A ILUSTRÍSSIMA COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO DA FUNDAÇÃO ESTADUAL DE SAÚDE DE SERGIPE – FUNESA/SE

Ref.:
PREGÃO ELETRÔNICO Nº.: 19/2023

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

Em face ao EDITAL do Pregão Eletrônico nº 19/2023, o que faz em razão dos fatos e fundamentos jurídicos adiante delineados:

1 - 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 legitima para impugnar os termos do Edital de licitação.

Não obstante, o prazo para impugnar os termos do instrumento convocatório, conforme previsão do subitem 3.2, é de até 3 (três) dias úteis antes da data fixada para abertura da sessão pública que ocorrerá no dia 19/06/2023, às 09h, razão pela qual tem-se por tempestiva à apresentação da presente impugnação.

Portanto, estão preenchidos os pressupostos de admissibilidade.

2 - DOS FATOS:

Trata-se de Edital que tem por objeto a contratação de empresa especializada para prestação de serviços continuado de administração, gerenciamento emissão e Fornecimento de Vale Alimentação por meio de cartão eletrônico com chip contemplando carga e recargas mensais destinados aos funcionários da FUNESA, conforme especificações constantes no Anexo I, Termo de Referência.

Pois bem.

Conforme apurado, o subitem 9.25.1 do Edital menciona:

> *Caso ocorra empate real entre duas ou mais licitantes e uma delas seja ME ou EPP o objeto será considerado arrematado pela respectiva ME ou EPP em decorrência de preferência expressa prevista na Lei nº 123/06.*

3- DO MÉRITO

3.1 – 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, o subitem 9.25.1 do Edital possui 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 no subitem 2.4 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 0,00% (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.

4 – DOS PEDIDOS E REQUERIMENTOS

Isto posto e preenchidos os requisitos legais, PUGNA A PETICIONANTE pelo recebimento da presente impugnação para que seja processada e julgada por 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) Requerer que seja retificado o subitem 9.25.1 do Edital por ser ilegal e ferir 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;

4.2) Caso não entenda pela retificação 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, 06 de junho de 2023.

Ayrton Lucas Brêda Colatto
Assistente Jurídico

Le Card Administradora de Cartões Ltda
CNPJ: 19.207.352/0001-40
Matriz: Rua Fortunato Ramos, 245/sala 905, Santa Lúcia, Vitória/ES, CEP 29.056-020,
Telefone: (27) 2233-2000 | E-mail: licitacao@lecard.com.br