

**ILUSTRÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO DA
CÂMARA MUNICIPAL DE SOROCABA**

Edital Pregão Presencial nº 11/2023

MEGA VALE ADMINISTRADORA DE CARTÕES E SERVIÇOS

LTDA, pessoa jurídica de direito privado, representada neste ato pelo sócio administrador Sr. Rafael Prudente Carvalho Silva, RG nº. 44.116.702-0 e CPF sob o nº 350.882.968-51, devidamente inscrita no CNPJ sob o nº. 21.922.507/0001-72, com sede em Barueri/SP, à Avenida Marcos Penteado de Ulhôa Rodrigues, nº 939, 8º andar, Torre I, Ed. Jacarandá, Bairro Sitio Tamboré Jubran – licitacao@megavalecard.com.br, (11) 93277-0546, por seus advogados que esta subscreve, vem respeitosamente à presença de Vossa Senhoria, interpor

RECURSO ADMINISTRATIVO

em face da decisão do Sr. Pregoeiro a qual decidiu por aplicar o critério de desempate da Lei 8.666/93, **sem efetuar a análise de documentos e sem respeitar o critério de desempate previsto nos artigos 44 e 45, e seus incisos, da LC nº 123/06 e o PRÓPRIO EDITAL**, que prevê o critério de PRIORIDADE do desempate em casos de Microempresas e empresas de Pequeno Porte; o que macula a lisura do certame promovido pela Câmara de Sorocaba, requerendo seja o presente Recurso admitido e processado na forma da Lei, com o encaminhamento à autoridade superior, juntamente com as inclusas razões.

I - DOS FATOS

A Câmara de Sorocaba realizou o Pregão Presencial nº 11/2023, cujo objeto é:

1. OBJETO

1.1 - A presente licitação tem como objeto prestação de serviços de administração, gerenciamento, emissão e fornecimento de vale alimentação e vale refeição, na forma de cartão eletrônico com chip, para os servidores da Câmara Municipal de Sorocaba, para aquisição de alimentação e refeição em estabelecimentos comerciais credenciados, conforme descrição constante no Termo de Referência, **Anexo II**, deste edital.

No dia 21 de junho de 2023 às 09h00, ocorreu a sessão pública do certame, na qual, após o credenciamento, foi iniciada a abertura das propostas, momento em que fora constatado que todas as empresas participantes apresentaram a mesma taxa de administração, sendo taxa 0%.

Constatado o empate entre todas as empresas, o Sr. Pregoeiro verificou quanto a aplicação da LC 123/06 **considerando que não seria possível sua aplicação tendo em vista que o edital vedava taxa negativa**. Ato contínuo solicitou declaração das empresas participantes para fim de cumprimento do critério de desempate previsto no §2º do art. 3º da Lei 8.666/93, **entretanto não analisou de fato todos os documentos apresentados considerando todas empatadas novamente**.

Após recebimento da declaração realizou o sorteio entre TODAS as licitantes, em total descumprimento no quanto disposto na própria Lei 8666/93 e a Lei 123/06, não garantindo o direito de **PREFERÊNCIA** na contratação entre as empresas que são ME/EPP.

Em que pese os esforços do Sr. Pregoeiro para proceder com o certame de forma mais assertiva, temos que o critério de desempate adotado não fora efetivo pois primeiramente não foi garantido a preferência na contratação para as ME/EPPs, segundo porquê não fora analisado os documentos apresentados pelas

empresas licitantes para cumprimento do critério de desempate previsto no §2º, art. 3º da Lei 8666/93.

Assim, diante do desrespeito ao que prevê o artigo 44 e 45 e incisos da LC nº 123/06, bem como considerando que o sorteio deve ser realizado somente entre as ME/EPPs pois possuem preferência na contratação, a decisão que declarou a empresa SODEXO PASS DO BRASIL deve ser reformada, sendo o sorteio ser realizado o SORTEIO APENAS COM AS EMPRESAS QUE SÃO ME/EPP.

II – DO MÉRITO

II. 1 – DA ILEGALIDADE DO SORTEIO - NÃO APLICAÇÃO DA LEI 123/2006 – VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE – OBRIGATORIEDADE DA APLICAÇÃO DA LEI.

Como consta na Ata, o Sr. Pregoeiro observou que houve empate entre as propostas habilitadas, sendo que todas apresentaram propostas com taxa de administração 0%, conforme exigido no edital.

No entanto, foi realizado sorteio entre TODAS as licitantes, em desrespeito ao que prevê a legislação.

A preferência conferida pela Lei 123/2006 às empresas ME/EPP, que se aplica **tanto quando se tratar de empate FICTO, quanto empate REAL**, também deveria ter sido observado pelo Pregoeiro e sua equipe de apoio, sendo claro no §º1º do artigo 44 que “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.”

Vejamos:

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

pequeno porte. (Vide Lei nº 14.133, de 2021

§ 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.

Portanto em razão do que reza o artigo acima a Lei 123/2006 preconiza o direito de preferência para as ME/EPP's, tanto quando houver empate REAL, como FICTO.

O artigo 3º da Lei 8.666/93, determina que: 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.

Portanto, não resta dúvida de que toda a condução da licitação deverá ser observada a aplicação DA LEI.

No presente caso, verifica-se que em uma CLARA VIOLAÇÃO LEGAL, o pregoeiro ignorando a Legislação vigente, SIMPLEMENTE deixou de aplicar o direito de Preferencia conferido pela Constituição Federal, e também pela Lei 123/2006 às Micro e Pequenas Empresas.

Já no inciso II do artigo 45 do mesmo diploma legal acima citado, o legislador afirma que **havendo empate entre a ME/EPP's, realizar-se-á, SORTEIO ENTRE ELAS, ou seja, havendo empate REAL das propostas, o pregoeiro deverá**

para fins de desempate, realizar sorteio SOMENTE ENTRE as Micro e Pequenas empresas.

Vejamos:

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;

II - Não ocorrendo a contratação da microempresa ou empresa de pequeno porte, na forma do inciso I do caput deste artigo, serão convocadas as remanescentes que porventura se enquadrem na hipótese dos §§ 1º e 2º do art. 44 desta Lei Complementar, na ordem classificatória, para o exercício do mesmo direito;

III - no caso de equivalência dos valores apresentados pelas microempresas e empresas de pequeno porte que se encontrem nos intervalos estabelecidos nos §§ 1º e 2º do art. 44 desta Lei Complementar, **será realizado sorteio entre elas para que se identifique aquela que primeiro poderá apresentar melhor oferta.**

A Lei ora citada, não deixa dúvida que o critério de desempate em tela se constitui em genuíno direito subjetivo, que não pode vir a ser subtraído ao livre arbítrio das administrações licitantes, aliás, fica igualmente claro que as administrações são sujeitas passivas deste direito ao critério preferencial de desempate, que tem como sujeito ativo as MEs e EPPs.

Ademais, a título de exemplo, **a empresa LE CARD não cumpre com os requisitos da Lei 8666/93 no que se refere ao inciso IV, visto que não possui protocolo eletrônico no MCTI, ou seja, sequer deveria ter participado do sorteio, que já ocorreu de forma equivocada por ter sido realizada com todas as licitantes.**

É sabido que o administrador deve pautar sua conduta no princípio da legalidade, isonomia e impessoalidade.

Os Constituintes, por ocasião da elaboração da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, preocupados com a **transparência e legalidade nas licitações públicas**, inseriram no texto ordenamento claro e objetivo. Vejamos:

“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:

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. (Grifos nossos)

Além disso, o próprio edital trouxe a previsão de que para o exercício do **direito de preferência previsto na LC 123/06** bastasse que a empresa comprovasse o seu enquadramento, **o que fez essa Recorrente**.

Ademais, o princípio da vinculação ao instrumento convocatório é corolário do princípio da legalidade e da objetividade das determinações habilitatórias. Impõe à Administração e ao licitante a observância das normas estabelecidas no Edital de forma objetiva, mas sempre velando pelo princípio da competitividade.

Destaca-se o melhor entendimento doutrinário:

"O edital é a lei interna da licitação e vincula inteiramente a Administração e os proponentes" (Hely Lopes Meirelles, "Direito Administrativo Brasileiro", 30a ed., SP: Malheiros, p. 283)."

Vale ressaltar, ainda, a lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ainda, a respeito do princípio da vinculação ao edital:

"Trata-se de princípio essencial cuja inobservância enseja nulidade do procedimento. Além de mencionado no art. 3º da Lei n 8.666/93, ainda tem seu sentido explicitado, segundo o qual "a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada". E o artigo 43, inciso V, ainda exige que o julgamento e classificação das propostas se façam de acordo com os critérios de avaliação constantes do edital. O princípio dirige-se tanto à Administração, como se verifica pelos artigos citados, como aos licitantes, pois estes não podem deixar de atender aos requisitos do instrumento convocatório (edital ou carta-convite); se deixarem de apresentar a documentação exigida, serão considerados inabilitados e receberão de volta, fechado, o envelope-proposta (art. 43, inciso II); se deixarem de atender as exigências concernentes a proposta, serão desclassificados (artigo 48, inciso I)".

É nítido que o Pregoeiro e sua equipe de apoio erraram ao realizar o sorteio tanto com a empresa Recorrida, quanto com as demais empresas que não são ME/EPP (s), isto porquê o sorteio deveria ter sido realizado apenas entre as empresas beneficiárias da LC 123/06.

O Pregoeiro agiu erroneamente ao considerar a empresa **SODEXO PASS** como vencedora e **ainda não respeitando o quanto determinado na legislação e no próprio Edital, pois, apenas as empresas licitantes que são ME e EPP é que poderiam participar do sorteio.**

Assim foi A DECISÃO FAVORÁVEL no Mandado de Segurança impetrado por esta Recorrente na cidade de Pereiras – Processo nº 1001543-08.2022.8.26.0145 2ª Vara Judicial da Comarca de Conchas/SP:

"(...))

É o relatório necessário para apreciação do pleito liminar.

Vislumbro presentes o fumu bonis iuris e periculum in mora para autorizar a tutela provisória de urgência e suspender, liminarmente, inaulti altera pars, o processo licitatório, na medida em que se poderá formalizar contratação irreversível de terceira empresa, tornando ineficaz eventual julgamento de procedência deste mandamus.

Notifique-se a impetrada para prestar informações e o órgão de representação da pessoa jurídica representada (art. 7º, I e II, da Lei nº 12.016/09), se o caso, pelo portal, servindo a presente, por cópia, como Ofício, que poderá ser protocolizado pela própria impetrante, no prazo de 48 horas.

Cientifique-se, ainda, via postal, o litisconsorte passivo (Alymente Benefícios e Similares Ltda) para, em querendo, ingressar e ofertar manifestação nos autos, no prazo de 10 dias.

Para tanto, deverá a impetrante depositar a taxa do correio, no prazo de 48 horas.

Prestadas as informações ou decorrido os prazos supras, dê-se vista ao Ministério Público e tornem conclusos para sentença”.

Assim, deve ser **ANULADO** o ato que declarou a empresa SODEXO PASS como VENCEDORA, para cumprimento do quanto previsto na legislação, sendo realizado os critérios de desempate previstos no artigo 3º, §2º, inciso V, da Lei 8666/93 e após referido critério, ser realizado o SORTEIO apenas entre as empresas que são beneficiárias da Lei 123/06.

IV– DOS PEDIDOS E REQUERIMENTOS

Em face do exposto, requer-se seja dado **PROVIMENTO** ao presente recurso interposto por **MEGA VALE ADMINISTRADORA DE CARTÕES E SERVIÇOS LTDA** para **anular a decisão que declarou a empresa SODEXO PASS DO BRASIL SERVIÇOS E COMÉRCIO S/A como vencedora, devendo ser realizado NOVO SORTEIO**, seguindo os critérios de desempate previstos no artigo 3º, §2º, inciso V, da Lei 8666/93 e após referido critério, **ser realizado o SORTEIO apenas entre as empresas que são beneficiárias da Lei 123/06.**



Requer, ainda, que todas as intimações, caso encaminhadas eletronicamente, sejam enviadas ao e-mail **rafael@megavalecard.com.br** com cópia para o e-mail - **licitacao@megavalecard.com.br**.

Nestes Termos, Pede deferimento.

Barueri/SP, 23 de junho de 2023.

MEGA VALE ADMINISTRADORA DE CARTÕES E SERVIÇOS LTDA

Rafael Prudente Carvalho Silva
OAB/SP 288.403