AO(À) SENHOR(A) PREGOEIRO(A) DA CÂMARA MUNICIPAL DE SOROCABA-SP

Ref.: Pregão Presencial nº 003/18

A empresa **SODEXO PASS DO BRASIL SERVIÇOS E COMÉRCIO S.A.**, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 69.034.668/0001-56, com sede na Alameda Araguaia, nº 1.142, Bloco 3 – Alphaville, Barueri-SP, CEP: 06455-000, endereço eletrônico: tiago.nebesny@sodexo.com, não concordando com os termos contidos no instrumento convocatório acima referenciado, vem, tempestivamente, por seu representante legal, interpor

IMPUGNAÇÃO AOS TERMOS DO EDITAL

QUANTO AO CRITÉRIO DE DESEMPATE SORTEIO SER REALIZADO EXCLUSIVAMENTE ENTRE AS ME E EPP

com base no §2º, do art. 41, da Lei Federal nº 8.666/93, e item 13.4.2, do Pregão Presencial nº 003/18, pelas razões de fato e de direito a seguir expostos:

Trata-se de Pregão Presencial, registrado sob o nº 003/2018, que visa a *"a prestação de serviços de administração, gerenciamento, emissão e fornecimento de vale-alimentação e vale-refeição, na forma de cartão eletrônico com chip ou tarja magnética, para os servidores da Câmara Municipal de Sorocaba"*.

I - DO ITEM EDITALÍCIO IMPUGNADO

Em que pese o extremo zelo do Órgão Licitante ao elaborar o presente instrumento convocatório, existem disposições editalícias que contrariam o ordenamento jurídico pátrio e, sobretudo, os critérios legais para a promoção de desempate de propostas comerciais, senão vejamos:

Segundo consta nos itens 5.6.1 e 5.6.1.1, do edital,

> 5.6.1 - No caso das melhores propostas selecionadas permanecerem empatadas, e após obedecido o disposto no § 2º do art. 3º da Lei n.º 8.666/93, a classificação se fará, obrigatoriamente, por sorteio, vedado qualquer outro processo. (§ 2º, art. 45 da Lei n.º 8.666/93).
> 5.6.1.1 – No caso do item 5.6.1, **o sorteio será realizado exclusivamente entre as Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, se houver.** (Art. 44 da Lei Complementar Nacional nº 123/06).

De acordo com a redação acima, na hipótese de empate de propostas comerciais apresentadas por ME e EPP com as demais licitantes constituídas por outras formas societárias, o sorteio presencial será realizado tão somente entre as ME e EPP.

Tal previsão baseia-se, segundo o edital, no art. 44, da Lei Complementar nº 123/06, que dispõe o seguinte:

> 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** aq**uelas 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.

Ocorre que pela leitura completa do art. 44, citado, em conjunto com o seus parágrafos, observa-se que o empate referenciado no *caput* do artigo diz respeito ao conhecido **empate ficto**.

Neste empate (empate ficto), é conferido às ME e EPP a possibilidade de apresentarem uma nova proposta.

Ou seja, permite que a ME e EPP apresentem mais um lance para obterem a vitória do certame.

Essa faculdade somente é conferida quando a proposta comercial seja igual ou superior a 10% (nas modalidades tradicionais) ou 5% (no Pregão) em relação à primeira classificada.

Dito de outro modo, o denominado EMPATE FICTO 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"

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, vejamos:

1. oferecer proposta (ou lance) igual ou até 10% ou 5%, no caso do pregão, superior a menor proposta; e

2. cobrir a proposta ofertada pela primeira colocada, para que reste demonstrado a vantajosidade de seu preço perante à Administração Público.

Ou seja, **o direito de preferência é VINCULADO à demonstração de vantajosidade econômica à Administração Pública**.

Assim, devido às características que permeiam este certame, não há o que se falar em empate ficto, já que o edital veda a propositura de taxa administrativa negativa (item 4.1, do edital).

Ademais, mesmo que se tratasse de empate ficto (o que não reflete o presente caso por se tratar de empate real), nenhuma empresa enquadrada como ME e EPP poderia ser beneficiada, por ser IMPOSSÍVEL cobrir a proposta da empresa melhor classificada, frente à vedação de ofertas de taxa de administração negativa.

Corroborando o acima alegado, Joel de Menezes Niebuhr[1] 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)"

No mesmo esteio, ensina o Professor Marçal Justen Filho[2]:

> "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.)"

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.

---

[1] NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação Pública e Contrato Administrativo. Curitiba: Zênite, 2008. Ed. 1°. p. 329.
[2] FILHO, Marçal Justen. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Ed. 16ª. p 104.

Outrossim, a realização de sorteio exclusivamente entre ME e EPP é hipótese não prevista em lei. Pelo contrário, a lei regulamenta apenas a possibilidade de empate FICTO, dentro de certas circunstâncias, o que nada se compara a realização de sorteio fechado somente entre ME e EPP.

Deste modo, a correta aplicação do critério de desempate, a fim de conferir **legalidade** e, consequentemente, **evitar qualquer restrição ao caráter competitivo do certame**, deve seguir os critérios dispostos nos incisos do § 2º, do art. 3, da Lei Geral de Licitações, prestigiando a participação de todas as licitantes, independentemente de sua constituição societária.

II - DO PEDIDO

Diante do exposto, e considerando que:

(i) por conta da vedação de ofertas de taxa de administração negativa, todas as licitantes ofertarão as suas propostas com taxa de administração 0% (zero percentual);

(ii) o empate ficto não se aplica no presente certame, em razão da impossibilidade de ofertar valor mais vantajoso à Administração Pública;

(iii) a interpretação válida dos §§ do art. 44, da LC nº 123/06, não coaduna com a previsão editalícia no item 5.6.1.1., que prevê sorteio apenas entre as ME e EPP;

(iv) devem seguir os critérios de desempates previstos nos incisos do §2, do art. 3º, da Lei Geral de Licitações, de forma **cronológica**,

(v) o procedimento adotado quanto ao sorteio deve ser aplicado após os critérios indicados nos incisos do §2º, do art. 3º, da Lei Geral de Licitações, para que ao cabo se adote o previsto no art. 45, da Lei Federal nº 8.666/93 (sorteio);

A **SODEXO**, tendo confiança na sabedoria do D. Pregoeiro, requer seja recebida a presente impugnação, eis que é tempestiva ou recebida como direito de petição (decorrente do poder de autotutela da administração, ou seja, do dever de rever os seus próprios atos), e a ela seja dado PROVIMENTO, a fim de que retifique o item 5.6.1.1, do edital, possibilitando a realização de sorteio presencial om todas as empresas presentes na sessão do pregão e, por conseguinte, sejam envidados os esforços

necessários à republicação do edital, adequando às finalidades precípuas do processo licitatório, a saber: a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e, principalmente, ao principio da legalidade e da competividade.

Desta forma, considerando a revisão da exigência supramencionada contida no instrumento convocatório, o Edital em referência estará pautado nas regras determinadas pela Lei Federal nº 8.666/93, obedecendo aos seus próprios fundamentos e regerá uma contratação inquestionável, sob o ponto de vista legal.

Requer-se a manifestação expressa desse ilustre Ente Licitante acerca das questões legais e preceituais ora ventiladas, para fins de resguardar o direito de petição da impugnante.

Nestes termos,

Pede deferimento.

Barueri-SP, 23 de abril de 2018.

Atenciosamente,

69.034.668/0001-56
SODEXO PASS DO BRASIL
SERV. E COM. S/A
Al. Araguaia nº1142 - Bloco 3
Alphaville - CEP 06455-000
Barueri - SP

SODEXO PASS DO BRASIL SERVIÇOS E COMÉRCIO S.A.
CNPJ nº 69.034.668/0001-56
TIAGO CASSEMIRO FALCHI NEBESNY
Consultor Administrativo de Mercado Público
OAB/SP nº 344.147