Fls. 752

Câmara Municipal Jundiaí SÃO PAULO

PREGÃO PRESENCIAL Nº 07/22 - PROCESSO Nº 88.418

DELIBERAÇÃO

Considerando o recurso interposto pela licitante VISUAL SISTEMAS ELETRÔNICOS LTDA. contra a HABILITAÇÃO da licitante IT SISTEMAS ELETRÔNICOS E INFORMATIZADOS EIRELI – EPP, bem como o Despacho º 94 Procuradoria Jurídica da Casa, após a deliberação do Pregoeiro do certame em epígrafe.

Delibera esta Presidência:

Fica MANTIDA a HABILITAÇÃO da licitante IT SISTEMAS ELETRÔNICOS E INFORMATIZADOS EIRELI – EPP, nos termos do artigo 109, § 4º da Lei Federal nº 8.666/93 e suas alterações, com base nas informações do Despacho º 94 da Procuradoria Jurídica.

Determino à Diretoria Administrativa deste Legislativo:

a) proceda à publicação do extrato desta deliberação na Imprensa Oficial do Município e no site desta Edilidade.

b) comunique a empresa recorrente, através de ofício, instruído com cópia desta deliberação.

c) proceda à adjudicação do objeto do presente certame à licitante IT SISTEMAS ELETRÔNICOS E INFORMATIZADOS EIRELI – EPP.

CUMPRA-SE.

Jundiaí, 22 de agosto de 2022.

FAOUAZ TAHA
Presidente

Câmara Municipal de Jundiaí
São Paulo

PROCURADORIA JURÍDICA
DESPACHO Nº 94

PROCESSO Nº 88.418 **PREGÃO Nº 07/2022**

À
Diretoria Administrativa

Sem proceder qualquer análise da deliberação do Sr Pregoeiro e avaliando os termos da manifestação do setor técnico (fls. 746) e recurso interposto pela VISUAL SISTEMAS ELETRÔNICOS LTDA (fls. 692/720) e contrarrazões da IT SISTEMAS ELETRÔNICOS E INFORMATIZADOS EIRELLI (fls. 726/737)[1], temos a ponderar:

► a empresa IT Sistemas Eletrônicos e Informatizados Eirelli-EPP atendeu a todos os itens do edital, conforme manifestação do setor técnico da Casa (fl. 746).

►na rodada 35 ficou caracterizado o empate ficto e a IT Sistemas Eletrônicos e Informatizados Eirelli-EPP realizou a cobertura do lance da VISUAL SISTEMAS ELETRÔNICOS LTDA, conforme ata de fls. 599 a 606.

O rito do pregão seguiu os termos LC 123 que trata do empate ficto e que tem o intuito de oportunizar às micro e pequenas empresas, 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[2].

[1] Seguindo o rito de há muito implantando na Casa, havendo recurso o processo deve ser remetido para a PJ para análise. E a importância da observância de tal postulado ganha relevo no caso concreto, pois a empresa VISUAL ingressou em juízo com ação cautelar preparatória discutindo as matérias vertidas em seu recurso (Processo n. 1014074-22.2022.8.26.0309, Vara da Fazenda Pública da Comarca de Jundiaí).

749

Dizem os artigos 44 e 45 da LC 123:

"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.

[2] "Para efetivar esta preferência, a lei cria uma ficção jurídica adotando um conceito legal de empate, diverso do seu conceito jurídico" (SANTOS, José Anacleto Abduch. *Licitações e o Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte*. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2015, p. 96.)

§ 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. *"* (negritamos)

No pregão, o empate ficto deve 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 tem o direito de apresentar nova proposta de preço inferior à primeira colocada[3] - algo que ocorreu na espécie.

Este é o entendimento de Joel de Menezes Niebuhr e Pedro de Menezes Niebuhr:

"De acordo com a consulta, a microempresa ou empresa de pequeno porte ofereceu proposta superior a 5% do valor da proposta do primeiro colocado, por efeito do que não se desenhou, em princípio, o aludido direito de preferência.

Entretanto, com a desistência do primeiro colocado, desenha-se o direito de preferência da microempresa ou empresa de pequeno porte em relação à proposta do segundo colocado.

[3] Segundo Marçal Justen Filho, *"será facultado à microempresa ou empresa de pequeno porte formular lance de desempate"* (JUSTEN FILHO, Marçal. *Pregão. Comentários à legislação do pregão comum e eletrônico*. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Dialética, 2013, p. 114)

A pergunta é se nesse caso a microempresa ou empresa de pequeno porte faz jus ao direito de preferência.

Parece-nos que sim.

A Lei Complementar nº 123/06 não é clara. Ela não trata diretamente desta questão.

Entretanto, se o primeiro colocado desistiu da licitação, a proposta do então segundo colocado passa a ser a mais bem classificada, a teor do que preceitua o § 1º do artigo 44 da Lei Complementar nº 123/06.
Se a proposta da microempresa ou empresa de pequeno porte, no caso do pregão, não supera em 5% a proposta do então segundo colocado, que é atualmente a mais bem classificada, desenha-se o chamado empate ficto e, pois, a microempresa e empresa de pequeno porte faz jus ao direito de preferência.[4]*(negritamos e grifamos)*

Posto isso, os argumentos da licitante VISUAL SISTEMAS ELETRÔNICOS LTDA: **(i)** contrariam as informações prestadas pelo setor técnico da Casa no que tange ao atendimento dos itens editalícios pela empresa IT Sistemas Eletrônicos e Informatizados Eirelli-EPP; **(ii)** não desvelam contrariedade aos termos da LC 123 (artigos 44 e 45).

Posto isso, não vislumbramos vícios formais na tramitação do feito, por agora, devidamente instruído (evidência que auxilia grandemente a instrução do processo judicial em curso, supracitado).

[4] Manual do BB. In: <http://www.licitacoes-e.com.br/aop/documentos/CartilhaComprador.pdf>. Acesso em 19.08.2022.

Câmara Municipal de Jundiaí
São Paulo

Pelo prosseguimento do feito em seus ulteriores termos.

É nosso entendimento.

Jundiaí, 19 de agosto de 2022.

Fábio Nadal Pedro
Procurador Jurídico