

A ILUSTRÍSSIMA COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO DA COMPANHIA MUNICIPAL DE HABITAÇÃO DE ARAUCÁRIA/PR

Ref.:

PREGÃO ELETRÔNICO Nº.: 001/2023

LE CARD ADMINISTRADORA DE CARTÕES LTDA, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF sob nº 19.207.352/0001-40, com sede na Rua Fortunato Ramos, nº 245, sala nº 905, Vitória/ES, CEP.: 29.056-020, com endereço eletrônico: ayrton.breda@lecard.com.br e telefone (27) 3024-8682, vem, respeitosamente como interessado no certame licitatório supracitado, propor a presente

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

Em face ao EDITAL do Pregão Eletrônico nº 001/2023, o que faz em razão dos fatos e fundamentos jurídicos adiante delineados:

01 - DOS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE:

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

Não obstante, o prazo para impugnar os termos do instrumento convocatório, conforme previsão do subitem 3.1, é de até **03 (três) dias úteis** antes da data designada para a abertura da sessão pública, programada para o dia 10/05/2023 às 09:00h. Ou seja, o prazo final encerra-se no dia 05/05/2023, razão pela qual tem-se por tempestiva à apresentação da presente impugnação.



Portanto, estão preenchidos os pressupostos de admissibilidade.

02 - DOS FATOS:

Trata-se de Edital que tem por objeto a Contratação de serviços de implantação, gerenciamento, administração, fiscalização, emissão, fornecimento e manutenção de cartão-refeição e cartão-alimentação, através de cartões magnéticos ou de tecnologia similar para os funcionários e diretores da COHAB, em conformidade com o disposto no Regulamento Interno de Licitações, Contratos e Convênios da Companhia, pelo período de 12 meses.

Pois bem.

Conforme apurado, o subitem 2.4 do Termo de Referência, menciona:

Os benefícios de créditos de refeição/alimentação serão fornecidos através de cartões eletrônicos, magnéticos ou de tecnologia similar, com sistema de controle de saldo e senha numérica pessoal e intransferível, para validação das transações eletrônicas, através de sua digitação em equipamento POS/PDV ou similar pelo usuário no ato da aquisição de gêneros alimentícios “in natura” e refeições prontas, através de estabelecimentos comerciais credenciados e aplicativos delivery.

Além do mais, os subitens 7.23 e 7.23.1 do edital estabelecem:

Em caso de empate real na taxa de administração proposta entre todos os participantes, e considerando a vedação de taxa negativa de acordo com item 6.9.2:

7.23.1. Havendo duas ou mais propostas empatadas entre as empresas assim enquadradas como microempresa, empresa de pequeno porte ou microempreendedor individual, haverá sorteio entre estas, não participando desse sorteio as empresas que não estejam enquadradas nessas categorias. O sorteio será transmitido ao vivo pela plataforma Zoom, cujo link da reunião será encaminhado durante a sessão do Pregão no chat do sistema Compras.gov.br para que todos os interessados possam acompanhar. Para operacionalizar o sorteio, será utilizado aplicativo eletrônico, onde serão cadastrados, durante referida sessão, os nomes de



todas as empresas elegíveis, sendo considerada classificada em primeiro lugar a empresa sorteada;

03- DO MÉRITO

03.01 - DO DELIVERY

A exigência de delivery neste caso, embora propicie o pagamento virtual em suas plataformas oferecendo ao usuário mais conveniência e conforto, com redução do tempo de espera e rapidez na entrega da refeição e produtos alimentícios, visto que o pagamento poderá ser realizado através do próprio aplicativo de delivery ou página de internet, sem a necessidade do emprego do cartão físico, não deve ser algo escolhido a luz da mera discricionariedade do gestor público.

Isso porque não há justificativa que motive a administração pública exigir do licitante convenio em página e por aplicativo.

Ademais, **seria insustentável 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 denexo 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.

Nesse sentido, o art. 37, inciso XXI da CF/88 estabelece:

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

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

Corroborado com o dispositivo acima, a Lei nº 8.666/93, exige que o agente público se abstenha de praticar atos contrários aos princípios básicos do processo licitatório e a competitividade do certame. *Verbis:*

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;

Portanto, em conformidade ao exposto, foram rechaçadas as justificativas apresentadas pelo órgão no que tange a exigência de delivery, de modo que fica constatado que além de não ser algo relevante para a execução do contrato, também é uma exigência que possui indícios fortes de direcionamento do certame.

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

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

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

[...]

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

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;

Ocorre que, os subitens 7.23 e 7.23.1 do Edital possuem previsão de direito de preferência nos casos de empate real, ou seja, quando todos os licitantes apresentarem proposta com igual valor, não sendo possível ofertar melhor preço.

O legislador ao utilizar o termo “proposta” de modo genérico, tende a induzir em erro o intérprete da legislação, haja vista que “proposta” e “lance” são termos distintos e ocorrem em momentos diferentes do certame.

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

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

[...]

VI - no dia, hora e local designados, será realizada sessão pública para recebimento das propostas, devendo o interessado, ou seu representante, identificar-se e, se for o caso, comprovar a existência dos necessários poderes para formulação de



propostas e para a prática de todos os demais atos inerentes ao certame;

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

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

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

[...]

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

Corroborado ao exposto acima, os artigos 44 e 45, inciso I da Lei Complementar nº 123/06, prevê situação idêntica com relação ao direito de preferência às ME/EPP, vejamos:

Art. 44. Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.

§ 1º Entende-se por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada.

§ 2º Na modalidade de pregão, o intervalo percentual estabelecido no § 1º deste artigo será de até 5% (cinco por cento) superior ao melhor preço.



Art. 45. Para efeito do disposto no art. 44 desta Lei Complementar, ocorrendo o empate, proceder-se-á da seguinte forma:

I - A microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada poderá apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame, situação em que será adjudicado em seu favor o objeto licitado;

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

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

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

No caso concreto o edital prevê nos subitens 7.23 e 7.23.1 do edital, que é vedado a apresentação de percentuais negativos, de modo que para o exercício do direito de preferência a ME e/ou EPP terá que apresentar uma proposta melhor do que as já apresentadas. Dessa forma, não se pode aplicar as hipóteses de preferências contidas na LC 123/06, senão sempre será vencedora uma ME/EPP.

Isto é, em razão da proibição de apresentação de taxa negativa ocorrerá o empate na taxa mínima admitida de 0% (zero por cento), impossibilitando a apresentação de proposta de valor inferior pelas ME/EPP.



Nesse sentido, todas as propostas serão apresentadas com a mesma taxa (0%), e embora zero seja considerado um número, este representa ausência de valor, de modo que qualquer número multiplicado por ele resulta em zero.

Deste modo, não haverá empate ficto pelo fato de não ser possível encontrar um resultado para verificar se a proposta seguinte estaria ou não dentro do limite previsto no art. 44, §2º da Lei complementar 123/06.

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

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

04 – 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 este d. Sr. Pregoeiro da Comissão Permanente de Licitação, exercendo o juízo de mérito e de retratação, conforme prescreve o Art. 41 da Lei 8.666/93, para:

4.1) Retirar a exigência de delivery prevista no subitem 2.4 do Termo de Referência, é demonstrado que tal medida não é imprescindível à adequada execução do objeto, bem como a exigência é deseparada de justificativa técnica;



4.2) Requer ainda que seja retificado os subitens 7.23 e 7.23.1 do edital por serem ilegais e ferirem a isonomia dos licitantes. Assim, ante a caracterização de EMPATE REAL, para que seja conferido legalidade e isonomia, deve-se aplicar o previsto nos art. 3º, §2º e 45, §2º, ambos da Lei nº 8.666/93;

4.3) 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.

Nesses termos,
Pede Deferimento.

Vitória/ES, 27 de abril de 2023.

AYRTON LUCAS BRÊDA COLATTO
ASSISTENTE JURÍDICO

