

## AVISO DE LICITAÇÃO

COMPANHIA DOCAS DE SÃO SEBASTIÃO

CNPJ: 09.062.893/0001-74

PREGÃO ELETRÔNICO Nº 004/2023 – PROCESSO CDSS-PRC-2022/00095

OBJETO: PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE GERENCIAMENTO, IMPLEMENTAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO DE CRÉDITO/AUXÍLIO ALIMENTAÇÃO E REFEIÇÃO, conforme especificações constantes do Termo de Referência que integra o Edital como **Anexo I**.

**Assunto: Recurso da empresa VEROCHEQUE REFEIÇÕES LTDA – contra a habilitação da empresa SODEXO PASS DO BRASIL SERVIÇOS E COMÉRCIO S.A.**

Senhor Diretor de Administração e Finanças,

Trata o presente de análise do recurso administrativo, interposto pela empresa **VEROCHEQUE REFEIÇÕES LTDA**, contra a habilitação da empresa **SODEXO PASS DO BRASIL SERVIÇOS E COMÉRCIO S.A**, pregão eletrônico nº 004/23, cujo objeto é a “PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE GERENCIAMENTO, IMPLEMENTAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO DE CRÉDITO/AUXÍLIO ALIMENTAÇÃO E REFEIÇÃO.

A empresa **VEROCHEQUE** manifestou, tempestivamente, a intenção de recorrer do resultado final do pregão 004/23, e apresentou dentro do prazo, as razões recursais.

Exame do mérito do recurso:

Alegações da **VEROCHEQUE**, constantes do site da BEC – RECURSOS: “Manifestamos intenção de recurso por não ter sido dado o direito de preferência como EPP, haja vista termos enviado todos os documentos comprobatórios para a plataforma.”

**RAZÕES DO RECURSO:** “DA NECESSÁRIA REVOGAÇÃO DO RESULTADO QUE DETERMINOU A EMPRESA SODEXO PASS COMO VENCEDORA DO CERTAME. NECESSIDADE DE ASSEGURAR O DIREITO DE PREFERÊNCIA DA EMPRESA RECORRENTE COMO EMPRESA DE PEQUENO PORTE, BENEFICIÁRIA DA LEI 123/06. IMPERATIVO LEGAL QUE SE SOBREPÕE AO EDITAL E DEVE SER OBSERVADO SOB PENA DE ANULAÇÃO JUDICIAL DO CERTAME.”

“Em que pese o extremo zelo do Órgão Licitante ao elaborar o presente instrumento convocatório, o Ilustre Pregoeiro equivocou-se ao deixar de observar o direito de e preferência da empresa recorrente, a qual comprovou por dos documentos enviados para plataforma estar enquadrada como EPP, tendo, portanto, direito de preferência na contratação derivado do imperativo legal decorrente da Lei Complementar nº 123/06.

Isso porque, ante as propostas finais no mínimo legal admitido no edital, sobressai-se a obrigação legal de preferência para a contratação das micro e pequenas empresas participantes do certame, isso independentemente da oferta de nova proposta. De acordo com a lei nº 123/06, não pode haver óbice à concessão do tratamento privilegiado às microempresas e às empresas de pequeno porte, especialmente conforme estabelecido nos artigos 44 e 45 da referida Lei Complementar nº 123/2006!!! A preferência para a contratação é preceito constitucional (art. 146, III, "d", art. 179, entre outros, da CF), o qual restou regulado pela citada Lei Complementar. Portanto, a não observância do direito de preferência da recorrente por ser uma EPP, desvirtua a política pública constitucional de apoio e incentivo a essas entidades e ofendem a Constituição e a Lei Complementar nº 123/2006, instrumento jurídico superior (eis que obedece comando constitucional) que regulamentou as condições do tratamento privilegiado às ME's/EPP's. (...)

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País."

A legislação infraconstitucional, em concretização à determinação constitucional, estabeleceu regras de tratamento preferencial a tais empresas pela Lei Complementar nº 123/2006. Dispõe o artigo 44 da referida lei:

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

Nesse mesmo sentido, o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, entre outros, praticamente pacificou entendimento favorável a concessão do direito de preferência para as micro e pequenas empresas, vejamos:

"Agravo de Instrumento - Mandado de Segurança - Recurso contra decisão que indeferiu pleito pela concessão de tutela de urgência para suspensão do procedimento licitatório - Empresa impetrante-agravante que visa seu deferimento nesta Superior Instância argumentando ter havido inobservância das regras do Edital no que toca à oportunidade de

realização de lances, batendo-se pelo reconhecimento de sua seleção como melhor oferta, afastando-se a classificação de outra empresa - Desprovemento de rigor. 1. Não assiste razão à empresa impetrante- agravante em seu pleito pela reforma da r. decisão que indeferiu o pedido liminar - Elementos reveladores da ausência dos requisitos legais para o deferimento da liminar, mormente a verossimilhança das alegações - Empresa agravada que restou selecionada em atenção ao critério de desempate expressamente previsto no Edital e na LC nº 2123/2006 porque microempresa que goza de privilégio legal - Critério de desempate que somente se opera quando encerrada a fase de lances, tal como atestado no procedimento licitatório - Inexistência de mácula - Precedentes da Corte. 2. Por fim, as demais questões opostas pelas partes que dizem respeito ao mérito e não podem ser objeto de análise no agravo sob pena de supressão de Instância e deverão ser detidamente apreciadas por ocasião do julgamento final da ação originária. Decisão mantida - Recurso desprovido." (TJSP; Agravo de Instrumento 2214241-92.2022.8.26.0000; Relator (a): Sidney Romano dos Reis; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Público; Foro de Jundiaí - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 17/11/2022; Data de Registro: 17/11/2022)

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO. CONCORRÊNCIA. FASE DE JULGAMENTO DAS PROPOSTAS. OCORRÊNCIA DE EMPATE REAL ENTRE AS PROPOSTAS. TRATAMENTO FAVORECIDO À EMPRESA DE PEQUENO PORTE. ART. 170, INC, IX, DA CF. DIREITO DE PREFERÊNCIA. ART. 44 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/2006. CRITÉRIO DE DESEMPATE. O tratamento protetivo às microempresas e empresas de pequeno porte, nos processos de licitação, não se limita aos casos de empate ficto ou presumido, quando é possível a oferta de novo lance inferior, devendo ser observado idêntico critério nas hipóteses de empate real, isto é, quando as propostas empatadas em primeiro lugar já alcançaram o valor mínimo, em face do que preceitua o art. 44 da Lei Complementar nº 123/06: "Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte." Situação dos autos em que somente uma das empresas participantes do

certame, uma vez constatado o empate real, ostenta a condição de ME/EPP. O ato levado a efeito pela Autoridade coatora violou direito líquido e certo da impetrante, dando azo ao refazimento parcial do certame, ante a declaração de nulidade do julgamento das propostas apresentadas. APELO DESPROVIDO. SENTENÇA CONFIRMADA INTEGRALMENTE EM REEXAME OBRIGATÓRIO. (Apelação e Reexame Necessário, Nº 70076196989, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Miguel Ângelo da Silva, Julgado em: 30-05-2018). Data de Julgamento: 30-05-2018 Publicação: 06-06-2018 - destacado

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. TRATAMENTO FAVORECIDO. ART. 44, LEI COMPLEMENTAR Nº 123/06. INCIDÊNCIA. O tratamento favorecido conferido às empresas de pequeno porte, com assento constitucional (art. 170, IX, CF/88), materializa-se, entre outras vantagens, na preferência de contratação, não podendo ser ignorado, notadamente quando a apelada é a única licitante com tal qualificação, não fosse o atendimento as regras constantes do edital, inclusive no que diz com a comprovação de seu enquadramento e invocação à prerrogativa do art. 44, LC nº 123/06, de óbvia incidência no caso dos autos. (Apelação e Reexame Necessário Nº 70051984789, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Armínio José Abreu Lima da Rosa, Julgado em 30/01/2013 - destacado AGRAVO DE INSTRUMENTO - MANDADO DE SEGURANÇA COM PEDIDO DE LIMINAR - PREGÃO PRESENCIAL Nº 03/2015 - CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA GERENCIAMENTO E ADMINISTRAÇÃO DE CARTÃO DE VALE-ALIMENTAÇÃO - LIMINAR CONCEDIDA PARA SUSPENDER OS EFEITOS DA LICITAÇÃO E QUALQUER ATO DELA DECORRENTE - APARENTE VIOLAÇÃO À LEI COMPLEMENTAR 123/2006 - DIREITO DE PREFERÊNCIA DA MICROEMPRESA - PRESENTES OS REQUISITOS AUTORIZADORES PARA A CONCESSÃO DA LIMINAR - INTELIGÊNCIA DO ART. 7º, INCISO III, DA LEI Nº 12.016/90 - DECISÃO SINGULAR MANTIDA EM TODOS OS SEUS TERMOS - RECURSO NÃO PROVIDO. (TJPR - 4ª Câmara Cível - AI - Santa Izabel do Ivaí - Rel.: DESEMBARGADORA REGINA HELENA AFONSO DE OLIVEIRA PORTES - J. 10.03.2016- AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1416396-7, NÚMERO UNIFICADO:

0032317-11-2015-8-16-0000).

Nesta toada, apresenta-se correto afirmar que as ME's e EPP's são possuidoras do direito a terem assegurado o critério de desempate nos moldes estabelecidos nos artigos 3º da Lei de Licitações, assim como do artigo 44, da LC n.º. 123/2006, como meio de preferência na contratação com o Poder Público. Esta garantia genérica tem aplicabilidade incondicional, não podendo ser negada pela Administração Pública condutora do certame, nem mesmo quando omitida no termo editalício. Trata-se de direito subjetivo das MEs e EPPs que subjuaga a administração licitante, bem como se impõe frente às empresas normais. As expressões legalmente transcritas "será assegurada preferência" e "deverá ser assegurado", indica uma incondicional obrigação da Administração Pública em prever e respeitar tais critérios nos instrumentos convocatórios de suas licitações. Esta norma traduz-se também em regra que estabelece uma vinculação cogente para a Administração Pública e seus agentes executores, como o é esta Pregoeira Oficial, que, por conseguinte, deixam de dispor de discricionariedade para decidir se a estabelece ou não no instrumento convocatório do certame e, como é o caso, se aplica ou não para efetivar um desempate! Dito isso, outro deslinde não pode ter o presente caso a não ser a revisão do ato administrativo impugnado, para que seja revogado/anulado o ato que declarou a empresa SODEXO PASS como vencedora do certame.

IV.)

DOS

PEDIDOS:

Por todo o exposto, serve o presente Recurso Administrativo, para requerer a Vossa Senhoria, ante a forte argumentação exposta, se digne:

a)- a acolher o presente recurso interposto, visto que apresentado tempestivamente e em obediência ao que dispõe a Lei e o Edital, dando regular e legal processamento a este, nos prazos legais;

b)- em razão dos fatos ora narrados, julgar procedente o presente Recurso Administrativo ao PREGÃO ELETRÔNICO Nº 004/2023:

b.1) respeitando e considerando a condição legal de empresa de pequeno porte da ora Recorrente;

b.2.) anular a decisão que declarou a empresa SODEXO PASS como vencedora do certame, em detrimento do direito de preferência da ora recorrente, que provou mediante documentação encaminhada para plataforma ser empresa de pequeno porte, legitimamente reconhecida

*perante a Junta Comercial e a Receita Federal do Brasil, e, portanto, gozar do direito de preferência previsto na Constituição da República e na Lei*

123/06.

*c)- Acaso seja mantida a decisão recorrida - o que se admite apenas por cautela - que seja remetido o processo, instruído com o presente recurso à autoridade hierárquica superior, conforme estabelece o Art. 109, §4º, do Estatuto das Licitações, aplicado subsidiariamente ao presente caso, havendo de ser acolhido e provido, em todos os seus termos o presente RECURSO, reformando-se as decisões "a quo", como requerido;*

*d)- De qualquer sorte, que o presente RECURSO ADMINISTRATIVO seja recebido no seu EFEITO SUSPENSIVO, consoante previsto no parágrafo 2º, do Art. 109, da Lei de Regência, que dá guarida ao presente pedido;*

*d) Seja provido o presente recurso, e, atendidos os seus pedidos, para imposição e prevalência da lei, da doutrina e dos princípios da moralidade administrativa, a publicidade, a ampla defesa e a legalidade, afastando-se, em consequência disso, o abjeto cerceio dessa mesma defesa, o que é nefasto para ambas as partes, na atual democracia em que vivemos!*

Por sua vez a empresa **SODEXO PASS DO BRASIL SERVIÇOS E COMÉRCIO S.A.**, apresentou as contrarrazões, disponíveis no site da BEC – RECURSOS e esclarece em sua defesa:

(...)

#### **DO MÉRITO**

**“Como sabemos, a licitação pública inicia-se por meio da fase preparatória ou interna, cuja condução reclama uma série de cautelas por parte da entidade contratante, por ser justamente nesta fase que são evitados a maior parte dos problemas futuros no processo de contratação pública.**

**8. É na etapa interna que a Administração Pública empreende o planejamento e os estudos técnicos prévios para definir o objeto da licitação pública e todas as condições de participação das partes envolvidas, iniciando a fase externa com a publicação do instrumento convocatório.**

**9. Os procedimentos no processo licitatório são regulados em leis (sentido amplo) e conhecidos, pelas proponentes licitantes, previamente à publicação e data da sessão pública. De modo muito simplista, as etapas estabelecidas numa contratação pública visam, ao cabo, o suprimento da necessidade da Administração Pública, segundo os preceitos da equidade, moralidade e legalidade (ordenamento jurídico aplicável ao caso concreto).**

**10. Nesta senda de trabalho, em que não se restringe apenas ao objeto licitado, e sim aos fins que se destina e devem ser alcançados no processo licitatório, OBSERVA-SE QUE OS ATOS PRATICADOS PELO PREGOEIRO E EQUIPE DE APOIO CORRESPONDEM ÀS REGRAS EDITALÍCIAS E NÃO HÁ OFENSA AOS PRECEITOS LICITATÓRIOS.**

**11. Ou seja, OS ATOS PRATICADOS FORAM PAUTADOS EM SITUAÇÕES LEGAIS E PREVISTAS NO EDITAL, PRESERVANDO-SE A IMPARCIALIDADE E LISURA ALMEJADOS NO CERTAME, conforme será demonstrado nas linhas abaixo.**

**12. Em síntese, a Recorrente se sub-roga ao direito de receber tratamento diferenciado às ME e EPP, alegando que “comprovou por documentos enviados para plataforma estar enquadrada como EPP tendo portanto direito de preferência na contratação”, como se o status de ME e EPP interferisse na condução dos atos adotados na sessão pelo Pregoeiro e Equipe de Apoio.**

**13. Inobstante a clareza dos termos editalícios em questão, cumpre destacar que as**

regras em torno do critério de desempate são amplamente difundidas e conhecidas por todas as empresas do segmento.

14. Neste interim, é possível afastar de pronto a alegação da VEROCHEQUE quanto à suposta ausência de tratamento diferenciado às ME e EPP, sobretudo ao pleitear elegibilidade exclusiva ao SORTEIO APENAS ENTRE AS EMPRESAS ENQUADRADAS COMO ME E EPP em desfavor das empresas não abarcadas neste porte empresarial.

15. De início, é importante lembrar que a prudência revela a necessidade de que as dúvidas em torno de regras editalícias devem ser dirimidas em momento oportuno, e não na fase recursal com o patrocínio deste expediente, em que visa, ao cabo, beneficiar-se de sua própria torpeza. Portanto, tal expediente já se encontra precluso ao momento em que se encontra a fase licitatória.

16. Ora, convenhamos, falta-lhe primor aos princípios éticos e morais.

17. Ademais, a roupagem temática adotada pela Recorrente visa, em termos práticos, EXCLUÍREM as licitantes não enquadradas como ME e EPP no certame, alijando a disputa apenas entre elas, o que traz considerável ofensa à “observância do princípio constitucional da isonomia” e à “seleção da proposta mais vantajosa para a administração”, cujos preceitos servem de berço ao processo licitatório na busca da ampla competitividade.

18. A constatação é importante apenas para destacar o quão são desarrazoadas a manifestação da VEROCHEQUE, pois se utiliza de expediente processual para, sabidamente, retardar a finalização da contratação pública, caracterizando uma roupagem atentatória aos bons costumes e interesse público secundário.

19. A bem da verdade, a Sra. Pregoeira e Equipe de Apoio seguiram os preceitos estabelecidos no instrumento convocatório. Tanto é que sequer cogitaram em atribuir credibilidade aos pleitos das Recorrentes durante a sessão.

20. E fizeram bem! Pois não há nenhum obstáculo que obste a regular condução do certame. Pelo contrário, a condução quanto ao desempate e aplicação do tratamento diferenciado às ME e EPP encontra-se em linha com o edital por expressa previsão disposta em edital e esclarecimento correlatos, senão vejamos:

21. Reprodução editalícia quanto ao critério de desempate: “5.2.4. O eventual desempate de PROPOSTAS DO MESMO VALOR SERÁ PROMOVIDO PELO SISTEMA, com observância dos critérios legais estabelecidos para tanto”.

22. Reprodução editalícia acerca do tratamento diferenciado às ME e EPP em casos de empate ficto:

“5.6. Empate ficto. Com base na classificação a que alude o item 5.5, será assegurada às licitantes microempresas, empresas de pequeno porte que preencham as condições estabelecidas no artigo 34, da Lei Federal nº 11.488/2007, preferência à contratação, observadas as seguintes regras:

5.6.1. A microempresa, empresa de pequeno porte que preencha as condições estabelecidas no artigo 34, da Lei Federal nº 11.488/2007, detentora da proposta de menor valor, dentre aquelas cujos valores sejam iguais ou superiores até 5% (cinco por cento) ao valor da proposta melhor classificada, será convocada pelo Pregoeiro PARA QUE APRESENTE PREÇO INFERIOR AO DA MELHOR CLASSIFICADA no prazo de 5 (cinco) minutos, SOB PENA DE PRECLUSÃO DO DIREITO DE PREFERÊNCIA. Caso haja propostas empatadas, a convocação recairá sobre a licitante vencedora de sorteio.”

23. Resposta conferida ao esclarecimento solicitado na Plataforma BEC pela “Susiane Kempfer”: “O eventual empate no pregão em decorrência da vedação de oferecimento de taxa negativa, será um empate real, não ocorrendo, portanto, empate ficto”.

24. Nota muita clareza nas disposições editalícias e esclarecimentos acerca do pleito da Recorrente, cujo enredo sequer foi consultado e, menos ainda, impugnado pela Recorrente, culminando com a aceitação tácita de seus termos.

25. Além disso, sobre o tema central das razões recursais: sorteio apenas entre as empresas enquadradas como ME e EPP, imprescindível se faz tomar nota dos quesitos que envolvem o tratamento favorecido e diferenciado conferido às ME e EPP, sob a prisma da Lei Complementar nº 123/06 e do Decreto Federal nº 8.538/15, este regulamenta o tratamento favorecido, diferenciado e simplificado para microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações públicas de bens, serviços e obras no âmbito da administração pública federal.

26. Neste aspecto, busca-se no Tribunal de Contas do Estado de São Paulo a respostas aos benefícios / preferências conferido às ME e EPP previstos nos artigos 42 ao 48 da LC nº 123/06 (<https://www.tce.sp.gov.br/legislacao-comentada/lei-14133-10-abril-2021/4>), assim perfilados:

a. comprovação de regularidade fiscal e trabalhista somente para fins de assinatura do contrato, conhecido como habilitação tardia;

- b. preferência, como critério de desempate, possibilitando a ME/EPP ofertar nova proposta inferior à do licitante que seria vencedor (exceto se esse for uma ME/EPP). Considera-se empatada a proposta da ME/EPP: igual ou até 10% superior à do licitante mais bem classificado, sendo que, no caso do pregão, esse percentual cai para 5%. Esse fenômeno é denominado “empate ficto”;
- c. licitação exclusiva para ME/EPP, para itens até o valor de R\$ 80.000,00;
- d. possibilidade do órgão ou entidade licitante exigir subcontratação de ME/EPP em obras e serviços;
- e. obrigatoriedade de estabelecimento de cota de até 25% para ME/EPP na aquisição de bens divisíveis;
- f. possibilidade de instituir prioridade de contratação de ME/EPP, localizada local ou regionalmente, até 10% do melhor preço válido.

27. Os destaques ficam por conta da habilitação tardia e das situações que englobam o empate ficto, cujo instituto permite que as ME e EPP, dentro das margens adotadas na referida lei, apresentem proposta de PREÇO INFERIOR à empresa inicialmente considerada vencedora, senão vejamos: “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.”

28. Assim, de acordo com a lei, o exercício facultativo do direito de preferência conferido às ME e EPP deve respeitar dois requisitos básicos (cumulativos), além do regular enquadramento da licitante nos respectivos regimes empresariais, quais sejam:

- a. oferecer proposta (ou lance) igual ou até 10% ou 5%, no caso do pregão superior a menor proposta;
- e b. cobrir a proposta ofertada pela primeira colocada, demonstrando a vantajosidade de seu preço perante a Administração.

29. Observa-se que o direito de preferência é VINCULADO à demonstração de vantajosidade econômica à Administração Pública.

30. Assim, devido às características que permeiam este certame, não há o que se falar em empate ficto, e mesmo que se tratasse de empate ficto, o que não reflete as circunstâncias peculiares do presente caso, nenhuma empresa enquadrada na hipótese legal poderia ser beneficiada, por ser IMPOSSÍVEL cobrir a proposta da empresa mais bem classificada, frente à vedação de ofertas de taxa de administração negativa.

31. Corroborando o acima alegado, Joel de Menezes Niebuhr explica o procedimento a ser adotado quando do empate ficto:

“De todo modo, ocorrendo o empate a que alude os parágrafos do artigo 44 da Lei complementar n° 123/06, A MICROEMPRESA OU EMPRESA DE PEQUENO PORTE NÃO É AUTOMATICAMENTE DECLARADA VENCEDORA, NA MEDIDA EM QUE O PREÇO DELA É DE FATO SUPERIOR AO MENOR PREÇO OFERTADO NO CERTAME, O QUE IMPORTARIA, SE FOSSE O CASO, DESVANTAGEM À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA e vulneração aberta ao Princípio da eficiência, encartado no caput do artigo 37 da Constituição Federal.

A rigor, reconhecendo-se o empate, na forma dos parágrafos do artigo 44 da Lei complementar n° 123/06, a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada faz jus à oportunidade de oferecer proposta de preço inferior à proposta até então considerada vencedora do certame, conforme dispõe o inciso I do artigo 45 da mesma Lei complementar. ENFATIZA-SE QUE NÃO BASTA À MICROEMPRESA OU EMPRESA DE PEQUENO PORTE IGUALAR O MENOR PREÇO ATÉ ENTÃO OFERTADO. A MICROEMPRESA OU EMPRESA DE PEQUENO PORTE MAIS BEM CLASSIFICADA DEVE COBRIR O MENOR PREÇO ATÉ ENTÃO OFERTADO, REDUZI-LO. Se o fizer, prescreve o referido inciso I do artigo 45 da Lei complementar, o objeto da licitação deve ser adjudicado a ela. (grifo nosso)”

32. No mesmo esteio, ensina o Professor Marçal Justen Filho : “A LC 123/2006 criou uma ficção de empate no art. 44, MAS A SOLUÇÃO SE AFIGUROU COMO VÁLIDA POR QUE ACOMPANHADA DO ÔNUS DE FORMULAÇÃO DE PROPOSTA DE VALOR MAIS REDUZIDO. Na LC 123/2006, o empate ficto (ou seja, não consistente em propostas de valor idêntico) não conduz à imediata vitória do lance estipulado pelo beneficiário, devendo ser formulada uma proposta de menor valor.



Portanto, a Administração obterá o menor valor possível no certame. Distinta era a solução concebida no Dec. Fed. 1.070/1994, em que havia a ficção de empate e uma vantajosidade também puramente imaginária (sagrar-se-ia vencedor o licitante que tivesse formulado proposta de valor mais elevado). O referido regulamento Federal foi substituído pelo Dec. Fed. 7.174/2010. Observe que as preferências destinadas a incentivar o desenvolvimento nacional sustentável podem importar a contratação de proposta de valor mais elevado.” (g.n.)

33. Em resumo, as ME e EPP não devem ser privilegiadas nos processos licitatórios de modo incondicional, ignorando preceitos fundamentais do processo licitatório ao apresentar ofertas que NÃO SÃO MAIS VANTAJOSAS, aniquilando quaisquer chances de que as demais licitantes possam ser contratadas pela Administração Pública em razão de seu mérito.

34. Nesta toada, compartilha-se interessante julgado do TCE/SC (Processo nº @REP 19/00021401 – GAB. CONS. WILSON WAN-DALL), em que se reconhece a inaplicabilidade do empate geral ao invés do específico como aventado pela Impetrante:

“Verifico que o fato representado foi a realização de sorteio apenas entre as empresas enquadradas como ME e EPP, excluindo as demais empresas normais, em desacordo com o art. 3º, caput, da Lei nº 8.666/93, e os princípios da isonomia e da competitividade do certame, não tendo sido objeto de representação a proibição de apresentação de taxa de administração negativa. Deste modo, observo que devem ser consideradas os termos do artigo 26, da Instrução Normativa 21/2005, que determina a necessidade desta Corte de Contas, ficar adstrita à apuração do fato representado.  
2.1 Aplicação equivocada da LC 123/06, e excluindo as demais empresas no prosseguimento do certame.  
(...)

35. Outrossim, e ao ser instado a se manifestar em sede de representação sobre a correta aplicação dos critérios de desempate no direito administrativo, o TCE/SP adotou interpretação conforme a lei, para dizer que a LC 123/06 impõe a sobrevivência de preço inferior – não igual – aos casos de empate por vedação de oferta de taxa de administração negativa (TC – 00000107.989.23-8), assim redigido: “Assim concluo pois a Lei Complementar 123/2006 estabelece, quanto ao desempate, que é necessário “preço inferior”: art. 45. Para efeito do disposto no art. 44 desta Lei Complementar, ocorrendo o empate, proceder-se-á da seguinte forma: (Vide Lei nº 14.133, de 2021 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; [...] Assim, somente se levantaria o estado de empate com a sobrevivência de preço inferior – não igual -, hipótese em que não haveria mais nem empate real, nem ficto. Após o procedimento aberto, portanto, entendo que permaneceu tal estado que reclamava o uso subsidiário da Lei 8666/1993, ou seja, o sorteio com bem apontou a representante.”

36. Ademais, a perspectiva econômica de vantajosidade à administração pública permeia as regras da LC 123/06 aos olhos do TCE/SP, senão vejamos: “Ainda sobre essas disposições do Estatuto das Micro e Pequenas empresas que passaram a vigorar a partir das alterações do ano de 2014 (LCF nº 147/14), pelo art. 48,III, c.c. o art. 49, III, da LCF nº 123/06, ficou estabelecido que “deverá estabelecer, em certames para aquisição de bens de natureza divisível, cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte” (g.n.), OQUE NÃO SE APLICA CASO “O TRATAMENTO DIFERENCIADO E SIMPLIFICADO PARA AS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE NÃO FOR VANTAJOSO PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado”. (g.n.) (Proc. 00012858.989.16-3. Tribunal Pleno – Seção Municipal. Seção: 03/08/2016.Conselheiro Substituto: Valdenir Antônio Polizeli – grifos nossos).”

37. Inobstante a jurisprudência das Cortes de Contas indicarem a interpretação do caso em debate, observa-se idêntico tratamento no Judiciário do Estado de São Paulo, com destaque a decisão proferida pelo D. Juízo da 4ª Vara Cível da Comarca Indaiatuba do Tribunal de Justiça de São (Processo Digital nº: 1002139-37.2023.8.26.0248), onde se analisou situação jurídica proposta pela própria

Impetrante deste mandamus:  
"Então pela própria definição do objeto, a concorrência de preço fica prejudicada. AS LICITANTES NÃO PODEM OFERECER PROPOSTA COM TAXA NEGATIVA, ou seja com taxa de administração, e, realmente, como defende a impetrada, não nos parece exequível que a administradora do meio de pagamento ofereça "taxa positiva", o que importaria dizer, que a gestora/licitante "pagasse o empregador" para operar a folha de pagamento do vale alimentação, já não fosse pela viabilidade financeira pelo próprio intuito do referido dispositivo legal. Então, NESTE CASO ESPECÍFICO PARECE SE ESTAR DIANTE DE "EMPATE REAL", EM QUE NÃO HAVERIA MEIOS DE A IMPETRANTE EPP APRESENTAR PROPOSTA DE MODO A COBRIR A OFERTA DOS DEMAIS LICITANTES, DE TAXA ZERO. Então, em tese, nesta primeira análise, não houve ilegalidade pela impetrada a passar diretamente ao sorteio dos licitantes habilitados. Assim, ao menos nesse momento processual, reputo ausente a relevância da fundamentação invocada pelo impetrante. Já não fosse também ausente a urgência eis que a execução do contrato já se iniciou. Ante o exposto, INDEFIRO a liminar para SUSPENDER o Pregão Presencial n.º 001/2023.  
(TJ/SP - COMARCA de Indaiatuba - 4ª Vara Cível - Processo Digital n.º: 1002139-37.2023.8.26.0248) (g.n.)"

38. Restam claros, assim, que os julgados paradigmas ora juntados refletem o correto tratamento conferido às ME e EPP a luz das novas regras do segmento (vedação de taxa de administração negativa), sobretudo porque foram lavrados em ambiente de Tribunal de Contas (exerce o papel de controle externo ao aplicar as normas de direito administrativo) e diante de caso vivenciado no judiciário do Estado de São Paulo.

39. De outra banda, não é preciso eloquente discurso para assegurar que as regras estabelecidas no instrumento convocatório e esclarecimentos vinculantes constituem lei entre os agentes envolvidos, regulando a atuação tanto da Administração Pública quanto das licitantes, cujo preceito normativo é estampado no art. 3º, da Lei Geral de Licitações, e enfatizado pelo art. 41, da mesma lei, que dispõe que "a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada".

40. Por óbvio, as regras estabelecidas no edital visam garantir o mínimo de segurança jurídica às partes envolvidas no processo licitatório. De tal forma que a obediência às regras editalícias e legais aplicáveis é medida que se impõe, sob pena de favorecimento e tratamento desigual entre as licitantes participantes de um processo licitatório, sem contar em eventuais responsabilidades administrativas ao agente público que se omitir frente ao flagrante desrespeito às regras do edital e legislação pátria, pois do agente público espera-se que evite qualquer resultado prejudicial à Administração.

41. Portanto, outra medida não há, a não ser pelo indeferimento do recurso apresentado com a consequente manutenção da decisão lavrada pela Sra. Pregoeira e Equipe de Apoio em que declarou a SODEXO vencedora do certame.  
42. Com efeito, é notável que a Recorrente emprega expediente ardiloso e com o único e exclusivo propósito de embair a argúcia deste Nobre Julgador/Parcerista, sobretudo ao afirmarem que o sorteio deveria ser realizado apenas entre as empresas enquadradas como ME e EPP em detrimento das demais empresas participantes não abrangidas neste porte empresarial.

43. Isto porque, o texto contido no inciso III, do art. 5º, do Decreto Federal nº 8.538/15, regulamenta a hipótese de situação de empate real entre as ME e EPP quando deparável dentre das margens de preferência do empate ficto (5% ou 10%, a depender da modalidade licitatória), contudo, a parte final da norma em comento impõe às ME e EPP sorteada em primeiro lugar presente "melhor oferta", senão vejamos:

"Art. 5º Nas licitações, será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.  
§ 1º Entende-se haver empate quando as ofertas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até dez por cento superiores ao menor preço, ressalvado o disposto no § 2º.  
§ 2º Na modalidade de pregão, entende-se haver empate quando as ofertas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até cinco por cento superiores ao menor preço.  
§ 3º O disposto neste artigo somente se aplicará quando a melhor oferta válida não

houver sido apresentada por microempresa ou empresa de pequeno porte. § 4º A preferência de que trata o caput será concedida da seguinte forma: I - ocorrendo o empate, a microempresa ou a empresa de pequeno porte melhor classificada poderá apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame, situação em que será adjudicado o objeto em seu favor; II - não ocorrendo a contratação da microempresa ou empresa de pequeno porte, na forma do inciso I, serão convocadas as remanescentes que porventura se enquadrem na situação de empate, na ordem classificatória, para o exercício do mesmo direito; e III - no caso de equivalência dos valores apresentados pelas microempresas e empresas de pequeno porte que se encontrem em situação de empate, **SERÁ REALIZADO SORTEIO ENTRE ELAS PARA QUE SE IDENTIFIQUE AQUELA QUE PRIMEIRO PODERÁ APRESENTAR MELHOR OFERTA.**” (g.n)

44. Em outras palavras, o tratamento favorecido e diferenciado conferido às ME e EPP, no que diz respeito ao desempate de proposta, vincula seus efeitos à obrigação de que a primeira colocada apresente preço inferior ao ofertado pela concorrente, a fim de que se evidencie uma das finalidades precípua do processo licitatório, qual seja: a “seleção da proposta mais vantajosa para a administração”.

45. In casu, o efeito pretendido pela Recorrente é inaplicável frente à impossibilidade de ofertar taxa de administração negativa ou por ser estabelecido o limite máximo aceitável em termos de preço, o que resulta num empate geral de propostas empatadas, e não o empate específico entre ME e EPP.

46. Aliás, não é a intenção do legislador, seja constitucional ou regulamentar, efetivar uma interpretação restritiva do caráter concorrencial licitatório. Pelo contrário, a ampla competitividade é a regra de primeira classe e os critérios legais de desempate de proposta é a solução ao caso sob análise. E não poderia ser diferente.

47. A leitura dos artigos mencionados indica a presença deles na avaliação da Sra. Pregoeira e Equipe Técnica de Apoio à promoção do desempate das propostas e, acima de tudo, respeitou a forma estabelecida para o sorteio.

48. Portanto, os atos praticados neste certame possuem respaldo na lei, nos bons costumes e na própria essência do processo licitatório ao prestigiar todas as empresas ao sorteio.

49. Diante desta exposição, constata-se que em nenhuma frente de análise ao pleito alçado pela Recorrente há sustentação jurídica e fática plausível, e, outra medida não há, a não ser pela manutenção da decisão da Sra. Pregoeira e Equipe de Apoio na declaração de vencedora do certame à Recorrida.

#### IV - DOS PEDIDOS

50. Diante do exposto, requer-se o **IMPROVIMENTO** do Recurso Administrativo apresentado pela licitante **VEROCHEQUE**, mantendo-se incólume o ato do Sr. Pregoeira e Equipe de Apoio que declarou a Recorrida como vencedora do certame, por ter respeitado inteiramente as disposições contidas no Edital, como medida de justiça.

#### **- Parecer da Pregoeira e equipe de apoio**

A insurgência da Recorrente é no sentido de impugnar a decisão da Pregoeira, alegando que, não teve reconhecida de plano, a sua condição legal de EPP- Empresa de Pequeno Porte, situação que lhe daria o direito de ter sido escolhida como vencedora do certame.

Após a classificação das propostas, verificou-se que todas as propostas apresentaram o mesmo valor, ou seja, valor de taxa de administração de 0,00%.

Uma vez que no Edital é expressamente vedado a aplicação de taxa negativa, a etapa de lances ficou prejudicada, tendo passado diretamente à etapa de desempate, feita pelo próprio sistema da BEC-Bolsa Eletrônica de Compras, tendo incluído todas as empresas empatadas, e classificando a empresa **SODEXO PASS** em 1º lugar, tendo em vista empate real.

A impossibilidade de utilização de taxa negativa, por sua vez, foi uma inovação trazida pela Lei Federal nº 14.442/2022.

A documentação de habilitação da empresa SODEXO PASS foi analisada e por estar dentro das exigências do Edital, foi declarada vencedora do Pregão, momento no qual a empresa VEROCHIQUE manifestou intenção de recurso, que foi aceita.

Quanto a questão de direito de preferência, O Pregão Eletrônico nº 004/23, tinha como critério de julgamento menor preço, considerando a taxa de administração, que poderia assumir valor igual a zero. Assim, todas as empresas ofertaram taxa 0,00%, apresentando, assim, todas as propostas o mesmo valor.

Analisando o contido na LC 123/2006, as empresas na condição de ME/EPP, para exercerem o direito de preferência, devem **apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame**. No presente Pregão, nenhuma licitante na condição de ME ou EPP teria condições reais de ofertarem um valor inferior à menor proposta, uma vez que não é autorizada a taxa negativa.

A grande controvérsia do feito reside no fato de que as licitantes ME/EPP não poderiam se beneficiar dos critérios de desempate trazidos pela lei, uma vez que isso implicaria em admitir taxa administrativa negativa (proibida pelo edital), já que, segundo os parágrafos 1º e 2º, artigo 44 da LC 123/2006, considera-se empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas são iguais ou até 5% (no caso do pregão) superiores à proposta mais bem classificada.

O art.44 da LC 123/06 teve interpretação autêntica pelo próprio estatuto da ME/EPP considerando o mencionado empate como uma ficção para que se assegure a efetiva apresentação economicamente mais vantajosa à administração pública. 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 em detrimento da vantajosidade a ser buscada pela administração pública. Assim, na hipótese de empate real (não o ficto) deve haver sorteio entre todos os licitantes.

O instituto do “empate ficto”, trazido por tais parágrafos, é aplicado quando se está diante de propostas nominalmente diferentes.

No presente Pregão, não há propostas diferentes. Não há empate ficto, mas, sim, empate real.

Não havendo empate ficto, não há que se falar na utilização dos artigos 44 e incisos I e II do artigo 45, já que não é possível se chegar a uma proposta mais baixa do que as já apresentadas, uma vez que todas as empresas já apresentaram as menores propostas possíveis.

Constata-se que, quando o objeto licitatório for a contratação de fornecimento de vale refeição/vale alimentação, e o edital prever a proibição de taxa negativa, não se pode aplicar as hipóteses de preferências contidas na LC.123/2006, senão sempre será vencedora uma ME/EPP, ferindo diretamente o princípio da isonomia e competitividade do certame.

De todo o exposto, a licitação transcorreu dentro dos princípios da legalidade, isonomia e julgamento objetivo, respeitado os critérios de desempate.

Portanto, não merece prosperar as alegações da empresa VEROCHIQUE REFEIÇÕES LTDA, concluindo-se pelo não acolhimento do recurso interposto.

Diante do exposto a Pregoeira e a Equipe de Apoio mantém a Habilitação da empresa **SODEXO PASS DO BRASIL SERVIÇOS E COMÉRCIO S.A.** para a execução dos serviços.

São Sebastião, 05 de julho de 2023.

MARLENE FABRIS  
Pregoeira

ADRIANA HORTEGA ROQUE  
Subscritora do Edital

BRUNO TADIM LEITE  
Equipe de Apoio

GABRIEL FRANCISCO ROCHA  
Equipe de Apoio

PREGÃO ELETRÔNICO Nº 004/2023  
PROCESSO CDSS-PRC-2022/00095

### **DECISÃO**

À vista das considerações da Pregoeira, do Subscritor do Edital e da Equipe de Apoio, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso interposto pela empresa **VEROCHEQUE REFEIÇÕES LTDA**, **mantendo** a **HABILITAÇÃO** da empresa **SODEXO PASS DO BRASIL SERVIÇOS E COMÉRCIO S.A.**

Dê-se ciência à recorrente aos demais interessados pelos veículos de divulgação de praxe.

Retornem-se à Pregoeira, para prosseguimento ordinário do feito.

São Sebastião, 05 de julho de 2023.

**ALEXANDRE ERNESTO CORRÊA SAMPAIO**  
Diretor Presidente

**VAGNER JOSÉ COSTA**  
Diretor de Administração e Finanças