



RESPOSTA À IMPUGNAÇÃO ADMINISTRATIVA

Pregão Presencial nº 39/2018

Processo Licitatório nº 112/2018

Objeto: Registro de Preços para aquisição de medicamentos básicos e injetáveis.

I. RELATÓRIO

Trata-se de impugnação apresentada por PRATI, DONADUZZI & CIA LTDA, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 73.856.593/0001-66, estabelecida na Rua Mitsugoro Tanaka, 145, Centro Industrial Nilton Arruda, Toledo, Paraná, apontando vícios no processo licitatório em epígrafe.

Alega a impugnante que o edital, ao consignar a participação a microempresas e empresas de pequeno porte restringem a participação de várias empresas fabricantes e distribuidoras, uma vez que 94% dos itens são destinados exclusivamente a ME/EPP.

Alega que as ME/EPP possuem cota reservada de 25% segundo a legislação e não de 94%, como estabelecido no edital, de modo que o certame direciona o objeto ferindo os princípios licitatórios, notadamente o melhor preço e a proposta mais vantajosa.

Aponta dois vícios no edital: a) a cota de 94% dos itens às microempresas e empresas de pequeno porte e a não divulgação dos preços unitários consoante o §2º, inciso II, do art. 40, da Lei 8.666/93.

Aduz finalmente que, para que seja aplicada a exclusividade às microempresas e empresas de pequeno porte deve haver, no mínimo, três fornecedores regionais ou locais capazes de cumprir as exigências do edital.

É o que tinha a relatar. Passo à análise do mérito.



II. DO MÉRITO

II.1. DA TEMPESTIVIDADE

Dispõe o edital de regência que:

3.1. Qualquer pessoa, física ou jurídica, é parte legítima para solicitar esclarecimentos ou providências em relação ao presente **PREGÃO**, ou ainda, para impugnar este edital, desde que o faça com antecedência de até dois dias úteis da data fixada para recebimento das propostas, observado o disposto no § 1º do art. 12 do Decreto Municipal 2.545/02 e suas alterações.

A impugnação foi interposta em 28 de maio de 2018 por e-mail, considerando-se a autorização expressa para esta possibilidade, em razão do despacho constante dos autos. Apresentada a irresignação dentro do prazo editalício, recebo a mesma, pois tempestiva e regular.

II.2. DA LICITAÇÃO EXCLUSIVA PARA MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE

Dispõe o edital objeto da presente impugnação que:

IV – CONDIÇÕES DE PARTICIPAÇÃO:

4.1. Poderão participar deste **PREGÃO** as empresas que:

4.1.1. Tenham objeto social pertinente e compatível com o objeto licitado;

4.1.2. Atendam a todas as exigências deste edital;



4.1.3 Os itens 24, 26, 27, 28, 41, 50, 92, 93, 108, 109, 111, 119, 128, 138, 148 e 180 (Cota Principal) do termo de referência (Anexo II), estão destinados à participação de todos os interessados que atendam aos requisitos deste edital;

4.1.4 Os demais itens (Cota Reservada) estão destinados à participação exclusiva das Microempresas - ME, Empresas de Pequeno Porte - EPP e Microempreendedores Individuais - MEI, nos termos do artigo 48, I da Lei Complementar n.º 123/06, sem prejuízo da sua participação na cota principal;

4.1.4.1. Não se aplica o disposto acima (4.1.4), e será a licitação estendida às pessoas jurídicas que não se enquadrem como microempresas ou empresas de pequeno porte, quando:

I – Não houver um mínimo de três fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório;

II – O tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado.

Pois bem.

A Constituição da República de 1988 consagra tratamento diferenciado para Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, conforme art. 170 IX e 179, a saber:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os **Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte**, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

O referido tratamento favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte foi assegurado pela Lei Complementar 123/06, de modo a possibilitar uma competição de mercado paritária com as grandes empresas do mercado, de modo a promover o desenvolvimento econômico e social no âmbito local e regional (art. 1º inc. I do Decreto Federal nº 8.538/15).



A adoção de regras editalícias específicas para as Microempresas e Empresas de Pequeno Porte estão, portanto, adequadas aos objetivos constitucionais, justificado o interesse público e a ampliação de competição entre interessados. Senão, vejamos o disposto no art. 47 da LC 123/06 com as alterações trazidas pela LC 147/14:

Art. 47. Nas contratações públicas da administração direta e indireta, autárquica e fundacional, federal, estadual e municipal, **deverá** ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica.

Quanto aos questionamentos da empresa sobre a aplicação da licitação *exclusiva* é importante lembrar, *a priori*, que a Lei Complementar 123/06, alterada pela Lei Complementar 147/14, dispõe em seus artigos 48 e 49 o seguinte:

Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública:

I - **deverá** realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte **nos itens de contratação** cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);

Art. 49. Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando:

II - **não houver um mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos** enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório;

III - o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte **não for vantajoso** para a administração pública **ou representar prejuízo** ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado;

Assim, ao mesmo tempo em que conferiu tratamento diferenciado às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, a Lei trouxe a prerrogativa da não aplicação da exclusividade quando inexistirem ao menos três fornecedores competitivos ou quando houver prejuízo à Administração Pública.



De outra banda, em razão do princípio constitucional na legalidade insculpido no *caput* do art. 37 da Constituição de 1988 não poderá o administrador se desvincular das regras que lhe são cogentes, inexistindo margem de discricionariedade quando a conduta é vinculada.

No caso, como se retira dos artigos 47 e 48 da Lei Complementar 123/2006, nas licitações em que **o valor dos itens não for superior a oitenta mil reais** a Administração Pública **deverá** abrir licitação para as microempresas e empresas de pequeno porte. Não se trata, portanto, de faculdade, mas sim do único comportamento aceitável.

O Decreto Federal nº 8.538/2015 que regulamentou a Lei Complementar 123/06 em seu art. 9º, I, deu a definição sobre a base de cálculo dos limites previstos na lei, dizendo:

Art. 9º Para aplicação dos benefícios previstos nos arts. 6º a 8º: I - será considerado, para efeitos dos limites de valor estabelecidos, **cada item separadamente** ou, nas licitações por preço global, o **valor estimado para o grupo** ou o **lote da licitação** que deve ser considerado como um único item;

Assim, em licitações nas quais os itens sejam estimado em até 80 mil reais, *todos* deverão ser exclusivos para MP/EPP, salvo no caso das restrições do artigo 49 da Lei Complementar 123/2006, a saber: (a) mínimo de três licitantes nestas categorias e (b) ausência de vantagem ou comprovado prejuízo.

O Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais adota este entendimento, como se retira do julgamento da denúncia 977553, de relatoria do Conselheiro Sebastião Helvécio:

DENÚNCIA. PREFEITURA MUNICIPAL. SUPOSTA IRREGULARIDADE NO PREGÃO PRESENCIAL. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. EXCLUSIVIDADE DE PARTICIPAÇÃO DE MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE. MÉRITO. IMPROCEDÊNCIA. EXTINÇÃO DO PROCESSO COM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. ARQUIVAMENTO. 1. Equívoco na identificação do responsável e considerando que a aferição da legitimidade ad causam é matéria de ordem pública, necessário o afastamento da responsabilidade. 2. **A exclusividade na contratação de microempresas ou empresas de pequeno porte sediadas no município e na região, nas licitações em que o valor dos itens é menor que R\$80.000,00, desde que presentes 3 (três) licitantes nessas condições, encontra amparo no caput do artigo 47 da Lei Complementar n. 123/2006, alterada pela Lei Complementar n.147/2014, tendo em vista a busca pela promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional.** 3. Julgam-se improcedentes a Denúncia, em razão da suficiência das justificativas apresentadas para as supostas irregularidades, e declara-



se a extinção do processo com resolução de mérito, com fundamento no art. 487, inciso I, do Novo Código de Processo Civil.

No mesmo sentido, a denúncia 1024362, de relatoria do Conselheiro José Alves Viana:

DENÚNCIA. PREFEITURA MUNICIPAL. LICITAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO. REGISTRO DE PREÇOS. AQUISIÇÃO DE PNEUS. ITENS COM EXCLUSIVIDADE PARA MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE. IMPROCEDÊNCIA. EXTINÇÃO DOS AUTOS COM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. ARQUIVAMENTO. Nas licitações processadas por itens, **a Administração estará obrigada a reservar à participação exclusiva de microempresas e empresas de pequeno porte aqueles itens cujo valor seja inferior a R\$80.000,00**, na forma prevista no artigo 48, inciso I, da Lei Complementar nº 123/06, **ainda que o somatório do valor de todos os itens supere esse montante.**

Registre-se que a licitação exclusiva para Microempresas ou Empresas de Pequeno Porte não traz prejuízos à Administração, conforme o já citado art. 49 da LC 123/06

Art. 49. Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando: (...) III - o **tratamento diferenciado e simplificado** para as microempresas e empresas de pequeno porte **não for vantajoso** para a administração pública ou **representar prejuízo** ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado;

O “prejuízo à administração” vem definido no art. 10 do Decreto Federal nº 8.537/15 quando se considera a situação de ausência de vantajosidade. Senão vejamos:

Art. 10. Não se aplica o disposto nos art. 6º ao art. 8º quando:

II - o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e as empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou ao complexo do objeto a ser contratado, justificadamente;

Parágrafo único. Para o disposto no inciso II do caput, **considera-se não vantajosa a contratação quando:**

I - resultar em preço superior ao valor estabelecido como referência; ou

II - a natureza do bem, serviço ou obra for incompatível com a aplicação dos benefícios. Como a Administração não irá fazer contratação nenhuma com valor superior ao valor médio do item obtido na fase das cotações, não ocorrerá desvantagem no entendimento legal.



Nesse sentido, Rafael Carvalho Rezende Oliveira¹ menciona que:

O afastamento do referido tratamento diferenciado é retificado, inclusive pelo art. 49, III, da LC 123/2006, no caso em que “não for vantajoso para a Administração Pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado”. **Ora a contratação da ME ou EPP por preço superior ao apresentado pela primeira colocada no certame não seria, por óbvio, vantajosa para o Município.** Ademais, lembre-se mais uma vez de que a LC 123/2006, ao estabelecer as hipóteses de tratamento diferenciado para ME e EPP, não estabelece, em momento algum, a possibilidade de contratação dessas entidades por preço superior ao apresentado pelo primeiro colocado.

[...]

No caso do tratamento favorável concedido à ME e EPP, a LC 123/2006, alterado pela LC 147/2014, **não estabeleceu exceção ao princípio da economicidade, o que implica a contratação dessas entidades pelo menor preço apresentado no certame** (grifos no original).

II.3 – DA COTA RESERVADA PARA MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE

Quanto à necessidade de reserva de cota de até 25% dos itens licitados, em se tratando de licitação para aquisição de bens de natureza divisível, tal regra somente se aplica nos casos em que o objeto licitado seja superior a R\$ 80.000,00, o que não se aplica ao caso em tela. Conforme Rafael Rezende Oliveira²:

c) a reserva de cota do objeto licitado às ME e EPP não se aplica às licitações com valores de até R\$ 80.000,00, uma vez que os referidos certames já são destinados exclusivamente às ME e EPP (grifos no original).

Tal regra não se aplica ao caso em análise. Até porque, a licitação é processada por itens e não por valor global conforme se retira do preâmbulo do instrumento editalício. Neste caso, prevalece, no que concerne aos itens, os valores estimados para os fins do art. 48 da LC 123/06 com as orientações do TCE/MG anteriormente citadas..

¹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e contratos administrativos**. 6. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 146/147.

² *Ibidem*, p. 145.



II.4 – DA AUSÊNCIA DE PLANILHA COM OS PREÇOS UNITÁRIOS

Quanto à ausência de planilhas contendo os preços unitários no instrumento editalício, não é causa de prejuízo aos direitos dos licitantes já que se encontra na fase interna do procedimento licitatório, estando, portanto, à disposição dos licitantes.

Ademais, tanto o Decreto 3.555/2000, que regulamenta o procedimento licitatório do Pregão no âmbito Federal, quanto a Lei 10.520/2002 e o Decreto Municipal 25.545/02, que regulamenta o procedimento licitatório do Pregão no âmbito Municipal, tratam dos elementos que devem constar do edital, inexistindo a obrigatoriedade de que o instrumento editalício traga em seu texto, o orçamento e planilhas estimando do custo da contratação. A obrigatoriedade reside para sua fase interna, *in verbis*:

Decreto 3.555/2000:

Art.8º **A fase preparatória** do pregão observará as seguintes regras:

[...]

IV - constarão dos autos a motivação de cada um dos atos especificados no inciso anterior e os indispensáveis elementos técnicos sobre os quais estiverem apoiados, **bem como o orçamento estimativo** e o cronograma físico-financeiro de desembolso, se for o caso, elaborados pela Administração; e

V - para julgamento, será adotado o critério de menor preço, observados os prazos máximos para fornecimento, as especificações técnicas e os parâmetros mínimos de desempenho e de qualidade e as demais condições definidas no edital.

Lei Federal 10.520/02:

Art. 3º **A fase preparatória** do pregão observará o seguinte:

[...]

III - dos autos do procedimento constarão a justificativa das definições referidas no inciso I deste artigo e os indispensáveis elementos técnicos sobre os quais estiverem apoiados, **bem como o orçamento, elaborado** pelo órgão ou entidade promotora da licitação, dos bens ou serviços a serem licitados; e

Decreto Municipal 2.545/02:

Art. 8º - **A fase preparatória** do pregão observará as seguintes regras:

[...]



IV - **constarão dos autos** a motivação de cada um dos atos especificados no inciso anterior e os indispensáveis elementos técnicos sobre os quais estiverem apoiados, bem como o **orçamento estimativo** e o cronograma físico-financeiro de desembolso, se for o caso, elaborados pela Administração; e

Desse modo, conforme a legislação de regência, vê-se que **não há** obrigatoriedade de fixação dos orçamentos nos editais de licitação, uma vez que estes devem constar da fase interna.

Sobre o mesmo assunto, assim se manifestou o TCU:

REPRESENTAÇÃO. LICITAÇÃO. MODALIDADE PREGÃO. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DA LEI DE LICITAÇÕES. POSSIBILIDADE DE COMBINAÇÃO DE AQUISIÇÃO DE SERVIÇOS COM ALIENAÇÃO. INCOMPATIBILIDADE ENTRE DISPOSITIVOS DO EDITAL. CONTRATO. EXECUÇÃO. PROCEDÊNCIA PARCIAL. DETERMINAÇÕES.

1. Na licitação na modalidade pregão, o **orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários não constitui um dos elementos obrigatórios do edital**, devendo estar inserido obrigatoriamente no bojo do processo relativo ao certame. Ficará a critério do gestor, no caso concreto, a avaliação da oportunidade e conveniência de incluir esse orçamento no edital ou de informar, no ato convocatório, a sua disponibilidade aos interessados e os meios para obtê-lo.” (Acórdão nº 114/2007, Plenário, rel. Min. Benjamin Zymler)

“9. Assim, ressalvada a necessidade de que as estimativas estejam presentes no processo, acredito que deve ficar a critério do gestor a decisão de publicá-las também no edital, possibilitando desse modo que adote a estratégia que considere mais eficiente na busca pela economicidade da contratação.” (Acórdão nº 1405/2006, Plenário, rel. Min. Marcos Vinícios Vilaça) **(grifo nosso)**

O informativo nº 55/2011 do E. TCU também aduziu que:

Pregão para registro de preços: 3 – No caso do pregão, a divulgação do valor orçado e, se for o caso, do preço máximo, caso este tenha sido fixado, é meramente facultativa. Na mesma representação pela qual o Tribunal tomou conhecimento de potenciais irregularidades no Pregão nº 208/2010, realizado pelo Ministério da Saúde – MS, analisou-se, como possível irregularidade, a não divulgação do valores de referência, tidos, na espécie, como preços máximos a serem praticados, que teria resultado em prejuízo para a elaboração da proposta por parte das empresas licitantes. Em seus argumentos, o MS defendeu tratar-se de estratégia, a fundamentar a negociação a ser travada entre pregoeiro e as licitantes. Nesse quadro, levantou precedente no qual o TCU **entendeu ser facultativa a divulgação dos valores de referência**. Para o órgão, “a revelação do preço máximo faz com que as propostas das licitantes orbitem em torno daquele valor, o que poderia frustrar a obtenção das melhores condições de contratação”. Já para a



unidade técnica, existiriam, no TCU, duas correntes acerca da necessidade da divulgação de orçamento/preço máximo em edital. Pela primeira, “no caso específico dos pregões, [...] o orçamento estimado em planilhas e os preços máximos devem necessariamente fazer parte do Termo de Referência, na fase preparatória do certame, e a sua divulgação é decisão discricionária do órgão organizador”. Para a outra corrente, que “abarca as situações que não sejam de pregões, tem-se farta jurisprudência no sentido de que o disposto do art. 40, inc. X, da Lei 8.666 obriga, e não faculta, a divulgação do orçamento estimado em planilhas e de preços máximos no instrumento convocatório”. Assim, para a unidade técnica, à exceção do pregão, a jurisprudência do TCU, apoiada pela doutrina, majoritariamente considera “a divulgação do ‘orçamento ou preço máximo no instrumento convocatório’ como elemento imperativo, e não meramente opcional”. Contudo, ainda de acordo com a unidade instrutiva, o acórdão nº 3.028/2010, da 2ª Câmara, teria aberto precedente, no sentido de se interpretar “a divulgação dos preços máximos, prevista no art. 40, X, da Lei 8.666/93, como facultativa, e não obrigatória, sem ressalvas com relação à modalidade da licitação”. Em razão da aparente divergência jurisprudencial, a unidade técnica sugeriu que a questão fosse apreciada em sede de incidente de uniformização de jurisprudência, com o que discordou o relator. Para ele, “o art. 40, X, da Lei nº 8.666/93 não discorre sobre a ‘divulgação’ do preço máximo, mas sim sobre a sua “fixação”, o que é bem diferente”. A fixação de preços máximos, tanto unitários quanto global, seria obrigatória, no entender do relator, no caso de obras e serviços de engenharia, nos termos da Súmula TCU nº 259/2010, donde se concluiria que, para outros objetos, não relacionados a obras e serviços de engenharia, essa fixação é meramente facultativa. Fez ressalva, todavia, ao caso do pregão, para o qual, “a jurisprudência do TCU acena no sentido de que a divulgação do valor orçado e, se for o caso, do preço máximo, caso este tenha sido fixado, é meramente facultativa”. Precedente citado: Acórdão nº 3.028/2010, da 2ª Câmara. **Acórdão n.º 392/2011-Plenário, TC-033.876/2010-0, rel. Min. José Jorge, 16.02.2011. (grifo nosso)**

Esse posicionamento **foi recentemente reafirmado na sessão plenária do TCU**, do dia 20 de agosto de 2014, decidindo-se que, na licitação na modalidade pregão, o orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários **não constitui um dos elementos obrigatórios do edital**, mas deve estar inserido obrigatoriamente no bojo do processo relativo ao certame. Todavia, sempre que o preço de referência ou o preço máximo fixado pela Administração for utilizado como critério de aceitabilidade de preços, a sua divulgação em edital torna-se obrigatória. (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. Acórdão n. 2.166/2014. Relator: min. substituto Augusto Sherman Cavalcanti. Sessão de 20 ago. 2014).

Nesse diapasão, o Egrégio Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais também possui jurisprudência no sentido da facultatividade de divulgação dos valores no edital de licitação. No informativo de jurisprudência nº 153, decidiu-se que:

[...] 7) Na modalidade pregão, não é essencial constar planilha de preços no edital, sendo suficiente o registro na fase interna da licitação. Isso porque, no



art. 3º, inciso III, da Lei n. 10.520/02, há determinação para que conste orçamento nos autos do procedimento licitatório, diferentemente do que se preceitua no inciso II do § 2º do art. 40 da Lei n. 8.666/93, aplicável apenas subsidiariamente à espécie.

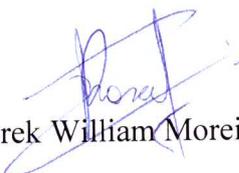
8) É necessário que conste, do processo licitatório, a justificativa da contratação, o termo de referência contendo a descrição detalhada do objeto, orçamento estimativo de custos e cronograma físico-financeiro de desembolso, planilha de custo e comprovantes do extrato do contrato, de acordo com o art. 21 do Decreto n. 3.555/00 (Inspeção Ordinária n. 811.937, rel. Conselheiro Substituto Hamilton Coelho, publicação em 5 de outubro de 2016).

Inexiste, portanto, qualquer irregularidade na conduta adotada pela Administração Municipal.

III. Conclusão:

Diante de todo o exposto, recebo a presente impugnação, para, no mérito, **negar provimento à impugnação**, mantida a participação das Micro e Pequenas Empresas nos termos do Edital, a rigor da Lei Complementar 123/06 e alterações e do Decreto Federal n.º 8.538/15.

Pouso Alegre/MG, 28 de maio de 2018.


Derek William Moreira Rosa

Pregoeiro