

PARECER JURÍDICO

Encaminhamento: Setor de Licitações do Município de Xanxerê.

Interessados: NL MECÂNICA E CHAPEAÇÃO LTDA

EMENTA: SERVIÇOS DE TERCEIRIZAÇÃO. ALEGADA IRREGULARIDADE DE PROPOSTA E MODALIDADE DO CERTAME. RECURSO INDEFERIDO. DILIGENCIA DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO REFERENTE AS EMPRESAS CLASSIFICADAS NA FASE DE LANCES. INTERESSE PÚBLICO E FATO SUPERVENIENTE. REVOGAÇÃO DA LICITAÇÃO

RELATÓRIO

O Setor de Licitações e Contratos requer parecer jurídico a respeito do Processo Licitatório 0084/2020 – Pregão nº 0038/2020, cujo objeto é a contratação de Registro de Preços para contratações futuras e parceladas de Serviços de Manutenção Preventiva e Corretiva, incluindo o fornecimento de Peças, componentes e materiais originais para veículos, pertencentes a frota da Prefeitura Municipal de Xanxerê, com base na Tabela de Orçamentação Eletrônica de Mercado, sistema Audatex, Cilia, similar ou superior, conforme especificações e condições estabelecidas no Edital, Termo de Referência e demais anexos.

A empresa recorrente alega irregularidade do certame, dizendo que não pode dar lance, que apenas foram classificadas três empresas, sendo que duas não estavam presentes, sustenta que, a atitude feriu o item 16.2 da licitação. Por fim disse que a modalidade parecia carta convite pleiteando a desclassificação da segunda e terceira colocada na licitação.

É o relato. Opino.

PARECER

Precipuaente é importante esclarecer que se trata de uma licitação da modalidade Pregão Presencial.

A Lei Federal 10.520/2002 que rege o Pregão em seu artigo 4º, assim dispõe:



Art. 4º. A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

[...]

VIII - no curso da sessão, o autor da oferta de valor mais baixo e os das ofertas com preços até 10% (dez por cento) superiores àquela poderão fazer novos lances verbais e sucessivos, até a proclamação do vencedor;

IX - não havendo pelo menos 3 (três) ofertas nas condições definidas no inciso anterior, poderão os autores das melhores propostas, até o máximo de 3 (três), oferecer novos lances verbais e sucessivos, quaisquer que sejam os preços oferecidos;

X - para julgamento e classificação das propostas, será adotado o critério de menor preço, observados os prazos máximos para fornecimento, as especificações técnicas e parâmetros mínimos de desempenho e qualidade definidos no edital;

Já o Decreto Federal de nº 3.555/2000, estabelece o seguinte:

Art. 11. A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

(...)

VI - o pregoeiro procederá à abertura dos envelopes contendo as propostas de preços e classificará o autor da proposta de menor preço e aqueles que tenham apresentado propostas em valores sucessivos e superiores em até dez por cento, relativamente à de menor preço;

VII - quando não forem verificadas, no mínimo, três propostas escritas de preços nas condições definidas no inciso anterior, o pregoeiro classificará as melhores propostas subsequentes, até o máximo de três, para que seus autores participem dos lances verbais, quaisquer que sejam os preços oferecidos nas propostas escritas;

Apesar de concordar que a redação dos dispositivos contidos na Lei Federal de nº 10.520/2002, deixar margem à dúvidas, entendo que a redação do Decreto Federal de nº 3.555/2000 é suficiente para afastar qualquer entendimento em sentido contrário, posto que é demasiadamente claro ao afirmar “(...) **as melhores propostas subsequentes, até o máximo de três, (...)**”.



Ao meu ver, o principal fundamento é a inequívoca vontade do legislador de permitir o maior número possível de licitantes na fase de disputa de preço, desde que, se encontrem dentro do patamar dos 10% (dez por cento) acima da menor oferta. Entendo que a limitação do número de mais 03 (três) licitantes, em não se configurando a hipótese dos 10% (dez por cento), é, nada mais, que critério quantitativo regulado como regra alternativa.

Não tenho qualquer dúvida que o patamar de 10% (dez por cento) teve como fim, estimular as empresas a formatarem seus preços de forma mais modesta possível, posto que de tal forma, elevam-se as chances de passarem à fase de disputa de preço. Da mesma forma, a limitação do número de 03 (três) licitantes com propostas acima daquela de menor valor, não se incluindo esta dentre o tríduo de licitantes.

Assim a Lei é clara como a luz solar ao dispor que para a fase de lances classificam-se apenas as três melhores propostas, para melhor ilustrar, como no caso em exame, poderiam existir 20(vinte) empresas participantes, no entanto, apenas as três melhores propostas seriam habilitadas para a fase seguinte. Note-se que não há obrigatoriedade da empresa estar presente no certame, basta apenas ela ter uma proposta válida, assim como ocorreu na licitação em tela.

Nesse passo, o Pregoeiro agiu a rigor da Lei e não em descompasso dela.

A licitação teve 07(sete) interessados, dos quais, o vencedor seria aquela empresa que ofertasse o maior desconto para os serviços cotados.

A recorrente ofertou proposta apenas para o lote 3(três) ofertado a porcentagem de 28% de desconto, enquanto a terceira colocada ofertou 32% (Antonio Fiuza), a segunda colocada ofertou 32,5% (Radiar) e a primeira colocada ofertou 33% (Radiar).

Ora, no caso a Administração tinha três propostas válidas, independente das empresas estarem presentes ou não, uma vez que a Lei não obriga a participação do licitante na sessão, e como a própria Lei diz, classifica-se para a fase de lances apenas as três melhores propostas dentro da margem de 10% da melhor proposta.

Considerando que a melhor proposta foi de 33%, as três melhores classificadas para a fase de lances deveriam estar enquadradas até os 30%, de qualquer forma, a recorrente estaria inabilitada para a fase de lances.



Ressalvo meu entendimento próprio, que, quando as propostas subsequentes à mais bem classificada se encontram dentro do patamar de 10% (dez por cento), não há qualquer limitação ao número máximo de empresas que deverão prosseguir à fase de disputa de preço, nesse caso havendo mais de três propostas e estando enquadrada até os 10%, todas que estiverem nessa margem devem ser habilitada para a fase de lances, mesmo existindo mais empresas, pois não haverá prejuízo para a Administração. Ademais, se caso não existissem propostas dentro dos patamares de 10%, entendo que devam ser classificadas as duas melhores propostas subsequentes para pelos menos existir o tríduo.

Contudo, a situação do recorrente não se encaixa em nenhuma delas!!

Em que pese a súplica do recorrente e talvez até por desconhecimento da Lei ao comparar a licitação Pregão com a modalidade Carta Convite, sua proposta não era válida, pois sequer ficou dentro da margem dos 10% das melhores propostas e muito menos dentro das três melhores propostas.

Seu pedido pauta-se no item 16.2, o qual reproduzo juntamente com o item 16.1 do edital que diz:

16.1. Para efeito de OFERECIMENTO DE LANCES VERBAIS, o PREGOEIRO classificará o autor da proposta de maior percentual de desconto sobre o Lote e aqueles que tenham apresentado propostas em valores sucessivos e superiores em até 10% (dez por cento) à proposta de menor preço, para participarem dos lances verbais.

16.2. Se não houver, no mínimo 3 (três) propostas de preços nas condições definidas na cláusula anterior, o Pregoeiro classificará as melhores propostas subsequentes, até o máximo de 3 (três), para que seus autores participem dos lances verbais, quaisquer que sejam os preços oferecidos nas propostas apresentadas.

O recorrente dá errônea interpretação ao item 16.2 visto que, é decorrente do 16.1, pois confunde proposta com presença, como dito, o participante não precisa obrigatoriamente estar presente na sessão, basta ter a proposta válida, como teve. Assim, não é porque o licitante não esteja presente que o Pregoeiro deva desrespeitar a Lei e chamar os outros licitantes para ofertarem lance.

É fato que a ausência dos participantes não gera lances e disputas, mas não se pode agir ao arrepio da Lei 10.520/2002 e Decreto Federal de nº 3.555/2000 por mera



liberalidade do Pregoeiro, agindo assim, estaria em desacordo com a normativa, ferindo de morte o princípio da Legalidade.

Por outro lado, melhor analisando a situação ocorrida na sessão, dado que dois participantes locais classificaram-se, mas ausentes para lances, fato esse que pode presumir ser considerado "paredão"¹, a Administração Pública em defesa da legalidade, promoveu uma diligência com o fito de aferir as empresas classificadas entre as três primeiras.

Nesse sentido, ao vistoriar *in loco* as instalações das empresas faltantes, constatou-se que a empresa RADIAR não atende ao objeto do edital, pois conforme a declaração do proprietário da empresa (assinada), a mesma só trabalha com radiadores e ar condicionado, terceirizando a parte mecânica. Salienta-se que, RADIAR e IVEPEÇAS irão utilizar o mesmo espaço, sendo apenas dividido por boxes. A empresa ANTONIO FIUZA por sua vez realiza serviços de mecânica médio e pesada estando estabelecida em conformidade com a proposta apresentada.

Com as considerações, mesmo a Administração tendo uma certa vantagem diante das propostas apresentadas, entendo que nesse momento a homologação da licitação seria temerária pelos prováveis indícios do chamado paredão, fato esse que se sobrepõe ao interesse público da Administração Municipal, gerando um fato superveniente.

Diante disto, levando em conta os princípios administrativos da legalidade e da autotutela administrativa, bem como o artigo 49 da Lei de Licitações 8.666/93 e, considerando a Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal - "A administração pode anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência e oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial, a revogação integral do certame licitatório seria medida a ser tomada.

¹ O "Paredão". É prática anticompetitiva para fins da Lei de Defesa da Concorrência o chamado "Bloqueio" (ou "Paredão") em pregão presencial. A manobra se dá pela atuação orquestrada entre uma empresa que produz determinado bem ou serviço objeto da licitação, e pelo menos outras duas pessoas jurídicas, em geral atuantes como distribuidoras da primeira. O intento objetiva impedir que outras licitantes sejam classificadas para a fase de lances, e, com isso, fiquem somente elas na disputa. Por exemplo, três concorrentes combinam os preços das propostas em patamar um pouco abaixo da expectativa para as propostas iniciais de seus concorrentes, de modo que somente os conspiradores sejam selecionados para a fase de lances do pregão presencial (na regra dos 10%; tornam-se aptas à fase de lances o detentor na menor proposta e todos aqueles com preço superior a até 10% daquela; geralmente, apenas os licitantes em conluio ficam situados nesse intervalo).



Nesse ponto, recomendo a revogação integral do Processo Licitatório 0084/2020 – Pregão Registro de Preços 0038/2020, até porque nesse momento não vejo prejuízo a nenhum dos participantes tendo em vista que o processo encontra-se em diligência e ausente de homologação, ou seja, gera mera expectativa de direito, podendo inclusive ser feito sem o direito ao contraditório nessa fase. A jurisprudência segue a linha - Mandado de Segurança nº 23.402, do Superior Tribunal de Justiça, vejamos:

.ADMINISTRATIVO – LICITAÇÃO – MODALIDADE PREGÃO ELETRÔNICO. REVOGAÇÃO – CONTRADITÓRIO. 1. Licitação obstada pela revogação por razões de interesse público. 2. Avaliação, pelo Judiciário, dos motivos de conveniência e oportunidade do administrador, dentro de um procedimento essencialmente vinculado. 3. Falta de competitividade que se vislumbra pela só participação de duas empresas, com ofertas em valor bem aproximado ao limite máximo estabelecido. 4 . A revogação da licitação, quando antecedente da homologação e adjudicação, é perfeitamente pertinente e não enseja contraditório. (grifo nosso) 5. **Só há contraditório antecedendo a revogação quando há direito adquirido das empresas concorrentes, o que só ocorre após a homologação e adjudicação do serviço licitado.** (grifo nosso) 6 . O mero titular de uma expectativa de direito não goza da garantia do contraditório. (grifo nosso) 7. Recurso ordinário não provido. (STJ, ROMS nº 200602710804, Rel. Eliana Calmon, DJE de 02.04.2008). 14. Cabe ainda colacionar manifestação do Procurador-Geral Lucas Rocha Furtado, contida no Relatório do Ministro Augusto Sherman Cavalcanti, no Acórdão TCU nº 1.041/2010 – Plenário, **sobre a questão da obrigação ou não do contraditório e da ampla defesa quando da decisão da Administração de anular/revogar procedimento licitatório: Caso contrário, ou seja, caso não tenha ocorrido a adjudicação do objeto da licitação, não há que se falar em descumprimento do princípio do objeto da licitação, não há que se falar em descumprimento do princípio do contraditório e da ampla defesa. Ademais, a revogação da licitação é ato discricionário e privativo da Administração, cujas razões devem se fundamentar no interesse público.** (grifo nosso)\

Mencione-se ainda o teor do julgamento do Agravo regimental no Agravo de Instrumento nº 228.554-4- Minas Gerais, movido no Supremo Tribunal Federal. O relator, Ministro César Peluso assim se pronunciou:

“[...] Ora, antes da homologação da licitação, não exsurge aos concorrentes nenhum direito subjetivo capaz de impedir a revogação da abertura do processo licitatório, por óbvia conveniência pública [...] Nessas circunstâncias em que com a revogação nada sofreu a esfera





PREFEITURA DE
XANXERÊ

ESTADO DE SANTA CATARINA
MUNICÍPIO DE XANXERÊ
GABINETE DO PREFEITO MUNICIPAL
PROCURADORIA JURÍDICA

dos direitos e interesses privados, não havia lugar para observância de contraditório e ampla defesa, inerentes à cláusula constitucional do justo processo da lei (due process of law), cujo alcance está em impedir ação arbitrária e lesiva ao Estado." (Destacamos).

Posto isto, com fulcro no princípio da legalidade, interesse público, motivo superveniente e autotutela, opino pela improcedência do recurso apresentado pela empresa NL MECÂNICA E CHAPEAÇÃO LTDA, recomendando de outro viés, a revogação integral do certame pelos motivos acima apontados. Encaminhe-se ao Prefeito Municipal para julgamento, uma vez que o parecer não é vinculativo.

Xanxerê/SC, 25 de maio de 2020.



ADRIANO FRANCISCO CONTI

Consultor Jurídico

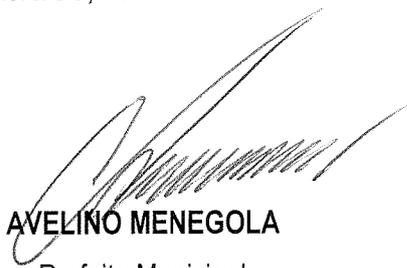
OAB/SC 32.161

JULGAMENTO:

Considerando o parecer jurídico retro, o qual passa a fazer parte integrante deste julgamento, acolho a recomendação **e julgo IMPROCEDENTE o recurso apresentado pela empresa NL MECÂNICA E CHAPEAÇÃO LTDA e autoriza a expedição de portaria revogando na integralidade o Processo Licitatório 0084/2020 – Pregão Registro de Preços 0038/2020.** Após o prazo, lance-se novo edital de modo a priorizar o interesse público.

Encaminhe-se, intime-se, cumpra-se.

Xanxerê/SC, 25 de maio de 2020.



AVELINO MENEGOLA

Prefeito Municipal