

RESPOSTA AO PEDIDO DE ESCLARECIMENTO POR E-MAIL – PP 051/2023

From: sergio.licitacao@saojoaquimdabarra.sp.gov.br
Sent: Monday, May 08, 2023 2:33 PM
To: [Licitação - Pref. São Joaquim da Barra](#) ; licitacao2@megavalecard.com.br
Subject: Re: Fw: ESCLARECIMENTO PR 51023

Boa tarde,

RESPOSTA DA ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL:

Analisando o mérito do pedido de esclarecimento apresentado, temos que o cerne da questão gira em torno da vedação à oferta de taxas negativas pelas licitantes na fase de lances, o que tem levado as licitações públicas a serem decididas por sorteio, nos termos da lei nº 8.666/93.

Assiste razão à Administração Municipal quanto à vedação, pois, tal posicionamento vai ao encontro da jurisprudência atualmente prevalente no Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.

Vejamos:

EMENTA: REPRESENTAÇÃO CONTRA O EDITAL. PREGÃO PRESENCIAL. TAXA NEGATIVA. INDEFERIMENTO. A vedação ao oferecimento de taxa de administração negativa prevista no edital, mesmo por Entidades não filiadas ao PAT, não denota qualquer ilegalidade ao certame.

(...)

De fato, recordo que em nossa última reunião – dia 23 de março deste ano -, o Plenário, em acolhimento ao r. voto do Eminentíssimo Conselheiro Renato Martins Costa, aceitou a vedação à taxa negativa, especificamente porque naquela situação a CETESB, beneficiária ativa do PAT (Programa de Alimentação do Trabalhador), estaria obrigada a atender aos parâmetros insculpidos no Decreto nº 10.854/21, cujo artigo 175 proíbe o recebimento de qualquer tipo de deságio ou imposição de descontos sobre o valor contratado(TC-5627.989.22-1). Todavia, compreendo que tal raciocínio possa ser estendido, de forma mais ampla, aos demais Entes promovedores dos certames, independentemente da inscrição naquele programa. (TC-009245.989.22-3 - Conselheiro Robson Marinho Tribunal Pleno – SEÇÃO MUNICIPAL Sessão: 6/4/2022).

Na prática, o novo entendimento jurisprudencial acima mencionado, levou as licitações públicas destinadas à contratação do objeto em questão, a serem decididas através de sorteio nos termos do art. 45, § 2º da Lei 8.666/93. Ora, se as empresas disputavam os certames oferecendo taxas negativas, obviamente que todas elas passaram a apresentar propostas com taxa zero, pois, esta é a menor taxa permitida.

Vale destacar que o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo não se opõe ao fato de as licitações estarem sendo decididas por sorteio.

A requerente, diante da possibilidade de haver empate no Pregão Presencial 051/2023, questionou a Administração Municipal se, neste caso, o desempate seria realizado apenas entre as licitantes enquadradas como Microempresas ou Empresas de Pequeno Porte em razão do que dispõe o Art. 45 da Lei Complementar 123/2006.

Ocorre que a requerente fez uma interpretação equivocada da norma. A Lei Complementar 123/2006 estabelece que nos casos em que houver empate entre licitantes, real ou ficto, será garantido às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte o direito de ofertarem novo lance para fins de desempate.

O Art. 45 da citada lei traz a forma de se proceder ao desempate. Em apertada síntese, o inciso I do dispositivo legal estabelece que para fins de desempate, a ME ou EPP terá o direito de ofertar novo lance que deverá ser inferior ao lance até então considerado vencedor.

Já o inciso III, estabelece que, se houver duas ou mais empresas enquadradas como ME ou EPP em situação de empate com a empresa detentora do menor lance, será realizado um sorteio entre elas (ME ou EPP) para a identificação daquela que terá o direito de proferir o novo lance, nos termos do inciso I do Art. 45. Neste caso, e somente neste, por razões óbvias, o sorteio será realizado apenas entre as micro e pequenas empresas.

Ao contrário do que afirmou a requerente, não há qualquer dispositivo legal na Lei Complementar 123/2006 que determine que, no caso de empate, haja sorteio apenas entre empresas enquadradas como Microempresa ou Empresa de Pequeno Porte para a definição da vencedora do certame. O que diz a lei é que, se houver empate entre tais empresas com relação ao direito de apresentação de novo lance, a escolha se dará através de sorteio.

Há que se destacar ainda, que no caso dos autos, havendo empate entre propostas com taxa zero, não haverá possibilidade de se garantir às micro e pequenas empresas o direito de ofertar novo lance para cobrir eventual proposta vencedora, uma vez que é proibida a oferta de taxa negativa. Se as ofertas finais de cada licitante se referirem a taxa zero e, estando proibida a taxa inferior a zero, não há que se falar em abertura de oportunidade para que uma ME ou EPP oferte lance que venha a cobrir aquele ofertado com base na taxa zero.

Ante todo o exposto, no caso de haver empate entre as empresas participantes do Pregão Presencial nº 051/2023, havendo ou não a participação em microempresas ou empresas de pequeno porte, será realizado sorteio público, nos termos da Lei 8.666/93, para a escolha da empresa vencedora.

Sérgio O. Porssionatto

Depto. de Licitação

From: licitacao2@megavalecard.com.br
Sent: Tuesday, May 02, 2023 5:16 PM
To: licitacao@saojoaquimdabarra.sp.gov.br
Cc: licitacao@megavalecard.com.br ; licitacao3@megavalecard.com.br
Subject: ESCLARECIMENTO PR 51023

PREGÃO PRESENCIAL Nº 051/2023

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 0343/2023

OBJETO: O presente pregão presencial tem por objeto os **SERVIÇOS DE ADMINISTRAÇÃO, GERENCIAMENTO, EMISSÃO E FORNECIMENTO DE DOCUMENTOS DE LEGITIMAÇÃO – VALE-ALIMENTAÇÃO, NA FORMA DE CARTÃO ELETRÔNICO, MAGNÉTICO OU DE TECNOLOGIA SIMILAR, PARA OS SERVIDORES QUE PRESTAM SERVIÇOS NA PREFEITURA DE SÃO JOAQUIM DA BARRA, PARA AQUISIÇÃO DE ALIMENTOS EM ESTABELECIMENTOS COMERCIAIS CREDENCIADOS, CONFORME ESPECIFICAÇÕES CONSTANTES DO TERMO DE REFERÊNCIA QUE INTEGRA ESTE EDITAL COMO ANEXO I.**

1- Com a finalidade de esclarecer e ordenar quais os critérios de desempate serão adotados;

A Lei Complementar nº 123/2006 assegura o direito de preferência às microempresas e empresas de pequeno porte como critério de desempate nas licitações, assim dispondo: Art. 44. Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte. Portanto em razão do que reza o artigo acima a Lei 123/2006 preconiza o direito de preferência para ME/EPP's tanto quando houver empate REAL, como FICTO. É correto o entendimento que será concedido o tratamento de preferência na contratação às microempresas e empresas de pequeno porte?

É sabido que a [CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988](#) prevê que:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

IX – Tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995\).](#)

As normas advindas da Carta Magna integram o direito público e são predominantemente cogentes, isto é, são normas de ordem pública, que não podem ser derogadas pela vontade do particular, vez que são editadas com a finalidade de resguardar os interesses da sociedade e do estado.

Nessa ordem, a [LEI COMPLEMENTAR Nº 123, DE 14 DE DEZEMBRO DE 2006](#) determina, em seus artigos 44 e 45 que:

Art. 44. Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte. (Vide Lei nº 14.133, de 2021

§ 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.

Portanto em razão do que reza o artigo acima a Lei 123/2006 preconiza o direito de preferência para as ME/EPP's, tanto quando houver empate REAL, como FICTO.

Já no inciso II do artigo 45 do mesmo diploma legal acima citado, o legislador afirma que **havendo empate entre a ME/EPP's, realizar-se-á, SORTEIO ENTRE ELAS, ou seja, havendo empate REAL das propostas, o pregoeiro deverá para fins de desempate, realizar sorteio SOMENTE ENTRE as Micro e Pequenas empresas.**

Vejamos:

Art. 45. Para efeito do disposto no art. 44 desta Lei Complementar, ocorrendo o empate, proceder-se-á da seguinte forma: (Vide Lei nº 14.133, de 2021

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.**

A Lei Complementar ora citada, não deixa dúvida que o critério de desempate em tela se constitui em genuíno direito subjetivo, que não pode vir a ser subtraído ao livre arbítrio das administrações licitantes, aliás, fica igualmente claro que as administrações são sujeitas passivas deste direito ao critério preferencial de desempate, que tem como sujeito ativo as MEs e EPPs.

Pois bem, apenas após a análise de empresas que são ME e EPP, caso persista o empate entre as MEs e EPPs, ou então não havendo nenhuma empresa nessas condições, é que deve ser analisado o quanto disposto na [LEI Nº 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1993. Vejamos:](#)

O Art. 3º de referida lei prevê o seguinte:

§ 2º Em igualdade de condições, como critério de desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços:

- II. Produzidos no País;
- III. Produzidos ou prestados por empresas brasileiras;
- IV. Produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País. [\(Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005\).](#)
- V. Produzidos ou prestados por empresas que comprovem 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. [\(Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015\).](#)

Neste ponto cabe ressaltar que algumas empresas são desobrigadas a cumprir a cota legal por conta da quantidade de funcionários, entretanto a sua condição de desobrigação, apenas comprova que atua de forma legal e que não está descumprindo a lei por não garantir essa reserva. Mas a sua desobrigação, não significa que caso queria, não possa efetivar essa reserva. E a lei, em seus critérios de desempate, garante vantagem para quem comprove a condição de reserva de cargos para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social de fato.

Portanto o sorteio deve ser o último critério adotado.

Está correto nosso entendimento?

Permaneço à disposição para demais dúvidas e/ou esclarecimentos.

Att,