



Poder Judiciário
Justiça Federal de Primeiro Grau
Seção Judiciária do Piauí



PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº. 205/2014 - JFPI
TOMADA DE PREÇOS Nº. 01/2014

Assunto: RESPOSTA AO RECURSO interposto pela pessoa jurídica de direito privado RICARDO DIAS INTERIORES E ARQUITETURA LTDA - EPP, inscrita no CNPJ/MF sob o n. 04.965.775/0001-52.

Excelentíssimo Senhor Juiz Federal Diretor do Foro,

Apresento, para os fins administrativos, a que se destinam as considerações e entendimento acerca do Recurso interposto pela empresa RICARDO DIAS INTERIORES E ARQUITETURA LTDA - EPP, doravante denominada RECORRENTE, em face da decisão proferida pela Comissão Especial de Licitação no julgamento da proposta de preços e a conseqüente Nota Classificatória Final.

I – DA TEMPESTIVIDADE DO RECURSO:

O Recurso foi interposto dentro dos ditames legais impostos pelo instrumento convocatório, assim como em sintonia com o preconizado no Art. 109, inciso I, da Lei 8.666/93, e de conformidade com o estatuído no item 14 do instrumento editalício que regulamenta este certame Licitatório.

Portanto, o *dies a quo* do prazo é 31/08/2014 (quinta-feira) e o *dies ad quem* é 06/08/2014 (quarta-feira), restando, pois, comprovado a tempestividade do recurso interposto em tela.

II – DA ADMISSIBILIDADE DO RECURSO:

Compulsando os autos verifica-se que restou por configurado e preenchido os pressupostos de admissibilidade para interposição de Recurso, quais sejam: *legitimidade ad causam, possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir, tempestividade e inconformismo da empresa insurgente*, tendo a Comissão Especial de Licitação - CEL, por meio de seu Presidente e no uso de suas atribuições legais, conhecido do recurso em foco e seguindo os regramentos insertos na Lei de

P/L
AA
Ferreira

Poder Judiciário
Justiça Federal de Primeiro Grau
Seção Judiciária do Piauí

Licitações e Contratos da Administração Pública, concedido aos demais licitantes participantes para, querendo, no prazo legal, apresentar eventuais impugnações.

III – DAS RAZÕES DA RECORRENTE

Em suas razões acostada às fls. 1.409/1.437, a licitante RICARDO DIAS INTERIORES E ARQUITETURA LTDA - EPP irresignada com sua nota classificatória final, afirma que, por se tratar de um certame na modalidade Tomada de Preços do tipo Técnica e Preço, tendo sido classificada em segundo lugar uma empresa enquadrada no regime de microempresa/empresa de pequeno porte, a Comissão de licitação não observou os ditames legais preconizados no art. 46 § 2º I e II, do Estatuto de Licitação Pública Federal c/c o art. 44, § 1º, da Lei Complementar 123/2006, declarando erroneamente como vencedora a empresa Adriano Melo Arquitetura e Urbanismo Ltda.

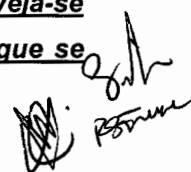
Assevera que a Comissão deixou de observar a aplicação da Lei Complementar n. 123/2006 no presente certame licitatório, em especial, no tratamento diferenciado que deveria ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte e que se coadunaria com que deveria ter sido aplicado a mesma por se enquadrar neste regime retro referenciado e de conformidade com a dicção do art. 44 do mencionado diploma legal.

Afirma, também, a recorrente a ocorrência do empate ficto das propostas apresentadas, respectivamente, pelas empresas Adriano Melo Arquitetura e Urbanismo Ltda, que obteve nota classificatória final de 9.60 e da Ricardo Dias interiores & Arquitetura Ltda, que obteve a nota classificatória final de 9,55, de acordo com o preconizado na Lei complementar 123/06.

Entende ter existido o cometimento de erro pela Comissão ao não considerar o empate ficto, levando-a a tomar decisão errônea, não só em dissonância com o texto normativo legal em referência, assim com em razão da Carta Política Brasileira, em especial, ao afrontar o principio da legalidade.

Alega, ainda, que o direito de preferência estatuído na Lei Complementar 123/96 deve ser aplicado nas licitações do tipo técnica e preço, *ipsis litteris*:

O direito de preferência preconizado no art. 44 da Lei Complementar nº 123/06 somente deve exercido se houver empate na nota final, repita-se, resultante da ponderação entre os fatores técnica e preço. Veja-se que o § 1º do art. 44 da referida Lei Complementar prescreve que se





entende "por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% superiores à proposta mais bem classificada". Ou seja, o parâmetro para identificar o empate é a proposta como um todo. E, nas licitações do tipo técnica e preço, a proposta como um todo resulta da conjunção da técnica e do preço. Quer dizer que isoladamente o preço não é o parâmetro para identificar o pretense empate nas licitações do tipo técnica e preço.

Dessa forma, a licitante microempresa ou empresa de pequeno porte, que faz jus ao direito de preferência, tem a oportunidade apenas de reduzir o seu preço. No entanto, para que ela seja a vencedora, é necessário, com base no novo apresentado por ela, refazer o cálculo do fator preço de todos os demais licitantes e, depois disso, a ponderação entre os fatores preço e técnica novamente. A licitante microempresa ou empresa de pequeno porte somente é a vencedora se, com o novo preço apresentado por ela, a nota final dela for superior à da empresa inicialmente apontada como vencedora.

In casu, resta evidente o empate ficto entre o primeiro e o segundo lugar, diante dos valores comparativos obtidos pelas licitantes classificadas, enfatiza-se: Ricardo Dias Interiores & Arquitetura Ltda – EPP apresentou preço final de R\$ 169.328,76 (cento e sessenta e nove mil trezentos e vinte e oito reais e setenta e seis centavos) e nota classificatória final de 9,55, ou seja, dentro da margem de 10% (dez por cento) do preço final apresentado pela empresa Adriano Melo Arquitetura e Urbanismo Ltda, apresentando a proposta de preço total de R\$ 154.854,59 (cento e cinquenta e quatro mil e oitocentos e cinquenta e quatro reais e cinquenta e nove centavos) e nota final 9,60.

Por fim, requer a anulação da decisão prolatada, com fulcro no art. 44 § 1º c/c o art. 45, inciso I, ambos da lei Complementar 123/2006, por não ter sido observado o *empate ficto* e que seja considerada a nova proposta de preço apresentada em sede de recurso para, com base no novo preço, sejam refeitos os cálculos do fator preço de todas as licitantes e, em seguida, procedida a ponderação entre os fatores preço e técnica, situação que ensejará a adjudicação em seu favor do objeto ora licitado.

IV - DA IMPUGNAÇÃO AO RECURSO

A Comissão Especial de Licitação em harmonia com a inteligência do Art. 109, § 3º, da Lei 8.666/93, procedeu a comunicação por intermédio de correio eletrônico,

Poder Judiciário
Justiça Federal de Primeiro Grau
Seção Judiciária do Piauí

em 07/08/2014, aos demais participantes da licitação quanto à interposição de Recurso pela empresa: RICARDO DIAS INTERIORES E ARQUITETURA LTDA - EPP, para, querendo, no prazo de 5 (cinco) dias úteis, impugnar o recurso em comento.

Repousam às fls. 1439/1451 dos presentes autos às contrarrazões apresentada pela empresa ADRIANO MELO ARQUITETURA E URBANISMO LTDA em face do aludido recurso interposto em comento. O qual foi interposto na data de 12/08/2014.

Dessa forma, o *dies a quo* do prazo é 07/08/2014 (quinta-feira) e o *dies ad quem* é 14/08/2014 (quinta-feira), restando por comprovado à tempestividade da manifestação em tela.

V- DAS CONTRARRAZÕES AO RECURSO:

Alega, inicialmente, que o critério de julgamento utilizado pelo contratante, para selecionar a proposta mais vantajosa, é "Técnica e Preço". Que nesse tipo de licitação a proposta mais vantajosa é escolhida com base na maior média ponderada, considerando-se as notas obtidas nas propostas de técnica e preço, conforme aduz o Item 10.4 do Edital da Tomada de Preço nº 01/2014.

Que no caso em comento ficar-se-á detido especificamente ao tipo de licitação "Técnica e Preço", oportunidade em que se comprovará que nessa não há como se aplicar as regras contidas na Lei Complementar nº 123/2006.

Traz a colação as considerações de Melo acerca do tema (2010. P.610):

"Nas licitações de técnica e preço, as quais reguladas no par. 2º do art. 46, o critério de seleção da melhor proposta é o que resulta da média ponderada das notas atribuídas aos fatores técnica e preço, valorados na conformidade dos pesos e critérios estabelecidos no ato convocatório. Dele deverão constar, tal como na licitação de melhor técnica, critérios claros e objetivos para identificação de todos os fatores pertinentes que serão considerados para a avaliação da proposta técnica."

Apregoa, ainda, que deve observar que no supracitado tipo de licitação o menor preço não será o critério de julgamento para determinar o vencedor, mas será avaliado em conjunto com critérios técnicos. Por conseguinte, a Administração Pública não busca o menor preço ou somente a maior técnica, mas sim a conjunção dos dois critérios, o qual é obtido com a Maior Nota Classificatória Final (Ncf). Logo, como anteriormente aduzido, será considerado vencedor o licitante que obtiver a maior média ponderada na avaliação das propostas técnicas e de preços.





Entende que não ocorre o suposto empate ficto alegado, isso porque, conforme entendimento da doutrina majoritária e de expressa previsão legal, as regras aqui já descritas somente são utilizada nas licitações do tipo "menor preço".

Assevera que tal assertiva é feita em virtude do fato de que somente na licitação tipo menor preço poderá haver o empate ficto, quando se promoverá o desempate concedendo à ME ou EPP que esteja em posição de empate ficto com a proposta provisoriamente classificada em primeiro lugar a possibilidade de apresentar nova proposta, com preço inferior àquele que foi considerado vencedor do certame, quando o objeto será adjudicado em seu favor.

E que tal fato ocorre porque somente numa licitação do tipo "menor preço" as propostas são classificadas em ordem crescente de valor, sendo classificada em primeiro lugar a menor proposta e as propostas superiores sucessivamente, na ordem crescente dos respectivos valores (preços).

Pontua também que a Administração Pública deve respeito ao Princípio da Legalidade, o qual, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Melo "implica subordinação completa do administrador à lei. Todos os agentes públicos, desde o que lhe ocupe a cúspide até o mais modesto deles, devem ser instrumentos de fiel e dócil realização das finalidades normativas."

Informa, ainda, que os Administradores Públicos somente podem praticar aqueles atos previstos em lei. Em virtude do referido princípio e utilizando-o no caso em tela, importa ressaltar o disposto no ART. 5º DO DECRETO FEDERAL Nº 6.204/2007, IN VERBIS:

ART. 5º NAS LICITAÇÕES DO TIPO MENOR PREÇO, SERÁ ASSEGURADA, COMO CRITÉRIO DE DESEMPATE, PREFERÊNCIA DE CONTRATAÇÃO PARA AS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE.

Finalizando diz restar demonstrado que nesse tipo de licitação o critério de julgamento não é somente o menor preço, assim a aplicação das regras contidas na Lei Complementar nº. 123/06 tornam-se impossíveis, tendo em vista que tal previsão legal e o DECRETO FEDERAL Nº 6.204/2007, citam expressamente o tipo de licitação menor preço. Motivo pelo o qual o recurso interposto em apreço pela recorrente deve ser desprovido.

Ao final, requer a manutenção in totum da decisão que declarou a licitante ADRIANO MELO ARQUITETURA E URBANISMO LTDA como vencedora da presente Tomada de Preço, e que seja negado, assim, provimento ao Recurso Administrativo

ora guerreado.

VI - DA APRECIÇÃO DAS RAZÕES DO RECURSO:

Ressalte-se, de início, que o julgamento dos documentos apresentados pelas licitantes, referentes à fase de habilitação, propostas técnicas e propostas de preço seguiu estritamente o inteiro teor dos critérios estabelecidos no Edital da Tomada de Preços n. 01/2014, como bem orienta os dispositivos da Lei 8.666/93, *in verbis*:

“Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada 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.

Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, **ao qual se acha estritamente vinculada**. (grifo nosso).

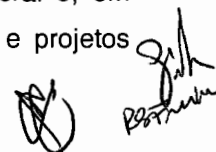
Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:

IV - **verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos do edital** e, conforme o caso, com os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente, ou ainda com os constantes do sistema de registro de preços, os quais deverão ser devidamente registrados na ata de julgamento, promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis; (grifo nosso).

V - **julgamento e classificação das propostas de acordo com os critérios de avaliação constantes do edital**; (grifo nosso).

Art. 44. **No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite**, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei. (grifo nosso).

Art. 46. Os tipos de licitação "melhor técnica" ou "técnica e preço" serão utilizados exclusivamente para serviços de natureza predominantemente intelectual, em especial na elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento e de engenharia consultiva em geral e, em particular, para a elaboração de estudos técnicos preliminares e projetos



Poder Judiciário
Justiça Federal de Primeiro Grau
Seção Judiciária do Piauí



básicos e executivos, ressalvado o disposto no § 4º do artigo anterior.
(Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 2º Nas licitações do tipo "técnica e preço" será adotado, adicionalmente ao inciso I do parágrafo anterior, o seguinte procedimento **claramente explicitado no instrumento convocatório**: (grifo nosso).

I - será feita a avaliação e a valorização das propostas de preços, de acordo com **critérios objetivos preestabelecidos no instrumento convocatório**;" (grifo nosso).

O cerne do questionamento da recorrente está na não aplicação pela Comissão de Licitação do direito de preferência instituído pela Lei Complementar nº 123/2006.

É consabido, que o tipo de licitação técnica e preço, dá-se como vencedora a empresa que **obteve a maior média ponderada** calculada com base nas propostas de preço e técnica, senão vejamos, em síntese, a definição trazida no bojo da Lei 8.666/93.

"o tipo de técnica e preço caracteriza-se pelo fato de que o resultado do certame se faz de acordo com a média ponderada das valorizações das propostas técnicas e de preço, de acordo com os pesos preestabelecidos no instrumento convocatório (artigo 46, parágrafo 2º, I e II da Lei 8.666/93)."

Inicialmente, cabe esclarecer que o edital da Tomada de Preços n. 01/2014 não faz nenhuma menção ao benefício do art. 44 da Lei Complementar 123/2006 em razão de considerá-lo inaplicável as licitações do tipo técnica e preço, como passaremos a demonstrar.

A Lei Complementar nº 123/2006 define em seu art. 44, § 1º: "Art. 44. Nas licitações serão asseguradas, 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**." (grifo nosso)

Nas licitações processadas pelo tipo técnica e preço, ao final do julgamento, a proposta mais bem classificada é aquela que obtém a maior nota final, resultante da ponderação conjugada de dois fatores: **nota técnica e preço**.

Se a melhor proposta possui a maior nota, logo as demais propostas serão aquelas com notas inferiores, **formando-se a classificação em ordem decrescente**.

Poder Judiciário
Justiça Federal de Primeiro Grau
Seção Judiciária do Piauí

Com base nisso, sendo a ordem de classificação decrescente, é possível afirmar que nenhuma outra proposta será superior à melhor classificada.

Ainda, nesse mesmo entendimento decorre do inciso I art. 45, senão vejamos:

"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 da licitação.**" (grifo nosso)*

Numa licitação de técnica e preço a apresentação de nova proposta por microempresa ou empresa de pequeno porte jamais poderia conduzir à automática adjudicação do objeto licitado a seu favor, pois o critério de julgamento, neste caso, não é apenas o preço, mas a nota final, resultante da ponderação da nota técnica e da nota de preço.

Neste mesmo sentido, assevera o insigne doutrinador Marçal Justen Filho:

*"Embora o silêncio legislativo, afigura-se evidente que o benefício e aplicável exclusivamente nas licitações de menor preço. As licitações de técnica (técnica e preço e melhor técnica), em que a identificação da proposta mais vantajosa depende da conjugação de critérios econômicos e técnicos, **apresentam sistemática incompatível com as regras simplistas dos art. 44 e 45 da LC 123.** (...) **A aplicação do benefício em uma licitação de técnica e preço demandaria o fornecimento de critérios adequados, que não constam do diploma.**" (O estatuto da Micrompresa e as Licitações Públicas, São Paulo 2ª edição, Dialética, 2007, p.99) (grifos nossos)*

Temos ainda, como colaboração acerca do tema em comento o posicionamento adotado pelo eminente professor Jacoby Fernandes (http://www.jacoby.pro.br/Artigo_ProfessorJacoby.pdf) quando apregoa não existir direito de preferência quando estiver diante de licitações do tipo melhor e técnica e preço, visto que a é restrita a preferência de preços. **"Mesmo que se admita que na licitação de técnica exista a fase de preços, a norma não previu licitação envolvendo esse tipo de licitação."** (grifo nosso).

Entende a Zênite que a própria finalidade da Lei Complementar nº 123/2006 tenha sido alcançar as licitações realizadas pelo tipo mais comum, qual seja o menor preço. **"A própria sistemática da Lei Complementar nº 123/2006 denuncia essa intenção ao desconsiderar qualquer previsão expressa para tipos de licitação"**

gjh
Besteira



que não o de menor preço. Além disso, admitir a alteração do fator preço sem reflexos no aspecto técnico da proposta, nas licitações pelo tipo técnica e preço, pode significar a própria inexecutabilidade da oferta. (grifo nosso)

Para espancarmos por definitivo e chegarmos a um denominador conclusivo para a questão em comento, trazemos a colação as disposições contidas no art. 5º, *in verbis*, do Decreto nº. 6.204/2007, que regulamenta o tratamento favorecido, diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações públicas de bens, serviços e obras, no âmbito da administração pública federal:

“Art. 5º Nas licitações do tipo menor preço, será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.” (grifos nossos).

Vê-se que a decisão proferida por esta d. Comissão encontra guarida no princípio da legalidade, diga-se por oportuno, o qual é a baliza mestra e norteadora da atuação da Administração Pública quando da prática dos atos administrativos.

Ademais, frise-se, ainda, que a Administração está adstrita aos ditames normativos legais, não podendo fugir ao seu comando, sob pena de ilegalidade, vício este patente de nulidade, inclusive, *de ofício*, quando do conhecimento da Administração. Situação que não se vislumbra no presente caso em voga, posto que a Administração atuou em perfeita sintonia com o diploma normativo legal vigente.

A Administração só pode praticar ato em conformidade com as prescrições legais, não lhe assiste qualquer autorização para fazer algo que não esteja amparado expressamente no texto normativo, diferentemente do que se aplica no campo privado, se a lei não proíbe pode sim ser praticado sem nenhum constrangimento legal.

Percebe-se que o critério para aplicação do direito de preferência se revela incompatível com o tipo de julgamento técnica e preço.

Não há que ficarmos nas ilações doutrinárias, visto que o decreto supramencionado em seu art. 5º definiu de forma taxativa no âmbito da esfera federal a lacuna até então existente em função do silêncio da Lei Complementar de nº. 123/2006 no que atine a que tipo de licitação deveria ser aplicado o direito de preferência as microempresas e empresas de pequeno porte.

Se a Comissão agir à margem das disposições legais, ai sim estará inovando ao criar procedimento não previsto na norma, sendo tal ação eivada de vícios de ilegalidade de competência e um verdadeiro afronta ao princípio da legalidade, além

Poder Judiciário
Justiça Federal de Primeiro Grau
Seção Judiciária do Piauí

do que o regulamento já deixou assente em que situação concreta se deve aplica a norma.

Diante do quadro fático e razões aduzidas no bojo desta peça decisória, concluímos pela impossibilidade de aplicação do direito de preferência nas licitações processadas por tipos diferentes do menor preço, em especial, a Técnica e Preço, consoante pleiteada pela recorrente.

VII - DA DECISÃO

A Comissão especial de Licitação **DECIDE** conhecer do recurso interposto para no mérito julgar improcedente o pedido articulado pela licitante RICARDO DIAS INTERIORES E ARQUITETURA LTDA - EPP.

À apreciação do Exmo. Sr. Juiz Federal Diretor do Foro desta Seccional - Ordenador de Despesa, com base nas disposições contidas na segunda parte do § 4º, do art.109, da Lei n. 8.666/93 c/c com o disposto no subitem 14.5 do instrumento convocatório que rege este certame.

À Superior Consideração.

Teresina, 15 de agosto de 2014


EDVALDO RODRIGUES DA SILVA
Presidente


ROBERTA DA SILVA FREIRE
Membro


FRANCISCO DOS SANTOS COSTA
Membro