

## Resposta ao Pedido de Esclarecimento nº 8

Processo nº 20228/2022  
Pregão Eletrônico nº 9/2022

À Licitante  
SODEXO

Acusamos recebimento do Pedido de Esclarecimento ao Pregão nº 9/2022, protocolizado sob o nº 51101 em 20/10/2022, cujas considerações seguem abaixo:

- **Pergunta 1:**

Como sabemos, o EMPATE FICTO permite que as ME e EPP, dentro das margens adotadas na referida lei, apresentem proposta de PREÇO INFERIOR à empresa inicialmente considerada vencedora, senão vejamos o que diz a Lei Federal nº 123/06:

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.

De acordo com a lei, o exercício facultativo do direito de preferência conferido às ME e EPP deve respeitar dois requisitos básicos (cumulativos), além do regular enquadramento da licitante nos respectivos regimes empresariais, quais sejam:

- a. oferecer proposta (ou lance) igual ou até 10% ou 5%, no caso do pregão, superior a menor proposta apresentada; e
- b. COBRIR a proposta ofertada pela primeira colocada, demonstrando a vantajosidade de seu preço perante à Administração.

Ou seja, o direito de preferência (evidenciado no empate ficto) é VINCULADO à demonstração de vantajosidade econômica à Administração Pública, o que não reflete ao mesmo procedimento evidenciado no empate real (o que deve ser respeitado no presente certame).

Corroborando o acima alegado, Joel de Menezes Niebuhr[1] explica o procedimento a ser adotado quando do empate ficto:

De todo modo, ocorrendo o empate a que alude os parágrafos do artigo 44 da Lei complementar nº 123/06, A MICROEMPRESA OU EMPRESA DE PEQUENO PORTE NÃO É AUTOMATICAMENTE DECLARADA VENCEDORA, NA MEDIDA EM QUE O PREÇO DELA É DE FATO SUPERIOR AO MENOR PREÇO OFERTADO NO CERTAME, O QUE IMPORTARIA, SE FOSSE O CASO, DESVANTAGEM À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA e vulneração aberta ao Princípio da eficiência, encartado no caput do artigo 37 da Constituição Federal.

A rigor, reconhecendo-se o empate, na forma dos parágrafos do artigo 44 da Lei complementar nº 123/06, a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada faz jus à oportunidade de oferecer proposta de preço inferior à proposta até então considerada vencedora do certame, conforme dispõe o inciso I do artigo 45 da mesma Lei complementar. ENFATIZA-SE QUE NÃO BASTA À MICROEMPRESA OU EMPRESA DE PEQUENO PORTE IGUALAR O MENOR PREÇO ATÉ ENTÃO OFERTADO. A MICROEMPRESA OU EMPRESA DE PEQUENO PORTE MAIS BEM CLASSIFICADA DEVE COBRIR O MENOR PREÇO ATÉ ENTÃO OFERTADO, REDUZI-LO. Se o fizer, prescreve o referido inciso I do artigo 45 da Lei complementar, o objeto da licitação deve ser adjudicado a ela. (grifo nosso)

No mesmo esteio, ensina o Professor Marçal Justen Filho[2]:

A LC 123/2006 criou uma ficção de empate no art. 44, MAS A SOLUÇÃO SE AFIGUROU COMO VÁLIDA POR QUE ACOMPANHADA DO ÔNUS DE FORMULAÇÃO DE PROPOSTA DE VALOR MAIS REDUZIDO. Na LC 123/2006, o empate ficto (ou seja, não consistente em propostas de valor idêntico) não conduz à imediata vitória do lance estipulado pelo beneficiário, devendo ser formulada uma proposta de menor valor. Portanto, a Administração obterá o menor valor possível no certame. Distinta era a solução concebida no Dec. Fed. 1.070/1994, em que havia a ficção de empate e uma vantajosidade também puramente imaginária (sagrar-se-ia vencedor o licitante que tivesse formulado proposta de valor mais elevado). O referido regulamento Federal foi substituído pelo Dec. Fed. 7.174/2010. Observe que as preferências destinadas a incentivar o desenvolvimento nacional sustentável podem importar a contratação de proposta de valor mais elevado. (g.n.)

Assim, por não restar configurado o empate ficto da Lei Complementar nº 123/06, mas tão apenas o empate real, conclui-se que o empate ficto **NÃO SE APLICA** no presente certame

Diante disso, e uma vez constatando que todas as empresas apresentem propostas comerciais com taxa de administração 0% (zero percentual – menor taxa de administração aceitável neste certame), restou evidenciado o empate real, ou seja, não poderá ser aplicada as regras inerentes ao direito de preferência conferidos às ME e EPP em razão da impossibilidade de ofertar taxa de administração negativa, e tão somente o disposto no item 8.4, do Edital, conforme foi defendido em sessão pública.

➤ **Resposta 1:**

Embora o licitante apresente a diferença de entendimento de empate ficto e real, ambos tratam de situação considerada como empate. A diferença é que o empate ficto é uma vantagem concedida a ME/EPP, cuja preferência a essas empresas possuem esteio constitucional. Assim dispõe a Constituição da República, em seu artigo 170, IX, pertinente aos princípios gerais da atividade econômica:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Ademais, a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 regulamenta o tratamento favorecido pela Carta Magna, ocasião em que dispõe expressamente em seu artigo 44:

**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.

Mediante análise conjugada dos dispositivos constitucional e legal acima, tem-se que a aplicação do direito de preferência às licitações não se trata de exercício facultativo à administração, uma vez que é obrigatório, inclusive em razão do princípio da legalidade, que a administração adote tal critério. A essência do direito de preferência é de, naturalmente, trazer primazia à contratação de Microempresas

e Empresas de Pequeno Porte. Nesse sentido, é importante mencionar o entendimento da empresa Zênite, renomada instituição de consultoria em licitações e contratos administrativos:

A Lei Complementar nº 123/06 assegura às microempresas e às empresas de pequeno porte preferência nas contratações, direito de preferência em caso de empate (art. 44). No pregão, consideram-se empatadas aquelas situações em que as propostas apresentadas por ME e EPP sejam iguais ou até 5% superiores ao melhor preço obtido ao final da fase de lances (art. 44, § 2º, da LC no 123/06).

[...]

As medidas previstas no Estatuto das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte constituem o estabelecimento de verdadeira política pública, ao passo que instituem normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser concedido a essas pessoas, conforme previsto na Constituição da República.

Por essa razão, encerrada a etapa de lances no pregão, deve o pregoeiro, primeiro, examinar a aceitabilidade das propostas e, apurada a condição de empate na forma LC nº 123/06, conceder o direito de preferência à ME ou à EPP. Somente depois será viável intentar negociação com a licitante mais bem classificada, a qual poderá ser, inclusive, uma ME ou EPP que tenha exercido o direito de preferência.

(Disponível em: <https://zenite.blog.br/a-negociacao-de-precos-ao-final-da-fase-de-lances-no-pregao-e-o-direito-de-preferencia-das-mes-e-epps/>)

Na hipótese elencada pelo licitante, no caso de ocorrer empate real onde todos os participantes ofertem taxa de administração igual a 0%, ainda assim se tem que o referido percentual se mantém dentro da margem aplicada para fins de configuração de direito de preferência, uma vez que o texto do §2º do art. 44 da LC nº 123/06 traz o entendimento de que “*Na modalidade de pregão, o intervalo percentual estabelecido no § 1º deste artigo será de até 5% (cinco por cento) superior ao melhor preço*”. (grifamos)

Desta forma, ainda que não exista valor superior por parte de ME/EPP, não se pode retirar o direito de preferência na contratação dessas licitantes, pois incorreríamos em afronta constitucional e à legalidade por não priorizar a elas a oportunidade de contratação.

A considerar a mesma hipótese de taxa zero por todos os licitantes, a convocação para “cobrir” o preço poderá ser apenas para cumprimento de rito legal, haja vista a vedação legal e editalícia de taxa negativa. Ressalte-se que o sistema detém programações pertinentes à legislação do pregão, à do direito de preferência para ME/EPP, dentre outras, inclusive a aplicação subsidiária da Lei nº 8.666/1993.

Entendemos ser prudente salientar um fato que verificamos mediante a análise do Pregão nº 23/2019 relativo à UASG nº 158009, cuja ata poderá ser acessada para conhecimento. Na imagem abaixo é possível verificar que, nas hipóteses de **empate real**, o próprio sistema procedeu ao sorteio. Vejamos:

| Portal de Compras do Governo Federal |                     | MINISTÉRIO DA ECONOMIA<br>Brasília, 20 de Outubro de 2022  |
|--------------------------------------|---------------------|--|
| Portal de Compras Governamentais     |                     | SIASG - Ambiente Produção  |
| Pregoeiro                            | 10/06/2019 10:39:38 | Sr. Fornecedor: O lance de R\$ 17.376,7500 do item 5 do GRUPO 1 foi excluído por este pregoeiro por ter sido considerado inexequível. Caso não concorde com a exclusão, favor reenviar o lance.  |
| Pregoeiro                            | 10/06/2019 10:40:52 | Sr. Fornecedor: O lance de R\$ 6.950,7000 do item 4 do GRUPO 1 foi excluído por este pregoeiro por ter sido considerado inexequível. Caso não concorde com a exclusão, favor reenviar o lance.   |
| Sistema                              | 10/06/2019 11:00:24 | O item 3 teve participação de Micro/Pequena Empresa optante pelo benefício da Lei Complementar 123 de 12/12/2006 e poderá ter desempate dos lances após o encerramento de todos os itens. Mantenham-se conectados.   |
| Sistema                              | 10/06/2019 11:00:24 | O item 3 teve empate real de propostas. Antes da convocação de desempate haverá sorteio eletrônico para classificação das propostas.   |
| Sistema                              | 10/06/2019 11:00:24 | Procedeu-se o sorteio eletrônico entre os fornecedores com propostas empatadas, sagrando-se vencedor o fornecedor AGILIMP PRESTADORA DE SERVICOS LTDA, CNPJ/CPF: 32.279.834/0001-74.   |
| Sistema                              | 10/06/2019 11:03:58 | O GRUPO 3 teve participação de Micro/Pequena Empresa optante pelo benefício da Lei Complementar 123 de 12/12/2006 e poderá ter desempate dos lances após o encerramento de todos os itens. Mantenham-se conectados.  |
| Sistema                              | 10/06/2019 11:16:56 | O item 2 teve participação de Micro/Pequena Empresa optante pelo benefício da Lei Complementar 123 de 12/12/2006 e poderá ter desempate dos lances após o encerramento de todos os itens. Mantenham-se conectados.   |
| Sistema                              | 10/06/2019 11:16:56 | O(s) item(ns) 2, 3 terá(ão) desempate(s) ME/EPP ou 7174 do(s) lance(s). Clique em "Desempate ME/EPP/7174" e mantenham-se conectados.   |
| Sistema                              | 10/06/2019 11:16:56 | O(s) grupo(s) G3 terá(ão) desempate(s) ME/EPP ou 7174 do(s) lance(s). Clique em "Desempate ME/EPP/7174" e mantenham-se conectados.   |
| Sistema                              | 10/06/2019 11:16:56 | Sr. Fornecedor SELIGEL SERVICOS TERCERIZACOES EIRELI, CNPJ/CPF: 03205040000168, em cumprimento à Lei Complementar 123 de 14/12/2006, você poderá enviar ou desistir de apresentar lance final e único para o GRUPO 3, inferior ao lance vencedor, até às 11:21:56 de 10/06/2019. Acesse a fase de lance.     |
| Sistema                              | 10/06/2019 11:21:13 | O GRUPO 3 teve o 1º desempate ME/EPP encerrado. O fornecedor SELIGEL SERVICOS TERCERIZACOES EIRELI, CNPJ/CPF: 03205040000168 desistiu de enviar o lance.   |
| Sistema                              | 10/06/2019 11:21:44 | Sr. Fornecedor RUBI SERVICOS DE MANUTENCAO PREDIAL EIRELI, CNPJ/CPF: 13791034000193, em cumprimento à Lei Complementar 123 de 14/12/2006, você poderá enviar ou desistir de apresentar lance final e único para o item 2, inferior ao lance vencedor, até às 11:26:44 de 10/06/2019. Acesse a fase de lance. |
| Sistema                              | 10/06/2019 11:26:48 | O item 2 teve o 1º desempate ME/EPP encerrado às 11:26:44 de 10/06/2019. O tempo expirou e o lance não foi enviado pelo fornecedor RUBI SERVICOS DE MANUTENCAO PREDIAL EIRELI, CNPJ/CPF: 13791034000193  |

Ressaltamos que no próprio sistema consta o prazo estipulado para apresentação de lance no sentido de “cobrir” a melhor proposta. Porém, tendo o licitante conhecimento dos termos do edital e legal quanto à vedação de taxa negativa, em se tratando de proposta final já com a taxa zero, entendemos que este não deverá apresentar proposta menor, sob pena de desclassificação.

Compreendemos que, devido a normatização recente relativa ao objeto do certame, este poderá apresentar peculiaridades em relação às demais contratações. Porém, neste momento, na ausência de precedentes e jurisprudência firmada quanto ao assunto após a sua nova normatização, não nos cabe entendimento diverso daquele que a norma nos impõe. Caberá, no âmbito da realização da licitação, à Pregoeira, Equipe de apoio e Comissão de Licitação do Cofecon analisarem ao caso concreto segundo o entendimento legal e editalício após o início da abertura das propostas e trâmites subsequentes. Em tempo, qualquer programação automática do sistema de licitação, onde ocorrerá o

pregão eletrônico, extrapola as nossas competências. Não temos gerência sobre o sistema constante do Portal de Compras do Governo Federal e, com base em sua legitimidade e no quantitativo de licitações diariamente realizadas, partimos da presunção de que este esteja configurado de forma a atender todas as disposições legais.

Vale destacar que, embora seja possível que todos forneçam taxa zero, tal qual aludido pelo licitante, não podemos partir desta premissa devido ao fato de que esta Administração não tem nenhum conhecimento acerca das propostas cadastradas ou informação acerca dos lances que serão ofertados pelos licitantes.

Por fim, salientamos especial atenção aos itens do Edital que versam sobre: 4. envio da proposta; 5. formulação de lances e julgamento das propostas; 6. Habilitação. Tais itens determinam a sequência de atos a serem obedecidos no âmbito do certame.