

**ILUSTRSSIMO SENHOR(A) PREGOEIRO(A) E COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÕES DA COMPANHIA
RIOGRANDENSE DE SANEAMENTO – CORSAN**

**REF.: PROCESSO: 21/0587-0003562-8
PE Nº 0211/2021**

SODEXO PASS DO BRASIL SERVIÇOS E COMÉRCIO S.A., com sede na cidade de Barueri - SP, na Alameda Araguaia, nº. 1.142, Bloco 1 – Alphaville, CEP: 06455-000, inscrita no CNPJ/MF sob o nº. 69.034.668/0001-56, não concordando com os termos do Edital do Pregão Eletrônico acima referenciado, vem, tempestivamente, por sua representante legal, com fundamento no Regulamento de Licitações e Contratos da CORSAN, e item 7.2.1 do edital, apresentar **IMPUGNAÇÃO AOS TERMOS DO EDITAL** pelas razões de fato e de direito a seguir expostos.

I. BREVE RELATO FÁTICO

Trata-se o presente procedimento licitatório, na modalidade pregão eletrônico, cujo objeto é a *“contratação de empresa especializada na prestação de serviços de administração, emissão e fornecimento de cartões eletrônicos com tecnologia de chip ou superior, e realização de recargas mensais para os benefícios de vale alimentação e vale refeição, para utilização individualizada por todos os empregados da CORSAN e em atendimento às exigências do programa de alimentação do trabalhador (PAT) e legislação pertinente”*.

Não obstante a lisura e a idoneidade, que sempre norteiam a atividade dessa Administração Pública, cumpre assinalar que o referido Edital permeia de graves vícios e, caso esta Douta Comissão se digne a mantê-los, agirá com ilegalidade e, conseqüentemente, prejudicará todo o processo licitatório, colocando em risco, desta forma, o interesse público.

II. DAS PRELIMINARES

Primeiramente, cumpre registrar que a nova data deste certame foi publicada no dia 22 de agosto de 2022, para iniciar no dia 26 de agosto de 2022, ou seja, apenas 4 (quatro) dias úteis antes da sessão, em total desacordo com as determinações do Regulamento de Licitações e Contratos da CORSAN, senão vejamos:

Art. 90. Os procedimentos licitatórios, a pré-qualificação e os contratos disciplinados por este regulamento serão divulgados no portal da CORSAN na internet, devendo ser adotados os seguintes prazos mínimos para apresentação de propostas ou lances, contados a partir da divulgação do instrumento convocatório:

...

IV – no mínimo 8 (oito) dias úteis quando for adotada a modalidade do pregão.

Parágrafo único. As modificações promovidas no instrumento convocatório serão objeto de divulgação **nos mesmos termos e prazos dos atos e procedimentos originais**, exceto quando a alteração não afetar a preparação das propostas.

Clarificante que o prazo acima determinado não foi observado, não sendo disponibilizado às empresas Licitantes tempo hábil para proceder com suas análises internas e preparação para o certame.

Deste modo, solicitamos, em sede preliminar, que o pregão seja remarcado respeitando o prazo mínimo de 8 (oito) dias úteis.

III. DOS ITENS EDITALÍCIOS IMPUGNADOS

Em que pese o extremo zelo do Órgão Licitante ao elaborar o presente instrumento convocatório, há disposição editalícia que vai de encontro ao nosso ordenamento jurídico e, sobretudo, com os certames dessa natureza, especialmente, no que diz respeito aos critérios de desempate, e exigência de qualificação técnica em dissonância com as determinações do TCU.

III.I. DOS CRITÉRIOS DE DESEMPATE

Cumpra registrar, de início, que não se deve aplicar no presente certame as regras inerentes ao direito de preferência conferidos às ME e EPP, por conta da vedação de oferta de taxas de administração negativas, a menor proposta admitida é a taxa zero.

Explicarei melhor:

Como sabemos, o EMPATE FICTO permite que as ME e EPP, dentro das margens adotadas na referida lei, apresentem NOVOS LANCES referidos à proposta de PREÇO INFERIOR à empresa inicialmente considerada vencedora, observemos 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.*

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 a Administração.

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 (presente certame ocorreu o empate real).

Corroborando o acima alegado, Joel de Menezes Niebuhr¹ 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, REDUZINDO.** 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)

¹ NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação Pública e Contrato Administrativo. Curitiba: Zênite, 2008. Ed. 1º. p. 329.

No mesmo esteio, ensina o Professor Marçal Justen Filho²:

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 (sagrar-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.)

Assim, por não restar configurado o empate ficto previsto na Lei Complementar nº 123/06 no edital em apreço, **mas tão apenas o empate real**, conclui-se que NÃO SE APLICA para o deslinde do presente feito.

Deste modo, ao final da sessão de disputa, para desempate das propostas, deve ser observado o item 11.17 e seguintes do Edital em comento, conforme prescrição abaixo:

11.17. Havendo eventual empate entre propostas ou lances, o critério de desempate será aquele previsto no art. 3º, § 2º, da Lei nº 8.666, de 1993, assegurando-se a preferência, sucessivamente, ao objeto executado:

11.17.1. por empresas brasileiras;

11.17.2. por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País;

11.17.3. 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.

11.18. Permanecendo o empate, a proposta vencedora será sorteada pelo sistema eletrônico dentre as propostas ou os lances empatados.

III.II. DOS ATESTADOS DE CAPACIDADE TÉCNICA

Ao analisar as exigências em torno da qualificação técnica, combinado com a grandeza do objeto licitado e sua característica de serviço continuado, percebe-se que há uma dissonância em relação às comprovações pleiteadas no Edital com o fornecimento real que será demandado da empresa vencedora.

A licitante deve comprovar por meio dos atestados de capacidade técnica que tem plenas condições profissionais e operacionais de executar o objeto indicado no Edital, com a finalidade de proporcionar à

² FILHO, Marçal Justen. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Ed. 16ª. p 104.

Administração certo grau de segurança no tocante à aptidão da pessoa a ser contratada, objetivando, com isso, a boa e correta execução do objeto pretendido.

Assim, analisando o objeto do certame e todas as suas nuances, existem dois pontos extremamente importantes e que devem ser observados com rigor, quais sejam: **a)** distinção entre o vale alimentação e refeição; e o **b)** prazo mínimo de fornecimento constante no atestado.

Passemos a destrinchar os itens elencados acima:

Os serviços de vale refeição e alimentação são distintos por diversos fatores, dentre eles, a rede credenciada que se modifica para cada tipo de objeto. Por esta razão, mostra-se fundamental justificar a exigência de atestados de capacidade técnica-operacional específicos à situação em particular.

Neste pensar, colaciona-se firme e recente jurisprudência do TCU (Acórdão nº 2696/2019 – TCU – 1ª Câmara) que tratou de representação contra exposição editalícia acerca de experiência anterior específica ao vale refeição, reproduzindo o excerto abaixo do voto condutor do Acórdão 433/2018-TCU-Plenário, de 7/3/2018, Ministro Relator Augusto Sherman:

8. De fato, nos precedentes mencionados, este Tribunal admitiu exigência semelhante à ora questionada, reconhecendo-se sua admissão como medida acautelatória adotada pela administração visando assegurar o cumprimento da obrigação assumida, desde que tecnicamente justificada, não constituindo, por si só, restrição indevida. Ademais, também conforme os precedentes Acórdãos 2.356/2013-TCU-Plenário, 6.082/2016-TCU-1ª Câmara e 8.291/2017-TCU-2ª Câmara, **este Tribunal tem compreendido que os serviços de vale refeição e vale alimentação são distintos, e que a diferença da rede credenciada de cada um é motivo bastante para justificar a exigência editalícia de requisito técnico específico, de um ou de outro serviço, em cada situação particular.**

Assim, é clara a determinação do TCU no sentido de que a comprovação de experiência anterior deve ser específica ao objeto demandado, no presente feito, englobando os vales Alimentação e Refeição sob a ótica de seus específicos quantitativos mínimos, tanto do ponto de vista dos usuários como do valor facial.

Em síntese, a licitante deve apresentar atestados de capacidade técnica com as quantidades mínimas exigidas para comprovar os serviços de **vale alimentação**, bem como atestados de capacidade técnica com as quantidades mínimas exigidas para comprovar os serviços de **vale refeição**, em conformidade com os recentes julgados do TCU acerca deste tema.

Isto porque, tais requisitos compreendem as atividades inerentes ao gerenciamento do objeto licitado e determinam, dentre outros fatores, a capacitação técnica da empresa nas tratativas envolvendo o arranjo de pagamento.

Tanto é que interpretação diversa deste sentido se estaria possibilitando a participação, por exemplo, de empresas que apresentem capacitação anterior **apenas** no vale alimentação, mesmo sabendo que o vale refeição possui rede credenciada de estabelecimentos diferente.

Evidente que isso trará grande prejuízo à CORSAN.

Do mesmo modo, verificasse o mesmo risco prejudicial à CORSAN no que tange a não exigência de prazo mínimo de vigência dos contratos apresentados nos Atestados.

A comprovação de experiência anterior depende de uma série de fatores, os quais apenas possuem sentido e determinam a capacidade operacional da empresa se reunidos nas peculiaridades que o objeto demandado requer.

Ora, se a **finalidade do atestado no processo licitatório é certificar que o contratado prestou determinado serviço satisfatoriamente, com pontualidade e qualidade, por tempo igual ou superior à vigência do contrato pretendido**, como se aferir a satisfação se o Edital não exige comprovação por prazo mínimo de fornecimento?

Em outras palavras, sem a exigência de critérios específicos (quantitativo, valores, critérios e prazo de vigência mínimos), não há como comprovar, de fato, se o cumprimento das obrigações atestadas manteve uma constância de qualidade por todo o prazo contratado.

Veja que se o presente Edital não exigir indicação de prazo mínimo comprobatório do objeto fornecido ao órgão emitente do atestado de capacidade técnica, deverá aceitar qualquer prazo nos atestados.

Por exemplo, se um licitante apresentar atestado de capacidade técnica, cujo contrato iniciou em 06/06/2022 (menos de 6 meses de fornecimento), a CORSAN será obrigada a aceitar, mesmo que este atestado não comprove de fato, características iguais ou superiores de fornecimento para garantir segurança a esta nova contratação.

Inclusive, a exigência de comprovação de prazo mínimo de fornecimento em licitações cujo objeto engloba serviços continuados tem o aval e é recomendado pelo Tribunal de Contas da União:

Acórdão 7164/2020 Segunda Câmara (Representação, Relator Ministro-Substituto André de Carvalho) Licitação. Qualificação técnica. Atestado de capacidade técnica. Experiência. Tempo. Justificativa. Serviços contínuos. Em licitações de serviços continuados, para fins de qualificação técnico-operacional, a exigência de experiência anterior mínima de três anos (subitens 10.6, b, e 10.6.1 do Anexo VII-A da IN-Seges/MPDG 5/2017), lapso temporal em regra superior ao prazo inicial do contrato, deve ser objeto de adequada fundamentação, baseada em estudos prévios e na experiência pretérita do órgão contratante, que indiquem ser tal lapso

indispensável para assegurar a prestação do serviço em conformidade com as necessidades específicas do órgão, por força da sua essencialidade, quantitativo, risco, complexidade ou qualquer outra particularidade.

IV. PEDIDO

Diante dos fatos e fundamentos aqui apresentados, **REQUER** seja recebida a presente impugnação, eis que é tempestiva, e a ela seja dado **PROVIMENTO**, para que seja republicado o edital no prazo legal determinado pelo Regulamento de Licitação e Contratos da CORSAN, com as devidas alterações no que tange aos **A)** critérios de desempate; **B)** atestados de capacidade técnica distintos para o alimentação e para o refeição e; **C)** atestados de capacidade técnica comprovando prazo mínimo de fornecimento.

Nestes termos,

Pede deferimento.

Barueri/SP, 24 de agosto de 2022.

**YASMIN
BERNARDI
NASSAR**



Assinado de forma
digital por YASMIN
BERNARDI NASSAR
Dados: 2022.08.24
11:15:17 -03'00'

Yasmin Bernardi Nassar

Consultora Administrativa de Mercado Público

SODEXO PASS DO BRASIL SERVIÇOS E COMÉRCIO S.A.

OAB/SP 408.463