

AO(A) SENHOR(A) PREGOEIRO(A) DA CÂMARA MUNICIPAL DE SOROCABA

Ref.:

Pregão Presencial nº 11/2023

A empresa **SODEXO PASS DO BRASIL SERVIÇOS E COMÉRCIOS S.A.**, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 69.034.668/0001-56, com endereço eletrônico: tiago.nebesny@sodexo.com, por seu procurador, conforme documentos já atrelados aos autos do processo licitatório em questão, vem, respeitosamente, à presença do(a) Ilustre Pregoeiro(a), **APRESENTAR CONTRARRAZÕES AO RECURSO ADMINISTRATIVO INTERPOSTO PELAS EMPRESAS VEROCHECK REFEIÇÕES LTDA E MEGA VALE ADMINISTRADORA DE CARTÕES E SERVIÇOS LTDA**, com fulcro no inciso XVIII, do art. 4º, da Lei Federal nº 10.520/00, c/c o item 8, do Edital em questão, pelas razões de fato e de direito a seguir aduzidas

I - BREVE HISTÓRICO

1. Trata-se de processo licitatório promovido pela Câmara Municipal de Sorocaba, por meio de Pregão Presencial nº 001/23, visando à contratação de pessoa jurídica para prestar serviço de *“gerenciamento, implementação e administração de vales alimentação e refeição”*, cuja sessão pública ocorreu no dia 21 de junho de 2023, com a participação de 9 empresas.

2. Superada a aceitabilidade de propostas e, uma vez constatado o empate de propostas apresentadas, reflexo das novas diretrizes do segmento a partir da vedação de ofertas de taxa de administração negativa, e por ação do Pregoeiro foi solicitado que as licitantes participantes apresentassem uma *“declaração onde constava o cumprimento do §2º, do art. 3º, da Lei 8.666/93 quanto aos critérios de desempate”*, oportunidade em que todas as participantes entregaram tal declaração.

3. Ato contínuo, foi realizado o sorteio para definir a ordem de classificação das licitantes, sendo a SODEXO classificada em primeiro lugar no lote Vale Alimentação.

4. Após, deu-se início à análise dos documentos pertinentes aos critérios de desempate, a fim de averiguar se foram juntados documentos para comprovar o quanto alegado em declaração, cuja etapa foi cumprida em conjunto com os documentos de habilitação, sendo seguida da declaração de vencedora do certame, por atender plenamente todas as exigências editalícias.

5. Sem aparente motivo justo e aplicável aos procedimentos adotados na sessão, as licitantes VEROCHQUE e MEGA VALE manifestaram a intenção de interpor recurso e apresentaram as respectivas razões recursais, as quais passamos a analisá-las.

II – DA TEMPESTIVIDADE

6. Conforme disposto no item 8, do Edital, findo o prazo para a apresentação das razões recursais pela Recorrente, ficam intimadas as demais licitantes para que, querendo, apresentem, no prazo de 3 (três) dias úteis, contrarrazões aos argumentos nele levantados.

7. *In casu*, o prazo final para apresentação das razões recursais vence no dia 26/06/23 (o que foi respeitado pelas Recorrentes) e o término para contrarrazoar é no dia 29/06/23 (só se iniciam e vencem os prazos em dia de expediente no órgão ou na entidade), conforme estabelece o PU, do art. 110, da Lei Federal 8.666/93.

8. Deste modo, as contrarrazões ao recurso interposto são tempestivas e devem ser recebidas em seus regulares efeitos para que o mérito nela constante seja apreciado e, conseqüentemente, provido.

III – DO MÉRITO

9. 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.

10. 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.

11. 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 simplicista, 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).

12. 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.

12. 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.

13. Em síntese, as Recorrentes se sub-rogam ao direito de receber tratamento diferenciado às ME e EPP, alegando 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”* (trecho extraído do recurso da Mega Vale), como se o status de ME e EPP interferisse na condução dos atos adotados na sessão pelo Pregoeiro e Equipe de Apoio.

14. Ainda levantam reclames da ordem de aplicabilidade dos critérios de desempate, afirmando que o Sr. Pregoeiro *“equivocou-se no momento de aplicar os critérios de desempate ao levar todas as empresas empatadas ao sorteio”*, o que não merece prosperar.

III.A – DA REALIZAÇÃO DE SORTEIO UNIVERSAL COM TODAS AS EMPRESAS PARTICIPANTES

15. 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.**

16. Neste interim, é possível afastar de pronto a alegação das Recorrentes 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.

16. 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.**

17. Portanto, tal expediente já se encontra **precluso ao momento em que se encontra a fase licitatória**, e, convenhamos, falta-lhes primor aos princípios éticos e morais nesta empreitada.

18. Isto porque, a roupagem temática adotada pelas Recorrentes 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.

19. A constatação é importante apenas para destacar o quão são desarrazoadas as manifestações das Recorrentes, pois se utilizam de expediente processual para, sabidamente, retardar a finalização da contratação pública, caracterizando uma roupagem atentatória aos bons costumes e interesse público secundário.

20. A bem da verdade, o Sr. Pregoeiro e a 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.

21. 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 as normas aplicáveis, e tendo no edital muita clareza neste ponto, cujo enredo sequer foi impugnado pelas Recorrentes, culminando com a aceitação tácita de seus termos.

22. 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**, que 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.

23. Neste aspecto, vejamos o que diz o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo sobre os benefícios / preferências conferidos às ME e EPP na visão dos **arts 42 ao 48 da LC nº 123/06** (<https://www.tce.sp.gov.br/legislacao-comentada/lei-14133-1o-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 ao licitante “vencedor”** (exceto se esse for uma ME/EPP). Considera-se empatada a proposta com igual ou até 10% superior à do licitante mais bem classificada, 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.

24. O destaque fica por conta 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.”

24. 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 à Administração.

25. Em outras palavras, **o direito de preferência é VINCULADO à demonstração de vantajosidade econômica à Administração Pública**, e, 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**.

26. A luz desta vitrine, Joel de Menezes Niebuhr¹ explica o procedimento a ser adotado no empate ficto:

“De todo modo, ocorrendo o empate a que alude os parágrafos do artigo 44 da Lei complementar nº 123/06, **A MICROEMPRESA OU EMPRESA DE**

¹ NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação Pública e Contrato Administrativo. Curitiba: Zênite, 2008. Ed. 1º. p. 329.

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 nº 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)”

27. No mesmo esteio, ensina o Professor Marçal Justen Filho²:

“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.)

28. 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.

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

² FILHO, Marçal Justen. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Ed. 16ª. p 104.

“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.

Conforme consta da análise realizada no relatório do Corpo Instrutivo o Município de Ipuacu, não incluiu no seu edital a previsão de taxa de administração negativa, por este motivo acabou por levar o certame a uma condição de empate.

Esta condição somente foi possível devido a não inclusão no edital de taxa de administração negativa, o que acabou por excluir as demais empresas do certame.

(...)

Ante o exposto **DETERMINO:**

(...)

2. Determinar, cautelarmente, com fundamento no art. 114-A do Regimento Interno e art. 29 da Instrução Normativa nº TC-21/2015, a Sra. Clori Peroza – Prefeita do Município de Ipuacu, a **sustação** do Pregão Presencial nº 38/2018 até manifestação ulterior que revogue a medida ex officio ou até a deliberação do Tribunal Pleno desta Corte de Contas, **em face da exclusão de licitantes, em desacordo com o art. 3º, caput, da Lei nº 8.666/93**, e os princípios da isonomia e da competitividade do certame (item 2.2.1, Relatório DLC - 15/2019).” (g.n.)

29. Na mesma linha acima tracejada, ao ser instado para 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.”

30. 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).”

31. 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 em dois julgados selecionados:

“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 nº. 001/2023.
(TJ/SP - COMARCA de Indaiatuba – 4ª Vara Cível - Processo Digital nº: 1002139-37.2023.8.26.0248) (g.n.)”

“A definição de empate está prevista no art. 44, § 1º, supra reproduzido, sendo que o desempate, na forma do art. 45, inciso I, ocorre com o exercício do direito das microempresas ou empresas de pequeno porte de apresentarem uma **nova proposta** com melhor oferta em relação à da vencedora do certame ou àquela que ensejou o empate.

Tal procedimento beneficia tanto a EPP/ME que possui condições de melhorar os preços ofertados e garantir a contratação, quanto a Administração que receberia condições mais favoráveis para o serviço, devendo a regra ser interpretada sob a perspectiva da supremacia do interesse público.

Portanto, **a vitória no certame por parte da EPP/ME não é uma consequência automática**, como sugere o impetrante, **mas dependeria da apresentação de uma proposta mais vantajosa para fins de desempate**.

Considerando que o edital proíbe a apresentação de propostas com valores superiores ou inferiores à taxa de administração de 0%, cuja finalidade é de desonerar o usuário do serviço, não se constatando nesta fase a abusividade pelos motivos invocados, **entendo ausentes**, os elementos previstos no art. 7º, III, da Lei nº 12.016/09, **para fins de suspensão ou anulação do suposto ato coator**.

Ao adotar-se entendimento diverso, com preferência automática às empresas EPP e ME, bastaria a participação de tais pessoas jurídicas naquelas condições para que se eliminasse a possibilidade de disputa e vitória das demais empresas, restringindo-se ou eliminando indevidamente o caráter competitivo do certame.

(...)

Ante o exposto, **DENEGO** a segurança e determino oportunamente o arquivamento dos autos, anotado que em Mandado de Segurança.

(TJ/SP. 3ª Vara Cível da Comarca Taquaritinga do Tribunal de Justiça de São Paulo, Processo Digital nº 1001089-27.2023.8.26.0619) (g.n.)”

32. 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 casos vivenciados no judiciário do Estado de São Paulo.

33. Com efeito, é notável que as Recorrentes empregam expediente ardiloso e com o único e exclusivo propósito de embair a argúcia deste Nobre Julgador/Parecerista, 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.

34. Isto porque, a interpretação lançada pelas Recorrentes no texto do inciso III, do art. 45, da LC 123/06 (ou inciso III, do art. 5º, do Decreto Federal nº 8.538/15)³ é **descabida**.

³ “Art. 5º Nas licitações, será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.

(...)

35. Explico. A norma cita diz que em caso de “*equivalência dos valores apresentados pelas microempresas e empresas de pequeno porte*”, encontrando-se, portanto, em situação de empate, “**SERÁ REALIZADO SORTEIO ENTRE ELAS PARA QUE SE IDENTIFIQUE AQUELA QUE PRIMEIRO PODERÁ APRESENTAR MELHOR OFERTA.**” (g.n)

36. Significa dizer que 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 apresente **preço inferior** ao ofertado pela licitante classificada em 1º lugar, o que busca preservar uma das finalidades precípua do processo licitatório, qual seja: a “*seleção da proposta mais vantajosa para a administração*”.

37. *In casu*, o efeito pretendido pelas Recorrentes 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.

38. 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.

39. Não custa reforçar que a situação de empate entre ME e EPP, ventilado pelas Recorrentes, acarretará na realização de sorteio entre elas como medida para que se “*identifique aquela que primeiro poderá apresentar **melhor oferta***”.

40. Ou seja, é apenas a previsibilidade jurídica diante de uma situação possível (empate entre ME e EPP com o mesmo preço na margem de 5% ou 10%) necessária para determinar qual delas **apresentará melhor oferta** ou, em termos práticos, oferecerá um preço abaixo ou melhor do que foi apresentado por todas as licitantes participantes sobretudo aquela considerada vencedora com outro porte empresarial, conforme interpretação da parte final do inciso III, do art. 45, da LC 123/06.

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)

41. Nota-se, assim, que a leitura dos artigos mencionados indica a presença deles na avaliação do Sr. Pregoeiro e Equipe Técnica de Apoio à promoção do desempate das propostas e, acima de tudo, respeito à forma estabelecida para o sorteio, cujo assunto abordaremos a seguir.

III.B – DA APLICAÇÃO DOS CRITÉRIOS DE DESEMPATE

42. No que diz respeito à aplicação dos critérios de desempate pelo Sr. Pregoeiro e Equipe de Apoio cumpre anotar que, em resgate à narrativa fática do início destas contrarrazões, foram praticados os seguintes atos em torno deste ponto:

43. Primeiro, diante do empate entre proposta, solicitou-se às licitantes que apresentassem uma declaração de atendimento aos quesitos do §2º, do art. 3º, da Lei 8.666/93, o que foi atendido por todas.

44. Segundo, e uma vez mantida a situação de empate, aplicou-se o sorteio público entre as licitantes.

45. Terceiro, a empresa sorteada em 1º lugar foi submetida ao crivo documental quanto aos critérios de desempate e habilitação;

46. É possível notar, nos movimentos acima lançados, que houve respeito ao momento de análise dos quesitos de desempate ao exigir a declaração de cumprimento dos critérios de desempate e, tão apenas após a sua apresentação, deu-se sequência ao procedimento de sorteio com as empresas que alegaram cumprir tal previsibilidade legal e editalícia.

47. A bem da verdade, o teor contido na declaração levada a cabo deve ser considerado válido em termos de **presunção de veracidade e boa-fé**, intrínsecos às condutas que se esperam e almejam numa relação comercial e jurídica, até que se prove o contrário, o que não foi evidenciado neste procedimento. Pelo contrário, após analisar minuciosamente os documentos de desempate, restou comprovado o atendimento integral aos termos legais.

48. A constatação é de que a presunção de veracidade e boa-fé depositada na declaração lavrada pelas licitantes aperfeiçoou-se com a análise criteriosa, por

parte do Pregoeiro, nos documentos apresentados pela 1ª colocada dos sorteios realizados, enredo que tende a se repetir em relação às demais empresas declarantes, isto é, a confirmação do teor contido em declaração, sob pena de ser considerada uma declaração falsa.

49. Portanto, houve respeito à ordem de análise dos documentos de desempate sem acarretar nenhum prejuízo às empresas participantes.

50. De outra banda, não é preciso eloquente discurso para assegurar que as regras estabelecidas no edital visam garantir o mínimo de segurança jurídica às partes envolvidas no processo licitatório.

51. De tal forma que a obediência as 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.

52. Portanto, outra medida não há, a não ser pelo indeferimento dos recursos apresentados com a consequente manutenção da decisão lavrada pelo Sr. Pregoeiro e Equipe de Apoio em que declarou a SODEXO vencedora do certame, visto que 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.

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

IV - DOS PEDIDOS

54. Diante do exposto, requer-se o **IMPROVIMENTO** dos Recursos Administrativos apresentados pelas licitantes VEROCHECKE e MEGA VALE, **mantendo-se incólume o ato do Sr. Pregoeiro 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.

Termos em que,
Pede deferimento.

Barueri-SP, 29 de junho de 2023.

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