

Prefeitura Municipal de São Carlos

Equipe de Apoio ao Pregão Presencial

ATA DE JULGAMENTO - PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 28954/2017

PREGÃO PRESENCIAL Nº 01/2018

Aos 12 (doze) dias do mês de julho do ano de 2018, às 16h00, reuniu-se na Sala de Licitações, a Equipe de Apoio ao Pregão Presencial, para deliberar sobre o “Recurso Administrativo” interposto pela empresa **TERRA PLANA – LOCAÇÃO E SERVIÇOS EIRELLI**, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no Cadastro Nacional das Pessoas Jurídicas – CNPJ/MF sob nº 07.581.694/0001-47, estabelecida na Rua 34 nº 1410 – Distrito Industrial – Orlandia - SP, denominada simplesmente licitante, protocolado nesta Administração às 14:47 hs de 10/07/2018, relativo ao Pregão Presencial em epígrafe, cujo objeto é a CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE MANUTENÇÃO E CONSERVAÇÃO DE VIAS PÚBLICAS, PARQUES, JARDINS E OUTROS LOGRADOUROS, no município de São Carlos.

Inicialmente, cabe apreciarmos os requisitos de admissibilidade dos referidos recursos, ou seja, apreciar se os mesmos foram interpostos dentro dos prazos e condições estabelecidas para tal.

Desta forma, a Lei Federal 10.520/2002, em seu artigo 4, inciso XVIII, dispõe:

*“**declarado o vencedor**, qualquer licitante poderá manifestar imediata e motivadamente a intenção de recorrer, quando lhe será concedido o prazo de 3 (três) dias para apresentação das razões do recurso, ficando os demais licitantes desde logo intimados para apresentar contrarrazões em igual número de dias, que começarão a correr do término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos autos”*

E o Edital:

“12. DA IMPUGNAÇÃO E DOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS

12.1. As impugnações e recursos somente serão analisados se protocolados na Divisão de Apoio a Procedimentos Licitatórios, à Rua Episcopal, nº 1.575, 3º andar - Centro, das 9h às 12h e das 14h às 17h.

[...]

12.3. Impugnações e recursos deverão ser protocolados na Divisão de Apoio a Procedimentos Licitatórios, à Rua Episcopal, nº 1.575, 3º andar - Centro, das 9h às 12h e das 14h às 17h.

12.3.1. Não serão conhecidas as impugnações e recursos apresentados fora do prazo legal, subscrito por representante não habilitado legalmente, ou não identificado no processo para responder pelo proponente.”

Referido procedimento licitatório não teve ainda empresa declarada vencedora. Portanto, o Recurso apresentado, embora convergente aos termos do Edital, torna-se intempestivo.

Mesmo assim, a Equipe de Apoio ao Pregão Presencial, pelo amor ao debate e para que sejam dirimidas quaisquer dúvidas acerca do tema em tela, irá analisar seu conteúdo, primando pela celeridade do procedimento e pela observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração, além da supremacia do interesse público, 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.

Prefeitura Municipal de São Carlos

Equipe de Apoio ao Pregão Presencial

Em síntese, a empresa TERRA PLANA alega que houve equívoco na interpretação da legislação por parte da Equipe de Apoio ao Pregão Presencial, que entendeu, diante da inabilitação da empresa AMX, melhor classificada no procedimento, que referida licitação retornaria à condição de empate ficto, qual seja aquela onde há previsão legal sobre o direito de preferência às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, conforme Lei Complementar 123/2006.

Da análise da Equipe de Apoio:

Embora ainda existam aparentes discussões sobre o tema, esta Equipe entende, com sólida base na legislação, além da consolidada e respeitável doutrina e jurisprudência abundante, todos convergentes à mesma linha de raciocínio, que a condição de empate ficto ora em debate deve ser retomada caso o primeiro classificado seja inabilitado, tendo em vista que sua proposta deixa de fazer parte do procedimento.

Nesta situação, em sendo a empresa melhor classificada inabilitada, conseqüentemente sua proposta deixa de ter validade, pois não se presta à contratação e, conseqüentemente, não deve servir de parâmetros a quaisquer comparativos, senão vejamos:

“LEI COMPLEMENTAR Nº 123, DE 14 DE DEZEMBRO DE 2006

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;

*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;”*

Aplicando-se uma interpretação sistemática da legislação, conforme determina a hermenêutica jurídica, esta Administração não verifica contradições na postura adotada com as normas vigentes, entendo que a partir do momento em que a proposta considerada habilitada e vencedora foi inabilitada e excluída do certame, esta proposta torna-se nula, não servindo de parâmetros para os próximos atos decorrentes no procedimento licitatório. Neste sentido, temos a Jurisprudência abaixo citada:

“A tese sufragada na sentença, de que, mesmo desclassificada, a proposta ofertada pela 1ª colocada, há de ser considerada como paradigma, por espelhar o melhor preço, não prevalece, pois, tal como declinado pelo Parquet, a melhor proposta é ‘aquela apresentada pela empresa apta a contratar, e não a de empresa que foi expurgada do certame (...)’. Como preconizado na lei, a situação de empate leva em conta a ‘proposta mais bem classificada’ (art. 44, § 1º), abstraindo-se aquelas desclassificadas. (TRF 5ª Região, Apelreex nº 0009228-03.2010.4.05.8300, Rel. Des. Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria, j. em 18.08.2011.)

DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO MODALIDADE PREGÃO. MICROEMPRESA LICITANTE. EMPATE FICTO (ART. 44 E 45 LC 123/06) ENTRE DUAS CONCORRENTES HABILITADAS. DIREITO SUBJETIVO À OFERTA DE LANCE VERBAL.

[...]

Prefeitura Municipal de São Carlos

Equipe de Apoio ao Pregão Presencial

b) A verificação da ocorrência de empate ficto deve considerar as propostas “regulares”, isto é, de licitantes que podem, efetivamente, ter o objeto do contrato adjudicado para si, conhecíveis, portanto, somente após o julgamento dos recursos eventualmente interpostos contra seus credenciamentos ou habilitações.

c) A exclusão definitiva de 7 das 9 licitantes por força de acolhimentos de recurso **implica na desconsideração, para quaisquer fins, dos lances por elas ofertados, não havendo que se falar em preclusão da fase de lances verbais para superação de empate ficto** só porque, antes da exclusão dos “irregulares”, não se configurara tal hipótese”(grifo nosso) (TJ-PR - AI: 12109825 PR 1210982-5 (Acórdão), Relator: Leonel Cunha, Data de Julgamento: 21/10/2014, 5ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 1452 11/11/2014)

“[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 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).[...].” (grifo nosso) TCU. Acórdão 2992/2016. Plenário.

O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo manifesta-se em um artigo, conforme segue:

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO ARTIGO

LEI COMPLEMENTAR Nº 147/14:

O fortalecimento do tratamento diferenciado dispensado às microempresas e às empresas de pequeno porte nas compras públicas

* Claudine Corrêa Leite Bottesi

É importante lembrar que o “empate ficto”, previsto nos artigos 44 e 45, foi o único benefício que não sofreu qualquer alteração pela Lei Complementar nº 147/2014 e, por esta razão, não será objeto de análise mais aprofundada neste texto. Porém, para que se compreenda toda a gama de mecanismos, é válido retomar brevemente seu conceito.

Prefeitura Municipal de São Carlos

Equipe de Apoio ao Pregão Presencial

É o que rezam os artigos 44 e 45:

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, 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.

Este benefício é aquele que possibilita as MPEs apresentarem nova proposta, após o encerramento da disputa, caso os preços sejam iguais ou até 10 % superiores a proposta do licitante melhor classificado. No caso dos pregões a possibilidade de efetuar um lance de desempate se verifica quando essa margem for igual ou até 5% superior à proposta de melhor preço.

Na prática, após a abertura de propostas de preço, ou no final de etapa de lances, a Administração Pública deverá verificar se alguma MPE está no intervalo de valor que lhe garante o benefício, devendo ser conferida oportunidade para que apresente oferta de menor valor.

Ainda neste diapasão, temos os seguintes artigos:

FASE DE LANCES E O BENEFÍCIO DO DESEMPATE FICTO CONCEDIDO ÀS ME/EPP/DEMAIS BENEFICIADOS LC 123

Terminada a etapa competitiva de lances verbais, se a proposta de menor valor pertencer a Microempresa ou Empresa de Pequeno Porte/outro beneficiado da LC 123, segue-se normalmente o pregão para a fase de negociação e habilitação desta primeira colocada, não existindo, neste caso, a fase de empate/desempate ficto.

Prefeitura Municipal de São Carlos

Equipe de Apoio ao Pregão Presencial

Entretanto, se o vencedor provisório for empresa comum a Administração verificará se existem Microempresas ou Empresas de Pequeno Porte ou demais beneficiados da LC 123 cujas ofertas estejam no limite superior de até 5% ao da 1ª classificada.

*De notar que a fase de empate/desempate ficto deve ser efetuada ANTES da fase de negociação. Isso porque, caso o pregoeiro negocie com o primeiro classificado (média ou grande empresa) antes de verificar a ocorrência de empate ficto, por lógica, o proponente negociará nova oferta que situe seu valor em intervalo superior aos 5%, frustrando o benefício de empate/desempate ficto da LC 123/06. **Licitação: definição de Empate Ficto Publicado em julho 25, 2012 por Portal de Licitações na categoria MPE's, Questões sobre Licitações com Nenhum comentário em Licitação: definição de Empate Ficto***

O que é empate ficto e como pode ser aplicado?

É a faculdade que as MEs e EPPs possuem num certame licitatório de apresentar uma nova proposta, após o encerramento da disputa, caso a proposta destas sejam iguais ou até 10 % (ou 5% para pregões) superiores a proposta da licitante mais bem classificada.

Pelo exposto, a Equipe de Apoio ao Pregão Presencial decide manter sua posição, entendendo ser o recurso ora apresentado, além de INTEMPESTIVO, IMPROCEDENTE pelos fatos e razões acima expostas e sugere ao Senhor Prefeito, novamente, a ratificação desta decisão.

ROBERTO C. ROSSATO

Pregoeiro

HÍCARO LEANDRO ALONSO

Membro

FERNANDO JESUS ALVES DE CAMPOS

Membro