

FUNDO MUNICIPAL DE SAÚDE DE IMBUÍA

Rua Frei Silvío, s/nº, Centro, Fone: 47-35571489

88440-000 – Imbuía – SC

RESPOSTA A IMPUGNAÇÃO DE EDITAL

PREGÃO ELETRÔNICO 13/2020 - FMS
PROCESSO LICITATÓRIO: 09/2020 - FMS

IMPUGNANTE: PROMEFARMA REPRESENTAÇÕES COMERCIAIS LTDA.

OBJETO: REGISTRO DE PREÇO PARA EVENTUAIS AQUISIÇÕES PARCELADAS DE MEDICAMENTOS PARA ATENDER AS NECESSIDADES DA SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE DE IMBUÍA - SC.

1. RELATÓRIO

1.1. A Prefeitura Municipal de Imbuía está promovendo licitação na modalidade Pregão Eletrônico, registrado sob o número 09/2020 – FMS, cujo objeto é o REGISTRO DE PREÇO PARA EVENTUAIS AQUISIÇÕES PARCELADAS DE MEDICAMENTOS PARA ATENDER AS NECESSIDADES DA SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE DE IMBUÍA – SC.

1.2. Publicado o instrumento convocatório a partir de 02/09/2020 no Portal ComprasBR, nos termos da Lei Federal n.º 8.666/1993, a Lei Federal n.º 10.520/2002, a Lei Complementar n.º 123/2006 em conformidade com o Decreto Federal n.º 10.024/2019, onde a empresa PROMEFARMA REPRESENTAÇÕES COMERCIAIS LTDA., apresentou impugnação, requerendo a alteração do Edital, tendo em vista, ser o mesmo exclusivo à participação de ME (Microempresas) e EPP (Empresas de Pequeno Porte), nos termos da Lei 123/2006.

2. DAS PRELIMINARES:

2.1. A impugnação foi apresentada tempestivamente, observando os termos da art. 24 do Decreto n.º 10.024 e item 6.1 do Edital de Licitação.

2.2. Inicialmente, cumpre esclarecer que o Edital do Pregão Eletrônico n.º 09/2020 - FMS foi analisado e aprovado pela Assessoria Jurídica do Município, nos termos do artigo 38 da Lei n.º 8.666/93.

2.3. A empresa impugnante alega que tal exigência poderá causar **prejuízo a administração pública**, por considerar que se corre o risco de não conseguir fornecer e preços acima da média de mercado.

2.4. Cabe salientar que a Modalidade Licitatória Pregão Eletrônico fora criada com o intuito de dar celeridade aos procedimentos de compra da administração pública e que, não somente a administração, mas também todos os envolvidos no procedimento têm o dever de cuidar para não gerar dificuldades inúteis ao andamento do procedimento.

FUNDO MUNICIPAL DE SAÚDE DE IMBUÍA

Rua Frei Silvío, s/nº, Centro, Fone: 47-35571489

88440-000 – Imbuía – SC

2.5. No entanto, tendo em vista a TEMPESTIVIDADE das Impugnações apresentadas, bem como, em observância ao interesse público, a impugnação foi CONHECIDA e analisada por esta Pregoeira, conforme exposição a seguir:

3. DAS RAZÕES DA IMPUGNAÇÃO

3.1. A empresa impugnante contesta o instrumento convocatório do procedimento licitatório em epígrafe, questionando o fato de o mesmo ser destinado exclusivamente à participação de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte.

3.2. Alega a impugnante que a referida previsão restringe a participação no certame e causa prejuízo a administração, devendo no caso em tela, ser aplicado o disposto nos incisos II e III do artigo 49 da Lei 123/2006 que assim dispõe:

“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;”*

3.3. Seguem alegações da impugnante PROMEFARMA REPRESENTAÇÕES COMERCIAIS LTDA.:

3. DA SÍNTESE FÁTICA

A Egrégia Comissão de Licitações da Prefeitura de Imbuía/SC deu início ao referido processo licitatório, que tem como objeto a contratação para a aquisição de medicamentos, conforme solicitação da Secretaria Municipal de Saúde deste Município.

A Impugnante, com interesse em participar da licitação supramencionada, obteve o respectivo Edital e no que diz respeito às condições para participação do processo licitatório, deparou-se com a seguinte exigência:

3.2 - Poderão participar deste Pregão somente as microempresas e empresas de pequeno porte, de acordo com o artigo 48, inciso I da Lei Complementar nº 147/2014, de 7 de agosto de 2014, pertencentes ao ramo de atividade relacionado ao objeto da licitação, conforme disposto nos respectivos atos constitutivos, que atenderem a todas as exigências, inclusive quanto à documentação, constantes deste Edital e seus Anexos.

Antes de adentrar a questão meritória, impende registrar que a empresa interpõe a presente Impugnação na qualidade de colaboradora, com a mais lúdima boa-fé e respeito para essa Honrosa Comissão de licitação. Com o intuito de afastar as cláusulas supracitadas que frustram o caráter competitivo do certame em tela. Conforme será

demonstrado a seguir.

4. DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS

A habilitação é o procedimento administrativo externo, em que se reconhece a um determinado proponente a capacidade para participar de uma licitação determinada. Na verdade, a habilitação aperfeiçoa a aceitação do proponente pela administração pública, na medida em que esta o declara portador de capacidade jurídica, técnica, econômica, financeira, fiscal, para competir com os demais habilitados, na disputa do contrato objeto da licitação.

Dessa maneira, podendo ser enfocada de qualquer desses três ângulos (procedimento, fase, ato), a habilitação constitui um fato administrativo para cuja realização os administradores e os administrados estão vinculados estritamente à lei, agindo com parca discricionariedade.

No tocante a cláusula em referência, a Lei Complementar nº 123/2006, instituiu o chamado estatuto nacional da micro e pequena empresa, basicamente alterou um conjunto de normas de caráter tributário e administrativo, entre outros, para incentivar o empreendedorismo de micro e pequeno porte na população.

Todavia, em agosto de 2014 entrou em vigor a Lei Complementar nº 147/2014, que promoveu diversas alterações na mencionada Lei Complementar nº 123/2006, dentre as quais, ampliou de maneira descompassada o leque da proteção às ME's e EPP's no Brasil.

Pela nova legislação, a Administração Pública, em determinadas situações, deverá limitar seu universo de potenciais fornecedores junto a esta classe de empresas, quando entender que não há desvantagens que poderiam afastar a aplicação de tal limitação, nos termos do inciso III, do artigo 49 da referida lei.

Percebe-se, portanto, que o uso de tal condição de exclusividade para ME's e EPP's sem considerar as excludentes previstas nos incisos do artigo 49 da referida lei representa a criação de uma barreira de mercado imposta artificialmente pelo ente contratante em questão por meio das regras editalícias, à entrada de outros fornecedores de produtos e serviços para a Administração Pública, o que prejudica a livre concorrência, a captação dos benefícios financeiros de economias de escala e premia, ainda, a concentração e ineficiências de mercado, deixando à Administração Pública completamente exposta a preços que não condizem com a prática de mercado do objeto em questão, mas que na realidade condizem com aqueles preços que forem apresentadas por um reduzido grupo de empresas que se qualificam como ME's e EPP's para o fornecimento pretendido, portanto, desconsiderando outras propostas de fornecedores com estruturas de custos diversas, inclusive voltada ao atacado, e, portanto, mais vantajosas à Administração Pública.

A utilização indiscriminada desta cláusula de exclusividade, sem levar em conta características do mercado do objeto específico da contratação, conforme inclusive prevê o inciso III, do artigo 49 da Lei Complementar nº 123/06, alterada pela Lei Complementar nº 147/14, tem um evidente potencial lesivo ao Erário, transferindo a este os custos relativos a uma maior concentração de mercado no fornecimento para o ente contratante, decorrente da menor concorrência resultante desta limitação editalícia.

A Administração Pública, para exercer as atividades empresariais, depende, em geral, de um procedimento seletivo prévio, que é a licitação. Conforme ensinamentos do saudoso mestre Hely Lopes Meirelles²,

FUNDO MUNICIPAL DE SAÚDE DE IMBUÍA

Rua Frei Silvío, s/nº, Centro, Fone: 47-35571489

88440-000 – Imbuía – SC

licitação é:

“O procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Visa propiciar iguais oportunidades aos que desejam contratar com o poder Público, dentro dos padrões previamente estabelecidos pela Administração, e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios jurídicos.”

No entanto, o fato do processo licitatório conter todos os itens exclusivos a pequenas e micro empresas, prejudica integralmente o custo repassado aos órgãos de saúde, aumenta os fretes, prejudica a logística e principalmente a quantidade fornecida. Já que o processo não pode ter a participação de médios e grandes distribuidores, os quais fornecem muitas vezes a preços muito menores e com maior facilidade para transporte e distribuição.

A Lei Complementar nº 123/2006 estabelece que:

Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública: (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

I – destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);

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); (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

2 ¹ MEIRELLES, Hely Lopes, *Licitação e Contrato Administrativo*, 14ª edição, Malheiros: São Paulo 2007

Ademais, os três requisitos obrigatórios que devem ser observados pela Administração Pública para que realize processo licitatório exclusivamente para ME's e EPP's vêm tratados nos incisos II, III e IV, do artigo 49 da mesma Lei Complementar nº 123/2006, com a alteração dada pela Lei Complementar 147/2014:

“Art. 49. Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando: I – (Revogado)

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; IV – a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, excetuando-se as dispensas tratadas pelos incisos I e II do art. 24 da mesma Lei, nas quais a compra deverá ser feita preferencialmente de microempresas e empresas de pequeno porte, aplicando-se o disposto no inciso I do art. 48.”

No caso em tela, o Edital simplesmente limitou o certame para a participação exclusiva de ME's e EPP's, baseando-se na disposição do inciso I, do artigo 48, sem levar em consideração o requisito previsto no inciso III, do artigo 49 acima indicado.

FUNDO MUNICIPAL DE SAÚDE DE IMBUÍA

Rua Frei Silvío, s/nº, Centro, Fone: 47-35571489

88440-000 – Imbuía – SC

Atualmente, existem outras empresas capazes de apresentar propostas economicamente mais vantajosas para esta Administração, tais como a própria Impugnante, e excluí-la do certame, portanto, sem a possibilidade de conhecer suas propostas de preço competitivas no âmbito de um processo licitatório representa a desvantagem para a Administração Pública justamente prevista no inciso III, do artigo 49 acima transcrito.

Vale dizer, as ME's e EPP's reconhecidamente possuem uma menor capacidade de comercialização em volume, pois adquirem produtos em menor quantidade e têm de agregar a eles, como qualquer empresa, seus custos diversos (tributos, logística, despesas e lucros), durante toda a cadeia comercial até a finalização da venda.

A estrutura de custos de ME's e EPP's, portanto, reflete estas ineficiências decorrentes de sua menor capacidade de comercialização em volume, e o preço final a qualquer consumidor seu é superior por item, se comparado com os preços praticados pelas empresas de médio e grande porte, as quais, por trabalharem com uma grande quantidade de produtos, em economias de escala que refletem sua maior capacidade de comercialização em volume, podem oferecer preços mais vantajosos a quaisquer de seus clientes, inclusive para a Administração Pública, quando esta adquire por meio de licitação estes mesmos produtos neste mesmo mercado competitivo.

O que se observa é que a Lei Complementar nº123/2006, alterada pela Lei Complementar nº 147/2014, visou ampliar a participação das ME's e EPP's nas compras públicas até o limite em que a Administração Pública não seja lesada ao comprar destas, e não simplesmente transferir para a Administração Pública as ineficiências econômicas da estrutura de custos destas empresas. Caso contrário, estaria a referida lei elevando interesses de particulares acima do interesse público que é objeto primordial a ser perseguido pela Administração Pública.

Dessa forma, é importante sopesar princípios pertinentes ao presente certame como o da **competitividade, da economicidade e da eficiência, buscando-se a “proposta mais vantajosa para a administração” conforme é vislumbrado no artigo 3º, da Lei de Licitações.**

Assim, conforme já exposto, a limitação indiscriminada de licitações exclusivamente para a participação em ME's e EPP's, sem ater-se a todos os requisitos previstos na lei, tem feito com que os entes públicos em geral adquiram produtos em valores superiores ao praticados no mercado, gerando um aumento excessivo e desnecessário nos gastos públicos que, a rigor, devem buscar a melhor proposta para o ente da Administração Pública em questão.

Nesse sentido, isso não impede nem mesmo o tratamento preferencial que pode ser concedido às ME's e EPP's, no âmbito de um empate, conforme previsto no artigo 44 da Lei Complementar nº 123/2006 com a nova redação trazida pela Lei Complementar nº 147/2014, mas neste segundo caso, a Administração Pública teria, ao menos, a confirmação dos preços praticados por todo e qualquer agente de mercado, estando a sua decisão na contratação de ME's e EPP's devidamente respaldada pelos critérios objetivos ali constantes e os quais foram os escolhidos pelo legislador.

Como já mencionado anteriormente, de acordo com o artigo 3º, I, parágrafo 1º da Lei nº 8666/93, é vedado aos agentes públicos *admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade*. A cláusula apontada nessa Impugnação claramente restringe e frustra o caráter competitivo da licitação.

Por todo o exposto, **pugna-se pela alteração do Edital no tocante aos itens exclusivos para MEI, ME e EPP, pois** tal exigência ferem os princípios da isonomia e economicidade e frustram o caráter competitivo do

FUNDO MUNICIPAL DE SAÚDE DE IMBUÍA

Rua Frei Silvío, s/nº, Centro, Fone: 47-35571489

88440-000 – Imbuía – SC

certame.

5. REQUERIMENTOS FINAIS

i Requer que seja recebida e processada a presente Impugnação nos termos da Lei, para que sejam reformuladas a cláusula e condição aqui evidenciada pertencente ao Edital e seus anexos, na forma acima demonstrada;

ii Diante do exposto, com fulcro na Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, alterada pelas Leis nº 8.883, de 8 de junho de 1994 e nº 9.648, de 27 de maio de 1998, nos artigos supracitados, requer a essa Comissão de Licitação que seja invalidado o atual certame licitatório em epígrafe, com a expedição de um novo Edital, corrigida a questão exposta, sendo prorrogados os prazos, respeitando assim todos os princípios administrativos norteadores da referida Lei;

iii Requer ainda que seja alterada a exigência de exclusividade para microempresas e empresas de pequeno porte contida na cláusula 6 – 6.1 do Edital em epígrafe, pois todos os itens constantes no presente Edital são destinados a MEI, ME e EPP, assim prejudicando as empresas de médio e grande porte;

Caso seja negado o provimento, que assim o faça por escrito, pois assim é que a Constituição Federal, além de afirmar que a administração Pública deve pautar sua conduta pela observância ao princípio da publicidade (art. 37, caput.), também considera garantias individuais do cidadão, a obtenção junto aos órgãos públicos, de informações de interesse pessoal ou de interesse coletivo ou geral (art. 5º, XXXIII) e a obtenção de certidões em repartições públicas, para a defesa de seus direitos e esclarecimentos de situações de interesse pessoal (art.5XXXIV, “b”).

É o que se espera da cultura, do saber jurídico e do alto descortino de todos os membros desse Departamento de Compras e Licitações da Prefeitura Municipal de Imbuía/SC.

Termos em que

Pede deferimento.

Curitiba/PR, 03 de setembro de 2020.

Adriele santos Oliveira
Analista Jurídico - Promefarma

4. DO MÉRITO

4.1. Em atendimento à Lei Complementar nº 147, de 07 de agosto de 2014, que promoveu modificações na Lei Complementar nº 123, de 2006, que institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, a referida licitação será exclusiva para microempresas e empresas de pequeno porte, conforme segue:

FUNDO MUNICIPAL DE SAÚDE DE IMBUÍA

Rua Frei Silvío, s/nº, Centro, Fone: 47-35571489

88440-000 – Imbuía – SC

4.1.1. No que se refere a modificações ao texto da Lei nº 8.666/93, tem-se o acréscimo dos §§14 e 15 ao art. 3º da Lei nº 8.666/93 de seguinte teor:

“§14. As preferências definidas neste artigo e nas demais normas de licitação e contratos devem privilegiar o tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte na forma da lei. (Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 07.08.2014).

§15. As preferências dispostas neste artigo prevalecem sobre as demais preferências previstas na legislação quando estas forem aplicadas sobre produtos ou serviços estrangeiros. (Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 07.08.2014)”.

4.2. O art. 48 da LC 123/2006, também alterado pela LC 147/2014, prevê uma série de medidas com o fim de implementar concretamente o tratamento favorecido às ME e EPP em licitações públicas, dentre as quais, a realização de certames destinados 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). Nesse sentido, seu inciso I passou a prever que a Administração Pública deverá (e não mais poderá como constava na redação anterior), “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)**”; alterando de facultativo para obrigatório o caráter desta diretriz.**

4.3. De acordo com o parágrafo terceiro do art. 49, não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando: 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.

4.4. Não obstante, esta é medida imposta pelo legislador, de forma que a ocorrência das situações excepcionais previstas no parágrafo terceiro do art. 49 deverá ser manifestamente comprovada. Isso porque a regra é que seja aplicada a exclusividade, como forma de fomentar o crescimento das micros e pequenas empresas.

4.5. Assim, para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública 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) e, reza ainda hoje e após a LC nº 147/14, o art. 49 da LC nº 123/06, que não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando 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.

4.6. Também é sabido que mais licitantes são sempre melhor do que menos licitantes, em qualquer circunstância. Ter mais empresas concorrendo é melhor do que ter menos, mas a LC nº 147/14, apesar de diminuir a concorrência, exige-se que se favoreçam as MPes em licitações e tem aplicabilidade imediata, dessa forma, só cabe à administração pública cumprir o que rege a

FUNDO MUNICIPAL DE SAÚDE DE IMBUÍA

Rua Frei Silvío, s/nº, Centro, Fone: 47-35571489

88440-000 – Imbuía – SC

legislação, mesmo que isso signifique a participação de menos licitantes no certame, pois sabe-se que a Presidente da República naquele período, ao sancionar, no dia 7 de agosto de 2014, a Lei Complementar 147/2014 (PLC 60/14), que atualiza a Lei Geral da Micro e Pequena Empresa, LC nº 123/2006, objetivou fomentar o crescimento das micros e pequenas empresas, conforme dispõe o art. 47 do referido diploma legal: "(...) objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas(...)".

Esses privilégios conferidos às MEs e EPPs possuem acolhimento constitucional, conforme o disposto no artigo 170, inciso IX, da Constituição Federal:

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.

4.7. Considerando as limitações do artigo 49, informo que o Edital do Pregão Eletrônico nº 09/2020 - FMS estabelece expressamente as condições de tratamento diferenciado para ME/EPP; em face de pesquisa de mercado, visto que em participação no Ciclo de Estudos do Tribunal de Contas de Santa Catarina, promovido no dia 16/07/2019 no Município de Rio do Sul, a qual o Auditor Fiscal de Controle Externo do TCE/SC foi taxativo ao afirmar que a regra que consta da Lei Complementar 123/2006, alterada pela Lei Complementar 147/2014 é clara e que não basta apenas ter pesquisas de preços, mas sim procurar indícios de que não tenham MEs ou EPPs na região, pesquisando em Juntas Comerciais, entre outros. Sendo que realizamos esta pesquisa e inclusive pesquisamos com os Laboratórios Teuto e Torrent, onde os mesmos confirmaram vender para muitas MEs e EPPs para participarem em licitações no Estado. O Tribunal de Contas de Santa Catarina informou ainda, que só não fosse realizado processo exclusivo para MEs e EPPs caso tivéssemos comprovado a inexistência de MEs e EPPs regionalmente, e por este motivo não conseguimos a comprovação para não realizar o processo exclusivo.

4.8. Constatamos também que em processos anteriores a qual o pregão mesmo que presencial e exclusivo tivemos a participação de várias MPes. Dessa forma, não se trata de "elevantar a carência de recursos econômica das mesmas acima do interesse público", e, sim, fazer valer o disposto na legislação. Verifica-se nesse caso que o interesse social residente no estímulo à atividade empresarial de menor porte está em harmonia com o interesse na melhor contratação possível sabendo da importância que as microempresas e as empresas de pequeno porte têm para a economia nacional e do interesse maior do legislador em fomentar o crescimento das micros e pequenas empresas.

4.9. Ressaltamos ainda que em recente treinamento online promovido pelo IGAM também foi abordado a necessidade das licitações com itens de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) obedecerem a regra de exclusividade para MPes.

FUNDO MUNICIPAL DE SAÚDE DE IMBUÍTA

Rua Frei Silvío, s/nº, Centro, Fone: 47-35571489

88440-000 – Imbuía – SC

5. DA ANÁLISE DAS ALEGAÇÕES

5.1. Cumpre esclarecer o seguinte:

5.1.1. Não há qualquer intenção desta administração em restringir participação em seus certames licitatórios, uma vez que a maior quantidade de licitantes garante a lisura e economicidade de seus procedimentos.

5.1.2 No entanto, cumpre salientar que não parte desta administração a opção de restringir seus procedimentos a participação exclusiva de Microempresas ou Empresas de Pequeno Porte, mas de previsão expressa da lei 123/2006 que assim dispõe:

“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).”

5.1.3 No procedimento licitatório, ora impugnado, conforme Planilha de Estimativa de Preços anexa, todos os itens possuem valor médio inferior a R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), o que vincula a esta administração a obedecer à previsão legal.

5.1.4. O Tribunal de Contas da União já proferiu decisão entendendo ser obrigatório conferir-se exclusiva participação de entidades de menor porte nos itens de licitação cujos valores não ultrapassem o montante de R\$80.000,00, nada obstante o somatório total superar essa cifra, verbis:

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO. CONHECIMENTO. PREGÃO ELETRÔNICO PARA REGISTRO DE PREÇOS. MENOR PREÇO POR ITEM. EXISTÊNCIA DE VÁRIAS FAIXAS DE CONCORRÊNCIA INDEPENDENTES E AUTÔNOMAS ENTRE SI. PARTICIPAÇÃO EXCLUSIVA DE MICRO EMPRESAS, EMPRESAS DE PEQUENO PORTE E COOPERATIVAS. VALOR DE CADA ITEM NÃO EXCEDE O TETO PREVISTO NA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/2006. POSSIBILIDADE. IMPROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO. ARQUIVAMENTO. [...] 4. Apesar de o valor global exceder o limite de R\$ 80.000,00 previstos no art. 48, I, da LC nº 123/2006 e no art. 6º do Decreto nº 6.204/2007 para a realização de processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte, o certame estava dividido em 52 itens de concorrência autônomos entre si, sendo, assim, cada item disputado de maneira independente dos demais.” (TCU –

FUNDO MUNICIPAL DE SAÚDE DE IMBUÍA

Rua Frei Silvío, s/nº, Centro, Fone: 47-35571489

88440-000 – Imbuía – SC

Primeira Câmara. Acórdão nº 3771/2011. Processo nº TC 010.601/2011-2, j. em 07/6/2011. Rel. Min. Weder de Oliveira). (gn).

5.1.5. No mesmo sentido o entendimento do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, que também coloca uma pá de cal no pedido de supressão da cláusula 4.5. do edital, ao decidir que é vedada a participação de empresas não qualificadas como ME ou EPP em licitação exclusivas:

DENÚNCIA. PREGÃO PRESENCIAL PARA REGISTRO DE PREÇOS. LICITAÇÃO EXCLUSIVA PARA MICRO E PEQUENAS EMPRESAS. VALOR CONSIDERADO POR ITENS DE CONTRATAÇÃO, SEPARADAMENTE. PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS NÃO QUALIFICADAS COMO MICRO E PEQUENA EMPRESA EM LICITAÇÃO EXCLUSIVA DESERTA. IMPOSSIBILIDADE. DIVERGÊNCIA EM INTERPRETAÇÃO DE LEI. AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ DO DENUNCIANTE. JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. 1. A Lei Complementar nº 123/06 é expressa em determinar a exclusividade da participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação com valor igual ou inferior a R\$80.000,00 (oitenta mil reais). 2. Não cabe a participação de empresas não qualificadas como micro ou pequena empresa em licitação exclusivamente destinada a fornecedores com tal enquadramento, por afronta à ampla competitividade.” (TCEMG – Denúncia nº 1024477 – Rel. Conselheiro Cláudio Couto Mourão) (gn) “DENÚNCIA. PREFEITURA MUNICIPAL. LICITAÇÃO. RESTRIÇÃO DA PARTICIPAÇÃO A MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE. VALOR DOS ITENS INFERIOR A R\$80.000,00. OBRIGATORIEDADE LEGAL. IMPROCEDÊNCIA DA DENÚNCIA. EXTINÇÃO DOS AUTOS COM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. ARQUIVAMENTO. O artigo 48 da Lei Complementar nº 123/06, alterado pela Lei Complementar 147/14, determina que, nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$80.000,00 (oitenta mil reais), a administração pública deverá realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte.” (TCEMG – Denúncia nº 944803 – Rel. Conselheiro José Alves Viana) (gn)

5.1.6. Quanto aos argumentos apresentados pelas impugnantes, alegando que a referida medida prejudica a administração, entendemos que, infelizmente, a supracitada lei tem o único objetivo de beneficiar as empresas classificadas como ME's e EPP's.

5.1.7. Em nosso entendimento, as alterações realizadas pela Lei 147/2014 na lei 123/2006, não trouxeram qualquer benefício à administração pública, mas apenas buscaram beneficiar a situação dos pequenos empresários que tem interesse em participar de certames licitatórios.

5.1.8. Todavia, não cabe a essa administração opinar sobre a viabilidade ou não da legislação vigente, mas, apenas cumprir a lei em total obediência ao princípio da legalidade.

FUNDO MUNICIPAL DE SAÚDE DE IMBUÍA

Rua Frei Silvío, s/nº, Centro, Fone: 47-35571489

88440-000 – Imbuía – SC

5.1.9. Entendemos ainda, que o referido procedimento licitatório, não possui qualquer diferença em relação aos demais procedimentos licitatórios que são destinados exclusivamente a participação de ME's e EPP's, inclusive pela Corte de Contas deste estado. Desta forma, se partirmos do entendimento de que seria inviável a restrição imposta pela lei para este procedimento, deveríamos também aplicar esse entendimento a todos os demais procedimentos licitatórios, tornando os dispositivos da Lei 123/2006 inaplicáveis, o que não é o caso.

5.1.10. Não vemos como acatar as razões trazidas pela impugnante, que se baseiam, única e exclusivamente em sua irresignação com os termos da Lei complementar n.º 123/2006, ao estabelecer o tratamento diferenciado e simplificado às microempresas e empresas de pequeno porte.

5.1.11. Um dos princípios da licitação é a garantia da ampla concorrência, entretanto, tal princípio não pode ser tomado isoladamente, antes, deve ser interpretado e sopesado conjuntamente com outros importantes princípios, como por exemplo, a legalidade.

5.1.12. Como sabido, a administração pública está vinculada ao princípio da legalidade, não tendo o gestor público o direito de escolher qual legislação aplicar, levando em consideração apenas a sua opinião sobre viabilidade da lei.

6. DECISÃO

6.1. Assim, decido **conhecer** a impugnação interposta pela empresa PROMEFARMA REPRESENTAÇÕES COMERCIAIS LTDA. e, no mérito, **NEGAR-LHE PROVIMENTO**, mantendo os termos do Edital do Pregão Eletrônico nº 09/2020 - FMS em seus estritos termos, notadamente quanto à **exclusividade para empresas enquadradas como microempresas e empresas de pequeno porte**, conforme especificações e condições estabelecidas no referido Edital e seus Anexos.

6.2 Por fim, comunico que a Sessão de Abertura do Pregão nº 09/2020 - FMS está mantida para o dia 22/09/2020 às 8:30 horas.

Imbuía, SC, 04 de setembro de 2020.


CLAUDIA REGINA FERREIRA
SECRETÁRIA MUNICIPAL DA SAÚDE


Adriana Schaffer
Pregoeira da Licitação


Leomar de Souza Júnior
Presidente da Comissão de Licitação


Alice Inácio
Secretaria da Licitação