

AO ILUSTRÍSSIMO (A) SENHOR (A) PREGOEIRO (A) OFICIAL DA COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO DA PREFEITURA MUNICIPAL DE TAQUARI – RS

Ref.:

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº.:

PREGÃO PRESENCIAL Nº.: 045/2022

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, salas nº 905, Vitória/ES, CEP.: 29.056-020, com endereço eletrônico: licitacao@lecard.com.br e Telefone (27) 3024-8682, vem, respeitosamente por meio de seu representante legal, vide procuração em anexo, como interessado no certame licitatório supracitado, propor a presente

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

Em face ao EDITAL (Pregão eletrônico nº 045/2023), o que faz em razão dos fatos e fundamentos jurídicos adiante delineados:

01 - DOS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE:

Conforme 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.

O capítulo 22, item 22.1¹ do instrumento convocatório, prevê que o prazo para impugnar os termos editalísticos será até o terceiro dia útil que antecede a data da sessão pública, de modo tal que, a sessão esta prevista para ocorrer em 25/04/2023 o decurso de prazo ocorrerá em 19/04/2023

Portanto, estão preenchidos os pressupostos de admissibilidade da presente impugnação.

02- DOS FATOS:

O MUNICÍPIO DE TAQUARI-RS, tornou público, que às 09 horas, do dia 25 de abril do ano de 2023, a Administração Pública estará realizando licitação, sob a modalidade de Pregão Eletrônico, do tipo menor valor unitário, para a contratação de empresa especializada para prestação dos serviços relativos ao fornecimento de cartão vale-alimentação para os servidores públicos municipais.

Contudo, em análise aos termos do instrumento convocatório, percebeu-se, quando da análise do subitem 2.3 do Edital, que:

¹ 22.1. Até 03 (três) dias úteis antes da data designada para a abertura da sessão pública, qualquer pessoa poderá impugnar este Edital.



(2.3 – Edital) Dos Estabelecimentos Credenciados:

2.3.1. A Contratada deverá manter rede de credenciados em número mínimo de 10 (dez) empresas/ estabelecimentos no município de Taquari/RS, para atendimento dos funcionários da contratante, possuindo ainda, comprovadamente, ampla rede credenciada que aceite os cartões de alimentação, no raio de 100 Km (cem quilômetros) de distância do município de Taquari/RS.

2.3.2. A comprovação será feita através de documento que demonstre que existe uma relação contratual entre o estabelecimento comercial e a Contratada. Como comprovação desta, será aceito contrato, demonstrativo de adesão ou, ainda, declaração do credenciado informando a existência de vínculo.

Além disso, o subitem 7.17 do Edital estabelece que como critério de desempate, são observados os seguintes preceitos:

7.17.1. Uma vez encerrada a etapa de lances, será efetivada a verificação automática, junto à Receita Federal, do porte da entidade empresarial. O sistema identificará em coluna própria as microempresas e empresas de pequeno porte participantes, procedendo à comparação com os valores da primeira colocada, se esta for empresa de maior porte, assim como das demais classificadas, para o fim de aplicar-se o disposto nos arts. 44 e 45 da LC nº 123, de 2006, sendo assegurado, como critério de desempate, a preferência de contratação para as beneficiárias que assim tiverem se declarado.

7.17.2. Se não houver licitante que atenda ao item 7.17.1 e seus subitens e, havendo eventual empate entre propostas iguais (não seguidas de lances), serão observados os critérios do art. 3º, §2º, da Lei nº 8.666/1993, assegurando-se a preferência, sucessivamente, aos bens e serviços:

7.17.2.1. Produzidos no país;

7.17.2.2. Produzidos por empresas brasileiras;

7.17.2.3. Produzidos por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País;

7.17.2.4. Produzidos 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.

7.17.3. Persistindo o empate, a proposta vencedora será sorteada pelo sistema eletrônico dentre as propostas empatadas.



Contudo, será demonstrado que não há margem de legalidade para amparar a manutenção das presentes exigências, visto que estas extrapolam os limites do formalismo moderado e isonomia, legalidade e, ainda, seleção da proposta mais vantajosa conforme será demonstrado adiante.

Feitas essas ponderações, insurge a Impugnante para que haja retificação dos referidos subitens a fim de que o processo licitatório possa cumprir seu rito de forma regular e desburocratizada.

É breve a síntese dos fatos.

03. DO MÉRITO

03. 01 - DA COMPROVAÇÃO DA REDE DE ESTABELECIMENTOS POR MEIO DE CONTRATOS

O procedimento licitatório deve seguir o devido processo legal, uma vez que é procedimento definido em Lei. Dessa forma, é procedimento formal que deverá seguir o rito definido na Lei de licitações e adotará o formato escrito cujos atos deverão ser publicados e divulgados.

Contudo, esse formalismo não é absoluto. É cediço que o encadeamento excessivo burocrático nos procedimentos licitatórios em geral e, especialmente em sede de procedimento licitatório, como regra, representa uma insegurança do agente público no tocante aos normativos incidentes. Na dúvida, criam-se formalidades dispensáveis as quais postergam ou mesmo afastam a efetividade na administração pública.

Em se tratando de julgamento licitatório, não se pode sobrepor os meios aos fins, quando se transforma o competitivo em um concurso de obstáculos formais, como *in casu*. Ou seja, a licitação não é um fim em si mesma, de modo que as formalidades existem para proteger a essência, a finalidade da licitação, a fim de que não se ultrapassem princípios, direitos e valores importantes à finalidade precípua para o qual foi deflagrada.

Nesse sentido, deve haver a prevalência dos fins sobre os meios.

Cabe aqui registrar que conforme consta do Edital (subitem 18.2.9) uma das obrigações da contratada é **manter, durante toda a execução do contrato**, originário deste certame, em compatibilidade com as obrigações assumidas, **todas as condições de habilitação e qualificação apresentadas para contratação**.

Não obstante, a obrigação de fiscalizar a execução do contrato, bem como diligenciar no sentido de verificar o efetivo cumprimento dos termos assumidos pela licitante vencedora é do Fiscal do Contrato, conforme entendimento do TCU:

A propósito, vale registrar que a prerrogativa conferida à Administração de fiscalizar a implementação da avença deve ser interpretada também como uma obrigação. Por isso, fala-se em um poder-dever, porquanto, em deferência ao princípio do interesse público, não pode a Administração esperar o término do contrato para verificar se o objeto fora de fato concluído conforme o programado, uma vez que, no momento do seu recebimento, muitos vícios podem já se encontrar encobertos. [TCU – Acórdão 1632/2009 – Plenário] Os contratos devem ser executados com o devido acompanhamento e fiscalização



a cargo de um Representante da Administração especialmente designado para esse fim, conforme exigido pelo art. 67 da Lei n.º 8.666/93. [Acórdão 212/2009 – TCU – Segunda Câmara]

Assim, depreende-se que a exigência em comento além de ser uma prerrogativa conferida à administração, pode, inclusive, causar um ônus oneroso e excessivo para o licitante que terá que comprovar relação contratual com cada estabelecimento credenciado no local. O que também é vedado, conforme sumula 272 do TCU:

SÚMULA Nº 272/2012

No edital de licitação, é vedada a inclusão de exigências de habilitação e de quesitos de pontuação técnica para cujo atendimento os licitantes tenham de incorrer em custos que não sejam necessários anteriormente à celebração do contrato.

Assim, infere-se que a exigência apesar de buscar salvaguardar a operacionalidade adequada da prestação de serviço ocorre com excesso de formalismo, visto que a comprovação da rede de estabelecimentos pode ser apresentada por meio de planilha em Excel.

Acerca do tema o Tribunal de Contas da União já firmou posição sobre o excesso de formalismo nos julgamentos de licitações:

*“O rigor formal não pode ser exagerado ou absoluto. Como adverte o já citado Hely Lopes Meirelles, **o princípio do procedimento formal não significa que a Administração deva ser formalista a ponto de fazer exigências inúteis ou desnecessárias à licitação**, como também não quer dizer que se deva anular o procedimento ou julgamento, ou inabilitar licitantes, ou desclassificar propostas, diante de simples omissões ou irregularidades na documentação ou na proposta...”*

Cumpra acrescer as lições de Lucas Rocha Furtado:

*“Não agir com excesso de formalismo ou não se ater a interpretações literais não significa violar o princípio da vinculação ao instrumento convocatório. Ao contrário, **deve o administrador usar o seu poder discricionário - nunca arbitrário - e a sua capacidade de interpretação para buscar as melhores soluções para as dificuldades concretas.** (Grifos nossos) (FURTADO, Lucas Rocha. Curso de licitações e contratos administrativos. 5ª ed. revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 44) ”.*



A fim de evitar que houvessem excessos capazes de travar a seleção da proposta mais vantajosa para administração pública, o art. 3º, §1º, inciso I da Lei 8.666/93 estabeleceu vedações aos agentes públicos. Vejamos:

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. (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010)*

§ 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;

Ademais, a exigência não interfere na execução do contrato e não pode ser admitida nos termos do edital como se fosse considerado um item imprescindível/indispensável a garantir o cumprimento das obrigações pela contratada. Portanto, a disposição contida no item 2.3 do Edital, viola, também, o disposto no art. 37, inciso XXI da CF/88. Verbis:

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: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)*

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.*

Portanto, requer a retificação do subitem 2.3 do Edital para que a comprovação da rede se dê por meio de planilha em excel, em homenagem ao princípio do formalismo moderado.

03. 02 – DO CRITÉRIO DE DESEMPATE

O Subitem 7.17.1 prevê que o desempate das propostas ocorrerá por meio do exercício do direito de preferência às ME/EPP, de modo que os critérios estabelecidos no subitem 7.17.2, somente serão aplicados quando não houver ETAPA DE LANCES e não for verificado a presença de empresas ME/EPP.

Data máxima vênua, não há que se falar em direito de preferência na contratação de ME/EPP, porquanto o



disposto no art. 44 e 45 da Lei Complementar nº 123/06, somente se aplicará 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 item 3 (três) do Termo de Referência, especificamente no parágrafo quarto, 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.

Isso se dar em razão de que 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/EPP, e, portanto, impossibilidade de incidência dos art. 44 e 45 da LC nº 123/06.

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. Ou seja, a partir de 0,00% não é possível aferir se a proposta seguinte está dentro da margem de 5%, para ocorrência do denominado empate ficto, que possibilitaria a incidência do 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.

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). Requer a retificação do subitem 2.3 do Edital para que a comprovação da rede se dê por meio de planilha em Excel, em homenagem ao princípio do formalismo moderado.

4.1.1) Considerando que taxa mínima admitida ser 0,00%, que é vedado a oferta de taxa negativa, que não haverá possibilidade de aplicação dos art. 44 e art. 45 da Lei Complementar nº 123/06 em razão do exposto anteriormente, REQUER, que seja obedecido o previsto nos art. 3º, §2º e art. 45, §2º da Lei nº 8.666/93.

4.2). Por fim, na hipótese de não serem modificados os dispositivos editalíssimos impugnados, seja remetido a presente impugnação ao Tribunal de Contas do Estado de do Rio Grande do Sul para manifestação, sob as penas da lei.

4.3). Requerer, por fim, que sejam as intimações e publicações efetuadas em nome do procurador legal (endereço infra impresso nesta peça e na procuração).

Nesses termos,
Pede Deferimento.

De Vitória/ES para Taquari/RS, 19 de abril de 2023.

ANDREOTTE NORBIM LANES
ADVOGADO

