

JUSTIFICATIVA

REF: PREGÃO ELETRÔNICO Nº090/2022/SRP/FUNDEB

OBJETO: AQUISIÇÃO DE MATERIAL DE EXPEDIENTE, COM FORNECIMENTO DE FORMA FRACIONADA, CONFORME DEMANDA, PARA SUPRIR AS NECESSIDADES DO FUNDO MUNICIPAL DE EDUCAÇÃO-FUNDEB DO MUNICÍPIO DE SANTANA DO ARAGUAIA-PA, conforme condições, quantidades e exigências estabelecidas neste Edital e seus anexos.

O Fundo Municipal de Educação (Fundeb – Fundo Nacional de Desenvolvimento de Educação Básica), de Santana do Araguaia – PA, Pessoa Jurídica de Direito Público, devidamente Inscrito no CNPJ: 17.546.234/0001-31, com Sede na Av. Gilberto Carvelli, Snº, Centro – Santana do Araguaia – PA, representado neste ato por Adenilton da Silva, Secretário Municipal de Educação, Portaria nº 006/2021, torna público para conhecimento dos interessados, justificativa para a ANULAÇÃO da referida licitação, sob os aspectos que passa a descrever.

Três institutos representam as formas em que os procedimentos licitatórios podem ser finalizados: homologação do resultado; revogação; e anulação. Cada um deles possui pressupostos próprios que ensejam diferentes consequências quanto ao atendimento da necessidade da administração pública.

A homologação encerra os procedimentos licitatórios bem-sucedidos em selecionar futuro contratado para executar o objeto em disputa, cuja proposta foi declarada apta e efetiva, de acordo com as exigências e as especificações contidas no instrumento convocatório.

Os efeitos da homologação, especialmente quando cotejados com os da adjudicação, sempre foram objeto de discussão na doutrina.

Em nosso juízo, a adjudicação é a vinculação do objeto ao licitante habilitado. Em outras palavras, é a estabilização definitiva da ordem classificatória e a atribuição, ao licitante mais bem classificado, do direito de impor o respeito à referida ordem, na hipótese de a empresa estatal celebrar contrato. Esse também aparenta ser o entendimento do Tribunal de Contas da União que, no julgamento que culminou no Acórdão no 289/2018-Plenário, que assim registrou:

“O ato de adjudicar, diversamente da homologação, não gera o reconhecimento da regularidade do procedimento licitatório. Em realidade, ao adjudicar o objeto da licitação, a autoridade competente apenas estará considerando aquele licitante apto a ser contratado, não gerando sequer direito subjetivo à assinatura do contrato (Acórdão nº 289/2018-Plenário)

O ato de homologação do resultado, por sua vez, firma o juízo de que o certame foi validamente realizado e o objeto licitado ainda se mantém conveniente à Administração.

Neste ponto, é importante indicar a existência de diferença significativa entre o regime tradicional de licitação (lei nº 8.666/93) e o regime das empresas públicas e sociedades de economia mista (lei nº 13.303/2016). A lei das estatais revelou mudança de paradigma quanto ao tratamento legal e jurisprudencial da matéria ao dispor, em seu art. 60, que “a homologação do resultado implica a constituição de direito relativo à celebração do contrato em favor do licitante vencedor¹.”

Tradicionalmente, no âmbito da lei 8.666/1993, não se reconhece o direito à contratação como efeito do ato homologatório. Segundo o TCU, somente após a regular convocação para a assinatura do termo contratual é que passa a existir direito subjetivo à contratação para qualquer dos licitantes.

Quanto ao desfazimento do certame por revogação ou anulação, é preciso salientar que a hipótese não se limita à apreciação da autoridade após a adjudicação do objeto. O procedimento licitatório pode ser revogado em qualquer uma de suas etapas ou anulado até mesmo após o regular encerramento de certame homologado.

De todo modo, quanto forem constatadas ilegalidades que não permitam a convalidação do ato ou do procedimento viciado, a anulação se impõe. Portanto, a anulação, necessariamente, decorre de uma ilegalidade, isto é, de uma ofensa ao ordenamento jurídico.

Por outro lado, ainda que se reconheça a legalidade de todos os atos já praticados, na hipótese de existirem “razões de interesse público decorrentes de fato superveniente que constitua óbice manifesto e incontornável”, haverá espaço à revogação.

Cabe destacar que não basta o simples juízo de inoportunidade ou inconveniência. O espectro dessa análise não é livre, devendo fundamentar-se em circunstâncias inexistentes ou desconhecidas no momento inicial em que se considerou conveniente a publicação do certame licitatório. Esse entendimento é extraído da redação do art. 49 da lei nº 8.666/1993 e do art. 62 da lei nº 13.303/2016:

*Lei nº 8.666/93. Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por **razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta**, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.*

*Lei nº 13.303/2016. Art. 62. Além das hipóteses previstas no § 3º do art. 57 desta Lei e no inciso II do § 2º do art. 75 desta Lei, quem dispuser de competência para homologação do resultado poderá revogar a licitação por **razões de interesse público decorrentes de fato superveniente que constitua óbice manifesto e incontornável**, ou anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, salvo quando for viável a convalidação do ato ou do procedimento viciado.*

Há outra importante questão sobre o assunto em que, dessa vez, os regimes licitatórios (tradicional e das estatais) fornecem soluções distintas: a existência de direito ao contraditório e à ampla defesa diante da intenção da Administração em revogar o procedimento licitatório.

DIREITO AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA

Às licitações realizadas pelas empresas públicas e sociedades de economia mista, o legislador optou por fornecer indicação expressa do momento a partir do qual as estatais deverão oportunizar o contraditório e a ampla defesa aos interessados.

Reza o §3º do art. 62 da Lei nº 13.303/2016 que, **após o início da fase de apresentação de lances ou propostas**, “a revogação ou a anulação da licitação somente será efetivada depois de se conceder aos licitantes que manifestem interesse em contestar o respectivo ato prazo apto a lhes assegurar o exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa”.

No âmbito da lei nº 8.666/93, a norma se limitou a indicar, em seu art. 49, §3º, que “caso de desfazimento do processo licitatório, fica assegurado o contraditório e a ampla defesa”.

De aparente simplicidade, a obrigatoriedade de conceder espaço aos licitantes interessados em exercer o direito ao contraditório e à ampla defesa, previamente à decisão de revogação e anulação, tradicionalmente motivou debate na doutrina e na jurisprudência.

O Superior Tribunal de Justiça possui diversos julgados que ressalvam a aplicação do art. 49, §3º, nas hipóteses de revogação de licitação antes de sua homologação. Esse entendimento aponta que o contraditório e a ampla defesa somente seriam exigíveis quando o procedimento licitatório tiver sido concluído. De acordo com o STJ:

“ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. INTERPRETAÇÃO DO ART. 49, § 3º, DA LEI 8.666/93. (...) 5. Só há aplicabilidade do § 3º, do art. 49, da Lei 8.666/93, quando o procedimento licitatório, por ter sido concluído, gerou direitos subjetivos ao licitante vencedor (adjudicação e contrato) ou em casos de revogação ou de anulação onde o licitante seja apontado, de modo direto ou indireto, como tendo dado causa ao proceder o desfazimento do certame” (MS 7.017/DF, Rel. Min. José Delgado, DJ de 2/4/2001)

“Nos processos licitatórios de qualquer espécie, antes da homologação, têm os concorrentes expectativa de direito ao resultado da escolha a cargo da Administração, não sendo pertinente se falar em direito adquirido. Verifica-se, pelo documentos acostados aos autos, que o procedimento licitatório ainda estava em curso e, ao titular de mera expectativa, não se abre o contraditório”. (...) a revogação da licitação, quando antecedente da homologação e adjudicação, é perfeitamente pertinente e não enseja contraditório. Só há contraditório antecedendo a revogação quando há direito adquirido das empresas concorrentes, o que só ocorre após a homologação e adjudicação do serviço licitado” (RMS 23.402/PR, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe de 2.4.2008).

O Tribunal de Contas da União, após alguns julgados que se alinhavam com o entendimento do STJ (p. ex., acórdão 111/07 e 1904/08-P), construiu sua jurisprudência de forma menos restritiva, passando a considerar o contraditório e a ampla defesa como requisitos à revogação do procedimento licitatório:

25. Do bloco normativo supra pode-se compreender que a revogação de certame, apesar de ser uma prerrogativa, não pode ocorrer sem qualquer tipo de limitação, razão pela qual o ordenamento jurídico estabelece, em substância, os seguintes requisitos para tanto: a) fato superveniente que tenha transfigurado o procedimento em inconveniente ou inoportuno; b) motivação; e c) contraditório e ampla defesa prévios.

26. Noutras palavras, constatada a ocorrência de fato superveniente capaz de suportar o desfazimento do processo licitatório por inconveniência e/ou inoportunidade, a Administração deve comunicar aos licitantes a intenção de revogação, oferecendo-lhes direito ao contraditório e à ampla defesa prévios, em prazo razoável, para que defendam a licitação deflagrada e/ou demonstrem que não cabe o pretendido desfazimento, tudo antes de ocorrer a decisão da Administração de forma motivada. (acórdão 455/2017-Plenário e, no mesmo sentido: acórdãos 1.725/18-Plenário e 4.467/2019 – 2ª Câmara)

Entretanto, no julgamento que originou o acórdão 2.656/19-P, proferido em novembro de 2019, o plenário do Tribunal de Contas da União adotou raciocínio diverso, igualado ao tradicional entendimento do STJ. A ementa da decisão apresenta, de forma clara, o caminho trilhado:

Somente é exigível a observância das disposições do art. 49, § 3º, da Lei 8.666/1993 quando o procedimento licitatório, por ter sido concluído com a adjudicação do objeto, gera direitos subjetivos ao licitante vencedor ou em casos de revogação ou de anulação em que o licitante seja apontado, de modo direto ou indireto, como o causador do desfazimento do certame.

Na visão apresentada pela relatora – e referendada pelo plenário – o §3º do art. 49 não se aplica indistintamente a todas as hipóteses em que a administração pretende revogar o certame. Haveria necessidade de dar oportunidade de contraditório e ampla defesa antes da revogação de licitação apenas quando já se adjudicou o seu objeto; ou quando se imputar a causa do desfazimento ao próprio licitante.

Cumpra ressaltar que, mesmo nas situações em que se considera dispensável oportunizar o contraditório e a ampla defesa aos licitantes, a obrigação da administração de, efetivamente, motivar o ato revogatório não é afastada. Ao decidir, em obediência aos princípios da transparência e da motivação, o gestor sempre deverá evidenciar as razões supervenientes que fundamentaram a conclusão pela revogação do certame e também os motivos de não prosseguir com a licitação.

O julgamento das propostas implica classificação de acordo com os critérios enfeixados no edital. No entanto, nem sempre o mais bem classificado deve ser considerado o vencedor da licitação, por restrições de outra ordem. Na modalidade pregão, com muita frequência, diga-se de passagem, o autor da melhor proposta não é necessariamente o vencedor da licitação, haja vista que sua proposta ainda precisa ser aceita e ele considerado habilitado. Portanto, só depois de concluídas tais etapas é que se pode determinar o vencedor da licitação, o que é realizado por meio do ato de adjudicação.

Nota-se que a comissão de licitação e o pregoeiro recebem o instrumento convocatório da autoridade competente com a incumbência de colocá-lo em prática, levando a cabo todos os atos pertinentes para selecionar proponente e proposta em razão dos quais a Administração celebrará contrato. Logo, a comissão de licitação e o pregoeiro realizam ato por ato, até que, ao final, apontem aquele, que segundo os procedimentos e critérios enfeixados no instrumento convocatório é o vencedor da licitação. Esse ato derradeiro – de indicar o selecionado, o escolhido, aquele com o qual a administração deve firmar o contrato – é o que se denomina adjudicação.

Após a adjudicação, concluído o procedimento de seleção do proponente e da proposta em razão das quais a administração celebrará contrato, ou autos relativos à licitação devem ser submetidos à análise da autoridade competente, a quem cabe decidir sobre a homologação ou não de tudo o quanto se fez.

Repita-se que a autoridade competente é aquela quem representa a Administração Pública, é quem tem legitimidade para contrair obrigações em nome dela, é quem decide sobre contrato. Por corolário, a autoridade competente assume a responsabilidade por tudo o que se fez no curso da licitação pública. Como ela é responsável por todo o procedimento, antes de celebrar o contrato, é dado a ela oportunidade de rever o procedimento, cabendo-lhe confirmá-lo ou não, isto é, homologá-lo ou não.

Na homologação, a autoridade competente empreende dois juízos distintos: No que tange ao mérito, ela deve avaliar se continua a haver o interesse público em realizar a contratação e, no que tange à legalidade, a autoridade competente deve verificar as providências tomadas pela comissão de licitação ou pelo pregoeiro, a fim de constatar a regularidade do processo.

Em embargo, se a autoridade competente reputa conveniente a celebração do contrato, bem como não constata nenhuma irregularidade, ou, constatada a irregularidade, providencia a convalidação dela, deve homologar a licitação, dando-a por encerrada, estando autorizada, pois, a, enfim, proceder à contratação.

Por outro lado, caso repute inconveniente proceder a contratação, deve revogar a licitação pública. Já, caso perceba algum vício de competência, de formalidade ou de caráter procedimental que possa ser sanado, deve convalidar o ato afetado e, no caso de constatar outros tipos de vícios, deve anular o ato contaminado e, a partir dele, se possível, iniciar novamente o procedimento.

Uma das prerrogativas da Administração Pública a possibilidade de revogar atos que não sejam mais necessários para o atendimento do interesse público, assim como anulá-los em caso de ilegalidade.

A Súmula nº 473 do Supremo Tribunal Federal assim dispõe:

“A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.”

A **anulação** de uma licitação segue as mesmas regras aplicáveis à anulação dos atos administrativos em geral: com base no poder de autotutela, a administração pública deve anular a licitação, de ofício ou provocada, sempre que constatar ou ficar demonstrada ilegalidade ou ilegitimidade no procedimento. Paralelamente a esse controle administrativo, o Poder Judiciário, desde que provocado, tem também competência para anular o procedimento licitatório em que se comprove a existência de vício (ilegalidade ou ilegitimidade).

A **revogação** da licitação sofre restrições em relação à regra geral aplicável aos atos administrativos. Com efeito, a regra geral é a possibilidade de a administração pública, também com base no poder de autotutela, revogar os seus atos discricionários, por motivo de oportunidade e conveniência, ressalvadas somente aquelas hipóteses em que a revogação não é cabível.

Portanto, diferentemente da anulação, a revogação de uma licitação somente é possível em situações específicas e determinadas em Lei. Em termos de licitação, a anulação e a revogação da licitação, encontram guarida no artigo 49 e no § 2º do 64 da Lei Federal nº 8.666/93 (Lei de Licitações), bem como nos artigos 57, 62 e 75 da Lei Federal n.º 13.303/2016 (Lei das Estatais), senão vejamos:

Lei Federal nº 8.666/1993 “Art. 49 - A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.

§ 1º A anulação do procedimento licitatório por motivo de ilegalidade não gera obrigação de indenizar, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.

§ 2º A nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.

§ 3º No caso de desfazimento do processo licitatório, fica assegurado o contraditório e a ampla defesa.

“Art. 64. A Administração convocará regularmente o interessado para assinar o termo de contrato, aceitar ou retirar o instrumento equivalente, dentro do prazo e condições estabelecidos, sob pena de decair o direito à contratação, sem prejuízo das sanções previstas no art. 81 desta Lei.

§ 1º O prazo de convocação poderá ser prorrogado uma vez, por igual período, quando solicitado pela parte durante o seu transcurso e desde que ocorra motivo justificado aceito pela Administração.

§ 2º 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 estabelecidos, 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.

DAS IRREGULARIDADES NESTE CERTAME:

O Edital do pregão eletrônico, diz:

8.2. Será desclassificada a proposta ou o lance vencedor, que apresentar preço final superior ao preço máximo fixado (Acórdão nº 1455/2018 -TCU - Plenário), ou que apresentar preço manifestamente inexecutável.

8.2.1. Considera-se inexecutável a proposta que apresente preços global ou unitários simbólicos, irrisórios ou de valor zero, incompatíveis com os preços dos insumos e salários de mercado, acrescidos dos respectivos encargos, ainda que o ato convocatório da licitação não tenha estabelecido limites mínimos, exceto quando se referirem a materiais e instalações de propriedade do próprio licitante, para os quais ele renuncie a parcela ou à totalidade da remuneração.

24.12.A PREFEITURA MUNICIPAL DE SANTANA DO ARAGUAIA-PA, poderá revogar este Pregão por razões de interesse público decorrente de fato superveniente que constitua óbice manifesto e incontornável, ou anulálo por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, salvo quando for viável a convalidação do ato ou do procedimento viciado, desde que observados os princípios da ampla defesa e contraditório.

A inexecuibilidade ou preço inexecuível é um dos assuntos que mais geram discussões entre pregoeiros, comissão de licitação e as partes licitantes. De fato, a aplicação prática do art. 48 da antiga Lei nº 8.666/93, ainda vigente, a lei que dispõe sobre o preço inexecuível, não é de fácil interpretação.

A Nova Lei Geral de Licitações e Contratos (Lei nº 14.333/21 – NLLC), em plena vigência, manteve o assunto pouco objetivo, do ponto de vista prático.

O que diz a lei 8666/93 sobre Preço Inexecuível

O inciso II, art. 48 da antiga lei de licitações estabelece que:

“Art. 48. Serão desclassificadas:

....

II – propostas com valor global superior ao limite estabelecido ou com preços manifestamente inexecuíveis, assim considerados aqueles que não venham a ter demonstrada sua viabilidade através de documentação que comprove que os custos dos insumos são coerentes com os de mercado e que os coeficientes de produtividade são compatíveis com a execução do objeto do contrato, condições estas necessariamente especificadas no ato convocatório da licitação”.

No mesmo dispositivo, temos especificações sobre as obras e serviços de engenharia nas alíneas a e b, para as licitações de menor preço:

“§ 1º Para os efeitos do disposto no inciso II deste artigo consideram-se manifestamente inexecuíveis, no caso de licitações de menor preço para obras e serviços de engenharia, as propostas cujos valores sejam inferiores a 70% (setenta por cento) do menor dos seguintes valores:

a) média aritmética dos valores das propostas superiores a 50% (cinquenta por cento) do valor orçado pela administração, ou

b) valor orçado pela administração.

§ 2º Dos licitantes classificados na forma do parágrafo anterior cujo valor global da proposta for inferior a 80% (oitenta por cento) do menor valor a que se referem as alíneas “a” e “b”, será exigida, para a

assinatura do contrato, prestação de garantia adicional, dentre as modalidades previstas no § 1º do art. 56, igual a diferença entre o valor resultante do parágrafo anterior e o valor da correspondente proposta”.

A lei pode ser interpretada de modo que considere que a desclassificação do licitante não possibilita a revisão pela comissão licitatória. No entanto, o entendimento atual é de que essa determinação não é taxativa, e portanto deve ser interpretada de forma relativa a cada caso.

Deste modo, caso o licitante apresente proposta com valor considerado inexequível, terá a chance de justificar sua proposta e comprovar que ela é executável como apresentada.

De acordo com a Súmula 262 do Tribunal de Contas da União, o critério definido no art. 48, inciso II, § 1º, alíneas “a” e “b”, da Lei nº 8.666/93 conduz a uma presunção relativa de inexequibilidade de preços. Assim, a Administração deve dar à licitante a oportunidade de demonstrar a exequibilidade da sua proposta.

Este normativo também se aplica ao pregão eletrônico. A Lei nº 10.520/02 não menciona o tema e determina que deve-se aplicar subsidiariamente a lei de licitações.

O cenário ideal é que a comissão de licitações inclua já na elaboração do edital os parâmetros de preço inexequível, facilitando o entendimento de todas as partes e evitando problemas futuros a esse respeito.

Portanto ao analisar este certame, concluímos que os preços propostos pelos licitante, quase em sua totalidade caracteriza preço supostamente inexequível em relação aos valores propostos pela administração, valor medio estimado e que a comissão permanente licitação deveria ter realizado diligencia a fins de apurar os preços ofertados.

Após a verificação da irregularidade e observadas as circunstâncias do caso concreto que conduzem à interpretação de que é impossível a convalidação ou a aproveitamento dos atos válidos no procedimento, avalia-se que a anulação é a solução que melhor perfaz o cumprimento dos princípios da Administração Pública, evitando prejuízo efetivo e substancial ao Município, conforme disposto na doutrina de Marçal Justen Filho .

DA DECISÃO

Diante do exposto, determino:

- 1- A anulação do pregão eletrônico nº090/2022/SRP/FUNDEB, com imediatas providências para o atendimento da demanda ainda existente expressa pelo Termo de Referência, ante a existência de vício insanável.
- 2- Que todos os participantes fundamentado no Artigo 49 §3º, da Lei 8.666/93, querendo apresentem no prazo maximo de 03 dias, o contraditório e a ampla defesa.

Adenilton da Silva
Secretário Municipal de Educação
Portaria nº 006/2021