

P R E F E I T U R A
CARMO
C i d a d e B e l a

**PROCURADORIA
GERAL**

Processo Administrativo nº: 004776/2023

Concorrência nº: 0003/2023

Protocolo nº: 7395/2023

Assunto: Recurso Administrativo

Data: 25/09/2023

PARECER

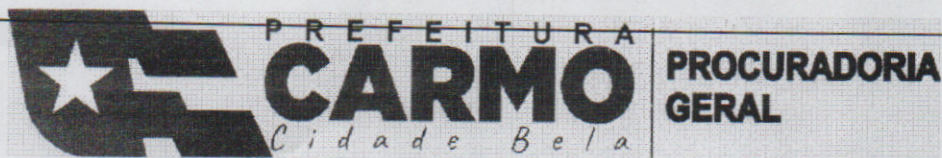
O Presidente da CPL solicita parecer desta Procuradoria sobre a análise jurídica do recurso administrativo apresentado pela empresa TECHSTEEL LTDA, inscrita no CNPJ sob o nº 20.513.555/0001-44 objetivando a classificação de sua proposta em detrimento da empresa MPE ENGENHARIA E SERVIÇOS S/A, inscrita no CNPJ sob o nº 04.743.858/0001-05, tendo em vista ser a mesma Microempresa e por isto, goza do benefício do empate ficto previsto na Lei Complementar 123/2006, tendo apresentado proposta de preços cobrindo a da empresa vencedora, bem como, olicita a inabilitação da empresa MPE ENGENHARIA E SERVIÇOS S/A pelo descumprimento ao item nº 11.1.1 do edital sob o argumento de que não apresentou planilha analítica e nem a curva ABC, deixando, portanto, de apresentar a Planilha de Composições de Preços Unitários.

A empresa MPE ENGENHARIA E SERVIÇOS S/A foi intimada para apresentação das derradeiras Contrarrazões, tendo apresentado tempestivamente suas razões, sob o argumento de preclusão do prazo para apresentação da proposta de preços junto ao recurso, além de refutar o argumento de não apresentação de planilha analítica de custos.

É o brevíssimo relatório.

End.: Praça Princesa Isabel, Número: 91, Bairro: Centro. Cidade: Carmo-RJ.
CEP: 28640-000 | Telefone: (22) 2537-0008

MUNICÍPIO DO CARMO
Daniel De Castro Soares
Procurador Geral do Município
Port. n° 001/2021



I - CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Prefacialmente, é preciso lembrar que esta manifestação toma por base, exclusivamente, os elementos que constam, até a presente data, nos autos do processo administrativo em epígrafe.

Incube a esta Procuradoria prestar consultoria sob o prisma estritamente jurídico, não lhe competindo adentrar à conveniência e à oportunidade dos atos praticados no âmbito do Administração Pública Municipal, nem analisar aspectos de natureza eminentemente técnica ou administrativa.

II - FUNDAMENTOS:

Compulsando os autos e após criteriosa análise das matérias em discussão, conclui-se pelo conhecimento e provimento em parte do recurso interposto pela recorrente.

O recurso administrativo fora interposto no prazo e na forma prescrita em lei, tal como previsto no artigo 109, inciso I, letra "a" da Lei nº 8.666/93, pelo que deve ser conhecido.

A primeira irresignação da recorrente diz respeito ao fato de que na fase de julgamento das propostas da Concorrência nº 0003/2023 não foi aplicada a regra da Lei Complementar nº 123/06, que trata sobre o regime diferenciado dispensado às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte.



P R E F E I T U R A
CARMO
C i d a d e B e l a

**PROCURADORIA
GERAL**

Nesse comenos, a controvérsia gira em torno da regra do tratamento diferenciado que deve ser oferecido às microempresas e empresas de pequeno porte, de acordo com a legislação vigente, em especial a Lei Complementar nº 123/06, alterada pela Lei Complementar nº 147/14, que passou a considerar como obrigatório o "tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte.

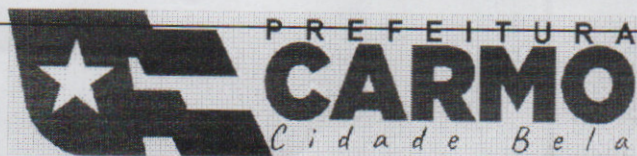
No caso em comento, a empresa recorrida, apresentou a proposta de R\$ 2.140.302,52 (dois milhões cento e quarenta mil trezentos e dois reais e cinquenta e dois centavos). Já a recorrente, apresentou a proposta de R\$ 2.247.693,12 (dois milhões duzentos e quarenta e sete mil seiscentos e noventa e três reais e doze centavos).

Assim sendo, apresentou a porcentagem de 5,02% maior que ao valor da proposta da recorrida.

A questão do empate ficto é determinada pela legislação e de prática obrigatória nos certames. O critério de desempate a ser utilizado dever ser o previsto nos arts. 44 e 45 da LC nº 123/2006 , em que se dá preferência para a contratação de ME e EPP.

"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

**PROCURADORIA
GERAL**

**10% (dez por cento) superiores à proposta
mais bem classificada." (Destaquei)**

No entanto, compulsando os autos, verifica-se que o Presidente da CPL deixou de aplicar o art. 44, §1º da LC nº 123/2006.

Com razão a recorrente, pois o tratamento diferenciado previsto na norma possibilita o oferecimento de uma proposta financeiramente mais favorável pela micro e pequena empresa, nos termos do art. 44, §§ 1º e 2º, dando a esta a oportunidade de cobrir a oferta apresentada por empresa não beneficiada pela norma.

A LC nº 123/2006, que instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, foi editada com o intuito de beneficiar as microempresas e empresas de pequeno porte. Portanto, a interpretação das suas disposições deve ser feita de modo a viabilizar a interpretação mais favorável às MEs e EPPs, inclusive em homenagem ao princípio insculpido no artigo 170, inciso IX, da Constituição Federal ("tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País").

É inconteste que a preferência legal cunhada no art. 44 da Lei Complementar nº 123/2006 pode ser invocada por ME e EPP quando ocorrer o chamado empate ficto entre as propostas.



**PROCURADORIA
GERAL**

O Tribunal de Contas de Minas Gerais, além disse entender pelo auto-aplicabilidade do Benefício:

“REPRESENTAÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO DE LICITANTE EM DESACORDO COM A NORMA LEGAL. POSSIBILIDADE DE AS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE COMPROVAREM REGULARIDADE FISCAL NO ATO DA CONTRATAÇÃO. AUDIÊNCIAS. REJEIÇÃO DE RAZÕES DE JUSTIFICATIVA. MULTA. DETERMINAÇÕES. CIÊNCIA AOS INTERESSADOS. Os privilégios concedidos às microempresas e empresas de pequeno porte por força dos arts. 42 e 43 da Lei Complementar n. 123/2006 independem da existência de previsão editalícia, sendo de observância obrigatória pela Administração, quando se deparar com situação fática que se subsume aos comandos normativos em destaque (TCU. Acórdão 2505/2009 – Plenário. Min. Rel. Augusto Nardes, Sessão 28/10/2009). [...] 16. Outro aspecto abordado pela Representante é a ausência de previsão, no instrumento convocatório, de cláusulas que concedam às microempresas e empresas de pequeno porte os benefícios contidos em seu Estatuto (Lei Complementar n. 123/2006). 17. Os arts. 42 a 49 daquele diploma legal estabelecem disposições diferenciadas para a participação em licitações de entidades empresariais caracterizadas como microempresas e empresas de pequeno porte. [...] 18. Depreende-se, da leitura do trecho supracitado, não ser facultativa a aplicação de tais dispositivos, em oposição àqueles previstos nos arts. 47 e 48 daquela lei, disciplinados pelo art. 49 do mesmo diploma. Nesse caso, sim, considera-se facultativa à Administração a adoção dos procedimentos disponibilizados pelo Estatuto, ficando obrigada aquela, caso opte por utilizá-los, a mencioná-los expressamente no



P R E F E I T U R A
C A R M O
C i d a d e B e l a

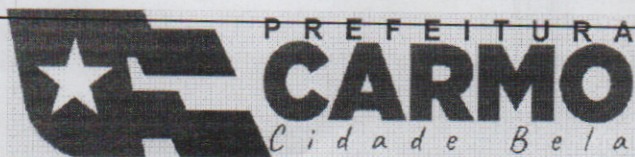
**PROCURADORIA
GERAL**

instrumento convocatório. [...] 19. Apesar da ausência de previsão editalícia de cláusulas que concedam a estas categorias de empresas os benefícios previstos nos arts. 45 e 46 da lei supradita, não há impedimentos para a aplicação dos dispositivos nela insculpidos. 20. Tais disposições, ainda que não previstas no instrumento convocatório, devem ser seguidas, vez que previstas em lei. Cometerá ilegalidade o Sr. Pregoeiro caso, no decorrer do certame, recuse-se a aplicá-las, se cabíveis. 21. Não se vislumbra, deste modo, a necessidade de inclusão, no edital, destes dispositivos, conforme requerido pela Representante (TCU. Acórdão 702/2007 – Plenário. Min. Rel. Benjamin Zymler, Sessão 25/04/2007).

A Advocacia-Geral da União também frisa esse posicionamento em sua Orientação Normativa n. 07 de 01/04/2009: *“O tratamento favorecido de que tratam os arts. 43 a 45 da Lei Complementar n. 123, de 2006, deverá ser concedido às microempresas e empresas de pequeno porte independentemente de previsão editalícia.”*

Com base nisso, entende-se pela ausência de preclusão da oferta da proposta de preços, eis que o Presidente da CPL sequer reconheceu na sessão a flagrante existência de empate ficto, sendo desnecessário, inclusive, a previsão, no ato convocatório da licitação, dos benefícios dispostos nos arts. 42-45 da LC n. 123/06, em razão de sua auto-aplicabilidade.

Assim o Município não pode optar por não aplicar o benefício. Além de ser cabível o empate ficto na forma da LC 123/06, não houve prejuízo a administração, mas sim equívoco do Presidente da CPL, que não se atentou

**PROCURADORIA
GERAL**

para a hipótese de empate ficto, ocasião em que a ME ou EPP mais bem classificada podará apresentar proposta de preço inferior àquela de menor valor até então obtida, passando a ser a primeira classificada (art. 45, inc. I).

No pregão, as análises relativas ao empate ficto e a concessão do direito de preferência devem ser realizadas ao final da etapa de lances. O procedimento encontra-se estabelecido no § 3º do art. 45 da LC nº 123/2006, segundo o qual:

“Art. 45. Para efeito do disposto no art. 44 desta Lei Complementar, ocorrendo o empate, proceder-se-á da seguinte forma:

§ 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.”

Entretanto, estamos diante de certame na modalidade Concorrência, inaplicável o instituto da preclusão após o encerramento dos ‘lances’. Pois, na Concorrência, não existe lances e, o próprio dispositivo acima – ainda que fosse pregão – prevê a necessidade da microempresa ser convocada para apresentação de nova proposta, o que, de fato, não foi feita a convocação da recorrente para a apresentação de nova proposta, diante da ausência de reconhecimento do empate ficto pela Comissão.



P R E F E I T U R A
CARMO
C i d a d e B e l a

**PROCURADORIA
GERAL**

Ademais, o fato da licitante enquadrada na condição de ME ou EPP não ter exercido o direito de preferência com a oferta de proposta de preços menor durante a sessão não pode, por si só, retirar-lhe o direito, pois, repita-se, não houve o reconhecimento até então do empate ficto e sequer foi convocada pela administração para tal, não se mostrando aplicável, portanto, a lógica da preclusão consumativa.

Tanto a lei quanto a jurisprudência dizem que a ME/EPP tem a oportunidade de alterar sua proposta de preços quando esta não apresenta a menor proposta e tem diferença de até 10% (dez por cento) entre a menor proposta e a proposta da ME/EPP, e não há que se falar em preclusão de direito líquido e certo ao tratamento diferenciado, motivo pelo qual entendo caber razão à recorrente.

No que tange ao segundo argumento recursal de descumprimento pela recorrida ao item nº 11.1.1 do edital, o mesmo não merece prosperar, eis que a Recorrida apresentou devidamente a Planilha Orçamentária de Custos Unitários, atendendo aos critérios solicitados na cláusula editalícia, notadamente, os valores unitários, quantitativos, valor total, BDI, tendo apresentado a planilha de composição dos preços unitários, com discriminação de cada insumo nas composições.

Na planilha apresentada pela recorrida indica a curva ABC de insumos pode-se inferir a discriminação peso de determinado item em relação ao valor global do objeto na coluna "PESO"

O que se poderia considerar, eventualmente, é o fato de a planilha não apresentar o somatório total dos materiais e mão de obra, todavia - é



necessário mencionar - não há esta exigência no instrumento convocatório da licitação

A administração deve adotar o princípio do formalismo moderado. É irregular a desclassificação de proposta vantajosa à Administração por erro de baixa materialidade que possa ser sanado mediante diligência, por afrontar o interesse público.

III - DA CONCLUSÃO:

Por todo o exposto, em estrita observância aos demais princípios da Licitação, opinamos:

1.- pelo CONHECIMENTO do recurso interposto pela empresa TECHSTEEL LTDA, tendo em vista a sua tempestividade, para no MÉRITO, DAR PARCIAL PROVIMENTO, para reformar a decisão que não reconheceu a aplicação do tratamento protetivo destinado a recorrente, ora microempresa, no caso de empate ficto, de acordo com os art. 44 e 45 da LC 123/06, reconhecendo-se a nova proposta de valor apresentada pela recorrente com suficiente e apta, eis que o valor de R\$ 2.131.183,45 (dois milhões cento e trinta e um mil cento e oitenta e três reais e quarenta e cinco centavos) cobriu a oferta apresentada pela empresa-recorrida não beneficiada pela norma.



Este é o parecer, que se encaminha ao Presidente da CPL para prosseguimento no certame e para as providências que entender conveniente.

Salvo melhor juízo, é o Parecer, que ora submeto à apreciação superior.

DANIEL DE CASTRO SOARES

Procurador Geral do Município

Portaria nº 001/2021