RESPOSTA A RECURSO ADMINISTRATIVO

Termo: Decisório
Pregão Eletrônico: 006/2023
Processo administrativo: 1767462/2023
Assunto: Recurso administrativo
Objeto: O objeto da presente licitação é a escolha da proposta mais vantajosa para a Contratação de empresa administradora de Vales refeição/alimentação e Cartão combustível em cartões eletrônicos, visando atender às necessidades institucionais, conforme condições e exigências estabelecidas neste Edital e seus anexos.
Recorrente: UP Brasil Administração e Serviços LTDA
CNPJ: 02.959.392/0001-46
Recorrido: Pregoeiro

1. PREÂMBULO

Conforme sessão de julgamento, iniciada às 10:00 (horário de Brasília) do dia 15 de setembro de 2023, reuniram-se o Pregoeiro oficial deste Órgão e respectivos membros da equipe de contratação, em atendimento às disposições contidas na Lei 14.133/21, para realizar os procedimentos relativos ao Pregão Eletrônico n° 006/2023.

A licitação iniciou-se com as seguintes licitantes MAXXCARD ADMINISTRADORA DE CARTOES LTDA, VEROCHEQUE REFEIÇÕES LTDA EPP, PERSONAL NET TECNOLOGIA DE INFORMACAO LTDA, NUTRICASH SERVICOS LTDA, UP BRASIL ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS LTDA e BIQ BENEFICIOS LTDA, para o ITEM I – Vale refeição e alimentação, com todas propostas iguais a 0,01%. Ao final da sessão, o sistema Comprasgov realizou o sorteio entre as participantes e deu o benefício para as empresas ME/EPP.

2. DAS RAZOES DO RECURSO

A empresa **UP BRASIL ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS LTDA** alega que foi prejudicada na realização do sorteio realizado pelo sistema do comprasgov, que aplicou a Lei nº 123/06, alegando que quando há empate real as empresas ME/EPP não tem o benefício da referida Lei complementar.

As alegações trazidas pela empresa são as seguintes:

> ***DA INOBSERVÂNCIA DOS CRITÉRIOS PARA DESEMPATE DAS PROPOSTAS E DA INCORRETA APLICAÇÃO DO DIREITO DE PREFERÊNCIA***
>
> Em havendo identidade dos preços ofertados entre as proponentes, o art. 60 da Lei nº 14.133/21 preconiza que deverão ser aplicados os critérios arrolados em seus incisos, os quais buscam traçar parâmetros objetivos para identificar qual proponente – dentre as propostas empatadas – apresenta melhor histórico na prestação dos serviços e que possua políticas empresariais atuais voltadas ao segmento corporativo contemporâneo, a saber:
>
> ***"Art. 60. Em caso de empate entre duas ou mais propostas, serão utilizados os seguintes critérios de desempate, nesta ordem:***
> **I - disputa final, hipótese em que os licitantes empatados poderão apresentar nova proposta em ato** *contínuo à classificação;*

II - avaliação do desempenho contratual prévio dos licitantes, para a qual deverão preferencialmente ser
utilizados registros cadastrais para efeito de atesto de cumprimento de obrigações previstos nesta Lei;
III - desenvolvimento pelo licitante de ações de equidade entre homens e mulheres no ambiente de trabalho, conforme regulamento; IV - desenvolvimento pelo licitante de programa de integridade, conforme orientações dos órgãos de controle;
§ 1º Em igualdade de condições, se não houver desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços produzidos ou prestados por:
I - empresas estabelecidas no território do Estado ou do Distrito Federal do órgão ou entidade da Administração Pública estadual ou distrital licitante ou, no caso de licitação realizada por órgão ou entidade de Município, no território do Estado em que este se localize;
II - empresas brasileiras;
III - empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País;
IV - empresas que comprovem a prática de mitigação, nos termos da Lei nº 12.187, de 29 de dezembro de 2009."

Com efeito, a norma em questão enumera vários critérios para nortear o agente público a promover, de forma justa e equânime, o desempate entre as propostas, tanto que possibilita (1) a realização de disputa
final *(quando não houver preço referencial mínimo)*; (2) a avaliação de desempenho contratual prévio; (3) apurar ações de equidade; (4) verificar programa de integridade; (5) identificar se a empresa é estabelecida no Estado na execução dos serviços ou no Distrito Federal; (6) constatar se a empresa é brasileira; (7) conferir se há investimento em pesquisa e desenvolvimento tecnológico; e (8) conferir se há a implementação de práticas de mitigação.

O Edital, por sua vez, faz alusão a tal regramento, já que o seu Subitem 5.20.1 do Edital é cristalino ao estabelecer que, na ocorrência de haver empate entre as propostas, o critério para promover o desempate será justamente aquele disciplinado no art. 60 da Lei nº 14.133/21:

"5.20.1. Havendo eventual empate entre propostas ou lances, o critério de desempate será aquele previsto no art. 60 da Lei n° 14.133, de 2021, nesta ordem:
5.20.1.1. Disputa final, hipótese em que os licitantes empatados poderão apresentar nova proposta em ato contínuo à classificação;
5.20.1.2. Avaliação do desempenho contratual prévio dos licitantes, para a qual deverão preferencialmente ser utilizados registros cadastrais para efeito de atesto de cumprimento de obrigações previstos nesta Lei;
5.20.1.3. Desenvolvimento pelo licitante de ações de equidade entre homens e mulheres no ambiente de
trabalho, conforme regulamento;
5.20.1.4. Desenvolvimento pelo licitante de programa de integridade, conforme orientações dos órgãos de controle."

Rua Hélio Marconi, 58 - Bento Ferreira | 29.050-690 - Vitória/ES | Telefone: (27) 3224-4850
www.caues.gov.br

Assim, tendo em vista que a **MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.108/22** (que foi convertida na **LEI Nº 14.442/22**) e o **DECRETO Nº 10.854/21** não autorizam o oferecimento de taxa de administração com percentual negativo, como bem observado no próprio Edital *(Subitem 3.16)*, chega-se à conclusão de que a proposta mínima possível de ser ofertada é a de 0,00%, cujo valor, inclusive, não gera nenhum gasto excedente para o órgão contratante.

Ocorre, no entanto, que a vantagem (direito de preferência) pela qual gozam as ME e EPP, nos termos da **Lei Complementar nº 123/06**, tem aplicação para situações de **empate ficto**, ou seja, quando as propostas
apresentadas por microempresa ou empresa de pequeno porte sejam iguais ou até 5% (cinco por cento) superior à proposta mais bem classificada.

Já no caso do **PREGÃO ELETRÔNICO Nº 006/2023** a circunstância foi outra, pois não houve empate ficto das propostas com possibilidade de ser ofertados novos lances, já que todas as proponentes atingiram a oferta de menor preço (0,00%) permitido pelo Edital, de modo que não havia mais margem para novos e menores lances.

Atente-se, aliás, que o **Subitem 5.19.2 do Edital** faz alusão ao critério de preferência para as ME e EPP apenas quando ainda há a possibilidade (margem) para que elas ofertem menores lances, tanto que, nessa ocorrência, serão elas convocadas a **encaminhar uma última oferta para desempate, obrigatoriamente em valor inferior ao da primeira colocada.**

Entendimento contrário, inevitavelmente configuraria desvirtuamento e abuso da **Lei Complementar nº 123/06**, pois beneficiaria despropositadamente apenas as ME e EPP, uma vez que elas não poderiam ter preferência se o menor preço referencial do certame já fora obtido *(taxa de administração 0,00%)* e sem possibilidade de serem ofertados novos e menores valores.

Nesse contexto, resta incontroverso de que a **Lei Complementar nº 123/06** não incide no presente caso, já que durante a sessão não era possível as licitantes EPP/ME cobrirem a menor proposta porque o valor referencial mínimo previsto no instrumento convocatório *(taxa de administração 0,00%)* já havia sido atingido por todas as participantes.

Aliás, essa matéria já foi submetida à apreciação do Poder Judiciário no âmbito de um mandado de segurança ***(Comarca de Andradina-SP – Processo nº 1005308-59.2022.8.26.0024)*** que abordava idêntica
situação fática da presente situação, no qual ficou incontroverso em não se admitir o direito de preferência para ME e EPP quando na disputa de lances não for mais possível ofertar preço inferior ao das propostas empatadas, sendo inquestionável que nessa hipótese não se aplicam os **art. 44 e art. 45 da Lei Complementar nº 123/06**, seguindo abaixo o excerto da mencionada decisão.

Solidificando ainda mais tal consenso, convém compartilhar que no âmbito dos **Tribunais de Contas**, a matéria é abordada da mesma forma, a exemplo de caso análogo ao presente julgado pelo **TCE-RS** – *REP 19/00021401* – que determinou liminarmente a paralisação do procedimento licitatório promovido pelo Município de Ipuaçu, nos seguintes termos:

Rua Hélio Marconi, 58 - Bento Ferreira | 29.050-690 - Vitória/ES | Telefone: (27) 3224-4850
www.caues.gov.br

"REP 19/00021401 Relatório de Instrução (doc. 01):
Nesse diapasão, constata-se que, ***quando o objeto licitatório for a contratação de fornecimento de vale***
alimentação, e o edital prever a proibição de apresentação de taxa negativa, não se pode aplicar as hipóteses de preferências contidas na LC 123/06, senão sempre será vencedora uma empresa EPP e EPP*.*
Com a 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 e EPP.

Assim, ***conclui-se que, no caso de proibição de apresentação de taxa de administração negativa, o sorteio deverá ocorrer entre todas as empresas licitantes, não se aplicando as regras da LC 123/06, sob pena de violação da isonomia e da competitividade do certame.***

3. DO PEDIDO

Diante do exposto, requer-se seja dado **PROVIMENTO** ao presente recurso interposto por UP BRASIL ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS LTDA para **ANULAR** a decisão do pregoeiro que conferiu a irregular vitória do certame para a licitante **MAXXCARD ADMINISTRADORA DE CARTOES LTDA** para proceder o desempate entre as propostas de idêntico valor e, em última análise, promover o sorteio entre todas as proponentes, exatamente nos termos do que preconiza o Subitem 3.16 do Edital, para desempate das propostas.

4. DA CONTRARRAZÃO

Aberto o prazo para contrarrazões, a empresa MAXXCARD ADMINISTRADORA DE CARTÕES LTDA, apresentou as suas alegações conforme abaixo:

Inicialmente, vale destacar o item 5 do edital em epígrafe, tal item descreve sobre "DA ABERTURA DA SESSÃO, CLASSIFICAÇÃO DAS PROPOSTAS E FORMULAÇÃO DE LANCES", devemos ter atenção ainda mais aos subitens 5.19 e seguintes, considerando que são esses que tratam quanto a fundamentação da Lei Complementar 123/2006, trazendo com ele a preferência e o benefício para as empresas de pequeno porte e microempresas.

O edital é cristalino ao explicar que o critério de desempate inicia-se com a análise daquelas empresas que são EPP ou ME e sucessivamente seria utilizados os critérios do art. 60 da Lei nº 14.133/2021.

Na oportunidade vale ressaltar que ao habilitar uma empresa todas as fornecedoras estão declarando ciência e concordância com aquilo que vem sendo exposto e explanado ao longo do Edital, no caso em tela, todas as empresas antes mesmo de se habilitarem tiveram o conhecimento de que tal benefício seria aplicado, assim como tiveram prazos legais para impugnar ou solicitar esclarecimento ao órgão.

Como se vê, o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, ao mesmo tempo em que privilegia a transparência do certame, garantindo a plena observância dos princípios da igualdade, impessoalidade, publicidade, moralidade e probidade administrativa, preceitua que o julgamento

Rua Hélio Marconi, 58 - Bento Ferreira | 29.050-690 - Vitória/ES | Telefone: (27) 3224-4850
www.caues.gov.br

das propostas seja o mais objetivo possível, nos exatos termos das regras previamente estipuladas pelo edital.

Ou seja, uma vez que foi predeterminado no Edital que o critério de desempate seria a aplicação da preferência de contratação de Microempresas – ME e Empresas de Pequeno Porte – EPP, assim foi feito acertadamente pela comissão de licitação.

Demais disso, as Orientações e Jurisprudência do Tribunal de Contas da União sobre Licitações e Contratos são bastante elucidativas no que se refere a necessidade de vinculação nãos só do certame, mas também do próprio contrato e sua execução ao instrumento convocatório.

No caso em tela, a Recorrente, citou: "Ocorre, no entanto, que a vantagem (direito de preferência) pela qual gozam as ME e EPP, nos termos da Lei Complementar nº 123/06, tem aplicação para situações de empate ficto, ou seja, quando as propostas apresentadas por microempresa ou empresa de pequeno porte sejam iguais ou até 5% (cinco por cento) superior à proposta mais bem classificada".

Com a devida vênia, a empresa recorrente tenta levar o Pregoeiro e sua equipe de apoio ao erro, fazendo um verdadeiro contorcionismo interpretativo da legislação a fim de mudar as regras do presente certame após um resultado a ela desfavorável.

Uma vez que o edital trouxe a Lei Complementar 123/2006 e a Lei Federal 14.133/2021, como complementar uma da outra, ou seja, em momento algum houve violação ao princípio da legalidade, bem como todos os outros princípios e instrumentos normativos foram devidamente respeitados.

Diante de todo o exposto, requer que SEJA NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO ADMINISTRATIVO, mantendo-se o ato da Comissão que declarou como vencedora a empresa MAXXCARD ADMINISTRADORA DE CARTÕES LTDA.

5. DA ANÁLISE

Sustenta a recorrente que, pela decisão tomada, não fora observada a regra contida no art. 60 da Lei n.º 14.133/2021, bom como o subitem 5.20.1 do Edital, que aponta que para a solução para um desempate será aplicado justamente a regra disciplinada pelo art. 60 da Lei n.º 14.133/2021.

Ledo engano!

Cumpre inicialmente trazer a colação o que dispõe o §2º deste MESMO artigo 60 da Lei n.º 14.133/2021, invocado pela recorrente. Vejamos:

> *Art. 60. Em caso de empate entre duas ou mais propostas, serão utilizados os seguintes critérios de desempate, nesta ordem:*
>
> *[...]*

> *§ 2º As regras previstas no caput deste artigo não prejudicarão a aplicação do disposto no art. 44 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.*

Pela regra legal, as regras de desempate previstas no caput do artigo 60 **NÃO PREJUDICAM** a aplicação do disposto no art. 44 da LC 123/2006, que assim se revela:

> *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.*

Portanto, equivocado o argumento que não se está observando os critérios de desempate previstos no Edital e na Lei n.º 14.133/2021, visto que esta própria invoca sua aplicação conjunta com a Lei Complementar n.º 123/2016.

Sobre o argumento sustentado que "empate real" invoca aplicação de regra diferente do "empate ficto" previsto na LC 123/2006, não se pode concluir por sua total incoerência.

Ao estabelecer um "intervalo" percentual que deve ser considerado empate, a lei **AMPLIOU** tal premissa, ou seja, o empate não precisa ser exato (ou real, como denominou a recorrente) para que se assegure a preferência para as microempresas e empresas de pequeno porte. Um raciocínio diferente disso se destoa que qualquer conclusão a ser tomada por um homem médio.

6. DA CONCLUSÃO

Assim, ante o acima exposto, **DECIDO:**

Desta forma, **CONHECER** das razões recursais da empresa **UP BRASIL ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS LTDA**, inscrita no **CNPJ sob o n° 02.959.392/0001-46**, para no mérito **NEGAR-LHE** provimento julgando seus pedidos **IMPROCEDENTES** na forma de manter o julgamento antes proferido;

Encaminho a autoridade competente, a presente resposta na forma prevista no art. 168 da Lei 14.133/21.

Vitória (ES), 26 de setembro de 2023.

gov.br Documento assinado digitalmente
TIAGO MERLO RUBIN
Data: 26/09/2023 14:53:08-0300
Verifique em https://validar.iti.gov.br

Tiago Merlo Rubin
Pregoeiro