Ao Sr.
Igor Gourlart
Representante da Up Brasil.

QUESTIONAMENTO:

"A Câmara de Sorocaba SP respondeu pelo seguinte:
"Conforme parecer jurídico anexo, na ocorrência de todas as propostas empatarem, com apresentação de propostas zeradas, e face a impossibilidade de apresentação de propostas negativas e novos lances, dar-se-à preferência às ME e EPP, realizando-se sorteio, apenas entre as ME e EPP, com base no caput do art. 44, Lei Complementar Nacional nº 123/06."

Pois bem, é sabido que a Lei Complementar 123/06 faz menção a realização de sorteio EXCLUSIVAMENTE entre as MEs e EPPs. Entretanto, isso acontece quando o edital for EXCLUSIVAMENTE para participação de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, o qual não cabe para esse certame, até porque o valor não comporta, ou seja, R$2.547.200,00. Sendo assim a Administração não está dando preferência as MEs/EPPS e sim está dando a EXCLUSIVIDADE a elas. Hoje em dia essas empresas estão pleiteando a exclusividade e não o direito de preferência. O correto seria dar preferência quando o edital tiver a previsão legar de desconto, de taxas negativa, para a Micro cobrir os lances ofertados de outras empresas ou cobrir a proposta inicial, o que foge do caso em tela.
Entende-se que o benefício dado é apenas quando se pode alterar a proposta, no caso em tela, quando há permissão de ofertar lances, e não aceitar a proposta principal apresentada entre os licitantes.
Ao se publicar um edital de licitação, o que se espera é que o objetivo de selecionar a melhor proposta para a Administração seja atingido. Por conseguinte, a melhor forma de se atrair melhores propostas, é favorecendo a competitividade entre as empresas. O próprio edital deve ser interpretado e orientado no sentido de incrementar a disputa, atrair o maior número possível de interessados e obter uma empresa apta para contratar com a Administração Pública.
Se assim não procede, há um claro desvio de finalidade na utilização do procedimento licitatório, uma inversão de princípios.
Fixar a exigência supra citada para aquisição de vale alimentação/refeição, além de afrontar a Carta Magna deste país, afronta todas as orientações jurisprudenciais existentes, a anomalia deixa de ser legal, para ser direcionada. Além de tudo, devemos levar em consideração o princípio da isonomia, senão vejamos:

"STJ decidiu: "A licitação pública caracteriza - se como um procedimento administrativo que possui dupla finalidade, sendo a primeira a de escolher a proposta mais vantajosa para a Administração e a segunda, a de estabelecer a igualdade entre os participantes." (fonte: STJ. RESP n° 447814/SP. DJU 10, março;2003.p.00112)."

Transcreva-se, para facilidade de análise, o artigo 3° da Lei de Licitações:
Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração 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 lhe são correlatos.
§ 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 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;

Reza o Princípio da Igualdade que todas as empresas que participarem do certame devem ter tratamento isonômico, sem privilégios ou favorecimentos. Sendo assim, se uma empresa de grande porte ou médio porte, foi credenciada, classificada sua proposta e é impedida de participar do sorteio, tal princípio estaria sendo violado uma vez que uma empresa seria tratada de maneira diferente das demais.
Os arts. 44 e 45 da LC criaram uma espécie de empate ficto entre propostas ofertadas pelas pequenas empresas e pelas demais, conferindo-se àquelas, caso haja tal empate, a possibilidade de apresentar uma nova proposta, tendo mais uma chance para obter, assim, a vitória do certame. Tal procedimento só é aplicável quando há possibilidade de ofertar lances, neste caso do pregão de n°03/2018 a Portaria n°1.287 de 27 de dezembro de 2017 veda a ofertas de lance negativas. Com isso a preferência por Microempresas torna-se inviável.
Permitindo o sorteio entre a pequenas empresas, não poderíamos chamar de "incentivo às pequenas empresas", sem deixar de registrar, entretanto, a existência de inconstitucionalidades específicas.
Ademais, nos termos do art. 40§2° da Lei 8.666/93, constata-se que, no caso de empate, salvo a situação do §2° do art. 3°, a classificação se fará, OBRIGATORIAMENTE, ***por sorteio, em ato público, vedado qualquer outro processo.***
A título de conhecimento, em nenhum momento a, LC 123/06 prevê que a preferência de contratação se dará de forma automática, com a exclusão das empresas que não se enquadrem com ME e EPP do certame ou sorteio. Se assim, fosse, a lei complementar 123/06 deveria dispor claramente sobre tal procedimento sob pena de ofensa ao princípio da legalidade.
Outro ponto que demonstra que a interpretação da contratação automática é evidente é o disposto no art.48, inciso I da LC 123/06, que prevê a realização de procedimento licitatório exclusivos para ME e EPP em licitacoes cuja contratação não supera R$80.000,00 (oitenta mil reais).
Limitar o sorteio às MEs e EPPs com base no art.44 da LC 123/06 geraria uma nova modalidade de exclusividade de licitação que não foi prevista na Lei, em valor acima do valor máximo da exclusividade., ignorando os limites previstos no art. 49 da mesma Lei.
Sugere-se a suspensão desse pregão para uma análise mais aprofundada sobre o tema.
Demonstrado por cristalinos argumentos que tal posicionamento da Câmara Municipal de Sorocaba SP é mero erro de interpretação que pode perfeitamente ser sanado por esta ilustre Comissão de Licitação para não prejudicar os licitantes interessados, solicitamos análise e compreensão do presente esclarecimento e devida retificação do posicionamento feito sobre a matéria.

Complementarmente, a empresa sugere que:
"Caso todas as empresas entrem com mesmo valor/taxa 0%, sugere-se sorteio entre todas as empresas licitantes, de médio porte, grande porte, EPPs e MEs."

RESPOSTA:

A Câmara Municipal de Sorocaba acata parcialmente as alegações, cancela a abertura agendada para o dia 18/05/2018 e realizará a retificação do edital de Pregão 03/2018.

Sorocaba, 16 de maio de 2018.

MARLI SIQUEIRA PEREZ
Pregoeira