

PARECER JURÍDICO n. 49/2022
PIMB 3868/2021

Imbituba, 3 de Março de 2022

EMENTA: Edital de Licitação nº 57/2021. Recurso Administrativo em face da habilitação de licitante. Contratação de empresa de engenharia especializada para a elaboração de laudo técnico conclusivo contendo diagnóstico, diretrizes e proposta de solução para a recuperação estrutural dos berços 1 e 2 do Porto de Imbituba.

Trata-se da análise de Recurso Administrativo interposto pela licitante **EXE ENGENHARIA LTDA (EXE)**, em face da decisão que Habilitou a empresa **INFRAS ENGENHARIA LTDA (INFRAS)**.

A recorrente alega que, após a desclassificação da proposta da empresa R. PEOTTA por inexecução, a pregoeira convocou a recorrente EXE para, nos termos dos itens 4.7.3 e 6.3 do Edital, apresentar uma nova oferta em condições mais vantajosas; que a Recorrente EXE ENGENHARIA enviou a sua melhor oferta proposta no que concerne ao preço, na mesma hora que a empresa INFRAS alegou que “conforme o item 4.5.3 do edital, considera-se empate se a diferença for de até 5% da 2ª colocada se esta for EPP; que a pregoeira definiu em desconsiderar a proposta já apresentada pela EXE e solicitou uma proposta mais vantajosa para a empresa INFRAS, alegando que, pelo sistema não ter convocado a ME/EPP automaticamente, foi solicitada uma proposta para EXE; Neste momento a negociação de preço foi realizada entre o pregoeiro e a empresa INFRAS, deixando-se a EXE de fora da disputa; que a proposta da recorrente EXE estaria rigorosamente em dia e, uma vez dada a oportunidade da empresa recorrente se manifestar o preço apresentado estaria dentro diferença superior à 5% da empresa EPP; que não houve empate; que se houvesse empate ficto e o sistema o identificado, deveria o pregoeiro solicitar imediatamente nova proposta à EXE, a teor do que ordena o item seguinte do Edital, o 4.5.3.1.2.

Em contrarrazões, a empresa INFRAS argumenta que, conforme se depreende do artigo 44, § 2º da LC 123/2006, o percentual de 5% deve ser considerado para o critério de desempate quando a ME ou a EPP apresentar proposta dentro desse percentual em relação a melhor proposta apresentada pela licitante mais bem colocado; que não há nova etapa de lances quando a ME ou a EPP vier a apresentar nova proposta de preços, quando lhe for permitido fazer isso por conta do empate técnico previsto no artigo 44; que os documentos de habilitação foram encaminhados dentro do prazo exigido pelo Edital em seu item 6.2.

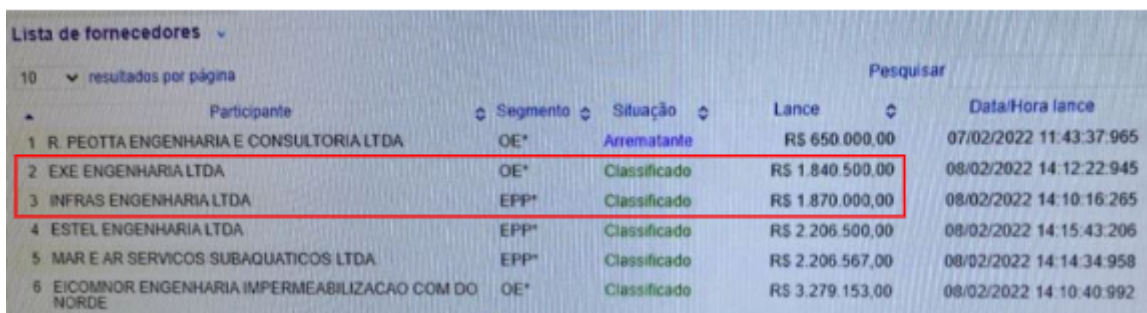
As peças foram protocoladas tempestivamente.

Em síntese, estes são os fatos.

Passo a analisar.

Não assiste razão à recorrente.

Primeiramente, cumpre esclarecer que empresa inicialmente classificada em 1º lugar, R. PEOTTA, desclassificada por inexecuibilidade da proposta, restando no certame as empresas EXE e INFRAS, em 2º e 3º lugares, respectivamente.



Participante	Segmento	Situação	Lance	Data/Hora lance
1 R. PEOTTA ENGENHARIA E CONSULTORIA LTDA	OE*	Arrematante	R\$ 650.000,00	07/02/2022 11:43:37.965
2 EXE ENGENHARIA LTDA	OE*	Classificado	R\$ 1.840.500,00	08/02/2022 14:12:22.945
3 INFRAS ENGENHARIA LTDA	EPP*	Classificado	R\$ 1.870.000,00	08/02/2022 14:10:16.265
4 ESTEL ENGENHARIA LTDA	EPP*	Classificado	R\$ 2.206.500,00	08/02/2022 14:15:43.206
5 MAR E AR SERVICOS SUBAQUATICOS LTDA	EPP*	Classificado	R\$ 2.206.567,00	08/02/2022 14:14:34.958
6 EICOMNOR ENGENHARIA IMPERMEABILIZACAO COM DO NORDE	OE*	Classificado	R\$ 3.279.153,00	08/02/2022 14:10:40.992

Nos termos da tabela acima, é possível observar que a diferença entre os lances foi de, aproximadamente, 1,6%, estando, desta forma, dentro da margem de 5%, caracterizando empate, conforme art. 44 da Lei Complementar nº 123/2006:

Art. 44. Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte. (Vide Lei nº 14.133, de 2021)

(...)

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

Neste momento, por encontrar-se a empresa INFRAS (ME/EPP) na condição de exercer o critério do desempate, o sistema Licitações-e deveria ter notificado imediatamente que havia necessidade de convocação de empresa ME/EPP, conforme previsão em edital:

4.5.3 - O sistema identificará automaticamente as empresas que se declararam como ME/EPP e examinará as situações de empate.

Após identificar empresa ME/EPP, em situação de empate, deveria oportunizar o desempate conforme art. 45, inciso I, da Lei Complementar 123/2006:

Art. 45. Para efeito do disposto no art. 44 desta Lei Complementar, ocorrendo o empate, proceder-se-á da seguinte forma: (Vide Lei nº 14.133, de 2021).

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;

[...]

Consta também do item 4.5.3.1.1 do Edital nº 057/2021:

4.5.3.1.1 - No caso de empate nos termos do subitem 4.5.3.1, o Pregoeiro oportunizará à ME ou EPP mais bem classificada apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame no prazo máximo de 5 (cinco) minutos após o encerramento dos lances, sob pena de preclusão, sendo que, exercida a oportunidade a que se

refere este subitem, sua proposta será classificada em primeiro lugar.

Ocorre que o sistema não notificou a condição. Fato este, que levou a não ser observado que havia empresa a ser convocada para o desempate, induzindo a pregoeira e a equipe de apoio a prosseguirem o certame passando à fase seguinte, qual seja, fase de negociação com a até então primeira colocada, empresa EXE, questionando a possibilidade de um novo lance em condições mais vantajosas para a mesma. Neste sentido, a empresa EXE ofertou um novo lance no valor de R\$ 1.700.000,00.

Porém, logo em seguida, a empresa INFRAS (ME/EPP), até então segunda colocada, alertou via chat do sistema, que estava na condição de exercer o direito de desempate, o que levou a Pregoeira a ter que desconsiderar a fase de negociação que estava em andamento com a empresa EXE e retornar a fase inicial onde deveria ter ocorrido, por força de lei, a aplicação do critério de desempate.

Importante salientar que a fase de negociação com a empresa EXE ainda estava em momento inicial e não havia gerado qualquer direito para a empresa EXE, podendo perfeitamente ser revista.

Ressalta-se que a Administração pode, e deve, quando for o caso, anular ou revogar seus próprios atos:

Súmula 473 - STF

A administração pode anular seus próprios atos, **quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos;** ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Diante da situação fica claro, neste sentido, que a única opção era desconsiderar a fase de negociação com a empresa EXE e corrigir o andamento do certame, o que foi perfeitamente possível visto que a negociação com a empresa EXE ainda estava em momento inicial e não havia como anteriormente abordado, gerado qualquer direito para a empresa.

Em contrapartida, a empresa EXE alega que, por ter ofertado o valor de R\$ 1.700.000,00, deveria ter sido afastada a necessidade de aplicação do critério de desempate.

Ocorre que, para proceder ao desempate, os valores considerados são os fixados imediatamente após o encerramento da fase de lances, conforme prevê o artigo 45 da Lei Complementar 123/2006:

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. (grifo nosso)

Os valores após o encerramento dos lances são respectivamente de R\$ 1.840.500,00 da empresa EXE e lance de R\$ 1.870.000,00 da empresa INFRAS, conforme registro da **classificação dos lances** no sistema.

Dessa forma, por força de lei, não poderia ser considerado o valor de R\$ 1.700.000,00, visto que este valor não é o valor registrado após o encerramento dos lances, como prevê a lei, e que este fora obtido em fase da negociação, a qual não deveria ter ocorrido sem que primeiramente houvesse o desempate, devendo ser desconsiderado até que se procedesse ao desempate.

Ressalta-se que, embora o sistema não tenha notificado e convocado automaticamente para exercer o desempate no momento que foi identificado que havia uma empresa ME/EPP em condições de empate, foi imediatamente realizada diligência na “Cartilha dos Compradores”, manual com instruções para utilização do sistema, disponível no site www.licitações-e.com.br, para saber como proceder e a situação foi esclarecida por meio da resposta à “Pergunta 21”, com a informação de que nestes casos:

O sistema só identifica automaticamente essas empresas na sala de disputa, ou seja, se a disputa já tiver encerrada e após esse momento haja desclassificação do primeiro lugar, e uma outra MPE/EP/COOP ainda se encontre em situação de empate, o pregoeiro deverá convocá-la, manualmente, via chat de mensagens, para oferta de novo lance. Ao proceder a desclassificação, o sistema, independente do critério da disputa, identificará a empresa segunda colocada como arrematante do processo.

Foi exatamente o que ocorreu no certame!

Por este motivo, o critério de desempate foi operacionalizado de forma manual via chat, convocando-se a empresa INFRAS, nos termos dos itens 4.5.3.1, 4.5.3.1.1 e das instruções da Cartilha dos Compradores do sistema de pregão eletrônico Licitações-e.

Aplicado o critério de desempate, a empresa INFRAS, até então segunda colocada, apresentou, nos termos do item 4.5.3.1.1 do Edital, proposta de preço inferior a até então considerada vencedora do certame, sendo que exercido a oportunidade do desempate, sua proposta passou a ser classificada em primeiro lugar, ensejando a desclassificação da proposta da empresa EXE, não por qualquer falha ou vício em sua proposta, mas por necessidade de classificar a proposta da empresa INFRAS (ME/EPP), em primeiro lugar.

Tal procedimento foi totalmente embasado nos itens do edital, conforme segue:

4.5.3.1 - Entende-se por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas por ME/EPP sejam iguais ou até 5% (cinco por cento) superiores à proposta mais bem classificada e desde que a melhor oferta inicial não seja de uma microempresa ou empresa de pequeno porte, conforme disposto na Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, **procedendo-se conforme segue:**

4.5.3.1.1 - No caso de empate nos termos do subitem 4.5.3.1, o Pregoeiro oportunizará à ME ou EPP mais bem classificada apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame no prazo máximo de 5 (cinco) minutos após o encerramento dos lances, sob pena de preclusão, **sendo que, exercida a oportunidade a que se refere este subitem, sua proposta será classificada em primeiro lugar.**

Quanto à questão do sigilo dos valores (Valor sigiloso X divulgação do valor - Art. 34 da Lei nº 13.303/2016), o edital em seu item 5.2 prevê:

“5.2 - O valor máximo aceitável para a execução total do objeto será sigiloso, em atendimento ao art. 34 da Lei Federal nº 13.303/2016, **podendo ser divulgado após o encerramento da etapa competitiva de lances, na fase de negociação.**”

Neste sentido, os valores podem ser divulgados ou não de acordo com a especificidade de cada negociação.

No caso concreto trazido no recurso onde indica que para a empresa R.PEOTTA o valor não foi divulgado, optou-se pelo sigilo uma vez que o valor ofertado pela empresa R. PEOTTA já estava dentro e inclusive muito abaixo do valor de referência não havendo necessidade da sua divulgação para o sucesso da negociação naquele momento, e, ainda, a proposta da R. PEOTTA apresentava indícios de inexecutabilidade, o que de fato conforme os autos se confirmou, a própria empresa R. PEOTTA desistiu de sua proposta confessando a inexecutabilidade da mesma, ocasionando inclusive sua desclassificação.

Já no caso da empresa INFRAS, após tentarmos por duas vezes a negociação sem divulgar o valor, a proposta ainda permaneceu consideravelmente acima do valor de referência, optou-se pela divulgação do para facilitar a negociação, sendo que neste momento a divulgação se mostrou vantajosa para o sucesso da negociação não havendo qualquer ilegalidade neste ato, estando totalmente embasado em previsão expressa no edital em seu item 5.2.

Quanto à suspensão da sessão sem aviso do horário do reinício: A Licitante EXE alega que, ao ser suspensa a sessão de Pregão Eletrônico, o mesmo não foi informado do horário de retorno. Ressalta-se que, no momento da reabertura do certame, as empresas foram prontamente informadas via chat do sistema e também via e-mail, tanto que logo na sequência a empresa EXE acessou o sistema e manifestou-se no chat, conforme pode ser observado no histórico da sessão. Portanto, participou ativamente de todas as etapas da sessão, não gerando desta, forma, qualquer prejuízo a empresa e ao certame como um todo.

Quanto ao envio dos documentos de habilitação após a fase de lances: A Licitante alega que, conforme Decreto n. 10.024/2019, os licitantes interessados serão obrigados a enviar a documentação antes da fase competitiva de disputa de lances, o que não teria ocorrido perante a empresa vencedora. Porém, o art. 47 do Decreto nº 10.024/2019 permite, tanto na fase de julgamento das propostas, quanto na habilitação, o pregoeiro sanar erros ou falhas que não alterem a substâncias das propostas, dos documentos e sua validade jurídica.

O art. 17, inciso VI, do mesmo normativo, enfatiza existir um dever para o pregoeiro nesse sentido.

Art. 17. Caberá ao pregoeiro, em especial:

VI - sanar erros ou falhas que não alterem a substância das propostas, dos documentos de habilitação e sua validade jurídica;

CAPÍTULO XIII

DO SANEAMENTO DA PROPOSTA E DA HABILITAÇÃO

Erros ou falhas

Art. 47. O pregoeiro poderá, no julgamento da habilitação e das propostas, sanar erros ou falhas que não alterem a substância das propostas, dos documentos e sua validade jurídica, mediante decisão fundamentada, registrada em ata e acessível aos licitantes, e lhes atribuirá validade e eficácia para fins de habilitação e classificação.

Ainda de acordo com Acórdão 1211/2021 – TCU:

Acórdão 1211/2021 Plenário (Representação, Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues) Licitação. Habilitação de licitante. Documentação. Documento novo. Vedação. Definição. A vedação à inclusão de novo documento, prevista no art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993 e no art. 64 da Lei 14.133/2021 (nova Lei de Licitações), não alcança documento ausente, comprobatório de condição atendida pelo licitante quando apresentou sua proposta, que não foi juntado com os demais comprovantes de habilitação e da proposta, por equívoco ou falha, o qual deverá ser solicitado e avaliado pelo pregoeiro.

Por fim, conforme extrai-se do Edital:

6.1 - Encerrada a etapa de lances da sessão pública, ou da eventual negociação, será verificado o atendimento das condições de habilitação do Licitante que tiver formulado a proposta melhor classificada.

6.2 - A empresa melhor classificada deverá encaminhar, via sistema Licitações-e, os documentos de habilitação elencados no Edital, em até 1 (uma) hora após a convocação pelo Pregoeiro. (Grifo nosso)

Os documentos de habilitação da empresa vencedora foram solicitados às 17h18 e foram enviados via sistema dentro do horário estabelecido, conforme registrado no sistema e, portanto, em pleno atendimento às condições estabelecidas no Edital.

Registro do horário de solicitação dos documentos de habilitação:

08/02/2022 17:14:56:170	PREGOEIRO	Procederemos a verificação da regularidade dos documentos de habilitação.
08/02/2022 17:18:52:372	PREGOEIRO	Nos termos do item 6.2 solicitamos o envio dos documentos de habilitação.

Registro do horário de envio dos documentos de habilitação pela empresa INFRAS:



Download dos anexos da proposta

Licitação [nº 914587]

Fornecedor [INFRAS ENGENHARIA LTDA]

Lista de anexos da proposta

10 resultados por página

Data e Hora de inclusão	Nome do arquivo	Ação
08/02/2022 18:17:01	ACERVO3.ZIP	download
08/02/2022 18:16:49	ACERVO2.ZIP	download
08/02/2022 18:16:39	ACERVO1.ZIP	download
08/02/2022 18:03:25	DECLARACOES.ZIP	download
08/02/2022 17:44:51	CERTIDAO.ZIP	download
08/02/2022 17:34:12	CREA.ZIP	download
08/02/2022 17:33:29	ECONOMICA.ZIP	download
08/02/2022 17:32:30	FISCAL.ZIP	download
08/02/2022 17:30:32	JURIDICA.ZIP	download
08/02/2022 17:27:58	PROPOSTA_PRECO.ZIP	download

Mostrando de 1 até 10 de 10 registros

Ante o exposto, este Departamento Jurídico **opina pela improvimento do Recurso Administrativo em exame.**

Cabe registrar que a presente manifestação toma por base, exclusivamente, os elementos que constam, até a presente data, dos autos do processo administrativo em epígrafe.

Destarte, à luz do art. 131¹ da Constituição Federal de 1988 e do Artigo 8^o do Regulamento Interno de Licitações, incumbe a esta Gerência Jurídica prestar consultoria

¹ CF/88, DA ADVOCACIA PÚBLICA, Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de **consultoria** e **assessoramento jurídico** do Poder Executivo.

² Art. 8^o. As minutas de editais de licitação, bem como dos instrumentos contratuais, serão previamente examinadas e aprovadas pela Área Jurídica da SCPAR Porto de Imbituba.

(...)

sob o prisma estritamente jurídico, não lhe competindo imiscuir-se na conveniência ou na oportunidade dos atos praticados no âmbito da Diretoria ou de qualquer outro aspecto técnico dos demais setores desta Estatal.

É o parecer.

JOSÉ FRANCISCO PORTO

Advogado
OAB/SC 44.198

§2º A análise jurídica tem por finalidade abordar o preenchimento dos requisitos legais autorizadores para a prática do ato em exame, sendo-lhe **incabível adentrar no mérito técnico quando este houver sido aprovado por quem de direito.**



Assinaturas do documento



Código para verificação: **N0QD373Y**

Este documento foi assinado digitalmente pelos seguintes signatários nas datas indicadas:



JOSÉ FRANCISCO PORTO (CPF: 010.XXX.380-XX) em 03/03/2022 às 14:50:06

Emitido por: "SGP-e", emitido em 26/02/2019 - 10:27:57 e válido até 26/02/2119 - 10:27:57.

(Assinatura do sistema)

Para verificar a autenticidade desta cópia, acesse o link <https://portal.sgpe.sea.sc.gov.br/portal-externo/conferencia-documento/UEINQI8xMzc3MV8wMDAwMzg2OF8zODY4XzlwMjFtjBRRDM3M1k=> ou o site

<https://portal.sgpe.sea.sc.gov.br/portal-externo> e informe o processo **PIMB 00003868/2021** e o código **N0QD373Y** ou aponte a câmera para o QR Code presente nesta página para realizar a conferência.