

*Despecho
fica mantida a
decisão do Pregoeiro,
em 14/12/2022*

*Gilberto Luiz Hendges
Prefeito Municipal de Aratiba
CPF 008 619 790-87*



Processo nº: 168/2022

Pregão Presencial nº: 029/2022

Objeto: Constitui o objeto da presente Licitação o Registro de Preço para aquisição de combustíveis para abastecimento dos veículos pertencentes a frota oficial da Prefeitura Municipal de Aratiba/RS.

Exmo Sr.
Prefeito Municipal
Gilberto Luiz Hendges

RESPOSTA AO RECURSO ADMINISTRATIVO – MECANICA BASSO LTDA

Aratiba, 14 de dezembro de 2022.

Excelentíssimo Senhor Prefeito Municipal,

Tendo em vista o recurso apresentado pela empresa MECANICA BASSO LTDA, inscrita no CNPJ sob o nº 87.286.688/0001-04, bem como as contrarrazões apresentadas pela empresa CHAPPUIS E FORMICA, inscrita no CNPJ sob o nº 19.324.588/0001-67, este pregoeiro nomeado pela Portaria n de 21 de janeiro de 2021, nos termos do § 4º do artigo 109 da Lei Federal nº 8.666 de 21 de junho de 1993, vem apresentar os seus motivos e fundamentos para, ao final sugerir:

I – DO CONHECIMENTO E DA TEMPESTIVIDADE DOS ATOS RECURSAIS:

No que tange ao conhecimento e tempestividade, tanto o recurso administrativo impetrado pela recorrente MECANICA BASSO LTDA, como as contrarrazões apresentadas pela empresa CHAPPUIS E FORMICA foram conhecidos e tempestivos, obedecendo ao disposto na alínea XVIII do artigo 4º da Lei Federal 10.520 de 17 de julho de 2002 e artigos correlatos da Lei Federal 8.666 de 21 de junho de 1993.

II – DO RELATÓRIO

Assim, na data e hora marcada para o início da sessão pública do Processo nº 168/2022, Pregão Presencial 029/2022, cujo objeto é a aquisição de combustíveis para

abastecimento dos veículos pertencentes a frota oficial da Prefeitura Municipal de Aratiba/RS. Assim, compareceram ao certame as empresas MECANICA BASSO LTDA (CNPJ 87.286.688/0001-04), POSTO CONFIANÇA LTDA. (CNPJ 02.929.119/0001-79), CHAPPUIS E FORMICA (CNPJ 19.324.588/0001-67) e SAFRA DIESEL LTDA (76.578.202/0001-87), restando todas credenciadas e com representantes presentes e aptos a dar lances. É mister destacar que somente a licitante CHAPPUIS E FORMICA se credenciou como beneficiária da Lei Complementar 123 de 14 de dezembro de 2006, conforme exigências do edital. Ademais, o instrumento convocatório previa o fornecimento de 3 itens:

2. OBJETO:

Constitui objeto da presente licitação o registro de preços para fornecimento dos seguintes combustíveis:

ITEM	QUANT. MÁX.	UNIDADE	DESCRIÇÃO
01	84.000	Litros	GASOLINA COMUM
02	300.000	Litros	ÓLEO DIESEL S10
03	279.000	Litros	ÓLEO DIESEL S500

Na sequência foram apresentadas as propostas escritas das empresas das empresas, que para o item 01 Gasolina Comum restaram apresentadas e classificadas da seguinte forma (com valor unitário): CHAPPUIS E FORMICA R\$ 5,35, MECANICA BASSO LTDA R\$ 5,48 e POSTO CONFIANÇA LTDA R\$ 5,49. Em ato seguinte, foi dado início a rodada de lances para o item 01, com todas as propostas aceitas e classificadas conforme os ditames da Lei Federal 10.520 de 17 de julho de 2002, sendo ofertados os seguintes lances ao longo de 11 rodadas:

Licitação: 000169/22 PREGÃO PRESENCIAL						Sessão: 1	
Item	Código	Descrição do Produto/Serviço		Unidade	Quantidade		
1	001.001.002	GASOLINA COMUM		L	84.000		
Rodada	Nº Lance	Código	Proponente / Fornecedor	Desconto (%)	Vir. Lance Unit.	Situação	
1	1	1302	POSTO CONFIANÇA LTDA	0,00	5,3400	Lance	
1	2	80	MECANICA BASSO LTDA	0,00	5,3200	Lance	
1	3	11089	CHAPPUIS E FORMICA LTDA	0,00	5,2900	Lance	
2	1	1302	POSTO CONFIANÇA LTDA	0,00	5,2700	Lance	
2	2	80	MECANICA BASSO LTDA	0,00	5,2600	Lance	
2	3	11089	CHAPPUIS E FORMICA LTDA	0,00	5,2200	Lance	
3	1	1302	POSTO CONFIANÇA LTDA	0,00	5,2100	Lance	
3	2	80	MECANICA BASSO LTDA	0,00	5,2000	Lance	
3	3	11089	CHAPPUIS E FORMICA LTDA	0,00	5,1900	Lance	
4	1	1302	POSTO CONFIANÇA LTDA	0,00	5,1500	Lance	
4	2	80	MECANICA BASSO LTDA	0,00	5,1400	Lance	
4	3	11089	CHAPPUIS E FORMICA LTDA	0,00	5,0000	Lance	
5	1	1302	POSTO CONFIANÇA LTDA	0,00	4,9900	Lance	
5	2	80	MECANICA BASSO LTDA	0,00	4,9800	Lance	
5	3	11089	CHAPPUIS E FORMICA LTDA	0,00	4,9500	Lance	
6	1	1302	POSTO CONFIANÇA LTDA	0,00	4,9400	Lance	
6	2	80	MECANICA BASSO LTDA	0,00	4,9300	Lance	
6	3	11089	CHAPPUIS E FORMICA LTDA	0,00	4,9000	Lance	
7	1	1302	POSTO CONFIANÇA LTDA	0,00	4,8900	Lance	
7	2	80	MECANICA BASSO LTDA	0,00	4,8800	Lance	
7	3	11089	CHAPPUIS E FORMICA LTDA	0,00	4,8700	Lance	
8	1	1302	POSTO CONFIANÇA LTDA	0,00	4,8600	Lance	
8	2	80	MECANICA BASSO LTDA	0,00	4,8500	Lance	
8	3	11089	CHAPPUIS E FORMICA LTDA	0,00	4,8400	Lance	
9	1	1302	POSTO CONFIANÇA LTDA	0,00	4,8300	Lance	
9	2	80	MECANICA BASSO LTDA	0,00	4,8200	Lance	
9	3	11089	CHAPPUIS E FORMICA LTDA	0,00		Declina	
10	1	1302	POSTO CONFIANÇA LTDA	0,00	4,8100	Lance	
10	2	80	MECANICA BASSO LTDA	0,00	4,8000	Lance	
11	1	1302	POSTO CONFIANÇA LTDA	0,00		Declina	
			11089 CHAPPUIS E FORMICA LTDA	0,00	4,7900	Lance (LC 123/2006)	
			11089 CHAPPUIS E FORMICA LTDA	0,00	4,7900	Finalizado	

Diante do exposto, a empresa CHAPPUIS E FORMICA declinou na 9ª rodada de lances, tendo ofertado como último lance válido o valor unitário de R\$ 4,84 na 8ª rodada. Na sequência a empresa POSTO CONFIANÇA ofertou lance de R\$ 4,81 e a licitante MECANICA BASSO LTDA ofertou o lance de R\$ 4,80 na 10ª rodada, a licitante POSTO CONFIANÇA declinou na 11ª rodada. Restando vencedor o lance de R\$ 4,80 da empresa MECANICA BASSO LTDA, momento em que ocorreu a situação prevista na nos itens 11.31 e 11.13.1 do edital:

11.13. Encerrada a sessão de lances, será verificada a ocorrência do empate ficto, previsto no art. 44, §2º da Lei Complementar 123/2006, sendo assegurado, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas, as empresas de pequeno porte e as cooperativas que atenderem ao disposto no item 7.7 deste Edital.

11.13.1. Entende-se como empate ficto aquelas situações em que as propostas apresentadas pela microempresa e pela empresa de pequeno porte, bem como pela cooperativa, sejam iguais ou superiores em até 5% (cinco por cento) à proposta de menor valor.

11.13.2. Ocorrendo empate ficto, na forma do item anterior, proceder-se-á da seguinte forma:

a) A microempresa, a empresa de pequeno porte ou cooperativa, detentora da proposta de menor valor, poderá apresentar, no prazo de 05 (cinco) minutos, nova proposta, inferior àquela considerada, até então, de menor preço, situação em que será considerada vencedora do certame.

b) Se a microempresa, a empresa de pequeno porte ou cooperativa, convocada na forma da alínea anterior, não apresentar nova proposta, inferior à de menor preço, será facultada, pela ordem de classificação, às demais microempresas, empresas de pequeno porte ou cooperativas remanescentes, que se enquadrarem na hipótese do item 11.13.1 deste Edital, a apresentação de nova proposta, no prazo previsto na alínea "a" deste item.

Dessa forma, ocorrendo o empate ficto e tendo como beneficiária da Lei Complementar 123/2006 a empresa CHAPPUIS E FORMICA, foi ofertada à mesma a possibilidade e efetuar lance menor que o último lance de R\$ 4,80 da empresa MECANICA BASSO LTDA, conforme procedimento disposto em edital e já consolidado na legislação que rege os processos licitatórios. A CHAPPUIS E FORMICA, então, não declinou de seu direito e ofertou o lance de R\$ 4,79. Sendo declarada vencedora do item 01 – Gasolina Comum do presente processo licitatório. Momento no qual, o representante credenciado pela empresa MECANICA BASSO LTDA, não aceitando o resultado final e indagando a forma de aplicação do direito da beneficiária da Lei Complementar 123/2006. Sendo orientado pelo pregoeiro que caso considerasse a decisão equivocada que recorresse na forma legal, o que o fez constando em ata o seguinte:

“A licitante Mecânica Basso LTDA não concorda com o item 01 – Gasolina Comum. Alega que o licitante Chappuis e Formica já havia declinado na nona rodada de lances, tendo realizado o último lance de R\$ 4,84. Alega também

que não foi oportunizado pelo pregoeiro a Chap pois dar o último lance para cobrir os 5% (cinco por cento), previsto na Lei Complementar nº 123/2006, visto que a licitante Chappuis e Formica Ltda é beneficiária da referida lei. Solicita cópias da rodada de lances e acesso ao arquivo de vídeo da sessão pública. A licitante alega que o sistema automaticamente sugere lance de R\$ 0,01 para cada licitante, sem efetivação do mesmo.”

III - DO RECURSO ADMINISTRATIVO E CONTRARRAZÕES

Apresento aqui, de forma sucinta, os pedidos realizados pelos licitantes e representante legais das empresas MECANICA BASSO LTDA e CHAPPUIS E FORMICA LTDA.

a) *Do Recurso Administrativo*

A empresa MECANICA BASSO LTDA protocolizou recurso administrativo no prazo previsto em lei, no qual apresenta suas razões e pedindo ao final:

“Do exposto, tendo em vista que não foi possibilitada à empresa MECANICA BASSO LTDA de ofertar seu último lance, o processo deve retornar a fase anterior, ou seja, a fase de lances.

Alternativamente, em não sendo aceitos os argumentos aqui postos para fins de retornar a fase de lances (o que se admite apenas como argumentação), então que o presente processo seja anulado, por falha única e exclusiva do Pregoeiro, que erroneamente impossibilitou que a recorrente pudesse dar seu último lance, lançando-se outro para quicá, obtenção de melhores propostas/lances de preços.”

b) *Das Contrarrazões*

A empresa CHAPPUIS E FORMICA LTDA protocolizou contrarrazões n prazo previsto em lei, no qual apresentou as razões e formulando o seguinte pedido:

“Diante do exposto, requer aos nobres julgadores que sejam apreciadas as contrarrazões do recurso reconhecendo a improcedência dos pedidos formulados pela recorrente MECANICA BASSO LTDA no recurso apresentado e, assim, confirmando a vitória da empresa CHAPPUIS E FORMICA LTDA no certame licitatório 169/22 quanto ao item 01 - Gasolina Comum”.

IV - DA DECISÃO DO PREGOEIRO

a) quanto ao benefício às microempresas e empresas de pequeno porte, previsto na lei complementar 123 de 14 de dezembro de 2006 e sua relação como efetiva e legal exceção ao princípio da isonomia

De forma sucinta, o que ocorreu no certame nada mais foi do que a aplicação do benefício previsto na Lei Complementar 123 de 14 de dezembro de 2006, uma vez que nenhum licitante ofertou lance fora da margem do empate ficto, o qual tem como valor de referência o último lance válido da beneficiária da referida lei, de R\$ 4,84 (quatro Reais e oitenta e quatro centavos). Sendo que tanto o licitante POSTO CONFIANÇA LTDA, como o recorrente MECANICA BASSO LTDA tiveram a oportunidade e efetuaram mais de um lance em rodadas posteriores para, se assim achassem oportuno e conveniente, ofertarem qualquer valor que excedesse a margem prevista em edital para as microempresas e empresas de pequeno porte ou qualquer lance intermediaram, mas assim não o fizeram e o empate ficto foi estabelecido e de modo subsequente a etapa de lances e antes de qualquer possibilidade de negociação foi oportunizado à licitante credenciada como beneficiária da LC 123/2006, se achasse conveniente e oportuno efetuar proposta com valor inferior ao último lance vencedor de empresa que não comprovou a habilitação para tal benefício. E a empresa CHAPPUIS E FORMICA LTDA assim o fez e, no exercício de seu direito inalienável, ofertou o lance que restou vencedor do item 01 – Gasolina Comum com o valor unitário de R\$ 4,79 (quatro Reais e setenta e nove centavos).

Nesse contexto, tendo em vista a ausência de argumentação acerca da aplicação do empate ficto pela recorrente, tanto em sua peça recursal como na sessão pública, convém elencar alguns pontos importantes acerca desse instituto que não pode ser desconhecido tanto por qualquer licitante, como principalmente por qualquer agente público que tenha o poder-dever de aplica-lo. Desse modo é mister destacar que o que vemos em sua aplicação é a convergência de vários princípios, em especial o princípio da isonomia e do desenvolvimento sustentável. É importante ressaltar que o legislador aplicou o sopesamento de princípios e elevou como principal objetivo nesse aspecto o desenvolvimento da indústria nacional e efetivou-o como tal, através de mais uma exceção ao princípio da isonomia, como demonstra DI PIETRO¹

“[...] A Lei Complementar nº 123, de 14-12-06, veio conceder benefícios às microempresas e empresas de pequeno porte, estendidos às cooperativas pela Lei nº 11.488/07, também como exceção ao princípio da igualdade entre os licitantes. E ainda houve a inclusão do desenvolvimento sustentável como um dos objetivos da licitação, no caput do artigo 3º, dando margem à aceitação da chamada licitação sustentável, que autoriza a previsão, no instrumento convocatório, de exigências que favoreçam a

¹ Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 33 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020

proteção do meio ambiente, em harmonia com o desenvolvimento social e econômico.

Antes de analisar cada uma dessas exceções ao princípio da isonomia, é preciso buscar o seu fundamento constitucional. Para esse fim, é preciso recorrer ao princípio da razoabilidade e ao princípio do devido processo legal em sua feição substantiva. A razoabilidade deve existir tanto em relação às leis, como em relação aos atos administrativos. No que diz respeito à razoabilidade das leis (que se confunde com o princípio do devido processo legal substantivo), o que se exige é que as discriminações previstas em lei sejam necessárias para alcançar determinados fins estabelecidos pelo ordenamento jurídico, especialmente pela Constituição.

San Tiago Dantas, que bem analisou o assunto, parte da ideia de que o princípio da igualdade deve ser observado como limite à função do legislador. Ele reconhece que “a intervenção do Estado nas relações econômicas – a economia planificada ou dirigida – acentua a necessidade de cingir a norma legislativa ao caso concreto, obriga a proceder para com os particulares com diferentes pesos e medidas. O Estado bloqueia os preços de um produto, e deixa livres os de outro. Permite a um fazendeiro que empreenda certa lavoura (a da cana de açúcar, por exemplo), e proíbe atividade idêntica a seu vizinho. De sorte que, ou afirmamos a natureza ilimitada dos poderes conferidos ao Legislativo, e para isso reduzimos o princípio constitucional da igualdade a simples preceito programático, com eficácia vinculativa para os órgãos administrativos e judiciários, ou temos de firmar doutrina sobre os limites constitucionais da função legislativa, excluindo dela as leis que não podem ser feitas, e que, se forem, não podem lograr aplicação”. No entanto, afirma a necessidade de que as discriminações, ainda que necessárias, sejam plausíveis, racionais, razoáveis em relação aos fins que o ordenamento jurídico impõe; com isso, “abre-se ao Poder Judiciário a porta por onde lhe vai ser dado examinar o próprio mérito da disposição legislativa; repelindo como ‘undue processes of law’, a lei caprichosa, arbitrária no diferenciar o tratamento jurídico dado a uma classe de indivíduos, o tribunal faz o cotejo da lei especial com as normas gerais do direito, e repele o direito de exceção que não lhe parece justificado”.

Do mesmo modo, Celso Antônio Bandeira de Mello (1978:24), ao analisar em profundidade o princípio da igualdade, embora sem referência expressa à razoabilidade ou ao devido processo legal, adota o mesmo entendimento, quando afirma que “as discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida, por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida”. E acrescenta que, “por via do princípio da igualdade, o que a ordem jurídica pretende firmar é a impossibilidade de desigualdades fortuitas ou injustificadas”.

Com relação aos atos administrativos, a razoabilidade exige proporcionalidade, correlação ou adequação entre os meios e os fins (v. item 3.3.12). É levando em conta o princípio da razoabilidade que devem ser analisadas as exceções à isonomia previstas na Lei nº 8.666/93 e em outras leis esparsas

[...]

. a Lei Complementar nº 123, de 14-12-06, veio criar mais um critério de desempate em favor da microempresa e da empresa de pequeno porte (art. 44), considerando como empate, para esse fim, “aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais

bem classificada” (§ 1º do art. 44); esse índice é de 5% no caso do pregão (§ 2º do art. 44). Ocorrendo esse empate, a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada poderá apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame, situação em que será adjudicado em seu favor o objeto licitado (art. 45, I); se houver empate entre microempresas e empresas de pequeno porte, será realizado sorteio entre elas (art. 45, inciso III). Esse tratamento favorecido, diferenciado e simplificado nas contratações públicas de bens, serviços e obras, foi regulamentado pelo Decreto nº 6.204, de 5-9-07”

”

Dessa forma o legislador estipulou determinado percentual como razoável para o exercício efetivo desse direito no que tange a configuração do empate ficto. E de forma o que de forma cabal aconteceu no processamento do item ora questionado, a configuração efetiva do benefício da Lei Complementar 123/2006. Causa espanto que a recorrente, ao argumentar que “cabe ao gestor público pautar suas decisões no procedimento formal, mas sem cair no chamado no chamado formalismo, que se manifesta pelo apego excessivo a forma, afastando-se da proposta mais vantajosa, de tal modo que a vantajosidade abrirá espaço para a proposta que melhor seguir a disciplina do edital. Reiterando posteriormente, citando Hely Lopes Meirelles, que “procedimento formal, entretanto, não se confunde com “formalismo”, o qual se caracteriza por exigências inúteis e desnecessárias. É de causar espanto tal afirmação se relacionar de forma totalmente desconexa com o caso em tela, onde não há qualquer exigência inútil e desnecessária e sim a efetivação de uma garantia constitucional prevista em lei ao qual da licitante ao qual a empresa vencedora do item 01 optou por faz gozo. Não é inútil e tampouco desnecessário zelar pela garantia constitucional do um exercício por parte de qualquer cidadão ou pessoa (física ou jurídica) como de fato está efetivado no caso em tela. Pelo contrário é poder-dever do estado dar condições para a efetivação de toda garantia constitucional previstas e elencadas como fundamentais para o desenvolvimento nacional. Se a partir da vigência da LC 123/2006 se buscou, dentro de uma margem prevista, priorizar determinado princípio e expandi-los para as compras públicas, todo ente estatal tem o dever de garanti-la, assim como todo servidor com competência para efetivar determinado garantia ou direito deve assim o fazê-lo, independente de eventual parte que se sinta prejudicada não o conhecer ou reconhece-lo como inútil ou desnecessário. E assim foi o procedimento adotado pelo pregoeiro.

b) Do Princípio da Promoção do Desenvolvimento Nacional Sustentável

Nesse contexto, convêm trazer à luz outro princípio fundamental não só na interpretação do caso em questão, mas também de sua efetivação através do processo licitatório que é o Princípio da Promoção do Desenvolvimento Nacional Sustentável, o qual embora tenha sido totalmente ignorado pela recorrente, foi muito bem lembrado nas contrarrazões da empresa CHAPPUIS E FORMICA LTDA ao dizer que,

“[...] a previsão da Promoção do Desenvolvimento Nacional Sustentável como princípio da licitação na lei 8.666/93, o torna um mandamento constitucional, estimulando a sadia atividade empresarial notadamente prospectiva, sendo que Lei nº 14.133/2021 foi ainda mais longe, à medida em que não lindou o desenvolvimento nacional sustentável apenas ao campo principiológico, mas como uma norma-regra.

Marçal Justen Filho parte do pressuposto de que a busca do desenvolvimento nacional sustentável não é uma finalidade em si, mas de toda contratação pública.

Para o autor “a licitação é um procedimento seletivo de propostas – esse procedimento não é hábil a promover ou deixar de promover o desenvolvimento nacional sustentável”. Mesmo assim “a licitação passa a ser orientada a selecionar a proposta mais vantajosa inclusiva sob o prisma do desenvolvimento nacional sustentável”. (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários a lei de licitações e contratos administrativos. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002, p. 144)”

c) Da correta aplicação do procedimento de empate ficto no processo licitatório

Outro questionamento levantado pela recorrente se dá quanto ao procedimento adotado pelo pregoeiro no momento do empate ficto. Alega o recorrente que “o pregoeiro de forma errônea ora recorrente ofertasse seu último lance, simplesmente passou a oportunidade à empresa beneficiária da LC 123/2006, para que esta querendo, ofertasse seu último lance, em R\$ 0,01 a menor que a ora recorrente, ao preço de R\$ 4,79 ao litro, sendo declarada vencedora”. Ocorre que a descrição dos atos do pregoeiro é exatamente o procedimento correto para aplicação do empate ficto. No pregão, o empate ficto deve ser verificado após a conclusão da fase de lances, momento em que o pregoeiro deve promover a classificação dos proponentes, verificando se a melhor colocada se enquadra ou não como ME ou EPP e se é o caso de aplicação do empate ficto, o qual se configura naquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 5% superiores à proposta mais bem classificada (e apresentada por uma média ou grande empresa). Nesse caso, a ME ou EPP mais bem classificada terá o direito de apresentar, dentro do prazo de cinco minutos, nova proposta de preço inferior à primeira colocada. Como bem explica afirma Victor Aguiar

Jardim de Amorim² na obra Licitações e contratos administrativos: teoria e jurisprudência (organizada pela Coordenação de Edições Técnicas do Senado Federal) ao falar acerca do momento da configuração do empate ficto na modalidade pregão,

“[...]a questão é facilmente resolvida a partir da leitura do § 3o do art. 45 da LC nº 123/2006, segundo o qual a eventual configuração de “empate ficto” deverá ser aferida “após o encerramento da fase de lances”. A fase de lances é concluída tão logo se realize o melhor lance, quando os demais licitantes participantes da disputa declinam na oportunidade de registrar oferta “cobrindo” o então menor valor já consignado. Portanto, deve ser aplicado o benefício às MEs e às EPPs assim que concluída a etapa de lances, sendo indevido oportunizar à empresa de médio ou grande porte a possibilidade de um novo lance ou a redução da então melhor oferta (a título de “negociação”) a fim de “fugir” ao intervalo de empate ficto (reduzindo o valor da oferta em 5,1%, por exemplo, em relação ao valor proposto pela ME/EPP).”

Nesse contexto, fica claro que o recorrente ou não tem conhecimento do procedimento correto de aplicação do benefício da Lei Complementar 123/2006 ou confunde um eventual novo lance com o instituto da negociação. Para elucidar essa diferença convém citar, conforme MACHADO³ que a negociação

“[...]deve, pois, se dar somente após o exercício do direito de preferência pela ME ou EPP em situação de empate ficto. É que, sagrada vencedora licitante não enquadrada e realizada a classificação final da disputa, a negociação com a primeira colocada antes de ofertar às licitantes enquadradas o direito de preferência pode significar o cerceamento dela, na medida em que a primeira colocada poderia reduzir o seu preço para escapar dos limites que determinam a situação jurídica de empate ficto.”

Na mesma esteira é o que explica José Anacleto Abduch Santos⁴ acerca do momento correto da negociação e da correta aplicação do empate ficto na modalidade pregão, ao afirmar que

“Nos pregões eletrônico e presencial, as normas de regência estabelecem’ que o pregoeiro possa negociar diretamente com o licitante vencedor do certame para tentar obter preço melhor. Tal se dá com orientação ao princípio da vantajosidade. Ao possibilitar a negociação, a lei procura conferir ao pregoeiro um instrumento para obter a melhoria da proposta sagrada vencedora.

A negociação, contudo, não pode produzir o efeito de retirar dos licitantes ME ou EPP o direito de preferência, conclusão a que se chega

² Amorim, Victor Aguiar Jardim de. **Licitações e contratos administrativos: teoria e jurisprudência** – 3. ed. – Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2019

³ MACHADO, Ana Carolina Coura Vicente. **No pregão, quando deve ser verificado a situação de empate ficto para concessão do direito de preferência à ME/EPP?** 2017. Disponível em: <http://bit.ly/3Foemns>. Acesso em: 08 dez. 2022

⁴ SANTOS, José Anacleto Abduch. **Licitações e o Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2015

pela interpretação sistemática da norma que preceitua a possibilidade da negociação.

A negociação deve, pois, se dar somente após o exercício do direito de preferência pela ME ou EPP em situação de empate ficto. É que, sagrada vencedora licitante não enquadrada e realizada a classificação final da disputa, **a negociação com a primeira colocada antes de ofertar às licitantes enquadradas o direito de preferência pode significar o cerceamento dela, na medida em que a primeira colocada poderia reduzir o seu preço para escapar dos limites que determinam a situação jurídica de empate ficto.**

Assim, concluída a disputa, classificam-se as propostas. Identificam-se as empresas eventualmente em situação de empate ficto, se a primeira colocada não for ME ou EPP (caso em que lhe será adjudicado o objeto, se vencidos os requisitos do edital). Possibilita-se o exercício do direito de preferência, para somente depois de vencida esta etapa e identificado o efetivo vencedor do certame, propor a negociação”

Não obstante, o procedimento relatado pela recorrente foi o mesmo descrito em manuais e doutrinas que tratam especificamente do tema, sendo que o pregoeiro nada mais fez do que aplicar de forma clara e cristalina o benefício da LC 123/2006 no momento correto onde nas palavras de Marçal Justen Filho⁵, “será facultado à microempresa ou empresa de pequeno porte formular lance de desempate”.

Nesse contexto, o sistema utilizado pelo município está configurado exatamente de maneira a assegurar o procedimento correto da concessão do empate ficto conforme a assessoria jurídica da Fiorilli Software Dr. Bruno Piatto⁶ em resposta a solicitação de *“parecer ou posicionamento da Fornecedora de Software do Município acerca da aplicação e do empate ficto na sessão pública de pregão presencial conforme a lei complementar 123/2006 e sua correta configuração no sistema”*, sendo a resposta a que segue,

“O sistema do Pregão Presencial segue o rito da lei complementar 123, especialmente o disposto no artigo 44 e seguintes.

É sabido que a Lei Complementar 123, de 2006, dentre outras disposições, assegura em capítulo específico, o acesso aos mercados às microempresas e empresas de pequeno porte, estabelecendo alguns benefícios e prerrogativas não extensivas a outras categorias de empresas.

Tais benefícios, conforme se depreende, é de aplicação e seguimento obrigatório, pois o intuito é beneficiar referidas empresas, possibilitando, ao menos nos termos legais, equiparar seu poder de oferta e negociação com o de grandes empresas.

A matéria ora em debate, do direito de preferência, é definida no artigo 44, que assim dispõe:

⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Pregão. Comentários à legislação do pregão comum e eletrônico*. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Dialética, 2013, p. 114.

⁶ PIATTO, Bruno. *Funcionamento do empate ficto no sistema de Pregão Presencial*. [mensagem pessoal] Mensagem recebida por: <licita@pmaratiba.com.br>. em: 12 dez. 2022

Art. 44. Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.

(...)

2º Na modalidade de pregão, o intervalo percentual estabelecido no § 1º deste artigo será de até 5% (cinco por cento) superior ao melhor preço.

Veja-se, pois, que independente da vontade Administrativa e de previsão editalícia, a obrigatoriedade de preferência é absoluta, devendo ser aplicada em decorrência do princípio da legalidade, sendo um ato vinculado independente de motivos de conveniência e oportunidade.

Além disso, referida Lei Complementar também determinou a forma de solução dos casos de empates. Muito embora a redação tenha ocasionado diversas interpretações, celeumas e debates saudáveis quanto ao tema, aparentemente o melhor entendimento é aquele feito com aplicação da técnica de interpretação teleológica, de priorização do acesso ao mercado das microempresas e empresas de pequeno porte.

Art. 45. Para efeito do disposto no art. 44 desta Lei Complementar, ocorrendo o empate, proceder-se-á da seguinte forma:

I - a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada poderá apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame, situação em que será adjudicado em seu favor o objeto licitado;

(...)

3º No caso de pregão, a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada será convocada para apresentar nova proposta no prazo máximo de 5 (cinco) minutos após o encerramento dos lances, sob pena de preclusão.

Conforme se denota, a discussão deu-se em decorrência de o artigo 45, inciso I, ter estabelecido que a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada poderia apresentar proposta “àquela considerada vencedora”. A expressão “vencedora”, no caso, deve ser interpretada como “provisoriamente classificada” e não como definitivamente “vencedora”.

De uma leitura imediata e equivocada, tem-se o entendimento de que a empresa “vencedora” seria aquela definida após a negociação, para, somente então, verificar a situação de empate e definir a possibilidade de aplicação da prerrogativa.

A Lei do Pregão estabelece o procedimento de referida modalidade, dispondo em seu artigo 4º que será aberto o envelope contendo a proposta de preços, será realizado os lances verbais e estabelecido a classificação provisória pelo menor preço (inciso VI ao X).

Desta feita, interpretando esse conjunto de disposições, com os definidos na Lei Complementar e também com a Constituição Federal, além da ampla gama de decisões jurisprudenciais e doutrinas referente ao tema, temos que devemos ofertar a prerrogativa às empresas enquadradas nos termos da Lei Complementar 123, de 2006, logo após ter sido

encerrada a etapa de lances e antes da negociação com o “vencedor”.

Caso contrário, estar-se-ia afastando toda e qualquer possibilidade de aplicação das prerrogativas legais, pois bastaria à empresa negociar valor que afasta a situação de empate ficto.

Portanto, encerrada a etapa de lances, imediatamente se analisa a situação de empate ficto para ofertar a prerrogativa à ME/EPP e, após essa etapa, é que ocorre eventual negociação [grifo nosso].”

Não bastasse o exposto, no sentido de que é claro e cristalino que o procedimento adotado pelo pregoeiro, bem como a configuração do sistema estão totalmente de acordo com o regramento legal, vale ressaltar que o procedimento foi ressaltado pelo pregoeiro durante o certame, como demonstrado nas contrarrazões da empresa CHAPPUIS E FORMICA,

“Cabe destacar que, o pregoeiro, ao perceber que as empresas NÃO ESTAVAM ATENTAS a questão do empate ficto ao fazer os lances, parou o pregão por volta da 3ª ou 4ª rodada, para alertar sobre a possibilidade da ocorrência do empate ficto e perguntar para as licitantes se todas estavam cientes das consequências de tal acontecimento, alertando ainda sobre o fato de apenas a empresa CHAPPUIS E FORMICA LTDA possuir o benefício de que trata a LC 123/2006, momento em que todas as participantes estarem cientes”

Em suma, não como restou comprovado não há qualquer possibilidade da recorrente efetuar novo lance, visto que assim não o fez nas oportunidades que lhes foram oportunizadas, visto que após a empresa CHAPPUIS E FORMICA LTDA ter declinado na 9ª rodada de lances, tanto a recorrente como a outra licitante em disputa POSTO CONFIANÇA ofertaram lances nos valores que acharam conveniente.

d) Da vantajosidade econômica da proposta vencedora

Outro ponto fundamental na análise do processo, se refere a vantajosidade econômica da proposta vencedora. Nesse contexto, convém ressaltar que a oferta vencedora do presente processo licitatório de R\$ 4,79 (quatro reais e setenta e nove centavos) é totalmente coerente com os preços praticados pelo mercado e consideravelmente mais baixo que o praticado com o fornecedor anterior POSTO CONFIANÇA LTDA de R\$ 5,51. Fato esse comprovado, por exemplo, com o preço promocional publicamente anunciado pela

recorrente MECANICA BASSO de R\$ 5,38 na data de 08 de dezembro de 2022, sendo o preço diretamente ao consumidor à vista, conforme imagem abaixo.



Imagem 01: Valor promocional de Gasolina Comum. Mecânica Basso em 13/12/2022

e) DA MANUTENÇÃO DA DECISÃO DO PREGOEIRO

Diante do exposto, fica claro que o rito seguido pelo pregoeiro e equipe de apoio seguiu totalmente o edital e todo o regramento que rege o processo licitatório, concedendo na forma e no momento adequado, a garantia constitucional prevista em lei de ME ou EPP oportunizando lance de desempate se assim considerasse conveniente e oportuno. Respeitando e assegurando, dessa forma, as garantias que a mesma possui pelo seu enquadramento que restou comprovado no momento adequado. Não existindo qualquer motivo para revisão da posição adotada. Sendo declarado vencedor do item 01 - Gasolina Comum a licitante CHAPPUIS E FORMICA LTDA no valor unitário de R\$ 4,790.

V - CONCLUSÃO

Dessa forma, recebidos e analisados os recursos e contrarrazões apresentados e, diante do exposto, sendo mantida a posição adotada na sessão pública do Processo nº 168/2022, Pregão Presencial 029/2022, cujo objeto é a aquisição de combustíveis para abastecimento dos veículos pertencentes a frota oficial da Prefeitura Municipal de Aratiba/RS, encaminha-se a presente decisão para apreciação da autoridade superior.