



## RESPOSTA RESPOSTA À SOLICITAÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DE EDITAL DE PREGÃO ELETRÔNICO

**Processo Administrativo:** 00179.000679/2024-81

**Pregão Eletrônico:** 90003/2024

**Objeto:** Contratação de serviços de fornecimento e gerenciamento de cartões alimentação e refeição na modalidade eletrônico e respectivas recargas de créditos mensais, para utilização em estabelecimentos especializados de rede credenciada, para o quadro funcional do CAU/SP, na Capital Paulista e nas cidades de Bauru, Campinas, Mogi das Cruzes, Presidente Prudente, Ribeirão Preto, Santo André, Santos, São José dos Campos, São José do Rio Preto e Sorocaba.

**Assunto:** Apreciação da impugnação ao Edital interposta pela empresa MEGA VALE ADMINISTRADORA DE CARTÕES E SERVIÇOS LTDA, doravante denominada IMPUGNANTE.

### I - DO HISTÓRICO

O edital de licitação foi divulgado em 15/04/2024, por meio de publicação em Diário Oficial da União, bem como no Portal Nacional de Contratações Públicas, no Jornal Folha de São Paulo e no sítio do Conselho de Arquitetura e Urbanismo de São Paulo, na forma legal, com data de abertura da Sessão Pública prevista para o dia 30/04/2024, às 10 horas.

Em 22/04/2024, a empresa IMPUGNANTE apresentou impugnação ao Edital, encaminhada via correio eletrônico, na forma do item 10 do edital.

### II - DA TEMPESTIVIDADE DA IMPUGNAÇÃO

Diante da expressa previsão legal do cabimento de Impugnação ao Edital no prazo de até 03 (três) dias úteis da data de abertura da sessão pública, a IMPUGNANTE se utiliza tempestivamente de tal prerrogativa, de acordo com os termos dispostos nos itens 10.1 a 10.3 do Edital.

### III – DAS ALEGAÇÕES DA IMPUGNANTE E DO PEDIDO

Insurge-se a Impugnante, em síntese, a respeito dos critérios de desempate estabelecidos a partir do item 5.9 do Edital do Pregão Eletrônico 90003/2024, alegando que o critério de desempate utilizado pelo Conselho não pode levar em consideração a possibilidade de votação dos servidores para desempatar as empresas credenciadas, visto não ser previsto no Decreto 10.024/2019.

Também, alega que o sorteio, se realizado, somente deveria ocorrer com os empatados que sejam ME/EPP.

Por fim, solicita:

*a) seja retirada a previsão do item 5.9 até o 5.12, referentes ao critério de desempate, visto que o critério de desempate previsto nos referidos itens não possui fundamento LEGAL, passando a constar que o critério de desempate será de acordo com o Decreto nº 10.024/19, com a aplicação da LC 123/06, após, artigo 60 da 14.133/21 e somente após, caso as empresas ainda estejam empatadas, será realizado sorteio o qual deve ser primeiramente realizado entre as ME/EPPs e depois entre as demais empresas participantes.*

*b) seja determinada a suspensão liminar do procedimento licitatório cujo credenciamento das proponentes e sessão de recebimento dos envelopes encontra-se programada às 10h00 do dia 30/04/2024; com o acolhimento das impugnações com a determinação de revisão do instrumento convocatório.*

*c) determinar-se a republicação do Edital, escoimado dos vícios apontados, reabrindo-se o prazo inicialmente previsto.*

### IV – DA ANÁLISE DO PREGOEIRO

Preliminarmente, conheço a impugnação por ser tempestiva e por ter obedecido a forma eletrônica de interposição, atendendo assim as disposições editalícias pertinentes.

Ancorado na Manifestação Jurídica n.º 028/2024/JUR/CAU/SP, segue a avaliação:

Em análise ao argumento de que a presente licitação deve observar o que dispõe o art. 36 do Decreto n.º 10.024/19, lembramos que a presente licitação está sendo realizada com fundamento na Lei n.º 14.133/2021 e não com fundamento na Lei n.º 8.666/93.

Ressalte-se que o art. 36, do Decreto 10.024/2019, citado e colacionado pelo impugnante, ao contrário de sua afirmação, não faz referência alguma à nova legislação, senão vejamos:

### ***Critérios de desempate***

*Art. 36. Após a etapa de envio de lances, haverá a aplicação dos critérios de desempate previstos nos art. 44 e art. 45 da Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006, seguido da aplicação do critério estabelecido no § 2º do art. 3º da Lei n.º 8.666, de 1993, se não houver licitante que atenda à primeira hipótese.*

Desta forma, verifica-se que é inaplicável o Decreto à presente contratação, devendo ser observada a Instrução Normativa SEGES/ME n.º 73, de 30 de setembro de 2022, que dispõe sobre a licitação pelo critério de julgamento por menor preço, no âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional.

Assim, não assiste razão ao Impugnante nesse ponto em específico, visto que o Decreto em questão não se aplica à presente contratação.

Também se questiona o fato de o edital prever que se houver empate, depois de esgotados os critérios de desempate previstos no art. 60 da Lei n.º 14.133/2021, será realizado escrutínio com os funcionários do Conselho, o que seria inválido por não existir previsão legal.

Sobre o assunto é importante comentar que no Direito Administrativo, a doutrina clássica, afirma que a Administração Pública se submete ao princípio da legalidade em sentido estrito, isso é, ao administrador público somente é dado realizar aquilo que é previsto na lei.

O Professor Celso Antonio Bandeira de Melo preconiza que o princípio da legalidade:

*(...) representa a consagração da premissa de que a Administração Pública só pode ser desempenhada na conformidade da lei, de modo que a atividade administrativa é dotada de caráter sublegal, infralegal, que se consubstancia na expedição de comandos complementares à lei. Isso significa que o princípio da legalidade teria como pressuposto a completa submissão da Administração às leis, de modo que o exercício de suas atividades restringir-se-ia à obediência e ao cumprimento dessas normas jurídicas, colocando-as em prática. Dessa forma, a atividade de todos os agentes públicos se encerraria na realização das disposições gerais estabelecidas pelo Poder Legislativo (MELLO, 2010, p. 101)*

Na mesma direção o professor Lucas Rocha Furtado (2012, p. 83) afirma que:

*De acordo com a visão tradicional, e dominante em nossa doutrina, a legalidade administrativa, denominada de legalidade restrita, ou estrita, cria a situação de que a Administração Pública somente pode agir se e quando a lei autorizar a atuação. De acordo com essa interpretação dominante, ainda que a atividade estatal não importe em impor qualquer conduta positiva ou negativa de qualquer cidadão, a Administração estaria impedida de agir.*

Assim, ao ser adotado o entendimento da doutrina clássica sobre a questão ora analisada, não existindo norma legal que autorizasse o Conselho a adotar o escrutínio como norma de desempate, este não seria possível.

Entretanto, o Direito Administrativo vem sofrendo, ao longo dos últimos anos, uma mudança de paradigma, com doutrinadores que entendem que as relações entre o direito público e o privado se tornam cada vez mais próximas e que é necessário adotar novos conceitos.

Ademais, a vinculação da Administração Pública aos direitos fundamentais torna inevitável a aproximação entre o Direito Administrativo e o Direito Constitucional, ou seja, há uma constitucionalização do Direito Administrativo, o que pode acarretar a releitura de diversos elementos do regime de direito público, dentre os quais o próprio princípio da legalidade.

Nesse sentido, leciona Lucas Rocha Furtado (2012, p. 84):

*[...] Se existe órgão ou entidade administrativa dotado de competência genérica para desenvolver atividades administrativas, não é necessário que seja aprovada lei que trate especificamente de cada ato ou atividade a ser desenvolvida por essas unidades, salvo se esse ato ou essa atividade administrativa impuser ao particular a obrigação de fazer ou de deixar de fazer algo*

Deste modo, para a doutrina moderna, não há que se falar somente na legalidade estrita, mas sim na juridicidade administrativa.

O princípio da juridicidade é um conceito que abrange a observância não apenas da lei formal, mas de todo o ordenamento jurídico, incluindo princípios, valores e normas implícitas. Em outras palavras, ele vai além da mera legalidade estrita, considerando também a conformidade com os preceitos constitucionais e os valores fundamentais do sistema jurídico.

Esse princípio reconhece que a atuação da Administração Pública deve estar em consonância não apenas com as normas expressas em leis, mas também com os princípios e valores que permeiam todo o sistema jurídico. Assim, a juridicidade implica em uma visão mais ampla e abrangente do que é legal, englobando não apenas o que está formalmente estabelecido, mas também o que é coerente com os princípios e finalidades do ordenamento jurídico como um todo.

Tendo isso em consideração, a assessoria jurídica do CAU/SP, ao analisar o item 2.7 do ETP, mediante a expectativa do Conselho de que fossem oferecidas propostas com taxa zero, orientou que fossem discriminados outros critérios de desempate.

Assim, foi sugerido que, na falta de outros critérios que pudessem resolver a questão, fosse considerado o entendimento disposto no Acórdão nº 459/2023 do Plenário do Tribunal de Contas da União, conforme segue:

*REPRESENTAÇÃO. SUPOSTAS IRREGULARIDADES EM PREGÃO PRESENCIAL CONJUNTO. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE ADMINISTRAÇÃO, INTERMEDIÇÃO E FORNECIMENTO DE BENEFÍCIO ALIMENTAÇÃO E REFEIÇÃO AOS COLABORADORES DAS ENTIDADES. PREVISÃO DE DESEMPATE DAS PROPOSTAS DAS LICITANTES BASEADA EM VOTAÇÃO A SER REALIZADA ENTRE OS EMPREGADOS. CRITÉRIO DE JULGAMENTO OBJETIVO E DETALHADO NO EDITAL DO CERTAME. PREVISÃO DE PRAZO IRRAZOÁVEL PARA A CONTRATADA APRESENTAR REDE DE ESTABELECIMENTOS CREDENCIADOS. CONHECIMENTO E PROCEDÊNCIA PARCIAL DA REPRESENTAÇÃO. RECOMENDAÇÃO E CIÊNCIA DA OCORRÊNCIA. (...)*

*32. No caso concreto, entendo que os critérios estabelecidos para desempate de propostas com taxas iguais foram minudentemente descritos no edital, estão dispostos de forma objetiva, com parâmetros que apresentam precisão suficiente para escolha da empresa mais votada e podem ser aferidos de maneira transparente, sem qualquer interferência subjetiva das entidades contratantes. Repiso que o escrutínio ainda poderia ser secundado por eventual sorteio, em caso de não alcance do quórum de votação previsto.*

*33. Por conseguinte, creio que o Tribunal pode placitar o critério empregado pelas entidades para solucionar o caso de igualdade de taxas de administração entre duas ou mais propostas, ante a sua razoabilidade e objetividade com que foi delineado no Edital (PPC) 1/2022.*

*34. Rememoro que a unidade técnica, na sua proposta de recomendação, sugeriu a adoção de "critérios de desempate objetivos, a exemplo do sorteio, com vistas a mitigar eventuais riscos envolvidos na solução de sufrágio atualmente adotada, como de conflitos de interesses e interferências externas indevidas" (proposta da Titular da Selog). Essa preocupação de evitar "conflitos de interesses" e/ou "interferências externas", apesar de louvável e do zelo interpretativo, foi feita em tese, ou seja, não foi aferida no caso concreto ou com base em elementos de prova que compõem os autos, razão pela qual entendo desnecessário tratar do tema, em abstrato, neste processo.*

*35. Ademais, compreendo que não cabe ao controle externo preferir o sorteio ao escrutínio ou este àquele, porquanto essa questão está sob a égide da discricionariedade administrativa do gestor, que lhe assegura âmbito de ação, de decisão e de escolha entre as diversas hipóteses possíveis e válidas perante o ordenamento jurídico. O que deve ser observado sempre, em cada caso, é se os parâmetros da disputa foram razoáveis e especificados de forma clara, objetiva e detalhada no instrumento convocatório da licitação, o que ocorreu nestes autos.*

Desse modo, considerando as dificuldades reais que seriam enfrentadas pelo gestor (art. 22 da LINDB), a Assessoria Jurídica do CAU/SP apresentou sugestão de alteração do edital nos moldes do permitido pelo TCU no acórdão acima mencionado, visto que adotou princípios objetivos e de forma clara, o que coaduna com os preceitos da Nova Legislação sobre Licitações e Contratos e o entendimento da Corte de Contas responsável pela fiscalização financeira do CAU/SP.

Ainda há de ser mencionado que a Assessoria Jurídica do CAU/SP considerou os critérios estabelecidos nos incisos do art. 60 da Lei nº 14.133/2021, e que estes não poderiam ser aplicados enquanto não houver a devida regulamentação.

Em relação ao Inciso I, é decorrência lógica que se todas as empresas apresentarem taxa zero, como previsto pela unidade técnica, o empate não seria superado.

Em relação ao Inciso II do art. 60, compartilhamos do entendimento exarado pela Advocacia Geral da União no sentido de sua inaplicabilidade:

*(...) Dessa forma, concluímos no mesmo sentido da Secretaria de Gestão e Inovação, ou seja, "em que pese o inciso II do art. 60 não trazer expressamente a necessidade de regulamentação, entende-se, em uma leitura conjunta com o art. 87, que tal preferência será regulamentada junto com o registro cadastral unificado, a fim, justamente, de evitar que cada órgão coloque balizas de avaliação de desempenho que não tenham previsão na legislação", a fim de garantir maior segurança jurídica e uniformização quando da sua aplicação. (Nota nº 00033/2023/CGPE/SCGP/CGU/AGU)*

Por sua vez, o inciso III, já foi objeto de regulamentação pelo Decreto nº 11.430, de 08 de março de 2023, que se aplica no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional.

O Decreto destaca o que são ações de equidade, no entanto, segundo o previsto no § 2º do art. 5º do Decreto 11.430/2023, ainda não foi editado ato do Secretário de Gestão e Inovação do Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos que disponha sobre a forma de aferição destes critérios, o que acaba por impossibilitar o seu cumprimento.

Em relação ao inciso IV, também é necessário ressaltar que ainda pende de critérios objetivos a serem constituídos pelos entes federativos e a definição exata do conteúdo do que vem a ser “desenvolvimento de programa de integridade”, bem como seriam fiscalizados estes critérios, o que, a exemplo dos incisos anteriores, torna o requisito de desempate inaplicável.

Por estes motivos, entendemos correta a previsão editalícia no sentido de que, uma vez superados os critérios legais do art. 60 da Nova Lei de Licitações é possível que seja realizado escrutínio com os funcionários para a escolha que ora se pretende, desde que seja previsto de forma objetiva e impessoal no edital como isso será realizado, estando esta escolha adstrita ao Poder Discricionário da Administração.

Por fim, resta comentar o argumento da preferência legal das ME/EPP, e que o sorteio, se realizado, somente deveria ocorrer com os empatados que sejam ME/EPP.

Sobre o assunto, a CF, no art. 170, inciso IX, traz como princípio da ordem econômica o “tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País”.

A Lei Complementar nº 123/06, estabeleceu o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte e o Decreto nº 8.538, de 06 de outubro de 2015, regulamentou o tratamento favorecido para as microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito da Administração Pública Federal.

Sendo assim, temos que os artigos 47, 48 e 49 da Lei Complementar 123/06, com a redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014, preveem:

*Art. 47. Nas contratações públicas da administração direta e indireta, autárquica e fundacional, federal, estadual e municipal, deverá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica.*

*Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública: I - deverá realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);*

*(...)*

*Art. 49. Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando: (...)*

*III - o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado;*

*(...)*

Por sua vez, o Decreto nº 8.538/2015 dispõe que:

*Art. 6º Os órgãos e as entidades contratantes deverão realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens ou lotes de licitação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).*

Desse modo, considerando o valor estimado da contratação, que ultrapassa R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), não existe imposição legal que justifique a preferência absoluta que o impugnante quer para as microempresas ou empresas de pequeno porte na atual licitação, nem que eventual sorteio seja realizado somente com eventuais licitantes que sejam ME/EPP.

A interpretação utilizada pelo Impugnante, em nosso entender, não é a mais adequada ao presente caso, conforme passamos a explicar.

O empate ficto, previsto no art. 44 da LC 123/06, é uma ficção jurídica que tem o intuito de proporcionar uma vantagem, uma “chance a mais” para que as ME/EPP possam apresentar propostas mais vantajosas ao Poder Público.

Assim, em nenhum momento a lei estabelece uma preferência absoluta como quer fazer crer o Impugnante.

Tanto assim, que o próprio art. 49 da Lei prevê as hipóteses em que a Administração não é obrigada a aplicar o tratamento diferenciado para as microempresas e empresas de pequeno porte, devendo constar dos autos as justificativas para adoção do art. 49 da LC 126/03.

Ainda corrobora com o entendimento desta Assessoria o parecer exarado pela Câmara de Vereadores de Descalvado, no qual foi citado o TCE-SC:

*"Nesse diapasão, constata-se que, quando o objeto licitatório for a contratação de fornecimento de vale alimentação, e o edital prever a proibição de taxa negativa, não se pode aplicar as hipóteses de preferências contidas na LC 123/06, senão sempre será vencedora uma ME/EPP. Com a proibição de apresentação de taxa negativa ocorrerá o empate na taxa mínima admitida de 0% (zero por cento), impossibilitando a apresentação de proposta de valor inferior pelas ME/EPP. Assim, conclui-se que, no caso de proibição de apresentação de taxa de administração negativa, o sorteio deverá ocorrer entre todas as empresas licitantes não se aplicando as regras da LC123/06, sob pena de isonomia e competitividade do certame"*

Desta maneira, salvaguardado o mérito de análise do ato, em nosso entender, não merece prosperar o argumento do impugnante também neste ponto, visto que se fosse dada preferência somente a microempresas e empresas de pequeno porte, nunca seria possível a escolha de empresas de grande porte, o que, em última análise, contraria a isonomia e a competitividade da própria licitação.

## **V – DA DESCISÃO**

Ante as considerações apresentadas, analisando as razões da impugnante, na condição de pregoeiro, ancorado na justificativa apresentada e comprovado que as cláusulas do Edital e seus Anexos estão em consonância com a legislação aplicável e atendem às necessidades do CAU/SP, manifesto pelo conhecimento da impugnação, tendo em vista a sua tempestividade, para, no mérito, negar-lhe provimento e julgá-la IMPROCEDENTE, pela ausência de fundamentação que sustente o pleito.

Desta forma opino pela continuação do processo licitatório, mantendo inalteradas as condições do Edital 90003/2024.

São Paulo, 25 de abril de 2024

**Nelson Andrade**

Pregoeiro



Documento assinado eletronicamente por **NELSON ANDRADE, Analista Técnico(a) I**, em 25/04/2024, às 16:03, conforme Decreto Nº 10.543, de 13/11/2020, que regulamenta o art. 5º da Lei Nº 14.063, de 23 de setembro de 2020.



A autenticidade do documento pode ser conferida no portal do SEI CAU, endereço [caubr.gov.br/seicau](http://caubr.gov.br/seicau), utilizando o código CRC **AD4476CF** e informando o identificador **0216329**.

---

**Rua Quinze de Novembro, 194 - Bairro Centro | CEP 01013-000 São Paulo/SP | Telefone: (11)3014-5900**  
**[www.causp.gov.br](http://www.causp.gov.br)**

---

00179.000679/2024-81

0216329v4