

## Pregão Eletrônico

### ▪ Visualização de Recursos, Contrarrazões e Decisões

#### **CONTRARRAZÃO :**

AO(À) SENHOR(A) PREGOEIRO(A) DA PRODAM – Processamento de Dados Amazonas S.A

Ref.:

Pregão Eletrônico nº 003/2022

A empresa SODEXO PASS DO BRASIL SERVIÇOS E COMÉRCIOS S.A., inscrita no CNPJ/MF sob o nº 69.034.668/0001-56, com sede na Alameda Araguaia, nº 1.142, bloco 1, do Condomínio Empresarial Araguaia, Alphaville, Barueri-SP, CEP: 06455-000, endereço eletrônico: tiago.nebesny@sodexo.com , por seu procurador, conforme documentos já atrelados aos autos do processo licitatório em questão, vem, respeitosamente, à presença do(a) Ilustre Pregoeiro(a), APRESENTAR CONTRARRAZÕES AO RECURSO ADMINISTRATIVO INTERPOSTO PELA EMPRESA PROVER PROMOÇÃO DE VENDAS LTDA. com fulcro no inciso XVIII, do art. 4º, da Lei Federal nº 10.520/00, c/c o item 4.4, do Edital em questão, pelas razões de fato e de direito a seguir aduzidas

#### I - BREVE HISTÓRICO

1. Trata-se de processo licitatório promovido pela PRODAM/AM, por meio de Pregão Eletrônico nº 003/22, visando à contratação de pessoa jurídica para prestar serviço de "administração, gerenciamento, emissão, distribuição e fornecimento de cartões eletrônicos com chip e/ou com tecnologia NFC (Near Field Communication ou Comunicação por Aproximação)" voltado ao benefício alimentação, cuja sessão pública ocorreu no dia 10 de junho de 2022, com a participação das seguintes empresas:

- TRIVALE INSTITUIÇÃO DE PAGAMENTO LTDA.;
- ALELO S.A.;
- PROVER PROMOÇÃO DE VENDAS LTDA.;
- UP BRASIL ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS LTDA.;
- GREEN CARD REFEIÇÕES COMÉRCIO E SERVIÇOS S.A.;
- SODEXO PASS DO BRASIL SERVIÇOS E COMÉRCIO S.A.;
- TICKET SERVICOS S.A.

2. Superada a aceitabilidade e classificação das propostas, assim como a fase de lances, verificou-se que todas as licitantes participantes encontravam-se empatadas com valores que representavam a taxa de administração 0,00%. Isso ocorre em razão da vedação de oferecer ou exigir deságio no segmento em tela, fruto do art. 175, do Decreto 10.854/21, e do art. 3º, da Medida Provisória 1.108/22, o que impede a prática, até então costumeira, de ofertar taxa de administração negativa.

3. Aliás, pensando na SITUAÇÃO DE EMPATE REAL, o edital regulou no item 10.14 que "Persistindo o empate, a proposta vencedora SERÁ SORTEADA PELO SISTEMA ELETRÔNICO dentre as propostas empatadas". A redação segue disposição idêntica do PU, do art. 37, do Decreto Federal nº 10.024/2019, em que foi objeto de citação, inclusive, pela própria Recorrente em suas razões recursais.

4. Nesta situação fática, estabeleceu-se, assim, um procedimento obrigatório para aferir o desempate entre proposta empatadas (situação de empate real).

5. Com a cartilha em mãos, e uma vez vivenciada a situação de empate real de propostas, o Pregoeiro aplicou, frisa-se, em obediência aos termos editalícios, o critério de desempate (sorteio eletrônico) conhecidos por todos, conforme registrado em ata:

"O item 1 teve empate real para o valor 5.460.000,0000. Procedeu-se o sorteio eletrônico entre os fornecedores com propostas empatadas. Acompanhe as convocações no Julgamento de Propostas."

6. Pois bem. Após a aplicação do sorteio eletrônico, o Pregoeiro e Equipe de Apoio habilitaram a empresa SODEXO, ora Recorrida, e a declararam vencedora do certame por atender plenamente todas as exigências editalícias.

7. Ato seguinte, a licitante PROVER, inconformada com a decisão retro, manifestou a intenção de interpor recursos e apresentou as respectivas razões recursais, as quais passamos a analisá-las.

#### II – DA TEMPESTIVIDADE

8. Conforme disposto no item 4.3.1, do Edital, findo o prazo para a apresentação das razões recursais pela Recorrente, ficam intimadas as demais licitantes para que, querendo, apresentem, no prazo de 3 (três) dias úteis, contrarrazões aos argumentos nele levantados.

9. In casu, o recurso administrativo da PROVER foi protocolado no dia 17/06/22, e a data para apresentação das contrarrazões termina no dia 22/06/22, dia de expediente na administração pública.

10. Deste modo, estas contrarrazões ao recurso interposto são tempestivas e devem ser recebidas em seus regulares efeitos para que o mérito nela constante seja apreciado e, conseqüentemente, provido.

#### III – DO MÉRITO

11. Como sabemos, a licitação pública inicia-se por meio da fase preparatória ou interna, cuja condução reclama uma série de cautelas por parte da entidade contratante, por ser justamente nesta fase que são evitados a maior

parte dos problemas futuros no processo de contratação pública.

12. É na etapa interna que a Administração Pública empreende o planejamento e os estudos técnicos prévios para definir o objeto da licitação pública e todas as condições de participação das partes envolvidas, iniciando a fase externa com a publicação do instrumento convocatório.

13. Os procedimentos no processo licitatório são regulados em leis (sentido amplo) e conhecidos, pelas proponentes licitantes, previamente à publicação e data da sessão pública. De modo muito simplista, as etapas estabelecidas numa contratação pública visam, ao cabo, o suprimento da necessidade da Administração Pública, segundo os preceitos da equidade, moralidade e legalidade.

14. Nesta senda de trabalho, em que não se restringe apenas ao objeto licitado, e sim aos fins que se destina e devem ser alcançados no processo licitatório, OBSERVA-SE QUE OS ATOS PRATICADOS PELO PREGOEIRO E EQUIPE DE APOIO CORRESPONDEM ÀS REGRAS EDITALÍCIAS E NÃO HÁ OFENSA AOS PRECEITOS LICITATÓRIOS. OS ATOS PRATICADOS FORAM PAUTADOS EM SITUAÇÕES LEGAIS E PREVISTAS NO EDITAL, PRESERVANDO-SE A IMPARCIALIDADE E LISURA ALMEJADOS NO CERTAME, conforme será demonstrado nas linhas abaixo.

15. Em síntese, a Recorrente alega eventual descumprimento às regras em torno (i) da aceitabilidade de proposta e (ii) dos critérios de desempate.

16. Direto ao ponto, nota-se que não há simetria entre a intenção recursal grafada em ata com as presentes razões recursais. Explico, apontou-se em ata que a proposta da Recorrida não possuía o valor por extenso, e o que "vale é o valor por extenso e ainda se escrever o valor numérico correto e o extenso errado, vai prevalecer o extenso".

17. Tal observatório não foi reproduzido de igual forma em suas razões recursais, e induz ou enaltece a ausência de fundamentos nesta alegação, e na outra de igual modo, ao alçar elevado prestígio à forma em detrimento aos fins almejados na licitação pública.

18. A constatação é importante apenas para destacar o quão é desarrazoada a manifestação da PROVER, pois se utiliza de expediente processual para, sabidamente, retardar a finalização da contratação pública, caracterizando uma rousagem atentatória aos bons costumes e interesse público secundário.

19. A bem da verdade, a proposta da Recorrida ofereceu todos os requisitos necessário à análise da aceitabilidade do preço. Tanto é que, mesmo sendo facultada a promoção de diligências, o Pregoeiro sequer a cogitou possível dúvida quanto ao seu conteúdo.

20. E fizeram bem! Pois não há nenhum obstáculo nela contida que obste a regular condução do certame. Pelo contrário, seus termos encontram-se em linha com o edital.

21. Numa outra frente desarrazoada, sustenta a Recorrente ofensa aos critérios de desempate.

22. Rememorando o início destas contrarrazões, o contexto econômico e regulatório do qual se insere o objeto demandado sofreu recentes atualizações através do Decreto Federal 10.854/21 e da Medida Provisória 1.108/22, cujas normas proibiram, em linhas gerais, a oferta de taxas de administração negativas.

23. Por esta razão, os certames públicos abrangidos por tais normais possuem grandes chances de que as propostas apresentadas pelas licitantes permaneçam e se limitem ao menor preço possível, culminando com situação de empate real.

24. Neste ambiente de empate de propostas, é indispensável a regulamentação dos critérios para selecionar a melhor proposta comercial entre as licitantes empatadas.

25. E, no presente caso, não foi diferente, conforme redação contida no item 10.14, do Edital, com base em previsibilidade redigida no PU, do art. 37, do Decreto Federal nº 10.024/2019.

26. Com efeito, cabe destacar que as redações indicadas acima possuem sintonia afinada com o próprio manual do Governo Federal, em que é expresso ao dispor que "haverá sorteio eletrônico pelo sistema dentre as propostas empatadas" - vide link: [https://www.gov.br/compras/pt-br/images/ultimas\\_noticias/Modos-de-Disputa---passo-a-passo--05112019.pdf](https://www.gov.br/compras/pt-br/images/ultimas_noticias/Modos-de-Disputa---passo-a-passo--05112019.pdf).

27. Pautado, assim, por tais mecanismos de desempate, o Pregoeiro procedeu o sorteio eletrônico mediante aviso registrado em ata - transcrito no início desta manifestação.

28. Assegurada a lisura procedimental quanto ao desempate, impõe o momento uma explicação, abreviada, entre a diferença do empate REAL e ficto.

29. Registra-se, por oportuno, que o Pregoeiro e Equipe de Apoio demonstram afinada tecnicidade com as normas de direito administrativo, o que não se pode dizer, com o respeito necessário, em relação à Recorrente, reforçando um simples arrazoado acerca do tema, pois não há aplicação do direito de preferência estabelecido na LC nº 123/06 para este certame.

30. Como sabemos, o EMPATE FICTO permite que as ME e EPP, dentro das margens adotadas na referida lei, apresentem proposta de PREÇO INFERIOR à empresa inicialmente considerada vencedora, senão vejamos o que diz a Lei Complementar nº 123/06:

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.

31. De acordo com a lei, o exercício facultativo do direito de preferência conferido às ME e EPP deve respeitar dois requisitos básicos (cumulativos), além do regular enquadramento da licitante nos respectivos regimes empresariais, quais sejam:

- a. oferecer proposta (ou lance) igual ou até 10% ou 5%, no caso do pregão, superior a menor proposta apresentada; e
- b. COBRIR a proposta ofertada pela primeira colocada, demonstrando a vantajosidade de seu preço perante à Administração.

32. Ou seja, o direito de preferência (evidenciado no empate ficto) é VINCULADO à demonstração de vantajosidade econômica à Administração Pública, o que não reflete ao mesmo procedimento evidenciado no empate real (o que foi respeitado no presente certame), por não permitir a oferta de preço menor ao mínimo possível ou estabelecido em edital.

33. Corroborando o acima alegado, Joel de Menezes Niebuhr explica o procedimento a ser adotado quando do empate ficto:

"De todo modo, ocorrendo o empate a que alude os parágrafos do artigo 44 da Lei complementar nº 123/06, A MICROEMPRESA OU EMPRESA DE PEQUENO PORTE NÃO É AUTOMATICAMENTE DECLARADA VENCEDORA, NA MEDIDA EM QUE O PREÇO DELA É DE FATO SUPERIOR AO MENOR PREÇO OFERTADO NO CERTAME, O QUE IMPORTARIA, SE FOSSE O CASO, DESVANTAGEM À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA e vulneração aberta ao Princípio da eficiência, encartado no caput do artigo 37 da Constituição Federal.

A rigor, reconhecendo-se o empate, na forma dos parágrafos do artigo 44 da Lei complementar nº 123/06, a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada faz jus à oportunidade de oferecer proposta de preço inferior à proposta até então considerada vencedora do certame, conforme dispõe o inciso I do artigo 45 da mesma Lei complementar. ENFATIZA-SE QUE NÃO BASTA À MICROEMPRESA OU EMPRESA DE PEQUENO PORTE IGUALAR O MENOR PREÇO ATÉ ENTÃO OFERTADO. A MICROEMPRESA OU EMPRESA DE PEQUENO PORTE MAIS BEM CLASSIFICADA DEVE COBRIR O MENOR PREÇO ATÉ ENTÃO OFERTADO, REDUZIR-LO. Se o fizer, prescreve o referido inciso I do artigo 45 da Lei complementar, o objeto da licitação deve ser adjudicado a ela." (grifo nosso)

34. No mesmo esteio, ensina o Professor Marçal Justen Filho :

"A LC 123/2006 criou uma ficção de empate no art. 44, MAS A SOLUÇÃO SE AFIGUROU COMO VÁLIDA POR QUE ACOMPANHADA DO ÔNUS DE FORMULAÇÃO DE PROPOSTA DE VALOR MAIS REDUZIDO. Na LC 123/2006, o empate ficto (ou seja, não consistente em propostas de valor idêntico) não conduz à imediata vitória do lance estipulado pelo beneficiário, devendo ser formulada uma proposta de menor valor. Portanto, a Administração obterá o menor valor possível no certame. Distinta era a solução concebida no Dec. Fed. 1.070/1994, em que havia a ficção de empate e uma vantajosidade também puramente imaginária (sagar-se-ia vencedor o licitante que tivesse formulado proposta de valor mais elevado). O referido regulamento Federal foi substituído pelo Dec. Fed. 7.174/2010. Observe que as preferências destinadas a incentivar o desenvolvimento nacional sustentável podem importar a contratação de proposta de valor mais elevado." (g.n.)

35. Assim, denota-se que não há aplicabilidade do empate ficto da Lei Complementar nº 123/06 no edital em apreço, vez que a situação fática ora tracejada determina tão apenas o empate real de propostas, sendo o critério de escolha definido através da aplicação do sorteio eletrônico, tal qual foi consignado em sistema pelo Pregoeiro.

36. Ademais, o critério de desempate por sorteio eletrônico é o caminho que mais se prestigia a imparcialidade, moralidade e impessoalidade, visto que o Pregoeiro não possui nenhum controle, em termos indicativo, aos meios eletrônicos aplicáveis à escolha da empresa, ou seja, não há interferência externa, sequer pelo Pregoeiro, aos mecanismos de escolha da proposta vencedora.

37. De mais a mais, não é preciso eloquente discurso para assegurar que as regras estabelecidas no instrumento convocatório, do Decreto Federal nº 10.024/2019 e manual do Governo Federal, é lei entre os agentes envolvidos, regulando a atuação tanto da Administração Pública quanto das licitantes, cujo preceito normativo é estampado no art. 3º, da Lei Geral de Licitações, e enfatizado pelo art. 41, da mesma lei, que dispõe que "a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada"

38. Assim, é imprescindível seguir as regras estabelecidas no edital como forma de garantir o mínimo de segurança jurídica às partes envolvidas no processo licitatório.

39. Isto é, as partes envolvidas nesta licitação devem seguir as regras editalícias, sob pena de favorecimento e tratamento desigual entre as licitantes, bem como sofrer responsabilidades administrativas ao agente público que se omitir frente ao flagrante desrespeito às regras do edital, pois do agente público espera-se que evite qualquer resultado prejudicial à Administração.

40. Portanto, outra medida não há, a não ser pela manutenção da decisão do Pregoeiro e Equipe de Apoio na declaração de vencedora do certame à Recorrida.

#### IV - DOS PEDIDOS

Diante do exposto, requer-se o IMPROVIMENTO do Recurso Administrativo apresentado pela empresa PROVER, mantendo-se incólume o ato do Sr. Pregoeiro e Equipe de Apoio que declarou a Recorrida como vencedora do certame, por ter respeitado inteiramente as disposições contidas no Edital, como medida de justiça.

Termos em que,

Pede deferimento.

Barueri-SP, 21 de junho de 2022.

SODEXO PASS DO BRASIL SERVIÇOS E COMÉRCIO S.A.

CNPJ: 69.034.668/0001-56

TIAGO CASSEMIRO FALCHI NEBESNY

Consultor Administrativo de Mercado Público

OAB/SP nº 344.147

Fechar