

Lages, 17 de novembro de 2021

OFÍCIO 577/2021

Á

- **CASTILHOS & GAMBA CONEXÕES COMÉRCIO ATACADISTA DE ALIMENTOS LTDA;**
- **CAMILLA SABINO PRESTES.**

ASSUNTO: RECURSO ADMINISTRATIVO

REF: PREGÃO ELETRÔNICO 181/2021 - PML

OBJETO: REGISTRO DE PREÇOS PARA AQUISIÇÃO DE ÁGUA MINERAL PARA USO E DISTRIBUIÇÃO EM DIVERSOS SETORES DA PREFEITURA MUNICIPAL DE LAGES, SECRETARIA MUNICIPAL DE ASSISTÊNCIA SOCIAL E HABITAÇÃO, SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE E SECRETARIA MUNICIPAL DE EDUCAÇÃO

Presente os termos do Recurso Administrativo interposto pela empresa **CASTILHOS & GAMBA CONEXÕES**.

Submetido à apreciação da Douta Procuradoria Geral do Município, para parecer, fora considerado IMPROCEDENTE.

Ante o parecer jurídico, **INDEFIRO** o referido Recurso, adjudicando o objeto licitado a empresa julgada vencedora do Item nº 2: CAMILLA SABINO PRESTES.

Para conhecimento, segue anexa cópia do Parecer nº 1115/2021/PROGEM.

Atenciosamente,

Antônio Cesar Alves de Arruda
Secretário da Administração e Fazenda

PARECER N.º 1115/2021

DA: PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO DE LAGES

PARA: SETOR DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

REFERÊNCIA: OFÍCIO 567/2021 – PE 181/2021

RECEBIDO
LAGES/SC 16/11/21
DIRETORA DE LICITAÇÕES
E CONTRATOS
Brenda

I. RELATÓRIO

Trata-se de recurso interposto pela empresa CASTILHOS & GAMBA CONEXOES COMERCIO ATACADISTA DE ALIME, participante do Edital de Pregão Eletrônico n.º 181/2021, referente ao Processo Licitatório nº 179/2021, cujo objeto é a Registro de Preços para Aquisição de Água Mineral para uso e Distribuição em Diversos Setores da Prefeitura Municipal de Lages, Secretaria Municipal de Assistência Social e Habitação, Secretaria Municipal de Saúde e Secretaria Municipal de Educação.

Em síntese, a Recorrente pugna pela desclassificação da empresa CAMILLA SABINO PRESTES, alegando que a mesma agiu de má-fé, uma vez que apresentou preços diferentes em itens iguais na cota reservada (R\$15,00) e ampla concorrência (R\$15,82). Ademais, requereu que seja negociado o valor ofertado no item da cota reservada.

Não houve apresentação de Contrarrazões.

É, no essencial, o relatório.

II. FUNDAMENTAÇÃO

Inicialmente, cabe ressaltar que dada a natureza eminentemente jurídica deste Órgão, situar-se-á o presente parecer tão somente nos aspectos legais que giram em torno da questão posta à apreciação.

Consoante a atual redação do art. 48 da Lei Complementar nº 123/06, se o valor da contratação superar R\$ 80.000,00 (de modo a não se justificar a licitação exclusiva), tratando-se de bens de natureza divisível, é necessário reservar cota de até 25% para disputa destinada a micro e pequenas empresas¹.

Em última análise, nas licitações com cota reservada para participação exclusiva de microempresa ou empresa de pequeno porte estar-se-á diante de um procedimento licitatório por itens.



¹ Consultoria Zênite. Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Cota Reservada - Cota Principal - Preços Distintos – Considerações. Data: 01.02.2018.

Lembra-se que nas licitações processadas por itens, **cada item corresponde a um objeto a ser disputado entre os licitantes interessados de forma autônoma e independente em relação aos demais**, de sorte que, ao final do certame cada item será adjudicado e posteriormente contratado com o seu vencedor.

Nesse sentido, são os ensinamentos de Marçal Justen Filho²:

Na licitação por itens há um único ato convocatório que estabelece condições gerais para realização de certames, que se processarão conjuntamente, mas de modo autônomo. O ato convocatório discrimina diferentes objetos, cada qual considerado como 'item'. **A autonomia se revela pela faculdade outorgada aos licitantes de produzir propostas apenas para alguns itens.** Os requisitos de habilitação são apurados e cada proposta é julgada em função de cada item. Há diversos julgamentos, tanto na fase de habilitação, quanto no exame de propostas. Mesmo que materialmente haja um único documento, haverá tantas decisões quantos sejam os objetos itens de avaliação (grifou-se).

Ocorre que, em que pese indicar o dever de reservar até 25% do quantitativo total licitado para disputa entre pequenas empresas, a LC nº 123/06 é omissa no que diz respeito ao procedimento a ser adotado pela Administração, ao final do certame, em relação aos preços praticados nas cotas principal e reservada vencidas por empresas distintas³.

Tal omissão legislativa parece representar justamente **a possibilidade de existirem preços distintos para cada cota**. Isso porque, a aplicação do inciso III do art. 48 da LC nº 123/06 importa na realização de uma mesma licitação em que há disputa independente para cada cota, sendo que a reservada deve ser destinada exclusivamente às ME/EPP's.

A Consultoria Zênite estabelece que a lógica que concebeu a disciplina do regime do tratamento diferenciado às ME/EPP's pressupõe, basicamente, três ideias: **a) que é possível haver preços distintos para cada cota**; b) que o preço da cota reservada usualmente será maior do que o da cota principal, pois, do contrário, se a ME/EPP pudesse oferecer preços equivalentes aos praticados pelas médias e grandes empresas, não haveria razão para garantir disputa exclusiva entre ME/EPPs; c) que o preço da cota reservada deve ser aceitável a partir dos parâmetros definidos pela Administração na estimativa do valor da licitação.

² JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 371.

³ Consultoria Zênite. Microempresas e Empresas e Pequeno Porte - Tratamento Diferenciado - Competência Legislativa Municipal - Licitação Com Cotas Reservadas - Valores Das Cotas Principais Mais Vantajosos - Procedimento. Data: 15.01.2020.

Aliás, a obtenção de preços diferentes em licitação realizada entre grupos compostos por empresas diversas constitui uma consequência certa, já que depende de atos privados de cada licitante. E, nessa medida, a falta de disciplina legal sobre a conduta da Administração em face de preços diversos para as cotas reservada e principal acaba por caracterizar um indicativo de que é legítima a adjudicação do mesmo objeto para pessoas distintas e com preços diferentes que se mostrem condizentes à prática mercadológica.

Neste sentido, é o entendimento do Tribunal de Contas da União⁴:

9.3.2. não se verifica, na Lei Complementar 123/2006, a impossibilidade de sejam distintos os preços praticados, para um mesmo produto, pelas ME e EPP e as empresas que concorrem às cotas destinadas à ampla concorrência, desde que não ultrapassem o valor de referência definido pela administração, observados, nessa situação, os princípios e vedações previstos no art. 3º da Lei 8.443/1992, bem como o poder dever de a administração, com fulcro no art. 49 da Lei 8.666/1993, revogar os procedimento licitatórios por razões de interesse público, com vistas a impedir a contratação por preços superiores aos praticados no mercado (grifou-se);

Do precedente acima resta evidenciada a **possibilidade de contratação por preços diversos em razão da separação do objeto em cotas principal e reservada**. O importante é que o julgamento das propostas tenha se dado com base em critérios de aceitabilidade adequados face à realidade de mercado, de modo a evitar contratações desvantajosas.

Sobre o assunto, veja-se o Parecer emitido pela Consultoria Zênite⁵:

Em vista do exposto, esta Consultoria conclui:

Tomada a situação a partir da necessidade de observar os **princípios da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo**, se não constou no edital da licitação em voga, como critério para aceitabilidade das propostas, regra similar àquela fixada no § 3º do art. 8º do Decreto federal nº 8.538/15, e tampouco estabeleceu-se a incidência desse regulamento no presente procedimento licitatório, a conclusão se forma no sentido de ser possível aceitar que uma mesma microempresa ou empresa de pequeno porte cote preços distintos para a cota reservada e para a cota franqueada à ampla disputa, ainda que se trate do mesmo objeto, e seja declarada vencedora em ambas, desde que atendidos os critérios para classificação de suas ofertas em cada um desses itens.

De qualquer forma, de todo recomendável entabular negociação com a vencedora dos lotes, na tentativa de que o menor valor prevaleça para a totalidade de aquisições decorrentes dos lotes. Acaso não concorde, recomenda-se ainda solicitar justificativa


⁴ TCU. Acórdão n.º 1819/2018 – Plenário.

⁵ Consultoria Zênite. Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Cota Reservada - Cota Principal - Preços Distintos – Considerações. Data: 01.02.2018.




para a cotação dos valores informados, os quais, além de diversos, não seguem a lógica da economia de escala.

Recomenda-se, por fim, que em procedimentos licitatórios futuros, tal aspecto seja objeto de regramento no ato convocatório, para o que, ante a ausência de tratamento específico no âmbito municipal, possível adotar como referência o § 3º do art. 8º do Decreto federal nº 8.538/15.

Já no caso de as duas cotas serem vencidas por empresas licitantes distintas, não se identifica fundamento legal para impor a uma delas que aceite o preço da outra, como condição para classificação de sua proposta. A fixação desse critério submeteria a análise de aceitação da proposta ao atendimento de condição incerta, pois no momento da publicação do instrumento convocatório não se conheceria qual seria o valor para que a proposta fosse classificada. Medida dessa natureza viola o princípio do julgamento objetivo.

Por essa razão, para esta Consultoria, de acordo com a sistemática definida pelo inc. III do art. 48 da Lei Complementar nº 123/06, é possível que duas empresas distintas sejam vencedoras das cotas colocadas em disputa e, nesse caso, não seria juridicamente viável impor a uma empresa, como condição para aceitabilidade de sua proposta, que aceitasse reduzir seu preço ao valor cotado por outra empresa, em outra cota.

Salvo melhor juízo, essa é a orientação da Zênite, de caráter opinativo e orientativo, elaborada de acordo com os subsídios fornecidos pela Consultente.

Ainda, a esse respeito, vislumbra-se: o teor de Pergunta e Resposta publicada na Revista Zênite - Informativo de Licitações e Contratos (ILC)⁶:

Na licitação com cota reservada, é legal a existência de preço diferente na cota principal e reservada?

Com a alteração feita pela Lei Complementar nº 147/14, o art. 48, inc. III, da Lei Complementar nº 123/06 passou a dispor o seguinte:

Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública:

[...]

III - deverá estabelecer, em certames para aquisição de bens de natureza divisível, cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte.

Desse dispositivo infere-se que, nas licitações voltadas à contratação de objeto de natureza divisível, a disputa deve ocorrer de modo apartado: até 75% da quantidade licitada será franqueado à disputa aberta entre grandes e pequenas empresas; e até 25% da quantidade licitada será reservado à disputa exclusiva entre pequenas empresas.

Apesar de indicar o dever de reservar até 25% do quantitativo total licitado para disputa entre pequenas empresas, a Lei Complementar nº 123/06 é omissa no que diz respeito ao procedimento a ser adotado pela Administração, ao final do certame, em relação aos preços praticados nas cotas principal e reservada vencidas por empresas distintas.

Diante da omissão legal sobre o assunto, a Administração poderia cogitar estabelecer no edital de licitação que a adjudicação do objeto estaria vinculada ao aceite do menor valor obtido na disputa das cotas. Nesse sentido, o edital disciplinaria que, nos casos em que licitantes diferentes fossem vencedoras de cada cota, a adjudicação necessariamente ocorreria pelo menor preço ofertado para as duas.

⁶ Microempresas e empresas de pequeno porte – Licitação – Cotas principal e reservada – Preços diferentes. Revista Zênite ILC – Informativo de Licitações e Contratos, Curitiba: Zênite, n. 276, p. 183, fev. 2017, seção Perguntas e Respostas.

Contudo, para a Consultoria Zênite, essa não é a solução que melhor se amolda à finalidade e à disciplina fixada pela Lei Complementar nº 123/06 e pelas normas que regem o processamento das licitações. Explica-se.

A aplicação do inc. III do art. 48 da LC nº 123/06 importa na realização de um único procedimento licitatório, no qual ocorrerá a disputa independente para cada cota – principal e reservada, e a cota reservada deve ser destinada à participação exclusiva de microempresas e empresas de pequeno porte.

Portanto, a lógica que envolve a aplicação desse tratamento diferenciado às MEs e EPPs pressupõe, basicamente, três ideias:

a) **considerando a possibilidade de licitantes distintas disputarem e vencerem cada uma das cotas, é possível haver a definição de preços distintos para a cota e principal e para a cota reservada;**

b) o preço da cota reservada usualmente será maior do que o da cota principal, pois, do contrário, se a ME/EPP pudesse oferecer preços equivalentes aos praticados pelas médias e grandes empresas, não haveria razão para garantir disputa exclusiva entre MEs/EPPs;

c) tanto o preço ofertado para a cota principal quanto o preço ofertado para a cota reservada devem ser aceitáveis em face do critério de aceitabilidade definido no instrumento convocatório pela Administração para o julgamento da licitação.

Compreendido esse panorama, tem-se que a obtenção de preços diferentes em licitação realizada entre grupos compostos por empresas diversas constitui uma consequência certa, visto que depende de atos privados de cada licitante. E, nessa medida, desde que cada um desses valores atenda ao critério de aceitabilidade definido no instrumento convocatório, a falta de disciplina legal condicionando a aceitação dessas ofertas ao menor valor obtido funciona como um indicativo de que é legítima a adjudicação do mesmo objeto para pessoas distintas por preços diferentes.

[...]

Sob esse enfoque, considera-se que, **na licitação com cota reservada, consoante disposto no art. 48, inc. III, da Lei Complementar nº 123/06, desde que cada cota – principal e reservada, sejam vencidas por empresas distintas, não haverá óbice legal em promover a adjudicação de ambas por preços distintos (grifou-se).**

Por fim, registra-se que no presente caso, por **envolver licitantes distintas como vencedoras de cada um dos itens/lotes da licitação, não se vislumbra qualquer ilegalidade em se promover a adjudicação de cada um desses itens pelo respectivo valor.**

Situação dessa espécie é bem provável (até em decorrência das disputas separadas, autônomas) e, segundo o entendimento do Tribunal de Contas da União e da Consultoria Zênite, desde que o valor de referência fixado pela Administração como critério para aceitabilidade das propostas seja atendido nas duas cotas, o simples fato de cada qual consignar um valor distinto da outra não representa qualquer ilegalidade.

III. PARECER

Ante o exposto, por ser próprio e tempestivo, somos pelo conhecimento do Recurso interposto por CASTILHOS & GAMBÁ CONEXÕES COMÉRCIO ATACADISTA DE ALIMENTOS, participante do Edital de Pregão Eletrônico n.º 181/2021, referente ao Processo Licitatório n.º



179/2021, para no mérito, opinar pelo **NÃO PROVIMENTO**, nos termos do art. 3º da Lei n.º 8.666/93 e art. 48, III da LC 123/06.

Submeta-se à apreciação da autoridade superior.

Lages (SC), em 16 de novembro de 2021.


MARIA EDUARDA BUENO DE FIGUEIREDO
Auxiliar Administrativo


EMMELINE MOURA COSTA
Procuradora do Município


ELOI AMPESSAN FILHO
Procurador-Geral do Município

➤ Pregão Eletrônico

▪ Visualização de Recursos, Contrarrazões e Decisões

RECURSO :

AOS CUIDADOS DA COMISSÃO DE LICITAÇÕES/PREGOEIRO DA LICITAÇÃO PREGÃO ELETRÔNICO Nº 181/2021 DO MUNICÍPIO DE LAGES

C & G CONEXOES, pessoa jurídica de direito privado, inscrito no CNPJ nº 40.738.368/0001-76, sediada na Rua Quinze de Novembro, 174-, Coral, CEP 88523-010, Lages (SC), por seu sócio administrador e advogados devidamente constituídos, vem perante Vossa Senhoria, apresentar RECURSO ADMINISTRATIVO, conforme abaixo transcritos os fatos e fundamentos.

1. DA SÍNTESE DOS FATOS

A requerente participou da licitação Pregão Eletrônico nº 181/2021 que tinha por objeto aquisição de água mineral para uso e distribuição, conforme especificações contidas no instrumento convocatório. Ocorre que durante a sessão pública ocorreram ilegalidades que motivaram a necessidade de apresentação do presente recurso administrativo, conforme argumentos de fatos e direito abaixo relacionados.

2. DOS MOTIVOS PARA DESCLASSIFICAR A RECORRIDA

A empresa CAMILLA SABINO PRESTES, deve ter sua proposta recusada pelo descumprimento das cláusulas editalícias, visto que participou da cota reservada e da ampla, com preços diferentes em ambos os itens e de maneira curiosa se manteve inerte a igualar o preço no item em que foi declarada vencedora.

Veja-se, no item 1 (cota reservada) a empresa recorrida ofertou o valor de R\$ 15,00 (quinze reais), ficando como 3º colocado, e no item 02 ofertou o valor de R\$ 15,82 (quinze reais e oitenta e dois centavos), não havendo em momento algum, por parte da empresa recorrida, interesse em baixar no valor ofertado na cota.

Há de ressaltar que ambos os itens são exatamente os mesmos, não havendo qualquer diferença entre os produtos e conseqüentemente não havendo qualquer empecilho ou prejuízo pela empresa vencedora do item 2 (ampla), ao contrário, o prejuízo acarretará somente para o Órgão Licitador, visto que é claro que a empresa está cobrando a mais por um produto que claramente pode baixar para o valor ofertado no item da cota.

Destaca-se que o valor que a Administração pagará a mais é de R\$ 7.836,74 (sete mil, oitocentos e trinta e seis e setenta e quatro centavos), sem a menor necessidade, pois o cenário é lógico: se a empresa acabou por baixar o valor em outro item exatamente igual, por qual razão não poderá ofertar o mesmo valor no item em que foi declarada vencedora?

É nítido que a empresa recorrida se manteve inerte, induzindo, até o presente momento com sucesso, a Administração a pagar por um produto mais caro, não sendo honesto suficiente para que o processo licitatório fosse finalizado da maneira mais justa possível.

Tal comportamento não deve prosperar dentro do processo licitatório, uma vez que, ambas as partes - Administração e licitantes - devem manter o bom andamento do processo com total transparência e fidelidade, entretanto, no caso presente, tais quesitos não foram cumpridos pela empresa recorrida, certo de que optou em agir de má fé perante este Órgão Licitador.

Desta maneira, cabe a Administração desclassificar a empresa licitante por agir de má fé ao tentar ludibriar a parte contratante ou ainda, caso a comissão de licitação decida por melhor, que seja negociado o valor ofertado no item da cota reservada de R\$ 15,00 (quinze reais).

3. DO DIREITO GERAL

3.1. DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA

A Constituição Federal prevê, no seu art. 37, XXI, a contratação de obras, serviços, compras e alienações mediante a observação do princípio da isonomia, assegurando a todos os concorrentes a igualdade de condições. A obrigatoriedade da aplicação do princípio é reiterada no art. 3º da Lei 8.666/93. O princípio da isonomia pode ser considerado como um instrumento regulador das normas, para que todos os destinatários de determinada lei recebam tratamento parificado.

Todos os dispositivos da lei de licitações ou regulamentação de um específico processo licitatório devem ser interpretados à luz do princípio da isonomia o qual, não objetiva a proibição completa de qualquer diferenciação entre os candidatos, pois essa irá ocorrer naturalmente com a seleção da proposta mais vantajosa à administração pública. Sua verdadeira aplicação é a vedação de qualquer discriminação arbitrária, que gere desvalia de proposta em proveito ou detrimento de alguém, resultado esse de interferências pessoais injustificadas de algum ocupante de cargo público.

Assim, é obrigação da administração pública não somente buscar a proposta mais vantajosa, mas também, demonstrar que concedeu a todos os concorrentes aptos a mesma oportunidade.

Cabe salientar que apesar da característica de essencialidade da isonomia, ela não pode ser exacerbada, mitigando busca da proposta mais vantajosa, assim não é cabível que um defeito irrelevante ou perfeitamente sanável exclua uma possível melhor proposta, mesmo por que essa exclusão gera além da ofensa ao princípio da "vantajosidade", uma ofensa ao próprio princípio da isonomia quando se retira da concorrência um candidato perfeitamente apto.

A isonomia deve ser pilar de todo o processo licitatório tanto durante o ato convocatório, que é aberto a todos, dentre os quais serão selecionados os que se enquadram nas características necessárias, exceto aqueles que por ato anterior estejam impossibilitados de participar, e na fase seguinte, do processo, sendo que o julgamento das propostas deve ser feito baseado nos critérios objetivos delimitados no ato convocatório, sem qualquer influência subjetiva, ou preferência dos julgadores também nessa fase.

Diante disto, faz-se necessária a anulação de todos os atos, posteriores ao tratamento não isonômico.

4. DOS PEDIDOS

Receber o recurso administrativo e, ao final, seja dado provimento para:

- Desclassificar a recorrida pelo não cumprimento de cláusulas editalícias e da legislação pertinente.
- Que sejam anuladas todas as fases da licitação ocorridas após o ato ilegal, convocando as empresas para nova sessão pública.

Requer-se também que seja comunicado o julgamento obrigatoriamente pelos e-mails tiago.sandi@sandieoliveira.adv.br, bruna.oliveira@sandieoliveira.adv.br e contato@sandieoliveira.adv.br, sob pena de nulidade.

Nestes termos pede deferimento.

Lages (SC), 4 de novembro de 2021.

C & G CONEXOES

Fechar