ILUSTRÍSSIMO PREGOEIRO DA FUNDAÇÃO ESTADUAL DE SAÚDE – FUNESA, SENHOR GERALDO MENEZES DOS SANTOS.

EDITAL PREGÃO ELETRÔNICO N.º 19/2023

GREEN CARD S/A REFEIÇÕES, COMÉRCIO E SERVIÇOS, com sede na Av. Carlos Gomes, 466 – 9º andar – Boa Vista - CEP: 90480-000, na cidade de Porto Alegre/RS, cadastrada no CNPJ sob nº 92.559.830/0001-71, telefone: (051) 3226-8999, vem, por meio da procuradora ao final nominada, conforme documentos anexos, eis que tem interesse em participar do processo licitatório supracitado, de acordo com a Lei nº 8.666/93 e 10.520/02, apresentar **IMPUGNAÇÃO** perante critério que inibe a participação de empresas não constituídas por determinado regime jurídico, suscitando para tanto as razões a seguir deduzidas:

I – QUANTO À MOTIVAÇÃO:

De início, importante mencionar que a empresa impugnante possui experiência de mais de 30 (trinta) anos no segmento de benefícios alimentação e refeição, sendo que está presente em todos os Estados e Capitais do País. Assim, deseja participar da Pregão Eletrônico nº 19/2023 e acredita que tem total capacidade para atender, com excelência, o que desejado pela Fundação Estadual de Saúde – FUNESA. Ocorre que, **NO EDITAL CONSTA ITEM QUE VEDA DE FORMA EXPRESSA A PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS NÃO CONSTITUÍDAS COMO MICROEMPRESA OU EMPRESA DE PEQUENO PORTE, O QUE FERE A ISONOMIA ENTRE OS LICITANTES!**

Assim, justo consignar que o empate entre as propostas já é esperado, considerando que o edital do certame veda a oferta de taxas de administração em percentual negativo, o que impedirá a etapa de lances. Ora, **evidente que todas as empresas interessadas irão ofertar taxa de administração em zero por cento, o que já vem ocorrendo em inúmeros outros processos licitatórios de mesmo objeto**. Portanto, estará consignado o **EMPATE REAL**. Porém, equivocadamente, **NO CASO DE EMPATE REAL O EDITAL INFORMA QUE SERÁ CONCEDIDO - DE FORMA DIRETA - PREFERÊNCIA ÀS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE, entendimento que não se sustenta se analisarmos a legislação específica sobre o tema.** Ora, segundo entendimento do Egrégio Tribunal de Contas da União os benefícios previstos na Lei Complementar nº 123/2006 - relacionados ao estabelecimento de situações de exclusividade ou de preferência em favor das ME/EPP - estão expressos na legislação:

1) ocorrência de empate ficto;

2) licitação exclusiva para ME/EPP nos itens/lotes de valor até R$ 80 mil (benefício tipo I);

3) exigência de subcontratação de ME/EPP (benefício tipo II);

4) cota reservada de até 25% dos bens de natureza divisível (benefício tipo III ou cota reservada);

5) e prioridade de contratação de ME/EPP sediadas local ou regionalmente.

Green Card S/A Refeições, Comércio e Serviços
Av Carlos Gomes, 466 – 9º andar – Boa Vista – Porto Alegre – RS – CEP: 90480-000
F.: (51) 3226.8999 | www.grupogreencard.com.br

Assim, considerando que, com base na vedação do edital de oferta de taxas de administração em percentual negativo, bem como pelo que está sendo praticado em licitações de mesmo objeto, é certa a ocorrência de **EMPATE REAL. COM ISSO, FICA CLARO QUE O BENEFÍCIO DA LC N. 123/2006 NÃO PODERÁ SER APLICADO NO PRESENTE CERTAME!!**

Sendo assim, evidente que estamos diante de impedimento que afronta o **PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA ENTRE OS LICITANTES**. Portanto, impende que o edital seja alterado, de modo a evitar qualquer tipo de favorecimento e/ou restrição à concorrência, o que vai de encontro aos Princípios Administrativos e Constitucionais, em especial o da **COMPETITIVIDADE** e **IGUALDADE**.

II – DA NECESSIDADE DE ALTERAÇÃO DO SUBITEM 9.25 DO ITEM 9 DO EDITAL:

Prezado Senhor Pregoeiro, conforme mencionamos acima, o edital contém ITEM QUE ESTÁ EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA, BEM COMO COM O PRINCÍPIO DA AMPLA CONCORRÊNCIA, PREVISTO NA LEI Nº 8.666/93. Justo consignar que, analisando o edital impugnado reconhecemos que ele foi elaborado de forma competente pela equipe técnica da FUNESA, em que pese consta previsão de **PREFERÊNCIA DIRETA às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte**, o que está em desacordo com as regras de aplicação das preferências inseridas na Lei Complementar nº 123/06.

Ora, considerando que o edital do certame, acertadamente, veda a oferta de taxas de administração em percentual negativo, cediço que as empresas interessadas apresentarão proposta em percentual de zero por cento (0,00%), o que deixará todas as empresas participantes em situação de empate (**EMPATE REAL**). Ocorre que, nesse caso, o edital, indevidamente, concede **preferência direta para as Microempresas e Empresas de Pequeno Porte**. Veja-se:

> *"9.25. DO EMPATE REAL*
>
> *9.25.1. 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.*
>
> *9.25.2. Na situação de empate real, caso tenham mais do que uma ME ou EPP, serão aplicados os critérios de desempate entre elas previstos no item 9.26.*
>
> *9.25.3. Caso não tenham ME ou EPP, serão aplicados os critérios de desempate previstos no item 9.26 entre todas as licitantes que estejam em situação de empate real."*

Com isso, ao indicar como critério de desempate a preferência de contratação direta para as Microempresas e Empresas de Pequeno Porte **O EDITAL DO CERTAME ESTÁ INDICANDO QUE AS DEMAIS**

Green Card S/A Refeições, Comércio e Serviços
Av Carlos Gomes, 466 – 9º andar – Boa Vista – Porto Alegre – RS – CEP: 90480-000
F.: (51) 3226.8999 | www.grupogreencard.com.br

EMPRESAS INTERESSADAS NÃO TERÃO POSSIBILIDADE REAL DE PARTICIPAÇÃO NO CERTAME, EM TOTAL AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E CONCORRÊNCIA.

FRISA-SE QUE NÃO É ESSE O ***OBJETIVO DA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/2006****! A INTENÇÃO DO LEGISLADOR AO PUBLICAR A REFERIDA LEI É QUE A* ***PREFERÊNCIA SEJA CONCEDIDA MEDIANTE A APLICAÇÃO DOS CRITÉRIOS MENCIONADOS NA PRÓPRIA LEI – ESPECIALMENTE A OFERTA DE LANCES QUE SE SOBREPÕE AO LANCE DA EMPRESA VENCEDORA – EMPATE FICTO****. O QUE,* ***NO CASO PRESENTE, NÃO SERÁ POSSÍVEL EM FUNÇÃO DO EMPATE REAL ENTRE AS PROPOSTAS!***

Ora, desde já se tem conhecimento de que haverá EMPATE REAL entre as propostas, considerando a vedação de oferta de taxas de administração em percentual negativo, conforme subitem 8.1 "*CRITÉRIO DE SELEÇÃO: 8.1 O critério de seleção será o de menor valor de taxa administrativa. Vedada a cotação de Taxa Administrativa Negativa."* SENDO ASSIM, COM A REDAÇÃO ATUAL DO EDITAL, SOMENTE EMPRESAS QUE SE ENQUADRAM NA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/06 TERÃO INTERESSE DE PARTICIPAR DO CERTAME.

Contudo, a impugnante entende que o benefício previsto na Lei Complementar nº 123/06 não pode ser utilizado como proposto pelo edital, isso porque, além de desconsiderar os Princípios Administrativos/Constitucionais, o que dispõe a Lei nº 8.666/93, não está considerando os critérios que a própria Lei Complementar nº 123/06 prevê para que seja concedida a preferência às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte. **OBSERVA-SE QUE, AO COLOCAR AS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE EM PATAMAR DE SUPERIORIDADE, AS DEMAIS EMPRESAS SERÃO PREJUDICADAS DE FORMA CLARA, EIS QUE NÃO HAVERÁ POSSIBILIDADE REAL DE PARTICIPAÇÃO NO CERTAME!**

Nesse sentido, justo consignar que **o benefício da Lei Complementar nº 123/06 concedido às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte não pode ser aplicado no caso presente, sob pena de afronta direta ao PRINCÍPIO DA AMPLA CONCORRÊNCIA!**

No plano infraconstitucional, a Lei Complementar n. 123/2006 instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa (ME) e da Empresa de Pequeno Porte (EPP) , prevendo, dentre outros incentivos, a possibilidade do "empate ficto" em licitações:

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

Green Card S/A Refeições, Comércio e Serviços
Av Carlos Gomes, 466 – 9º andar – Boa Vista – Porto Alegre – RS – CEP: 90480-000
F.: (51) 3226.8999 | www.grupogreencard.com.br

§ 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.
Ocorrendo o empate (art. 45) :
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;
II - não ocorrendo a contratação da microempresa ou empresa de pequeno porte, na forma do inciso I do caput deste artigo, serão convocadas as remanescentes que porventura se enquadrem na hipótese dos§§ 1o e 2o do art. 44 desta Lei Complementar, na ordem classificatória, para o exercício do mesmo direito;
III - no caso de equivalência dos valores apresentados pelas microempresas e empresas de pequeno porte que se encontrem nos intervalos estabelecidos nos §§ 1o e 2o do art. 44 desta Lei Complementar, será realizado sorteio entre elas para que se identifique aquela que primeiro poderá apresentar melhor oferta."

Frisa-se que a Lei Complementar nº 123 impõe uma regra específica para que seja aplicada a preferência de contratação. **ESSA REGRA NÃO PODE SER IGNORADA**:

*"§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".*

OU SEJA, UMA "CHANCE A MAIS" PARA A ME/EPP APRESENTAR PROPOSTA MAIS VANTAJOSA AO PODER PÚBLICO. EM NENHUM MOMENTO A REFERIDA LEI COMPLEMENTAR ESTABELECE UMA PREFERÊNCIA PELA SIMPLES RAZÃO DE SER ME/EPP! O empate ficto, portanto, permite um direito complementar às microempresas de cobrirem o menor lance do certame, há interesse público de que esse benefício seja utilizado dentro dos seus limites e objetivos: estimular as micro e pequenas empresas. Esse tratamento diferenciado e favorecido às empresas que tenham receita bruta anual até R$ 3.600.000,00 se justifica pela sua importância econômica e social.

Veja-se julgado proferido pelo EGRÉGIO TRIBUNAL DE CONTAS DAS UNIÃO SOBRE O TEMA:

"***Por ser uma exceção à regra geral, a preferência só deve ser aplicada quando satisfeitos os seus pressupostos**. Nesse sentido, José dos Santos Carvalho Filho aduz (Manual de Direito Administrativo, 26a ed. - São Paulo: Atlas, 2013. p. 318):*
*[...]" Contudo, reiteramos aqui o que consignamos em momento anterior: **o tratamento diferenciado e favorecido previsto no artigo 179 da CF reflete hipótese de exceção quando confrontado com o art. 37, XXI, da CF, que consagra o princípio da***

Green Card S/A Refeições, Comércio e Serviços
Av Carlos Gomes, 466 – 9º andar – Boa Vista – Porto Alegre – RS – CEP: 90480-000
F.: (51) 3226.8999 | www.grupogreencard.com.br

***igualdade entre os licitantes**. Por conseguinte, a exceção sobreleva à norma geral, mas, por outro lado, deverá limitar-se aos pressupostos nela enunciados.*

***Não se justifica conferir tratamento diferenciado e mais benéfico a uma empresa, ainda que se declare de pequeno porte, se o benefício não é necessário, pois, nesse caso, OFENDE-SE A ISONOMIA ENTRE OS LICITANTES (art. 37, inciso XXI, da CF/1988) .** Vale destacar que, segundo a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, na aplicação da lei, o juiz deve atender aos fins sociais a que ela se dirige (art. 5º). Há previsão semelhante no artigo 8º, do Novo Código de Processo Civil, de aplicação subsidiária nos processos do TCU, por força do artigo 298, do Regimento Interno/TCU." (grifei).*

Giza-se que a preferência às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte decorre de uma norma e não um princípio. Assim deve submeter-se aos PRINCÍPIOS DA VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA, ISONOMIA E COMPETITIVIDADE. Eventual interpretação de que a preferência é um mero critério de desempate está equivocada e acarreta a subversão do sistema axiológico, transformando-se a norma em princípio que, de qualquer forma, não pode ser colocado em patamar de superioridade aos demais Princípios.

ASSIM, SALIENTA-SE QUE A REGRA ACIMA NÃO PODERÁ SER APLICADA NO CASO PRESENTE DIANTE DA IMPOSSIBILIDADE DE OCORRER A ETAPA DE LANCES! Ou seja, a interpretação acerca do benefício previsto na Lei Complementar nº 123/06 dada pela equipe técnica da Municipalidade está incorreta.

Frisa-se, ademais, que os critérios de desempate que devem ser utilizados no caso de empate real (empate entre as propostas sem possibilidade de lances) estão previstos na lei Nº 8.666/93:

"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.
[...]
§ 2o Em igualdade de condições, como critério de desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços:
~~I – revogado;~~
II - produzidos no País;
III - produzidos ou prestados por empresas brasileiras.
IV - produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País.
V - produzidos ou prestados por empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social e que atendam às regras de acessibilidade previstas na legislação."

Green Card S/A Refeições, Comércio e Serviços
Av Carlos Gomes, 466 – 9º andar – Boa Vista – Porto Alegre – RS – CEP: 90480-000
F.: (51) 3226.8999 | www.grupogreencard.com.br

Ou seja, o sorteio deverá ser realizado somente após a análise dos critérios de desempate elencados acima e permanecendo interessadas em situação de empate, isso conforme parágrafo 2º do artigo 45:

> *"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.*
> *[...]*
> *§ 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." (grifei).*

Pelo exposto, considerando que o critério de desempate constante no edital do certame (utilização direta da Lei Complementar nº 123/06) veda a participação de empresas não constituídas na forma de Microempresa e/ou Empresa de Pequeno Porte, fica claro a segregação e, consequentemente, a afronta ao PRINCÍPIO DA AMPLA CONCORRÊNCIA E PRINCÍPIO DA ISONOMIA, o que não deve permanecer.

III - DO PODER-DEVER DA AUTORIDADE PÚBLICA DE DESFAZER SEUS ATOS:

Sabe-se que é dever dos Administradores desfazer seus atos quando considerados excessivos, ou mesmo em atendimento ao motivo conveniência e oportunidade. Nesse sentido a Súmula nº 473 do STF - Supremo Tribunal Federal:

> *"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 e oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial". (grifei).*

Por outro lado, a liberdade de ação administrativa está pautada pela Discricionariedade, que "é *a liberdade de ação administrativa, dentro dos limites permitidos em lei, ou seja, a lei deixa certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto, de tal modo que a autoridade poderá optar por uma dentre várias soluções possíveis, todas, porém, válidas perante o direito*". Portanto, em que pese pelo Princípio da Discricionariedade ao Gestor é permitido a definição de critérios mínimos necessários para atendimento do objeto licitado, o critério de desempate previsto está efetivamente selecionando as empresas que poderão prestar os serviços à municipalidade o que não deve ser mantido. Frisa-se que não é esse o objetivo da Lei Complementar nº 123/06.

É o que se espera no presente caso, que a Fundação Estadual de Saúde embasada pelas justificativas aqui elencadas, altere o critério de desempate previsto no edital impugnado, sob pena de suspensão do certame pela Corte de Contas.

Green Card S/A Refeições, Comércio e Serviços
Av Carlos Gomes, 466 – 9º andar – Boa Vista – Porto Alegre – RS – CEP: 90480-000
F.: (51) 3226.8999 | www.grupogreencard.com.br

IV - DO REQUERIMENTO:

Por todo o exposto, respeitosamente, **REQUER**:

- *Seja retificado o edital do Pregão Eletrônico nº 19/2023, sendo suprimidos os subitens 9.25.1, 9.25.2, 9.25.3 todos do item 9.25 (do empate real), devendo, ainda, ser alterado o item 9.26, incluído um item que indique que o desempate será realizado com base no §2º do artigo 3º da Lei nº 8.666/93 e, após, se necessário, aplicado o sorteio, isso em respeito aos princípios licitatórios, em especial o PRINCÍPIO DA LEGALIDADE, DA ISONOMIA E AMPLA CONCORRÊNCIA;*

- *Requer, ainda, expressa manifestação sobre todos os pontos abordados na presente impugnação, em respeito ao Princípio do Contraditório e Ampla Defesa.*

Nestes termos, pede e espera Deferimento.

Porto Alegre, 14 de junho de 2023.

FRANCIELLA SIMAO

Assinado de forma digital por FRANCIELLA SIMAO
DN: c=BR, o=ICP-Brasil, ou=AC OAB, ou=10869080000170, ou=Presencial, ou=Assinatura Tipo A3, ou=ADVOGADO, cn=FRANCIELLA SIMAO
Dados: 2023.06.14 16:36:29 -03'00'

GREEN CARD S/A REFEIÇÕES, COMÉRCIO E SERVIÇOS

Green Card S/A Refeições, Comércio e Serviços
Av Carlos Gomes, 466 – 9º andar – Boa Vista – Porto Alegre – RS – CEP: 90480-000
F.: (51) 3226.8999 | www.grupogreencard.com.br