ILMO SR. PREGOEIRO DO PREGÃO PRESENCIAL Nº. 010/2022
SERVIÇO AUTÔNOMO DE ÁGUA E ESGOTO DE CERQUILHO

PAULO AFRANIO LESSA FILHO, advogado regularmente inscrito na OAB/SP sob o nº. 221.273, portador do RG nº. 3.818.043-1 SSP/SP e do CPF nº. 000.608.968-25, com escritório profissional na Rua Quinze de Novembro, nº, 510, em Piracicaba - SP, CEP 13400-370, e-mail pauloafranio@terra.com.br, vem pela presente apresentar sua **IMPUGNAÇÃO** ao Edital do Pregão Presencial nº. 010/2022, a ser realizado no dia 23/09/2022, pelas seguintes razões:

Consta do Edital, no item 12.5, que o empate na fase de apresentação das propostas será solucionado observando-se:

a- *Preferência na contratação de ME e EPP que optar pela fruição dos benefícios legais ao realizar o credenciamento na forma do item 8.4 (art. 45, caput, da LC nº.123/2006);*
b- *Sendo duas ou mais microempresas ou empresas de pequeno porte empatadas nas condições acima, será realizado sorteio entre elas (art. 45, III, da Lei 123/2006.*

Por outro lado, consta do art. 45 da LC 123/2006, que (G.N.):

*"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."*

Desta forma, o dispositivo legal acima mencionado determina que em caso de empate, a microempresa ou empresa de pequeno porte terá a preferência desde que apresente proposta de preço inferior àquela considerada vencedora.

Assim, os termos constantes do item 12.5. do Edital violam frontalmente a legislação em vigor, notadamente o disposto no art. 45 da LC 123/2006, ao estabelecer a preferência para a contratação de microempresas ou empresas de pequeno porte como único critério de desempate.

Ou, em outras palavras e apenas para efeito de raciocínio, supondo-se que dez empresas participem do certame e que apenas uma seja microempresa ou empresa de pequeno porte, na ocorrência de haver um empate apenas a única microempresa ou a EPP estaria automaticamente classificada, considerando-se o teor do Edital.

Tal disposição viola frontalmente as disposições constantes da Lei 8.666/93, principalmente por restringir o caráter competitivo das licitações.

Entretanto, mesmo se admitindo, em tese, que os termos constantes do item 12.5. do Edital fossem adequados à previsão constante do art. 45 acima mencionado, ainda assim no presente caso a preferência jamais poderia ser exercida ou concedida para as microempresas ou empresas de pequeno porte, em caso de empate entre as propostas apresentadas pelos licitantes.

De fato, se um ou mais participantes do certame apresentarem uma proposta equivalente a uma taxa administrativa de zero por cento, como poderá a microempresa ou empresa de pequeno porte apresentar uma proposta de preço inferior a zero, o que seria possível apenas se apresentar uma taxa negativa (logicamente menor do que zero), mas que é proibido pelo Edital (Item 12.4.8.)?.

Assim, no entendimento do Impugnante, na ocorrência de um empate entre os valores das propostas apresentadas até mesmo pelas microempresas e empresas de pequeno porte, os únicos critérios de desempate seriam unicamente aqueles constantes do Art. 3, § 2º , da Lei 8.666/93.

Pelos fatos expostos, requer o cancelamento da licitação referente ao Pregão Presencial nº. 010/2022 por razões relacionadas à legalidade do certame, e, caso seja este o entendimento de Vossas Senhorias, a edição de um novo Edital contemplando o mesmo objeto mas de acordo com a legislação em vigor,

notadamente em relação aos critérios de desempate, preconizados art. 3, § 2º , da Lei 8.666/93, quais sejam aqueles listados nos números 1, 2 e 3, letra c, item 12.5 do Edital.

Termos em que,
Pede e Espera deferimento
Piracicaba, 13 de setembro de 2022-09

PAULO AFRANIO LESSA FILHO
OAB/SP 221.273

Processo nº 014/2022.

Ref.: Pregão nº 10/2022 (cartão-alimentação).

Assunto: Impugnação. Suposta ilegalidade do edital. Critério de desempate. Preferência na contratação às microempresas e empresas de pequeno porte. Ausência de ilegalidade. Fundamento legal: arts. 3º, II, 170, IX, e 179, CRFB/1988; art. 44, LC nº 123/2006; arts. 5º-A e 3º, §14, Lei nº 8.666/1993; art. 19, Decreto Municipal nº 3.174/2017. Parecer opinativo pela legalidade e prosseguimento do certame, bem como indeferimento da Impugnação.

PARECER JURÍDICO Nº 020/2022

Senhor Pregoeiro,

I – INTRODUÇÃO.

Trata-se de impugnação apresentada por PAULO AFRANIO LESSA FILHO, pugnando, em suma, pelo cancelamento do certame ante a adoção de critério de desempate que beneficia a contratação de microempresa e empresa de pequeno porte, sob fundamento de violação ao regramento do artigo 3º, §2º, da Lei nº 8.666/1993.

Em que pese o inconformismo do Impugnante esta Procuradora Jurídica opina pelo prosseguimento do Pregão e indeferimento da Impugnação pelos motivos de Direito abaixo.

II – FUNDAMENTAÇÃO.

Inicialmente, importante destacar peculiaridade do certame em tela.

Trata-se de licitação, em resumo, para contratação de empresa especializada no fornecimento e administração de cartão-alimentação aos servidores da autarquia municipal.

Para elaboração das propostas a licitante interessada irá aplicar um percentual relativo à taxa de administração sobre o valor total estimado do benefício, cálculo aritmético que resultará no valor final da proposta.

O edital veda a estipulação de taxa de administração negativa com fundamento no artigo 3º, parágrafo único, da Lei Municipal nº 2.946/2010, combinado com o artigo 175 do Decreto Federal nº 10.854/2021 e artigo 3º, inciso I, da Lei nº 14.442/2022, bem como respeitado o último entendimento manifestado pelo E. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, no TC-009245.989.22-3, em sessão do Tribunal Pleno realizada em 06/04/2022.

Ocorre que, em pesquisa de mercado realizada pelo setor competente do SAAEC, não foi obtido qualquer orçamento com valor de taxa de administração superior a 0%, de modo que o valor total estimado considerou taxa de administração de 0%.

Assim, temos situação na qual as propostas das licitantes, de um lado, por impedimento legal, não podem considerar taxa de administração inferior a 0% e, de outro lado, por impedimento de mercado, não podem adotar taxa de administração superior a 0%.

Desse modo, participando mais de uma licitante no certame, inevitavelmente teremos uma situação de empate desde a abertura das propostas, sem margem para lances ou negociação.

Atento a essa especificidade, o setor competente do SAAEC regulamentou de maneira transparente, impessoal e objetiva a forma de desempate, a qual, em um primeiro momento, considera a qualidade de microempresa e empresa de pequeno porte da licitante, exatamente o objeto da impugnação em análise.

Situado o tema e a especificidade a ele inerente, registro que o tratamento favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte é princípio da ordem econômica brasileira (art. 170, IX, CRFB/1988), mandamento aos entes políticos (art. 179, CRFB/1988) e decorrência direta do objetivo fundamental da República Federativa do Brasil de "garantir o desenvolvimento nacional" (art. 3°, II, CRFB/1988).

> *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.*
> *(...)*
>
> *Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.*

A regulamentação do tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte foi realizada pela Lei Complementar n° 123/2006, que, especificamente quanto ao critério de desempate em licitações públicas, é cristalina ao estabelecer:

> *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.*

O *caput* do dispositivo (acima destacado) não deixa margem para dúvida quanto à exigência legal de fixação, nas licitações, como critério de desempate, a contratação das microempresas e empresas de pequeno porte, exatamente o que foi realizado pelo Edital Pregão nº 010/2022, demonstrando conformidade editalícia ao princípio da legalidade.

Destaca-se, aliás, que os parágrafos primeiro e segundo do dispositivo são expressos no sentido de que o critério de desempate se aplica quando houver identidade de preços ou superioridade de até 5%.

Assim, o artigo 45 da LC nº 123/2006, transcrito nas razões da Impugnação, não pode ser lido de forma isolada, mas sistematicamente ao quanto estabelecido no anterior artigo 44 e ao tratamento favorecido estabelecido pela Constituição Federal.

No caso, foi preciso aliar as disposições legais e constitucionais (tratamento favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte) com a especificidade do presente certame, pois, vedado por lei o estabelecimento de taxa negativa e trabalhando o mercado com o percentual de 0% (limite adotado para a contratação), por óbvio, será impossível à ME/EPP apresentar proposta em percentual inferior à vencedora, até porque a vencedora também só seria conhecida após sorteio.

De tal modo, como não compete a esta Administração legislar, mas tão somente obedecer as disposições legais existentes, vigente regramento impondo a contratação de ME/EPP como critério de desempate, o edital nada mais fez do que trazer concretude a benefício criado pelo legislador.

Não há que se falar em restrição ao caráter competitivo quando o tratamento favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte é estabelecido pela norma constitucional e o critério de desempate é imposto por lei, significa dizer, a própria LC nº 123/2006 prefere que a contratação seja realizada com uma ME/EPP em prejuízo de pessoa jurídica de maior porte, sem qualquer margem de discricionariedade ao administrador.

Nesse sentido, ainda, é o artigo 19, *caput*, do Decreto Municipal nº 3.174/2017:

> Art. 19. É assegurada a preferência de contratação de microempresas e empresas de pequeno porte, como critério de desempate.

Frise-se que o tratamento privilegiado a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte conta com previsão, inclusive, no artigo 5º-A da Lei nº 8.666/1993:

> *Art. 5º-A. As normas de licitações e contratos devem privilegiar o tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte na forma da lei.*

Registre-se, por fim, que o próprio artigo 3º da Lei nº 8.666/1993, que o r. Impugnante requer seja observado como critério de desempate, estabelece no seu §14 que as preferências nele previstas DEVEM privilegiar o tratamento favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte:

Rua Augusto Dorighello, 320 - Tel/Fax: (15) 3384-8200 - Jd. Esplanada - CEP: 18520-000 - CERQUILHO - SP - www.saaec.com.br

Art. 3º
(...)
§ 2º Em igualdade de condições, como critério de desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços:
(...)
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.
(...)
*§ 14. **As preferências definidas neste artigo e nas demais normas de licitação e contratos devem privilegiar o tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte na forma da lei.***

Dessa forma, por entender que o edital observa mandamento constitucional consistente em conferir tratamento favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte, bem como observa o princípio da legalidade administrativa, não vislumbro qualquer ilegalidade no estabelecimento de contratação de ME/EPP como critério de desempate, pelo contrário, acredito se tratar de postura consentânea com uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico (art. 3º, II, art. 170, IX, e art. 179, CRFB/1988; art. 44, LC nº 123/2006; art. 5º-A e art. 3º, §14, Lei nº 8.666/1993; art. 19, Decreto Municipal nº 3.174/2017).

III – CONCLUSÃO.

Ante tais considerações, pelos fundamentos jurídicos acima, **OPINO** pelo recebimento da Impugnação, porque tempestiva, porém pelo seu indeferimento, mantendo-se incólumes as regras editalícias, pois categoricamente legais.

É o parecer, s.m.j. e *sub censura*, que submeto à apreciação de Vossa Senhoria.

Cerquilho, 14 de Setembro de 2022.

Liliane Regina Vieira Lucas de Camargo Barros

Procuradora Jurídica

OAB/SP nº 293.431

Rua Augusto Dorighello, 320 - Tel/Fax: (15) 3384-8200 - Jd. Esplanada - CEP: 18520-000 - CERQUILHO - SP - www.saaec.com.br

ESCLARECIMENTO

PREGÃO PRESENCIAL Nº 010/2022

PROCESSO N°. 014/2022

OBJETO: Contratação de empresa especializada na prestação de serviços de fornecimento e administração de cartão alimentação, na forma de cartões eletrônicos, preferencialmente com chip de segurança, destinados aos servidores do Serviço Autônomo de Água e Esgoto de Cerquilho – SAAEC.

O Pregoeiro do SAAEC – Serviço Autônomo de Água e Esgoto de Cerquilho – vem mui respeitosamente **esclarecer** o que segue.

Trata-se de impugnação apresentada por PAULO AFRANIO LESSA FILHO, tempestivamente oferecida, razão pela qual, merece ser recebida e analisada.

Insurge o Impugnante, em suma, pelo cancelamento do certame por entender que o critério de desempate, previsto no Edital, beneficia a contratação de microempresa e empresa de pequeno porte, suscitando o Artigo 3º, §2º, da Lei 8.666/1993.

Todavia, apesar das alegações ali aduzidas, a Impugnação deve ser indeferida, considerando as peculiaridades do certame, as quais estão em consonância com o imperioso entendimento do E. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo - TC 009245.989.22-3-, já devidamente esmiuçado no Parecer Jurídico nº 14/2022, **o qual acolho e adoto como razões de decidir, pelos próprios fundamentos**.

Sendo assim, **INDEFIRO** a Impugnação impetrada, dando continuidade à Licitação em tela, mantendo todas as disposições editalícias e a sessão pública designada para **23/09/2022, às 09:00 horas.**

Cerquilho, 15 de setembro de 2022.

Felipe Augusto Ferreira
Pregoeiro