

Estudos Brasinfra

A NOVA LEI DE LICITAÇÕES

Lei Federal nº 14.133 de 1º de abril de 2021



Tomo 04

Do edital à homologação da licitação

04

DO EDITAL (Arts. 53 a 55)

08

DA PARTICIPAÇÃO EM
CONSÓRCIO (Art. 15)

12

PASSO A PASSO DA FASE DE
DISPUTA

13

SEQUÊNCIA DE FASES

13

O PRESTÍGIO À FORMA ELETRÔNICA

14

CRITÉRIOS DE JULGAMENTO

20

APRESENTAÇÃO DE LANCES E
PROPOSTAS

22

MODOS DE DISPUTA

24

JULGAMENTO DE PROPOSTAS

32

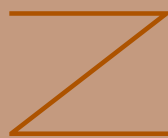
FASE DE HABILITAÇÃO

42

ENCERRAMENTO DA LICITAÇÃO

45

SIGLAS UTILIZADAS



O objetivo deste Tomo é apontar **as principais diferenças entre o procedimento da NLLC a respeito do fluxo da licitação desde a publicação do edital até a homologação da licitação.**

A fase preparatória da licitação será objeto de Tomo específico.

DO EDITAL (Arts. 53 a 55)

De início, destacamos as mudanças ocorridas em relação à publicação do edital. Os editais e seus anexos devem ser levados à publicação em diferentes veículos, garantindo-se ampla publicidade.

Em primeiro lugar, destaca-se que os editais e os seus anexos devem ser publicados no PNCP **em seu inteiro teor.**

Mas essa publicação não afasta o dever de publicar **o extrato** do edital no **Diário Oficial** da União, do Estado, do Distrito Federal ou do Município, ou, no caso de consórcio público, do ente de maior nível entre eles, **bem como em jornal diário de grande circulação.** Essa regra havia sido vetada, mas o veto foi derrubado.

A obrigação de publicação em jornal de grande circulação constava da Lei nº 8.666/93, foi afastada no RDC, mas é retomada na Lei nº 14.133/21. Logo, são três os locais em que se fará obrigatoriamente a publicação do inteiro teor ou de extratos do edital.

A isso se soma a **possibilidade** de publicá-los ainda no **sítio eletrônico oficial**, conceituado no Art. 6º, inc. LII, como sendo “sítio da internet, certificado digitalmente por autoridade certificadora, no qual o ente federativo divulga de forma centralizada as informações e os serviços de governo digital dos seus órgãos e entidades”.

No que tange à divulgação do edital, especialmente considerando a relevância que a publicidade tem não só para a boa governança das licitações, como para a preservação da transparência e da probidade, também foram produzidas mudanças.

Os Arts. 53 e 54 da NLLC previram que, encerrada a fase preparatória e aprovado o processo pelas áreas técnica e jurídica, a autoridade competente determinará a divulgação do edital, com a divulgação e manutenção de edital e anexos no PNCP, assim como a publicação do extrato no Diário Oficial.

Apenas serão facultativas a divulgação adicional e a manutenção de edital e anexos no sítio eletrônico da entidade federativa do órgão licitante.

Vale lembrar que a divulgação no PNCP é condição de validade tanto do processo licitatório quanto do contrato que vier posteriormente a ser celebrado.

Veja o quadro resumo das situações de publicação, sob pena de nulidade do processo:

LOCAL DE DIVULGAÇÃO	HIPÓTESE	SITUAÇÃO
PNCP	INTEIRO TEOR DO EDITAL ATÉ O CONTRATO E SEUS ADITIVOS	OBRIGATÓRIA
DIÁRIO OFICIAL	EXTRATO DE EDITAL E CONTRATO	OBRIGATÓRIA
JORNAIS DE GRANDE CIRCULAÇÃO	EXTRATO DE EDITAL E CONTRATO	OBRIGATÓRIA
SÍTIO ELETRÔNICO DA ENTIDADE LICITANTE	INTEIRO TEOR DE EDITAL E ANEXOS	FACULTATIVA
PNCP	DOCUMENTOS ELABORADOS NA FASE PREPARATÓRIA QUE NÃO TENHAM INTEGRADO EDITAL E ANEXOS - APÓS A HOMOLOGAÇÃO DO PROCESSO LICITATÓRIO	OBRIGATÓRIA ¹
SÍTIO ELETRÔNICO DA ENTIDADE LICITANTE	DOCUMENTOS ELABORADOS NA FASE PREPARATÓRIA QUE NÃO TENHAM INTEGRADO EDITAL E ANEXOS - APÓS A HOMOLOGAÇÃO DO PROCESSO LICITATÓRIO	FACULTATIVA
JORNAL DIÁRIO DE GRANDE CIRCULAÇÃO LOCAL	EXTRATO DO EDITAL PARA MUNICÍPIOS ATÉ 31/12/2023	OBRIGATÓRIA

No que tange aos prazos de publicação, esses foram em geral reduzidos, como se pode verificar na tabela abaixo, em homenagem ao princípio da celeridade, destacado no Art. 5º da NLLC.

¹ O orçamento estimado poderá ser sigiloso durante o trâmite do processo, e divulgado apenas após o seu encerramento, embora esteja disponível aos órgãos de controle externo e interno ao longo do processo (conforme Art. 24). Por conta disso, esse é um dos típicos documentos que serão exibidos apenas posteriormente. Para detalhes a respeito dessa sigilosidade, **acesse o Tomo aqui.**
<http://brasinfra.com.br/biblioteca/Tomo%2003%20%20Da%20fase%20preparat%C3%B3ria%20na%20NLLC.pdf>

PRAZO NA NLLC	HIPÓTESE NA NLLC	CRITÉRIO DE JULGAMENTO NA NLLC	COMPARANDO COM AS LEIS ANTERIORES
8 dias úteis	Aquisição de bens	Menor preço ou maior desconto	<p>Na Lei Geral de Licitações, o prazo dependeria da modalidade, podendo ser de 45 ou 30 dias corridos para concorrência, de 30 ou 15 dias corridos para tomada de preços ou 5 dias úteis para convites (Art. 21, §2º, da Lei nº 8.666/93).</p> <p>Realizando-se por pregão, o prazo seria de 8 dias úteis, mas como mínimo, podendo a entidade entender por ampliá-lo (Art. 4º, inc. V da Lei nº 10.520/02).</p> <p>No caso do RDC, esse prazo seria de 5 dias úteis (Art. 15, inc. I, alínea "a", da Lei nº 12.462/11).</p>
15 dias úteis		Demais hipóteses	<p>Na Lei Geral de Licitações, o prazo dependeria da modalidade, podendo ser de 45 ou 30 dias corridos para concorrência, de 30 ou 15 dias corridos para tomada de preços ou 5 dias úteis para convites (Art. 21, §2º, da Lei nº 8.666/93).</p> <p>No caso do RDC, esse prazo era de 10 dias úteis (Art. 15, inc. I, alínea "b", da Lei nº 12.462/11).</p>

PRAZO NA NLLC	HIPÓTESE NA NLLC	CRITÉRIO DE JULGAMENTO NA NLLC	COMPARANDO COM AS LEIS ANTERIORES
10 dias úteis	Serviços e Obras	Menor Preço ou maior desconto no caso de serviços comuns e obras e serviços comuns de engenharia**	<p>Na Lei Geral de Licitações, o prazo dependeria da modalidade, podendo ser de 45 ou 30 dias corridos para concorrência, de 30 ou 15 dias corridos para tomada de preços ou 5 dias úteis para convites (Art. 21, §2º, da Lei nº 8.666/93).</p> <p>Nos casos em que é possível a realização de pregão, a lei não fez diferenciação a partir do objeto, valendo a previsão do mínimo de 8 dias úteis referido no item anterior. No caso do RDC, esse prazo era de 15 dias úteis (Art. 15, inc. II, alínea "a" da Lei nº 12.462/11).</p>
25 dias úteis		Menor preço ou maior desconto no caso de serviços especiais e obras e serviços especiais de engenharia**	<p>A definição de obras e serviços especiais de engenharia não existia nas legislações anteriores, mas seria condizente com a previsão do Art. 15, inc. II, alínea "b" da Lei do RDC, em que era previsto o prazo de 30 dias úteis.</p> <p>No caso da Lei Geral de Licitações, prevaleciam possibilidades de concorrência em 45 ou 30 dias corridos (o primeiro aplicável à empreitada integral), tomada de preços em 15 dias corridos ou convite em 5 dias úteis (Art. 21, §2º da Lei nº 8.666/93).</p>
60 dias úteis		Contratação Integrada	<p>A lei do RDC não diferenciou os prazos em face do objetopodendo ser de 15 ou 30 dias úteis dependendo do critério de julgamento (Art. 15 da Lei nº 12.462/11),,</p>
35 dias úteis		Contratação semi-integrada ou nas hipóteses não abrangidas pelas referências anteriores	

PRAZO NA NLLC	HIPÓTESE NA NLLC	CRITÉRIO DE JULGAMENTO NA NLLC	COMPARANDO COM AS LEIS ANTERIORES
15 dias úteis	Bens, obras ou serviços	Maior lance	Na Lei Geral de Licitações, se a realização for por empreitada integral, o prazo seria de 45 dias corridos e, nas demais hipóteses, seria de 30 dias corridos (Art. 21, §2º da Lei nº 8.666/93). Realizando-se por pregão, o prazo também era de 8 dias úteis, mas como mínimo, podendo a entidade entender por ampliá-lo (Art. 4º, inc. V da Lei nº 10.520/02). No caso do RDC, para maior oferta o prazo seria de 10 dias úteis, conforme Art. 15, inc. III.
35 dias úteis		Técnica e preço ou melhor técnica ou conteúdo artístico	Na lei geral de licitações, o prazo seria de 45 dias corridos para a concorrência, conforme Art. 21, §2º, inc. I, alínea "b", na Lei nº 8.666/93. No caso do RDC, o prazo seria de 30 dias úteis, conforme Art. 15, inc. IV.

** Atenção: existe um erro na previsão legislativa, do prazo para **obras de engenharia**. A forma como está alocado no Art. 55, inc. II, alíneas "a" e "b" da NLLC, dá a entender que existiria o prazo de 10 dias úteis para **obras comuns** de engenharia e 25 dias úteis para **obras especiais**. Contudo, **não existe essa diferenciação na lei, somente a definição de serviços especiais de engenharia**, a exigir que a correção desse dado seja feita por alteração legislativa ou a partir de interpretações jurisprudenciais que vierem a ser fixadas.

DA PARTICIPAÇÃO EM CONSÓRCIO (Art. 15)

Na Lei nº 8.666/93, os consórcios só seriam possíveis quando a Administração Pública expressamente os admitisse no ato convocatório (edital ou carta-convite). Assim, a participação em consórcios se dava em caráter excepcional, se previamente autorizada pela Administração Pública.

Essa lógica se inverte na NLLC, inspirada pela disciplina do RDC (Art. 14, parágrafo único, inc. I). Assim, **na Lei 14.133/21, a exceção será a vedação ao consorciamento.**

O CONSÓRCIO NA LEI Nº 8.666/93	O CONSÓRCIO NA LEI Nº 14.133/21
Possível, mas depende de ser autorizado no edital	Permitido. Se a Administração Pública quiser vedá-lo, terá de fazer isso expressamente.

Isso porque o Art. 15 assegura participação em consórcio, salvo se houver vedação no edital e ela for devidamente justificada no processo licitatório. Portanto, importa checar se há proibição no edital, e, caso exista, se há justificativa para tanto nos autos do processo.

O segundo ponto a ser destacado é que, sendo **o caso de consórcio, os valores atinentes à qualificação econômico-financeira sofrerão elevação**. Se na lei anterior era apenas possível a elevação até 30% do valor, **a NLLC é imperativa e previu de antemão o aumento, que oscilará de 10% a 30%**, conforme definição no edital.

O terceiro ponto a ser destacado é que o **edital poderá definir um limite de empresas por consórcio**, o que dependerá de uma justificativa técnica da Administração Pública.

Não se trata de novidade real, porque assim sempre ocorreu.

Importante considerar que a decisão administrativa deve ser justificada e poderá ser questionada via impugnação, bem como pode ser objeto de representação junto ao Tribunal de Contas, e mesmo tema de ação judicial.

O quarto ponto a ser destacado é que **a NLLC trouxe uma regra que já era tradicional na aplicação da lei anterior**, mas que não constava de seu texto: **as alterações promovidas no consórcio dependerão de aprovação da Administração Pública.**

Também se exige que eventual nova empresa que o compuser terá de realizar as demonstrações que couberam às anteriores no que toca à habilitação, do ponto de vista tanto técnico quanto econômico.

Dessa forma, o consórcio como um todo há de atender os requisitos exigidos no edital.

Assim, em que pese esteja ampliada a previsão dos consórcios, também se ampliou o rigor na sua constituição e manutenção, à luz do que a jurisprudência foi aos poucos construindo desde a antiga lei.

Dito isso, veja-se o quadro comparativo da previsão nas referidas leis, com atenção aos negritos que indicam as principais mudanças:

LEI Nº 8.666/93	LEI Nº 14.133/21
Art. 33. Quando permitida na licitação a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas:	Art. 15. Salvo vedação devidamente justificada no processo licitatório , pessoa jurídica poderá participar de licitação em consórcio, observadas as seguintes normas:
I - comprovação do compromisso público ou particular de constituição de consórcio, subscrito pelos consorciados;	I - comprovação de compromisso público ou particular de constituição de consórcio, subscrito pelos consorciados;

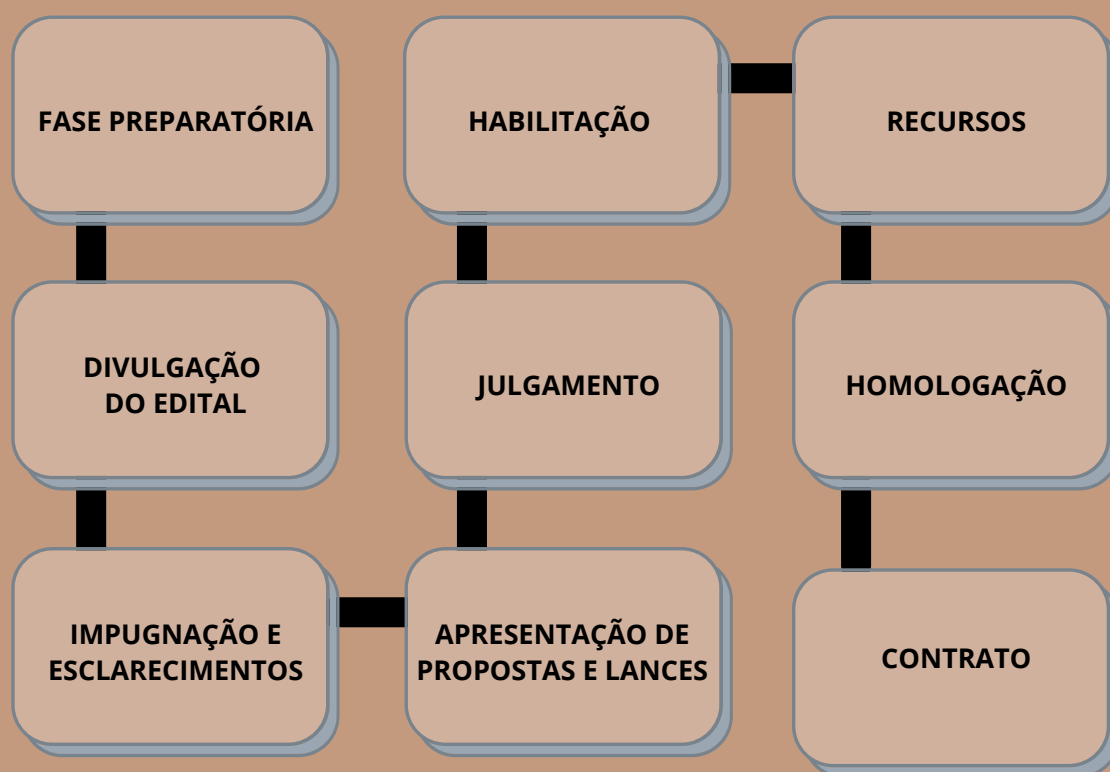
LEI Nº 8.666/93	LEI Nº 14.133/21
II - indicação da empresa responsável pelo consórcio que deverá atender às condições de liderança, obrigatoriamente fixadas no edital;	II - indicação da empresa líder do consórcio, que será responsável por sua representação perante a Administração;
Sem previsão correlata.	III - admissão, para efeito de habilitação técnica, do somatório dos quantitativos de cada consorciado e, para efeito de habilitação econômico-financeira, do somatório dos valores de cada consorciado;
IV - impedimento de participação de empresa consorciada, na mesma licitação, através de mais de um consórcio ou isoladamente;	IV - impedimento de a empresa consorciada participar, na mesma licitação, de mais de um consórcio ou de forma isolada;
V - responsabilidade solidária dos integrantes pelos atos praticados em consórcio, tanto na fase de licitação quanto na de execução do contrato.	V - responsabilidade solidária dos integrantes pelos atos praticados em consórcio, tanto na fase de licitação quanto na de execução do contrato.
III - apresentação dos documentos exigidos nos arts. 28 a 31 desta Lei por parte de cada consorciado, admitindo-se, para efeito de qualificação técnica, o somatório dos quantitativos de cada consorciado, e, para efeito de qualificação econômico-financeira, o somatório dos valores de cada consorciado, na proporção de sua respectiva participação, podendo a Administração estabelecer, para o consórcio, um acréscimo de até 30% (trinta por cento) dos valores exigidos para licitante individual, inexistente este acréscimo para os consórcios compostos, em sua totalidade, por micro e pequenas empresas assim definidas em lei.	§1º. O edital deverá estabelecer para o consórcio acréscimo de 10% (dez por cento) a 30% (trinta por cento) sobre o valor exigido de licitante individual para a habilitação econômico-financeira, salvo justificação. §2º. O acréscimo previsto no §1º deste artigo não se aplica aos consórcios compostos, em sua totalidade, de microempresas e pequenas empresas, assim definidas em lei.

LEI Nº 8.666/93	LEI Nº 14.133/21
§1º. No consórcio de empresas brasileiras e estrangeiras a liderança caberá, obrigatoriamente, à empresa brasileira, observado o disposto no inciso II deste artigo.	Sem previsão correlata.
§2º. O licitante vencedor fica obrigado a promover, antes da celebração do contrato, a constituição e o registro do consórcio, nos termos do compromisso referido no inciso I deste artigo.	§3º. O licitante vencedor é obrigado a promover, antes da celebração do contrato, a constituição e o registro do consórcio, nos termos do compromisso referido no inciso I do caput deste artigo.
Sem previsão correlata.	§4º. Desde que haja justificativa técnica aprovada pela autoridade competente, o edital de licitação poderá estabelecer limite máximo para o número de empresas consorciadas.
Sem previsão correlata.	§5º. A substituição de consorciado deverá ser expressamente autorizada pelo órgão ou entidade contratante e condicionada à comprovação de que a nova empresa do consórcio possui, no mínimo, os mesmos quantitativos para efeito de habilitação técnica e os mesmos valores para efeito de qualificação econômico-financeira apresentados pela empresa substituída para fins de habilitação do consórcio no processo licitatório que originou o contrato.

PASSO A PASSO DA FASE DE DISPUTA

Ainda que as fases da licitação estivessem retratadas na Lei nº 8.666/93, isso não se dava em um artigo específico. Ao revés, a NLLC fez questão de trazer o elenco das fases para facilitar sua compreensão e até tornar ainda mais visíveis as alterações empreendidas, o que gerou o seguinte fluxograma (vide Art. 17):

As fases da licitação vão seguir o presente fluxograma:



Sugerimos conhecer, então, o Tomo específico sobre a fase preparatória.

(<http://brasinfra.com.br/biblioteca/Tomo%2003%20Da%20fase%20preparat%C3%B3ria%20na%20NLLC.pdf>)

SEQUÊNCIA DE FASES

À luz da experiência advinda da inversão de fases na Lei do Pregão (Lei Federal nº 10.520/02), a NLLC entendeu por adotar tal inversão como regra, estabelecendo que o julgamento das propostas comerciais antecede a fase de habilitação.

Caso a Administração Pública entenda pela conservação do método anterior, ou seja, pela habilitação antes do julgamento da proposta comercial, isso dependerá de ato motivado com explicitação dos benefícios decorrentes e previsão expressa no edital.

Importante considerar que no pregão poderá ocorrer a fase de análise e julgamento de proposta depois da habilitação, caso devidamente motivado.

Vale dizer, a regra geral para as modalidades é o julgamento de proposta se dar em primeiro lugar. Mas o inverso pode ocorrer, agora, inclusive no pregão.

O PRESTÍGIO À FORMA ELETRÔNICA

As licitações serão realizadas preferencialmente sob a forma eletrônica, admitida a utilização da forma presencial apenas mediante motivação expressa, devendo a sessão pública ser registrada, no entanto, em ata e gravada em áudio e vídeo. No diálogo competitivo, a gravação em áudio e vídeo é imperativa.

Nos procedimentos realizados por meio eletrônico, a Administração Pública poderá determinar, como condição de validade e eficácia, que os licitantes pratiquem seus atos em formato eletrônico.

O reforço desse meio tem a ver, inclusive, com a tempestividade do envio, a segurança da informação e a transparência do procedimento, todos elementos importantes na implantação da governança.

ATENÇÃO

- 1 – Passa a existir uma fase preparatória mais detalhada e rigorosa para as licitações e contratações diretas
- 2 – Inversão de fases como regra: primeiro, a análise de propostas, antes da habilitação
- 3 – Prestígio à forma eletrônica para processos e comunicações

CRITÉRIOS DE JULGAMENTO

O próximo tópico aborda os critérios de julgamento, com especial atenção aos Arts. 33 a 39 da NLLC. São critérios possíveis:

MENOR PREÇO

MAIOR DESCONTO

**MELHOR TÉCNICA
OU CONTEÚDO
ARTÍSTICO**

TECNICA E PREÇO

**MAIOR LANCE
LEILÃO**

**MAIOR RETORNO
ECONÔMICO**

Os julgamentos por menor preço ou maior desconto e, quando couber, por técnica e preço, considerarão o menor dispêndio para a Administração, observados os parâmetros mínimos de qualidade definidos no edital.

Para esses casos, a NLLC inovou ao incorporar uma ideia que já se encontrava esparsa na legislação, e tornou mais certa a sua utilização no caso concreto, que é o respeito ao **ciclo de vida do produto ou serviço**.

Não importa à Administração Pública apenas o custo de aquisição de produtos e serviços, senão que observar todo o ciclo de vida que vai incluir, além dessa aquisição, os custos para manutenção, utilização, reposição, depreciação, impacto ambiental e destinação final, ao menos.

Na prática, um produto pode ser mais dispendioso no ato de aquisição, porém mais econômico ao longo do ciclo, significando que a Administração Pública deve priorizar os que se mostrem mais econômicos nesse conjunto. E, além do aspecto econômico, considerar o impacto ambiental que são capazes de gerar.

Isso porque a Administração Pública, como grande adquirente que é, e responsável por parcela expressiva do PIB brasileiro, deve preocupar-se com aquisições não só mais baratas, mas também mais adequadas e sustentáveis, além de ocupar um importante papel no fomento de melhores práticas pelo mercado fabricante/fornecedor.

Considerando o que as legislações esparsas já continham, situações específicas estavam destacadas, como é o caso de lâmpadas fluorescentes, equipamentos verdes (ou seja, aqueles com redução do consumo de energia elétrica), produtos reciclados ou recicláveis, previsões de logística reversa e reaproveitamento de matéria-prima, reúso de água e outras técnicas.

A proposta foi ampliada na NLLC, para prever essa possibilidade a um número maior de produtos e serviços, estabelecendo o §1º do Art. 34 que os custos indiretos, relacionados com as despesas de manutenção, utilização, reposição, depreciação e impacto ambiental do objeto licitado, entre outros fatores vinculados ao seu ciclo de vida, poderão ser considerados para a definição do menor dispêndio, sempre que objetivamente mensuráveis, conforme disposto em regulamento.

Até o lançamento deste Tomo não havia sido emitida regulamentação a respeito do tema, embora possam, os diversos entes federados, o realizar em suas esferas, mas já há um universo de situações objetivamente mensuráveis, que os editais poderão levar em consideração nos casos concretos e implementando-os.

No que tange ao julgamento por maior desconto, esse terá como referência o preço global fixado no edital, repetindo-se esse desconto nos eventuais termos aditivos que forem firmados.

Essa hipótese, portanto, já se mostra como exceção expressa ao caráter sigiloso do orçamento estimado, devendo-se franquear o preço máximo de referência para que os descontos possam ser praticados nas propostas, recusando-se qualquer tentativa de desconto às cegas.

Nesse sentido, a previsão do Art. 24, parágrafo único da NLLC. No que tange ao julgamento por melhor técnica (ou conteúdo artístico), serão levadas em conta as propostas técnicas (ou artísticas) apresentadas pelos licitantes, e o edital irá definir qual é o prêmio ou remuneração que será atribuído aos vencedores.

Esse critério servirá, conforme definido pelo parágrafo único do Art. 35, também para as contratações de projetos e trabalhos de natureza técnica, científica ou artística, a depender da motivação adotada pela Administração Pública.

No que tange ao julgamento por técnica e preço, será considerada a maior pontuação obtida a partir da composição das notas atribuídas a esses itens.

ATENÇÃO: esse critério será utilizado quando o estudo técnico preliminar demonstrar que a avaliação e a ponderação da qualidade técnica das propostas, que superarem os requisitos mínimos estabelecidos no edital, forem relevantes aos fins pretendidos pela Administração Pública, nos seguintes casos:

- a) serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual, caso em que esse critério deverá ser preferencialmente o empregado;
- b) serviços majoritariamente dependentes de tecnologia sofisticada e de domínio restrito, conforme atestado por autoridades técnicas de reconhecida qualificação;
- c) bens e serviços especiais de tecnologia da informação e de comunicação;
- d) **obras e serviços especiais de engenharia;**
- e) objetos que admitam soluções específicas e alternativas e variações de execução, com repercussões significativas e concretamente mensuráveis sobre sua qualidade, produtividade, rendimento e durabilidade, quando essas soluções e variações puderem ser adotadas à livre escolha dos licitantes, conforme critérios objetivamente definidos no edital.

No que tange às propostas técnicas no critério técnica e preço, essas deverão ser adotadas na proporção máxima de 70% para técnica. Também não serão possíveis proporções com técnica inferior a 50%.

Para o critério de técnica e preço, a NLLC ainda mencionou a utilização de novo recurso: os cadastros positivos de desempenho.

Assim aqueles que forem bem avaliados, a partir de critérios objetivos, pelos seus prestadores anteriores, poderão ter nota diferenciada. O objetivo último é incentivar a melhoria de desempenho dos contratados, estimulando que, os atestados daí advindos, sirvam de diferencial em licitações futuras em todo o país.

Nesse sentido, deverá ser seguido o disposto nos Arts. 36, §3º e 88, §§3º e 4º da NLLC, ou seja:

a) a atuação do contratado no cumprimento de obrigações assumidas será avaliada pelo contratante, que emitirá documento comprobatório da avaliação realizada, com menção ao seu desempenho na execução contratual, **baseado em indicadores objetivamente definidos e aferidos, e a eventuais penalidades aplicadas,** o que constará do registro cadastral em que a inscrição for realizada, conforme §3º do Art. 88 da NLLC;

b) a anotação do cumprimento de obrigações pelo contratado, referida na alínea anterior, **será condicionada à implantação e à regulamentação do cadastro de cumprimento de obrigações,** apto à realização do registro de forma objetiva, em atendimento aos princípios da impessoalidade, da igualdade, da isonomia, da publicidade e da transparência, de modo a possibilitar a implementação de medidas de incentivo aos licitantes que possuírem ótimo desempenho em seu registro cadastral.

No que tange ao critério de melhor técnica ou técnica e preço, deverá ser observado, cumulativamente, o seguinte:

a) verificação da **capacitação e da experiência do licitante,** comprovadas por meio da apresentação de atestados de obras, produtos ou serviços previamente realizados;

b) atribuição de **notas a quesitos de natureza qualitativa por banca designada para esse fim,** de acordo com orientações e limites definidos em edital, considerados a demonstração de conhecimento do objeto, a metodologia e o programa de trabalho, a qualificação das equipes técnicas e a relação dos produtos que serão entregues.

Essa banca terá no mínimo 3 membros, e poderá ser composta por servidores efetivos ou empregados públicos pertencentes aos quadros permanentes da Administração Pública, bem como por profissionais contratados por conhecimento, experiência ou renome na avaliação dos quesitos especificados no edital, desde que seus trabalhos sejam supervisionados na forma prevista na NLLC;

c) atribuição de **notas por desempenho do licitante em contratações anteriores**, aferida nos documentos comprobatórios mencionados do §3º do Art. 88 da NLLC (retro referido), e em registro cadastral unificado disponível no PNCP.

A redação legal, ao reunir as três exigências retro (letras “a”, “b” e “c”) tutela o interesse público, e possibilita a seleção da licitante mais bem preparada para a assunção do objeto.

A NLLC estabeleceu o uso obrigatório de critérios de julgamento em alguns casos (melhor técnica ou técnica e preço em proporção 7x3), conforme previsto no Art. 37, §2º.

Esses casos seriam, cumulativamente:

a) contratação dos seguintes **serviços técnicos especializados** de natureza predominantemente intelectual **cujo valor estimado seja superior a R\$ 300.000,00;**

b) contratação de estudos técnicos, planejamentos, projetos básicos e projetos executivos; ou fiscalização, supervisão e gerenciamento de obras e serviços; ou controles de qualidade e tecnológico, análises, testes e ensaios de campo e laboratoriais, instrumentação e monitoramento de parâmetros específicos de obras e do meio ambiente e demais serviços de engenharia que se enquadrem na definição de serviço de natureza predominantemente intelectual.

O objetivo é priorizar que nesses casos a técnica seja levada em conta e não se transformem as hipóteses numa mera competição de preços, com a possibilidade do aviltamento desses e do mercado respectivo.

Ainda no que tange aos **critérios de melhor técnica ou técnica e preço, a obtenção de pontuação devido à capacitação técnico-profissional deverá exigir que a execução do respectivo contrato a ser celebrado tenha, de fato, participação direta e pessoal do profissional competente.**

No que tange ao critério por maior retorno econômico, utilizado exclusivamente para a celebração de contratos de eficiência ou desempenho, considerará a maior economia para a Administração, e a remuneração deverá ser fixada em percentual que incidirá de forma proporcional à economia efetivamente obtida na execução do contrato.

Saiba mais sobre esse critério de julgamento, bem como sobre os contratos de desempenho e eficiência, no Tomo específico.

O quadro a seguir ilustra como eram e como ficaram os critérios de julgamento:

CRITÉRIO	LEI Nº 8.666/93	LEI Nº 10.520/02	LEI Nº 12.42/11	LEI Nº 14.133/21
LEI	LEI GERAL ANTERIOR	LEI DO PREGÃO	LEI DO RDC	NLLC
DISPOSITIVO	ART. 45, §1º	ART. 4º	ART. 18	ART. 33
MENOR PREÇO	X	X	X	X
MAIOR DESCONTO			X	X
MELHOR TÉCNICA	X		X ²	X ³
TÉCNICA E PREÇO	X		X	X
MAIOR LANCE OU OFERTA	X		X	X
MAIOR RETORNO ECONÔMICO			X	X

² Melhor técnica ou conteúdo artístico.

³ Melhor técnica ou conteúdo artístico.

ATENÇÃO A IMPORTANTES INSERÇÕES NA NLLC:

- 1 – Ciclo de vida do produto ou serviço incorporado à ideia de preço;**
- 2 – Licitações por maior desconto exigem divulgação do preço no edital (exceção à regra da sigilosidade);**
- 3 – Técnica e preço para casos específicos e com limite da técnica a 70% do peso;**
- 4 – Cadastro positivo por desempenho: possibilidade de pontuação especial para bons prestadores de serviço em contratos anteriores;**
- 5 – Uso obrigatório de melhor técnica ou técnica e preço para casos específicos;**
- 6 – Mudanças na aceitação de ACTs;**
- 7 – Maior espaço para contratos de eficiência ou por desempenho.**

APRESENTAÇÃO DE LANCES E PROPOSTAS

Este tópico diz respeito à apresentação de lances e propostas após a divulgação do edital de licitação.

Segundo o Art. 55, o prazo mínimo para a apresentação desses será de:

PRAZO	HIPÓTESE	CRITÉRIO DE JULGAMENTO
8 dias úteis	Aquisição de bens	Menor preço ou maior desconto
15 dias úteis		Demais hipóteses
10 dias úteis	Serviços e Obras	Menor preço ou maior desconto no caso de serviços comuns e obras e serviços comuns de engenharia
25 dias úteis		Menor preço ou maior desconto no caso de serviços especiais e obras e serviços especiais de engenharia
60 dias úteis		Contratação Integrada
35 dias úteis		Contratação semi-integrada ou nas hipóteses não abrangidas pelas referências anteriores
15 dias úteis		Bens, obras ou serviços
35 dias úteis	Técnica e preço ou melhor técnica ou conteúdo artístico	

Importante ainda destacar que:

a) eventuais modificações no edital implicarão nova divulgação na mesma forma de sua divulgação inicial, além do cumprimento dos mesmos prazos dos atos e procedimentos originais, exceto quando a alteração não comprometer a formulação das propostas (similar à previsão na legislação anterior);

b) os prazos previstos no quadro anterior poderão, por decisão fundamentada, ser reduzidos até a metade nas licitações realizadas pelo Ministério da Saúde no âmbito do SUS.

MODOS DE DISPUTA

O presente tópico é sobre os modos de disputa nas licitações, que sofreu sensível alteração na NLLC.

Ao contrário do que previsto na Lei nº 8.666/93, a disputa aberta ou híbrida será possível, com disputa de lances, inclusive por inspiração da lei do pregão e da vantajosidade de buscar o menor preço ou maior desconto, acirrando a competitividade em prol do erário.

As condições, no entanto, estão claramente previstas na NLLC da seguinte forma, especialmente nos Arts. 56 a 58:

MODO DE DISPUTA	UTILIZAÇÃO
ABERTO	Licitantes poderão ofertar lances públicos e sucessivos, crescentes ou decrescentes
	Vedado para técnica e preço
FECHADO	Manutenção do sigilo até dia e hora designados para divulgação
	Vedado para menor preço ou maior desconto

Além disso, importante considerar que:

- a) serão considerados intermediários os lances iguais ou inferiores ao maior já ofertado (quando adotado o critério de julgamento de maior lance) e os lances iguais ou superiores ao menor já ofertado (quando adotados quaisquer outros critérios de julgamento);
- b) após a definição da melhor proposta, se a diferença em relação à proposta classificada em segundo lugar for de, pelo menos, 5%, a Administração Pública poderá admitir o reinício da disputa aberta, nos termos estabelecidos no edital, para a definição das demais colocações;
- c) nas licitações de obras ou serviços de engenharia, após o julgamento, o licitante vencedor deverá reelaborar e apresentar à Administração Pública, por meio eletrônico, as planilhas com indicação dos quantitativos e dos custos unitários, bem como com detalhamento de BDI e encargos sociais, com os respectivos valores adequados ao valor final da proposta vencedora, admitida a utilização dos preços unitários (no caso de empreitada por preço global, empreitada integral, contratação semi-integrada e contratação integrada), exclusivamente para eventuais adequações indispensáveis no cronograma físico-financeiro e para balizar excepcional aditamento posterior do contrato;
- d) o edital poderá estabelecer intervalo mínimo de diferença de valores entre os lances, que incidirá tanto em relação aos lances intermediários quanto em relação à proposta que cobrir a melhor oferta;
- e) poderá ser exigida, no momento da apresentação da proposta, a comprovação do recolhimento de quantia a título de garantia de proposta, como requisito de pré-habilitação, não superior a 1% do valor estimado para a contratação;
- f) a garantia de proposta será devolvida no prazo de 10 dias úteis, contado da assinatura do contrato ou da data em que for declarada fracassada a licitação;
- g) implicará execução do valor integral da garantia de proposta a recusa em assinar o contrato ou a não apresentação dos documentos para a contratação;
- h) a garantia de proposta poderá se dar em uma das modalidades descritas no Art. 96, §1º, da NLLC, as mesmas da legislação anterior, ou seja, caução em dinheiro, títulos da dívida pública, seguro-garantia e fiança bancária.

JULGAMENTO DE PROPOSTAS

O próximo tópico é a respeito do julgamento, destacando o Art. 59 que **serão desclassificadas as propostas que:**

- a) contiverem vícios insanáveis;
- b) não obedecerem às especificações técnicas pormenorizadas no edital;
- c) **apresentarem preços inexequíveis ou permanecerem acima do orçamento estimado para a contratação;**
- d) não tiverem sua exequibilidade demonstrada, quando exigido pela Administração Pública;
- e) apresentarem desconformidade com quaisquer outras exigências do edital, desde que insanável.

A Administração Pública poderá fazer diligências para aferir a exequibilidade das propostas ou exigir que os licitantes a demonstrem, podendo a verificação da conformidade se dar exclusivamente em relação à proposta mais bem classificada.

A NLLC acaba por absorver os entendimentos de que inexequibilidade não se presume e permite a manifestação do licitante a seu respeito.

No caso de obras e serviços de engenharia e arquitetura, para efeito de avaliação de exequibilidade e sobrepreço, serão considerados o preço global, os quantitativos e os preços unitários tidos como relevantes, observado o critério de aceitabilidade de preços unitário e global a ser fixado no edital, conforme as especificidades do mercado correspondente.

No caso de obras e serviços de engenharia, serão consideradas inexequíveis as propostas cujos valores forem inferiores a 75% do valor orçado pela Administração, em substituição à regra que constava na lei anterior (cujos percentuais seriam fruto de uma aritmética que levava em conta o valor orçado ou a média sobre propostas apresentadas).

Está vedada a apresentação de proposta em patamar inferior ao fixado na lei. São inexequíveis, uma vez que a lei assim previu.

No caso de obras e serviços de engenharia, ainda, **será exigida garantia adicional do licitante vencedor cuja proposta for inferior a 85% do valor orçado pela Administração**, equivalente à diferença entre esse último e o valor da proposta, sem prejuízo das demais garantias exigíveis de acordo com a lei.

No caso de empate entre duas ou mais propostas, é importante destacar que as regras mudaram sensivelmente e que não existe mais a possibilidade de sorteio.

Há uma ordem específica de desempate, a saber:

a) a primeira grande mudança é permitir uma **nova rodada de apresentação de propostas** pelos licitantes empatados, em ato contínuo à classificação, o que poderá liquidar a hipótese.

Isso se aplicará se as propostas já não estiverem no limite de exequibilidade já referido.

b) **se não for suficiente, ou se não se puder adotar o inciso I acima referido, poderá ser procedida avaliação de desempenho contratual prévio dos licitantes**, para a qual deverão preferencialmente ser utilizados registros cadastrais para efeito de atesto de cumprimento de obrigações previstos na NLLC. Daí a importância de os licitantes primarem na execução de seus contratos para o alcance desses atestos especiais;

c) se não suficiente, inexistentes registros conforme item anterior ou até que seja regulamentado, será avaliado o desenvolvimento pelo licitante de ações de equidade entre homens e mulheres no ambiente de trabalho, conforme regulamento. Mais uma vez o uso da legislação para fomento de boas práticas;

d) se não suficiente, será avaliado o desenvolvimento pelo licitante de programa de integridade, conforme orientações dos órgãos de controle.

Veja o comparativo das leis no que tange aos critérios de desempate de preços:

CRITÉRIO	LEI Nº 8.666/93	LEI Nº 10.520/02	LEI Nº 12.42/11	LEI Nº 14.133/21
LEI	LEI GERAL ANTERIOR	LEI DO PREGÃO	LEI DO RDC	NLLC
DISPO- SITIVO	ART. 45, §2º	Sem regra própria	ART. 25	ART. 60
	<p>1) critérios de preferência por bens e serviços conforme tabela abaixo*</p> <p>2) sorteio em sessão pública.</p>	Sem regra própria	<p>1) disputa final com nova proposta fechada;</p> <p>2) avaliação de desempenho contratual anterior, desde que exista sistema objetivo de avaliação;</p> <p>3) bens e serviços com tecnologia desenvolvida no país;</p> <p>4) bens e serviços produzidos de acordo com processo produtivo básico;</p> <p>5) critérios de preferência por bens e serviços conforme tabela abaixo*;</p> <p>6) sorteio.</p>	<p>1) disputa final com nova proposta;</p> <p>2) avaliação de desempenho contratual anterior, decorrente preferencialmente de registros cadastrais para efeito de atesto;</p> <p>3) desenvolvimento de ações de equidade entre homens e mulheres no ambiente de trabalho;</p> <p>4) desenvolvimento de programa de integridade.</p>

Em igualdade de condições, se não houver desempate conforme itens anteriores, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços produzidos ou prestados por:

a) empresas estabelecidas no território do Estado ou do Distrito Federal do órgão ou entidade da Administração Pública estadual ou distrital licitante ou, no caso de licitação realizada por órgão ou entidade municipal, no território do Estado em que esse se localize;

b) empresas brasileiras;

c) empresas que invistam em pesquisa e desenvolvimento de tecnologia no país;

d) empresas que comprovem a prática de mitigação prevista na Lei nº 12.187/09, ou seja, mudanças e substituições tecnológicas que reduzam o uso de recursos e as emissões por unidade de produção, bem como a implementação de medidas que reduzam as emissões de gases de efeito estufa e aumentem os sumidouros;

e) essas regras serão aplicáveis sem prejuízo das preferências da Lei Complementar nº 123/06, referentes a microempresas e empresas de pequeno porte.

Veja o comparativo das leis no que tange aos critérios de preferência de produtos:

CRITÉRIO	LEI Nº 8.666/93	LEI Nº 10.520/02	LEI Nº 12.42/11	LEI Nº 14.133/21
LEI	LEI GERAL ANTERIOR	LEI DO PREGÃO	LEI DO RDC	NLLC
DISPOSITIVO	ART. 3º, §2º* ART. 3º, §5º	Sem regra própria	ART. 38	ART. 60, §1º
	1) produzidos no país; 2) produzidos ou prestados por empresas brasileiras;	Sem regra própria	1) bens e serviços com tecnologia desenvolvida no país;	1) empresas brasileiras locais, conforme explicações retro;

CRITÉRIO	LEI Nº 8.666/93	LEI Nº 10.520/02	LEI Nº 12.42/11	LEI Nº 14.133/21
LEI	LEI GERAL ANTERIOR	LEI DO PREGÃO	LEI DO RDC	NLLC
DISPOSITIVO	ART 3º, §2º* ART. 3º, §5º	Sem regra própria	ART. 38	ART. 60, §1º
	<p>3) produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e desenvolvimento de tecnologia no país (desde 2005);</p> <p>4) produzidos ou prestados por empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos PCD ou reabilitados do INSS (desde 2015).</p>	Sem regra própria	<p>2) bens e serviços produzidos de acordo com processo produtivo básico;</p> <p>3) os previstos para a Lei nº 8.666/93, Art. 3º, §2º ao lado*;</p> <p>4) desempate ficto para empresas de pequeno porte e microempresas (Arts. 42 a 49 da LC 12/06).</p>	<p>2) empresas brasileiras;</p> <p>3) empresas que invistam em pesquisa e desenvolvimento tecnológico no país;</p> <p>4) empresas que comprovem práticas de mitigação do efeito estufa.</p>

CRITÉRIO	LEI N° 8.666/93	LEI N° 10.520/02	LEI N° 12.42/11	LEI N° 14.133/21
LEI	LEI GERAL ANTERIOR	LEI DO PREGÃO	LEI DO RDC	NLLC
DISPOSITIVO	ART 3º, §2º* ART. 3º, §5º	Sem regra própria	ART. 38	ART. 60, §1º
	<p>Também:</p> <p>5) produtos manufaturados e para serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras (desde 2015);</p> <p>6) bens e serviços produzidos ou prestados por empresas que comprovem reserva para PCD ou reabilitado do INSS e que atendam às regras de acessibilidade (desde 2015).</p>			

Assim, estão à disposição critérios de desempate e de preferência.

Espera-se que, com essa rica gama de critérios, os entraves sejam desfeitos, tanto por ser levada em conta a meritocracia aos licitantes quanto em decorrência do fomento de condições especiais ao mercado, mudanças substanciais e bem-vindas face ao antigo critério final do desempate por sorteio.

Em que pese isso, **não está descartada a ocorrência de sorteio para ordem de utilização em relação à hipótese de credenciamento de licitantes igualmente aprovados**, a fim de estabelecer um adequado, objetivo e isonômico rodízio entre credenciados. Dessa hipótese se excetua os casos em que a escolha do credenciado é opção do usuário (como ocorre com laboratórios, clínicas e médicos para exames admissionais/demissionais, postos de abastecimento, hospedagem etc.).

Dito isso, **aplicados os critérios e, se necessário, os de desempate (real ou ficto), a Administração Pública ainda poderá negociar condições mais vantajosas com o primeiro colocado, conforme Art. 61.**

Esse dispositivo, que busca o aumento da vantajosidade da contratação à Administração Pública, em princípio não teria restringido o conceito de “condições mais vantajosas” apenas ao preço global.

Com isso, ao menos em tese, seriam possíveis negociações atinentes a prazos de entrega, prazos de pagamento, declínio de antecipações de pagamentos, liberação de pagamento de êxitos, cronograma etc.

Mas isso não pode ocorrer de qualquer forma:

a) de um lado, não é possível proceder a negociações que desfigurem o objeto;

b) de outro, não é possível proceder a negociações que signifiquem a obtenção de vantagens que não foram oportunizadas aos outros licitantes e que caracterizem quebra da impessoalidade, quebra da isonomia ou afrouxamento dos rigores de execução contratual;

c) ainda, importante destacar que a preterição do 1º colocado nesses casos somente é possível quando a sua proposta for acima do valor estimado na contratação, findando-se as possibilidades de se recorrer aos próximos colocados se o preço estiver igual ou aquém do estimado.

Contudo, avaliando-se o contido no §1º do Art. 61 da NLLC, parece que a intenção do legislador foi de circunscrever a negociação dessa etapa a questões de ordem financeira e ao valor global da proposta de preços, quando estabeleceu que a negociação poderá ser feita com os demais licitantes, segundo a ordem de classificação inicialmente estabelecida, quando o primeiro colocado, mesmo após a negociação, for desclassificado em razão de sua proposta permanecer “acima do preço máximo definido pela Administração”.

Vale lembrar que, até esse momento, ainda é sigiloso o orçamento pela Administração Pública (se não estiver divulgado no edital).

Mas é importante ponderar que essa situação é lesiva e por isso não deve prevalecer. Os competidores devem nesse momento conhecer o orçamento para que possam avaliar qual a régua para eventual desclassificação. Não parece razoável obrigar os competidores a uma negociação às cegas desclassificá-los porque a negociação não foi frutífera sem antes informar o preço estimado.

ATENÇÃO AOS SEGUINTE PONTOS:

- 1 - A comprovação de exequibilidade de proposta ainda é obrigação do licitante**
- 2 - A exequibilidade para engenharia e arquitetura levará em conta preço global e quantitativos e preços unitários dos itens relevantes**
- 3 - A proposta é inexequível quando o valor ofertado for inferior a 75% do preço orçado**

ATENÇÃO AOS SEGUINTE PONTOS:

4 - Propostas inferiores a 85% terão exigência de garantia adicional

5 - Há mudanças importantes nos critérios de desempate

6 - Há regra de negociação com o 1º colocado e possibilidade de desconsideração das ofertas acima do orçamento estimado, que não deve ser mais sigiloso

FASE DE HABILITAÇÃO

Importante destacar as mudanças quanto à fase de habilitação, em que serão avaliadas, segundo o Art. 62 da NLLC, as seguintes capacidades: jurídica, técnica, fiscal, social, trabalhista e econômico-financeira.

As principais alterações relativas a essa fase são:

a) considerando que houve, como regra, a inversão de fases (avaliação das propostas técnica e/ou de preço antes da habilitação), somente será exigida a apresentação dos documentos de habilitação do licitante vencedor, excetuada a hipótese de a habilitação anteceder a fase de julgamento;

b) a lei inseriu como obrigação a apresentação de algumas declarações emitidas pelos licitantes, parte delas já tradicional nos editais, mas agora alçadas a condições habilitatórias: declaração de que atendem aos requisitos habilitatórios; declaração de que cumprem as exigências de reserva de cargos para PCD e reabilitados da Previdência Social, previstas em lei ou normas específicas; declaração de que as propostas econômicas compreendem a integralidade dos custos para atendimento dos direitos trabalhistas assegurados na Constituição

Federal, nas leis trabalhistas, nas normas infralegais, nas convenções coletivas de trabalho e nos termos de ajustamento de conduta vigentes na data de entrega das propostas;

c) ainda há a previsão de realização de vistoria técnica.

Contudo, duas alterações importantes foram promovidas, à luz do que a jurisprudência, especialmente dos Tribunais de Contas, tem apontado.

De um lado, que a **vistoria prévia só deve ser determinada pela Administração Pública quando for imprescindível** para o conhecimento pleno das condições e peculiaridades do objeto a ser contratado, o que exigirá motivação nos autos.

De outro lado, **o claro direito do licitante de, em lugar de a realizar, declarar nos autos, através de seu responsável técnico, que conhece o local e as condições de realização da obra ou serviço.**

Embora a substituição, da vistoria pela declaração seja direito do licitante, a NLLC previu dever de o edital a isso se referir;

d) No entanto, para aqueles que pretenderem a vistoria prévia, a Administração Pública deverá disponibilizar data e horários **diferentes** para os eventuais interessados.

No que tange à possibilidade de juntada de outros documentos, após a entrega dos documentos de habilitação, a NLLC aprimorou a redação da lei anterior a respeito do assunto, em atenção à evolução jurisprudencial, e previu que **é possível a juntada de novos documentos desde que seja feito em sede de diligência e para uma de duas hipóteses:**

a) complementação de informações acerca dos documentos já apresentados pelos licitantes e desde que necessária para apurar fatos existentes à época da abertura do certame;

b) atualização de documentos cuja validade tenha expirado após a data de recebimento das propostas.

Vale destacar aqui que o TCU tem reiterado o posicionamento de que situações pré-constituídas que, porventura, não tenham sido objeto de apresentação de

documento à época da habilitação, podem ser supridas – pela Administração Pública, quando se trata de mera consulta on-line, ou pelo licitante, por juntada posterior.

Não se trata, assim, de uma inovação na esfera de documentos do licitante, senão da demonstração a posteriori de um requisito que já se encontrava implementado ao tempo da apresentação da proposta, como forma de prestigiar o menor preço ou maior vantagem em lugar do formalismo exacerbado.

Além disso, o §1º do Art. 64 da NLLC prevê que, na análise dos documentos de habilitação, a comissão de licitação poderá sanar erros ou falhas que não alterem a substância dos documentos e sua validade jurídica, mediante despacho fundamentado registrado e acessível a todos, atribuindo-lhes eficácia para fins de habilitação e classificação.

Prestigiam-se o aumento da competitividade e a busca de propostas mais vantajosas, preterindo-se eventuais erros passíveis de convalidação, especialmente na nova sistemática, em que essa análise está se dando sobre a melhor proposta.

Para além disso, a NLLC previu, na sequência, a proibição de repristinação de fases e a ocorrência de preclusão para a Administração Pública, quando estabeleceu no §2º do Art. 64 que, quando a fase de habilitação anteceder a de julgamento e já tiver sido encerrada, não caberá exclusão de licitante por motivo relacionado à habilitação, salvo em razão de fatos supervenientes ou só conhecidos após o julgamento.

Embora a NLLC não tenha dito, a lógica se operaria ao reverso. Na fase de habilitação, se posterior à de julgamento, também não faria sentido repristinação de fases e proceder-se à desclassificação do licitante.

No que tange às condições de habilitação, cabe ao edital prevê-las sem transbordar as previsões da lei.

É importante lembrar, nesse ponto, que a LINDB acolheu o **princípio da não-surpresa**. Nesse sentido, a LINDB previu dois pontos:

a) no Art. 23, estipulou que a decisão administrativa que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado,

impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever um **regime de transição** quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime, eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais. Assim qualquer interpretação ou determinação é regra para o futuro, sem a possibilidade de aplicações surpresa e retroativas;

b) no Art. 24, estipulou que a revisão na esfera administrativa, quanto à validade de um ato, contrato, ajuste processo ou norma cuja produção já se houver completado levará em conta as **orientações gerais da época**, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.

Com isso, é fundamental que o poder de diligenciamento da Administração Pública tenha limites e não lhe permita inovar em relação ao edital e começar a pedir o que nele não estava previsto.

Portanto, não são toleráveis abruptas mudanças de comportamento.

Isso coaduna, inclusive, com o objetivo de **padronização** buscado pela NLLC, diminuindo-se os riscos de pessoalidade, dirigismo, subjetivismo e atecnia.

Aproveitamos para sugerir a atenção para eventuais súmulas, instruções normativas, deliberações, pareceres vinculantes, enunciados e outras espécimes que demonstram os posicionamentos assentados pela entidade licitante (ou por quem dessa cabe cumprir as posições).

Apesar de não se poder catalogar como mudanças estruturais, alguns pontos foram trazidos à NLLC em atendimento ao que doutrina e jurisprudência já vinham pregando e normalmente já se via refletido nos editais contemporâneos. Agora, alçadas ao patamar de norma legal, deverão ser observadas em todas as esferas da Federação.

Destaque ao contido nos Arts. 65 e 66, especialmente ao seguinte:

a) é possível a substituição de demonstrações contábeis por balanço de abertura no caso de empresas criadas no exercício financeiro da licitação (no caso de aberturas de propostas em um ano e lançamento da licitação no ano anterior, se ainda não exigíveis as demonstrações, a regra também deve prevalecer);

b) a fase de habilitação poderá acontecer por processo eletrônico de comunicação à distância, conforme regulamento próprio;

c) a fase de habilitação jurídica limita-se à comprovação de existência jurídica e, quando cabível, de autorização para o exercício da atividade a ser contratada.

Em lugar de listar os documentos, o Art. 66 estabeleceu o gênero de documentação necessária, cabendo ao edital a especificação, atentando-se para o fato de que a finalidade é demonstrar a capacidade de o licitante exercer direitos e assumir obrigações.

A título de exemplo, podem ser citados o CPF para a pessoa física, o CNPJ para a pessoa jurídica, a autorização para exercício de profissões liberais nos casos em que é exigível, e a autorização para funcionamento de atividades reguladas.

No que tange à qualificação técnica, agora pela lei já denominada como qualificações técnico-profissional e técnico-operacional, o Art. 67 previu as seguintes exigências:

a) para a qualificação técnico-profissional, será possível a apresentação de atestado de capacidade técnica em nome de profissional que esteja devidamente registrado no conselho profissional competente (se for o caso), tanto para obras quanto para serviços, esses com características similares ao da licitação;

b) para a qualificação técnico-operacional, será possível a apresentação de certidão ou atestado, emitidos pelo conselho profissional competente (se for o caso), que demonstrem capacidade operacional na execução de serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior, bem como os documentos de experiência pretérita listados no §3º do Art. 88 da NLLC e já ressaltados neste Tomo;

c) indicação de pessoal técnico, instalações e aparelhamento adequados e disponíveis para a realização do objeto licitado, bem como da qualificação de cada membro da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos.

Vale destacar que a nova disposição do texto na lei buscou extirpar dúvidas sobre a dicção do Art. 30, inc. II da Lei nº 8.666/93.

As situações de mera indicação e as situações de comprovação foram separadas, evitando equívocos sobre a interpretação do dispositivo. Veja a propósito a diferença das proposições:

LEI Nº 8.666/93	LEI Nº 14.133/21
<p>Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:</p> <p>II – comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos.</p>	<p>Art. 67. A documentação relativa à qualificação técnico-profissional e técnico-operacional será restrita a:</p> <p>I - apresentação de profissional, devidamente registrado no conselho profissional competente, quando for o caso, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, para fins de contratação – exige comprovação;</p> <p>II - certidões ou atestados, regularmente emitidos pelo conselho profissional competente, quando for o caso, que demonstrem capacidade operacional na execução de serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior, bem como documentos comprobatórios emitidos na forma do § 3º do art. 88 desta Lei – exige comprovação;</p> <p>III - indicação do pessoal técnico, das instalações e do aparelhamento adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada membro da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos – todos os casos apontam apenas para a indicação.</p>

- d) prova do atendimento de requisitos previstos em lei especial (se for o caso);
- e) registro ou inscrição na entidade profissional competente (se for o caso);
- f) apresentação de declaração de que o licitante tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações que são objeto da licitação. Vale destacar que a lei anterior mencionava esse item apenas “quando exigido”, e ele passou a ser obrigatório agora em todos os casos;
- g) salvo na contratação de obras e serviços de engenharia, as exigências das alíneas (a) e (b) anteriores, a critério da Administração Pública, poderão ser substituídas por outra prova de que o profissional ou a empresa possui conhecimento técnico e experiência prática na execução de serviço de características semelhantes, hipótese em que as provas alternativas aceitáveis deverão ser previstas em regulamento;
- h) no caso de atestados ou outros documentos hábeis emitidos por autoridades estrangeiras, a aceitação dependerá de serem acompanhados de tradução para o português (não exigida a juramentada), salvo se comprovada a inidoneidade da entidade emissora;
- i) em se tratando de serviços contínuos, o edital poderá exigir certidão ou atestado que demonstre que o licitante tenha executado serviços similares ao objeto da licitação, em períodos sucessivos ou não, por um prazo mínimo não superior a 3 anos;
- j) os profissionais indicados pelo licitante deverão participar da obra ou serviço objeto da licitação, mas será admitida a sua substituição por profissionais de experiência equivalente ou superior, se e quando aprovada pela Administração;
- k) será admitida a exigência, desde que assim conste do edital e se fundamente a necessidade, da relação de compromissos assumidos pelo licitante que importem diminuição da disponibilidade do pessoal técnico referido nos atestados mencionados;
- l) o edital ainda poderá prever, para aspectos técnicos específicos, que a qualificação técnica seja demonstrada por meio de atestados relativos a potencial subcontratado, limitado a 25% do objeto a ser licitado, hipótese em que mais de um licitante poderá apresentar atestado relativo ao mesmo potencial subcontratado;

m) em caso de apresentação de atestado de desempenho anterior emitido em favor de consórcio do qual se tenha feito parte, haverá condições especiais para sua aceitação, ou seja: valerão os percentuais descritos no próprio atestado atinentes à empresa licitante ou que constem do contrato de constituição do consórcio. Caso, no entanto, esses percentuais não estejam descritos nesses documentos, prevalecerá uma das seguintes situações:

m.1) caso o atestado tenha sido emitido em favor de consórcio homogêneo, serão considerados os quantitativos atestados na proporção de sua participação no consórcio, salvo nas licitações para contratação de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual, em que todas as experiências atestadas deverão ser reconhecidas para cada uma das empresas consorciadas;

m.2) caso o atestado tenha sido emitido em favor de consórcio heterogêneo, serão considerados os quantitativos de acordo com os respectivos campos de atuação, inclusive nas licitações para contratação de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual;

n) nos casos em que os atestados ou certidões descritos na alínea (m) não contenham expressamente os percentuais de participação dos consorciados, deverá ser juntada a esses a cópia do instrumento de constituição do consórcio;

o) especial destaque deve ter a regra do §12 do Art. 67 da NLLC, em que está previsto que não serão admitidos atestados de responsabilidade técnica de profissionais que, na forma de regulamento, tenham dado causa à aplicação de sanções de impedimento de licitar e contratar e de inidoneidade em decorrência de orientação proposta, de prescrição técnica ou de qualquer ato profissional de sua responsabilidade.

Para além do fato de que esse item, extremamente salutar, seja ainda objeto de regulamentação, é necessário considerar a interpretação atual, ainda inicial, de que somente valerá essa restrição para as penalidades que tenham sido fixadas à luz da NLLC e, assim, não se aplica às que decorram da Lei nº 8.666/93 ou de outras leis sobre processos licitatórios (tais como a Lei das Estatais, a Lei do Pregão, a Lei Geral de Concessões, a Lei de PPP, a Lei do RDC e normas regionais).

No que tange aos atestados de capacidade técnica, a NLLC ainda absorveu o que já estava consagrado na jurisprudência, especialmente do TCU, de que esses não podem ser exigidos no mesmo montante do objeto da licitação, limitando-se a alguns percentuais e parcelas de maior relevância ou valor significativo. Estão assim definidos na NLLC, Art. 67, §§1º e 2º:

a) consideram-se parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação as que tenham valor individual igual ou superior a 4% do valor total estimado da contratação;

Sugere-se que o licitante avalie a pertinência da escolha da Administração Pública, seja quanto à real relevância técnica da parcela eleita como o valor significativo frente ao objeto, assim como se o percentual está adequado ao valor estimado da contratação.

Caso se trate de orçamento sigiloso é necessário questionar, sob pena de não ser aferível pelos licitantes o percentual utilizado, assim como cabe questionar a escolha técnica ou fática do que foi tido como comprovação de experiência anterior indispensável.

O espaço para essa discussão é, precipuamente, o prazo de impugnação e pedido de esclarecimentos antes da apresentação de proposta.

b) a exigência de atestados está limitada a 50% das parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto, vedadas limitações de tempo e locais específicos relativas aos atestados.

No que tange às habilitações fiscal, social e trabalhista, os documentos exigidos são os mesmos da lei anterior, ou seja:

a) inscrição em CPF e CNPJ;

b) inscrição no cadastro de contribuintes estadual e/ou municipal, se houver, relativo ao domicílio/sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com objeto contratual;

c) regularidade relativa à Seguridade Social e FGTS;

d) regularidade perante a Justiça do Trabalho;

e) cumprimento ao disposto no Art. 7º, inc. XXXIII, da Constituição Federal (quanto a não emprego de menores e à limitação à contratação de menores aprendizes).

O que se inova nesse assunto como regra geral, no entanto, é a possibilidade de que essa lista seja substituída ou suprida, no todo ou em parte, por outros meios hábeis de comprovar a regularidade do licitante, inclusive por meio eletrônico, como é o caso do SICAF e dos registros cadastrais.

No que tange à habilitação econômico-financeira, cujo objetivo é demonstrar a aptidão econômica do licitante para cumprir as obrigações decorrentes do futuro contrato (ou documento equivalente), essa deverá se dar de forma objetiva, por coeficientes e índices econômicos previstos no edital, devidamente justificados no processo licitatório, restritos aos seguintes:

a) diferentemente da lei anterior, agora a comprovação é relativa a balanço patrimonial, demonstração de resultado de exercício e demais demonstrações contábeis dos **2 últimos exercícios sociais** (ou do último exercício, caso seja constituído há menos de 2 anos);

b) como previsto na lei anterior, certidão negativa de feitos sobre falência expedida pelo distribuidor da sede do licitante, pecando a NLLC em não tratar da situação de recuperações judiciais (devendo-se entender, em tese, como não restritivas à participação);

c) a critério da Administração Pública, poderá ser exigida declaração, assinada por profissional habilitado da área contábil, que ateste o atendimento pelo licitante dos índices econômicos previstos no edital, vedada a exigência de valores mínimos de faturamento anterior e índices de rentabilidade ou lucratividade, tal qual era previsto na lei anterior;

d) é admitida a exigência da relação de compromissos assumidos pelo licitante que importe diminuição de sua capacidade econômico-financeira, excluídas parcelas já executadas de contratos firmados.

Essa previsão era um pouco distinta na lei anterior, em que a hipótese estava atrelada à análise do patrimônio líquido atualizado e sua capacidade de rotação.

A redação mais aberta da NLLC vai permitir, então, que essa análise seja feita à luz de outros dados, desde que objetivamente descritos no edital;

e) no caso de compras para entrega futura e no caso de execução de obras e serviços, a Administração Pública também poderá estabelecer no edital a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo equivalente a até 10% do valor estimado da contratação;

f) é vedada a exigência de índices e valores não usualmente adotados para a avaliação da situação econômico-financeira suficiente para o cumprimento das obrigações decorrentes da licitação.

ALGUNS DESTAQUES DE MUDANÇAS IMPORTANTES:

- 1 - Inversão de fases como regra;**
- 2 - Novas declarações de apresentação obrigatória;**
- 3 - Possibilidade de juntada de novos documentos a partir dediligências requeridas;**
- 4 - Preclusão entre as fases licitatórias;**
- 5 - Demonstrações patrimoniais/contábeis passam a ser dos 2 últimos anos;**
- 6 - ACT técnico-profissional vincula o titular à prestação do serviço ou obra;**
- 7 - Serviços contínuos poderão ter ACT limitado ao prazo mínimo não superior a 3 anos;**
- 8 - Pode ser exigida relação de compromissos já assumidos como condição de limite à equipe técnica;**
- 9 - Potencial subcontratado poderá ser o mesmo para mais de um licitante em casos específicos, limitado a 25% do objeto;**
- 10 - Regras especiais para ACTs emitidos sobre consórcios;**
- 11 - Parcelas de maior relevância e valor significativo estão limitadas ao que tenha valor individual igual ou superior a 4% do valor estimado da contratação;**
- 12 - ACTs estão limitados ao quantitativo de 50% das parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto;**
- 13 - Possibilidade de substituição da apresentação de documentos por registros cadastrais.**

Enfim, importante referir que toda a documentação atinente à fase de habilitação poderá ser:

a) apresentada em original, cópia ou qualquer outro meio expressamente admitido pela Administração, como se dava sob a égide da lei anterior;

b) substituída por registro cadastral emitido por órgão ou entidade pública, desde que previsto no edital e que o registro tenha sido feito em obediência ao disposto na NLLC;

c) dispensada, total ou parcialmente, nas contratações para entrega imediata, nas contratações em valores inferiores a $\frac{1}{4}$ do limite para dispensa nas compras em geral e nas contratações de produto para pesquisa e desenvolvimento até o valor de R\$ 300.000,00.

Em que pese a dispensa referida no último item, é importante ressaltar as vezes que se posicionam contrárias à possibilidade de dispensa da documentação exigida pela Constituição Federal.

ENCERRAMENTO DA LICITAÇÃO

O último tópico a ser abordado é sobre o encerramento da licitação e o disposto no Art. 71 da NLLC.

Segundo esse, encerradas que sejam as fases de julgamento e habilitação, bem como exauridos os recursos administrativos, o processo será encaminhado à autoridade superior para:

a) determinar o retorno dos autos para saneamento de eventuais irregularidades;

b) revogar a licitação por motivo de conveniência e oportunidade, mesmo que legalmente constituída;

c) proceder à anulação da licitação, de ofício ou mediante provocação de terceiros, sempre que presente ilegalidade insanável;

d) adjudicar o objeto e homologar a licitação, ordem que passa a ser a regra na NLLC.

No caso de pronunciamento de nulidade, a autoridade competente deverá indicar expressamente os atos com vícios insanáveis, tornando sem efeito todos os subsequentes que deles dependam e dará ensejo à apuração de responsabilidade de quem lhes tenha dado causa.

Muito importante considerar o que diz o Art. 147. Lá está dito que a decisão sobre a suspensão da execução ou sobre a declaração de nulidade do contrato somente será adotada na hipótese em que se revelar medida de interesse público, com avaliação de vários aspectos como o custo da deterioração ou da perda das parcelas executadas. Sugerimos ler os incisos do Art. 147.

A declaração de nulidade do contrato administrativo operará, em regra, retroativamente, impedindo os efeitos jurídicos que o contrato deveria produzir ordinariamente e desconstituindo os já produzidos. Caso não seja possível o retorno à situação fática anterior, a nulidade será resolvida pela indenização por perdas e danos, sem prejuízo da apuração de responsabilidade e aplicação das penalidades cabíveis. Essas regras constam do Art. 148 e seu §1º.

Nos moldes do Art. 149, a nulidade não exonerará a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que houver executado até a data em que for declarada ou tornada eficaz, bem como por outros prejuízos regularmente comprovados, desde que não lhe seja imputável, e será promovida a responsabilização de quem lhe tenha dado causa.

Também merece realce o contido no Art. 150 da NLLC, ou seja, nenhuma contratação será feita sem a caracterização adequada de seu objeto e sem a indicação dos créditos orçamentários para pagamento das parcelas contratuais vincendas no exercício em que for realizada a contratação, sob pena de nulidade do ato e de responsabilização de quem lhe tiver dado causa.

Lamenta-se tenham sido mantidos os vetos presenciais aos §§2º e 3º do Art. 115, nos quais estava previsto o uso de contas vinculadas para o depósito dos recursos destinados, nas contratações de obras, para cada etapa de execução que fosse se iniciar, valores esses impenhoráveis. No entanto, os vetos foram mantidos pela casa legislativa. Conheça as razões da BRASINFRA para esse posicionamento [clcando aqui](http://brasinfra.com.br/derrubada-veto/). (<http://brasinfra.com.br/derrubada-veto/>)

Vale destacar, no entanto, que a ausência de rubrica orçamentária capaz de dar cabo dos valores previstos contratualmente, seja do ponto de vista formal, seja do ponto de vista fático, é fator que pode gerar responsabilizações, pois se trata de fato grave.

No caso de pronunciamento de revogação, seu motivo determinante deverá ser resultado de fato superveniente devidamente comprovado.

Tanto nos casos de anulação quanto nos de revogação, deverá ser assegurada a prévia manifestação dos interessados, inclusive em respeito ao constante no Art. 5º, inc. LV, da Constituição Federal, devendo a autoridade competente avaliar a manifestação porventura apresentada.

Deve ser recordado que revogação e anulação são medidas extremas e precisam ser justificadas, especialmente quando a Lei expressamente menciona o princípio da segurança jurídica.

Sugerimos atenção a estes dois pontos: exigir ampla defesa e motivação.

Siglas utilizadas no texto

NLLC – Nova Lei de Licitações e Contratos (Lei Federal nº 14.133/21) – disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm;

PNCP – Portal Nacional de Contratações Públicas – disponível em <https://pncp.gov.br/>;

RDC - regime diferenciado de contratação (Lei Federal nº 12.462/11);

PIB – Produto Interno Bruto;

ACT – atestado de capacidade técnica;

SUS – Sistema Único de Saúde;

PCD – pessoa com deficiência;

INSS – Instituto Nacional de Seguridade Social;

CPF – Cadastro de Pessoas Físicas;

CNPJ – Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas;

PPP – parceria público-privada (Lei Federal nº 11.079 de 30/12/2004) – disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm;

TCU – Tribunal de Contas da União;

FGTS – Fundo de Garantia por Tempo de Serviço;

SICAF – Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores.



Presidente

José Alberto Pereira Ribeiro - SICEPOT-PR - Sindicato da Indústria da Construção Pesada do Estado do Paraná

1º Vice-Presidente

Luiz Albert Kamilos - SINICESP - Sindicato da Indústria da Construção Pesada do Estado de São Paulo

Vice-Presidentes

Afonso Celso Legaspe Mamede - SOBRATEMA - Associação Brasileira de Tecnologia para a Construção e Mineração

Alfredo Schwartz - AEERJ - Associação das Empresas de Engenharia do Rio de Janeiro

Carlos Roberto Soares Mingione - SINAENCO - Sindicato Nacional das Empresas de Arquitetura e Engenharia Consultiva

Daniel Zveiter - ANEOR - Associação Nacional das Empresas de Obras Rodoviárias

João Jacques Viana Vaz - SICEPOT-MG - Sindicato da Indústria da Construção Pesada no Estado de Minas Gerais

Dinalvo Carlos Diniz - SINCONPE-CE - Sindicato da Indústria da Construção Pesada do Ceará

José Carlos Chamon - SINDICOPES - Sindicato da Indústria da Construção Pesada no Estado do Espírito Santo

Claudio Medeiros Netto Ribeiro - SINICON - Sindicato Nacional da Indústria da Construção Pesada

Wagner Sandoval Barbosa - ACEOP - Associação Catarinense dos Empresários de Obras Públicas

Diretor Administrativo e Financeiro

Carlos Alberto Laurito

Grupo de Trabalho sobre a nova Lei de Licitações

Bruno Baeta Ligório - Coordenador

Carlos Alberto Laurito

Carlos Eduardo Prado

Carlos Roberto Soares Mingione

Caroline Melloni M.N.Cliber

Cesar Augusto Del Sasso

Daniel Pinto Gontijo

Geraldo Rocha Lima

José Alberto Pereira Ribeiro

José Carlos Chamon

Julio Comparini

Marco Túllio Bottino

Mario Cezar Noia de Assis

Mayra Moriconi

Murilo Mori

Vinícius Augusto Pereira Benevides

Consultoria Jurídica: Cristiana Fortini e Juliana Picinin - Carvalho Pereira, Fortini Advogados - Tel: (31) 3299-5421

Editoração - SSCR comunicação - (11) 99230 5083



Brasinfra

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA
DOS SINDICATOS E
ASSOCIAÇÕES DE CLASSE
DE INFRAESTRUTURA

BRASINFRA - Associação Brasileira dos Sindicatos e
Associações de Classe de Infraestrutura

SBN, Quadra 01, Bloco B, Edifício CNC sala 804,

Brasília - DF - CEP 70040-010

Telefone: (11) 3179 5829 ou (61) 3326-8897

www.brasinfra.org.br

