



PREFEITURA MUNICIPAL DE ÁGUA BRANCA
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

PARECER: 162/2017
PROCESSO: 030/2017
INTERESSADO: PREGOEIRO MUNICIPAL

EMENTA: LICITAÇÃO – PREGÃO – IMPUGNAÇÃO AO EDITAL – DEFERIMENTO – EXCLUSIVIDADE ME E EPP'S – RESTRIÇÃO DE COMPETITIVIDADE – REDUÇÃO DE CONCORRÊNCIA – PREJUÍZO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

Trata-se de Impugnação ao Edital pela empresa HOSPIDROGAS COMÉRCIO DE PRODUTOS HOSPITALARES LTDA, no Processo de Licitação nº 030/2017, referente ao Pregão Presencial nº 027/2017, tendo como objeto o registro de preços para futuras aquisições de materiais odontológicos, conforme especificações descritas no Anexo I, utilizando como critério de julgamento o menor preço (por item).

Verifica-se que o Edital foi publicado no quadro de avisos da Prefeitura Municipal de Água Branca, no website www.prefeituradeaguaabranca.es.gov.br, bem como no Jornal A Tribuna e Diário Oficial do Estado do Espírito Santo em 03/08/2017.

A Empresa Impugnante, tempestivamente, aponta supostas irregularidades no Edital em questão, alegando especificamente restrição de competitividade e redução de concorrência em razão da aplicação das Leis Complementares nº 123/2006 e 147/2014, com exclusividade de participação no certame para microempresas e empresas de pequeno porte.

Sucinto relatório, passo a opinar.

O Processo de Licitação é o meio de contratação com a Administração Pública, subordinando-se a esta os órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Por meio do procedimento licitatório procura-se a proposta mais vantajosa de contratação.

A Licitação visa garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e deve estar em conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.



PREFEITURA MUNICIPAL DE ÁGUA BRANCA

ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Segundo o art. 3º, da Lei 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 ainda, estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas.

Em respeito a presente questão, é imperioso destacar que, a Constituição Federal, no art. 170, caput e inciso IV, preconizam a LIVRE CONCORRÊNCIA, donde se conclui que qualquer ato contrário é incompatível com tal regime, e constitui reserva de mercado.

Neste Diapasão, vejamos o que diz a doutrina:

“A competição é um dos principais elementos do procedimento licitatório. Deve-se compreender que a disputa entre eventuais interessados possibilita à administração alcançar um melhor resultado no certame, auferindo uma proposta vantajosa. Além da competitividade, que é reconhecida pela ampla doutrina e (enquanto princípio) pode ser compreendida de acordo com os outros princípios pertinente, este dispositivo deve ser encarado pelo gestor como regra, sendo expressamente vedadas cláusulas ou condições restritivas do caráter competitivo, motivadas por situações impertinente ou irrelevantes para a obtenção do objeto contratual.(Charles, Ronny.Leis de Licitações Públicas comentadas.2ª Ed. Jus Podivm.2009.Salvador).”

Marçal Justen Filho prefere falar em isonomia, Transcreve:

Isonomia significa o direito de cada particular de participar na disputa pela contratação administrativa, configurando-se a inviabilidade de restrições abusivas, desnecessárias ou injustificadas. Trata-se, então, da isonomia como tutela aos interesses individuais de cada sujeito particular potencialmente interessado em ser contratado pela Administração. A ampliação da disputa significa a multiplicação de ofertas e a efetiva competição entre os agentes econômicos. (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos.14ª Ed. Dialética.São Paulo.2010).

A licitação destina-se a garantir o princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração. O conceito de “mais vantajoso” não é sempre e necessariamente o de “mais barato”, pois devemos entendê-lo à luz das exigências constitucionais de economicidade e eficiência.



PREFEITURA MUNICIPAL DE ÁGUIA BRANCA

ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Com isso, nos processos de aquisição de um determinado bem ou serviço cabe a Administração especificá-lo de forma que atenda suas necessidades. Neste momento a Administração deve pensar exclusivamente no interesse público independente de influências alheias para atingir sua precípua finalidade. Ocorre que, no âmbito das relações sociais, vão surgir conflitos entre o interesse público e o interesse privado, de forma que, ocorrendo este conflito, há de prevalecer o interesse público, isto é, aquele que atende um maior número de pessoas.

A Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, que instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, estabelece normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Conforme Art. 47, do referido diploma legal, 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.

Para o cumprimento do dispositivo legal mencionado acima, 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); poderá, em relação aos processos licitatórios destinados à aquisição de obras e serviços, exigir dos licitantes a subcontratação de microempresa ou empresa de pequeno porte; deverá estabelecer, em certames para aquisição de bens de natureza divisível, cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte.

Porém, cumpre mencionar que nem toda regra é absoluta, sendo que não se aplica o disposto nos artigos 47 e 48, da mencionada Lei Complementar, quando: não houver um mínimo de 03 (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; 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; a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos artigos 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.



PREFEITURA MUNICIPAL DE ÁGUIA BRANCA
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Destaco que enquanto não sobrevier legislação estadual, municipal ou regulamento específico de cada órgão mais favorável à microempresa e empresa de pequeno porte, aplica-se a legislação federal. Neste contexto destacamos o Decreto Federal Nº 8.538, DE 06 DE OUTUBRO DE 2015, que regulamenta o tratamento favorecido, diferenciado e simplificado para as microempresas, empresas de pequeno porte, agricultores familiares, produtores rurais pessoa física, microempreendedores individuais e sociedades cooperativas de consumo, nas contratações públicas de bens, serviços e obras no âmbito da administração pública federal.

Segundo o referido Decreto, art. 6º, os órgãos e as entidades contratantes deverão realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens ou lotes de licitação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais). Sendo que, segundo Art. 8º, nas licitações para a aquisição de bens de natureza divisível, e desde que não haja prejuízo para o conjunto ou o complexo do objeto, os órgãos e as entidades contratantes deverão reservar cota de até vinte e cinco por cento do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte.

Todavia, destaco que não se aplica o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte quando não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado.

Preconiza o Art. 10, inciso II, do Decreto Federal nº 8.538/2015:

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;

No mesmo sentido é o Art. 49, III, da Lei Complementar nº 123/2006:

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



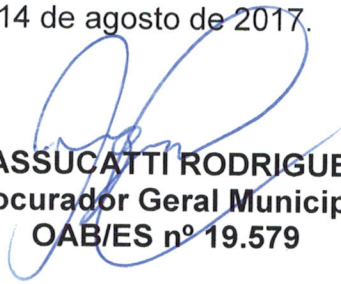
PREFEITURA MUNICIPAL DE ÁGUA BRANCA
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

No presente caso, acredito não ser vantajosa a aplicação de tratamento diferenciado tendo em vista não ser vantajoso e representar prejuízo ao conjunto necessário. Explico: Verifica-se a temeridade de microempresas não possuírem condições de entregar os itens considerando a quantidade, causando a frustração do procedimento, e ainda, menciono o fato de que a empresa Impugnante e/ou qualquer outra que possivelmente participe do certame apresentar preço inferior ao valor estabelecido como referência.

Por fim, por entender que a competitividade e a livre concorrência será mais vantajosa à administração pública no presente caso, **OPINO** pelo **DEFERIMENTO** da Impugnação ao Edital ora apresentada pela empresa Hospidrogas Comércio de Produtos Hospitalares Ltda.

s.m.j. é o parecer.

Água Branca/ES, 14 de agosto de 2017.


DIOGO MASSUCATTI RODRIGUES ALVES
Procurador Geral Municipal
OAB/ES nº 19.579