

Comissão de Licitações do Município de Ivaíporã – Estado do Paraná

Ref. Processo Administrativo nº 3075/2019

Edital nº 139/2019

Pregão Presencial 90/2019

GIMAVE – MEIOS DE PAGAMENTOS E INFORMAÇÕES LTDA., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob nº 05.989.476/0001-10, com sede na Rua Hercílio Luz, nº 175, na cidade de Cascavel, Estado do Paraná, CEP 85.805-290, por seu representante legal que esta subscreve, vem, tempestivamente, à presença de Vossa Senhoria, tempestivamente com fulcro no 45 § 2º da lei 8666/99, interpor:

IMPUGNAÇÃO DO EDITAL do referente pregão.

1 - DA SITUAÇÃO FÁTICA

Vem impugnar o referido edital no seu item 17, trata do desempate através do sorteio, em conversa por telefone com a equipe de licitação de como ocorrerá o sorteio de desempate, em resposta, a Comissão analisara primeiramente seus respectivos enquadramentos, de modo a dar preferência às microempresas e empresas de pequeno porte, e dará prosseguimento através de sorteio apenas com as ME e EPP, sendo assim a recorrente com base no artigo 45 § 2º da lei 8666/99, sente se prejudicada por não participar do sorteio.

Contudo, inobstante o notável saber, tal edital merece reforma e seguir o artigo 45 § 2º da lei 8666/99, como demonstraremos a seguir.

2 - DA RAZÕES PARA REFORMA DA DECISÃO

Da análise a outros processos licitatório em questão que não aceitam taxas negativas é possível constatar que todas as empresas interessadas no certame apresentaram propostas iguais a 0,00% (zero por cento), ocorrendo o empate real, e que, não tendo o Edital possibilitado oferta de lances negativos, a equipe de licitação procede com o desempate, primeiramente, dando preferência às microempresas e empresas de pequeno porte e, seguida, por sorteio.

Contudo, o critério de desempate que será adotado é incorreto, de modo que deve ser revisto deverá ser realizado sorteio entre todas as empresas habilitadas. Vejamos:

Inicialmente, nos convem ressaltar que o Edital de Licitação do Pregão no item 17.1.3 não deixa evidente de que modo será feito o sorteio, apenas em conversa por telefone com a comissão, explicaram de como irá ocorrer e que apenas as ME e EPP serão incluídas no sorteio, as empresas que não se enquadrem não terão direito de participar

O artigo 45 § 2º da lei 8666/99, caracterizado o empate na taxa limite, dever ser selecionadas todas as licitantes que ofertaram o mesmo preço para, então, a realização de sorteio.

Todavia, o Edital vincula todos os licitantes, de modo que não pode ser acatada qualquer forma de flexibilização das regras editalícias e, menos ainda, no presente caso, em que a inobservância de seus itens gerou uma situação de desigualdade entre as empresas que se submeteram ao processo licitatório: **Motivo pelo qual, por si só, merece ser declarada a reformulado o ITEM 17 declarando que todas as empresas possam participar do sorteio em case de empate.** De mais a mais, há que se destacar que também restaram inobservadas as disposições da Lei nº 8.666/93 que se referem às hipóteses de empate.

Consoante já exposto, todas as propostas que irão ser apresentadas antes de dar início à fase competitiva já possuíam a menor taxa possível - 0,00%, conforme a participação da recorrente em outros processos licitatórios, não será necessária a abertura de uma fase de lances, por não aceitar taxa negativa.

Não haveria que se aplicar, portanto, o critério de desempate descrito no art. 44 da Lei Complementar 123/2006, eis que aplica-se tão somente nas hipóteses de **EMPATE FICTO**, isto é, quando as propostas ofertadas por microempresas ou empresas de pequeno porte sejam iguais ou até cinco por cento superiores à proposta mais bem classificada, oportunidade em que poderão apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame

Afinal, considerando que todas as empresas apresentem à taxa mínima prevista, não haveria como uma microempresa e/ou empresa de pequeno porte apresentar proposta de preço inferior.

Assim, para solucionar o empate entre as propostas sem ferir o princípio da isonomia, deveria ter sido empregado o art. 45, §2, da Lei nº 8.666/93, o qual dispõe que, no caso de empate entre duas ou mais propostas, e após obedecido o disposto no §2º do art. 3º, a classificação se fará, obrigatoriamente, por sorteio, para o qual todos os licitantes serão convocados.

Neste sentido, inclusive, foi o entendimento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça em caso análogo (REsp. 1509240 AI), no qual negou provimento ao Recurso Especial Interposto, para o fim de manter o acórdão proferido pelo TRF da 5ª Região, assim ementado:

"ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO. EMPATE ENTRE AS LICITANTES NA PROPOSTA INICIAL. INEXISTÊNCIA DA FASE DE LANCES. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DA LEI Nº 8.666/193. SORTEIO ENTRE OS PARTICIPANTES EMPATADOS."

Contudo, não será empregado o art. 45, §2, da Lei nº 8.666/93 no caso em concreto, eis que, além de a classificação por sorteio não haver sido disponibilizada à todas as licitantes (consoante explanado acima), pode-se denotar que o edital da sessão que também não restou assegurada a preferência aos bens e serviços descritos no rol sucessivo do §2º do art. 3º, *in verbis*:

§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."

E, em que pese seja a Recorrente GIMAVE não possa afirmar, com absoluta convicção, que sera a vencedora do certame caso fossem adotados tais critérios como desempate, possuía legítima expectativa de êxito, tendo em vista que seus produtos e serviços se enquadram integralmente nos incisos do §2º do art. 3º da Lei nº 8.666/93. **Expectativa esta, no entanto, cabalmente frustrada em face da aplicação da Lei Complementar 123/2006 no certame.**

Destarte, o que se vê, é que a modalidade "pregão" restou completamente desnaturada. Afinal, não haverá sequer efetiva fase de lances por ser taxa 0,00%, portanto nenhum dos participantes poderiam apresentar proposta mais vantajosa, na medida em que isso implicaria na aceitação de proposta com taxa de administração negativa, vedada pelo Edital. **Ou seja, na prática, o Pregão não pode ser mero sorteio entre micro e pequenas empresas.**

Contudo, a ausência de sorteio entre todos os participantes acarreta, em todas licitações, na inobservância ao princípio da isonomia a adjudicação do objeto às microempresas LPP's participantes, visto que se todos os participantes casuisticamente apresentam o menor preço global admissível (empate real), sagrar-se-iam sempre vencedoras as microempresas ou de pequeno porte, criando-se situação anômala de licitação.

O empate real verificado não é fruto da livre concorrência, mas sim de previsão editalícia, que, ao limitar os lances à taxa zero e, sendo esta ofertada por todos os proponentes, impossibilitou que a Recorrente GIMAVE, na qualidade de licitante não beneficiária da condição de microempresa e/ou empresa de pequeno porte, oferecesse lances de desempate.

Diante de tal situação, a adoção da classificação tão somente das microempresas e empresas de pequeno porte no certame desrespeitou o princípio da isonomia, já que prejudicou a Recorrente GIMAVE, que será impedida de oferecer lances para o desempate, em face do limite imposto pelo Edital.

Ora, é certo que a preferência das microempresas e empresas de pequeno porte é legal, contudo, no presente caso, na prática mostrou-se inadequada, na medida em que, além de resultar no impasse, conforme acima demonstrado, não permite que o Município obtivesse a proposta mais vantajosa, princípio inarredável da administração pública.

Contudo, a Administração Pública jamais pode perder de mira que o fim último de toda licitação é, necessariamente, a satisfação do interesse público, finalidade inolvidável e intransigível a toda a atividade administrativa, quer vinculada, quer discricionária.

E, dentre as prerrogativas da Administração Pública para atingir tal fim, está a de rever seus atos, quando cívicos de vícios ou irregularidades, através da anulação ou revogação.

Assim, a fim de que seja garantida a plena competitividade nas licitações realizadas pelo Município, bem como em observância ao princípio do interesse público e da isonomia, impugna-se o referente EDITAL Nº 139 2019, pela revisão do item de desempate e que todas as empresas possam participar do sorteio que apresentaram a propostas iguais e não havendo lances ou, alternativamente, pela anulação ou adequação do novo edital nos moldes aqui expostos.

3 - DOS PEDIDOS

Pelo exposto, requer seja conhecido e julgado totalmente procedente o presente IMPUGNAÇÃO DO EDITAL, a fim de que seja revisto o modo de desempate e sorteio onde todas as empresas habilitadas possam participar.

Caso o entendimento da equipe de licitação seja pela aplicação de critério de desempate diverso, requer, desde já, a anulação completa do certame, em observância ao princípio da isonomia.

Nestes termos,
Pede deferimento.

Cascavel, 27 de junho de 2019.


FERNANDO JOSÉ DEITOS

OAB/PR 97.359

PROCURADOR

PROCURADOR GERAL

PROCURADOR



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE IVAIPORÃ

Estado do Paraná

CNPJ/MF 75.741.330/0001-37

Praça dos Três Poderes nº 500 – CEP 86.870.000 – Ivaiporã – PR. – Fone: 43-3472-4600

Ivaiporã, 02/07/2019

Procedimento Licitatório

Processo 3533/2019

Inicialmente, cumpre registrar que o tratamento favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte possui assento constitucional, consubstanciando-se, inclusive, em princípio da ordem econômica, conforme dispõe o art. 170, IX, da Constituição Federal:

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. (grifei).

Daí por que a Lei Complementar nº 123/06, instituidora do “Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte”, estabeleceu exceção à regra do art. 45, §2º, da Lei 8.666/1993, conferindo às ME e EPPs o direito de preferência em certames licitatórios, nos seguintes termos:

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;

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;

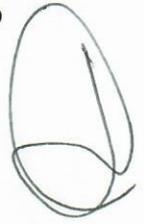
III - no caso de equivalência dos valores apresentados pelas microempresas e empresas de pequeno porte que se encontrem nos intervalos estabelecidos nos §§ 1º e 2º do art. 44 desta Lei Complementar, será realizado sorteio entre elas para que se identifique aquela que primeiro poderá apresentar melhor oferta.

§ 1º - Na hipótese da não-contratação nos termos previstos no caput deste artigo, o objeto licitado será adjudicado em favor da proposta originalmente vencedora do certame.

§ 2º - O disposto neste artigo somente se aplicará quando a melhor oferta inicial não tiver sido apresentada por microempresa ou empresa de pequeno porte.

§ 3º - No caso de pregão, a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada será convocada para apresentar nova proposta no prazo máximo de 5 (cinco) minutos após o encerramento dos lances, sob pena de preclusão.

(grifei)



Da análise dos dispositivos legais transcritos, parece nítido que a LC nº 123/06 conferiu duas prerrogativas às microempresas e empresas de pequeno porte em certames públicos.

A primeira diz respeito ao *critério de desempate* previsto no caput do art. 44 da LC 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*".

A segunda diz respeito à *presunção de empate*, a que alude o art. 44, §§ 1º e 2º, ficção jurídica que confere às microempresas e empresas de pequeno a faculdade de *ofertar novo lance* quando suas propostas sejam até 10% superiores à proposta de melhor classificação (art. 44, §1º) ou, no caso do pregão, se o intervalo for até de 5% (art. 44, §2º).

Como bem resume José dos Santos Carvalho Filho:

"A lei criou várias normas concernentes ao empate. Numa delas, o legislador considerou empate qualquer situação em que propostas oferecidas por microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% superior à proposta de melhor classificação (art. 44, §1º). Na outra, aplicável na modalidade de pregão, foi fixada em 5% o intervalo percentual para o mesmo caso de empate (art. 44, §2º). Por conseguinte, além do empate real, a lei previu também o empate presumido (ou fictício).

No caso de empate presumido, a vitória de empresa comum não lhe assegura, de imediato, o direito à contratação: deverá permitir-se à microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada a oportunidade de oferecer proposta com preço inferior à daquela, e se, se houver realmente essa proposta, a vitória na licitação será atribuída à microempresa ou empresa de pequeno porte e a ela será adjudicado o objeto a ser contratado. (grifei)¹

Assim, como bem resume Diógenes Gasparini², em termos licitatórios há que se considerar duas situações de empate. A primeira em que todos os licitantes empatados são empresas comuns ou são microempresas, empresas de pequeno porte ou cooperativas. Para o desempate de empresas

¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

² GASPARINI, Diógenes. *Pregão Presencial e Microempresa*. In: GASPARINI, Diógenes (Coord.). *Pregão Presencial e Eletrônico*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.



nessa situação, aplica-se a regra do art. 3º, § 2º, da Lei Federal das Licitações e Contratos da Administração Pública e, em permanecendo a identificação, a classificação será feita por sorteio consoante estabelece o art. 45, § 2º, dessa lei, vedado qualquer outro processo com essa finalidade.

A segunda situação é aquela em que os licitantes empatados em primeiro lugar são empresas comuns, microempresas, empresas de pequeno porte e cooperativas. Neste caso o desempate não observa a disciplina tradicional, mas a ditada pela Lei Complementar federal nº 123/06.

Nesse contexto, considerando que as microempresas participantes apresentaram a mesma proposta da empresa recorrente, caracterizando, portanto, o empate real, é equivocada a utilização de sorteio (art. 45, §2º, da Lei 8.666/1993) em detrimento do critério de desempate (art. 44 da LC nº 123/06).

Destarte, a solução mais acertada para o caso, é aquela estampada nos dispositivos da legislação complementar (LC 123), os quais sobrepõem-se aos critérios da lei federal 8.666/93, esta, norma hierarquicamente inferior àquela, ou seja, após o empate real entre todas as licitantes, aplica-se o critério da LC 123 (preferência às microempresas como critério de desempate), para então, aplicar-se o sorteio entre as micro e pequenas empresas remanescentes.

Situação esta, inclusive, prevista em rito procedimental no edital de procedimento licitatório da PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO JOSÉ DO NORTE - RS, no PROCESSO Nº 076/2016 (CONCORRÊNCIA COM REGISTRO DE PREÇOS Nº 004/2016)

5.17 – Critério de Desempate:

5.17.1 - Como critério de desempate, será assegurada preferência de contratação para as microempresas, as empresas de pequeno porte e as cooperativas que atenderem ao item 5.10, deste edital.

5.17.2 - Entende-se como empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pela microempresa e pela empresa de pequeno porte, bem como pela cooperativa, sejam



iguais ou superiores em até 10% (dez por cento) à proposta de menor valor.

5.17.3 - A situação de empate somente será verificada após ultrapassada a fase recursal da proposta, seja pelo decurso do prazo sem interposição de recurso, ou pelo julgamento definitivo do recurso interposto.

5.17.4 - Ocorrendo o empate, na forma do item anterior, proceder-se-á da seguinte forma:

a) A microempresa, a empresa de pequeno porte ou a cooperativa, detentora da proposta de menor valor, que manifestar interesse por escrito, em até 02 (duas) horas após receber cópia da ata de abertura e julgamento da licitação, poderá apresentar, no prazo de 02 (dois) dias, nova proposta, por escrito, inferior àquela considerada, até então, de menor preço, situação em que será declarada vencedora do certame.

b) Se a microempresa, a empresa de pequeno porte ou a cooperativa, convocada na forma da alínea anterior, não apresentar nova proposta, inferior à de menor preço, será facultada, pela ordem de classificação, às demais microempresas, empresas de pequeno porte ou cooperativas remanescentes, que se enquadrarem na hipótese do item 5.11 deste edital, a apresentação de nova proposta, no prazo e na forma prevista na alínea a deste item.

c) Se houver duas ou mais microempresas e/ou empresas de pequeno porte e/ou cooperativas com propostas iguais, será realizado sorteio para estabelecer a ordem em serão convocadas para a apresentação de nova proposta, na forma das alíneas anteriores.

(grifei)

Assim, muito embora o edital do Pregão Presencial ora em apreço não tenha exaurido as probabilidades no certame, tenho que, as normas insculpidas na Lei Complementar 123/2006 sobrepõem-se às normas editalícias, razão pela qual, recomendo o IMPROVIMENTO do recurso interposto, e RECOMENDO a adoção do seguinte procedimento:



1º) Seja em primeiro momento, constatado o empate nas propostas, aplicado o art. 44 da LC 123/2006, mantendo-se as microempresas e empresas de pequeno porte;

2º) Seja então, realizado o sorteio apenas entre as micro e pequenas empresas, proclamando-se a vencedora;

3º) Somente se houver desistência entre as micro e pequenas empresas, deve proceder-se o sorteio entre as empresas de grande porte presentes.

É o parecer.



João Fábio Hilário
Procurador