DECISÃO EM RECURSO ADMINISTRATIVO

Referência: **CONCORRÊNCIA PÚBLICA 06/2019**
Objeto: Contratação de Agência de Publicidade
Processo: 2018/10909
Recorrente: CENTRO – AGÊNCIA DE COMUNICAÇÃO E MARKETING LTDA
Recorrida: COMISSÃO DE LICITAÇÃO DA PREFEITURA MUNICIPAL DE CANELA.
Contrarrazoante: VERAZ COMUNICAÇÕES LTDA

I. RELATÓRIO

O Edital da Concorrência Pública nº 06/2019, teve sua publicidade nos termos em que preceitua o inciso III, parágrafo 2º, artigo 21, da Lei federal nº 8.666/93.

No intercurso do trâmite do processo foi seguido o rito processual previsto na legislação federal, especificamente a chamada Lei da Publicidade - .12.232/10.

Ao se chegar ao derradeiro ato, a licitante retro denominada Recorrente, irresignada pela decisão da comissão, optou por fazer uso do seu direito e apresentou recurso administrativo.

Recebido pela comissão, foi aberto prazo para a licitante denominada Contrarrazoante, apresentar sua peça defensiva o que fez no prazo legal.

É o relatório.

II. RAZÕES & CONTRARRAZÕES

Nesta fase, procurando evitar tautologia, de forma suscinta, pontuaremos os itens abordados em sede de razões recursais e contrarrazões.

Por introito, faz uma breve resenha dos fatos.

Passando a atacar a decisão da comissão de licitações.

Entendeu que a decisão careceu de motivação por parte da comissão para declarar vencedor.

Apresentou uma construção com lógica para sua linha argumentativa.

Citou, jurisprudência pátria.

Apresentou teoria da preclusão administrativa, entendendo que já havia sido realizado um sorteio, também apresentando entendimentos doutrinários.

Em item seguinte, considerou a inaplicabilidade da Lei Complementar no. 123/06, aduzindo inclusive que seria quebra do princípio da Igualdade, manter sua decisão.

Pede que a comissão verifique se a Receita Bruta Anual da Licitante contrarrazoante, se enquadra nos parâmetros objetivos.

Ao final invoca um efeito suspensivo, realiza seus pedidos, tais eles:

→ decretar preclusão administrativa;

→ decretar inaplicabilidade da Lei Complementar 123/06;

→ decretar nulidade da decisão administrativa;

Passamos um breve escorço das contrarrazões.

Aborda por introito o momento oportuno para a arguição do status de empresa de pequeno porte.

Aborda a obrigatoriedade da aplicação da Lei 123/06.

Cita doutrina.

Aborda situação da receita bruta anual.

Colaciona jurisprudência pátria.

Aborda o princípio da autotutela administrativa, ensejando refutar a abordagem de coisa julgada administrativa.

Aborda a "inaplicabilidade" da lei complementar no. 123/2006.

Faz seus pedidos.

III. DA CONCLUSÃO

III. 1 TEMPESTIVIDADE

Verifica-se a tempestividade do recurso interposto e contrarrazões.

III.2 FORMALIDADES

Observam-se cumpridas as formalidades legais, registra que foram cientificados todos os licitantes participantes da existência e tramitação do respectivo Recurso Administrativo.

A peça recursal foi recebida e disponibilizada para que fosse analisada e contra-arrazoada, se assim desejassem.

Os documentos juntados aos autos e teve sua publicidade.

IV. 3 ANÁLISE DO RECURSO

Por uma questão de ordem, a análise que segue se dará conforme foram realizados os pedidos recursais:

1) Declaração de Preclusão Administrativa.

Ilustra o recorrente que a declaração do licitante vencedor tornou-se viciada pela preclusão administrativa frente ao sorteio anteriormente realizado.

Parece que o recorrente não leu o Edital de Licitações.

Primeiramente cumpre esclarecer que o referido sorteio não é uma declaração de vencedor e sim medida prevista pela carta convocatória, para a classificação e ordenação de posicionamento dos licitantes, frente a uma etapa da licitação. Ou seja, estar classificado preliminarmente a frente do outro não gera garantia de ser o vencedor.

Em uma analogia simplória seria como arguir a vitória de um piloto em uma corrida, por que ele deu um maior número de voltas a frente, embora nada impeça de na última volta ele ser ultrapassado.

Vamos ao texto do edital:

> **8.1.11 Encerrada a classificação geral, a Comissão de Licitações fará a publicação do resultado final do julgamento da Proposta Técnica, com a indicação das licitantes desclassificadas e da ordem de classificação das demais, organizada pela pontuação obtida pelas proponentes, ocasião em que se abrirá o prazo para recurso, nos moldes do artigo 109, I, "b", da Lei Federal 8.666/93.**

O Edital apresenta que, encerrada a fase de disputa técnica, deverão ser classificadas as empresas, não declarada vencedora.

Ocorre que pela análise da subcomissão técnica, houve empate na análise das propostas. Desta forma aplicou-se conforme texto do edital:

> **8.5. Ocorrendo empate na classificação de duas ou mais licitantes, será utilizado como critérios de desempate, de acordo com o § 2º do art. 3º da Lei n.º 8.666/1993, a preferência aos bens e serviços, sucessivamente:**
>
> **a) produzidos no País;**
>
> **b) produzidos ou prestados por empresas brasileiras;**
>
> **c) produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no país.**
>
> **8.6 Se após o procedimento previsto no item 8.5 persistir a situação de empate, o**

desempate será realizado mediante sorteio, em ato público, para o qual serão convocados os licitantes

Logo esse sorteio realizado, teve o condão de cumprir o rito de finalização da fase técnica.

Esse fato nada impede que ocorram alterações nessa classificação, na fase de habilitação, o que no caso em tela ocorreu. Pois de forma superveniente ao sorteio, veio aos autos do processo a declaração de EPP da empresa contra-arrazoante.

Ainda a doutrina assim leciona:

> *Portanto, a proposta originalmente vencedora somente será declarada definitivamente a vencedora do certame, quando nenhuma microempresa ou empresa de pequeno porte, situada nos limites percentuais dos §§1º e 2º do art. 44, aceitar cobrir a sua proposta. (https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/47138/o-tratamento-diferenciado-para-microempresa-e-empresa-de-pequeno-porte-sob-a-otica-da-constituicao-federal-de-1988)*

Não existe preclusão administrativa desta forma, por nem uma ótica a comissão consegue enxergar essa possibilidade. Cumpriu-se o rito de uma fase. Novos acontecimentos alteraram o ciclo do processo na outra fase, a decisão em uma fase anterior não impede a modificação na fase seguinte.

Quanto a inaplicabilidade da Lei 123/2006.

Os entendimentos tanto da doutrina, quanto da jurisprudência, são pela obrigatoriedade da utilização da Lei 123/2006 em consonância ao artigo 170, da CF.

> Acerca do tratamento diferenciado e favorecido aplicado às micro e pequenas empresas nas licitações públicas, santos (2008) explica que as regras trazidas pela lei complementar nº 123/2006 ***SE IMPÕEM INDEPENDENTEMENTE*** da modalidade de licitação escolhida. Neste sentido complementam Rigolin e Bottino (2009), que a aplicabilidade da Lei Complementar no 123/2006 se dá em

> todas as modalidades do tipo menor preço, visto que a Lei menciona licitações sem separar nenhuma delas.
> https://www.aedb.br/seget/arquivos/artigos11/34414375.pdf

Assim desta forma desconheço e não encontrei amparo para prover a ideia de inaplicabilidade da Lei 123/2006, proposta pelo recorrente. Inclusive é uma lei autoaplicável, não carecendo de regulamentação pelo município para sua aplicabilidade.

A comissão decide indeferir o segundo pedido formulado com base na obrigatoriedade pacificada na legislação, doutrina e jurisprudência nacional.

Passamos a declaração de nulidade da decisão administrativa.

Alega ausência de motivação para solicitar a nulidade do ato que declarou vencedor do certame o contra-arrazoante.

Esta citada, na ata publicada, a utilização da Lei Federal 123/2006, como forma subsidiária.

Primeiramente cumpre esclarecer, que o entendimento doutrinário é de que a Lei 123/2006, é autoaplicável, mesmo não estando contido no Edital de convocação.

Vejamos, o que entende o TCE/MG:

> EMENTA: CONSULTA — ASSOCIAÇÃO MINEIRA DE MUNÍCIPIOS — LICITAÇÃO — TRATAMENTO DIFERENCIADO PARA MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE — LEI COMPLEMENTAR N. 123/06 — DIREITO DE PREFERÊNCIA NO CASO DE EMPATE FICTO — ARTS. 42-45 — AUTOAPLICABILIDADE — PREVISÃO EM EDITAL — RECOMENDADA — OMISSÃO LEGISLATIVA REGULAMENTADORA — INAPLICABILIDADE DE SANÇÃO A
> ausência de regulamentação municipal acerca dos benefícios previstos nos

> arts. 42-45 (direito de preferência no caso de empate ficto) da LC n. 123/06 não determina a imposição de sanção ao gestor público, pois os benefícios são autoaplicáveis, independendo inclusive de previsão editalícia. https://revista1.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1619.pdf

De sorte, ainda que se imaginasse que a falta de fundamentação arguida pudesse vir a ser acatada, uma decisão anulando a decisão anterior, faria o processo retornar ao mesmo ponto. Ocorre que, verificando o princípio da economicidade, não seria útil, pois apenas faria retroceder o processo, assim sendo, entende a comissão que neste ato possa sanar eventuais falhas quanto a fundamentação.

A decisão se dá, efetivamente, com base nos artigos 44 e 45 da lei 123/2006, bem como pela previsão do Edital de Concorrência – 06/2019 que assim narra:

> **6 DAS MICROEMPRESAS**
>
> **6.1 As microempresas ou empresas de pequeno porte (enquadradas nos termos do artigo 3º da Lei Complementar n.º 123/06) que pretendem se utilizar dos benefícios previstos nos art. 42 a 45 da Lei Complementar 123/06, deverão apresentar, além de todos os documentos exigidos para o Invólucro n.º 05, uma das opções abaixo especificadas:**

Ou seja, a decisão está consubstanciada no texto que define a regra do certame, o seu edital, como se pode ler acima.

Abordando ainda temas levantados em sua peça recursal podemos fazer algumas considerações.

Quanto a fiscalização dos valores da empresa, não cabe a esta comissão. Assim define o entendimento do TCU

> Não importa se, na condição de vencedor do certame, a microempresa passar a ter receita bruta superior aos limites estabelecidos no art. 3º da LC nº 123/06, levando assim ao

> seu desenquadramento. Para fins de usufruir do regime de benefícios durante a licitação basta que, à época pertinente, tais emprestas estejam validamente na condição de micro ou pequenas empresas, conforme critérios previstos nos arts. 3º, 3º-A e 3º-B, da LC nº 123/06. https://www.zenite.blog.br/micro-e-pequenas-empresas-acordao-no-1-8192018-plenario-tcu/

Quanto a questão da igualdade abordado, também o TCU tece considerações:

> Assim, nada impede que o legislador, em homenagem a outros bens jurídicos protegidos pela Constituição, relativize os princípios da isonomia e da eficiência nos procedimentos relativos às compras estatais. (REVISTA DO TCU – Ed. 108, fls.42)

Partindo dessa ideia, se o legislador pode relativizar um princípio em detrimento de outro, é obrigatório, e diga-se de passagem autoaplicável – conforme retro demonstrado – que a comissão atenda a legislação infraconstitucional exarada por poder constituído. Inviável seria a comissão relativizar a Lei estatuída em benefício de um princípio de direito.

Por derradeiro

Também dando uma observada na jurisprudência pátria:

> "Não se pode perder de vista que a finalidade precípua da licitação é a escolha da contratação mais vantajosa para a Administração Pública e, para atingi-la, não pode o administrador ater-se à rigorismos formais exacerbados, a ponto de afastar possíveis interessados do certame, o que limitaria

> a competição e, por conseguinte, reduziria as oportunidades de escolha para a contratação". TJSC. Processo nº 0018382-42.2016.8.24.0000 (Acórdão) Des. Sérgio Roberto Baasch Luz. Julgado em 22/11/2016.

Não resta o interesse público prejudicado de nenhuma forma, pelo contrário, restou atingido o princípio basilar do processo licitatório que é a ampliação da disputa. Conforme o texto do próprio edital, e nas suas disposições finais

Tenho que dentro do certame todos os aspectos, o espírito da lei licitatória, foram atendidos. Não traz a luz, a peça recursal, nenhuma questão objetiva, e sim algumas conjecturas subjetivas, não pode a comissão decidir a mercê da subjetividade.

V. DECISÃO FINAL

Pelo exposto, em respeito ao edital de licitação e em estrita observância aos demais princípios da Licitação, **CONHEÇO** do recurso apresentado pelo licitante, tendo em vista a sua tempestividade, para no **MÉRITO, NEGAR PROVIMENTO,** desta forma, mantendo as decisões tomadas em sessão ordinária do processo.

Canela, 06 de agosto de 2020.

PREFEITURA MUNICIPAL DE CANELA
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
RUA DONA CARLINDA, 455 – CEP 95680.000

TERMO DE RATIFICAÇÃO

Processo de Licitação: 06/2019
Modalidade: CONCORRÊNCIA PÚBLICA

Constantino Orsolin, Prefeito Municipal de Canela, no uso de suas atribuições legais, em observância aos procedimentos estabelecidos pelo Artigo 109, da Lei Federal nº 8.666/93 – delibera por considerar o Julgamento do Recurso Administrativo, referente a "Concorrência Pública 06/2019", concluído em 06/08/2020, conforme análise de fundamentos do relatório de julgamento, e resolve NEGAR PROVIMENTO ao presente Recurso Administrativo interposto, desta forma RATIFICANDO os julgamentos realizados pela Comissão de Licitações.

Prefeitura Municipal de Canela, 06 de agosto de 2020.

Constantino Orsolin
Prefeito Municipal