 14:00:00 horas, reuniram-se no(a) SALA DE LICITACOES, o pregoeiro, Senhor(a) Isabel Cristina Neves Cardoso, e a Equipe de Apoio, Senhores(as) Sueli Maria da Silva de Deus, José Marcos de Lima, Erika Batista da Silva designados a atuar nos autos do processo 70282023, nº. 0028/2023, para a sessão pública do Pregão Presencial em epígrafe.

Aberta a sessão, procedeu-se o exame dos documentos oferecidos pelos interessados presentes, visando à comprovação da existência de poderes para formulação de propostas e práticas dos demais atos de atribuição do Licitante, na seguinte conformidade:



EMPRESAS PARTICIPANTES:

EMPRESAS CREDENCIADAS

ALELO INSTITUICAO DE PAGAMENTO SA
BK INSTITUICAO DE PAGAMENTO LTDA
GREEN CARD S/A REFEICOES COMERCIO E SERVICOS
IFOOD BENEFICIOS E SERVICOS LTDA.
LE CARD ADMINISTRADORA DE CARTOES LTDA
M&S SERVICOS ADMINISTRATIVOS LTDA
MEGA VALE ADMINISTRADORA DE CARTOES E SERVICOS LTDA
R6 INSTITUICAO DE PAGAMENTOS LTDA
ROM CARD - ADMINISTRADORA DE CARTOES LTDA
UP BRASIL ADMINISTRACAO E SERVICOS LTDA.
VEROCHEQUE REFEICOES LTDA

Conforme consta em ata verifica-se que houve **falha na condução da classificação quanto aos requisitos de desempate e aplicação dos benefícios previstos na lei 123/06.** Assim faz necessário nulidade de atos praticados com intuito de sanar o processo.

Conforme edital:

10.13. A etapa competitiva (de lances) será considerada encerrada quando todos os participantes não mais realizarem lances verbais e serão classificadas as propostas selecionadas e não selecionadas para essa etapa, na ordem crescente de valores, considerando-se para as selecionadas, o último VALOR ofertado. Com base nessa classificação, **será assegurada às licitantes declaradas microempreendedores individuais, microempresas e empresas de pequeno porte preferência à contratação (...) grifei**

Assim o sorteio deveria ter acontecido apenas com as empresas classificadas como ME/EPP

DO DIREITO:

“Súmula 346: A Administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.”

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

Lei nº 9.784/99, “Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.”



A Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, implantou no ordenamento jurídico brasileiro o novo Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte.

O legislador pátrio buscou atender a previsão da Constituição da República de 1988, a qual assegurou o tratamento diferenciado e favorecido às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (arts. 170, IX e 179), na tentativa de impulsionar a atuação das pequenas empresas no mercado.

Da Constitucionalidade do Tratamento Diferenciado

Especificamente no caso das microempresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP), foi editada a Lei Complementar nº 123/2006 (Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte), que trouxe benefícios no procedimento licitatório para estas instituições, previsto em seus artigos 42 ao 49.

Este tratamento diferenciado encontra suporte nos artigos 170, inciso IX e 179 da CF/88, respectivamente, in verbis:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...]

IX - Tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

Assim, não há que se falar em inconstitucionalidade do tratamento diferenciado dispensado para essas empresas, posto que a Lei Complementar nº 123/06 é absolutamente constitucional.

Toda atividade administrativa, em especial, a licitação ser regida pelo princípio da igualdade. Este princípio encontra-se previsto expressamente no art. 37, inciso XXI da Carta Magna e também no art. 3º, I, § 1º, da lei 8666/93, onde o legislador veda o favoritismo e determina a igualdade na competição entre os licitantes.

O mencionado princípio visa permitir que quaisquer interessados, que tenham condições para tanto, participem do procedimento licitatório e que no decorrer deste, todos sejam tratados de forma igual, sem nenhuma preferência ou discriminação. Esta descrição faz sentido para concorrentes que estejam na mesma posição e condição de concorrência, mas não é isto que ocorre entre as ME, EPP e as multinacionais ou grandes empresas.



Desta maneira é justificado o tratamento desigual para os desiguais no intuito de equiparar os concorrentes no mesmo patamar de competição. A igualdade deverá ser respeitada em virtude das diferenças, por este motivo não restam dúvidas sobre a coerência do tratamento diferenciado dado pelo legislador às ME e EPP.

A lei 123/06 dispõe em seu art. 47 que:

“Nas contratações públicas da União, dos Estados e dos Municípios, poderá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica, desde que previsto e regulamentado na legislação do respectivo ente.”

1 - Nas licitações, a exigência de comprovação de regularidade fiscal das microempresas e empresas de pequeno porte será feita apenas para efeito de assinatura do contrato, sendo que por ocasião da participação em certames licitatórios, caso haja restrições fiscais, será assegurado, às micro e pequenas empresas, o prazo de 02 (dois) dias úteis, prorrogáveis por igual período, para a regularização da documentação fiscal exigida;

2 - Nos processos licitatórios será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte. (...)

Quanto às prerrogativas acima elencadas, pode-se depreender uma série de constatações acerca dos objetivos alcançados pela Lei Complementar n°. 123/2006.

III - Limitações ao tratamento diferenciado se simplificado

O artigo 49 da LC 123/06 versa sobre as limitações à prática do tratamento diferenciado em favor das pequenas empresas, conforme se verifica abaixo:

3.1. Previsão no instrumento convocatório

Tendo em vista que o edital é a lei interna da licitação, verifica-se que esta restrição fundamenta-se no princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

Nesse sentido, Marçal JUSTEN FILHO, sustenta que:

O que o dispositivo pretende é determinar que todo o ato convocatório de uma licitação diferenciada explicitamente satisfatoriamente os critérios e requisitos de participação e de julgamento. Em outras palavras, será nula a licitação se o ato convocatório não preencher tais requisitos; a aplicação dos critérios legais depende da sua previsão e regulamentação no edital. Não se trata de um pressuposto de aplicação ou de exclusão da licitação diferenciada, mas de um requisito de sua validade. De todo o modo, caberá à legislação regulamentadora dos dispositivos estabelecer os critérios que deverão ser observados pela autoridade administrativa que elaborará o edital.



Princípio da Legalidade

O primeiro a ser considerado é o princípio da legalidade, que consiste em obedecer fielmente o que determina a lei. O mesmo encontra-se explicitamente previsto no art. 4º da Lei nº 8.666/93, o qual determina que: “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, podendo qualquer cidadão acompanhar o desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização de trabalhos”.

O princípio da legalidade quer dizer que toda atividade administrativa esta sujeita ao atendimento da lei e dele não pode se afastar ou desviar, sob pena de invalidação do certame. Hely Lopes Meirelles denomina o princípio da legalidade de princípio do procedimento formal.

No entendimento de Hely Lopes Meirelles:

“O princípio do procedimento formal é o que impõe a vinculação da licitação às prescrições legais que a regem em todos os seus atos e fases. Essas prescrições decorrem não só da lei mas, também, do regulamento, do caderno de obrigações e até do próprio edital ou convite, que complementa as normas superiores, tendo em vista a licitação a que se refere”.

Como preceitua José dos Santos Carvalho Filho:

“O princípio do formalismo procedimental passa a noção de que as regras do procedimento adotadas para a licitação devem seguir os parâmetros estabelecidos na lei, não sendo lícito aos administradores subvertê-los a seu juízo”.

DO EMPATE E PREFERÊNCIA EM CONFORMIDADE COM MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO.

Autos nº 1001543-08.2022.8.26.0145 2ª Vara Judicial da Comarca de Conchas/SP.
Impetrante: Mega Vale Administradora de Cartões e Serviços Ltda
Impetrada: Prefeitura Municipal de Pereiras Litisconsorte Necessário – Aliymente Benefícios e Similares Ltda.

A previsão legal de preferência tem aplicação imperativa. Não há lógica sistêmica, diante do comando constitucional de preferência e do próprio texto do parágrafo acima transcrito, para estabelecer-se a preferência somente em caso de empate ficto. Deveras, com mais **razão o tratamento favorecido deve incidir no empate real.** Insiste-se em que a lei complementar, com escoro constitucional, conferiu clara preferência de contratação para as ME/EPPs.

Somente se não houver empresas assim qualificadas, dando-se o empate entre participantes comuns, é que se deve recorrer ao critério geral de isonomia formal estabelecido na Lei 8666/93. Em outras palavras, aplica-se a regra especial da Lei Complementar 123/06 em detrimento da regra geral da Lei 8666/93 (art. 45, §2º). Em suma, no curso do procedimento licitatório, o tratamento protetivo às



microempresas e empresas de pequeno porte não se limita aos casos de empate presumido, sendo extensível às hipóteses em que as propostas empatam no valor mínimo. Verificada a irregularidade, o processo licitatório deve ser declarado nulo desde a adoção do sorteio entre todos como critério de desempate no julgamento das propostas. Posto isso, a manifestação ministerial é pela procedência do mandado de segurança, pelos motivos expostos e na forma propugnada.

DO EMPATE:

Esse é o entendimento jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. TRATAMENTO FAVORECIDO. ART. 44, LEI COMPLEMENTAR Nº 123/06.

INCIDÊNCIA. O tratamento favorecido conferido às empresas de pequeno porte, com assento constitucional (art. 170, IX, CF/88), materializa-se, entre outras vantagens, na preferência de contratação, não podendo ser ignorado, notadamente quando a apelada é a única licitante com tal qualificação, não fosse o atendimento as regras constantes do edital, inclusive no que diz com a comprovação de seu enquadramento e invocação à prerrogativa do art. 44, LC nº 123/06, de óbvia incidência no caso dos autos. (Apelação e Reexame Necessário Nº 70051984789, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Armínio José Abreu Lima da Rosa, Julgado em 30/01/2013) Referido entendimento foi reafirmado quando da decisão do Agravo de Instrumento interposto contra a decisão liminar proferida nestes autos, como se confere na ementa abaixo: AGRAVO DE INSTRUMENTO. LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO. CRITÉRIO DE DESEMPATE. EMPATE REAL DE PROPOSTAS. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. TRATAMENTO PROTETIVO. ART. 44 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/06. **O tratamento protetivo às microempresas e empresas de pequeno não se limita aos casos de empate presumido, nos quais possível a oferta de novo lance inferior, devendo ser observado, com mais razão, na hipótese de empate real, isto é, quando as propostas empatadas em primeiro lugar já alcançaram o valor mínimo. Incidência do art. 44 da LC nº 123/06, cuja redação é taxativa:** "Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte." Caso em que somente uma das empresas participantes, e em condição de empate real, sustenta o caráter de ME/EPP. AGRAVO DESPROVIDO. (Agravo de Instrumento Nº 70071214779, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Aquino Flôres de Camargo, Julgado em 01/12/2016). Assim, merece ser concedida a segurança." COMPLEMENTAR Nº 123/06. INCIDÊNCIA. O tratamento favorecido conferido às empresas de pequeno porte, com assento constitucional (art. 170, IX, CF/88), materializa-se, entre outras vantagens, na preferência de contratação, não podendo ser ignorado, notadamente quando a apelada é a única licitante com tal qualificação, não fosse o atendimento as regras constantes do edital, inclusive no que diz com a comprovação de seu enquadramento previsto no artigo 3º, § 2º da Lei 8666/93, observado a preferência das ME/EPP.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira **CRISTIANA DE CASTRO MORAES**



oportuna transcrição:

Inexiste motivo para dissentir das conclusões expostas na instrução dos autos.

De rigor a observância dos benefícios constitucionais e legais instituídos¹⁰ às micro e pequenas empresas, com a consequente manutenção do dispositivo editalício que assegura a seleção tão somente dessas sociedades para desempate em caso de igualdade de propostas entre as licitantes.

Também assiste razão à defesa da municipalidade ao defender a incidência do artigo § 2º do artigo 3º da Lei nº 8.666/93 na hipótese de empate das ofertas comerciais entre empresas de maior porte, não sujeitas às regras da Lei nº 123/06.

Permanecendo a igualdade, haverá a sucessiva aplicação do artigo 45, § 2º, da citada Lei de Licitações, consoante, aliás, expressamente nele disciplinado.

Ainda neste caso, verifica-se que, em não havendo micro e pequenas empresas na situação em testilha, mas permanecendo o empate real entre as demais empresas, serão adotados os critérios de desempate preconizados no artigo 3º, § 2º, da Lei n.º 8.666/1993, consoante teor do próprio subitem 8.12.2.2 do instrumento.

Ademais, como se extrai do artigo 45, § 2º, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos de 1993, somente *“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”*, o que deverá ser observado pela Administração por ocasião do processamento do certame, ante o teor do subitem 10.1 do ato de chamamento¹¹.



Poder Judiciário

**Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
2ª Vara Cível da Comarca de Santa Cruz do Sul**

20 – Na hipótese de empate de propostas comerciais apresentadas por ME e EPP com as demais licitantes constituídas por outras formas societárias, o sorteio presencial será realizado com a participação de todos os licitantes.

Fazendo um costurado exame conglobado das normas, modo sistemático, sem recortes, percebo em cognição sumária não ter sido respeitada a regra de preferência das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte para a definição do critério de desempate entre as licitantes no caso concreto.

Incontroverso, à luz dos documentos que escoltam o pergaminho inaugural, que somente a impetrante faz jus ao reconhecimento da preferência legal, pelo regime tributário adotado.

Aparentemente, o entendimento exposto pela Impetrada faz uma curva, desviando do espírito que fez emergir as regras protetoras às ME/EPP.

Mais que empate ficto - proposta apresentadas por ME/EPP superior em até 5% (cinco por cento) à proposta de menor valor - se está diante de inequívoca situação de empate real de propostas, pois as propostas empatadas em primeiro lugar já alcançaram o valor mínimo.

Exigir que a impetrante descesse desse piso - vedado pelo item 6.2 (taxa negativa) do edital - implicaria fazer letra morta do benefício legal conferido à microempresa ou à empresa de pequeno porte.

Ademais disso, é de ser colocada em posição cimeira a previsão especial da Lei Complementar nº 123/06, no artigo 44, arredando, no ponto, a geral disposição no artigo 45, §2º da Lei 8.666/93 (Lei das Licitações) - quanto ao sorteio como critério de desempate -, dispensando inclusive íntegro o texto do edital.

Pelo fio do exposto, **CONCEDO** a medida liminar ao efeito de determinar que a autoridade coatora suspenda da homologação do resultado do Edital de Pregão nº 158/2022 Processo nº 183/LIC/SEFAZ/2022, bem como eventual adjudicação dos direitos aos serviços contratação de empresa especializada na prestação de serviços de fornecimento mensal de VALE FEIRA, através de cartão eletrônico para servidores municipais à empresa administrativamente proclamada vencedora (Expertise Soluções Financeiras Ltda).

5018507-15.2022.8.21.0026

10030834490 .V12



IV – DOS PEDIDOS

Ante o exposto requer

Que seja **ANULADO A DECISÃO** que declarou vencedora, **M&S SERVICOS ADMINISTRATIVOS LTDA** devendo **ser convocado a melhor EPP seja DECLARADA VENCEDORA A EMPRESA ROM CARD ADMINISTRADORA DE CARTÕES LTDA**, que cumpriu com toda a legislação e ditames do instrumento **convocatório é A MELHOR EPP SORTEADA.**

Outrossim, sendo diverso o entendimento desta Comissão Especial de Licitação, seja o Recurso, juntamente com o dossiê do processo, remetido a autoridade superior competente, para análise e decisão final, segundo o art. 109, da Lei 8.666/93.

Não sendo esse entendimento, a empresa ROM CARD ADMINISTRADORA DE CARTÕES, resguarda seu Direito de buscar amparo legal junto ao Poder Judiciário de São Paulo.

Termos que
Pede deferimento