



Processo Administrativo nº 10/2023

Tomada de Preço nº 01/2023

Recorrente: LANZA TERRAPLENAGEM E COMÉRCIO LTDA.-EPP

JULGAMENTO DO RECURSO ADMINISTRATIVO

Foi encaminhado pela Comissão Municipal de Licitação a este Prefeito Municipal para decisão hierárquica de acordo com o que preceitua o § 4º do artigo 109 da Lei Federal nº 8.666/93 o Recurso impetrado pela empresa **LANZA TERRAPLENAGEM E COMÉRCIO LTDA.-EPP**. Desta forma, em observância às competências normativas conferidas a mim, passo a analisar para ao final decidir da seguinte forma:

I – DA ANÁLISE DO RECURSO

A nossa Constituição em seu artigo 170, IX, disciplinando o tratamento que se deve dar as Microempresas e as Empresas de Pequeno Porte como um dos princípios da ordem econômica e, em seu artigo 179, estabelece que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, dispensarão às micro e pequenas empresas tratamento jurídico diferenciado, "visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei".

A **Lei Complementar nº 123**, de 14 de dezembro de 2006, instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, trazendo, em seus artigos 42 a 49, inovações importantes a respeito da participação de ME e EPP em licitações.

Em 5 de setembro de 2007, foi editado o **Decreto Federal nº 6.204**, que surgiu para regulamentar os artigos 42, 43, 44, 45, 47, 48 e 49 da Lei Complementar nº 123/06, no âmbito da Administração Pública Federal, Decreto este que foi revogado pelo atual **Decreto Federal nº 8.538**, de 06 de outubro de 2015.

Em 07 de agosto de 2014, a Lei Complementar nº 123/06 sofreu alterações pela **Lei Complementar nº 147**, atribuindo ainda maiores benefícios às micro e pequenas empresa e criando o acesso do produtor rural e dos micro empreendedores individuais (**MEI**) a estes mesmos benefícios.

Frisamos que além das micro e pequenas empresas, os benefícios quando da participação em licitações previstas pela Lei Complementar nº 123/06 também serão aplicados às cooperativas



(artigo 34 da Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007), ao Produtor Rural pessoa física e o Agricultor Familiar (artigo 3º - A, da Lei Complementar nº 123/06) e, ao MEI – microempreendedor individual (artigo 18). Sobre este aspecto, o **Decreto 8.538/2015** consolidou o entendimento sobre a extensão dos benefícios, prevenindo que:

Artigo 1º Nas contratações públicas de bens, serviços e obras, deverão ser concedidas tratamento favorecido, diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte, agricultor familiar, produtor rural pessoa física, microempreendedor individual - MEI e sociedades cooperativas de consumo, nos termos deste Decreto (...)

Nos artigos 42, 43, 44 e 45 da Lei Complementar nº 123/06, são encontrados dois benefícios às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte: *a regularização fiscal/trabalhista tardia, artigos 42 e 43 e direito de preferência em caso de empate ficto, artigos 44 e 45.*

A intenção deste artigo é estabelecer, para os agentes públicos que atendem diretamente na sessão da licitação, como, presidente e membros de comissões de licitação, pregoeiros e equipes de apoio, um foco de luz para saber como aplicar os benefícios quando o representante legal da **ME/EPP e demais beneficiados pela Lei Complementar nº 123/06 que fazem jus ao benefício, estejam ausente na sessão.**

Na sessão realizada na data de **14 de fevereiro de 2023**, estavam ausente os representantes legais das únicas participantes, ou seja, a empresa **NJ CAETANO EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA. portadora do CNPJ sob o nº 20.168.935/0001-99** e a empresa **LANZA TERRAPLENAGEM E COMÉRCIO LTDA.-EPP portadora do CNPJ sob o nº 56.035.538/0001-96.**

Devemos analisar quando ocorreu o empate ficto:

Determina a Lei Complementar nº 123/06:

Artigo. 44. Nas licitações serão asseguradas, como preferência de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.

§ 1º Entende-se por alinhar aquelas situações em que as propostas desenvolvidas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada.

...

A Lei Complementar nº 123/06 considerou empate não apenas os casos nos quais efetivamente existe o empate de proposta com valores idênticos, mas também, situações nas



quais existe diferença entre os valores das propostas, dentro do limite percentual de 5% na modalidade Pregão e 10 % nas demais modalidades, no nosso caso, **Tomada de Preços**, sempre a favor das microempresas e empresas de pequeno porte.

Dessa forma, é produzida uma ficção de empate, tendo em vista que, sob o prisma aritmético, não existe necessariamente igualdade de valores:

Exemplificando, digamos que, em uma Tomada de Preços, uma empresa comum que denominaremos de "empresa A", que não é uma ME ou EPP, seja a proponente de melhor preço, tendo apresentado o valor de 100, caso, nessa mesma licitação, exista uma **ME** ou **EPP** que tenha apresentado proposta de 110, esta micro ou pequena empresa terá a prerrogativa de reduzir o valor de sua proposta, a um preço inferior a 100, sendo que, se assim o fizer, será considerada vencedora do certo.

Esse foi o ocorrido, quando a empresa **NJ CAETANO EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA.**, ofereceu o valor de **R\$ 172.086,73** (cento e setenta e dois mil, oitenta e seis reais e setenta e três centavos) e a empresa **LANZA TERRAPLENAGEM E COMÉRCIO LTDA.-EPP** o valor de **R\$ 186.781,29** (cento e oitenta e seis mil, setecentos e oitenta e um reais e vinte e nove centavos), com uma **diferença de R\$ 14.694,56** (quatorze mil, seiscentos e noventa e quatro reais e cinquenta e seis centavos), representando um percentual de **7,867%**.

Importante ressaltar que o empate ficto apenas terá aplicabilidade se a melhor proposta, originalmente vencedora, não for apresentada por uma microempresa ou empresa de pequeno porte, em outras palavras, para que seja cabível o benefício, a melhor proposta originalmente apresentada, deverá ter sido apresentada por uma empresa comum, como ocorreu.

Assim, finda a etapa de lances e verificada a ocorrência de empate ficto, deveria ser convocada a pequena ou microempresa empatada fictamente, melhor classificada, respeitada a ordem classificatória, para, querendo, oferecer lance menor que o do vencedor da fase de lances, em um prazo de cinco minutos, conforme a Lei Complementar nº 123/06, no artigo 45, § 3º.

Nas modalidades clássicas de licitação, como a Tomada de Preços, caso o representante da licitante não esteja presente na sessão, a Administração deverá, obrigatoriamente, convocá-la para exercício de direito ao desempate ficto:



Nas modalidades tradicionais de licitação, tendo a micro ou pequena empresa empatado com uma empresa que não seja dessa espécie – e não possuindo representante legal no momento da sessão específica – obrigará-se a Administração a convocá-las para exercer tal direito.

A convocação para exercício do direito do desempate ficto foi preservada quando a Administração encaminhou aos participantes informação do prazo de recurso, não havendo a homologação até o fim deste.

Pois bem, a empresa **LANZA TERRAPLENAGEM E COMÉRCIO LTDA.-EPP** apresentou **tempestivamente** recurso para que, em síntese, fosse respeitado o seu benefício e direito como Empresa de Pequeno Porte, em acordo com a Lei Complementar nº 123/2006.

A empresa **NJ CAETANO EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA.**, foi notificada do recurso e não ofereceu contrarrazões.

Isto posto, sem mais nada a considerar, respeitados os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, **CONHEÇO o RECURSO** apresentado pela empresa **LANZA TERRAPLENAGEM E COMÉRCIO LTDA.-EPP portadora do CNPJ sob o nº 56.035.538/0001-96**, recomendando que se proceda à volta a fase de aceitação de proposta, realizando a classificação da empresa com a proposta apresentada em recurso com o valor de **R\$ 172.082,25 (cento e setenta e dois mil, oitenta e dois reais e vinte e cinco centavos)**.

Santo Antônio do jardim (SP), 07 de março de 2023


Osvaldo Moreira
Prefeito Municipal