Ata referente ao Processo Licitatório **31/2018**, Edital de Pregão Presencial **17/2018,** cujo objeto é **AQUISIÇÃO DE EQUIPAMENTOS PARA IMPLANTAR PATRULHAS AGRÍCOLAS MECANIZADAS NO MUNICÍPIO DE CORONEL FREITAS - SC, CONFORME CONTRATO DE REPASSE Nº 830854/2016/MDA/CAIXA.**

Aos oito dias do mês de maio de dois mil e dezoito, às 13h00min, na sala de licitações da Prefeitura Municipal de Coronel Freitas, o pregoeiro retomou análise do processo, para decidir sobre o seu andamento.

A sessão de abertura e julgamento das propostas havia sido suspensa pelo fato de que o primeiro colocado deixou de apresentar a Certidão Negativa Municipal, sendo documento exigido no edital.

Durante a sessão havia se tentado a negociação com o segundo colocado para que assumisse o item nas condições apresentadas pelo primeiro colocado que havia sido desclassificado, sendo que não foi aceito. Assim, houve necessidade de se suspender a sessão para buscar orientação com o setor jurídico o sobre a viabilidade de se aceitar a proposta do segundo colocado.

É o breve relatório.

Diante do acima exposto é que se expõem os fundamentos que embasarão a medida adotada. Nesse sentido, **Parecer da FECAM** tratou de forma detalhada e satisfatória sobre aspecto semelhante que se adequa ao presente caso, vejamos:

> **Parecer nº:** 174
>
> **Pergunta:**
>
> No caso de pregão presencial, na contratação a empresa vencedora desistiu de um determinado item. A segunda classificada deverá ser contratada nas mesmas condições da primeira ou nas condições com que encerrou sua participação no processo?
>
> **Resposta:**
>
> Em obediência ao inciso XXIII do artigo 4º da Lei nº 10.520/02, "se o licitante vencedor, convocado dentro do prazo de validade de sua proposta, não celebrar o contrato, aplicar-se-á o disposto no inciso XVI" do mesmo artigo. O inciso XVI do mesmo artigo, por sua vez, expressa o seguinte: "se a oferta não for aceitável ou se o licitante desatender às exigências habilitatórias, o pregoeiro examinará as ofertas subseqüentes e a qualificação dos licitantes, na ordem de classificação, e assim sucessivamente, até a apuração de uma que atenda ao edital, sendo o respectivo licitante declarado vencedor."
>
> **Bem se vê que o inciso XVI do artigo 4º da Lei nº 10.520/02 se refere às situações em que a proposta do licitante mais bem classificado no julgamento é considerada inaceitável ou em que o próprio licitante é inabilitado. Em face dessas situações, o dispositivo supracitado requer que o pregoeiro examine as ofertas subseqüentes e a qualificação dos licitantes, na ordem de classificação, até que encontre quem atenda o edital**.
>
> Dessa forma, moldando-se tal dispositivo ao inciso XXIII do artigo 4º da Lei nº 10.520/02, se o vencedor da licitação recusar-se a assinar o contrato dentro do prazo de validade da sua proposta, a Administração deve convocar para fazê-lo o segundo classificado, desde que a proposta do mesmo seja aceitável e ele seja considerado habilitado, e, assim, sucessivamente, até que apure um que atenda as condições do edital.

Para tanto, faz-se necessário retomar a sessão do pregão, convocando todos os licitantes, a fim de a Administração manifestar-se sobre a aceitabilidade da proposta, abrir o envelope com os documentos de habilitação, conferir oportunidade para que os demais licitantes interponham recursos, proceda à adjudicação e à nova homologação. Tudo isto, evidentemente, dentro do prazo de validade das propostas.

Ressalva-se que, em consonância com a dicção clara do inciso XXIII do artigo 4º da Lei nº 10.520, a convocação do segundo licitante mais bem classificado é permitida apenas se o primeiro classificado se recusa a assinar o contrato dentro do prazo de validade da sua proposta. Se ele é convocado depois de transcorrido o prazo de validade da sua proposta, a Administração já não pode levar a cabo tal procedimento, por efeito do qual passaria à análise do segundo mais bem classificado. Nessas situações, a licitação deve ser extinta, e a Administração deve proceder a novo certame.

Questão polêmica diz respeito à pertinência da aplicação subsidiária do § 2º do artigo 64 da Lei nº 8.666/93 ao regime do pregão.

O referido parágrafo da Lei nº 8.666/93 apresenta a seguinte redação: "É facultado à Administração, quando o convocado não assinar o termo de contrato ou não aceitar ou retirar o instrumento equivalente no prazo e condições estabelecidas, convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para fazê-lo em igual prazo e nas mesmas condições propostas pelo primeiro classificado, inclusive quanto aos preços atualizados de conformidade com o ato convocatório, ou revogar a licitação independentemente da cominação prevista no art. 81 desta Lei."

Noutras palavras, de acordo com o § 2º do artigo 64 da Lei nº 8.666/93, nas situações em que o licitante se recusa a assinar o contrato, a Administração pode convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, desde que o convocado aceite as mesmas condições ofertadas pelo licitante autor da melhor proposta, inclusive quanto ao preço. Isso significa que o licitante convocado deve igualar o preço proposto pelo licitante que se recusou a assinar o contrato.

A finalidade do § 2º do artigo 64 da Lei nº 8.666/93 é evitar conluios. A título ilustrativo, suponha-se a seguinte situação: determinado contrato administrativo gera o custo de R$ 100.000,00 (cem mil reais) para ser cumprido. O vencedor da licitação ofereceu o preço de R$ 110.000,00 (cento e dez mil reais). O segundo colocado ofereceu o preço de R$ 130.000,00 (cento e trinta mil reais). Dentro desse quadro, o vencedor da licitação pode concordar em não assinar o contrato em troca de R$ 10.000,00 (dez mil reais), que corresponde a sua expectativa de lucro. Com a recusa em assinar o contrato e se não houvesse a norma do § 2º do artigo 64 da Lei nº 8.666/93, o segundo colocado poderia ser contratado pelo preço de R$ 130.000,00 (cento e trinta mil reais). Isso faria com que ele auferisse o lucro de R$ 30.000,00 (trinta mil reais), dos quais repassaria R$ 10.000,00 (dez mil reais) para o primeiro classificado, que não assinou o contrato, sobrando, para si, R$ 20.000,00 (vinte mil reais).

Então, para evitar esse tipo de conluio, em detrimento do interesse público, o § 2º do artigo 64 da Lei nº 8.666/93 prescreve que o licitante convocado deve igualar o preço e as condições propostas pelo licitante que se recusou a assinar o contrato.

Essa exigência, de que o convocado iguale o preço do licitante que se recusou a assinar o contrato, usualmente inviabiliza a contratação e força a Administração a proceder à nova licitação. E isso porque, com freqüência, o licitante se recusa a assinar o contrato ao tomar conta de que o preço proposto por ele é muito baixo, na realidade, inexeqüível. Assim sendo, ele recusa-se a assinar o contrato, uma vez que, se o fizesse, operaria em prejuízo. E o ponto é que, se o segundo colocado no certame, posteriormente convocado para assinar o contrato, aceitar igualar o preço proposto pelo primeiro colocado, também ele acabará por operar em prejuízo, com preço inexeqüível. Em razão disso, o segundo colocado, quando convocado, ainda que agindo de boa-fé, costuma recusar-se a igualar o preço do primeiro colocado e, por via de conseqüência, a assinar o contrato, compelindo a Administração, como dito, a proceder à nova licitação.

A questão que ora se apresenta é se a restrição contida no § 2º do artigo 64 da Lei nº 8.666/93 se aplica ou não à modalidade pregão.

Com efeito, o artigo 9º da Lei nº 10.520/02 prescreve que as normas da Lei nº 8.666/93 se aplicam subsidiariamente ao pregão. Ou seja, se houver lacuna na Lei nº 10.520/02, o intérprete deve buscar socorro na Lei nº 8.666/93. Em vista disso, a questão ora aventada transmuda-se em determinar se a Lei nº 10.520/02 disciplina este assunto de maneira própria ou se existe espécie de lacuna a atrair a incidência da Lei nº 8.666/93.

Como dito, o inciso XXIII do artigo 4º da Lei nº 10.520/02 prescreve que, se o licitante vencedor, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não assinar o contrato, deve-se aplicar o inciso XVI do mesmo dispositivo. **O referido inciso XVI, por sua vez, determina que se deve convocar o licitante autor da segunda melhor proposta e, assim, sucessivamente, até que se encontre um que contemple as condições do edital.**

Atente-se que, em razão da sistemática própria do pregão, a Administração, antes de convocar o segundo licitante mais bem classificado para assinar o contrato, deve restaurar licitação que já se havia encerrado com a homologação.

Com efeito, com a homologação o procedimento de licitação encerra-se. Se o convocado para assinar o contrato recusa-se a fazê-lo, deve-se reabrir a sessão, convocando todos os licitantes, para avaliar se a proposta do segundo mais bem classificado é aceitável, se o mesmo cumpre as condições enfeixadas no edital para a habilitação e se alguém pretende recorrer do que será feito. Ou seja, a licitação inicia-se novamente, a partir do final da etapa de lances, começando-se com a análise de aceitabilidade da proposta do segundo colocado.

Nesse sentido, se a Administração reputa que o preço do segundo colocado vai acima do praticado no mercado, é permitido a ela, ainda, com base no inciso XVII do mesmo artigo 4º, negociar diretamente com ele, visando à redução dos valores.

Quer-se dizer que, no pregão, a Administração dispõe de instrumento próprio para evitar o conluio entre os licitantes. **Ora, se o preço do segundo licitante mais bem classificado estiver acima dos padrões de mercado ou muito distante do preço do primeiro classificado, a Administração poderá travar negociação e, se não houver resultados satisfatórios, desclassificá-lo.**

Transparece que a Lei nº 10.520/02 prescreve sistemática própria sobre o assunto, que apresenta traços distintos da sistemática da Lei nº 8.666/93. Por isso, não é correto reconhecer lacuna na Lei nº 10.520/02 no que tange à necessidade ou não de o segundo licitante mais bem classificado igualar o preço ofertado pelo licitante então mais bem classificado. O § 2º do artigo 64 da Lei nº 8.666/93 não se aplica às licitações regidas pela modalidade pregão. Nelas, a Administração deve, antes de convocar o segundo licitante mais bem classificado para assinar o contrato, retomar a licitação, analisando a aceitabilidade do preço proposto por ele, o que se presta a evitar a prática de conluios, cujo § 2º do artigo 64 da Lei nº 8.666/93, dentro do seu contexto e ao seu modo, procura evitar.

Salvo melhor juízo, é o parecer.
Estou à disposição para esclarecimentos complementares.

Florianópolis, 29 de maio de 2006.

JOEL DE MENEZES NIEBUHR
Consultor da FECAM. Advogado inscrito na OAB/SC sob o nº 12.639. Doutor em Direito Administrativo pela PUC/SP. Mestre em Direito pela UFSC. Professor Convidado de Direito Administrativo da Escola da Magistratura do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Professor Convidado de Direito Administrativo da Escola do Ministério Público de Santa Catarina. Professor Convidado de diversos cursos de especialização em Direito Administrativo. Autor dos livros Princípio da Isonomia na Licitação Pública(Florianópolis: Obra Jurídica, 2000); "O Novo Regime Constitucional da Medida Provisória" (São Paulo: Dialética, 2001); Dispensa e Inexigibilidade de Licitação Pública (São Paulo: Dialética,

> 2003) e Pregão Presencial e Eletrônico (3. ed. Curitiba: Zênite, 2005). (sem grifos no original).

Acima foi transcrito o Parecer 174 da FECAM em sua totalidade.

Vale ser destacado que esta municipalidade vem buscando sempre a prática dos princípios edificadores da Administração Pública.

Ora, pelo acima exposto, é possível identificar que a Lei 10520/2002, tratou de forma simples, porém completa da medida a ser adotada, como dito, não restaram espaços para serem preenchidos pela Lei 8666/93 em aplicação subsidiária e complementar.

Isso por que, a situação em comento, diz respeito apenas à inabilitação de participante ainda na primeira sessão (abertura de propostas e habilitação), sendo que não houve homologação nem adjudicação.

Por sua vez a Lei 8666/93, no citado dispositivo, buscou tratar de hipóteses em que após a homologação e convocação para assinatura do contrato, o primeiro colocado, por algum motivo deixa de fazê-lo. No último caso, seria sim a previsão legal de que sejam chamados os demais, em ordem de classificação, para que manifestem o interesse em assumir o item nas condições feitas pelo primeiro colocado.

No caso em discussão, data vênia, não se faz necessária a aplicação da Lei 8666/93. Pelo fato de que não houve homologação e adjudicação do item.

Para a Administração, deixar de aceitar a proposta do segundo colocado e instaurar nova licitação afetaria todo andamento do processo, deixando assim de ser cumprido o princípio da eficiência. Por oportuno vale ser argumentado, que com a transcrição do parecer acima mencionado, a Administração está seguindo a mais estrita legalidade nesta decisão.

Portanto, adotar a medida de chamar o segundo colocado para manifestar o interesse em assumir o item nas condições por ele estabelecidas é medida que se impõe.

Diante do exposto, **DECIDO POR ACEITAR A PROPOSTA FORMULADA PELO SEGUNDO COLOCADO**, nas condições por ele propostas.

Assim sendo, será publicada a presente decisão no site da Prefeitura e DOM SC, convocando-se os interessados, principalmente os participantes do referido pregão, para **querendo**, acompanharem a sessão de abertura do envelope de habilitação do segundo colocado, o que será feito na data de 14 de maio de 2018, às 08h30min.

Nada mais havendo a tratar foi encerrada a presente ata que será publicada no site da prefeitura.

RAFAEL FÁBIO TREVISAN
PREGOEIRO