TC nº 72-000.749.12-00

REPRESENTAÇÃO. PREGÃO. SUBPREFEITURA. Locação de caminhões. Incumbência de anulação dos atos inquinados de vício. CONHECIDA. PROCEDENTE. Votação unânime.

Legislação citada: Arts. 3º, caput, e 4º Lei 8.666/93. Art. 9º, Dec. Mun. 46.662/05. Arts. 44 e 45, Lei Complementar nº 123/06. Art. 9º, Lei 10.520/02.

2.619ª Sessão Ordinária

Transitado em julgado em: 29.08.2012.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, incluídos em pauta, na presente sessão, pela Conselheira YARA TACCONI – Relatora, nos termos do artigo 157, § 2º, do Regimento Interno desta Corte.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto da Relatora, em conhecer da representação interposta pela Construtora Anastácio Ltda., visto que preenchidos os pressupostos legais e regimentais para sua admissibilidade.

ACORDAM, ademais, à unanimidade, quanto ao mérito, em julgá-la procedente, incumbindo à Subprefeitura Cidade Ademar anular os atos inquinados de vício, devendo retomar o procedimento nas condições então observadas na 6ª rodada de lances.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, tendo em vista a manifesta necessidade da locação dos caminhões, em determinar à Coordenadoria Processual desta Corte que dê imediata ciência à representada, por fax e por ofício, do resultado do julgamento, encaminhando-lhe cópia deste relatório, voto e do presente Acórdão.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, após as medidas preconizadas no artigo 58 do Regimento Interno do Tribunal, em determinar o arquivamento dos autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros MAURÍCIO FARIA – Revisor, EURÍPEDES SALES e ROBERTO BRAGUIM.

Presente a Procuradora Chefe da Fazenda MARIA HERMÍNIA PENTEADO PACHECO E SILVA MOCCIA.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 20 de junho de 2012.

EDSON SIMÕES – Presidente.

YARA TACCONI – Relatora.

RELATÓRIO

Cuida-se nos autos de representação formulada pela Construtora Anastácio Ltda. em face do processamento do Pregão 002/SP-AD/2012, tendo por objeto a locação de caminhões basculante "trucado", incluindo motorista e combustível.

Insurge-se a representante contra os atos a seguir arrolados, os quais entende eivados de ilegalidade:

1) a etapa de lances foi encerrada antes do momento previsto no edital;
2) houve encerramento prematuro da fase de lances, nos termos do art. 9º, inciso VI do Decreto 46.662/2005;
3) a rodada de lances só se encerra quando colhidas ofertas de todos os participantes ainda ativos;
4) a declinação de formular novo lance gera efeitos apenas para o licitante que declinou;
5) deveria ter sido aberta a fase de negociação de preços com a representante antes da etapa de exercício do direito de preferência;
6) licitação não é "gincana" e não pode ter "armadilhas" para surpresa dos licitantes;
7) o procedimento adotado implicou rejeição de proposta mais vantajosa.

Requereu, à vista dos fatos narrados o *"reconhecimento de nulidade do procedimento a partir do momento em que a licitante declinou do direito de oferecer novo lance verbal, devendo ser reaberta a disputa, dando-se oportunidade à peticionaria de formular uma última oferta ou, ao menos, seja dada oportunidade à peticionário de negociar sua última proposta efetivamente registrada".*

Determinei a intimação da Origem, tendo se manifestado o Sr. Subprefeito da Cidade Ademar e a Pregoeira, expondo o seu entendimento sobre as questões enfocadas.

Levando-se em conta que a matéria demandava estudo mais aprofundado deste Tribunal, a fim de assegurar a higidez dos atos e para se

evitar eventual prejuízo ao erário, determinei a suspensão do processamento do Pregão em apreço em especial a lavratura do contrato.

Tal decisão foi referendada pelo Pleno na Sessão Ordinária nº 2618.

Intimados do despacho de suspensão, o Sr. Subprefeito e a Pregoeira uma vez mais defenderam os atos do certame, enfatizando, preliminarmente, a necessidade premente da contratação, tendo em vista o acúmulo de material inservível no pátio da Subprefeitura.

Alertaram que a situação demandava breve solução, tendo em vista que o material inservível se aproximara a cerca de mil toneladas, oferecendo riscos aos servidores da Subprefeitura e aos trabalhadores das empresas contratadas.

Ilustraram essa assertiva trazendo aos autos fotos, anexadas às fls. 97 a 101, salientando, ademais, que o contrato anterior se encerrara em fevereiro de 2012, razão pela qual o atraso da nova contratação poderá causar prejuízos à Administração.

Neste passo, cumpre-me esclarecer ao Plenário que a abertura do Pregão, que ora se discute, ocorreu apenas em abril deste ano, ou seja, quase três meses após a extinção do ajuste anterior, não havendo, pois, razão de se imputar ao Tribunal eventual atraso na solução do impasse processualístico.

Ao final requereram a revogação da suspensão do certame.

A empresa L15 Transportes e Serviços Ltda. – EPP, declarada vencedora do Pregão, peticionou a este Tribunal, como terceira interessada, manifestando-se às fls. 83/89 na defesa dos atos da Administração Pública.

Pronunciou-se na Assessoria Jurídica, ás fls. 104/110, em parecer merecedor de apreço, o Sr. Assessor Chefe de Controle Externo Substituto, Ricardo Panato, de resto endossado pela Sra. Assessora Jurídica Chefe, Isabel Camargo Lopes Monteiro, no sentido da procedência da representação, cumprindo à Origem anular os atos viciados, reiniciando a fase de lances.

A empresa L15 Transportes e Serviços Ltda. encaminhou novo requerimento, anexado ás fls. 118/124, intentando seja revista a suspensão da lavratura do contrato.

Sustentou a requerente que a decisão desta Corte lhe causou consideráveis prejuízos, posto que estaria sofrendo o ônus de ter seu patrimônio parado, sem gerar o esperado faturamento, somando-se, ainda, as despesas de seguro e outros custos.

A matéria refoge ao escopo destes autos e deverá, se for o caso, ser discutida na Subprefeitura da Cidade Ademar.

Entretanto, desde logo, aponto neste relatório que a referida postulante participou de certame licitatório, cujo edital, de seu pleno conhecimento prescrevia:

> *"A adjudicação do objeto e a homologação da licitação não obrigam a Administração à aquisição do objeto licitado."* (subitem 14.1 do ato convocatório).

Além disso, foi informado a este Gabinete que a Nota de Empenho não foi expedida pela Origem, tampouco houve convocação para assinatura do contrato e apresentação da documentação pertinente.

A Procuradoria da Fazenda Municipal, absorvendo os argumentos da Origem e as informações intimidatórias da empresa L15 Transportes e Serviços Ltda., propugnou pela preservação dos atos, eis que não vislumbrou *"qualquer ilegalidade a justificar a nulidade do procedimento em análise".*

Requereu, destarte, seja a representação julgada improcedente.

Encerrando a instrução processual o Sr. Secretário Geral, acompanhando as conclusões da Assessoria Jurídica, manifestou-se pela procedência do reclamo da representante.

Por último, deixo assente neste relatório que os órgãos técnicos do Tribunal e a Procuradoria da Fazenda Municipal entenderam preenchidos os pressupostos de admissibilidade da representação opinando, destarte, pelo seu conhecimento.

É o relatório.

V O T O

Conheço da representação interposta pela Construtora Anastácio Ltda., posto que preenchidos os pressupostos legais e regimentais para sua admissibilidade.

No exame do mérito, reporto-me à manifestação do Sr. Agente de Fiscalização Ricardo Panato, reproduzindo, aqui, os tópicos mais expressivos:

> *"No mérito, curial delimitar que a controvérsia cinge-se ao momento em que se deva considerar concluída a fase de lances. Afinal, insurge-se a Representante contra a*

decisão da Sra. Pregoeira de passar à fase subesequente do procedimento licitatório enquanto subsistente um único licitante ainda sem declinar.

Muito embora a legislação de regência não especifique o instante em que concluída a etapa competitiva (vide artigo 4º da Lei Federal nº 8.666/93 e artigo 9º do Decreto Municipal nº 46.662/05), a solução mais adequada deve ser encontrada sob o prisma da ampliação da disputa, sobretudo com a introdução do procedimento insculpido nos artigos 44 e 45 da Lei Complementar nº 123/06.

Nesse sentido, a casuística revela que a fase de lances só deve ser interrompida quando <u>todos</u> os licitantes declinarem da faculdade de apresentar novo e menor preço. Esse modelo, aliás foi contemplado pelo próprio edital de convocação do procedimento sub examine, conforme item 10.9 (fls. 37):

10.9 A etapa de lances será considerada encerrada quando <u>todos</u> os participantes dessa etapa declinarem da formulação de lances. (destacado)

O fato de constar no instrumento convocatório já vincularia a Administração e tornaria mandatória a observância do procedimento (artigo 3º, caput, da Lei Federal nº 8.666/93 c/c artigo 9º, da Lei Federal nº 10.520/02), exigindo-se que todos os participantes declinassem.

Se não bastasse, essa é a regra sustentada por doutrina de escol."

...

"E com maior razão se impõe a interpretação acima quando examinadas as prescrições contidas nos artigos44 e 45 da Lei Complementar nº 123/06. Antes de se declarar encerrada a etapa de lances e de se aferir a existência do empate ficto – permitindo o exercício do direito de preferência às micro e pequenas empresas cujo último lance não ultrapasse 5% (cinco por cento) do melhor preço -, deve-se permitir ao ofertante deste último reduzi-lo sob pena de desequilibrar por completo a disputa.

A prerrogativa introduzida pela Lei Complementar nº 123/06 deve ser exercida dentro dos limites do princípio da isonomia substancial. Impedir que o licitante com menor preço apresente novo lance inferior propicia que a micro ou pequena empresa provoque o encerramento prematuro da fase de lances, na medida em que, ao

declinar, restando apenas um outro competidor, não será oportunizado a este um novo lance."

À vista do contido nos autos julgo procedente a representação interposta pela Construtora Anastácio Ltda.

Destarte, incumbe à Origem anular os atos inquinados de vício, devendo retomar o procedimento nas condições então observadas na 6ª rodada de lances.

Tendo em vista a manifesta necessidade da locação dos caminhões determino à Coordenadoria Processual que dê imediata ciência à Origem por fax e por ofício do resultado do julgamento, encaminhando-lhe cópia deste voto.

Após as medidas preconizadas no art. 58 do Regimento Interno do Tribunal arquivem-se os autos.