



**DECISÃO DO RECURSO ADMINISTRATIVO IMPETRADO CONTRA  
DECISÃO QUE DECLAROU A EMPRESA VENCEDORA DO CERTAME**

**REFERÊNCIA:** Processo nº 09/2017– Pregão Eletrônico nº 06/2017

**OBJETO:** O objeto da presente licitação é a prestação de serviços de implementação, gerenciamento, e administração de **auxílios alimentação, vale alimentação e vale refeição**, via cartão magnético e/ou cartão eletrônico, com tecnologia de chip, e respectivas recargas de créditos mensais, destinados aos empregados do CORE-PE, que possibilitem a aquisição de gêneros alimentícios “in natura”, por meio de rede de estabelecimentos credenciados, conforme descrito neste Edital e em seu Anexo I – Termo de referência.

**RECORRENTE: TICKET SERVIÇOS S.A.**

**CONTRARRAZÕES DE RECURSO: SODEXO PASS DO BRASIL SERVIÇOS  
E COMÉRCIO S.A.**

**DECISÃO:** em face do recurso apresentado, entende que deva ser o mesmo CONHECIDO, vez que presentes os pressupostos de admissibilidade, contudo, em seu mérito, NEGAR PROVIMENTO.

Examinando cada ponto discorrido na peça recursal da **TICKET SERVIÇOS S.A.**, em confronto com as contrarrazões da recorrente, com a legislação e com os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais correlatos, exponho abaixo as ponderações formuladas que fundamentaram a decisão final.

**I– DAS PRELIMINARES**

Recurso administrativo contra decisão que declarou a empresa **SODEXO PASS DO BRASIL SERVIÇOS E COMÉRCIO S.A.** vencedora do certame, por não concordância com o critério de desempate adotado, visto que “o item 7.17.1 refere-se ao desempate entre ME/EPP”. Alega que “o art. 45, §2º da Lei 8.666/93 determina que no caso de empate entre duas ou mais propostas e após obedecido o disposto no §2º do art. 3º, a classificação se fará obrigatoriamente por sorteio, em ato público, para o qual todos os licitantes serão convocados, vedado qualquer outro processo. Assim, requer seja realizado sorteio presencial entre todas as licitantes com taxa zero”.

**II– DAS FORMALIDADES LEGAIS**

Cumpridas as formalidades legais, registre-se que o recurso administrativo foi recebido em tempo hábil, atendendo o disposto no artigo 4, XVIII da lei 10.520/2002 e juntado ao Processo Licitatório n. 9/2017. Encontrar-se-á disponível no sítio eletrônico do CORE-PE.



### **III- DAS ALEGAÇÕES DA RECORRENTE**

Insurge-se a recorrente contra decisão que declarou a empresa **SODEXO PASS DO BRASIL SERVIÇOS E COMÉRCIO S.A.** vencedora do certame pregão eletrônico nº 6/2017, realizado pelo CORE-PE, através de recurso administrativo, que estará disponível no sítio eletrônico do CORE-PE.

A Recorrente tem como fundamento que *iniciada a sessão pública do Pregão, nenhuma das licitantes ofereceu lances para o item licitado, situação essa que se manteve até o final da disputa, em razão da vigência da Portaria nº 1.287 do TEM, em que pese, em sede de esclarecimento, ter o CORE-PE informado não ser cadastrado no PAT e que, por tanto, aceitaria a oferta de taxas negativas.*

*Citada Portaria nº 1.287 do TEM, que entrou em vigor no dia 28 de dezembro de 2017, em se art. 1º, determina que “No âmbito do Programa de Alimentação do Trabalhador, é vedada à empresa prestadora a adoção de práticas comerciais de cobrança de taxas de serviço negativas às empresas beneficiárias, sobre os valores dos créditos vinculados aos documentos de legitimação”.*

E continua: *“fato é que, assim, e por orientação recebida da Associação Brasileira das Empresas de Benefícios ao Trabalhador, as licitantes deixaram de ofertar lances na disputa em questão.*

A recorrente aponta que “desta feita, restou o certame EMPATADO, já que todas as empresas participantes cadastraram o mesmo valor de proposta, a saber, o valor global cotado para o item com a taxa de administração de 0,00% (zero por cento), que é a menor taxa possível de ser oferecida, em atenção à Portaria do MTE.

Destaque-se que o procedimento comumente adotado em pregões eletrônicos após o advento da citada Portaria do MT, nos quais as propostas cadastradas restam empatadas já que foram apresentadas aplicando-se a taxa de administração zero, e não sendo possível a ocorrência de lances, já que vedada a aplicação de taxas negativas, por força legal, tem sido a realização de SORTEIO presencial, marcado após o término da sessão eletrônica do pregão.

Podemos elencar vários exemplos de órgãos que utilizaram o sorteio como critério de desempate, como o Pregão da Prefeitura de Belo Horizonte realizado no site da Caixa Econômica Federal, do CRMV, dos CORREIOS.

Ocorre que, após solicitar o envio das propostas por todas as participantes empatadas, e analisar tais propostas, essa Administração informou que “...o item 7.17.1. do edital do certame prevê que: “Ao presente certame não se aplica o sorteio como critério de desempate. Lances equivalentes não serão considerados iguais, vez que A ORDEM DE APRESENTAÇÃO DAS PROPOSTAS PELOS LICITANTES É UTILIZADA COMO UM DOS CRITÉRIOS DE CLASSIFICAÇÃO.””.

E assim, optou por utilizar a classificação AUTOMÁTICA do site “COMPRASNET”, que tão somente ordena por data/hora de cadastro as propostas apresentadas



pelos licitantes.

Nesse sentido, como é de conhecimento da Administração e das empresas que costumam fazer pregões eletrônicos no site COMPRASNET, o sistema sempre indica uma empresa vencedora, já que faz uma classificação das propostas apresentadas pela ordem temporal em que foram cadastradas no sistema, indicando como vencedora aquela que primeiro cadastrou sua proposta, o que representa patente violação a dispositivos legais que regem as licitações e afronta aos princípios da competitividade e da isonomia.

Ademais, de se ressaltar que o item editalício utilizado pelo CORE/PE para embasar sua decisão refere-se ÚNICA E EXCLUSIVAMENTE às MICRO E PEQUENAS EMPRESAS, como se denota da simples leitura do edital. ”

Assim, “Acerca do critério de desempate adotado acima é que reside a razão de nosso inconformismo, refletindo-se no presente RECURSO, pelas razões de direito a seguir expostas:

#### DODIREITO

Reconhecemos o empenho e seriedade empregados na elaboração do edital em referência, entretanto, quando de sua interpretação e aplicação ao caso concreto, a d. Pregoeira cometeu um equívoco, o qual necessita ser corrigido.

Ao apontar que o item 7.17.1 determina que ao certame não se aplica o sorteio, a ilustre Pregoeira deixou de se atentar ao fato de que se trata de um subitem aplicável às MICRO E PEQUENAS EMPRESAS, conforme transcrevemos abaixo:

“7.17. Caso a microempresa ou empresa de pequeno porte melhor classificada desista ou não se manifeste no prazo estabelecido, serão convocadas as demais licitantes microempresa e empresa de pequeno porte que se encontrem naquele intervalo de 5% (cinco por cento), na ordem de classificação, para o exercício do mesmo direito, no prazo estabelecido no subitem anterior.

7.17.1. Ao presente certame não se aplica o sorteio como critério de desempate. Lances equivalentes não serão considerados iguais, vez que a ordem de apresentação das propostas pelos licitantes é utilizada como um dos critérios de classificação.”

Ora, nitidamente trata-se de subitem DIRETAMENTE relacionado às regras aplicadas às MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE.

Não seria aplicável o sorteio às tais empresas caso houvesse mais de uma em situação de direito de preferência, o qual seria exercido de acordo com a ordem de classificação.

Mas, quanto ao critério de desempate para as licitantes que não fossem microempresas nem empresas de pequeno porte, de se destacar que o edital restou silente.

Portanto, deveria seguir o quanto determinado legalmente, na legislação aplicável, a saber, Leis 10.520/02 e 8.666/93.



Desta forma, não observando o disposto na legislação de regência, este respeitável órgão infringiu os princípios da LEGALIDADE, ISONOMIA E COMPETITIVIDADE, bem como acabou por direcionar o edital, em detrimento do princípio da ampla concorrência na disputa do Pregão.

Amparados nas previsões legais supra e constantes no preâmbulo deste processo licitatório, faz necessário trazer à baila o art. 4º, V, da Lei 10.520/2002 (Lei do Pregão). Vejamos:

- Lei Federal nº 10.520, de 17 de julho de 2002:

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

V - o prazo fixado para a apresentação das propostas, contado a partir da publicação do aviso, não será inferior a 8 (oito) dias úteis (grifos nosso).

Ao especificar a necessidade de, no mínimo, oito dias da data da publicação do aviso até a data da realização do Pregão, possibilita aos interessados apresentar suas propostas a qualquer momento dentro deste prazo, providenciar os documentos de habilitação hábeis a sua participação no certame licitatório e providenciar, querendo, o credenciamento de representante na licitação. Tal medida visa resguardar aos licitantes os princípios legais da isonomia, competitividade, legalidade e do julgamento objetivo.

#### 1. Princípio da Isonomia

No âmbito do Direito Administrativo, o princípio da isonomia/igualdade assegura a todos os interessados em contratar com a Administração Pública o direito de competir nos certames licitatórios públicos.

A Constituição Federal, em seu art. 37, inciso XXI, assegura a igualdade de condições entre todos os concorrentes: “ (...) as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes ”.

Nesta esteira, o Ilustre Professor Marçal Justen Filho aduz que o princípio da isonomia deve ser assegurado em todo processo licitatório, a saber:

A isonomia também se aplica no transcurso da licitação. Após editado o ato convocatório, o princípio da isonomia continua aplicável. Trata-se, então, da isonomia na execução da licitação. Todos os interessados e participantes merecem tratamento idêntico. (Justen Filho, 2000, p. 59-61)

O princípio da isonomia é mencionado em diversos pontos da Lei nº 8.666/93, a iniciar pelo art. 3º, § 1º, I. Referido inciso veda, nas convocações, a existência de cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo das licitações e que estabeleçam preferências ou distinções irrelevantes para o fim do contrato.



No essencial, o princípio da isonomia significa que além de permitir a participação de todos os interessados, os concorrentes devem receber do administrador público o mesmo tratamento, sem diferenciação por privilégio ou perseguições.

2. Princípio da Legalidade

Na esfera da Administração Pública, a legalidade deve ser entendida como a impossibilidade de se praticar qualquer ato sem que haja expressa autorização legal.

Esse entendimento é dominante na doutrina, conforme os preveem os ensinamentos do Professor Hely Lopes Meirelles (2003, p. 86):

Na administração Pública não há liberdade e nem vontade pessoal. Enquanto que a administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa “pode fazer assim”; para o administrador público significa “deve fazer assim”.

O princípio da legalidade, quando aplicado aos procedimentos de licitação, vincula a Administração Pública e os licitantes às regras estabelecidas. A licitação é um ato estritamente vinculado, vez que todas as suas fases e procedimentos são estabelecidos em lei. Não cabe nenhuma inovação.

Importante destacar a correlação entre o princípio da legalidade e da isonomia, muito bem observado por Joel de Menezes Niebuhr, em Princípio da Isonomia na Licitação Pública (2000, p. 95-96):

Vinculando o procedimento à lei, a sua observância passa a ser condição apriorística para a implementação dos demais princípios aplicados pelo instituto. No que tange à isonomia, esta é vestibularmente assegurada em razão da obediência aos parâmetros fixados na lei. Todos os tratamentos da mesma forma, subordinando-se às mesmas regras e condições da contratação. Se, para alguns o procedimento for enrijecido e para outros for suavizado, não há isonomia. O procedimento legal parifica todos os licitantes, constituindo-se elemento primário para a concreção da igualdade.

Assim sendo, se não houver atendimento ao princípio da legalidade, o princípio da isonomia já estará comprometido.

3. Princípio da Competitividade

O princípio da competitividade é a essência da licitação, uma vez que a Administração ao promover um processo licitatório busca o maior universo de participantes, objetivando a disputa entre eles e, por fim, conseguir o menor preço.

Desta feita, deve-se evitar qualquer exigência irrelevante e destituída de interesse público que restrinja a competição, pois procedimento desta natureza viola o princípio da competitividade.

4. Princípio do Julgamento Objetivo



**CORE - PE**

O princípio do julgamento objetivo está, de forma cristalina, previsto nos artigos 44 e 45 e da Lei nº 8.666/93, in verbis:

“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. (grifos nossos)

§ 1º É vedada a utilização de qualquer elemento, critério ou fator sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado que possa ainda que indiretamente elidir o princípio da igualdade entre os licitantes.(grifos nossos)

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. (grifos nossos)”.  
.

Os casos de empate merecem tratamento à luz do julgamento objetivo, ou seja, deve se aplicar o art. 3º, § 2º, da Lei nº 8.666/93, que depois de obedecidos a Administração Pública deverá realizar o SORTEIO entre os licitantes classificados, conforme previsto acima.

Aliado a todas as colocações acima, denota-se que, caso não seja adotado o SORTEIO como critério de desempate face ao critério de julgamento de menor preço global, o CORE/PE estará ferindo todos os princípios legais retro expostos: (i) legal, pois a Lei de Licitações prevê que a Administração promova SORTEIO entre os licitantes classificados em casos de EMPATE, (ii) isonomia, uma vez que TODOS os LICITANTES tem os mesmos direitos e oportunidades, não podendo sagrar-se vencedor aquele que primeiro cadastrar sua proposta no sistema; (iii) competitividade, faz necessário a Administração Pública promover o processo licitatório a fim de obter o maior rol de licitantes e o melhor preço.

Ainda, insta destacar que esta Administração Pública ao optar pela modalidade PREGÃO, busca o maior número de participantes que possam ofertar o menor preço, ou seja, visa atender ao princípio da economicidade. Além disso, o PREGÃO é uma modalidade ágil e transparente, pois com a inversão de fases, a Administração só poderá abrir os envelopes de habilitação daquele que ofertou o menor preço.

Portanto, diante da modalidade escolhida para este certame, não é concebível que esta Administração Pública preveja como critério de julgamento o menor preço global, já que este já vem previamente determinado pela Portaria do Ministério do Trabalho, que determina seja a menor taxa possível a taxa zero, o que faz com que todos os menores preços sejam iguais.



Assim, deve ser adotado o SORTEIO para desempate, não podendo ser admitida a ordem cronológica de apresentação da proposta, face à impossibilidade de redução dos preços apresentados inicialmente por vedação legal, uma vez que esse critério de desempate irá determinar exatamente o vencedor do certame, aquele que foi mais ágil na apresentação da proposta, em que pese os valores propostos serem exatamente iguais aos demais, em patente afronta aos ditames legais!

Ora, procedendo dessa forma, descartando os princípios da isonomia e da impessoalidade, a Pregoeira, baseando-se pela classificação automática feita pelo “Sistema”, viola os princípios da isonomia entre os licitantes e da vinculação aos termos do Edital, maculando o procedimento licitatório de flagrante ilegalidade.

Pois bem, tendo em vista que as licitantes já ingressam no certame com a menor proposta possível, não apresentando lances porque, se assim fizessem, incorreriam na vedação da Portaria 1.287 do MTE, temos que não haverá etapa de lances, visto que todas as propostas já contemplam o menor preço possível de ser ofertado, mercê da vedação legal supracitada.

Na ausência de lances e sendo equivalentes as propostas de todas as licitantes, o “Sistema” classifica-as automaticamente pela ordem de sua apresentação, pelo que, s.m.j., caberá ao Pregoeiro proceder ao desempate instalado, designando data para a realização de sorteio, conforme determina o art. 45, §2º, da Lei nº 8.666/93.

Ora, haverá uma evidente situação de empate das propostas sem formulação de lances, caracterizando uma situação atípica e não prevista na Lei nº 10.520/02 (Lei do Pregão), pelo que deveria ser aplicada, subsidiariamente, a Lei nº 8.666/93, com a designação de sorteio em ato público, entre todas as licitantes que apresentaram propostas equivalentes, garantindo tratamento isonômico entre elas.

Ademais, não há no Edital qualquer disposição que autorize a utilização de critério temporal como paradigma de desempate de propostas de empresas que não se enquadram no perfil de ME/EPP.

Esse critério novo não pode ser admitido, pois a formalidade de um procedimento licitatório não é um preceito inútil, descartável ou flexibilizado, devendo ser observado como meio (ou ferramenta) de segurança dos atos praticados pelos licitantes e com vistas a garantir a igualdade entre eles.

Compete ao Pregoeiro, na qualidade de condutor absoluto do processo licitatório, desconsiderar a classificação automática do “Sistema” e, diante de propostas equivalentes, restabelecer a legalidade do certame, convocando as licitantes para o sorteio presencial, única maneira de garantir o tratamento isonômico entre as licitantes.

Cumpra ilustrar o processo licitatório da CAIXA ECONÔMICA FEDERAL que ocorreu em dezembro/2013, de modalidade PREGÃO ELETRÔNICO, cujo critério de desempate foi devidamente respaldado pela Lei de Licitações, ou seja, se adotou o SORTEIO:

PREGÃO ELETRÔNICO Nº 244/7066-2013 – GILOG/BR



CAIXA ECONÔMICA FEDERAL  
DATA: 26/12/2013  
OBJETO: Contratação de empresa especializada com registro no Ministério da Cultura para a prestação de serviços de fornecimento de Vale – Cultura (conforme IN/MinC nº 2 de 04/09/2013) a empregados da CAIXA, por meio de cartões eletrônicos, magnéticos ou outros oriundos de tecnologia adequada que permitam a aquisição de Produtos/Serviços em estabelecimentos comerciais, pelo período de 24 (vinte e quatro meses), tudo em conformidade com as disposições deste Edital e de seus Anexos.

ITEM 7.15.1 – PERMANECENDO O EMPATE ENTRE AS PROPOSTAS SERÁ REALIZADO SORTEIO EM HORA MARCADA, APÓS A COMUNICAÇÃO AOS LICITANTES, DEPOIS DO QUE, O PREGOEIRO PODERÁ NEGOCIAR COM A PROPONENTE, EM CONFORMIDADE COM O ITEM 7.12. (grifos nossos).

Aliado a todas as colocações retro expostas, encontramos o PRINCÍPIO DA FINALIDADE, de obediência obrigatória por parte da Administração Pública, corroborado pela jurisprudência majoritária:

Qualquer restrição em relação ao objeto da licitação deve ter como fundamento razões aptas a justificarem que a finalidade e o interesse público reclamam por tal exigência de forma irremediável. Sem tal justificativa a restrição deve ser tomada por ilegal (art. 3º, § 1º, inc. I).

Todas as nossas observações apontam para a inevitável revisão da decisão que declarou a Empresa SODEXO PASS DO BRASIL SERVIÇOS E COMÉRCIO S.A., Aceita e Habilitada no certame em referência, por ferir patentemente a legislação que rege as licitações.”

No requerimento final cita a empresa recorrente, “Por todo o exposto e como medida de Direito e de Justiça, solicitamos que V.Sas. RECONSIDEREM a decisão de HABILITAÇÃO da RECORRIDA – SODEXO PASS DO BRASIL SERVIÇOS E COMÉRCIO S.A., sendo marcado SORTEIO em sessão pública, em data a ser designada pela Sra. Pregoeira, entre todas as licitantes que cadastraram e mantiveram suas propostas iguais, refletindo a aplicação da taxa zero sobre o valor global.

Caso, apesar de todos os fatos e fundamentos aqui expostos, V.Sas. ainda assim optem pelo Indeferimento do presente PEDIDO, ratificamos a recomendação legal para que seja esse RECURSO submetido a avaliação de Instância Superior afim de que, dentre outros quesitos, seja avaliada a viabilidade da ANULAÇÃO DO PREGÃO 06/2017, haja vista estar esse processo eivado de vício de nulidade.

A RECORRENTE permanece a inteira disposição para quaisquer outros esclarecimentos ou informações necessárias.

Nestes termos, pedimos e aguardamos deferimento.”





#### **IV– DAS ALEGAÇÕES DA RECORRIDA**

A licitante vencedora apresenta suas:

##### **“CONTRARRAZÕES**

Ao recurso interposto pela empresa TICKET SERVIÇOS S.A., fazendo-o nos termos a seguir delineados:

##### **1. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE OS FATOS**

Inicialmente, importa destacar que referido Edital foi publicado e disponibilizado no sítio do COMPRASNET, em 29/01/2018.

Às licitantes fora oportunizado a retirada do instrumento convocatório, assim como a elaboração de consultas e impugnações, as quais (apenas consultas), foram amplamente divulgadas no sítio da disputa.

Houve, em 16/02/2018, a publicação de resposta ao questionamento feito pela empresa Endered, quanto a aplicabilidade da Portaria nº 1.287, de 27 de dezembro de 2017, do Ministério do Trabalho (que veda taxa negativa); onde o Conselho, afirmou NÃO ser beneficiário do Programa de Alimentação ao Trabalhado, se posicionando no sentido de que para o certame, seria mantida a aceitação de taxa negativa.

Ou seja, o edital trouxe, sistematicamente, todas as informações necessárias para a correta condução do procedimento licitatório, sendo possibilitado às licitantes o envio de questionamentos.

A Sodexo, se abstendo, totalmente, quanto à análise do mérito da legalidade e aplicabilidade da Portaria nº 1.287/2017 à contratação, tem a pontuar que as regras estabelecidas no edital, foram aceitas pela Recorrente, uma vez que não houve qualquer indagação quanto ao seu conteúdo, no momento oportuno.

Portanto, a conclusão lógica é que com sua participação, ela aceitou todas as regras preestabelecidas no instrumento convocatório, fazendo o edital “lei entre as partes”, não havendo a possibilidade de se questioná-lo após o término da sessão de disputa, apenas pela sua inconformidade com o resultado.

Para que não haja dúvidas, quanto às regras previamente previstas, e não impugnadas pela Recorrente, passaremos a descrever as atinentes ao conteúdo do recurso, ora atacado:

a) Quanto ao critério de julgamento:

É clara e objetiva a informação de que o critério de julgamento é o menor taxa de administração, sendo considerado o menor preço global conforme descrição a seguir:

##### **“6.1.1.4 – Oferta de taxa negativa – Exemplificativo**

Em função do sistema comprasnet não operacionalizar método de alcance de critério de julgamento de menor taxa de administração, o menor preço será obtido



pelo menor valor total anual do item, sendo o total R\$101.054,90 (cento e um mil e cinquenta e quatro reais e oitenta centavos).”

Ou seja, antes mesmo de adentrarmos a discussão do critério de desempate, já nos deparamos com a fixação pelo próprio edital do critério de julgamento, ainda explicando a forma de operacionalização do sistema COMPRASNET.

Portanto, o critério de julgamento não é apenas a menor taxa de administração, mas sim uma forma combinada do valor associado à Taxa de Administração.

b) Quanto ao critério de desempate

Em contrariedade do alegado pela Recorrente (não observância das regras legais), o edital trouxe à baila as regras concernente ao critério de desempate.

A esclarecer esse entendimento equivocado, o Edital traz já em seu objeto as regras aplicáveis à contratação, tratando do critério e desempate no item 7.8, a saber:

“ 7.8. Não serão aceitos dois ou mais lances de mesmo valor, prevalecendo aquele que for recebido e registrado em primeiro lugar.”

Portanto, concluímos que as regras previstas no Instrumento Convocatório foram bem delineadas, não são contraditórias ou mesmo contrárias à Lei (já que há esta previsão legal descrita no Decreto nº 5.450/05, não restando qualquer dúvida quanto ao critério de desempate.

Dito isto, observa-se que não consta neste processo nenhuma manifestação de irrisignação contra os termos do edital por nenhuma empresa interessada, ou seja, não houve impugnação aos seus termos e as regras do edital vincularam os participantes.

Frise-se que o edital foi objeto de consulta anterior à data da sessão, e, portanto, conclui-se que foi analisado.

**2. DAS REGRAS DO EDITAL, OBRIGATORIEDADE DE CUMPRIMENTO DE SEUS TERMOS, LEGISLAÇÃO E PROCEDIMENTO DO PREGÃO ELETRONICO**  
Diferentemente do que tenta fazer entender a Recorrente, todas as regras previstas no Edital e na Lei foram rigorosamente cumpridas.

O Pregão Eletrônico é regido pela Lei 10.520/02 e pelo Decreto 5.450/05, sendo esta a legislação aplicável para todos os atos inerentes a este procedimento.

A disposição do edital sobre o tema estão amparados pelo Decreto 5.450/05 que dispõe o seguinte:

“Art. 24, §4º Não serão aceitos dois ou mais lances iguais, prevalecendo aquele que for recebido e registrado primeiro.”

Portanto, o entendimento esboçado no edital refere-se à determinação legal estabelecida pelo art. 24, §4º do Decreto 5.450/05, estabelecendo o artigo 24 desta legislação como o critério para o desempate das propostas.



Portanto, não há que se falar neste momento, de forma intempestiva, sobre as regras do edital.

Assim, em resumo, pela análise dos fatos, é evidente que a Pregoeira agiu de acordo com os termos do Edital, em consonância com a legislação.

Ademais está precluso o direito de discussão quanto ao critério de desempate, e, portanto, sujeitando-se todas as licitantes aos termos do edital, mandatório aplicar o Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório, regente de todas as fases do processo licitatório.

Dito isto, não é demais lembrar que cabe a Administração Pública, bem como às empresas licitantes o dever de agir em conformidade com os preceitos legais, respeitando a vinculação ao instrumento convocatório, conforme disposto no artigo 3º, da lei Federal 8.666/93:

“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 lhes são correlatos”.

Ora, se as licitantes devem obediência ao Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório, não há razão para que haja a anulação do Pregão, seja por estar precluso o direito de discussão sob o assunto, seja porque todos os licitantes estão adstritos às regras do edital.

Diante de argumentos, é evidente o descompasso do pedido formulado no recurso da Recorrente.

Irretocável, portanto, a decisão da Pregoeira.

Neste sentido, a jurisprudência pátria estabelece:

“Vinculação às normas do edital de concorrência. O edital vincula aos seus termos não só a administração, mas também os próprios licitantes” (TRF/5ª Região. 1ª Turma. AC nº 18715/PE. Processo nº 9205233412. DJ 07 maio de 1993, p. 16765)

“ I – No procedimento licitatório, domina o princípio da vinculação ao edital, que obriga tanto a pública Administração quanto os licitantes em sua rigorosa observância. (...) (TRF/5ª Região. 6ª Turma. REO nº 01000145369/GO. Processo nº 19980100145639. DJ 23 outubro de 2002. p. 197)”

Na mesma direção se posiciona a doutrina, como se vê dos excertos a seguir reproduzidos.

Em “Licitação e Contrato Administrativo de Helly Lopes Meirelles, (atualizado por Eurico de Andrade Azevedo e Vera Monteiro em 2006) já afirmava:



"A vinculação ao edital significa que a Administração e os licitantes ficam sempre adstritos aos termos do pedido ou do permitido do instrumento convocatório da licitação, quer quanto ao procedimento, quer quanto à documentação, às propostas, ao julgamento e ao contrato. Em outras palavras, estabelecidas as regras do certame, tornam-se obrigatórias para aquela licitação durante todo o procedimento e para todos os seus participantes, inclusive para o órgão ou entidade licitadora." (Obra e autor citados, pág. 39)."

Mais adiante:

"A documentação, não pode conter menos do que foi solicitado, e as propostas não podem ofertar nem mais nem menos do que o pedido ou permitido pelo Edital." .

E continua:

"O Edital é o instrumento através do qual a administração leva ao conhecimento público a abertura da Concorrência ou da Tomada de Preços, fixa as condições de sua realização e convoca os interessados para a apresentação de suas propostas. Vincula inteiramente a administração e os proponentes as suas cláusulas. Nada se pode exigir ou decidir além ou aquém do Edital, porque é a Lei Interna da Concorrência e da Tomada de Preços."

Para reforçar os ensinamentos do saudoso mestre, transcrevemos parte do Processo 002.728/93-1 do TCU, em resposta à consulta formulada pelo eminente ministro Paulo Brossard, que é bastante esclarecedor. O texto foi extraído do D.O.U. 26.05.1993, páginas 7056 e 7057. Todos os grifos são nossos.

Assim manifesta-se o E. Tribunal de Contas da União:

Inicialmente, citando o saudoso HELLY LOPES MEIRELLES:

"...a vinculação do edital à licitação é princípio básico desse certame. Por isso a Administração não pode fixar no edital a forma e o modo de participação dos licitantes e na fase do julgamento se afastar do que fora estabelecido ou aceitar documentos e propostas elaboradas em desacordo com o solicitado. Isso faculta a Administração a desclassificar quaisquer propostas elaboradas à revelia do estatuído no documento convocatório mesmo sendo a de menor preço".

Mais adiante o voto:

"Os conceitos de licitação geralmente defendidas pelos grandes juristas brasileiros e estrangeiros, estudiosos dessa temática na área do direito administrativo, podem variar bastante quanto à forma, à abrangência e até mesmo ao conteúdo, mas o que não se pode negar é a unanimidade de opiniões quando se trata de definir os princípios básicos da licitação. E, dentre aqueles que com maior frequência aparecem nas relações dos mais renomados administrativistas estão, sem sombra de dúvida a igualdade entre os licitantes e a vinculação ao edital".

"Isso demonstra que a administração jamais poderá se afastar desses princípios quando visa promover um procedimento licitatório legítimo e democrático.

Edital é o instrumento que viabiliza a realização de qualquer modalidade licitatória e a observância rigorosa das normas previstas em suas cláusulas é que assegura a igualdade entre os concorrentes.

No edital ou convite a administração expressa de modo definitivo o seu desejo. Seus termos, portanto, são Lei entre as partes, que não poderão fugir ao estabelecido, ainda que em benefício do serviço público."

(...)



"De sua parte, a Dra. Lúcia Valle Figueiredo, na publicação intitulada 'Direitos do Licitantes', também reforça a tese de que o '... edital reveste-se de grande importância porque se é lícito à administração usar de alguma discricionariedade em sua elaboração uma vez publicado, torna-se este imutável durante todo o transcurso do procedimento. Faz Lei entre as partes ...'."

Na doutrina do Mestre Marçal Justen Filho, brilhantemente assevera-se o mesmo entendimento:

“ Além da lei, o instrumento convocatório da licitação determina as condições a serem observadas pelos envolvidos na licitação. A vinculação ao instrumento convocatório complementa a vinculação à lei.”

“A autoridade administrativa dispõe da faculdade de escolha, ao editar o ato convocatório. Porém, nascido tal ato, a própria autoridade fica subordinada ao conteúdo dele. Editado o ato convocatório, o administrador e o interessado submetem-se a um modelo norteador de sua conduta. Tornam-se previsíveis, com segurança, os atos a serem praticados e as regras que os regerão. Restará margem mínima de liberdade ao administrador, usualmente de extensão irrelevante.”

(In Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 4ª edição, 1995, AIDE Editora, pág. 31)

“ O instrumento convocatório (seja edital, seja convite) cristaliza a competência discricionária da Administração, que se vincula a seus termos. Conjugando a regra do art. 41 com aquela do art. 4º, pode-se afirmar a estrita vinculação da Administração ao edital, seja quanto a regras de fundo quanto àquelas de procedimento. Sob um certo ângulo, o edital é o fundamento de validade dos atos administrativos praticados no curso da licitação, na acepção de que a desconformidade entre o edital e os atos administrativos praticados no curso da licitação se resolve pela invalidade destes últimos. Ao descumprir normas constantes do edital, a Administração Pública frustra a própria razão de ser da licitação. Viola os princípios norteadores da atividade administrativa, tais como a legalidade, a moralidade, a isonomia. O descumprimento a qualquer regra do edital deverá ser reprimido, inclusive através dos instrumentos de controle interno da Administração Pública. Nem mesmo o vício do edital justifica pretensão de ignorar a disciplina por ele veiculada. Se a Administração reputar viciadas ou inadequadas as regras contidas no edital, não lhe é facultado pura e simplesmente ignorá-las ou alterá-las. Verificando a nulidade ou a inconveniência dos termos do edital, a Administração poderá valer-se de suas faculdades para desfazimento dos atos administrativos. Porém, isso acarretará necessariamente o refazimento do edital, com invalidação do procedimento licitatório já desenvolvido. Deverá ser reiniciado o procedimento licitatório (inclusive com novas publicações pela imprensa). Ter-se-á, na verdade, novo procedimento licitatório. Este princípio foi expressamente consagrado no art. 21, § 4º da Lei nº 8.666/93.

O descumprimento às regras do edital acarreta a nulidade dos atos infringentes. A extensão do vício, contudo, dependerá da análise do caso concreto. (In Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos - Marçal Justen Filho - 5ª edição, Edital. Dialética, São Paulo, 1998, pág. 381/382).”

Não podemos aceitar as alegações da Recorrente seja admitida pelo Conselho, pois, haveria um nítido desrespeito ao Princípio da Isonomia/Igualdade, assim



como ao Princípio da Legalidade, entre as participantes que não mudaram seus lances em obediência às regras impostas pelo edital e legislação pertinente.

Ainda, importa tecer algumas considerações acerca das exigências editalícias quanto à participação das licitantes.

### **3. PRECLUSÃO DO DIREITO DE RECORRER**

Todas as licitantes retiraram e analisaram o edital de forma minuciosa conforme se comprovou com suas participações na sessão eletrônica.

A análise do instrumento convocatório resultou em pedidos de esclarecimentos e republicação do edital.

Em momento algum, houve impugnação por qualquer das licitantes quanto aos termos do edital, inclusive das Recorrentes.

O momento oportuno para apresentação de oposição às regras do edital quanto ao critério de desempate, deveria ter ocorrido anteriormente à fase recursal, com pedido de esclarecimento e/ou impugnação.

Não há, nesse momento, após declaração de vencedor, que se discutir procedimento prévio ao momento de abertura das propostas.

Portanto, como dito, está precluso o direito de discussão quanto ao critério de desempate, tornando-se sem eficácia os recursos interpostos.

Com efeito, qualquer alegação contra as cláusulas Editalícias deveria ter sido feita enquanto o prazo de impugnação ao Edital estava aberto.

Caracteriza-se, assim, incabível qualquer alegação por parte da licitante nesse sentido, posto que o momento para fazê-la já passou, precluindo a faculdade que a Lei lhe confere.

Nesse caso, no que tange ao direito de impugnação, aplica-se subsidiariamente a Lei 8.666/93 conforme veremos nos tópicos a seguir esboçados.”

Ao final requer: “Diante de todos os argumentos de fato e de direito acima aduzidos, requer seja negado provimento ao recurso apresentado pela empresa Ticket, e, por conseguinte, seja mantida a decisão atacada.”

## **V– DECISÃO**

Preocupam-se a Lei 8.666/93, a Lei 10.520/2002, o Decreto 5.450/2005 e a jurisprudência dos tribunais, no contexto das licitações públicas, que os princípios aplicáveis à Administração Pública sejam observados, o que indubitavelmente também é pretendido por esta Administração.

Cumpra esclarecer que o entendimento adotado por esta pregoeira durante a sessão do Pregão eletrônico, que culminou com a declaração da vencedora do



certame, está de acordo com o ora aclarado no processo RN nº 5004136-57.2016.4.04.7206, TRF 4ª Região, a saber:

**PREGÃO – ELETRÔNICO – EMPATE DAS PROPOSTAS – CRITÉRIO DE DESEMPATE NÃO DEFINIDO NO EDITAL OU NAS NORMAS DE REGÊNCIA – APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DA LEI Nº 8.666/93 – SORTEIO – CABIMENTO – TRF 4ª REGIÃO.** Trata-se de reexame de sentença que concedeu segurança para anular o resultado de pregão eletrônico e determinar a realização de sorteio para desempate do certame, nos moldes do art. 45, §§ 2º e 3º, da Lei nº 8.666/93. A impetrante se insurgiu contra o critério de desempate em razão **da ordem de apresentação das propostas** aplicado pelo Comprasnet. **Sustentou que tal metodologia não estava prevista no edital** ou no Decreto nº 5.450/05, razão pela qual deveria ser observado o disposto na Lei nº 8.666/93, que prevê o desempate mediante sorteio. A relatora, ao apreciar o caso, adotou os fundamentos elencados na sentença em reexame: “a lei instituidora do pregão, seja ele presencial ou eletrônico – Lei nº 10.520/2002 –, **nada referiu acerca dos critérios de desempate desta modalidade de licitação.** Assim, em observância ao disposto no artigo 9º da referida norma, há que ser observado, para fins de desempate dos licitantes, os critérios estabelecidos pela Lei nº 8.666/93. É verdade que o pregão eletrônico foi regulamentado pelo Decreto nº 5.450/2005, cujo artigo 24, § 4º, estabelece a ordem de apresentação dos lances como critério de desempate [...] Ocorre, todavia, que no Pregão Eletrônico nº 024/2016, cujo objeto era a contratação de Leiloeiro Oficial para prestar serviços junto ao (*omissis*), não houve lances, mas apenas propostas, todas no patamar de 5% da taxa de comissão cobrada sobre os valores arrematados, em conformidade ao estabelecido no ‘item 7.5.1’ do edital. E o sistema COMPRASNET, contrariamente ao previsto no § 4º do artigo 24 acima citado, converteu todas aquelas propostas em lances iguais e exatamente no mesmo horário – 09:01:45:203 (Evento 1, ATA4, p. 2). Assim procedendo, o próprio sistema criou uma situação de empate na fase de lances, a ser resolvida nos termos da Lei nº 8.666/93, ou seja, por sorteio, já que tal hipótese – lances iguais, apresentados no mesmo horário – não foi prevista na Lei nº 10.520/2002 ou no Decreto nº 5.450/2005, e tampouco no edital do Pregão Eletrônico 024/2016”. Diante dessas razões, a relatora entendeu que “não merece reforma a sentença que, no caso concreto, aplicou, subsidiariamente, as normas da Lei nº 8.666/93 ao Pregão Eletrônico”, negando provimento à remessa oficial.

Aplicando-se os princípios que regem a Administração Pública, tem-se o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, o qual obriga a Administração e o licitante a observarem as normas e condições estabelecidas no ato convocatório, nada poderá ser criado ou feito sem que haja previsão no instrumento de convocação. Na mesma linha de concordância, o art. 41, L. 8.666/93. Neste ponto, não há discordância por parte da pregoeira e dos interessados no certame.

Sendo assim, a pregoeira entendeu e entende que está claramente previsto no edital do certame na Seção “7. Das propostas e formulação de lances” que:

7.3. o sistema **ordenará automaticamente as propostas classificadas**, sendo que somente estas participarão da fase de lances.

7.13. **Caso o licitante na presente lances, concorrerá com o valor de sua proposta** e, na hipótese de desistência...



**7.17.1. Ao presente certame não se aplica o sorteio como critério de desempate. Lances equivalentes não serão considerados iguais, vez que a ordem de apresentação das propostas pelos licitantes é utilizada como um dos critérios de classificação.**

Infere-se do edital do certame as regras que estão dentro da mesma seção – Das propostas e formulação de lances, que em não havendo lance por parte do licitante, este concorreria com o valor da sua proposta; o sistema ordenaria automaticamente as propostas classificadas. Neste caso, o sistema ordena de acordo com o horário de apresentação da proposta. E, por fim, ao presente certame não se aplica o sorteio como critério de desempate. A ordem de apresentação das propostas pelos licitantes é utilizada como um dos critérios de classificação.

Ou seja, exatamente o que é defendido pela jurisprudência citada: havendo metodologia prevista no edital do certame, esta deve ser utilizada. A pregoeira cumpriu estritamente o que prevê o edital do certame, não havendo elemento surpresa, nem critérios subjetivos.

Cumpra esclarecer novamente, visto que já foi esclarecido através de pedido de esclarecimento respondido em 16/02/2018, antes da abertura da sessão do pregão eletrônico, que **o CORE-PE não é beneficiário do PAT.**

Por tanto, o que prevê a citada Portaria do MTE, aplica-se aos fornecedores em relação aos beneficiários do PAT, não se aplica a todos os contratantes existentes no mercado de maneira geral. Não havendo óbice, nem vedação legal para a aplicabilidade da taxa negativa, com redução dos preços apresentados, por parte dos licitantes neste caso.

Havendo sido respeitada a ampla concorrência, desta forma, visto que todas as licitantes tiveram acesso ao edital em tempo hábil, conforme previsto na legislação, assim como tiveram tempo suficiente para solicitação de esclarecimentos, os quais sempre foram prontamente atendidos; ainda, tiveram a oportunidade de impugnar o edital do certame, o que não ocorreu.

Também, foi dada a oportunidade aos licitantes de ofertarem seus lances durante a sessão do pregão eletrônico, fomentando-se desta maneira a concorrência, a competitividade.

Ocorre que, os licitantes optaram por concorrer com os valores apresentados em suas propostas.

Buscou-se a participação do maior número de licitantes que pudessem ofertar o menor preço, ou seja, atender ao princípio da economicidade e não meramente adotar como critério a sorte, a “aleas” de um sorteio em que havendo o elemento volitivo espontâneo em não ofertar lances, havendo abstenção à competição, privasse de certa forma a Administração de conseguir o menor preço.

Não fere a isonomia a decisão adotada pela pregoeira, visto que apenas cumpriu-se o previsto no edital do certame, ao qual todos os interessados tiveram acesso em tempo hábil e oportunidade de impugná-lo.





Utilizou-se de critério objetivo, previamente estabelecido no ato convocatório, para determinação do vencedor do certame, qual seja: classificação das propostas pelo sistemas COMPRASNET.

Atendendo ao citado princípio da finalidade, há que se destacar que não houve restrição em relação ao objeto da licitação, qual seja: a prestação de serviços de implementação, gerenciamento, e administração de **auxílios alimentação, vale alimentação e vale refeição**, via cartão magnético e/ou cartão eletrônico, com tecnologia de chip, e respectivas recargas de créditos mensais, destinados aos empregados do CORE-PE, que possibilitem a aquisição de gêneros alimentícios “in natura”, por meio de rede de estabelecimentos credenciados, conforme descrito neste Edital e em seu Anexo I – Termo de referência.

Tampouco em nenhum momento foi solicitado esclarecimento ou impugnada a descrição do objeto do certame.

Diante da exposição, forçoso reconhecer que o critério adotado estava previsto no edital do certame e foram observados todos os princípios que regem a Administração Pública, sem razão a recorrente.

Dessa forma, com base nos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da isonomia, da razoabilidade, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo, da finalidade, e respeitadas as normas que regem a modalidade em comento, a pregoeira não pode permitir o descumprimento do previamente estabelecido no edital do certame, em prestígio do interesse público.

Diante do exposto, por via de consequência, conheço do presente Recurso, para, contudo, em seu mérito, **NEGAR PROVIMENTO**.

Recife, 02 de março de 2018.

**POLIANA BRAGA DE ANDRADE VIEIRA**  
**PREGOEIRA**  
**CORE-PE**