

## Pregão Eletrônico

### ▪ Visualização de Recursos, Contra-Razões e Decisões

#### RECURSO :

ILUSTRÍSSIMA SENHORA POLIANA ANDRADE – PREGOEIRA OFICIAL DO CONSELHO REGIONAL DOS REPRESENTANTES COMERCIAIS NO ESTADO DE PERNAMBUCO – CORE/PE

Ref.: Pregão Eletrônico nº 06/2017 – Processo Licitatório nº 09/2017

TICKET SERVIÇOS S.A., com sede na Alameda Tocantins nº. 125, 21º ao 23º andares em Barueri – SP, inscrita no CNPJ sob nº. 47.866.934/0001-74, ora denominada RECORRENTE vem, por sua procuradora ao final assinada, apresentar suas RAZÕES DE RECURSO objetivando a revisão da decisão que declarou a Empresa SODEXO PASS DO BRASIL SERVIÇOS E COMÉRCIO S.A., Aceita e Habilitada no certame em referência, pelos motivos de fato e de direito a seguir expostos.

No dia 19 de fevereiro p.p., conforme previsão do Edital e do site COMPRASNET, ocorreu a abertura e classificação das propostas das licitantes interessadas em participarem do Pregão Eletrônico nº 06/2017.

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 MTE, em que pese, em sede de esclarecimento, ter o CORE/PE informado não ser cadastrado no PAT e que, portanto, aceitaria a oferta de taxas negativas.

Citada Portaria nº. 1.287 do MTE, que entrou em vigor no dia 28 de dezembro de 2017, em seu 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".

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.

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.

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:

#### DO DIREITO

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

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 empresas licitantes.

Cumpramos 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.  
DO PEDIDO

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.

Barueri, 23 de fevereiro de 2018.

TICKET SERVIÇOS S/A

**Fechar**