

PERGUNTA:

À
FUNDAÇÃO UNIRG
A/C.: COMISSÃO DE LICITAÇÃO
GURUPI - TO

Prezados Senhores,

A Concorrência nº 001/2022 é do tipo: **MELHOR TÉCNICA**. Em se tratando a concorrência acima do tipo **“MELHOR TÉCNICA”**, a Lei 123/2006, só poderá ser aplicada na fase de Habilitação das agências de Publicidade. Veja o que estabelece o artigo 46, da Lei 8.666/93, sendo:

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 básicos e executivos, ressalvado o disposto no § 4º do artigo anterior. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994) § 1º Nas licitações do tipo "melhor técnica" será adotado o seguinte procedimento claramente explicitado no instrumento convocatório, o qual fixará o preço máximo que a Administração se propõe a pagar:

I - serão abertos os envelopes contendo as propostas técnicas exclusivamente dos licitantes previamente qualificados e feita então a avaliação e classificação destas propostas de acordo com os critérios pertinentes e adequados ao objeto licitado, definidos com clareza e objetividade no instrumento convocatório e que considerem a capacitação e a experiência do proponente, a qualidade técnica da proposta, compreendendo metodologia, organização, tecnologias e recursos materiais a serem utilizados nos trabalhos, e a qualificação das equipes técnicas a serem mobilizadas para a sua execução;

II - uma vez classificadas as propostas técnicas, proceder-se-á à abertura das propostas de preço dos licitantes que tenham atingido a valorização mínima estabelecida no instrumento convocatório e à negociação das condições propostas, com a proponente melhor classificada, com base nos orçamentos detalhados apresentados e respectivos preços unitários e tendo como referência o limite representado pela proposta de menor preço entre os licitantes que obtiveram a valorização mínima;

III - no caso de impasse na negociação anterior, procedimento idêntico será adotado, sucessivamente, com os demais proponentes, pela ordem de classificação, até a consecução de acordo para a contratação;

Diante do estabelecido no art. 46, da Lei 8.666/93, não pode ser aplicada a Lei 123/2006, **na fase das Propostas de Preços**, pois a agência que ficou em primeiro lugar na fase da **Proposta Técnica**, terá apenas a obrigação de cobrir a proposta de **MENOR PREÇO** apresentada dentre as licitantes participantes, sem qualquer direito às licitantes de alterar o **VALOR** a proposta de preços apresentada no envelope "4" fechado.

Em razão do que estabelece a Lei 8.666/93 é necessário que sejam excluídos do Edital em questão os itens **“10.7.3; 10.7.4 e 10.7.4.1”**, pois os mesmos fere de morte o presente Edital e as Leis que regem esse tipo de licitação.

Sem mais para o momento,

Atenciosamente.

RESPOSTA:

Entidade : Fundação Educacional de Gurupi - UNIRG.

Solicitação : Pedido de Esclarecimento ao Edital da CP 001/2022.

Referencia : CONCORRÊNCIA PÚBLICA nº 001/2022

Objeto : Contratação de uma empresa especializada (Agência) - para a oferta de SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO E PUBLICIDADE

I - PEDIDODE ESCLARECIMENTO

Em síntese, o solicitante fez o seguinte pedido de esclarecimento:

*“Em se tratando a concorrência acima do tipo **“MELHOR TÉCNICA”**, a Lei 123/2006, só poderá ser aplicada na fase de Habilitação das agências de Publicidade.*

(...)

*Diante do estabelecido no art. 46, da Lei 8.666/93, não pode ser aplicada a Lei 123/2006, na fase das **Propostas de Preços**, pois a agência que ficou em primeiro lugar na fase da **Proposta Técnica**, terá apenas obrigação de cobrir a proposta de **MENOR PREÇO** apresentada dentre as licitantes participantes, sem qualquer direito às licitantes de alterar o **VALOR** a proposta de preços apresentada no envelope “4” fechado.*

*Em razão do que estabelece a Lei 8.666/93 é necessário que sejam excluídos do Edital em questão os itens **“10.7.3; 10.7.4 e 10.7.4.1”**, pois os mesmos fere de morte o presente Edital e as Leis que regem esse tipo de licitação. (...)*

II - RESPOSTA

Em exame ao questionamento formulado, observa-se que o Solicitante é sequioso em saber se o disposto na LC 123/06 também é aplicado às contratações regidas pela Lei 12.232/10, que dispõe sobre normas gerais de licitação e contratação de serviços publicitários, e, ainda, se há viabilidade ou mesmo obrigatoriedade em conceder o tratamento diferido às Microempresas (MEs) em certames, cujo critério de julgamento seja a técnica e preço.

É sabido que a aplicação das disposições da Lei Complementar 123/06 recaem sobre todas as contratações públicas indistintamente, no que se incluem aquelas regidas pela Lei 12.232/10. Sobre isso não se discute. Nada obstante, a compatibilidade entre o regime em preço e as licitações cujo julgamento envolva a técnica e o preço é objeto de certo dissenso doutrinário, sobretudo com relação à concessão do empate ficto.

A primeira corrente, conduzida por Marçal JUSTEN FILHO, defende a impossibilidade de utilização deste tipo licitatório (técnica e preço) com a concessão ao direito de empate ficto, veja-se:

“(...) Assim se passa porque a sistemática legislativa é claramente incompatível com as características das licitações tipo técnica e preço e de melhor técnica. A solução legal é orientada a produzir uma preferência especificamente no tocante à questão pecuniária.

Mas essa formulação deriva não apenas da inviabilidade material de adotar a solução legal para produzir desempate em licitações de técnica e preço e de melhor técnica. Há outro fundamento. Reside em que, nesses tipos de licitação, existe uma necessidade peculiar da Administração Pública, relacionada especificamente à qualidade técnica da proposta. Portanto, não seria cabível que fosse produzida uma preferência em favor de ME ou EPP fundada exclusivamente no aspecto pecuniário. Isso conduziria a desnaturar a destinação própria

do certame, transformando-o numa competição essencialmente econômica.

Mais ainda, não há cabimento em assegurar alguma vantagem para empresas de pequeno porte quando o interesse a ser satisfeito envolve aspectos técnicos. Nesse caso e ainda que o valor da proposta seja relevante, existe uma necessidade estatal relacionada à qualidade da prestação a ser executada. Assegurar uma vantagem para ME e EPP em tais condições conduziria ao risco de contratação de uma proposta de qualidade técnica inadequada” (1). (Sem grifos no original).

Compartilham do mesmo entendimento, Jair Eduardo SANTANA e Edgar GUIMARÃES:

“À guisa de conclusão, considerando que nas licitações do tipo *técnica e preço* e *melhor técnica* o fator *preço* não é determinante para a escolha do vencedor, sustentamos que em competitórios que contemplem estes tipos, não se aplica o regime jurídico consubstanciado nos artigos 44 e 45 da LC nº 123/06 (empate ficto e desempate), ficando tal disciplina restrita às licitações do tipo menor preço, sendo está, aliás, a acertada opção feita no âmbito federal, conforme inteligência do art. 5º do Decreto 6.204/07”. (2) (Destques dos autores).

No mesmo sentido, interessante mencionar também o posicionamento Sidney BITTENCOURT:

“A LC nº 123/06 não faz menção aos tipos licitatórios para a adoção da regra de preferência, o que numa primeira leitura, faz-se crer que não haveria restrição para sua aplicação nos existentes enor preço, melhor técnica, técnica e preço ou maior lance ou oferta). Todavia, avaliando-se com mais cautela o regramento, verificar-se-á que a aplicação está restrita ao tipo “menor preço”, uma vez que nos certames dos tipos “melhor técnica” ou “técnica e preço”, afigura-se total incompatibilidade, diante dos critérios próprios desses tipos, que exigem avaliação técnica e econômica diferenciadas”. (3)

Por outro lado, Joel de Menezes NIEBHUR defende a compatibilidade entre a aplicação do direito de preferência e o tipo licitatório técnica e preço:

“Convém ressaltar que é possível aplicar o direito de preferência estatuído na Lei Complementar nº 123/06 nas licitações do tipo técnica e preço. Ocorre que nelas há uma nota técnica e uma nota de preço, que são ponderadas para a obtenção do resultado final. Nesse sentido, pesar das dificuldades procedimentais, comentadas adiante, a microempresa ou a empresa de pequeno porte poderia reduzir o seu preço e, em vista disso, ainda que com a mesma técnica, passar a oferecer a proposta mais vantajosa à Administração”. (4)

Partilha entendimento semelhante, José Anacleto Abduch SANTOS:

“Nas licitações do tipo técnica e preço é também possível o exercício do direito de preferência. (...) A Lei Complementar determina que o empate ficto se dê entre propostas (e não entre preços propostos). (...) Assim, deduzido o resultado final de que existem ME ou EPP em situação de empate ficto, por haver obtido nota final inferior a 10% da nota final obtida pelo licitante melhor classificado, se este não for

também ME ou EPP, caso em que será imediatamente sagrado vencedor da disputa. Registre-se que o desempate nesta hipótese não pode se dar em face da nota final, que conjuga a nota técnica e o preço. O desempate vai se dar pela proposta de preço inferior ao preço originalmente proposto pelo melhor classificado. O novo e inferior preço será inserido na fórmula de nota final prevista no instrumento convocatório. A redução do preço deve ser suficiente para produzir nota técnica superior àquela originalmente melhor classificada, ainda que forçoso admitir que, dependendo do caso concreto, o preço deva sofrer redução significativa para produzir o aumento necessário na nota final - o que pode se tornar inviável economicamente induzir a necessária análise administrativa acerca da exequibilidade do preço proposto à guisa de desempate". (5)

Sem oposição ao exposto e por ANALOGIA ao âmbito da Administração Pública Federal, a celeuma foi expressamente dirimida pelas disposições do §8º do art. 5º do Decreto Federal 8.538/15, observe-se:

Art. 5º. Nas licitações, será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte. (...)

§8º. Nas licitações do tipo técnica e preço, o empate será aferido levando em consideração o resultado da ponderação entre a técnica e o preço na proposta apresentada pelos licitantes, sendo facultada à microempresa ou empresa de pequeno porte melhor classificada a possibilidade de apresentar proposta de preço inferior, nos termos do regulamento. (Grifos).

As supracitadas disposições regulamentares deixam bastante claro que nas licitações, inclusive aquelas cujo critério de julgamento seja a técnica e preço, deverá ser assegurado o direito de preferência às ME's. É compreensível que seja assim, afinal esse regramento é o que melhor se coaduna com os objetivos ultimados pela LC 123/06.

Destarte, a questão que foi proposta se resolve à luz das disposições do parágrafo único do art. 47 da LC 123/06, as quais determinam a aplicação do regulamento federal a outras esferas enquanto não sobrevir legislação estadual, municipal ou regulamento específico de cada órgão.

Respondendo objetivamente ao questionamento formulado, conclui-se ser obrigatório garantir às MEs o tratamento diferido prescrito na LC 123/06 nas licitações voltadas à contratação de serviços publicitários cujo critério de julgamento seja a técnica e preço, observando-se, para tanto, as regras prescritas no Decreto Federal 8.538/15, em especial o disposto no §8º do art. 5º.

Portanto, MANTÉM-SE os itens 10.7.3, 10.7.4 e 10.7.4.1 do Edital em questão.