



TERMO DE ESCLARECIMENTO Nº 8
PREGÃO ELETRÔNICO Nº 01/2024
PROCESSO DE COMPRA Nº 28/2024

Prezados licitantes, tendo em vista a recepção **por este pregoeiro**, através do e-mail licitacoes@camara-arq.sp.gov.br, em 16/04/2024 às 13h32, de indagações efetuadas pela empresa **BK INSTITUIÇÃO DE PAGAMENTO LTDA**, tornamo-las – juntamente com as respectivas respostas – públicas por meio do presente termo.

3- DA APLICAÇÃO DO BENEFÍCIO PARA ME/EPP

No que se refere à questão relativa ao critério de desempate estabelecido para a situação de empate real ou ficto (item 6.18.1 do Edital), não obstante as alegações trazidas, de que deverá ser realizado sorteio entre todas as empresas participantes do sorteio, o TCE-SP possui sólida jurisprudência no sentido de conferir preferência às empresas enquadradas no regime da Lei Complementar nº 123/06, seja no caso de empate real ou ficto. É o que se extrai dos julgados abaixo colacionados:

[...] Como já observado, em virtude da impossibilidade do oferecimento de taxa negativa pelas interessadas, conforme previsão da Lei nº 14.442/2022, torna-se inevitável que as propostas empatem em percentual igual a zero, extraindo-se dessa situação algumas decorrências.

Primeiro, no que concerne à disputa de propostas oferecidas por ME ou EPP e outro licitante comum, não há como estabelecer uma diferenciação entre empate ficto e empate real para efeito de aplicabilidade da Lei Complementar nº 123/06, uma vez que o respectivo cálculo de equiparação em relação aos outros concorrentes (5% no pregão e 10% nas demais modalidades) teria de partir do oferecimento de uma taxa negativa por parte de uma dessas entidades, o que não é admitido pela legislação, tornando qualquer empate real.

Por conseguinte, resta afastada hipótese de refazimento ou melhora de proposta pela ME ou EPP, prevista nos incisos I a III do artigo 45 da referida Lei Complementar, acima transcrito. De outra parte, ocorrendo o empate entre propostas oferecidas por outras empresas, em comparação com aquelas ofertadas por ME e EPP, deve ser dada preferência a estas. Por esse motivo, **numa situação como a presente, em que parece inafastável a igualdade de preços, a incidência dos princípios constitucionais ao caso concreto, apontam para a aplicação da preferência neles autorizados, não havendo que se falar em quebra de isonomia, uma vez que o tratamento privilegiado é assegurado pela Constituição.**

[...]

Prosseguindo, **havendo empate entre propostas oferecidas por duas ou mais microempresas ou EPP's, o que é uma hipótese**



provável, deve haver um sorteio entre elas, mesmo porque não há como aplicar os outros critérios estabelecidos na Lei nº 123/06. Nesse particular, possui incidência sobre a matéria os princípios estabelecidos no artigo 5º 9da Nova Lei de Licitações, em especial a impessoalidade que deve orientar todo o procedimento. (TC 012996.989.23-2, Rel. Cons. Cristiana de Castro Moraes, julgado em 19.07.2023 – grifamos)

Ultrapassadas essas particularidades, convém recomendar à Municipalidade, tendo em vista que o tema não foi analisado no julgamento citado, assim como que a impugnação não aborda de forma explícita tal aspecto, o que impediu adequado exercício do contraditório e da ampla defesa, que, **antes mesmo de aplicar as regras de desempate e de prioridade do artigo 60 e § 1º da Nova Lei de Licitações e Contratos, observe a preferência instituída pelos artigos 44 e 45 da Lei Complementar n.º 123/20067, na interpretação conferida à matéria em licitações com objetos análogos pela jurisprudência deste Tribunal. [...] Caso haja mais de uma empresa com oferta igual a zero beneficiária da Lei Complementar Federal n.º 123/2006, proceda ao sorteio apenas entre elas. Somente na hipótese de o empate envolver unicamente participantes não qualificadas como microempresas e empresas de pequeno porte, deve a Prefeitura seguir para os citados parâmetros do artigo 60 e do respectivo § 1º da Lei Federal n.º 14.133/2021.**

(TC 014377.989.23-1, Rel. Cons. Cristiana de Castro Moraes, julgado em 16.08.2023)

Nesse sentido, embora o entendimento não seja ainda unânime em todas as Câmaras de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), há precedentes recentes que vão na mesma linha adotada pela Corte de Contas. Senão vejamos:

MANDADO DE SEGURANÇA. Licitação promovida pela Câmara Municipal de Pindamonhangaba. Pregão Eletrônico 01/2023. Pretensão à anulação da sessão pública do pregão e de todos os atos decorrentes e de declaração da impetrante como vencedora do certame. Sentença que concedeu parcialmente a ordem para declarar nulo o sorteio realizado em razão do empate das propostas, como também os atos subsequentes. **Microempresas e empresas de pequeno porte que têm preferência na contratação em caso de empate real. Ilegalidade do sorteio.** Recursos oficial e voluntário não providos. (TJSP; Apelação Cível 1002401-75.2023.8.26.0445; Relator (a): Antonio Carlos Villen;



Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Público; Foro de Pindamonhangaba - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 06/02/2024; Data de Registro: 06/02/2024 - grifamos)

APELAÇÃO CÍVEL. 1. Mandado de segurança - Município de São José do Rio Preto - Licitação - Pregão Eletrônico - Contratação de empresa para serviços de administração, gerenciamento e fornecimento de auxílio-alimentação aos servidores públicos municipais ativos e inativos, por cartão magnético - Critério de desempate - **Preferência às microempresas e empresas de pequeno porte - Cabimento - Regras previstas pela Lei nº. 8.666/93 e pela Lei Complementar nº. 123/06 que podem ser estendidas à preferência para ME/EPP, em caso de empate real e não somente nos casos de empate ficto de propostas** - Exegese dos artigos 3º da Lei nº. 14.442/22 e 44 da Lei Complementar nº. 123/06 – Precedentes – Denegação da segurança – Manutenção da sentença. 2. Recurso não provido. (TJSP; Apelação Cível 1011315-26.2023.8.26.0576; Relator (a): Osvaldo de Oliveira; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Público; Foro de São José do Rio Preto - 1ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 04/10/2023; Data de Registro: 06/01/2024 - grifamos)

4- DA EXIGÊNCIA DE ARRANJO ABERTO

No que diz respeito à delimitação do objeto para adoção exclusiva do arranjo aberto (preâmbulo do edital, item 1.1 do termo de referência e 2.1 do ETP), prevista no artigo 1º-A da Lei Federal nº 6.321/1976 (com a redação dada pelo artigo 5º da Lei Federal nº 14.442/2022), o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TCE-SP) definiu, recentemente, a legalidade desta exigência. Senão vejamos:

“No que se refere à exigência de que as licitantes apresentem arranjo de pagamento exclusivamente aberto, conforme previsão do subitem 1.1 do instrumento, depreende-se da instrução processual que, no panorama jurídico atual, não há impedimento de que a Prefeitura assim proceda. Embora estipulação da espécie já tenha sido rechaçada por esta Corte, como é exemplo o decidido nos Processos TC-8409.989.23-3, TC-8451.989.23-0 e TC8461.989.23-8, verifica-se que o motivo da reprovação consistiu no fato de que a regra que previa o arranjo aberto ainda estava em vacatio legis (artigo 1º-A, inc. I, da Lei 6.321/1976 e artigos 174, §1º, do Decreto Federal 10.854 /2021). Não obstante, a Medida Provisória 1.173/2023, que estendia o prazo para operacionalização por meio de arranjo de pagamento fechado ou aberto até 01/05/2024, perdeu sua eficácia em 28/08/2023 em decorrência do término do prazo para sua votação no Congresso Nacional, retornando o prazo de vigência da Lei 14.442/2022 como era estipulado anteriormente, ou seja, até 01/05/2023, podendo ser



CÂMARA MUNICIPAL DE ARARAQUARA

adotado no certame em questão”. (TC 016567.989.23-1, Rel. Cons. Cristiana de Castro Moraes, julgado em 27.09.2023 – grifamos)

Araraquara, 18 de abril de 2024

William Yuzo Miyagi
Pregoeiro