



DECISÃO ADMINISTRATIVA

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 105/2019

PREGÃO PRESENCIAL REGISTRO DE PREÇOS Nº 57/2019

OBJETO: AQUISIÇÃO DE CONCRETO USINADO FCK 20 MPA E CONCRETO USINADO FCK 30 MPA

Trata-se de análise de recurso administrativo interposto pela empresa licitante **GRUPO DURO NA QUEDA CONSTRUÇÕES LTDA** em face à decisão que a inabilitou, no mencionado processo administrativo.

I – DAS PRELIMINARES

É cediço que para o conhecimento de Recursos, necessário se faz a análise dos pressupostos de admissibilidade, os quais, conforme doutrina predominante se divide em pressupostos intrínsecos (condições recursais) e extrínsecos¹. A partir desta divisão, e sob a ótica do Direito Administrativo, tem-se que são pressupostos intrínsecos: o cabimento (possibilidade recursal), o interesse recursal e a legitimidade para recorrer; e, como pressupostos extrínsecos: a tempestividade e a regularidade formal.

Realizado o juízo de admissibilidade, verifica-se que foram preenchidos pelas empresas Recorrentes os pressupostos acima descritos, com fundamentação na Lei Federal nº 8.666/93 enormas previstas no Edital, motivo pelo quais o recurso devem ser conhecido. As contrarrazões não foram interpostas.

II – DAS FORMALIDADES LEGAIS

Todas as licitantes participantes do certame foram cientificadas da existência da tramitação do Recurso Administrativo interposto pela empresa. Além disso, as razões recursais estão disponíveis a qualquer interessado no sítio eletrônico desta Prefeitura

¹SOUSA, Marcos Ticiano Alves. Teoria geral dos recursos enfocada pelos pressupostos de admissibilidade, efeitos e princípios recursais. 2013. <<http://jus.com.br/artigos/23976/teoria-geral-dos-recursos-enfocada-pelos-pressupostos-de-admissibilidade-efeitos-e-principios-recursais/3#ixzz3OIFvcQMj>>



Municipal (www.pousoalegre.mg.gov.br), conforme faz prova os documentos acostados aos autos deste processo de Licitação, assim, restando por cumpridas às formalidades legais exigidas.

III – DA SÍNTESE RECURSAL APRESENTADA PELA EMPRESA GRUPO DURO NA QUEDA

A empresa Recorrente alega que pese a forma simplória que a Ata de Sessão Pública foi registrada, aberto os envelopes de proposta das empresas presentes, não houve registro de rodada de lances, e ainda, posterior a este momento, logo no início, a empresa licitante Ouro Massa Artefatos de Cimento LTDA., declinou de seu direito de dar lances.

Nessa toada, considerando que a citada empresa, Ouro Massa, fez prova de ser uma Empresa de Pequeno Porte, o Pregoeiro, numa interpretação equivocada das disposições contidas na Lei Complementar nº 123/2006, entendendo que estava caracterizado o empate ficto, concedeu a Recorrida, na condição de empresa de Pequeno Porte, que a mesma ofertasse seu lance, assim, logrando-se habilitada neste primeiro momento.

A alegação da Recorrente de uma suposta interpretação equivocada da LC nº 123/2006, ocorre porque segundo ela, foi suprimida a fase de negociação entre a ora Recorrente e o Pregoeiro/Comissão de Apoio, momento este em que poderia ter sido ofertado por ela uma proposta, superior, a margem de empate ficto, o que afastaria o direito da Recorrida.

Isto posto, requer que seja recebido o seu Recurso, de forma tempestiva, anulando-se a decisão do Pregoeiro, quanto a conduta omissiva em relação a fase de negociação em relação ao menor lance, possibilitando a Recorrente em ofertar proposta que fuja a margem do empate ficto.

É a síntese recursal apresentada.

V – DAS ANÁLISES RECURSAIS



Inicialmente, cumpre esclarecer que as decisões tomadas na persecução do presente certame, cujo instrumento convocatório refere-se ao Pregão Presencial nº 057/2019, Processo Administrativo nº 105/2019, estão em perfeita consonância com os dispositivos legais pertinentes às licitações existentes no ordenamento jurídico brasileiro, tendo sido observada a submissão aos princípios concernentes à Administração Pública e por consequência às licitações, quais sejam: os princípios de Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade, Eficiência, Razoabilidade, Celeridade, Probidade Administrativa, Competição Leal, Vinculação ao Instrumento Convocatório e Julgamento Objetivo, dentre outros.

Registre-se que a metodologia utilizada para análise das razões recursais encontra-se fundamentada nas Lei Federal nº 8.666/93 e no referido instrumento convocatório.

Destaque-se, ainda, que o presente certame está sendo conduzido por profissionais competentes, conforme nomeação constantes da Portaria nº 3.778/19, e que a decisão do Sr. Pregoeiro é compartilhada pelos demais membros da Comissão Permanente de Licitações que participaram da sessão.

Ultrapassadas estas considerações iniciais, passo a decidir.

Observadas as Razões constantes dos autos, tem-se, *a priori*, que o regular processamento do certame deve se dar com vistas à garantia do princípio constitucional da isonomia e à obtenção da proposta mais vantajosa, o que se dá com o cumprimento das exigências editalícias e com o julgamento mediante padrões objetivos, nos termos da Lei 8.666/93, *in verbis*:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.



Art. 44. No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei.

Nesse sentido, todas as decisões adotadas pela Administração Pública no decorrer do processo licitatório devem se traduzir em um julgamento imparcial, neutro e objetivo, não podendo se distanciar dos termos constantes do instrumento convocatório, o qual é lei entre as partes.

Assim sendo, a Administração Pública está vinculada estritamente aos termos constantes do edital, notadamente pelo fato de que está regida pelo princípio da legalidade (art. 37, *caput*, da CRFB/88), além de esta não poder descumprir as normas e condições do edital ao qual se acha estritamente vinculada (art. 41, Lei 8.666/93).

Como se sabe, o empate ficto se consubstancia num mecanismo de preferência criado pela LC 123, com o intuito de oportunizar às microempresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP), que estejam classificadas dentro de uma certa margem, o oferecimento de nova proposta de preço inferior ao da melhor classificada, quando esta tenha sido apresentada por uma média ou grande empresa. “Para efetivar esta preferência, a lei cria uma ficção jurídica adotando um conceito legal de empate, diverso do seu conceito jurídico”.²

Vejamos os termos da LC 123/2006 a respeito:

“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.

§ 2º Na modalidade de pregão, o intervalo percentual estabelecido no § 1º deste artigo será de até 5% (cinco por cento) superior ao melhor preço.

Art. 45. Para efeito do disposto no art. 44 desta Lei Complementar,

²SANTOS, José Anacleto Abduch. *Licitações e o Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte*. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2015, p. 96.



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;

II - não ocorrendo a contratação da microempresa ou empresa de pequeno porte, na forma do inciso I do caput deste artigo, serão convocadas as remanescentes que porventura se enquadrem na hipótese dos §§ 1º e 2º do art. 44 desta Lei Complementar, na ordem classificatória, para o exercício do mesmo direito;

III - no caso de equivalência dos valores apresentados pelas microempresas e empresas de pequeno porte que se encontrem nos intervalos estabelecidos nos §§ 1º e 2º do art. 44 desta Lei Complementar, será realizado sorteio entre elas para que se identifique aquela que primeiro poderá apresentar melhor oferta.

§ 1º Na hipótese da não-contratação nos termos previstos no caput deste artigo, o objeto licitado será adjudicado em favor da proposta originalmente vencedora do certame.

§ 2º O disposto neste artigo somente se aplicará quando a melhor oferta inicial não tiver sido apresentada por microempresa ou empresa de pequeno porte.

§ 3º No caso de pregão, a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada será convocada para apresentar nova proposta no prazo máximo de 5 (cinco) minutos após o encerramento dos lances, sob pena de preclusão.” (grifou-se)

Sobre o tema, leciona Julieta Mendes Lopes Vareschini em sua obra sobre licitações e contratos no âmbito do Sistema “S”:

“O art. 44 da LC nº 123/2006 prevê que, em caso de empate, deverá ser dada preferência à contratação de microempresas e empresas de pequeno porte.



A Lei criou um mecanismo de empate, considerando as situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta melhor classificada, sendo que, na modalidade pregão, tal percentual será de 5% (cinco por cento). Em tal caso, impõe-se a preferência de contratação para essas empresas. Infere-se, portanto, que, na hipótese de empate (ficto), a microempresa ou empresa de pequeno porte não será, de plano, declarada vencedora do certame. O que a Lei prescreve é a possibilidade de a micro ou empresa de pequeno porte reduzir sua proposta em montante inferior ao apresentado pela licitante classificada em primeiro lugar. Por evidente, se a licitante melhor classificada for microempresa ou empresa de pequeno porte, tal critério não será aplicado, sendo ela declarada vencedora da licitação. Caso várias pequenas empresas se encontrem na margem de 10%, ou 5% para o pregão, a preferência será da melhor classificada. Por fim, o § 3º prevê que, em caso de pregão, o lapso temporal para a microempresa ou empresa de pequeno porte, melhor classificada, apresentar nova proposta será de, no máximo, 5 (cinco) minutos *após o encerramento dos lances*, sob pena de preclusão”.

Nota-se, portanto, que, no pregão, o direito de preferência é aplicável **somente depois de concluída a fase de lances**, e não quando da apresentação das propostas escritas.

Como a LC nº 123/2006 não prevê qual será o prazo máximo para apresentação de nova proposta para modalidades diversas do pregão, caberá ao ato convocatório regulamentar a questão, considerando-se sempre a complexidade do objeto licitado.”³(grifou-se)

No pregão, portanto, o empate ficto deveria ser verificado após a conclusão da fase de lances, momento em que o pregoeiro deve promover a classificação dos proponentes, verificando se a melhor colocada se enquadra ou não como ME ou EPP e se é o caso de aplicação do empate ficto, o qual se configura naquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 5% superiores à proposta mais bem classificada (e apresentada por uma média ou grande empresa). Nesse caso, a ME ou EPP mais bem classificada terá o direito de apresentar, dentro do prazo de cinco minutos, nova proposta de preço inferior à primeira colocada. Nas palavras de Marçal

³WARESCHIINI, Julieta Mendes Lopes. *Licitações e Contratos no Sistema “S”*. 7. ed. Curitiba: Editora JML, 2017, p. 597-599.





Justen Filho, “será facultado à microempresa ou empresa de pequeno porte formular lance de desempate”.⁴

Considerando que no pregão, além da fase de lances, existe a possibilidade de o pregoeiro negociar⁵ com o licitante melhor classificado uma redução de preços em sua proposta, com vistas a obter valores mais vantajosos à entidade contratante, deve-se alertar que tal negociação apenas deverá ocorrer após a concessão do direito de preferência à ME ou EPP, a fim de que esse direito não reste inviabilizado, como bem explica José Anacleto Abduch Santos:

“Nos pregões eletrônico e presencial, as normas de regência estabelecem’ que o pregoeiro possa negociar diretamente com o licitante vencedor do certame para tentar obter preço melhor. Tal se dá com orientação ao princípio da vantajosidade. Ao possibilitar a negociação, a lei procura conferir ao pregoeiro um instrumento para obter a melhoria da proposta
sagrada
vencedora.

⁴JUSTEN FILHO, Marçal. *Pregão. Comentários à legislação do pregão comum e eletrônico*. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Dialética, 2013, p. 114.

⁵“Nas licitações realizadas mediante pregão, constitui poder-dever da Administração a tentativa de negociação para reduzir o preço final do contrato, tendo em vista a maximização do interesse público em obter-se a proposta mais vantajosa, mesmo que eventualmente o valor da oferta tenha sido inferior à estimativa da licitação (art. 24, §§ 8º e 9º, do Decreto 5.450/05). Ainda na Representação formulada por sociedade empresária acerca de pregão eletrônico promovido pela Funasa, destinado à contratação de central de serviços (*servicedesk*) para a manutenção de equipamentos, atendimento e suporte técnico remoto e presencial aos usuários dos ativos de tecnologia da informação, a representante apontara, entre outras irregularidades, a ausência de negociação com a licitante vencedora. Questionada sobre a realização, por meio do sistema, de negociação com a licitante vencedora a fim de obter melhor proposta, nos termos do art. 24, §§ 8º e 9º, do Decreto 5.450/05, a Funasa respondera não ter procedido à negociação, alegando em sua defesa que, ‘de acordo com os dispositivos legais mencionados, não existe obrigatoriedade de que a pregoeira realize negociação com a licitante que ofereceu menor preço, desde que esse preço esteja abaixo do valor estimado para a contratação’. Ao analisar o ponto, o relator rebateu essa tese, ressaltando que ‘no pregão, constitui poder-dever da Administração a tentativa de negociação para reduzir o preço final, tendo em vista a maximização do interesse público em obter-se a proposta mais vantajosa, mesmo que eventualmente o valor da oferta tenha sido inferior à estimativa da licitação. Nesse sentido, os Acórdãos 3.037/2009 e 694/2014, ambos do Plenário’. Confirmada a falha, o Tribunal, alinhado ao voto do relator, decidiu dar ciência à Funasa da irregularidade relativa à ‘não realização, por meio do sistema, de negociação com a licitante vencedora a fim de obter melhor proposta, em afronta ao art. 24, §§ 8º e 9º, do Decreto 5.450/2005, e à jurisprudência do TCU, conforme Acórdãos 3.037/2009 e 694/2014, ambos do Plenário’. Acórdão 2637/2015-Plenário, TC 013.754/2015-7, relator Ministro Bruno Dantas, 21.10.2015.” TCU. Informativo de Licitações e Contratos 264/2015.



A negociação, contudo, não pode produzir o efeito de retirar dos licitantes ME ou EPP o direito de preferência, conclusão a que se chega pela interpretação sistemática da norma que preceitua a possibilidade da negociação.

A negociação deve, pois, se dar somente após o exercício do direito de preferência pela ME ou EPP em situação de empate ficto.

É que, sagrada vencedora licitante não enquadrada e realizada a classificação final da disputa, a negociação com a primeira colocada antes de ofertar às licitantes enquadradas o direito de preferência pode significar o cerceamento dela, na medida em que a primeira colocada poderia reduzir o seu preço para escapar dos limites que determinam a situação jurídica de empate ficto.

Assim, concluída a disputa, classificam-se as propostas. Identificam-se as empresas eventualmente em situação de empate ficto, se a primeira colocada não for ME ou EPP (caso em que lhe será adjudicado o objeto, se vencidos os requisitos do edital). Possibilita-se o exercício do direito de preferência, para somente depois de vencida esta etapa e identificado o efetivo vencedor do certame, propor a negociação.”⁶

Na mesma linha, a seguinte sinalização do TCU:

“[VOTO]

Embora no presente caso não tenha havido a participação das empresas coligadas no mesmo certame, resta caracterizado o usufruto indireto dos benefícios previstos na Lei Complementar 123/2006 por uma empresa de maior porte (Fast Security), utilizando uma EPP (Fast Help), que deles não necessita.

A Fast Help Informática Ltda. – EPP foi a vencedora dos grupos 1 e 2, do Pregão Eletrônico 5/2016, promovido pela AGU, com o lance de R\$ 2.895.025,78 para o primeiro grupo e de R\$ 1.270.548,08 para o segundo (peça 2, p. 107).

A empresa DFTI apresentou lance de R\$ 3.021.500,00 para o grupo 1 e de R\$ 1.296.160,00 para o grupo 2 (peça 23, p. 9), ou seja, dentro do limite de 5% previsto no artigo 44, §2º, da Lei Complementar

⁶SANTOS, José Anacleto Abduch. *Licitações...*, p. 102.





123/2006, para a ocorrência de “empate ficto”. Caso a Fast Help não ostentasse a qualidade de EPP no aludido certame (art. 45, §2º, da LC 123/06), tanto a empresa DFTI, como outra ME ou EPP, desde que posicionada no intervalo de 5% acima da proposta vencedora, poderia ser chamada para ofertar valor inferior ao menor lance.

Portanto, ao contrário do que argumenta a Fast Help, é perfeitamente possível uma ME ou EPP classificada em terceiro lugar no grupo ser chamada a apresentar lance vencedor, desde que respeitada a ordem de classificação, nos termos do artigo 45, da Lei Complementar. Assim, não há dúvidas de que a Fast Help se beneficiou, efetivamente, de sua condição de EPP no certame.

Essa sociedade argumenta, ainda, que a sua proposta negociada representa uma economia de 8,19% em relação à apresentada pela representante no grupo 1 (peça 52, p. 11). Todavia, a verificação da ocorrência do “empate ficto” (art. 44, §§1º e 2º, LC 123/06) deve considerar os melhores lances dados antes da negociação, em respeito ao princípio da isonomia.

Corrobora esse entendimento a norma prevista no artigo 45, §3º, da Lei Complementar 123/2006, no sentido de que, em um pregão, a ME ou EPP mais bem classificada deve apresentar lance vencedor no prazo máximo de 5 minutos após o encerramento dos lances, antes, portanto, da negociação com o pregoeiro.”⁷ (grifou-se)

Diante de todo o exposto, nos termos da fundamentação supra, a qual passa a integrar esta decisão, decido:

I) Pelo conhecimento e processamento do presente recurso, e por retificar a referida decisão proferida na ata da sessão pública;

⁷TCU. Acórdão 2992/2016. Plenário.





II) Pelo refazimento de nova fase de lances;

III) Por derradeiro, pelo envio dos autos à Autoridade Superior para decisão final, nos termos do § 4º do art. 109 da Lei 8.666/93.

Pouso Alegre/MG, 15 de Julho de 2019.


Derek William Moreira Rosa
Pregoeiro