

**ILUSTRÍSSIMO (A) SENHOR (A) PREGOEIRO (A) DA PREFEITURA MUNICIPAL DE
CANDELÁRIA RS OU AUTORIDADE HIERARQUICAMENTE SUPERIOR**


EDITAL DE PREGÃO PRESENCIAL Nº 18/2016

EXPERTISE SOLUÇÕES FINANCEIRAS LTDA pessoa jurídica de direito privado, estabelecida na Rua Marechal Deodoro, nº 1016 Bairro centro, em Santa Cruz do Sul – RS, inscrita no CNPJ sob nº 07.044.304/0001-08 através de sua sócia-gerente Cynilda Walita Muller Kunzel, brasileira, estado civil: separada judicialmente, CPF: nº 320.133.610-68, RG: 3003257908, residente e domiciliado na Rua Thomas Flores, nº 333 apto 601, na cidade de Santa Cruz do Sul - RS vem à presença de Vossa Senhoria, apresentar **RECURSO ADMINISTRATIVO** contra a decisão contida na ata da sessão pública, pelos fatos e fundamentos jurídicos a seguir expostos:

DO DIREITO

Primeiramente passemos a analisar a Lei Complementar 123/2006 que instituiu tratamento diferenciado e simplificado para as EPPs e MEs. Reza seu artigo 1º:

Art. 1º Esta Lei Complementar estabelece normas gerais relativas ao tratamento **diferenciado e favorecido** a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, especialmente no que se refere:



(...)

III – ao acesso a crédito e ao mercado, inclusive quanto à **preferência nas aquisições de bens e serviços pelos Poderes Públicos**, à tecnologia, ao associativismo e às regras de inclusão.

(...)

A Lei Complementar inovou em termos licitatórios com a implantação deste sistema, onde em determinadas situações as EPPs ou MEs teriam preferência na contratação com órgãos públicos. Para saber como aplicar este sistema diferenciado e saber quando a EPP ou ME deve ser favorecida, basta cotejar o artigo 44 da Lei Complementar em questão, senão vejamos:

Art. 44. Nas licitações será assegurada, **como critério de desempate**, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.

(...)

§ 2º Na modalidade de pregão, o intervalo percentual estabelecido no § 1º deste artigo será de até 5% (cinco por cento) superior ao melhor preço

O artigo reproduzido acima é de fácil compreensão e não gera dúvidas quanto a sua aplicação, ou seja, em caso de empate, a preferência na contratação é da EPP ou ME. Esclarecedoras são as colocações elaboradas por José Anacleto:

Caso restem **classificadas em primeiro lugar mais de uma proposta** (propostas de idêntico valor, caracterizando situação de empate na aceção jurídica do termo), **e uma delas for microempresa ou empresa de pequeno porte, esta terá preferência na contratação** – o desempate



se dará pelo tratamento favorecido à microempresa ou empresa de pequeno porte.

Pode-se sustentar que, no caso de empate decorrente da apresentação de propostas idênticas por microempresa ou empresa de pequeno porte e outra licitante que não detenha essa condição, se deveria automaticamente dar preferência àquela (EPP ou ME) (...)¹

Após tais comentários, uma só pode ser a conclusão: quando houver empate na forma do artigo 44 da LC 123/2006, a EPP ou ME terá preferência na contratação. Aplicar a regra de forma diversa estar-se-ia a infringir o artigo 44 da Lei Federal 8.666/93, abaixo transcrita:

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.

(...)

Do mesmo modo, quando presente ao certame ME ou EPP, este critério de desempate possui prevalência sobre os previstos nos incisos do § 2º, artigo 3º; e no § 3º do artigo 45, da lei nº 8.666/93, considerando que são normas mais recentes que esta, como bem observado por Ivan Barbosa Rigolin (manual Prático das Licitações. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009 pg 547), ao comentar o artigo 44 da LC nº 123/2006. "(...)"

Aquele novo critério, sempre que envolvia micro e/ou pequena empresa na licitação, prevalece sobre os dois outros critérios previstos na lei nº 8.666/93, sejam os dois incs. II e III do § 2º do artigo 3º (preferência por licitante nacional em desfavor de estrangeiro) e o sorteio (art. 45, parágrafo 3º); **sim, porque**

¹ ABDUCH SANTOS, José Anacleto. **As licitações e o estatuto da microempresa**. Revista Zênite de Licitações e Contratos – ILC. Ano XIV – nº 156 – Fevereiro 2007. pp. 138/139.

simplesmente a LC nº 123/2006, de norma geral neste artigo, é mais recente que a Lei nº 8.666/93, e pela regra de Introdução ao Código Civil, art. 2º, e parágrafo 1, uma norma geral mais recente se impõe a uma norma geral mais antiga, se com ela conflitar.”

Assim, correto afirmar que as ME’S e EPP’s são possuidoras do direito a terem assegurado o critério de desempate nos moldes estabelecidos no artigo 44, da LC 123/2006, como meio de preferência na contratação com o poder público. Essa garantia genérica tem aplicabilidade incondicional, não podendo ser negada pela Administração licitante, nem mesmo quando omitida no termo editalício.

Assim sendo, as regras já foram definidas no edital, onde ficou claro que seria aplicada a LC 123/2006. Não poderia agora a Administração furtar-se a aplicação dos critérios estabelecidos na legislação sob comento. Até porque se assim o fizesse, estaria também infringindo o **PRINCÍPIO DA LEGALIDADE**, esculpido 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.

(...)

Colacionamos ainda o conceito do princípio em voga:

Pelo princípio da legalidade, tem-se que administração pública é uma atividade que se desenvolve **debaixo da lei, na forma da lei, nos limites**



da lei e para atingir os fins assinalados pela lei. É sempre necessária a previsão legislativa como condição de validade de uma atuação administrativa, porém, é essencial que tenham efetivamente acontecido os fatos aos quais a lei estipulou uma consequência. Está totalmente superado o entendimento segundo o qual a discricionariedade que a lei confere ao agente legitima qualquer conduta e impede o exame pelo Poder judiciário. O princípio da legalidade não pode ser entendido como um simples cumprimento formal das disposições legais. Ele não se coaduna com a mera aparência de legalidade, mas, ao contrário, requer uma atenção especial para com o espírito da lei e para com as circunstâncias do caso concreto. . (fonte: www.kplus.com.br – Autora: Giovana Harue Jojima Tavnaro). (grifo nosso).

Para tanto, deve-se atentar que o tratamento favorecido de que tratam os arts. 43 a 45 da Lei Complementar nº 123 de 2006, deverá ser concedido às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte independentemente de previsão editalícia.

O edital publicado em 18 de abril não apresentava a maneira como a proposta deveria ser apresentada, mas definia como as propostas seriam julgadas "a autora da oferta de valor mais baixo e as ofertas com preços em até 10% superiores a aquela poderão fazer novos lances verbais.

Em 31/05 o edital sofreu uma 3ª alteração onde na proposta de Preços, item 5.1 letra "g" define em percentual de taxa de administração a ser ressarcido pelo Município e na letra "h" informa "O percentual previsto no item acima será convertido em valores, para fins de JULGAMENTO DA PROPOSTA (item 6 do edital), considerando as quantidades e valores previstas nos itens 1.3 e 1.4 deste edital.

CA

NOTE QUE O EDITAL É CLARO, O PERCENTUAL SERÁ CONVERTIDO EM VALORES PARA FINS DE JULGAMENTO DA PROPOSTA, mas vejamos o modelo "em anexo" a alteração do edital apresentado:

Valor Individual Vale-Alimentação (item 1.3)	Quantidade de servidores	Valor Total	Percentual da Proposta (mensal)	Valor da Proposta Mensal
R\$ 119,00	745	R\$ 88.655,00

Verifique que ao converter o percentual em valor na proposta, o edital exige que isto seja na forma de **Valor da Proposta Mensal em R\$** (Valor Total R\$ 88.655,00 - taxa de administração a ser ressarcido ao Município = Valor da proposta Mensal em R\$..... "Valor"). Não ficam dúvidas que o Valor a ser convertido para fins de julgamento conforme letra h do item 5.1 - PROPOSTA DE PREÇOS, é o VALOR DA PROPOSTA MENSAL em REAIS.

Apresenta-se abaixo o quadro das propostas apresentadas na licitação:

Empresas	Valor Individual Vale-Alimentação (item 1.3)	Quantidade de servidores	Valor Total	Percentual da Proposta (mensal)	Valor da Proposta Mensal
BIQ	R\$ 119,00	745	R\$ 88.655,00	-3,95%	R\$ 85.153,13
SENFF	R\$ 119,00	745	R\$ 88.655,00	-0,56%	R\$ 88.158,53
POLICARD	R\$ 119,00	745	R\$ 88.655,00	-3,50%	R\$ 85.552,07
BANRISUL	R\$ 119,00	745	R\$ 88.655,00	0,00%	R\$ 88.655,00
EXPERTISE	R\$ 119,00	745	R\$ 88.655,00	-2,10%	R\$ 86.793,25
ALELO	R\$ 119,00	745	R\$ 88.655,00	0,00%	R\$ 88.655,00
GREENCARD	R\$ 119,00	745	R\$ 88.655,00	-3,61%	R\$ 85.454,55

46

Neste momento as 3(três)propostas mais bem classificadas para ofertarem os lances eram BIQ, POLICARD (que não tiveram nenhum representante presente) e GREENCARD.

Como os representantes das empresas BIQ e POLICARD não estavam presentes, não poderiam participar dos lances, o que poderia ter possibilitado que as demais empresas na sequência participassem dos lances. Conforme lance ofertado pela Green Card, o seu melhor lance ofertado convertido em valor calculado é o abaixo:

Empresas	Valor Individual Vale-Alimentação (item 1.3)	Quantidade de servidores	Valor Total	Percentual da Proposta (mensal)	Valor da Proposta Mensal
GREEN CARD	R\$ 119,00	745	R\$ 88.655,00	-3,99%	R\$ 85.117,67

Nesta ocasião o Pregoeiro deveria ter verificado a possibilidade da aplicação do item 6.14, (o que se recusou a fazer) do edital que fala:

*6.14. Encerrada a sessão de lances, será verificada a ocorrência do empate ficto, previsto no art. 44, §2º, da Lei Complementar nº 123/06, sendo assegurada, com o critério do desempate, preferência de contratação para as microempresas, as empresas de pequeno porte e as cooperativas que atenderem ao item 3.5.1, deste edital. 6.14.1. Entende-se como empate ficto aquelas situações em que as propostas apresentadas pela microempresa e pela empresa de pequeno porte, bem como pela cooperativa, **sejam superiores em até 5% (cinco por cento) à proposta de menor valor.***

CE

Nota-se que a PROPOSTA DE MENOR VALOR MENSAL é R\$ 85.117,67, e a proposta apresentada pela Expertise no Pregão é de R\$ 86.793,25, ou seja, **1,93% superior à proposta de menor** valor, conforme item 6.14.1 do edital apregoa e suportado pela Lei Complementar 123 artigo 44.

O Órgão Público deve obedecer as leis e ser fiel ao edital, segundo dispõe os princípios e Lei correlatos às licitações.

Igualmente dispõe a Constituição da República:

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.

Além desse artigo abaixo transcreve-se:

Art. 146 - Cabe à lei complementar:

[...]

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

[...]

d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239.

[...]

Preceitua, ainda, que:

Art. 179 - A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte.

Dessa maneira definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

Como se procurou demonstrar, o tratamento favorecido atribuído às microempresas e empresas de pequeno porte tem matriz constitucional e se traduz, entre outras vantagens, pela preferência de contratação, não podendo ser ignorado, notadamente quando se trata de única concorrente que apresenta tal enquadramento – EPP. Além disso, não se pode simplesmente alijar a licitante que se enquadra como EPP, ao argumento de impossibilidade da apresentação de nova proposta e aplicação da regra geral do artigo 45, § 2.º, Lei n.º 8.666/93, sob pena de afronta ao artigo 44 da Lei Complementar nº 123/06 e ao princípio constitucional que assegura o tratamento favorecido às empresas de pequeno porte (art. 170, IX, CF/88).

Por fim, deve a decisão da Administração ser revista no sentido de o Pregoeiro verificar a possibilidade da aplicação do item 6.14 do instrumento convocatório, sob pena de não fazer causar afrontamento à Lei e ao instrumento convocatório.

ANTE O EXPOSTO REQUER:

1 – O recebimento das contrarrazões;

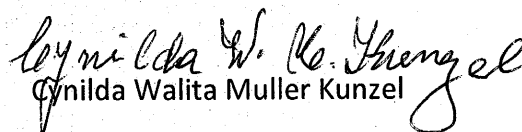


2 – O acolhimento das razões apresentadas, para que a Administração aplique o item 6.14 do edital de forma correta, tudo conforme fundamentação supra;

3 – A aplicação do efeito hierárquico, se necessário.

Nestes termos, aguarda deferimento.

Porto Alegre, 20 de junho de 2016


Cynilda Walita Muller Kunzel
SÓCIO-GERENTE