

**ILUSTRÍSSIMO(A) SENHOR(A) PREFEITO(A) DO MUNICÍPIO DE
ATÍLIO VIVAQUA/ES**

**Processo nº 2635/2022
Pregão Presencial nº 003/2022**

BPF INSTITUIÇÃO DE PAGAMENTOS

LTDA., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 02.030.078/0001-84, com sede na Avenida Pedro Botesi, nº 2171 – Sala 110, Jardim Scoparim, município de Mogi Mirim/SP, CEP 13.806-635, neste ato representada por seu Sócio e Administrador, MARCO ANTÔNIO GOMES, inscrito no CPF/MF sob o nº 250.570.778-21), com fulcro no artigo 4º, inciso XVIII, da Lei nº 10.520/02 e nos demais dispositivos legais aplicáveis à espécie, vem, respeitosamente, a presença deste Nobre Julgador, interpor **RECURSO**, ao Julgamento do Pregão Presencial nº 003/2022; pelos motivos fáticos e jurídicos a seguir expostos:

I. DOS FATOS:

A empresa ora Recorrente participou do Pregão Presencial nº 003/2022, realizado no dia 23//05/2022, às 13h30min; oportunidade na qual, **em conformidade com o ato convocatório, estando regularmente habilitada, apresentou a proposta de Taxa Administrativa em -1,99% (um virgula noventa e nove por cento negativo), mantendo-a no 1º Lance e desistindo dos demais Lances.**

MARCO
ANTÔNIO
GOMES 2505
7077821

Assinada eletronicamente por MARCO ANTÔNIO GOMES 25057077821 em 23/05/2022 às 13:30:17



Já as demais licitantes, LE CARD ADMINISTRADORA DE CARTÕES LTDA. e BIGCARD ADMINISTRADORA DE CONVÊNIO E SERVIÇOS LTDA., apresentaram propostas semelhantes de Taxa Administrativa em 0,00% (zero por cento). Já no 1º Lance, a LE CARD ADMINISTRADORA DE CARTÕES LTDA. apresentou uma Taxa de -2,10% (dois virgula dez por cento negativo) e a BIGCARD ADMINISTRADORA DE CONVÊNIO E SERVIÇOS LTDA. de -3,00 (três por cento negativo).

Portanto no que tange a Taxa Administrativa apresentada pelas licitantes, a da BIGCARD ADMINISTRADORA DE CONVÊNIO E SERVIÇOS LTDA. se mostrou mais vantajosa à Administração Pública. Senão vejamos:

LANCES	EMPRESAS PARTICIPANTES		
	BPF CARTÕES LTDA	LE CARD ADMINISTRADORA DE CARTÕES LTDA	BIGCARD ADMINISTRADORA DE CONVÊNIO E SERVIÇOS LTDA
PROPOSTA INICIAL	-1,99%	0,00%	0,00%
1º LANCE	-1,99%	-2,10%	-3,00%
2º LANCE	DESISTIU	DESISTIU	PROPOSTA VENCEDORA (-3,00%)

Assim, tendo em vista ser a Recorrente uma empresa de pequeno porte (EPP), consoante comprova-se dos documentos que instruem a sua Habilitação, devidamente protocolada junto a Prefeitura Municipal de Atilio Vivacqua/ES – *exempli gratia*: Certidão de Simplificada expedida pela Junta Comercial do Estado de São Paulo – esta Requereu à Pregoeira, no momento oportuno, o benefício previsto nos artigos 44, § 2º e 45, inciso I, ambos da Lei nº 123/06. Qual seja:

“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.

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; [...]"

(Destacamos)

Todavia, em completa violação ao quanto assegura o ordenamento jurídico vigente, a Recorrente fora impedida de utilizar o referido benefício, motivo pelo qual, quando da lavratura da “Ata de Abertura do Pregão Presencial nº 003/2022”, fez constar sua manifestação de intenção de recurso, sob o seguinte fundamento:

A empresa BPF CARTÕES LTDA manifestou intenção de recurso quanto ao julgamento de menor valor global, alegando que para se chegar ao menor valor global se usa a taxa de administração, porém ao converter a taxa em valor, ou seja o tipo de licitação para menor valor global, contrariando a Lei 123 não foi concedido o benefício à empresa, e que no edital nas cláusulas 10.3, 10.4, 10.4.1 constam julgamento por menor preço.

II. DOS FUNDAMENTOS:

Consoante observa-se do Edital do Pregão Presencial nº 003/2022, ao qual vincula-se todo o processo licitatório, para o julgamento da proposta deveria ter sido utilizado EXCLUSIVAMENTE o critério de MENOR PREÇO GLOBAL que, por sua vez, deveria ter sido calculado com base na Taxa de Administração. Senão vejamos:

10.3 – O Pregoeiro procederá à abertura do Envelope nº. 01 – PROPOSTA, julgando-as e classificando-as, e pelo MENOR PREÇO considerando para tanto as disposições da Lei nº. 10.520/02, principalmente as previstas no art. 4º: Incisos VIII, IX e X.

10.4 – Serão desclassificadas as propostas elaboradas em desacordo com os termos deste edital, que imponham condições ou que se oponham a quaisquer dispositivos legais vigentes.

10.4.1 – Para efeito de classificação das propostas, em cumprimento ao Inciso VII, do Art. 4º. Da Lei 10.520/02, apenas o autor da oferta de valor mais baixo e os das ofertas com preços até 10% (dez por cento) superiores àquela poderão fazer novos lances verbais e sucessivos, até a proclamação do vencedor.

10.4.2 – Para efeito de classificação das propostas, em cumprimento ao Inciso IX, do Art. 4º. Da Lei 10.520/02, não havendo pelo menos 03 (três) ofertas nas condições definidas no inciso anterior, poderão os autores das melhores propostas, até o máximo de 03 (três), oferecerem novos lances verbais e sucessivos, quaisquer que sejam os preços oferecidos.

10.5 – Uma vez classificadas as propostas, a Pregoeira convidará individualmente os licitantes classificados, de forma sequencial, a apresentarem lances verbais, a partir do autor da proposta classificada de maior preço e os demais, em ordem decrescente de valor (ordem crescente de desconto).

10.6 – Os valores dos lances deverão ser decrescentes e distintos.

10.7 – A desistência em apresentar lance verbal, quando convidado pelo Pregoeiro, implicará a exclusão do licitante da etapa de lances verbais e na manutenção do último preço apresentado pelo licitante, para efeito de ordenação das propostas.

10.8 – O Pregoeiro durante a sessão poderá estipular normas, procedimentos, prazos e demais condições que julgar necessárias a fim de pôr ordem ao certame.

10.9 – Não poderá haver desistência dos lances ofertados, sujeitando-se o proponente resistente às penalidades previstas em lei e neste edital. Dos lances ofertados não caberá retratação.

10.10 – Não havendo mais interesse dos licitantes em apresentarem lances verbais, será encerrada a etapa competitiva e ordenadas às ofertas, exclusivamente pelo critério de MENOR PREÇO GLOBAL (MENOR TAXA DE ADMINISTRAÇÃO).

Verifica-se que os termos do Edital ora colacionado **dispõem taxativamente quanto a necessidade de se observar o menor preço global** para fins de julgamento das propostas; inclusive, toda sua redação é focada nas palavras “**MENOR PREÇO**” / “**VALOR MAIS BAIXO**”.

Ora Nobre Julgador, com toda vênica, se o critério de julgamento fosse a Taxa Administrativa, como equivocadamente entendeu a respeitável Pregoeira - **por óbvio que, ao invés da expressão “MENOR PREÇO” / “VALOR MAIS BAIXO”, teriam sido utilizadas as palavras “PERCENTUAL MAIOR DE DESCONTO” – o que incontrovertidamente não ocorreu no caso em tela:**

10.3 – O Pregoeiro procederá à abertura do Envelope nº. 001 – PROPOSTA, julgando-as e classificando-as, e pelo MENOR PREÇO considerando para tanto as disposições da Lei nº. 10.520/02, principalmente as previstas no art. 4º, VIII, IX e X.

[...]



10.4.1 – Para efeito de classificação das propostas, em cumprimento ao Inciso VII, do Art. 4º, da Lei 10.520/02, apenas o autor da oferta de valor mais baixo e os das ofertas com preços até 10% (dez por cento) superiores àquela, poderão fazer novos lances verbais e sucessivos, até a proclamação do vencedor.

[...]

10.10 – Não havendo mais interesse dos licitantes em apresentar lance verbal, será encerrada a etapa competitiva e ordenadas às ofertas, exclusivamente pelo critério de MENOR PREÇO GLOBAL (MENOR TAXA DE ADMINISTRAÇÃO).

Sobre o tema, **os artigos 43, inciso V e 44, da Lei nº 8.666/93, impõem sobre a estrita observância dos critérios de avaliação apresentados no ato convocatório.** Vejamos:

“ART. 43. A LICITAÇÃO SERÁ PROCESSADA E JULGADA COM OBSERVÂNCIA DOS SEGUINTE PROCEDIMENTOS:

[...]

V - JULGAMENTO E CLASSIFICAÇÃO DAS PROPOSTAS DE ACORDO COM OS CRITÉRIOS DE AVALIAÇÃO CONSTANTES DO EDITAL;

ART. 44. **NO JULGAMENTO DAS PROPOSTAS, A COMISSÃO LEVARÁ EM CONSIDERAÇÃO OS CRITÉRIOS OBJETIVOS DEFINIDOS NO EDITAL OU CONVITE, OS QUAIS NÃO DEVEM CONTRARIAR AS NORMAS E PRINCÍPIOS ESTABELECIDOS POR ESTA LEI.**

ART. 46. **OS TIPOS DE LICITAÇÃO "MELHOR TÉCNICA" OU "TÉCNICA E PREÇO" SERÃO UTILIZADOS EXCLUSIVAMENTE PARA SERVIÇOS DE NATUREZA PREDOMINANTEMENTE INTELCTUAL, EM ESPECIAL NA ELABORAÇÃO DE PROJETOS, CÁLCULOS, FISCALIZAÇÃO, SUPERVISÃO E GERENCIAMENTO E DE ENGENHARIA CONSULTIVA EM GERAL E, EM PARTICULAR, PARA A ELABORAÇÃO DE ESTUDOS TÉCNICOS PRELIMINARES E PROJETOS BÁSICOS E EXECUTIVOS, RESSALVADO O DISPOSTO NO § 4º DO ARTIGO ANTERIOR. (REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 8.883, DE 1994)**

[...]

§ 2º NAS LICITAÇÕES DO TIPO "TÉCNICA E PREÇO" SERÁ ADOTADO, ADICIONALMENTE AO INCISO I DO PARÁGRAFO ANTERIOR, O SEGUINTE PROCEDIMENTO CLARAMENTE EXPLICITADO NO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO:

I - SERÁ FEITA A AVALIAÇÃO E A VALORIZAÇÃO DAS PROPOSTAS DE PREÇOS, DE ACORDO COM CRITÉRIOS OBJETIVOS PREESTABELECIDOS NO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO;”

(Destacamos)



Nessa vertente, analisando os últimos lances de cada licitante, respeitando *in totum* os critérios expressos no Edital em comento, resta incontroversa a aplicação da Lei 126/06 (artigos 44, § 2º e 45, inciso I); conforme demonstra-se a seguir:

	BIGCARD	BPF CARTÕES
FASE LANCE	-3,00	-1,99
FORMA DE JULGAMENTO CONFORME EDITAL (ITEM 10.3):		
VALOR GLOBAL	R\$ 1.676.130,00	R\$ 1.693.612,80

Verifica-se, Nobre Julgador, que até uma proposta no valor de R\$ 1.608.932,16, ainda assim a Recorrente estaria enquadrada nos termos do artigo 44, § 2º, da Lei 123/06, uma vez que, até o referido valor, a proposta estaria 5% (cinco por cento) superior ao melhor preço.

“ART. 44. NAS LICITAÇÕES SERÁ ASSEGURADA, COMO CRITÉRIO DE DESEMPATE, PREFERÊNCIA DE CONTRATAÇÃO PARA AS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE. (VIDE

§ 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.”

(Destacamos)

Oportuno se faz ressaltar que, conforme é cediço, a Lei 123/06 se aplica ao caso em tela por expressa autorização da Lei nº 14133/21. Vejamos:

“ART. 4º **APLICAM-SE ÀS LICITAÇÕES E CONTRATOS DISCIPLINADOS POR ESTA LEI AS DISPOSIÇÕES CONSTANTES DOS ARTS. 42 A 49 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 123, DE 14 DE DEZEMBRO DE 2006.**

[...]

§ 3º NAS CONTRATAÇÕES COM PRAZO DE VIGÊNCIA SUPERIOR A 1 (UM) ANO, SERÁ CONSIDERADO O VALOR ANUAL DO CONTRATO NA APLICAÇÃO DOS LIMITES PREVISTOS NOS §§ 1º E 2º DESTE ARTIGO.”

(Destacamos)

Nessa vertente é inclusive o entendimento unânime dos Egrégios Tribunais de Justiça, conforme demonstra-se a seguir:

“APELAÇÃO – AÇÃO COMINATÓRIA – PREGÃO ELETRÔNICO – LICITAÇÃO DE VACINAS CONTRA GRIPE SAZONAL - PROPOSTA, INICIALMENTE, CLASSIFICADA EM PRIMEIRO LUGAR – INFORMAÇÃO DE QUE A LICITANTE RETIROU A PROPOSTA – **NÃO FOI DADA OPORTUNIDADE À LICITANTE EPP APRESENTAR NOVA PROPOSTA DE PREÇO, DE ACORDO COM O QUE PREVÊ O ARTIGO 44 DA LEI COMPLEMENTAR 123/06 – ATO ADMINISTRATIVO ANULADO – CONFIRMAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA CONCEDIDA PELO JUÍZO A QUO** - RECURSO DESPROVIDO (TJ-SP - APL: 00237258420118260114 SP 0023725-84.2011.8.26.0114, RELATOR: MÔNICA SERRANO, DATA DE JULGAMENTO: 22/11/2016, 8ª CÂMARA EXTRAORDINÁRIA DE DIREITO PÚBLICO, DATA DE PUBLICAÇÃO: 02/12/2016)”

SENTENÇA

Processo nº: 1055701-03.2019.8.26.0053 - Mandado de Segurança Cível

Impetrante: Bellacon Construtora e Incorporadora Eireli - Epp

Impetrado: Pregoeiro Oficial Responsável Pelo Pregão Eletrônico nº

023/SMSUB/COGEL/2019 - Processo nº 6012.2019/0002667-0

Vistos.

Bellacon Construtora e Incorporadora Eireli - Epp, qualificado (a)(s) na petição inicial ou em documento (s) com ela exibido (s) [instrumento (s) de mandato], ajuizou (aram) mandado de segurança contra ato do (a)(s) Pregoeiro Oficial Responsável Pelo Pregão Eletrônico nº 023/SMSUB/COGEL/2019 - Processo nº 6012.2019/0002667-0, alegando que: participou do pregão eletrônico n. 023/SMSUB/COGEL/2019, "licitação do tipo menor valor, com critério de julgamento de menor valor global por lote" (fls. 26) e que tem por objeto "o registro de preços para a prestação de serviços para a readequação e manutenção dos passeios públicos - 'calçadas"; o primeiro lance dado por determinada licitante para o lote "I" foi de R\$ 10.990,00, valor este que foi reputado inexequível e imutável pelo pregoeiro mesmo diante da informação de que o valor apresentado resultou de erro de digitação; na sequência, estando identificada no certame pelo cognome "FOR0018" , ofertou para o lote "I" lance no valor de R\$ 10.200.000,00 (dez milhões e duzentos mil reais), lance este idêntico àquele dado pela litisconsorte JRA Empreendimentos e Engenharia Ltda. identificada no certame pelo cognome "FOR0848" e que não é microempresa ou empresa de pequeno porte; não obstante a identidade existente entre os lances, o pregoeiro, com espeque no item n. 9.3.1. do edital, priorizou o lance ofertado pela empresa JRA Empreendimento e Engenharia por ter ela realizado a oferta em primeiro lugar, **de modo que ignorou a sua condição de empresa de pequeno porte e a preferência daí decorrente em razão do disposto no item 9.10.1 do edital e na Lei Complementar Federal n. 123/06**; interpôs recurso administrativo em face da decisão do pregoeiro, mas a ele foi negado provimento sob os fundamentos de que, em razão do disposto no item 9.3.1.do edital, deve prevalecer para fins de classificação a proposta

ofertada em primeiro lugar e de que o direito de preferência só poderia ser exercido à luz da melhor proposta que, no caso, foi aquela no valor de R\$ 10.990,00, considerada inexecuível; e direito líquido e certo à preferência, ex vi do disposto nos artigos 44 e 45, ambos da Lei Complementar Federal n. 123/06. **Requeru, em consequência, a concessão de liminar para suspender o pregão eletrônico n. 023/SMSUB/COGEL/2019 e todos os atos dele decorrentes, especialmente aqueles relacionados à execução do contrato, caso este já tenha sido celebrado, e, ao final, a concessão da ordem "a fim anular a contratação do lote I do pregão eletrônico n° 023/SMSUB/COGEL/2019, processo n° 6012.2019/0002667-0, Oferta de Compra n° 8010108001002019OC00023 pela empresa identificada como FOR0848, retornando o procedimento na fase descrita no item 9.10 do edital, convocando a Impetrante para que apresente preço inferior à melhor classificada, concedendo a ela, Impetrante, o direito de preferência na forma da lei".**

[...]

A liminar pleiteada foi deferida. Foi (ram) notificada (s) a (s) autoridade (s) coatora (s) e a litisconsorte passiva necessária que veio (ieram) a prestar informações, aduzindo não haver direito líquido e certo a ser in casu a ser tutelado por meio de writ. Suscitou-se, ainda, preliminar de conexão com o processo de autos n. 1057012-29.2019.8.26.0053, da 13a Vara da Fazenda Pública desta Capital.

[...]

Quanto ao mérito e ab initio, cumpre registrar que a importância social do objeto licitado **não traduz possibilidade de fazer-se a licitação à margem da legalidade, olvidando ou relevando - se ofensa a expresse preceito de lei federal.** É, pois, desprovida de juridicidade argumentação de que a ordem e até a liminar, se concedidas (e já o foi a liminar), atentariam contra o interesse público pela essencialidade do objeto licitado e seu alcance social em verdadeira ofensa aos arts. 20 e 22, ambos da LINDB, até porque (i) nada se decidiu e nem se irá aqui decidir com base em "valores jurídicos abstratos", mas antes se decidiu e agora se decide com base em preceito de lei federal específico a regular caso concreto, e (ii) nem presentes estão "circunstâncias práticas" a impor, liminar ou condicionar "a ação do agente" e tampouco presentes estão

MARCO
ANTONIO
GOMES 25057
077821

Assinado de forma
original por MARCO
ANTONIO
GOMES 25057077821
Data: 2023.05.28
13:06:19 -03'00'

"obstáculos", "dificuldades reais", lá e cá afetas ao gestor, e "exigências das políticas públicas a seu cargo" que permitam simplesmente fazer tábula rasa de preceito de lei federal, dando à licitação campo aberto para qualquer conduta desgarrada da legalidade. De outra banda, os documentos de fls. 160/161 registram que tanto a impetrante quanto a empresa JRA Empreendimentos e Engenharia Ltda. efetuaram lances no valor de R\$ 10.200.000,00. E no pertinente ao lote I, o documento de fls. 355 também ratifica que o lance no valor de R\$ 10.990,00 foi efetuado equivocadamente por erro de digitação de uma das empresas licitantes.

Por seu turno, verifica-se a partir da documentação que instrui a petição inicial que o pregoeiro prosseguiu na negociação com a empresa JRA Empreendimentos (FOR0848) mesmo após as interpelações da impetrante (fls. 417 e 419), a qual, irressignada, interpôs recurso administrativo (fls. 549/554). Entretanto, foi o recurso interposto pela impetrante desprovido (fls. 563) com espeque em parecer exarado pelo senhor pregoeiro (fls. 555/562), o qual opinou contrariamente à pretensão da recorrente nos seguintes termos: "Não procede a alegação de que o pregoeiro atribuiu preferência a licitante não enquadrada como microempresa ou empresa de pequeno porte. O mencionado item 9.3.1 do edital traz a informação de que quando houver dois lances de mesmo valor prevalecerá o primeiro para fins de classificação, tal regra compatibiliza o certame com os procedimentos automáticos da Bolsa Eletrônica de Compras não podendo ser confundida como uma forma de preferência.

Relativamente ao chamado direito de preferência, é mister frisar que o mesmo se originou na Lei Complementar 123/2006 e suas alterações, que concede, entre outras benesses, tratamento diferenciado a MEs e EPPs nas contratações junto ao Poder Público. Em seu artigo 44 a norma estabelece que será assegurada preferência às MEs e EPPs s no caso de empate, definindo como tal o intervalo percentual estabelecido de até 5% (cinco por cento) superior ao melhor preço ao final da etapa de lances.

[...]

Assim, é caso de conceder a ordem, inclusive em razão do quanto já decidido pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em hipóteses similares, in verbis :

"LICITAÇÃO. PREGÃO. Pretensão de invalidação da homologação e adjudicação da empresa vencedora, por suprir o exercício de seu direito de preferência. Licitante que sagrou-se vencedora, após desclassificação da primeira colocada, porém não sendo dada oportunidade à impetrante, EPP, de apresentar nova proposta de preço. Inteligência dos artigos 44 e 45 da Lei Complementar nº 123/06. A Administração se sujeita ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório. Direito líquido e certo configurado. Sentença mantida. Reexame necessário e recursos improvidos". (TJSP; Apelação Cível 1003941-67.2017.8.26.0220; Relator (a): Claudio Augusto Pedrassi; Órgão Julgador: 2a Câmara de Direito Público; Foro de Guaratinguetá - 3a Vara; Data do Julgamento: 15/08/2018; Data de Registro: 15/08/2018); e

"APELAÇÃO AÇÃO COMINATÓRIA Pregão eletrônico Licitação de vacinas contra gripe sazonal - Proposta, inicialmente, classificada em primeiro lugar Informação de que a licitante retirou a proposta **Não foi dada oportunidade à licitante EPP apresentar nova proposta de preço, de acordo com o que prevê o artigo 44 da Lei Complementar 123/06 Ato administrativo anulado Confirmação da tutela antecipada concedida pelo juízo a quo - RECURSO DESPROVIDO**". (TJSP; Apelação Cível 0023725-84.2011.8.26.0114; Relator (a): Mônica Serrano; Órgão Julgador: 8a Câmara Extraordinária de Direito Público; Foro de Campinas - 1a. Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 22/11/2016; Data de Registro: 02/12/2016).

Segue-se, pois, a mesma conclusão a que chegou a douta Promotoria de Justiça, in verbis : "A Lei Complementar 123/2006 trouxe uma série de vantagens para as microempresas e empresas de pequeno porte como, por exemplo, o tratamento diferenciado na participação de procedimentos licitatórios com o Poder Público. Com a concessão

MARCO
ANTONIO
GOMES:2505
7077821

Assinado de forma
digital por MARCO
ANTONIO
GOMES:25057077821
Dados: 2022.05.26
12:07:03 -03'00'

de tais benefícios, o legislador visou garantir melhores oportunidades para o pequeno empresário, a fim de promover maior desenvolvimento regional dos municípios brasileiros. **Assim, dentre as vantagens que estas possuem, podemos citar a preferência de contratação na modalidade pregão no caso de empate técnico entre os participantes, com a possibilidade de oferecimento do último lance, bastando, para tanto, uma variação de valores iguais ou até 5% superiores.**

Ocorre que, no caso em apreço, apesar de ter o pregoeiro reputado inexequível o lance efetuado por terceiro no valor de R\$ 10.990,00 (fls. 161), tal lance impediu a observância do direito de preferência da impetrante ... Verifica-se, no presente caso, que mesmo havendo identidade entre os lances válidos, um lance manifestamente inexequível, oriundo de erro de digitação, serviu de impeditivo para fazer valer o direito da impetrante, violando-se, assim, os artigos 44, § 2º e 45, § 3º, ambos da Lei Complementar nº 123/2006: 'Art. 44. **Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.**

[...]

§ 2º Na modalidade de pregão, o intervalo percentual estabelecido no § 1º deste artigo será de até 5% (cinco por cento) superior ao melhor preço.

Art. 45. Para efeito do disposto no art. 44 desta Lei Complementar, ocorrendo o empate, proceder-se-á da seguinte forma: [...]

§ 3º No caso de pregão, a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada será convocada para apresentar nova proposta no prazo máximo de 5 (cinco) minutos após o encerramento dos lances, sob pena de preclusão'.

Isso porque não é possível, sequer razoável, tomar como referência de melhor preço proposta manifestamente inexequível. Ademais, quanto à alegação da autoridade impetrada de que o sistema BEC não permite a desconsideração da proposta inexequível para fins de oportunizar o direito de preferência, cabe acrescentar que, tal como já perfeitamente mencionado na r. decisão que deferiu a liminar, de fato não parece ser possível que questões relacionadas ao funcionamento da plataforma digital possam afastar a garantia legalmente prevista" (fls. 683/685). E por arremate, consigno: é

MARCO
ANTONIO
GOMES-250570
77821

Assinado eletronicamente
em 2012/05/26
por MARCO
ANTONIO
GOMES-2505707821
Data: 2012/05/26
12:07:15 -03'00'

sofístico o raciocínio de que, para fim de aferir empate, deveria ser considerada a proposta feita pela litisconsorte passiva necessária em fase de negociação.

Afinal, (i) o empate "ficto" é aferido na fase de lances e não a partir de proposta feita em fase de negociação , pena de dar azo ao esvaziamento da regra legal determinadora da preferência (afinal, bastará fazer proposta, em negociação, que atenda à necessidade de ser a diferença maior do que 5% em relação ao lance da empresa dotada de direito de preferência e cujo valor já se então se saberá qual é) e (ii) para ser tal hipótese considerada - e não cabe considerá-la (conforme se infere do art. 45, § 3º, da Lei Complementar Federal n. 123/06)-, também se teria de ensejar à impetrante participar da negociação e não se o fez.

Aliás, é de notar-se que o art. 44, § 1º, da Lei Complementar Federal n. 123/06, fala em proposta melhor classificada e o § 2º do mesmo dispositivo, em caso de pregão, em melhor preço , sendo que o art. 45, § 3º, da mesma lei, determina que, "no caso de pregão , a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada será convocada para apresentar nova proposta no prazo máximo de 5 (cinco) minutos após o encerramento dos lances , sob pena de preclusão", o que somente pode ser feito antes da fase de negociação.

Ou seja, tem-se em vista, para aferir a existência de empate "ficto", as propostas conforme suas classificações e não conforme o que resulta de negociação de uma delas, porque então não se tem melhor preço, mas preço melhor que se reduziu por força de negociação .

MARCO
ANTONIO
GOMES:25057
077821

Assinado de forma
digital por MARCO
ANTONIO
GOMES:25057077821
Data: 2022.05.26
12:07:27 -03'00'

Neste sentido, colacionam-se a respeito ensinanças de José Anacleto Abduch Santos , Ricardo Alexandre Sampaio e Julieta Mendes Vareschini , in verbis :

"Nos pregões eletrônico e presencial, as normas de regência estabelecem que o pregoeiro possa negociar diretamente com o licitante vencedor do certame para tentar obter preço melhor. Tal se dá com orientação ao princípio da vantajosidade. Ao possibilitar a negociação, a lei procura conferir ao pregoeiro um instrumento para obter a melhoria da proposta sagrada vencedora.

A negociação, contudo, não pode produzir o efeito de retirar dos licitantes ME ou EPP o direito de preferência, conclusão a que se chega pela interpretação sistemática da norma que preceitua a possibilidade da negociação.

A negociação deve, pois, se dar somente após o exercício do direito de preferência pela ME ou EPP em situação de empate ficto. É que, sagrada vencedora licitante não enquadrada e realizada a classificação final da disputa, a negociação com a primeira colocada antes de ofertar às licitantes enquadradas o direito de preferência pode significar o cerceamento dela, na medida em que a primeira colocada poderia reduzir o seu preço para escapar dos limites que determinam a situação jurídica de empate ficto.

Assim, concluída a disputa, classificam-se as propostas. Identificam-se as empresas eventualmente em situação de empate ficto, se a primeira colocada não for ME ou EPP (caso em que lhe será adjudicado o objeto, se vencidos os requisitos do edital). Possibilita-se o exercício do direito de preferência, para somente depois de vencida esta etapa e identificado o efetivo vencedor do certame, propor a negociação" (SANTOS, José Anacleto Abduch . Licitações e o Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte . 2a ed. Curitiba: Juruá, 2015, pág. 102);

"A negociação de preços ao final da fase de lances no pregão e o direito de preferência das MEs e EPPs Muitos servidores 'não gostam' da obrigação legal que lhes **obriga aplicar o direito de preferência para micro e pequenas empresas nas licitações. Diversas são as razões. Alguns, porque 'não acham justo', outros porque pensam que as pequenas empresas não conseguirão executar o contrato adequadamente. Ocorre que a Lei Complementar nº 123/06 não deixa alternativa.**

Mas, como a criatividade do brasileiro é prodigiosa, aqui também surgem ideias para tentar 'legalmente' afastar a aplicação da Lei nº 123. Nesse sentido, tenho me deparado frequentemente com a seguinte questão: 'No caso de uma grande empresa ser a licitante mais bem classificada ao final da fase de lances, o pregoeiro pode primeiro negociar com ela uma redução de seu valor para somente depois, com base no preço reduzido, verificar a ocorrência de eventual empate ficto e aplicar o direito de preferência previsto na Lei Complementar nº 123/06?'

MARCO
ANTONIO
GOMES-2505707
7821

Assinado de forma digital
por MARCO ANTONIO
GOMES-2505707821
Data: 2022.09.26
12:57:29 -03'00'

CARTÕES

A Lei Complementar nº 123/06 assegura às microempresas e às empresas de pequeno porte preferência nas contratações, direito de preferência em caso de empate (art. 44). **No pregão, consideram-se empatadas aquelas situações em que as propostas apresentadas por ME e EPP sejam iguais ou até 5% superiores ao melhor preço obtido ao final da fase de lances (art. 44, § 2º, da LC nº 123/06).**

Nos termos do art. 45, § 3º, da LC nº 123/06, havendo o empate, a ME ou EPP mais bem classificada será convocada para apresentar nova proposta, logo após o encerramento da fase de lances, quando lhe será oportunizado o prazo de cinco minutos para exercer seu direito de preferência.

[...]

Por essa razão, encerrada a etapa de lances no pregão, deve o pregoeiro, primeiro, examinar a aceitabilidade das propostas e, apurada a condição de empate na forma LC nº 123/06, conceder o direito de preferência à ME ou à EPP. Somente depois será viável intentar negociação com a licitante mais bem classificada, a qual poderá ser, inclusive, uma ME ou EPP que tenha exercido o direito de preferência .

Enfim, o fato é que, gostando ou não, enquanto os arts. 44 e 45 da Lei Complementar nº 123/06 forem válidos, vigentes e eficazes, deverão continuar sendo aplicados antes da negociação de preços com a licitante mais bem classificada ao final da fase de lances"(SAMPAIO, Ricardo Alexandre . A negociação de preços ao final da fase de lances no pregão e o direito de preferência das MEs e EPPs 1);

"O art. 44 da LC nº 123/2006 prevê que, em caso de empate, deverá ser dada preferência à contratação de microempresas e empresas de pequeno porte. A Lei criou um mecanismo de empate, considerando as situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta melhor classificada, sendo que, na modalidade pregão, tal percentual será de 5% (cinco por cento). Em tal caso, impõe-se a preferência de contratação para essas empresas (art. 44, § 1º e § 2º).

[...]

E outro não foi o posicionamento do Colendo Tribunal de Contas da União quando decidiu que "a verificação da ocorrência do 'empate ficto' (art. 44, §§ 1º e 2º, LC 123/06) deve considerar os melhores lances dados antes da negociação, em respeito ao princípio da isonomia. Corrobora esse entendimento a norma prevista no artigo 45, § 3º, da Lei Complementar 123/2006, no sentido de que, em um pregão, a ME ou EPP mais bem classificada deve apresentar lance vencedor no prazo máximo de 5 minutos após o encerramento dos lances, antes, portanto, da negociação com o pregoeiro" (TCU, Processo 014.279/2016-9, Acórdão 2992/2016, Plenário, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, v.u., j. 23.11.16).

Posto isto, concedo a ordem a fim de anular a adjudicação do objeto e homologação do resultado do pregão eletrônico nº 023/SMSUB/COGEL/2019, processo nº 6012.2019/0002667-0, relativamente ao lote I, dando por inválido eventual contrato que se tenha celebrado com a litisconsorte passiva necessária quanto a tal lote, de modo a retornar o procedimento à fase cuidada no item 9.10 do edital, fazendo-se então convocar a impetrante para que apresente preço inferior à melhor classificada, concedendo-se-lhe, pois,, o direito de preferência.

Oficie-se.

Custas e despesas em reembolso pela Municipalidade de São Paulo e pela litisconsorte passiva necessária na proporção de metade para cada uma, sem solidariedade.

Descabe impor pagamento de honorários advocatícios.

Transcorrido o prazo para recurso ou processado o que eventualmente foi interposto, remetam-se os autos ao Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Seção de Direito Público, para reexame necessário, inclusive por inaplicável ser ao caso o art. 496, § 3º, do C.P.C., dado haver regra específica a regular o tema (art. 14 da Lei Federal n. 12.016/09 2).

P.R.I. e C..

São Paulo, 04 de dezembro de 2019.

Randolfo Ferraz de Campos

Juiz de Direito”

(Destacamos)

Outrossim, **não se pode perder de vista, ainda, que a inobservância do benefício ao qual tem direito à Recorrente, prejudica demasiadamente o erário, uma vez que DESCONSIDERA A PROPOSTA MAIS VANTAJOSA – MENOS CUSTOSA À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.**

Nessa toada, com toda vênia, é dever do Município zelar pela impessoalidade, legalidade, igualdade, razoabilidade e competitividade; **além de buscar as melhores condições de compras de insumos, sempre escolhendo a proposta mais vantajosa. – o que não está ocorrendo no caso em tela.**

Frise-se, a inobservância do quanto determina a artigo 44, § 2º, da Lei 123/06, fere os PRINCÍPIOS BÁSICOS DA LEGALIDADE, IGUALDADE, RAZOABILIDADE e COMPETITIVIDADE, garantidos pela Constituição Federal e disposto no artigo 3º da Lei nº 8.666/93 e previstos no artigo 11, da Lei nº 14.133/21, **impondo ao JULGAMENTO vício de ILEGALIDADE capaz de gerar a NULIDADE do Contrato a ser firmado com a licitante vencedora.** Vejamos:

“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.

ART. 11. O PROCESSO LICITATÓRIO TEM POR OBJETIVOS:

I - ASSEGURAR A SELEÇÃO DA PROPOSTA APTA A GERAR O RESULTADO DE CONTRATAÇÃO MAIS VANTAJOSO PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, INCLUSIVE NO QUE SE REFERE AO CICLO DE VIDA DO OBJETO;

II - ASSEGURAR TRATAMENTO ISONÔMICO ENTRE OS LICITANTES, BEM COMO A JUSTA COMPETIÇÃO; [...]"

(Destacamos)

Para tanto, colaciona-se a seguir a Súmula nº 473 do Supremo Tribunal Federal, a qual preleciona:

"A ADMINISTRAÇÃO PODE ANULAR SEUS PRÓPRIOS ATOS, QUANDO, EIVADOS DE VÍCIOS QUE OS TORNEM ILEGAIS, PORQUE DELES NÃO SE ORIGINAM DIREITOS OU REVOGÁ-LOS, POR MOTIVO DE CONVENIÊNCIA OU OPORTUNIDADE, RESPEITADOS OS DIREITOS ADQUIRIDOS, E RESSALVANDO EM TODOS OS CASOS A APRECIÇÃO JUDICIAL."

(Destacamos)

III. DOS PEDIDOS:

Sendo assim diante da ilegalidade apontada, com a flagrante afronta a princípio administrativos, capazes de macular o julgamento do Pregão Presencial nº 003/022, **temos como necessário que o presente processo seja imediatamente SUSPENSO para que este Recurso seja devidamente analisado, a fim de que se cumpra a sua finalidade como emana a lei. EX POSITIS, Requer:**



O recebimento do presente **RECURSO**, em caráter de urgência, **deferindo seu EFEITO SUSPENSIVO**, para que sejam realizadas as devidas observações legais, e, ao final, seja **JULGADO PROCEDENTE** o pedido, oportunizando à **Recorrente da utilização de seu Benefício**, assegurado pelo artigo 44, § 2º, da Lei 123/06.

Mogi Mirim/SP, 25 de maio de 2022.

MARCO
ANTONIO
GOMES:2505707
7821

Assinado de forma digital
por MARCO ANTONIO
GOMES:25057077821
Dados: 2022.05.26
12:08:49 -03'00'

MARCO
ANTONIO
GOMES:250570
77821

Assinado de forma
digital por MARCO
ANTONIO
GOMES:25057077821
Dados: 2022.05.26
12:09:21 -03'00'

BPF INSTITUIÇÃO DE PAGAMENTOS LTDA.

