



CÂMARA DE VEREADORES DA ESTÂNCIA TURÍSTICA DE ITU
ESTADO DE SÃO PAULO

JULGAMENTO DE IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

Ref.: PROCESSO LICITATÓRIO Nº 63/2023 - PREGÃO PRESENCIAL Nº 02/2023

I – RELATÓRIO

Trata-se de Impugnação ao Edital interposto por **LE CAR ADMINISTRADORA DE CARTÕES LTDA**, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF sob nº 19.207.352/0001-40, com sede na Rua Fortunato Ramos, nº 245, sala nº 905, Vitória/ES, CEP.: 29.056-020, em face do Edital do Pregão Presencial nº02/2023, que dispõe sobre a contratação de serviços de administração, gerenciamento, emissão e fornecimento de Vale Alimentação, na forma de cartão eletrônico com chip, para aproximadamente 85 (oitenta e cinco) servidores / detentores de função comissionada da Câmara de Vereadores da Estância Turística de Itu, para aquisição de gêneros alimentícios em estabelecimentos comerciais credenciados e localizados no município de Itu e outros, conforme quantidades estimadas, valores e demais critérios definidos no Termo de Referência – Anexo I deste Edital.

A data da Sessão Pública para análise das propostas documentais e comerciais é dia 23/05/2023, às 10h30.

A impugnação ao Instrumento Convocatório foi recebida por e-mail licitacao@camaraitu.sp.gov.br, em 11/05/2023, às 11h21, encaminhada em papel timbrado da empresa e assinada digitalmente pelo seu procurador.

O pedido de impugnação ao Edital, **é tempestivo**, uma vez que atende todas as disposições constantes da legislação em vigência e do Instrumento Convocatório.

Em resumo, a impugnante **LE CAR ADMINISTRADORA DE CARTÕES LTDA**, alega que a exigência de plataformas específicas de delivery não deve ser algo escolhido a luz da mera discricionariedade do gestor público, bem como que não foram apresentadas as justificativas necessárias para tal exigência e por fim, que tal exigência possui fortes indícios de direcionamento do certame.

Ademais, alega que houve a aplicação equivocada do direito de preferência previsto na Lei Complementar nº 123/2006, no caso de empate, devendo ser aplicado o previsto nos artigos 3º, § 2º e 45, §2º, ambos da Lei nº 8.666/93.

Pelas razões expostas, requer seja retirada a exigência de plataformas específicas de delivery, prevista no subitem 2.1.3.1 do Termo de Referência, bem como seja retificado os subitens 8.8 e 8.8.1 do Edital, exercendo o juízo de mérito e de retratação.



**CÂMARA DE VEREADORES DA ESTÂNCIA TURÍSTICA DE ITU
ESTADO DE SÃO PAULO**

II – DO MÉRITO

II.1) DA EXIGÊNCIA DE PLATAFORMAS ESPECÍFICAS DE DELIVERY. ROL EXEMPLIFICATIVO. NÃO DIRECIONAMENTO DO CERTAME LICITATÓRIO.

Em relação a impugnação contra o subitem 2.1.3.1 não procede, porquanto, as exigências representam uma atualização dos serviços contratados, visando sua melhoria, beneficiando os usuários finais do vale alimentação.

Ademais, foram consideradas as necessidades dos funcionários e servidores da Câmara de Vereadores da Estância Turística de Itu, pois, os hábitos e costumes foram alterados durante o período de pandemia, intensificando o uso da tecnologia.

A exigência de plataformas específicas de delivery é uma necessidade da Contratante, deste modo, o fornecedor que tem interesse em prestar o serviço deve-se adequar à realidade da Contratante e não o contrário.

É cediço que o faturamento do mercado de delivery no Brasil cresce a cada ano, justamente pela utilização de aplicativo de entrega.

Em que pese a impugnação aduzida a esse respeito, a impugnante não trouxe elementos de prova capazes de confirmar de forma inequívoca a restrição causada pela disposição editalícia questionada.

Assim, não há que se questionar sobre o direcionamento do certame, pois, inúmeras empresas atendem aos requisitos exigidos.

Além disso, a menção as empresas Clube Extra, Pão de Açúcar, Sonda, Tenda é meramente exemplificativa:

2.1.3. A empresa contratada, como obrigação contratual, deverá possuir convênio para pagamento em site (página na internet) ou por aplicativos (apps) **em no mínimo uma das empresas** de aplicativos de produtos alimentícios in natura (delivery), tais como: Clube Extra, Pão de Açúcar, Sonda, Tenda, **dentre outras**.

É clara a intenção do Edital em exemplificar o rol de plataformas de delivery, como constou expressamente na cláusula 2.1.3 do presente Edital, utilizando a expressão “dentre outras”, que denotam o entendimento que não somente aquelas especificadas seriam aceitas, abrangendo a possibilidade de outras empresas, não tendo em que se falar em direcionamento do certame.

Há inúmeros entendimentos favoráveis do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TCE/SP), bem como no Ministério Público de Contas, admitindo essa exigência, desde que o rol seja exemplificativo, não restando comprovado o direcionamento do certame.

“Conforme antecipado por ocasião da decisão que determinou a paralisação do certame, esta Corte reúne decisões, em sede de exame cautelar, afastando críticas direcionadas à exigência



CÂMARA DE VEREADORES DA ESTÂNCIA TURÍSTICA DE ITU
ESTADO DE SÃO PAULO

de disponibilização de tecnologia de transferência financeira por aproximação, bem como de convênio com empresas para pagamento em website ou por meio de aplicativos de entrega

[...]

Ante o exposto, acompanho as conclusões de ATJ e MPC e voto pela procedência parcial da representação, determinando à Prefeitura Municipal de Guarantã que, caso queira prosseguir com o certame: (i) passe a admitir a oferta de outras tecnologias de pagamento sem contato, como por QR Code, especificando-as objetivamente; e (ii) **assegure o caráter exemplificativo do rol de plataformas de delivery indicadas no edital**” (TCE-SP, Tribunal Pleno, TC-00016190.989.22-8, Sessão: 17/08/2022).

“Não é ilegal ou restritiva a exigência de que a futura contratada possua convênio para pagamento em site (página na internet) ou apps de empresa de aplicativo de entrega” (TCE-SP, Tribunal Pleno, TC-007740.989.22-3 (Ref. TC-001385.989.22-3), Sessão: 27/04/2022).

“É certo que o avanço tecnológico é uma tendência, cabendo a esta Corte obstar requisições da espécie apenas se demonstrado inequívoco prejuízo à competitividade e à obtenção da melhor proposta, o que, no caso, não ocorreu, já que a Representante se absteve de trazer comprovações sobre suas alegações” (TCE-SP, Tribunal Pleno, TC-002144.989.21-7, Sessão: 10/03/21).

*“No entanto, este Plenário admite a referência a plataformas específicas quando o edital o faz apenas de forma **exemplificativa**, como constatado, por exemplo, nos autos dos processos TC-017603.989.22-94 e TC-7740.989.22-35, este último nos seguintes termos”* (TCE-SP, Tribunal Pleno, TC-019040.989.22-0, Sessão: 05/10/2022).

*“Como observado pelo Ministério Público de Contas, essa questão é similar àquela julgada improcedente no processo TC-7740.989.22-3: “[...] **não restando demonstrado o direcionamento do objeto na forma defendida pela recorrente**, mesmo porque as referências constantes no item 3.1.310 [‘A Contratada deverá possuir convênio para pagamento em site (página na internet) ou apps em no mínimo umas das empresas de aplicativos de entrega de refeições prontas (delivery) existentes no mercado, tais como: IFood, Rappi ou Uber Eats’] **foram citadas de modo exemplificativo, não afastando outras plataformas ou aplicativos.**”* (TC-7740.989.22-3. E. Plenário, em sessão de 27/4/2022. Relator Conselheiro-Substituto Samy Wurman)” (TCE-SP, Tribunal Pleno, TC-017603.989.22-9, Sessão: 31/08/2022).



CÂMARA DE VEREADORES DA ESTÂNCIA TURÍSTICA DE ITU ESTADO DE SÃO PAULO

Frise-se que a plataforma se assemelha aquelas utilizadas por estabelecimentos comerciais, como por exemplo: Clube Extra, Pão de Açúcar, Sonda, Tenda, dentre outras.

Sendo assim, resta não acatado o pedido de retirada da exigência de plataformas específicas de delivery pelos fundamentos acima expostos.

II.2) DA APLICAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/2006. DIREITO DE PREFERÊNCIA ME/EPP. APLICAÇÃO IMPERATIVA.

A segunda impugnação diz respeito ao direito de preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte nos casos de empate, bem como na interpretação dada aos artigos 44 e 45 da Lei Complementar nº123/2006.

O artigo 170, da Constituição Federal, dispõe, no inciso IV, que a ordem econômica deve observar, como um de seus princípios, "**tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte** constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país".

E a legislação infraconstitucional, em obediência, estabeleceu regras de preferência a tais empresas pela Lei Complementar n.123/2006.

Dispõem os artigos 44 e 45, inciso I da Lei Complementar nº 123/2006:

*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."*

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;

No mesmo sentido, discorre José dos Santos Carvalho Filho, *in* Manual de Direito Administrativo, 31 ed., p. 332/333:

*"Outra inovação da lei é o **critério de desempate**. O Critério geral de desempate é o sorteio em ato público, como estabelece o art. 45, § 2º, do Estatuto das Licitações. Na LC nº 123, porém, o critério recai na **preferência** de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte. Tratando-se*



CÂMARA DE VEREADORES DA ESTÂNCIA TURÍSTICA DE ITU
ESTADO DE SÃO PAULO

de critério legal, dispensável se torna sua previsão no edital. A preferência decorre de empate entre uma dessas empresas e outra (ou outras) que não tenha a mesma qualificação jurídica. Por outro lado, se o empate se der entre duas dessas empresas, o critério não pode ser adotado, tendo-se, que recorrer ao critério geral previsto na Lei nº 8.666/1993."

A previsão legal de preferência tem aplicação imperativa.

O tratamento protetivo às microempresas e empresas de pequeno porte não se limita aos casos de empate presumido, sendo extensível às hipóteses em que as propostas empatam no valor mínimo.

A lei complementar, com escoro constitucional, conferiu inequívoca preferência de contratação para as microempresas e empresa de pequeno porte, não fazendo distinção entre o empate real e ou ficto.

Deve-se ser assegurado o direito de preferência conferido as microempresas e empresas de pequeno porte, em caso de empate REAL e ou FICTO.

Vale ressaltar que se aplica a regra especial da Lei Complementar 123/06 em detrimento da regra geral da Lei 8.666/1993 (art.45, 2).

Somente se deve recorrer ao critério geral de isonomia formal previsto na Lei nº 8.666/1993 (art. 3º, § 2º e art.45, §2º), se não houver empresas qualificadas como microempresas e empresas de pequeno porte.

Portanto, a fim de garantir o direito de preferência das microempresas e empresas de pequeno porte, nos casos de empate real e ou ficto, previsto na Lei Complementar n 123/2006, não é o caso de retificar os subitens 8.8 e 8.8.1 do Edital por terem aplicação imperativa e não ferirem a isonomia dos licitantes.

III) DA CONCLUSÃO

Pelo exposto, **CONHEÇO** da impugnação apresentada por **LE CAR ADMINISTRADORA DE CARTÕES LTDA**, tendo em vista sua tempestividade, para no **MÉRITO**, com fundamento nos argumentos supra, **NEGAR-LHE PROVIMENTO**, e manter os termos do Edital do Pregão Presencial nº 02/2023, em seus estritos termos, conforme especificações e condições estabelecidas.

Itu, 16 de maio de 2023.

Lucas Carvalho Ramos
Pregoeiro