



Joel de Menezes Niebuhr

PREGÃO PRESENCIAL E ELETRÔNICO

6ª edição revista e ampliada

Belo Horizonte



2011

341.35276
N 665P
6. ed.



© 2004 Editora Zênite
2005 2ª edição
2005 3ª edição
2006 4ª edição
2008 5ª edição
© 2011 6ª edição revista e ampliada Editora Fórum Ltda.

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos xerográficos, sem autorização expressa do Editor.

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari	Florianio de Azevedo Marques Neto
André Ramos Tavares	Gustavo Justino de Oliveira
Carlos Ayres Britto	Jorge Ulisses Jacoby Fernandes
Carlos Mário da Silva Velloso	José Nilo de Castro
Carlos Pinto Coelho Motta	Juarez Freitas
Cármem Lúcia Antunes Rocha	Lúcia Valle Figueiredo (<i>in memoriam</i>)
Clovis Beznos	Luciano Ferraz
Cristiana Fortini	Lúcio Delfino
Diogo de Figueiredo Moreira Neto	Márcio Cammarosano
Egon Bockmann Moreira	Maria Sylvia Zanella Di Pietro
Emerson Gabardo	Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho
Fabício Motta	Paulo Modesto
Fernando Rossi	Romeu Felipe Bacellar Filho
Flávio Henrique Unes Pereira	Sérgio Guerra



Luis Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Coordenação editorial: Olga M. A. Sousa
Revisão: Cida Ribeiro
Bibliotecário: Ricardo Neto – CRB 2752 – 6ª Região
Indexação: Fernanda de Paula Moreira – CRB 2629 – 6ª Região
Capa e projeto gráfico: Walter Santos
Diagramação: Derval Braga

Av. Afonso Pena, 2770 – 15º/16º andares – Funcionários – CEP 30130-007
Belo Horizonte – Minas Gerais – Tel.: (31) 2121.4900 / 2121.4949
www.editoraforum.com.br – editoraforum@editoraforum.com.br

N665p Niebuhr, Joel de Menezes

Pregão presencial e eletrônico / Joel de Menezes Niebuhr. 6. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2011. (Coleção Fórum Menezes Niebuhr).

387 p.
ISBN 978-85-7700-418-8

1. Licitação. 2. Direito administrativo. 3. Pregão presencial. 4. Pregão eletrônico. I. Coleção Fórum Menezes Niebuhr. II. Título.

CDD: 341.3527
CDU: 351.712

Informação bibliográfica deste livro, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

NIEBUHR, Joel de Menezes. *Pregão presencial e eletrônico*. 6. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2011. 387 p. ISBN 978-85-7700-418-8. (Coleção Fórum Menezes Niebuhr).

SUMÁRIO

PREGÃO PRESENCIAL

1	O QUE É O PREGÃO?	17
1.1	Uso comum da palavra pregão.....	17
1.2	Conceito operacional de “pregão”	17
1.3	Pregão presencial e pregão eletrônico	19
2	BREVE RESENHA HISTÓRICA DO PREGÃO	21
3	LEGISLAÇÃO APLICÁVEL AO PREGÃO	25
3.1	Relação entre a Lei nº 10.520/02 e a Lei nº 8.666/93.....	25
3.2	O Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte sobre o pregão.....	27
3.3	Relação entre as leis e os decretos	27
3.4	Da inconstitucionalidade de parte das normas do Decreto Federal nº 3.555/00	28
3.5	Da abrangência restrita do Decreto Federal nº 3.555/00.....	29
3.5.1	O Decreto Federal nº 3.555/00 somente se aplica em relação à Administração direta.....	29
3.5.2	O Decreto Federal nº 3.555/00 não se aplica em relação a Estados, Distrito Federal e Municípios	30
3.6	Da desnecessidade de decreto para que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios adotem o pregão presencial	31
3.7	Da inconstitucionalidade do Decreto Federal nº 5.450/05 e dos demais decretos sobre pregão eletrônico.....	31
3.8	Da recepção do Decreto Federal nº 3.555/00 pela Lei nº 10.520/02	32
4	OS PRINCÍPIOS JURÍDICOS INFORMADORES DO PREGÃO	35
4.1	Importância dos princípios jurídicos para entender o pregão.....	35
4.2	Princípio da isonomia	36
4.3	Princípio da eficiência e os subprincípios da celeridade, finalidade, justo preço e seletividade.....	37
4.4	Princípio da legalidade	39
4.5	Princípio da vinculação ao edital	40
4.6	Princípio da moralidade	40
4.7	Princípio da publicidade.....	41
4.8	Princípio da competitividade.....	41
4.9	Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade	42
4.10	Princípio do julgamento objetivo	43
5	INCIDÊNCIA DO PREGÃO	45
5.1	A discricionariedade para a adoção do pregão	45
5.2	Obrigatoriedade de adoção do pregão por órgãos da Administração Pública federal direta.....	47
5.3	Obrigatoriedade de adoção do pregão por Estados, Distrito Federal, Municípios e entidades privadas no uso de recursos federais percebidos por meio de transferências voluntárias.....	49
5.4	Bem e serviço comum.....	51

5.5	A lista de bens e serviços comuns do Decreto Federal nº 3.555/00.....	57
5.6	A incompatibilidade do pregão com licitações julgadas por critérios que envolvam fator técnico.....	59
5.7	Pregão negativo.....	60
5.8	Pregão para obras e serviços de engenharia.....	62
5.9	A incompatibilidade do pregão com locações imobiliárias e alienações.....	67
5.10	A possibilidade de utilização do pregão para a aquisição de bens comuns com a entrega de bens usados como parte do pagamento.....	69
5.11	O pregão como solução para os problemas provocados pelo parcelamento indevido do contrato.....	69
5.12	Pregão para a contratação de bens e serviços de informática.....	70
5.12.1	Bens e serviços de informática.....	70
5.12.2	Bens e serviços de informática qualificados como comuns.....	71
5.12.3	A suposta incompatibilidade entre o critério de julgamento para bens e serviços de informática e o critério de julgamento da modalidade pregão.....	72
5.12.4	As preferências introduzidas pelo Decreto Federal nº 3.555/00.....	78
5.12.5	Restrição relativa à contratação de bens e serviços de informática que cumpram processo produtivo básico.....	79
5.12.5.1	Inconstitucionalidade da exigência de processo produtivo básico.....	80
5.12.5.2	Entendimento do Tribunal de Contas da União sobre o Processo Produtivo Básico.....	81
5.12.5.3	Direito de Preferência previsto no Decreto Federal nº 7.174/10.....	85
5.13	Pregão para promover licitação internacional.....	85
6	AGENTES ADMINISTRATIVOS ENVOLVIDOS NO PREGÃO.....	87
6.1	Síntese comparativa entre a sistemática da Lei nº 8.666/93 e a da Lei nº 10.520/02, no que tange aos agentes administrativos participantes de licitação pública.....	87
6.2	As atribuições da autoridade competente no pregão.....	88
6.3	As atribuições do pregoeiro.....	89
6.4	As atribuições da equipe de apoio.....	92
6.5	Responsabilidade da equipe de apoio.....	93
7	FASE INTERNA DO PREGÃO.....	95
7.1	A importância da fase interna do pregão.....	95
7.2	Requisição e termo de referência.....	96
7.3	Abertura do processo de licitação e justificativa da autoridade competente sobre a necessidade da contratação.....	98
7.4	Descrição do objeto.....	99
7.5	Orçamento e previsão dos recursos orçamentários.....	101
7.5.1	Planilha orçamentária é anexo obrigatório ao edital de pregão.....	102
7.6	Cumprimento dos incisos I e II do <i>caput</i> do artigo 16 da Lei Complementar nº 101/00 – Lei de Responsabilidade Fiscal.....	105
7.7	Definição dos critérios de aceitabilidade das propostas.....	106
7.7.1	Conformidade da proposta com o objeto definido no edital e com as formalidades nele previstas.....	106
7.7.2	Aceitabilidade do preço quanto ao valor máximo.....	107
7.7.3	A confusão do Tribunal de Contas da União em relação ao preço estimado e ao preço máximo.....	108
7.7.4	Aceitabilidade do preço quanto ao valor mínimo – Inexequibilidade das propostas.....	109
7.8	Definição dos requisitos de habilitação.....	110
7.8.1	Inconstitucionalidade do inciso V do artigo 13 do Decreto Federal nº 3.555/00.....	113

7.8.2	Illegalidade do parágrafo único do artigo 13 do Decreto Federal nº 3.555/00	114
7.8.3	Inconstitucionalidade do artigo 3º do Decreto Federal nº 6.204/07	115
7.9	Definição das sanções por inadimplemento	115
7.10	Minuta do futuro contrato	116
7.11	Justificativa das definições constantes do edital	117
7.12	Definição do prazo de validade das propostas	119
7.13	Designação do pregoeiro e da equipe de apoio	119
7.14	Parecer da assessoria jurídica	120
7.15	Assinatura do edital	122
7.16	Tratamento diferenciado e simplificado para microempresas e empresas de pequeno porte	123
7.16.1	Pregão destinado exclusivamente às microempresas e às empresas de pequeno porte.....	124
7.16.2	Subcontratação compulsória de microempresas e empresas de pequeno porte	126
7.16.3	Pregão com cota reservada para microempresas e empresas de pequeno porte	129
7.17	Margem de preferência para produtos nacionais	131
7.17.1	O uso da licitação pública para a promoção do desenvolvimento nacional.....	131
7.17.2	Discricionariedade para a aplicação da margem de preferência	132
7.17.3	A definição da margem de preferência.....	133
7.17.4	Crítérios para a definição da margem de preferência	134
7.17.5	Medidas de compensação.....	136
8	PUBLICIDADE DO EDITAL	139
8.1	Veículos de divulgação	139
8.2	Prazo de publicidade dos avisos de editais	142
8.3	Alterações no edital	142
9	IMPUGNAÇÃO AO EDITAL	145
9.1	Aplicação subsidiária da sistemática de impugnação ao edital da Lei nº 8.666/93	145
9.2	A sistemática de impugnação ao edital disposta no Decreto Federal nº 3.555/00	146
10	ATOS PREPARATÓRIOS AO JULGAMENTO.....	149
10.1	Credenciamento dos licitantes.....	149
10.1.1	Apresentação dos documentos para o credenciamento.....	150
10.1.2	Credenciamento de microempresas e empresas de pequeno porte	151
10.1.3	A apresentação de documento para o credenciamento exige o licitante de apresentá-lo novamente junto com o envelope relativo aos documentos de habilitação	153
10.1.4	Pluralidade de representantes por credenciado.....	154
10.1.5	Substituição do representante.....	154
10.1.6	Os efeitos do não credenciamento.....	155
10.1.7	A não obrigatoriedade do credenciamento como forma de evitar conluios.....	158
10.1.8	Documentos a serem apresentados por licitante não credenciado	159
10.1.9	Credenciamento de representantes que se apresentam ao pregoeiro depois de encerrada a fase de credenciamento	159
10.2	Declaração dos licitantes de cumprirem plenamente os requisitos de habilitação... ..	161
10.2.1	Apresentação da declaração por microempresas e empresas de pequeno porte....	163
10.3	Apresentação dos documentos para o exercício de preferências em relação a bens e serviços de informática	163
10.4	Apresentação dos documentos para o exercício da margem de preferência destinada aos produtos e serviços nacionais	164
10.5	Apresentação dos envelopes	165

10.6	Análise preliminar da aceitabilidade das propostas	165
10.6.1	Amostras dos produtos dos licitantes.....	166
10.6.2	Momento devido para exigir as amostras.....	168
10.6.3	Excepcionalidade da avaliação do preço na fase de análise preliminar da aceitabilidade das propostas	170
10.7	Diligências.....	171
11	JULGAMENTO DAS PROPOSTAS.....	173
11.1	Considerações introdutórias	173
11.2	Critério de julgamento	174
11.3	Princípio do julgamento objetivo e o poder de polícia conferido ao pregoeiro	174
11.4	Recebimento das propostas escritas.....	174
11.5	CrITÉRIOS para determinar os licitantes classificados para a próxima etapa do julgamento	175
11.5.1	Primeiro critério: o dos 10% (dez por cento).....	175
11.5.2	Segundo critério: o dos três menores preços	176
11.5.3	Justificativa para tais critérios	177
11.6	Não é necessário número mínimo de licitante para os lances orais.....	178
11.7	Lances orais.....	179
11.7.1	Os lances orais devem ser decrescentes.....	180
11.7.2	Os lances orais devem ser sequenciais, a partir do autor da proposta de maior preço, em ordem decrescente de valor	180
11.7.3	Determinação do vencedor da disputa verbal.....	181
11.8	Poderes do pregoeiro.....	182
11.8.1	O poder do pregoeiro de definir parâmetros ou percentagens sobre os quais os lances orais devem ser reduzidos	182
11.8.2	O poder do pregoeiro de estabelecer o tempo para o oferecimento dos lances orais.....	183
11.8.3	O poder do pregoeiro de permitir a comunicação dos representantes dos licitantes com terceiros não presentes à sessão, por meio de aparelhos de telefone celular e outros	184
11.8.4	O pregoeiro não pode impedir que licitante ofereça lance, nem pode limitar o número de lances	185
11.9	Críticas à sistemática de julgamento da modalidade pregão	186
11.10	Direito de preferência às microempresas e às empresas de pequeno porte	188
11.10.1	Procedimento para o direito de preferência em pregão presencial.....	189
11.11	Direito de preferência em licitações de bens e serviços de informática.....	190
12	ACEITABILIDADE DAS PROPOSTAS.....	197
12.1	Desclassificação de propostas de valores excessivos.....	197
12.2	Negociação.....	198
12.3	Desclassificação de propostas inexequíveis	200
12.3.1	A importância de análise rigorosa da (in)exequibilidade das propostas	200
12.3.2	As dificuldades em desclassificar proposta inexequível na modalidade pregão.....	201
12.3.3	CrITÉRIOS e procedimentos para a desclassificação de propostas inexequíveis.....	202
12.4	Consequências da não aceitação da proposta.....	204
13	HABILITAÇÃO	205
13.1	Caracteres e princípios regentes	205
13.2	A inversão das fases da licitação.....	206
13.3	Consequências da inabilitação do autor da melhor proposta.....	209

13.4	Consequências da inabilitação de todos os licitantes participantes dos lances orais.....	210
13.5	Saneamento de defeitos de habilitação.....	211
13.6	Comprovação da regularidade fiscal pelas microempresas e empresas de pequeno porte.....	212
14	RECURSOS ADMINISTRATIVOS.....	217
14.1	Síntese da sistemática recursal da Lei nº 8.666/93.....	217
14.2	Sistemática recursal do pregão.....	218
14.3	Indicação na sessão dos motivos do recurso.....	219
14.4	Momento da interposição do recurso.....	220
14.5	Aspectos procedimentais.....	221
14.6	Juízo de admissibilidade pelo pregoeiro.....	221
14.7	Efeitos do recurso.....	225
14.8	Síntese comparativa entre a sistemática recursal do pregão e a das demais modalidades de licitação.....	226
15	FASE INTEGRATIVA DO PREGÃO.....	227
15.1	Ata da sessão.....	227
15.2	A ordem entre adjudicação e homologação.....	228
15.3	Outra inconstitucionalidade do Decreto Federal nº 3.555/00.....	229
15.4	Função da adjudicação e da homologação.....	230
15.5	A anulação ou revogação promovida pela autoridade competente na fase de homologação implica dever de indenização.....	231
15.6	Publicação do resultado da licitação.....	232
16	CONVOCAÇÃO PARA ASSINAR O CONTRATO.....	235
16.1	Consequências da recusa do licitante em assinar o contrato.....	236
17	DISPOSIÇÕES SOBRE O CONTRATO.....	239
17.1	Aplicação integral da Lei nº 8.666/93 em relação aos contratos decorrentes de licitações processadas sob a modalidade pregão.....	239
17.2	Exigência de disponibilidade de recursos orçamentários para a celebração do contrato.....	239
17.3	Publicação do extrato do contrato.....	240
18	SANÇÕES ADMINISTRATIVAS.....	243
18.1	Considerações gerais.....	243
18.2	Os limites de incidência das sanções previstas no artigo 7º da Lei nº 10.520/02.....	244
18.3	A desproporcionalidade da incidência da penalidade prevista no artigo 7º da Lei nº 10.520/02 em relação aos licitantes que deixaram de apresentar documento por mero equívoco.....	245
18.4	Devido processo legal.....	247
18.5	O dever de aplicar as sanções administrativas.....	248
18.6	A inconstitucionalidade do artigo 14 do Decreto Federal nº 3.555/00.....	249
19	PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS ESTRANGEIRAS NO PREGÃO.....	251
20	PARTICIPAÇÃO DE CONSÓRCIO NO PREGÃO.....	253
20.1	Considerações gerais.....	253
20.2	Habilitação do consórcio.....	255

21	PREGÃO COMO MODALIDADE PARA PROMOVER REGISTRO DE PREÇOS	257
21.1	O que é o registro de preços?.....	257
21.2	Pregão e registro de preços.....	258
21.3	Pregão para registro de preços na área de saúde.....	259

PREGÃO ELETRÔNICO

1	ASPECTOS GERAIS	263
1.1	Considerações introdutórias.....	263
1.2	O que é o pregão eletrônico?.....	264
1.3	Relação entre o pregão eletrônico e o pregão presencial.....	264
1.4	As vantagens do pregão eletrônico em relação ao pregão presencial.....	265
1.5	Desvantagens do pregão eletrônico em relação ao presencial.....	267
1.6	Críticas iniciais à atual sistemática do pregão eletrônico.....	269
2	LEGISLAÇÃO APLICÁVEL AO PREGÃO ELETRÔNICO	271
2.1	A manifesta inconstitucionalidade da delegação legislativa para a disposição de normas sobre o pregão eletrônico.....	271
2.2	Os decretos sobre pregão eletrônico.....	273
2.3	A inaplicabilidade do Decreto Federal nº 5.450/05 à Administração indireta federal.....	274
2.4	Normas e orientações complementares do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.....	276
3	INCIDÊNCIA DO PREGÃO ELETRÔNICO	277
3.1	Obrigatoriedade da modalidade pregão e a preferência ao pregão eletrônico.....	277
3.2	Inconveniência das prescrições de obrigatoriedade da modalidade pregão e de preferência ao pregão eletrônico.....	278
3.3	Justificativa para a adoção do pregão presencial em detrimento do pregão eletrônico.....	279
3.4	Inaplicabilidade do pregão eletrônico.....	283
4	AGENTES ADMINISTRATIVOS ENVOLVIDOS NO PREGÃO ELETRÔNICO	285
4.1	Autoridade competente.....	285
4.2	Pregoeiro e equipe de apoio.....	287
5	SISTEMA DE INFORMÁTICA	289
5.1	Considerações gerais.....	289
5.2	A segurança do sistema.....	291
6	CREDENCIAMENTO	293
6.1	Peculiaridades do credenciamento no pregão eletrônico.....	293
6.2	Chave de identificação e senha.....	294
6.3	Responsabilidades do licitante.....	296
6.4	Prazo para que o provedor efetue o credenciamento.....	298
6.5	Prazo de validade do credenciamento.....	298

7	REGISTRO CADASTRAL COMO CONDIÇÃO PARA A PARTICIPAÇÃO EM PREGÃO ELETRÔNICO	299
7.1	O que é o registro cadastral e o que é o SICAF?.....	299
7.2	Obrigatoriedade de registro cadastral no SICAF.....	300
7.3	A obrigatoriedade de cadastramento no SICAF não incide sobre empresas públicas, sociedades de economia mista, entidades controladas direta ou indiretamente pela União, e órgãos e entidades do Poder Executivo dos Estados, Distrito Federal e Municípios que tenham firmado termo de adesão	302
7.4	Conveniência da obrigatoriedade de registro cadastral no SICAF	303
7.5	Inconstitucionalidade das normas que prescrevem a obrigatoriedade do registro cadastral no SICAF.....	305
7.6	Sugestão: criação de registro cadastral nacional por meio de lei.....	306
8	FASE PREPARATÓRIA DO PREGÃO ELETRÔNICO	309
9	PUBLICIDADE, ALTERAÇÕES E IMPUGNAÇÕES AO EDITAL	313
9.1	Veículos para a publicidade dos avisos de edital.....	313
9.2	Prazo de publicidade do aviso de edital	315
9.3	Alteração do edital.....	315
9.4	Impugnação ao edital.....	316
9.5	Pedidos de esclarecimentos.....	317
10	PROCEDIMENTOS PRELIMINARES AO JULGAMENTO DO PREGÃO ELETRÔNICO	319
10.1	Acesso ao sistema de informática.....	319
10.2	Microempresa e empresa de pequeno porte.....	320
10.3	Declaração de conhecimento e atendimento às exigências de habilitação.....	321
11	FASE DE JULGAMENTO	325
11.1	Análise inicial da aceitabilidade das propostas	325
11.1.1	Amostras no pregão eletrônico.....	326
11.2	Abertura da competição.....	327
11.3	Sistemática para a apresentação dos lances	329
11.4	Poderes do pregoeiro no pregão eletrônico	331
11.5	Encerramento da etapa de lances	332
11.6	Direito de preferência.....	336
12	ACEITABILIDADE DAS PROPOSTAS QUANTO AO PREÇO	339
12.1	Momento apropriado para a análise da aceitabilidade das propostas quanto ao preço	339
12.2	Possibilidade de “negociação”	339
12.3	Análise da aceitabilidade dos preços	341
12.4	Encaminhamento de planilha no caso de serviços comuns.....	341
12.5	Consequências da não aceitação da proposta.....	342
13	HABILITAÇÃO	345
13.1	A habilitação deve anteceder a fase de interposição de recursos	345
13.2	Requisitos de habilitação	346
13.3	Forma de comprovação da habilitação.....	347
13.4	Consequências da inabilitação do autor da proposta de menor preço.....	350
13.5	Declaração de vencedor	351

13.6	Comprovação da regularidade fiscal pelas microempresas e empresas de pequeno porte	351
14	POSSIBILIDADE DE RELEVAR DESATENÇÃO À MERA FORMALIDADE E DE SANEAMENTO DE ERROS OU FALHAS	353
15	RECURSO	359
15.1	Forma para a interposição de recurso.....	359
15.2	Obrigatoriedade de indicar os motivos do recurso na própria sessão	360
15.3	Pregoeiro não goza de poderes para exercer juízo de admissibilidade.....	361
15.4	Direito dos licitantes à vista dos autos do processo de licitação e à obtenção de fotocópias.....	361
15.5	Resposta ao recurso	361
16	ADJUDICAÇÃO, HOMOLOGAÇÃO E DESFAZIMENTO DO PROCESSO DE LICITAÇÃO PÚBLICA.....	363
16.1	Adjudicação e homologação	363
16.2	Desfazimento do processo de licitação pública.....	363
17	DISPOSIÇÕES FINAIS	365
17.1	Ata da sessão	365
17.2	Desconexão do pregoeiro	365
17.3	Disposições sobre o contrato administrativo.....	366
17.4	Disposições sobre pregões eletrônicos para registro de preços	367
17.5	Disposições sobre participação de empresas estrangeiras.....	367
17.6	Disposições sobre participação de consórcios	368
17.7	Cotação eletrônica.....	368
18	SANÇÕES ADMINISTRATIVAS.....	369
19	BOLSA DE MERCADORIA.....	371
	REFERÊNCIAS	375
	ÍNDICE DE ASSUNTOS	377
	ÍNDICE DA LEGISLAÇÃO	383
	ÍNDICE ONOMÁSTICO	387