

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO PRESIDENTE DA COMISSÃO ESPECIAL
DE LICITAÇÃO DO MUNICÍPIO DE JOAÇABA/SP

REF. PROCESSO DE LICITAÇÃO Nº 74/2016/PMJ - EDITAL PP Nº
41/2016/PMJ

NUTRICARD ADMINISTRADORA DE BENEFÍCIOS LTDA, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF filial sob nº 09.051.290/0002-58, com sede na Av. Brasília, 1428 - Bairro Centro, CEP 85884-000 na Cidade de Medianeira/PR, por seu representante adiante firmado, vem respeitosamente e tempestivamente, e nos termos do item 8.1 e seguintes do Edital supramencionado, e art. 4º inciso XVIII da lei 10.520/2002, apresentar

IMPUGNAÇÃO AO RECURSO ADMINISTRATIVO

interposto pela empresa LINK CARD, contra decisão lavrada na Ata da Reunião de Licitação realizada em 19/09/2016, pelos relevantes motivos de fato e de direito adiante expostos:

A Nutricard Administradora de Benefícios Ltda sagrou-se vencedora do supramencionado certame, através do sorteio realizado entre todas as empresas participantes, uma vez que houve empate real, porque todas apresentaram a taxa mínima possível estabelecida no edital;

A insurgência da Recorrente LINK CARD ADMINISTRAÇÃO cinge-se a dois argumentos: o primeiro, contra a decisão que efetuou o sorteio entre todas as empresas participantes e não apenas entre as Micro empresas e EPP's, e o segundo, contra a habilitação da Nutricard, alegando que a certidão negativa de falência apresentada não poderia ser com o CNPJ da filial e sim de sua matriz;

Em apertada síntese, são os argumentos expendidos na extensa argumentação da Recorrente, mas tais argumentos não devem prosperar, conforme se demonstrará a seguir.

**I - PRELIMINARMENTE: DA CARENCIA DE INTERESSE RECURSAL COM
RELAÇÃO A CERTIDÃO NEGATIVA DE FALÊNCIA da NUTRICARD**

Conforme se pode verificar na ATA DE RECEBIMENTO E ABERTURA DE DOCUMENTAÇÃO NR. 90/2016, relativo ao mencionado pregão, verifica-se que a Recorrente LINK CARD ADMINISTRAÇÃO **não manifestou interesse recursal contra a habilitação da Nutricard**, no que se refere a apresentação de certidão negativa de falência - mas tão somente à pretensão de fazer valer sua condição de EPP.

Assim, se não houve a tempestiva manifestação da intenção de recorrer do ato, o pretensão direito restou atingido pela decadência, como prevê a Lei 10.520/2002, *in verbis*:

Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

...
XVIII - declarado o vencedor, qualquer licitante poderá manifestar imediata e motivadamente a intenção de recorrer, quando lhe será concedido o prazo de 3 (três) dias para apresentação das razões do recurso, ficando os demais licitantes desde logo intimados para apresentar contra-razões em igual número de dias, que começarão a correr do término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos autos;

...
XX - a falta de manifestação imediata e motivada do licitante importará a decadência do direito de recurso e a adjudicação do objeto da licitação pelo pregoeiro ao vencedor;

Como visto, a lei é clara no que se refere o motivo da interposição do recurso, o qual será justificado com as razões recursais. Não estabelecido os motivos, a decadência do direito de recurso não manifestado tempestivamente, deve ser julgado improcedente.

Ademais, a comissão de licitação agiu corretamente ao considerar habilitada a Nutricard, que credenciou-se com todos os documentos de sua filial e, evidentemente, a certidão negativa de falência não poderia destoar do conjunto da documentação apresentada.

A certidão apresentada está condizente com o item 6.1.8. - que exige apenas que Certidão Negativa de Falência ou Concordata tenha data de expedição de até 60 (sessenta) dias e, em caso de comarca com mais de um cartório distribuidor, deveria apresentar certidão de ambos - o que não é o caso.

Cabe ressaltar que a certidão de falência não é o único modo de auferir a saúde financeira da empresa já que as prescrições contidas no art. 31 da Lei nº 8.666/1993 não precisam obrigatoriamente serem exigidas cumulativamente, cabendo à Administração sopesar os elementos necessários para identificar a idoneidade financeira de acordo com o vulto e natureza do contrato, fixando em edital os requisitos necessários para garantir a execução contratual.

Como a administração não está obrigada a exigir a certidão de falência e concordata e, quando faz, nos termos do edital, visa tão somente averiguar se há ou não processo de falência ou recuperação judicial instaurado, o que não ocorreu.

Em suas razões de recurso, a própria recorrente admite existir divergência doutrinária acerca do qual seria o local do principal estabelecimento a se exigir esse tipo de certidão, através de uma interpretação do art.3º da Lei 11.101/2005 (Lei de Falência).

A Nutricard atendeu a todas as condições constantes do Edital, apresentando toda a documentação, pelo que foi corretamente habilitada e sagrou-se vencedora pelo justo sorteio promovido entre todas as participantes.

II - DO SORTEIO ENTRE TODAS AS EMPRESAS PARTICIPANTES E A CONDIÇÃO DE MICRO EMPRESA DA RECORRENTE LINK CARD

O edital previu, em seu item 5.1.1, que a taxa de administração não poderia ser superior a 2% (dois por cento), nem inferior a 0 (zero).

Aberta as propostas de preço, houve empate no critério de taxas, sendo que todas empresas concorrentes apresentaram "taxa zero" e, como não era possível oferecer taxa inferior (negativa), a comissão de licitação, acertadamente e com muita justiça, promoveu o sorteio entre todas as participantes.

Ocorre que o recurso contra a decisão do pregoeiro baseou-se no entendimento de que a Lei das ME e EPP asseguraria o direito à preferência das empresas nessa condição, no sentido de ter a oportunidade de cobrir a melhor oferta, e somente assim, arrematar o objeto do certame.

Mas, como dito, a limitação imposta pelo edital não permitia aos licitantes na condição de ME ou EPP cobrir essa taxa, o que levou ao empate real do certame.

A decisão do pregoeiro de promover o sorteio entre todas as participantes encontra sua base legal na legislação aplicável às licitações, como se vê:

O Art.3º da Lei 8.666/93 prevê:

Art. 3º 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.

Os princípios foram plenamente respeitados, seguindo o disposto no Art. 45 §2 da Lei 8.666/93, in verbis:

Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios PREVIAMENTE estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores

exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

...

§ 2º. No caso de empate entre duas ou mais propostas, e após obedecido o disposto no § 2º do art. 3º desta Lei, a classificação se fará OBRIGATORIAMENTE, por sorteio, em ato público, para o qual TODOS os licitantes serão convocados, vedado qualquer outro processo.

O instrumento convocatório é claro no sentido de que apenas se possibilitava o empate real entre as empresas em suas propostas escritas, de forma que não se aplicaria ao caso o art. 44, LC 123/06;

A Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, em sua edição nº 01/2006, publicou interessante matéria de entendimento da doutrinadora Cristina Fortini, para qual “O desempate, caso exista empate real, é realizado nos moldes da Lei n. 8.666/93, ou seja, mediante sorteio. É a única interpretação possível, visto que toda orientação da LC n. 123/06 é direcionada ao desempate diante de empate ficto.”

Caso houvesse entendimento diverso deste, bastaria que qualquer empresa enquadrada como ME ou EPP cadastrasse sua proposta inicial com taxa zero e, automaticamente, obteria a vantagem em relação àquelas não enquadradas e seria a arrematante do Pregão. Ou seja, retirar-se-ia automaticamente qualquer possibilidade de chance de êxito daquelas empresas que não se enquadram na LC 123/06 - e não haveria livre concorrência que é o princípio básico das licitações.

A Lei Complementar 123/06 veio justamente para tratar de forma desigual os desiguais e, para tanto, no caso do processo licitatório, se instituiu no caso de empate ficto a possibilidade de cobrir a melhor oferta se este não se enquadra como microempresa ou empresa de pequeno porte. Contudo, como todas as empresas apresentaram a menor taxa possível, qual seja, TAXA ZERO, não há que se falar em desigualdade, posto que TODAS apresentaram suas propostas IGUAIS.

Dessa forma, o caso em exame não se trata do empate ficto, no qual se aplicaria a margem de 5% entre a proposta melhor classificada e a microempresa, mas sim é caso de empate real, em que todas as empresas participantes do certame, microempresa, empresa de pequeno porte ou não, apresentaram a menor taxa de administração possível e permitida para o certame, qual seja, taxa zero, caracterizando empate real.

Obviamente, todas as empresas estão no mesmo patamar para concorrer ao certame e, acertadamente, todas devem participar do sorteio.

Veja-se a seguinte análise: como garantir que a Administração Pública irá contratar a melhor proposta e que apresenta a maior vantajosidade, se as empresas de maior porte e conseqüentemente mais consolidadas no mercado, e ainda com maior abrangência de rede credenciada seriam excluídas do certame, sem qualquer chance de êxito de contratar com a administração?

A vantajosidade se reflete na preocupação do legislador com a eficiência do processo seletivo, aqui traduzida na expressão "proposta mais vantajosa". Tal proposta deve ser entendida não simplesmente como aquela que oferta o menor preço, mas aquela que alia esse aspecto à capacidade do fornecedor de honrar todos os compromissos e exigências do edital.

Vejamos o que dispõe a legislação, especificamente acerca do critério de desempate ao qual se refere o Art. 44, da LC 123/06, no que diz respeito à possibilidade daquelas empresas ofertarem proposta inferior à primeira colocada:

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;

No entanto, nos itens ora questionados, a fase de lances na qual os licitantes têm a possibilidade de ofertar preços menores, já teria restado prejudicada, posto que todas as empresas participantes apresentaram a mesma proposta escrita, qual seja, a menor taxa possível e permitida pelo edital, que era TAXA ZERO, de forma que as empresas ME's ou EPP's, assim como todas as demais licitantes restaram impossibilitadas de reduzir sua proposta, nos moldes estabelecidos no instrumento convocatório estabelecido no item 7.17 e seguintes, pois a sua redução implicaria em inobservância do disposto no edital, o qual coerentemente, não permite taxa de administração negativa, razão pela qual não há que se falar na aplicação do art. 44 da Lei Complementar 123/06, que ao contrário do alegado pela concorrente está diretamente vinculado ao Art. 45.

Nessa esteira, veja-se o entendimento doutrinário:

"Verifica-se que o "desempate" não é automático, em favor da microempresa ou da empresa de pequeno porte, uma vez que existe no inciso I uma condição para que isso aconteça, qual seja, que a interessada apresente proposta com "preço inferior" àquela considerada, até então, vencedora do certame. Atendida a condição de "cobrir" a outra oferta, tem-

se o direito da microempresa ou da pequena empresa de ser declarada vencedora do certame”.

Assim, quando as empresas apresentarem a mesma proposta com TAXA ZERO, sem que seja possível a realização da fase de lances, logicamente, o cenário exige a realização de sorteio entre TODAS as empresas empatadas, sem privilégio às microempresas e/ou empresas de pequeno porte, em atenção ao princípio da legalidade, isonomia e vantajosidade.

Ademais, o cenário ora apresentado, a ME ou EPP empatada não poderá ofertar valor menor do que aquele apresentado pela empresa cadastrada em primeiro lugar, conforme exige o art. 45 da LC 123/06, ao passo que TODAS apresentaram o menor valor possível.

Não obstante, a Lei 10.520/02 e Lei complementar 123/06, são silentes quanto ao empate real entre as empresas, razão pela qual não há outra possibilidade senão aplicar a Lei 8.666/93;

Isto porque, a lei 8.666/93, determina, em seu art. 45, §2º, que o critério de desempate será, exclusivamente, o sorteio entre as empresas empatadas:

Art. 45, §2º. No caso de empate entre duas ou mais propostas, e após obedecido o disposto no §2º do art. 3º desta Lei, a classificação se fará, obrigatoriamente, por sorteio, em ato público, para o qual **todos os licitantes serão convocados**, vedado qualquer outro processo.

Assim, resta evidenciado que o legislador não deu margem de liberdade ao administrador, sequer opção para a escolha de critério, a não ser o sorteio em ato público, cabendo destacar que fora respeitado o §2º do art. 3º da lei 8666, ao qual todas as empresas se enquadravam e cujo teor transcrevemos:

Art. 3º §2º “Em igualdade de condições, como critério de desempate, será assegurada preferência sucessivamente, aos bens e serviços

I - produzidos ou prestados por empresas brasileiras de capital nacional;

II - produzidos no País;

III - produzidos ou prestados por empresas brasileiras.”

Como visto, trata-se de competência VINCULADA, na qual não cabe ao agente público a escolha por agir de uma forma ou de outra. A lei é clara: ocorrendo empate real, o único critério cabível para solucionar a situação é o sorteio entre todos os participantes.

Neste sentido Marçal Justen Filho, na obra Comentário a Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 11ªed. Dialética aduz que "foi barrada a utilização de outros critérios, que não o sorteio".

Na mesma esteira, o doutrinador Diogenes Gasparini prioriza a aplicação da sistemática ora analisada, dependendo da hipótese, conforme excerto a seguir:

"Em termos licitatórios há que se considerar duas situações de empate. A primeira em que **todos os licitantes empatados são empresas comuns ou são microempresas, empresas de pequeno porte ou cooperativas**. Para o desempate de empresas nessa situação **aplica-se a regra do art. 3º, §2º, da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública e em permanecendo a indefinição a classificação será feita por sorteio consoante estabelece o art. 45, §2º, dessa lei, vedado qualquer outro processo com essa finalidade. (...)**"

Partilhando desse entendimento, veja-se o entendimento jurisprudencial do TCU, no acórdão abaixo:

Assunto: MICROEMPRESA. DOU de 07.05.2010, S. 1, p. 92.
Ementa: recomendação à Fundação Universidade Federal do Vale do São Francisco para que se abstenha de conceder tratamento diferenciado para microempresas e empresas de pequeno porte previsto no art. 47 da Lei Complementar nº 123/2006 para contratações de valor superior a R\$ 80.000,00 (item 1.5.1. TC-002.034/2010-7. Acórdão nº 821/2010-Plenário).

ACÓRDÃO Nº 821/2010 - TCU - Plenário

Os Ministros do Tribunal de Contas da União, quanto ao processo a seguir relacionado, ACORDAM, por unanimidade, com fundamento nos arts. 143, inciso III, 250, inciso II, e 237, parágrafo único, do Regimento Interno do TCU, aprovado pela Resolução nº 155, de 4 de dezembro de 2002, em, de acordo com os pareceres emitidos nos autos, conhecer da representação, para, no mérito, considerá-la procedente, deixando de pronunciar-se quanto à medida cautelar, face à perda de objeto, e em proferir a recomendação a seguir, bem como, determinar o arquivamento dos autos e envio de cópia da presente deliberação à representante:

1. Processo TC-002.034/2010-7 (REPRESENTAÇÃO)
 - 1.1. Interessada: Caviglia e Cia Ltda. (61.633.095/0001-75).
 - 1.2. Órgão/Entidade: Fundação Universidade Federal do Vale do São Francisco
 - 1.3. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo no Estado de Pernambuco (Secex/PE).
 - 1.4. Advogado constituído nos autos: não há.
 - 1.5. Determinações/Recomendações/Orientações:



1.5.1. Recomendar à Fundação Universidade Federal do Vale do São Francisco que se abstenha de conceder tratamento diferenciado para microempresas e empresas de pequeno porte previsto no art. 47 da Lei Complementar nº 123/2006 para contratações de valor superior a R\$ 80.000,00.

Ata nº 13/2010 - Plenário
Data da Sessão: 28/4/2010 - Ordinária
Assinado eletronicamente por:
(Assinado Eletronicamente) UBIRATAN AGUIAR
(Assinado Eletronicamente) AUGUSTO NARDES
Presidente Relator (Assinado Eletronicamente)
LUCAS ROCHA FURTADO
Data da Sessão: 28/04/2010
Ministro Relator: AUGUSTO NARDES
Data da Aprovação: 06/05/2010

Como visto, a legislação e a doutrina dão amparo à justa decisão do pregoeiro de promover o sorteio entre todos os participantes do certame.

A veracidade dos argumentos expendidos nestas contrarrazões prescinde da juntada de novos documentos, posto que o próprio processo licitatório já contém todos os documentos probatórios, como a ata em que a Recorrente não manifestou **interesse recursal contra a habilitação da Nutricard**, no que se refere a apresentação de certidão negativa de falência com o CNPJ da Filial. No mais, a impugnação se baseia no plano argumentativo sobre a interpretação da legislação recurso.

Ante ao exposto, requer o acolhimento desta impugnação ao recurso interposto pela recorrente LINK CARD ADMINISTRAÇÃO DE BENEFÍCIOS EIRELLI e, no mérito, seja julgados improcedentes os pedidos de inabilitação da Impugnante NUTRICARD ADMINISTRADORA DE BENEFÍCIOS LTDA, bem como a manutenção da acertada decisão desta digna Comissão Especial de Licitação de promover o sorteio entre todos os participantes do certame, privilegiando os princípios inculpidos no artigo 3º da Lei 8.666/93, e pelo mais que será suprido pelo vosso notável sendo de justiça, de forma a manter a decisão de ser esta a legítima vencedora do certame, por ser medida da mais lúdima justiça!

Nestes termos,

Pede deferimento.

Joaçaba/SP, 23 de Setembro de 2016


NUTRICARD ADMINISTRADORA DE BENEFÍCIOS LTDA
Alexandre Luiz Bruder - procurador