



Câmara Municipal de São Pedro

ATA DE JULGAMENTO DE RECURSOS PREGÃO PRESENCIAL N.º 01/2023

Aos vinte e seis dias do mês de julho de 2023, reuniram-se a Pregoeira e Equipe de Apoio da Câmara Municipal de São Pedro para análise e julgamento dos recursos administrativos apresentados em face da decisão que julgou vencedora a empresa Sodexo Pass do Brasil Serviços e Comércios S.A, do Pregão Presencial n.º 01/2023, que tem como objeto a contratação de empresa para prestação de serviços de fornecimento de administração de vale alimentação, na forma de cartão magnético ou eletrônico para 15 servidores da Câmara Municipal de São Pedro. Conforme consta nos autos, todas as empresas participantes apresentaram taxa de administração igual a 0% (zero por cento), gerando um empate entre as empresas, inviabilizando a apresentação de lances, tendo em vista a proibição de deságio ou imposição de descontos sobre o valor contratado, conforme determinado pelo artigo 3º da Lei Federal n.º 14.442/2022. O desempate entre as empresas ocorreu com fundamento no artigo 3º, §2º da Lei Federal n.º 8.666/93, sendo que após sorteio realizado, a empresa SODEXO Pass do Brasil Serviços e Comércio S.A sagrou-se vencedora do certame licitatório. Diante da decisão, as empresas Megavale Administradora de Cartões Ltda. e Verocheque Refeições Ltda. apresentaram recurso administrativo. A empresa Megavale alegou em síntese que o critério de desempate adotado desrespeitou os ditames da Lei Complementar n.º 123/2006, expressando que o sorteio deveria ocorrer somente entre as empresas enquadradas como microempresas ou empresas de pequeno porte, diante do direito de preferência estabelecido pela legislação em comento. Argumentou também que a empresa Sodexo apresentou documentos que não comprovam a acessibilidade, sendo que a empresa Verocheque não teria apresentado documento hábil para comprovação de investimento em tecnologia. Por fim, alegou que a empresa Verocheque não se enquadra como empresa de pequeno porte por ultrapassar o limite de R\$ 4.800.000,00, por possuir sócios que possuem outra sociedade empresária, bem como pelo fato da empresa Verocheque participar da sociedade de outra empresa, não podendo utilizar-se dos benefícios da Lei Complementar n.º 123/2006. Já a empresa Verocheque Refeições Ltda. argumentou que a decisão proferida não respeitou a Lei Complementar n.º 123/2006, sendo que o sorteio realizado deveria ocorrer tão somente entre as microempresas e empresas de pequeno porte. A partir dos recursos apresentados, a empresa Sodexo Pass do Brasil Serviços e Comércio S.A. protocolizou contrarrrazões, expondo que o julgamento respeitou a legislação, aplicando-se os critérios de desempate expressos no artigo 3º, parágrafo 2º da Lei Federal n.º 8.666/93, não devendo ocorrer a aplicação da Lei Complementar nº 123/2006, nos casos de empate real. Argumentou também que além da ART, apresentou certificado de acessibilidade atestado pela autoridade municipal competente, sendo que o endereço divergente se explica em virtude da alteração da denominação da avenida do edifício, por força de lei. Já a empresa Verocheque Refeições Ltda. apresentou contrarrrazões ao recurso apresentado pela licitante Megavale, expondo que sua receita bruta atingiu o montante de R\$ 4.250.380,13, não extrapolando o limite para enquadramento como empresa de pequeno porte. Quanto ao enquadramento de ME e EPP, expôs que não cabe ao órgão licitante realizar o julgamento quanto ao enquadramento, sendo tal competência exclusiva da receita federal e da JUCESP. Acrescentou que inexistente participação societária da Verocheque em outra sociedade empresarial, comprovando a retirada da



Câmara Municipal de São Pedro

empresa do quadro societário da Verocard, em 04/05/2023. No que diz respeito ao fato das empresas terem os mesmos sócios, expressa que isso não é fato impeditivo, uma vez que as empresas não ultrapassam o limite para enquadramento como EPP. Os documentos foram encaminhados à Assessoria Jurídica, que emitiu parecer. Inicialmente, importante destacar que a empresa Megavale motivou a intenção de recurso apenas com relação ao direito de preferência concedido pela Lei Complementar n.º 123/2006 às ME's e EPP's, não motivando os demais apontamentos constantes no recurso. Assim, com relação aos demais apontamentos, a empresa não respeitou as disposições do inciso XVIII do artigo 4º da Lei Federal n.º 10.520/2002. De qualquer forma, passaremos a analisar todos os apontamentos realizados. Com base nos documentos e fundamentos constantes nos autos, a Pregoeira e Equipe de Apoio, deliberam por: 1º) JULGAR PARCIALMENTE PROCEDENTE o recurso administrativo apresentado pela empresa Megavale Administradora de Cartões e Serviços Ltda., considerando procedente os argumentos apresentados quanto ao direito de preferência das microempresas e empresas de pequeno porte, mesmo no caso de empate real, e improcedentes os demais pedidos apresentados. 2º) JULGAR PROCEDENTE o recurso administrativo apresentado pela empresa Verocheque Refeições Ltda., considerando procedentes os argumentos apresentados com relação à preferência das microempresas ou empresas de pequeno porte, no caso de empate real. O julgamento foi realizado com base nos seguintes fundamentos: a) Quanto ao direito de preferência das microempresas e empresas de pequeno porte na situação de empate real, a jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo vem se unificando no sentido de aplicação da Lei Complementar n.º 123/2006, concedendo-se a preferências às microempresas e empresas de pequeno para o objeto em tela, vide os julgados recentes do Tribunal Pleno da Corte de Contas, Processos TC-001648.989.23-4, TC-007050.989.23-5, TC-001304.989.23-9 e TC-0011305.989.23-8. O Judiciário também vem se posicionando no mesmo sentido, conforme entendimento proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo nos autos do processo 1008607-64.2022.8.26.0664, *"Apelação. Mandado de Segurança. Licitação. Pregão. Fornecimento de auxílio alimentação por cartão magnético. Critério de Desempate. Preferências às ME e EPP. Ato que decorre de mandamento constitucional e que deve ser observado antes da utilização dos critérios de desempate geral. Taxa de Administração negativa. Vedação. Possibilidade. Finalidade social de impedir que o usuário arque com o deságio concedido pela contratada. Inconstitucionalidade ou ilegalidade não configuradas. Entendimento adotado pelo TCE-SP. Sentença mantida. Recurso desprovido."* Além disso, citamos também o processo 1008404-40.2022.8.26.0038 (TJSP – Apelação Cível). b) No que concerne ao apontamento da Megavale quanto a não comprovação de investimento em pesquisa e tecnologia por parte da empresa Verocheque, ressaltamos novamente que a empresa Megavale não motivou tal apontamento durante a sessão, ainda assim, verifica-se a apresentação de notas fiscais relativas ao objeto, bem como o Certificado Lei do Bem 2022, onde foi certificado que a empresa Verocheque faz parte do grupo de empresas do Brasil que utiliza o incentivo da Lei do Bem (Lei 11.196/2005), desde o ano de 2021, contribuindo para o desenvolvimento da Pesquisa, Desenvolvimento e Inovação Tecnológica do país, não prosperando no nosso entendimento o argumento apresentado pela Recorrente. c) Quanto aos documentos de acessibilidade apresentados pela empresa Sodexo, destaque-se que a Recorrente não motivou tal apontamento em ata, de qualquer forma

Quil
Faltoso



Câmara Municipal de São Pedro

restou comprovado que a referida empresa apresentou certificação de acessibilidade lavrado pelo Município de São Paulo, com a indicação do engenheiro responsável pelo atesto com registro no CREA. Com relação ao endereço, a empresa esclareceu que tal fato decorreu de alteração da denominação da avenida do edifício por força de lei. Conforme Lei Municipal n.º 16.804/18 (São Paulo), a Avenida das Nações Unidas passou a ser denominada como Avenida Dra. Ruth Cardoso. d) Por último quanto ao enquadramento da empresa Verocheque Refeições Ltda. como empresa de pequeno porte, novamente ressaltamos que a Recorrente não motivou o apontamento em ata, apesar disso, verifica-se que o edital exigia a apresentação de declaração de enquadramento, bem como documento oficial para comprovar o enquadramento. Conforme consta nos autos ambos os documentos foram apresentados pela empresa, restando declarado seu enquadramento como empresa de pequeno porte. Quanto ao argumento de que a empresa estaria no quadro societário da Verocard, denota-se através da certidão simplificada da JUCESP, que a empresa Verocheque retirou-se da sociedade da Verocard em 04 de maio de 2023, não havendo violação ao artigo 3º, §4º, incisos I e VII da Lei Complementar n.º 123/2006. Encerrando o assunto em discussão, apesar de ambas as empresas possuírem os mesmos sócios, denota-se que duas possuem os benefícios da Lei Complementar n.º 123/2006, não havendo no nosso entendimento violação artigo 3º, §4º, inciso IV da Lei Complementar n.º 123/2006. Diante das considerações exaradas, decide-se por anular a classificação realizada durante a sessão da licitação, bem como os atos posteriores (sorteio), designando-se novo sorteio somente entre as empresas Megavale Administradora de Cartões Ltda. e Verocheque Refeições Ltda. enquadradas como empresas de pequeno porte, e que inclusive haviam apresentado todos os documentos inerentes ao desempate. Nada mais havendo a se tratar, lavra-se a presente ata que vai assinada por todos os presentes.


Patricia Fernanda dos Santos Correa
Pregoeira


Samuel Galzerano Nicoletti
Membro


Elaerthe Bomtorin
Membro

Parecer Jurídico

Pregão Presencial n.º 01/2023

Análise de Recurso Administrativo

Recorrentes: Megavale Administradora de Cartões e Serviços Ltda. e Verocheque Refeições Ltda.

Recorridas: Verocheque Refeições Ltda. e Sodexo Pass do Brasil Serviços e Comércios S.A.

Trata-se de pedido de parecer jurídico a respeito de recursos administrativos apresentados pelas empresa Megavale Administradora de Cartões e Serviços Ltda. e Verocheque Refeições Ltda., em face de decisão proferida pelo Pregoeiro e Equipe de Apoio da Câmara Municipal de São Pedro, nos autos do processo de licitação, Pregão Presencial n.º 01/2023, que tem como objeto a contratação de empresa para prestação de serviços de fornecimento de administração de vale alimentação, na forma de cartão magnético ou eletrônico para 15 servidores da Câmara Municipal de São Pedro, conforme especificações constantes no Termo de Referência.

Verifica-se que o processo licitatório em referência, tem como critério de julgamento o menor preço global, considerando a aplicação de percentual da taxa de administração, sobre o valor total dos créditos previstos aos funcionários da Fundação Agência das Bacias PCJ, para o período de 12 (doze) meses, não admitindo-se qualquer tipo de deságio ou imposição de descontos sobre o valor contratado, conforme previsão do artigo 3º da Lei Federal n.º 14.442/2022.

Diante da impossibilidade de apresentação de porcentagem de desconto, com relação à taxa de administração, todas as empresas participantes do certame apresentaram taxa de administração igual a 0% (zero por cento), acarretando um empate entre as empresas que inviabilizou a apresentação de lances pelas licitantes.

Com o empate, a Pregoeira e Equipe de Apoio da Câmara Municipal de São Pedro aplicou o direito de preferência estabelecido no parágrafo 2º, do artigo 3º da Lei Federal n.º 8.666/93, que determina, que em igualdade de condições, como critério de desempate, será assegurada preferência, sucessivamente aos bens e serviços: 1) produzidos no país; 2) produzidos ou prestados por empresas brasileiras; 3) produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no país; 4) produzidos ou prestados por empresas que comprovem o

cumprimento de reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social e que atendam às regras de acessibilidade previstas na legislação.

A partir desses critérios, a Pregoeira e Equipe de Apoio da Câmara Municipal de São Pedro, realizou o desempate entre as licitantes, sendo que as empresas Megavale Administradora de Cartões e Serviços Ltda., Verocheque Refeições Ltda., Sodexo Pass do Brasil Serviços e Comércio S.A. e BK Instituição de Pagamento Ltda., atenderam à todos os requisitos de desempate.

Considerando os empates que se mantiveram, entre as empresas especificadas no parágrafo anterior, foi realizado sorteio, onde a classificação final ocorreu da seguinte forma:

- 1º) SODEXO Pass do Brasil Serviços e Comércio S.A.
- 2º) BK Instituição de Pagamento Ltda.
- 3º) Verocheque Refeições Ltda.
- 4º) Megavale Administradora de Cartões Ltda.
- 5º) Mapa Administradora de Convênios e Cartões Ltda.
- 6º) BIQ Benefícios Ltda.
- 7º) Life Card Administradora de Cartões Ltda.

Diante das decisões proferidas, as empresas Megavale Administradora de Cartões e Serviços Ltda., Verocheque Refeições Ltda., solicitaram prazo recursal, uma vez que no entendimento das empresas, o sorteio deveria ser realizado tão somente entre as empresas enquadradas como microempresas ou empresas de pequeno porte, tendo em vista a necessidade da concessão dos benefícios expostos na Lei Complementar n.º 123/2006.

Foi concedido prazo recursal de 03 dias úteis às interessadas, sendo que no prazo concedido as empresas Megavale Administradora de Cartões e Serviços Ltda., Verocheque Refeições Ltda. apresentaram seus recursos administrativos.

BREVE RESUMO DO RECURSO ADMINISTRATIVO APRESENTADO PELA EMPRESA MEGAVALLE

Em seu recurso, a empresa Megavale Administradora de Cartões e Serviços Ltda. expõe em síntese que o critério de desempate adotado pelo Pregoeiro não foi efetivo, uma vez que não teria sido observado que a Recorrente é enquadrada como empresa de pequeno porte, possuindo preferência na contratação com a Administração Pública.

Aduz a Recorrente que o primeiro critério de desempate deveria ter ocorrido com fundamento na Lei Complementar n.º 123/2006, ou seja, o sorteio deveria ocorrer somente entre empresas enquadradas como microempresa ou empresa de pequeno porte, o que não é o caso da empresa vencedora, Sodexo Pass do Brasil Serviços e Comércio S.A.

Além disso, expõe que a empresa Sodexo apresentou documentos que não comprova a acessibilidade, argumentando ainda que a empresa Verocheque Refeições Ltda. não apresentou documento hábil para comprovar que investe em tecnologia.

Por fim, alega a Recorrente, que a empresa Verocheque Refeições Ltda. não se enquadra como empresa de pequeno porte, não podendo utilizar-se dos benefícios impostos pela Lei Complementar n.º 123/2006, pois sua receita bruta anual teria ultrapassado o limite imposto às empresas de pequeno porte, que é de R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais). Argumenta ainda, que os sócios da empresa Verocheque são sócios de outra sociedade empresária (VEROCARD).

Diante dos fatos apresentados em seu recurso, a Recorrente requer a aplicação dos benefícios da Lei Complementar n.º 123/2006 à sua empresa, julgando-a vencedora do certame, uma vez que seria a única empresa que poderia usufruir desse benefício, e que apresentou todos os critérios de desempate estabelecidos no artigo 3º, §2º da Lei Federal n.º 8.666/93.

BREVE RESUMO DO RECURSO ADMINISTRATIVO APRESENTADO PELA EMPRESA VEROCHEQUE REFEIÇÕES LTDA.

A empresa Verocheque Refeições Ltda. apresentou recurso administrativo em face da decisão que julgou vencedora a empresa Sodexo Pass do Brasil Serviços e Comércio S.A., argumentando em síntese que o sorteio deveria ser realizado somente com as empresas enquadradas como microempresas ou empresas de pequeno porte, tendo em vista os benefícios instituídos pela Lei Complementar n.º 123/2006.

Diante disso, requer-se a anulação dos atos que classificou as empresas, bem como do sorteio realizado, solicitando que novo sorteio seja designado, com a participação exclusiva das empresas enquadradas como microempresas ou empresas de pequeno porte.

DO BREVE RESUMO DAS CONTRARRAZÕES AOS RECURSOS, APRESENTADA PELA EMPRESA SODEXO PASS DO BRASIL SERVIÇOS E COMÉRCIO S.A.

A empresa Sodexo Pass do Brasil Serviços e Comércio S.A. apresentou contrarrazões aos recursos administrativos apresentados, expondo que a decisão que a julgou vencedora do certame deve ser mantida, uma vez que não se aplica os benefícios da Lei Complementar n.º 123/2006 para o caso de empate real, já que as empresas enquadradas como microempresas ou empresas de pequeno porte não poderiam cobrir o menor valor ofertado, tendo em vista a impossibilidade de apresentação de taxa negativa.

Quando ao não atendimento de acessibilidade da empresa, alegado pela licitante Megavale, a empresa esclarece que além da ART, também possui certificado de acessibilidade atestado pela autoridade competente municipal. Expõe que com relação ao endereço divergente, tal fato se explica em virtude da alteração da denominação da avenida do edifício por força de lei, fato devidamente comprovado pela Recorrida.

DO BREVE RESUMO DAS CONTRARRAZÕES AO RECURSO, APRESENTADA PELA EMPRESA VEROCHECKE REFEIÇÕES LTDA.

A empresa Verocheque Refeições Ltda. apresentou contrarrazões ao recurso apresentado pela empresa Megavale, rebatendo os apontamentos de que a empresa não se enquadraria como empresa de pequeno porte.

Argumenta que sua receita bruta no exercício de 2022 atingiu o montante de R\$ 4.250.380,13, não extrapolando o limite para enquadramento como empresa de pequeno porte.

Expõe ainda que não é competência do órgão licitante fazer esse tipo de julgamento, sendo competência exclusiva da autoridade administrativa fiscal, sendo que tal enquadramento foi devidamente verificado pela Receita Federal e JUCESP.

Expressa que a queda da receita foi ocasionada pela vedação de apresentação de taxas negativas nas licitações, sendo que a maioria dos certames foi decidida por sorteio ou com a preferência para microempresas ou empresas de pequeno porte.

Esclarece que inexistente participação societária da Verocheque em outra sociedade empresarial, apresentando a retirada da empresa junto à Verocard em 04/05/2023.

Quanto ao apontamento de que as empresas teriam os mesmos sócios, argumenta que os sócios podem fazer parte do quadro societário de outras empresas, desde que não ultrapassem o faturamento de EPP, o que se enquadra na situação de ambas as empresas citadas.

Diante disso, a empresa requer a improcedência dos argumentos apresentados pela empresa Megavale no que tange ao seu enquadramento como empresa de pequeno porte.

DO MÉRITO

Preliminarmente, importante destacar que a modalidade Pregão é regida pela Lei Federal n.º 10.520/2002, que assim estabelece sobre os recursos administrativos, no seu artigo 4º, inciso XVIII:

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;

Como visto, os interessados em apresentar recurso administrativo deveriam manifestar **imediata** e **motivadamente** a intenção de recorrer. Conforme consta na ata da sessão de julgamento do Pregão Presencial n.º 01/2023, os representantes das empresas Megavale e Verocheque manifestaram interesse no prazo recursal,

especificamente com relação à aplicação do benefício da Lei Complementar n.º 123/2006 às microempresas e empresas de pequeno porte, como primeiro critério de desempate.

Diante de tal apontamento, entendo que as outras motivações recursais apresentadas no recurso administrativo apresentado pela empresa Megavale, não possuem amparo legal, tendo em vista que não foram apresentadas de forma imediata e motivada durante a sessão de julgamento.

Apesar disso, passaremos a analisar todos os tópicos apresentados para que a Pregoeira e Equipe de Apoio possam ter visão jurídica mais ampla para uma posterior decisão.

1) Da Aplicação do benefício estabelecido na Lei Complementar n.º 123/2006.

O processo licitatório em análise é bem peculiar, uma vez que não permite às empresas envolvidas a apresentação de taxa negativa, o que inviabiliza a realização de lances, acarretando de imediato um empate real entre as empresas participantes.

No que concerne ao benefício concedido às microempresas ou empresas de pequeno porte, pela Lei Complementar n.º 123/2006, assim expressa os artigos 44 e 45 da referida legislação:

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:

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.

§ 1º Na hipótese da não-contratação nos termos previstos no **caput** deste artigo, o objeto licitado será adjudicado em favor da proposta originalmente vencedora do certame.

§ 2º O disposto neste artigo somente se aplicará quando a melhor oferta inicial não tiver sido apresentada por microempresa ou empresa de pequeno porte.

§ 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.

No caso do Pregão Eletrônico n.º 01/2023, existe um empate real, ou seja, todas as empresas participantes apresentaram taxa de administração igual a zero por cento, não havendo possibilidade de redução das ofertas.

A partir desse impedimento, e em análise aos artigos 44 e 45 da Lei Complementar n.º 123/2006, interpreta-se a impossibilidade das microempresas ou empresas de pequeno porte ofertarem valor inferior às demais licitantes.

Como todas as empresas apresentaram taxa de administração igual a 0%, a licitação atingiu um limite, não havendo possibilidade de redução dos valores ofertados, o que gerou a inexistência de novos lances no pregão e a total impossibilidade de se cobrir os preços propostos.

A partir dessas considerações, verifica-se um empate na taxa mínima admitida por lei, impossibilitando a apresentação de proposta de valor inferior pelas empresas enquadradas como microempresas ou empresas de pequeno porte, o que num primeiro momento, tornaria inaplicável o benefício estabelecido pela Lei Complementar n.º 123/2006, já que a condição do inciso II, do artigo 45 não poderia ser cumprida.

Em leitura da ata da sessão de julgamento da licitação, constata-se que a Pregoeira e Equipe de Apoio da Câmara Municipal de São Pedro teve a mesma interpretação, visualizando um empate real, onde tornou-se impossível apresentar proposta inferior, optando-se por desempatar o certame com fundamento no artigo 3º, parágrafo 2º da Lei Federal n.º 8.666/93.

Em consulta ao objeto combatido no recurso administrativo, é fácil constatar que se trata de assunto conflituoso, havendo julgados e entendimentos favoráveis à decisão tomada pela Pregoeira e Equipe de Apoio, existindo também julgados favoráveis aos recursos apresentados.

Buscando jurisprudências recentes sobre a matéria, parece que o entendimento vem se sedimentando em favor das microempresas ou empresas de pequeno porte, senão vejamos julgados do Tribunal de Justiça, sobre o assunto:

*Apelação. Mandado de Segurança. Licitação. **Pregão. Fornecimento de auxílio alimentação por cartão magnético. Critério de Desempate. Preferências às ME e EPP. Ato que decorre de mandamento constitucional e que deve ser observado antes da utilização dos critérios de desempate geral.** Taxa de Administração negativa. Vedação. Possibilidade. Finalidade social de impedir que o usuário arque com o deságio concedido pela contratada. Inconstitucionalidade ou ilegalidade não configuradas. Entendimento adotado pelo TCE-SP. Sentença mantida. Recurso desprovido. (TJSP; Apelação Cível 1008607-64.2022.8.26.0664; Relator (a): Fernão Borba Franco; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Público; Foro de Votuporanga – 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 22/02/2023; Data do Registro: 22/02/2023)*

Preliminar. Perda superveniente do objeto. Inocorrência. Autora que formulou pedido para anulação de licitação. Eventual reconhecimento de vício que alcançará também atos administrativos posteriores. Arguição

preliminar desacolhida, portanto. Apelação. Pregão. Pretensão de anulação do processo licitatório. Inadmissibilidade. **Vedação ao oferecimento de proposta com taxa de administração negativa que está em conformidade ao artigo 3º, I, da Lei 14.442/2022. Preferências às microempresas e empresas de pequeno porte em hipótese de empate. Inteligências do artigos 179 da Constituição Federal e 44 da Lei Complementar n.º123/2006.** Logo, recurso improvido. (TJSP; Apelação Cível 1008404-40.2022.8.26.0038; Relator (a) Encinas Manfré; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Público; Foro de Araras – 3ª Vara Cível; Data de Julgamento: 20/04/2023; Data de Registro: 20/04/2023).

APELAÇÃO CIVEL E REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO. CONCORRÊNCIA. FASE DE JULGAMENTO DAS PROPOSTAS. OCORRÊNCIA DE EMPATE REAL ENTRE AS PROPOSTAS. TRATAMENTO FAVORECIDO À EMPRESA DE PEQUENO PORTE. ART. 170, INC, IX DA CF. DIREITO DE PREFERÊNCIA. ART. 44 DA LEI COMPLEMENTAR N.º 123/2006. CRITÉRIO DE DESEMPATE. O tratamento protetivo às microempresas e empresas de pequeno porte, nos processos de licitação, não se limita aos casos de empate ficto ou presumido, quando é possível a oferta de novo lance inferior, devendo ser observado idêntico critério nas hipóteses de empate real, isto é, quando as propostas empatadas em primeiro lugar já alcançaram o valor mínimo, em face do que preceitua o art. 44 da Lei Complementar n.º 123/2006: Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte. Situação dos autos em que somente uma das empresas participantes do certame, uma vez constatado o empate real, ostenta a condição de ME/EPP. O ato levado a efeito pela autoridade coatora violou direito líquido e certo da impetrante, dando azo ao refazimento parcial do certame, ante a declaração de nulidade do julgamento das propostas apresentadas. APELO DESPROVIDO. SENTENÇA CONFIRMADA INTEGRALMENTE EM REEXAME OBRIGATÓRIO. (Apelação e Reexame necessário, n.º 70076196989, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Miguel Ângelo da Silva, Julgado em 30-05-2018). Assunto: Direito Público. Licitação. Concorrência. Propostas. Julgamento. Desempate. Critério. Sorteio. Adoção. Empresa de pequeno porte.

Tratamento favorecido. Reconhecimento. Certame. Fase. Nulidade. Declaração. Manutenção” (TJRS; Apelação n.º 70076196989 [n.º CNJ 0383813-46.2017.8.21.7000] Relator(a) Miguel Ângelo da Silva; Vigésima Segunda Câmara Cível; Comarca de Origem: Nova Prata; Data do Julgamento: 30/02/2018; Data da Publicação: 06/06/2018.

No mesmo sentido os julgados recentes do Tribunal Pleno da Corte de Contas do Estado de São Paulo, quais sejam, **TC-001648.989.23-4, TC-007050.989.23-5, TC-001304.989.23-9 e TC-0011305.989.23-8.**

Importante transcrever o voto de relatoria do Conselheiro Edgard Camargo Rodrigues, nos autos dos dois últimos processos mencionados, sobre a matéria:

“Inexiste motivo para dissentir das conclusões expostas na instrução dos autos.

De rigor a observância dos benefícios constitucionais e legais instituídos às micro e pequenas empresas, com a consequente manutenção do dispositivo editalício que assegura a seleção tão somente dessas sociedades para desempate em caso de igualdade de propostas entre as licitantes.

Também assiste razão à defesa da municipalidade ao defender a incidência do §2º do artigo 3º da Lei n.º 8.666/93 na hipótese de empate das ofertas comerciais entre as empresas de maior porte, não sujeitas às regras da Lei 123/06.

Permanecendo a igualdade, haverá a sucessiva aplicação do artigo 45, §2º, da citada lei de licitações, consoante, aliás, expressamente disciplinado. “

Como demonstrado, o entendimento vem se unificando no sentido de preferência à contratação de microempresas ou empresas de pequeno, no caso de empate real, mesmo diante da impossibilidade de apresentação de preço inferior.

Havendo uma única empresa enquadrada como microempresa ou empresa de pequeno porte, a mesma seria vencedora do certame. Caso exista mais de uma empresa com direito ao benefícios, o desempate se daria com o sorteio entre as empresas beneficiadas pela Lei Complementar n.º 123/2006.

Diante de tais premissas, entendo que o julgamento proferido pela Pregoeira e Equipe de Apoio da Câmara Municipal de São Pedro deve ser anulado, dando-se a preferência às microempresas e empresas de pequeno porte. Caso haja mais de uma microempresa ou empresa de pequeno porte, deverá ser realizado sorteio para o efetivo desempate entre as empresas detentoras do benefício.

2) Dos documentos apresentados para comprovação de investimento em pesquisa e tecnologia.

Como já expressei acima, a empresa Megavale, não motivou tal apontamento durante a sessão de julgamento, infringindo disposição do inciso XVIII do artigo 4º da Lei Federal n.º 10.520/2002, carecendo de fundamento para que seja analisado.

De qualquer forma, a documentação apresentada pela empresa Verocheque Refeições Ltda., contém notas fiscais relativas ao objeto, bem como o Certificado Lei do Bem 2022, onde certifica-se que empresa Verocheque faz parte do grupo de empresas do Brasil que utiliza o incentivo da Lei do Bem (Lei 11.196/2005), desde o ano de 2021, contribuindo para o desenvolvimento da Pesquisa, Desenvolvimento e Inovação Tecnológica do país.

Assim, entendo que não prospera o argumento apresentado pela Recorrente, no que tange ao não preenchimento da condição exposta no artigo 3º, parágrafo 2º, inciso IV da Lei Federal n.º 8.666/93, pela empresa Verocheque Refeições Ltda.

3) Dos documentos apresentados para comprovação de acessibilidade.

Mais uma vez, torna-se primordial ressaltar, que a empresa Megavale, não motivou tal apontamento durante a sessão de julgamento, infringindo disposição do inciso XVIII do artigo 4º da Lei Federal n.º 10.520/2002, carecendo de fundamento para que seja analisado.

Apesar disso, entendo que as contrarrazões apresentadas pela empresa SODEXO, descaracterizam os apontamentos proferidos sobre o assunto, no recurso apresentado pela empresa Megavale.

Através de consulta aos autos, restou evidenciado que a empresa SODEXO apresentou certificação de acessibilidade lavrado pelo Município de São Paulo, com a indicação do engenheiro responsável pelo atesto com registro no CREA. Já com relação ao endereço, a empresa esclareceu que tal fato decorreu de alteração da denominação da avenida do edifício por força de lei. Conforme Lei Municipal n.º 16.804/18 (São Paulo), a Avenida das Nações Unidas passou a ser denominada como Avenida Dra. Ruth Cardoso.

Assim, entendo que restam descaracterizados os argumentos apresentados pela Recorrente sobre o assunto.

4) Do enquadramento da empresa Verocheque Refeições Ltda. como Empresa de Pequeno Porte.

Por fim, quanto ao enquadramento da empresa Verocheque Refeições Ltda., mais uma vez destacamos que a empresa Megavale, não motivou tal apontamento durante a sessão de julgamento, infringindo disposição do inciso XVIII do artigo 4º da Lei Federal n.º 10.520/2002, carecendo de fundamento para que seja analisado.

Apesar disso, constata-se que a empresa está devidamente enquadrada como empresa de pequeno porte junto à JUCESP, sendo que tal enquadramento foi realizado no transcorrer do presente exercício.

Destaque-se que a Recorrente se apegar em informações do balanço patrimonial da empresa, que sequer foi exigido, esclarecendo-se que o edital do Pregão Presencial n.º 01/2023 exigiu apenas a apresentação de declaração da própria empresa de que se enquadra como ME ou EPP, bem como documento comprobatório de que a empresa está devidamente enquadrada como ME ou EPP, com prazo não superior à 03 meses. Ambos os documentos foram apresentados pela empresa VEROCHEQUE, ou seja, a licitante apresentou declaração devidamente assinada, bem como Certidão Simplificada da JUCESP, onde consta o enquadramento da empresa como Empresa de Pequeno Porte.

Assim como exposto nas contrarrazões da empresa VEROCHEQUE, entendo que os órgãos responsáveis pelo enquadramento da empresa como EPP, são

a JUCESP e a Receita Federal, tendo a licitante apresentado documento hábil para comprovar o devido enquadramento.

Quanto a alegação de que a empresa VEROCHIQUE estaria no quadro societário da Verocard, verifica-se através da certidão simplificada da JUCESP, que a empresa Veroqueque retirou-se da sociedade (VEROCARD), em 04 de maio de 2023, não havendo violação ao artigo 3º, §4º, inciso I e VII da Lei Complementar n.º 123/2006.

Já com relação ao apontamento de que as empresas possuem os mesmos sócios e não poderiam se beneficiar do enquadramento como empresa de pequeno porte, denota-se que ambas as empresas possuem os benefícios da Lei Complementar n.º 123/2006, não havendo aparentemente violação ao artigo 3º, §4º, inciso IV da Lei Complementar n.º 123/2006.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, opino:

a) Pelo provimento parcial do recurso apresentado pela empresa Megavale Administradora de Cartões e Serviços Ltda., considerando procedentes os argumentos de preferência às microempresas ou empresas de pequeno porte, no caso de empate real, e improcedentes os demais pedidos apresentados pela Recorrente.

b) Pelo provimento do recurso apresentado pela empresa Veroqueque Refeições Ltda., considerando procedentes os argumentos de preferência às microempresas e empresas de pequeno porte, no caso de empate real.

Havendo decisão favorável ao direito de preferência às microempresas e empresas de pequeno, devem ser anulados os atos que ensejaram a classificação com fundamento no artigo 3º, parágrafo 2º da Lei Federal n.º 8.666/93, bem como o sorteio realizado, designando-se data para realização de novo sorteio, somente entre as empresas enquadradas como microempresas ou empresas de pequeno porte.

É o parecer, s.m.j.

São Pedro, 26 de julho de 2023.

MATEUS
MAGRO
MAROUN

Assinado de forma
digital por MATEUS
MAGRO MAROUN
Dados: 2023.07.26
09:19:43 -03'00'

MATEUS MAGRO MAROUN

OAB/SP – 242.849