

## 16 MUDANÇAS SIGNIFICATIVAS PRA VOCÊ FORNECEDOR COM O NOVO DECRETO DO PREGÃO ELETRÔNICO ( Dec nº 10.024 de 20/09/2019)

### 1. ALINHAMENTO COM A JURISPRUDÊNCIA DO TCU QUANTO AO USO DO PREGÃO PARA SERVIÇOS COMUNS DE ENGENHARIA

#### Redação do Decreto nº 10.024/2019

*Art. 1º Este Decreto regulamenta a licitação, na modalidade de pregão, na forma eletrônica, para a aquisição de bens e a contratação de serviços comuns, incluídos os serviços comuns de engenharia, e dispõe sobre o uso da dispensa eletrônica, no âmbito da administração pública federal.*

Há quase uma década, o Tribunal de Contas da União possui entendimento amplamente consolidado acerca da viabilidade do uso da modalidade pregão para a seleção de contratados responsáveis pela execução de determinados serviços de engenharia.

Em vista disso, indica o enunciado da Súmula nº 257 do TCU que “o uso do pregão nas contratações de serviços comuns de engenharia encontra amparo na Lei 10.520/2002”.

Portanto, nesse aspecto, o decreto não apresenta qualquer inovação quanto ao alargamento do uso do pregão, mas, apenas, torna explícita a sua aplicação a **serviços comuns de engenharia**, conforme a compreensão já enraizada na atividade contratual da Administração.

**Nota de atualização:** a redação definitiva do art. 1º acrescentou a indicação expressa de que a norma também se presta a regulamentar o uso da dispensa eletrônica.

### 2. OBRIGATORIEDADE DO USO DO PREGÃO ELETRÔNICO

#### Redação do Decreto nº 10.024/2019

*Art. 1º, §1º A utilização da modalidade de pregão, na forma eletrônica, pelos órgãos da administração pública federal direta, pelas autarquias, pelas fundações e pelos fundos especiais é obrigatória.*

Ao contrário do atualmente estabelecido no art. 4º do Decreto nº 5.450/05 que indica a utilização preferencial da forma eletrônica do pregão para a aquisição de bens e serviços comuns, o art. 1º, §1º, da redação proposta ao novo decreto torna **obrigatório** o uso do pregão eletrônico pelos órgãos da administração pública federal direta, autárquica, fundacional e os fundos especiais.

Aos olhos mais distraídos, a aparente semelhança com a atual redação pode representar uma simples alteração, no entanto, a mudança causará grande impacto em nos órgãos integrantes do Sisg que ainda realizam pregões na modalidade presencial.

Além disso, como será visto adiante, os estados, DF e municípios também serão afetados nos processos de contratações que envolverem transferências de recursos da União.

### 3. OBRIGATORIEDADE DO USO DO PREGÃO ELETRÔNICO NAS CONTRATAÇÕES QUE ENVOLVEM TRANSFERÊNCIAS DE RECURSOS DA UNIÃO

#### Redação do Decreto nº 10.024/2019

*Art. 1º (...) §3º Para a aquisição de bens e a contratação de serviços comuns pelos entes federativos, com a utilização de recursos da União decorrentes de transferências voluntárias, tais como convênios e contratos de repasse, a utilização da modalidade de pregão, na forma eletrônica, ou da dispensa eletrônica será obrigatória, exceto nos casos em que a lei ou a regulamentação específica que dispuser sobre a modalidade de transferência discipline de forma diversa as contratações com os recursos do repasse.*

O §3º do art. 1º torna obrigatória aos estados, Distrito Federal e municípios, a realização de pregão eletrônico para a contratação de bens e serviços “com a utilização de recursos da União oriundos de convênios, contratos de repasse ou de transferências fundo a fundo”.

Essa disposição visa a atender a recentes notas técnicas da Controladoria-Geral da União – CGU que apontam diversas fragilidades na forma presencial do Pregão.

**Nota de atualização:** a redação do §3º do art. 1º foi ligeiramente alterada para acrescentar a obrigatoriedade de os entes federados realizarem dispensa eletrônica para a aquisição de bens e a contratação de serviços comuns, com a utilização de recursos da União decorrentes de transferências voluntárias.

#### 4. ROL DE VEDAÇÕES

*Art. 4º A licitação na modalidade pregão, na forma eletrônica, não se aplica a:*

*I – contratações de obras;*

*II – locações imobiliárias e alienações em geral, e*

*III – bens e serviços especiais, inclusive os serviços especiais de engenharia.*

São apresentadas as hipóteses em que não se permite a utilização do pregão eletrônico: i) para a contratação de obras; ii) para locações imobiliárias e alienações; e para a contratação a aquisição de bens e serviços especiais, inclusive os serviços especiais de engenharia.

Nesse aspecto, as definições apresentadas no art. 3º – especialmente os incisos III, V e VII -, devem ser utilizadas para a aplicação adequada das vedações contidas na norma:

*Art. 3º Para os efeitos deste Decreto, consideram-se: (...)*

*III – Bens e serviços especiais: aqueles que, por sua alta heterogeneidade ou complexidade, não possam ser descritos na forma do inciso II deste artigo. (...)*

*V – Obras: toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação de bem imóvel, realizada por execução direta ou indireta. (...)*

*VII – Serviços comuns de engenharia: toda a atividade ou conjunto de atividades que necessite da participação e acompanhamento de profissional engenheiro habilitado conforme o disposto na Lei Federal nº 5.194, de 24 de dezembro de 1966, e cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pela Administração, mediante especificações usuais de mercado.*

Vale observar, também, que a definição de serviço especial de engenharia, aludido no inc. III do art. 4º, é alcançada por contraposição. Em outras palavras, devem ser considerados especiais (e, portanto, de aplicação vedada ao pregão) os serviços de engenharia que não se enquadrarem no conceito de serviço comum de engenharia, acima transcrito.

Ademais, tal qual ocorrido nos comentários do item 1), nesse ponto o decreto não apresenta qualquer inovação voltada ao alargamento ou encurtamento do âmbito de utilização do pregão, mas, tão-somente, explicita as já conhecidas hipóteses em que a modalidade não se mostra aplicável.

#### 5. ORÇAMENTO SIGILOSO

A temática do orçamento sigiloso e da sua não divulgação no instrumento convocatório, há muito, provoca intensas discussões entre os especialistas.

A própria jurisprudência do TCU, que se encontrava relativamente assentada, depara-se com uma possível virada hermenêutica a partir do entendimento exarado pelo Min. Benjamin Zymler no julgamento que originou o Acórdãos 2.989/2018-Plenário. Na oportunidade, restou indicado não ser obrigatória a divulgação dos preços unitários no edital do pregão, mesmo quando eles forem utilizados como critério de aceitabilidade das propostas.

De qualquer maneira, a nova regulamentação do pregão eletrônico segue a tendência das mais recentes legislações sobre contratação pública, a exemplo da Lei do RDC (Lei nº 12.462/11) e da Lei das Estatais (Lei nº 13.303/16), para prever a possibilidade de o valor estimado ou valor máximo aceitável para a contratação seja considerado sigiloso.

Nessa hipótese, o valor “será tornado público apenas e imediatamente após o encerramento da fase de lances, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas”. (Art. 15, §2º).

## **6. PRAZO DE RESPOSTA AOS PEDIDOS DE ESCLARECIMENTOS**

### Redação do Decreto nº 10.024/2019

*Art. 23. (...) §1º O pregoeiro responderá aos pedidos de esclarecimentos no prazo de dois dias úteis, contado da data de recebimento do pedido, e poderá requisitar subsídios formais aos responsáveis pela elaboração do edital e dos anexos.*

O texto do novo decreto regulamentador do pregão eletrônico passa a fixar prazo de 2 (dois) dias úteis para que o pregoeiro, auxiliado pelo setor responsável pela elaboração do edital e pela equipe de apoio, responda os pedidos de esclarecimentos.

## **7. PRAZO PARA APRESENTAÇÃO DE IMPUGNAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO**

### Redação do Decreto nº 10.024/2019

*Art. 24 Qualquer pessoa poderá impugnar os termos do edital do pregão, por meio eletrônico, na forma prevista no edital, até três dias úteis anteriores à data fixada para abertura da sessão pública.*

Considerando que a Lei nº 10.520/2002 é silente quanto à definição do prazo para a apresentação de impugnações, o decreto do pregão eletrônico optou por regulamentar a matéria e estipular prazo próprio para impugnação, alterando seu limite temporal de dois para três dias úteis anteriores à abertura da sessão.

Dessa maneira, abre-se a possibilidade de dilatar o prazo para que o pregoeiro responda às impugnações ao edital, hoje definido em parcas 24 horas, para 2 (dois) dias úteis.

## **8. EFEITOS DA RESPOSTA À IMPUGNAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO**

### Redação do Decreto nº 10.024/2019

*Art. 24 (...) §1º A impugnação não possui efeito suspensivo e caberá ao pregoeiro, auxiliado pelos responsáveis pela elaboração do edital e dos anexos, decidir sobre a impugnação no prazo de dois dias úteis, contado da data de recebimento da impugnação.*

*§2º A concessão de efeito suspensivo à impugnação é medida excepcional e deverá ser motivada pelo pregoeiro, nos autos do processo de licitação.*

O decreto torna expresso o entendimento de que não decorre efeito suspensivo automático a partir do registro de impugnação ao instrumento convocatório.

Ainda que possível a aplicação do efeito suspensivo, este somente poderá ser determinado diante de motivação expressa quanto à necessidade da medida, a ser elaborada pelo pregoeiro nos autos do processo de contratação.

## **9. ENVIO ANTECIPADO DOS DOCUMENTOS DE HABILITAÇÃO**

### Redação do Decreto nº 10.024/2019

*Art. 25 O prazo fixado para a apresentação das propostas e dos documentos de habilitação não será inferior a oito dias úteis, contado da data de publicação do aviso do edital.*

*Art. 26. Após a divulgação do edital no sítio eletrônico, os licitantes encaminharão, exclusivamente por meio do sistema, concomitantemente com os documentos de habilitação exigidos no edital, proposta com a descrição do objeto ofertado e o preço, até a data e o horário estabelecidos para abertura da sessão pública.*

Esta é uma das inovações mais importantes trazidas pelo texto do novo decreto é a previsão de que todos os licitantes enviem ao sistema os documentos de habilitação juntamente com a proposta, ao longo do prazo legal de, no mínimo, 8 (oito) dias úteis. Modifica-se, assim, não apenas “quando” os documentos de habilitação deverão ser enviados, mas, também, “quem” deverá encaminhá-los.

Atualmente, no procedimento do pregão eletrônico, os documentos de habilitação são enviados apenas pelo licitante que ofertou a melhor proposta e somente após a fase de lances. Com a mudança todos passam a ter essa obrigação, que deve ser cumprida antes mesmo do início da sessão pública.

Vale notar que o sistema manterá os documentos de habilitação em sigilo e estes somente serão disponibilizados para avaliação do pregoeiro e para acesso público após o encerramento da fase de lances.

Observa-se que a presente inovação poderá trazer um duplo benefício ao rito do pregão eletrônico. O envio antecipado dos documentos de habilitação potencialmente traz celeridade ao certame ao permitir que, diante de desclassificação ou inabilitação de licitante, seja a documentação do participante subsequente imediatamente analisada.

Além disso, a medida auxiliará no combate à denominada fraude “novo coelho”, em que determinado licitante termina a fase de lances em primeiro lugar e, antes de enviar sua documentação ajusta em conluio com o segundo colocado a sua “desistência”, facilitada pela possibilidade de enviar algum documento incompleto que promoverá a sua inabilitação e a desejada exclusão do certame sem que, posteriormente, seja instaurado processo de aplicação de penalidades.

## 10. DIFERENTES MODOS DE DISPUTA E ENVIO DE LANCES

### Redação do Decreto nº 10.024/2019

*Art. 31. Serão adotados para o envio de lances no pregão eletrônico os seguintes modos de disputa:*

*I – aberto – os licitantes apresentarão lances públicos e sucessivos, com prorrogações, conforme o critério de julgamento adotado no edital; ou*

*II – aberto e fechado – os licitantes apresentarão lances públicos e sucessivos, com lance final e fechado, conforme o critério de julgamento adotado no edital.*

*Parágrafo único. No modo de disputa aberto, o edital preverá intervalo mínimo de diferença de valores ou de percentuais entre os lances, que incidirá tanto em relação aos lances intermediários quanto em relação ao lance que cobrir a melhor oferta.*

Outra importante novidade que terá grande impacto na forma de se realizar os pregões eletrônicos é a mudança na sistemática de envio de lances e a disponibilização de dois modos de disputa distintos, a depender da escolha da Administração a ser inserida no instrumento convocatório.

A redação do novo decreto informa que o envio de lances no pregão eletrônico pode ocorrer i) pelo modo de disputa aberto; ou ii) pelo modo aberto e fechado.

### **i) Modo de disputa aberto**

*Art. 32. No modo de disputa aberto, de que trata o inciso I do caput do art. 31, a etapa de envio de lances na sessão pública durará dez minutos e, após isso, será prorrogada automaticamente pelo sistema quando houver lance ofertado nos últimos dois minutos do período de duração da sessão pública.*

*§1º A prorrogação automática da etapa de envio de lances, de que trata o caput, será de dois minutos e ocorrerá sucessivamente sempre que houver lances enviados nesse período de prorrogação, inclusive quando se tratar de lances intermediários.*

*§2º Na hipótese de não haver novos lances na forma estabelecida no caput e no §1º, a sessão pública será encerrada automaticamente.*

*§3º Encerrada a sessão pública sem prorrogação automática pelo sistema, nos termos do disposto no §1º, o pregoeiro poderá, assessorado pela equipe de apoio, admitir o reinício da etapa de envio de lances, em prol da consecução do melhor preço disposto no parágrafo único do art. 7º, mediante justificativa.*

Trata-se de sistemática mais próxima à que atualmente se realizam os pregões eletrônicos. Todavia, a alteração se dá quanto ao fechamento da fase competitiva.

O encerramento aleatório deixa de existir e dá lugar à “prorrogação automática da etapa de lances”, que funcionará da seguinte maneira: após a abertura do item colocado em disputa, a fase de lances terá duração de dez minutos. Após esse período, o sistema encerrará a competição caso seja nenhum lance seja apresentado dentro do intervalo de 2 (dois) minutos.

Em outras palavras, após os dez minutos, inicia-se uma contagem regressiva de 2 minutos que será reiniciada a cada lance ofertado. Não havendo qualquer nova oferta durante esse intervalo, o sistema encerrará automaticamente a etapa de lances.

Vale notar que o modo de disputa aberto assemelha-se ao utilizado pela Bolsa Eletrônica de Compras do Estado de São Paulo – BEC.

**Nota de atualização:** a redação definitiva do decreto nº 10.024/19 ajustou os prazos de duração da fase de lances (dez minutos) e do tempo de prorrogação (dois minutos).

## ii) Modo de disputa aberto e fechado

*Art. 33. No modo de disputa aberto e fechado, de que trata o inciso II do caput do art. 31, a etapa de envio de lances da sessão pública terá duração de quinze minutos.*

*§1º Encerrado o prazo previsto no caput, o sistema encaminhará o aviso de fechamento iminente dos lances e, transcorrido o período de até dez minutos, aleatoriamente determinado, a recepção de lances será automaticamente encerrada.*

*§2º Encerrado o prazo de que trata o § 1º, o sistema abrirá a oportunidade para que o autor da oferta de valor mais baixo e os autores das ofertas com valores até dez por cento superiores àquela possam ofertar um lance final e fechado em até cinco minutos, que será sigiloso até o encerramento deste prazo.*

*§3º Na ausência de, no mínimo, três ofertas nas condições de que trata o § 2º, os autores dos melhores lances subsequentes, na ordem de classificação, até o máximo de três, poderão oferecer um lance final e fechado em até cinco minutos, que será sigiloso até o encerramento do prazo.*

*§4º Encerrados os prazos estabelecidos nos § 2º e § 3º, o sistema ordenará os lances em ordem crescente de vantajosidade.*

*§5º Na ausência de lance final e fechado classificado nos termos dos § 2º e § 3º, haverá o reinício da etapa fechada para que os demais licitantes, até o máximo de três, na ordem de classificação, possam ofertar um lance final e fechado em até cinco minutos, que será sigiloso até o encerramento deste prazo, observado, após esta etapa, o disposto no § 4º.*

*§6º Na hipótese de não haver licitante classificado na etapa de lance fechado que atenda às exigências para habilitação, o pregoeiro poderá, auxiliado pela equipe de apoio, mediante justificativa, admitir o reinício da etapa fechada, nos termos do disposto no § 5º.*

O modo de disputa aberto e fechado também eliminará o tão criticado encerramento aleatório do decreto nº 5.450/05 e estabelece, inicialmente, que a duração da etapa de lances em 15 (quinze) minutos.

Encerrado esse prazo, a sessão entrará em fechamento iminente por um período de até 10 (dez) minutos, que será aleatoriamente determinado.

Ao término dessa etapa, o licitante que ofertou o melhor lance se junta a todos os participantes cujas ofertas foram, no máximo, até 10% (dez por cento) superiores, formando o grupo de licitantes que terá oportunidade de oferecer uma proposta final fechada dentro do prazo de 5 (cinco) minutos, que será sigilosa até o término desse período.

Desse modo, após a etapa de lances (15 minutos) e o período de fechamento iminente (até 10 minutos), o licitante mais bem classificado e aqueles que ofertaram preços até 10% superiores, terão direito um lance/proposta final, que será dado sem que ele conheça os valores dos demais participantes.

**Nota de atualização:** a sistemática do modo de disputa aberto e fechado e seus prazos foram ajustados na redação definitiva do decreto nº 10.024/19.

## 11. CRITÉRIOS DE DESEMPATE

### Redação do Decreto nº 10.024/2019

*Art. 37. Os critérios de desempate serão aplicados nos termos do art. 36, caso não haja envio de lances após o início da fase competitiva.*

*Parágrafo único. Na hipótese de persistir o empate, a proposta vencedora será sorteada pelo sistema eletrônico dentre as propostas empatadas.*

Deixa de existir a possibilidade de que o licitante vencedor seja escolhido em razão do momento em que registrou a proposta no sistema.

O inusitado critério era utilizado quando, por exemplo, as propostas inicialmente registradas já se encontravam empatadas, ou no menor valor possível, e nenhum lance era ofertado. Até então, o Comprasnet considerava vencedora a proposta cadastrada em primeiro lugar. A rigor, não há razão em privilegiar um licitante que cadastrou sua proposta no 1º dia em detrimento de outro que a cadastrou dentro do prazo legal de divulgação do edital.

Assim, a redação do novo decreto indica que, na persistência de empate, o sistema realizará o sorteio eletrônico entre as propostas empatadas.

## 12. PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS ESTRANGEIRAS

### Redação do Decreto nº 10.024/2019

*Art. 41. Quando permitida a participação de empresas estrangeiras na licitação, as exigências de habilitação serão atendidas mediante documentos equivalentes, inicialmente apresentados com tradução livre.*

*Parágrafo único. Na hipótese de o licitante vencedor ser estrangeiro, para fins de assinatura do contrato ou da ata de registro de preços, os documentos de que trata o caput serão traduzidos por tradutor juramentado no País e apostilados nos termos do dispostos no Decreto nº 8.660, de 29 de janeiro de 2016, ou de outro que venha a substituí-lo, ou consularizados pelos respectivos consulados ou embaixadas.*

O art. 41 do texto do novo decreto torna explícito o entendimento de que, quando permitida a participação de empresas estrangeiras no pregão eletrônico, os documentos de habilitação poderão ser apresentados em traduções livres.

Somente para a assinatura do contrato, caso a sociedade empresária seja estrangeira, é que será requerido que os documentos de habilitação sejam autenticados pelos respectivos consulados ou embaixadas e traduzidos por tradutor juramentado no Brasil.

## 13. IMPEDIMENTO DE LICITAR E CONTRATAR

### Redação do Decreto nº 10.024/2019

*Art. 49. (...) §1º As sanções descritas no caput também se aplicam aos integrantes do cadastro de reserva, em pregão para registro de preços que, convocados, não honrarem o compromisso assumido sem justificativa ou com justificativa recusada pela administração pública.*

Ao regulamentar o descredenciamento no Sicafe e o impedimento de licitar e contratar com a União, a redação do novo decreto torna expressa a previsão de que essas sanções também se aplicam aos integrantes do cadastro de reserva formado a partir da realização de pregão para o registro de preços, na hipótese em que forem convocados e não honrarem, injustificadamente ou com justificativa não aceita pela administração, o compromisso assumido.

## 14. EXPANSÃO E HIPÓTESES OBRIGATÓRIAS DE ADOÇÃO DO SISTEMA DE COTAÇÃO DISPENSA ELETRÔNICA

O texto do novo decreto alarga o alcance do antigo sistema de cotação eletrônica, passando a contemplar a contratação direta, por dispensa de licitação, de serviços comuns, incluindo os de engenharia. Surge, assim, o sistema de dispensa eletrônica, cuja definição é apresentada no art. 3º, inc. X: “*ferramenta informatizada, integrante da plataforma do Siasg, disponibilizada pelo Ministério da Economia, para a realização dos processos de contratação direta de bens e serviços comuns, incluídos os serviços comuns de engenharia*”.

Respeitadas as vedações descritas no art. 4º da minuta, a adoção do sistema de cotação eletrônica para dispensas de valor, com fundamento nos incisos I e II do art. 24 da Lei nº 8.666/1993 deixa de ser uma faculdade (conforme atualmente descrito no art. 4º do Decreto nº 5.450/2005), passando a ser obrigatória aos órgãos e entidades do Siasg.

Por fim, o novo decreto estende a possibilidade de utilização do sistema de cotação eletrônica para além das hipóteses de dispensa de licitação de valor, podendo ser utilizado, quando compatível, para a contratação direta com fundamento em qualquer dos incisos do art. 24 da Lei nº 8.666/1993.

Acredita-se que esta inovação será especialmente relevante para facilitar a obtenção de propostas diante da necessidade de contratação direta emergencial.

#### **15. PRAZO MÍNIMO DE 2 (DUAS) HORAS PRA ENVIO DE PROPOSTA READEQUADA E DOCUMENTAÇÃO COMPLEMENTAR**

##### Redação do Decreto nº 10.024/2019

Art. 38. (...) § 2º O instrumento convocatório deverá estabelecer prazo de, no mínimo, duas horas, contado da solicitação do pregoeiro no sistema, para envio da proposta e, se necessário, dos documentos complementares, adequada ao último lance ofertado após a negociação de que trata o **caput**

Evita-se que o edital estabeleça prazos arbitrários – p.ex., “imediatamente”, ensejando a desclassificação desarrazoada

#### **16. PRAZO PARA REINÍCIO DA SESSÃO PÚBLICA DE NO MÍNIMO 24 (VINTE E QUATRO) HORAS**

##### Redação do Decreto nº 10.024/2019

Art. 35. Quando a desconexão do sistema eletrônico para o pregoeiro persistir por tempo superior a dez minutos, a sessão pública será suspensa e reiniciada somente decorridas **vinte e quatro horas** após a comunicação do fato aos participantes, no sítio eletrônico utilizado para divulgação.

Art. 47. (...) **Parágrafo único.** Na hipótese de necessidade de suspensão da sessão pública para a realização de diligências, com vistas ao saneamento de que trata o **caput**, a sessão pública somente poderá ser reiniciada mediante aviso prévio no sistema com, no mínimo, **vinte e quatro horas de antecedência**, e a ocorrência será registrada em ata.

Evita-se que o edital estabeleça prazos arbitrários – p.ex., “imediatamente”, ensejando a desclassificação desarrazoada

Fonte: <http://www.licitante.com.br/inovacoes-pregao-eletronico-propostas-novo-decreto/> e <https://www.enap.gov.br/index.php/pt/noticias/video-workshop-apresenta-inovacoes-do-novo-decreto-do-pregao-eletronico>