1542

PREFEITURA MUNICIPAL DE IÚNA-ES
PROCURADORIA-GERAL DO MUNICÍPIO

PARECER JURÍDICO

Processo nº 1189/2018

Interessado: SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE

Consulente: SETOR DE LICITAÇÕES

Assunto: Análise de Impugnação ao Edital – HOSPIDROGAS COMÉRCIO DE PRODUTOS HOSPITALARES LTDA – Pregão Presencial Nº 059/2018 – Critério Menor Preço.

RELATÓRIO

A Prefeitura Municipal de Iúna está promovendo licitação na modalidade Pregão Presencial, sob critério "menor preço", para formar registro de preços de "Material de consumo para procedimentos médicos, fisioterapia, enfermagem, e ortopedia, equipamentos, instrumentais e fraldas descartáveis para adultos", em tramitação por meio do procedimento nº 1189/2018, autorizado pelo Chefe do Executivo Municipal e pela Secretária de Saúde.

Os autos encontram-se suficientemente relatados no parecer, mormente à fl. 1134. Após a publicação do instrumento convocatório (fls. 1148/1205) a empresa HOSPIDROGAS COMÉRCIO DE PRODUTOS HOSPITALARES LTDA, apresentou impugnação, nos termos do artigo 41, da Lei 8.666/93, requerendo alteração do edital.

Argumenta a impugnante, em síntese, que: **a)** maioria dos lotes licitados são para participação exclusiva de Micro Empresa ou Empresa de Pequeno Porte, fator este que a seu juízo, compromete a competitividade do certame, podendo produzir potencial desvantagem para Administração Pública.

Os presentes autos foram recebidos nesta PGM, em 1189 laudas, fracionadas em 06 volumes, após encaminhamento do Setor de Licitações desta Municipalidade, com objetivo de se exarar parecer sobre impugnação ao edital apresentada pela empresa HOSPIDROGAS COMÉRCIO DE PRODUTOS HOSPITALARES LTDA.

É o que cabia relatar. Passo, pois, a opinar.

PARECER

Preliminarmente, esta Procuradoria reconhece a tempestividade da impugnação, nos termos do § 2º do art. 41 da Lei nº 8.666/93, tendo em vista que fora recebida pelo órgão competente, no dia 01 de novembro de 2018 e, a abertura dos envelopes conforme informado pelo item 1.2.3.

1543

do edital (fls. 1148), ocorreu no dia 07 de novembro de 2018, cumprindo assim o requisito temporal-legal exigido para o processamento da presente impugnação.

Analisando os questionamentos, temos que, a peça impugnativa apresentada em desfavor ao edital nº 059/18, inicialmente informa haver vícios que levam ao comprometimento da legalidade do instrumento convocatório, vejamos:

> "**A exclusividade de itens** para concorrência no presente certame para micro empresas e empresas de pequeno porte, restringe a participação da ampla concorrência sem que isso signifique qualquer garantia extra de melhor preço ou até mesmo de desenvolvimento de pequenas empresas da região."[1] (Grifo nosso)

É preciso dizer que i regime de tratamento diferenciado às Micro Empresas e Empresas de Pequeno Porte, é resultante de expressa política pública de ordem constitucional, prevista no art. 170, inciso IX, de nossa Carta Maior. Confira-se:

> 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.

E nesse contexto, foi que a LC 123, em seu art. 48, inciso I, regimentou:

> 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);

A constatação é que o legislador complementar entendeu ser possível valer-se do poder de compra do estado para fomentar o desenvolvimento dos pequenos empreendedores, admitida discrição administrativa em face de circunstâncias que lhe cumpre esclarecer no caso concreto.

Em outra palavras, a regra é a exclusividade, quando se cuidar de licitação de valor estimado em até R$ 80.000,00 (oitenta mil reais) – "dever" posto no decreto -, mas há exceções, desde que fundadas em motivos relevantes, que cumpre à Administração evidenciar em cada caso.

Fato é que a Administração deve justificar a não utilização da regra da exclusividade, mormente porque a sua utilização já é dever imposto pelas normas de regência.

Pondere-se que a licitação tem como princípio assegurar a igualdade de condições a todos os que desejarem contratar com a Administração Pública, consoante preceitua o art. 37, determinada categoria de empresas em matéria licitatória, somente terá respaldo constitucional se tal medida se harmonizar com outro valor também tutelado pela Constituição.

---

[1] p.1301

1544

Nessa toada, o Município editou, o Decreto Municipal 009/2017, que no âmbito do Município de Iúna, regulamenta o tema. Confira-se:

> Art. 3º A Administração pública municipal deverá realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas, empresas de pequeno porte e microempreendedores individuais nos itens de contratação cujo valor seja de até R$ 80.000,00 (oitenta mil reais).

É necessário contudo, uma melhor compreensão da expressão "itens de contratação". Em licitações cujo objeto seja um conjunto de bens e serviços (lote - composto por diversos itens), cada lote colocado em disputa corresponderá a um item de contratação. Nesses casos, os interessados deverão formular proposta para a contratação do lote na sua integralidade, não comportando falar na adjudicação isolada e individual de itens que compõem esse lote.

Sendo assim, no caso que ora se aprecia, e em qualquer outro certame processado por lotes, para efeito de aplicação da medida prevista no inc. I do art. 48 da Lei Complementar nº 123/06, cada lote colocado em disputa constitui um item de contratação, devendo ser tomado em consideração o valor deste lote e não o valor individual dos bens ou serviços que o compõem, nem tampouco o valor total estimado para a licitação, mesmo havendo vários "itens" individualizados cujo valor total supere os R$ 80.000,00.

Nesse sentido, confira-se publicação exposta na Revista 123 Tribunal de Contas da União:

> 5. A exclusividade em licitação por itens (ou lotes/grupos)
>
> Seria legítimo conferir-se exclusividade de participação a empresas de pequeno porte em licitação por itens cujo somatório supere o valor de R$80.000,00, em relação aos itens cujos valores estimados individualmente não ultrapassem essa cifra? Ilustre-se a hipótese. O edital discrimina a compra dos seguintes objetos: item 1 (x cadeiras – valor total estimado de R$60.000,00); item 2 (x sofás de dois lugares – valor total estimado de R$100.000,00); item 3 (x mesas – valor total estimado de R$150.000,00); item 4 (x tapetes - valor total estimado de R$40.000,00); item 5 (x suportes para livros - valor total estimado de R$5.000,00). total estimado da licitação: R$355.000,00. Em relação aos itens 1, 4 e 5, seria legítima a exclusiva participação de microempresas e empresas de pequeno porte, e para os demais itens (2 e 3) ampliar-se a participação, conferindo-se, em relação a esses itens (2 e 3), o tratamento privilegiado previsto no art. 44 da Lei Complementar nº 123/06?
>
> O art. 48, I, da Lei Complementar nº 123/06 estabelece que, para o cumprimento do disposto no art. 47 ("Nas contratações públicas da União, dos Estados e dos Municípios, poderá 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, desde que previsto e regulamentado na legislação do respectivo ente"), a Administração pode realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de

1545

microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações cujo valor seja de até R$ 80.000,00.

O art. 6º do Decreto nº 6.204/06 autoriza o processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações cujo valor seja de até R$80.000,00.

Nenhum dos dois dispositivos acima reproduzidos estabelece que a exclusividade deva ocorrer nas licitações cujo valor seja de até R$80.000,00. A aferição levará em conta as contratações até esse valor. Em licitações divididas em itens, lotes ou grupos, cada item representa uma licitação separada das demais, com julgamentos e adjudicações independentes.

A divisão da licitação em itens atende à regra de parcelamento inscrita no art. 23, § 1º, da Lei nº 8.666/93. a que alude a Súmula nº47, do Tribunal de Contas da União, além de ensejar economia de tempo e de recursos financeiros, uma vez que é realizada uma única licitação para objetos específicos.

Dessas licitações podem resultar, portanto, várias contratações distintas, derivadas de um único instrumento convocatório. em razão da possibilidade de serem adjudicados os itens a licitantes distintos que ofertaram propostas para um ou mais itens, selecionados por meio de uma única licitação. Pode um único licitante consagrar-se vencedor de todos os itens, de que resultarão contratações totais superiores a R$80.000,00. Tal possibilidade não infringe o disposto no art. 48. inciso I, da Lei Complementar nº123/06, bem como o art. 6º do Decreto nº 6.204/07, em decorrência da autonomia da adjudicação de cada item. Ou seja, mesmo na hipótese em que há um único vencedor para todos os itens, os julgamentos e as adjudicações operam de forma independente. Se fossem realizadas licitações apartadas, ou seja, fossem publicados vários instrumento convocatórios independentes, e em cada um deles houvesse um único objeto (item), com valor estimado igual ou inferior a R$80.000,00, não haveria dúvida acerca da exclusiva participação de entidades de menor porte.

Existindo itens (ou lotes/grupos) num mesmo instrumento convocatório, com valores iguais ou inferiores a R$80.000,00, para cada um deles o edital poderá regulamentar a exclusiva participação de entidades de menor porte, conforme preceitua o art. 48, I, da Lei Complementar nº123/06. Para os demais itens, com valores individuais superiores a R$80.000,00, o mesmo instrumento convocatório estenderá a participação às demais categorias empresarias do ramo do objeto em licitação (grande e médio porte), concedendo o tratamento privilegiado às entidades de menor porte na hipótese de ocorrer o "empate ficto" (art. 44 da Lei Complementar nº 123/06).

A jurisprudência da Corte de Contas federal fixou-se no sentido de ser legítimo conferir-se a exclusiva participação de entidades de menor porte em itens da licitação cujos valores não ultrapassem o valor de R$80.000,00, nada obstante o somatório total superar essa cifra. Assim: Apesar de o valor global exceder o limite de R$ 80.000,00, previsto 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. [LC nº 123/2006] Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública poderá realizar processo licitatório:

1 - 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); [Decreto n 6.204/2007] Art. 6° Os órgãos e entidades contratantes deverão realizar processo licitatório 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).

Dessa forma, ao ser definido o 'menor preço por item' como o tipo de licitação, foram realizadas, no mesmo pregão eletrônico, várias licitações distintas e independentes entre si, o que é confirmado, por exemplo, pela seguinte disposição editalícia (fl. 23, peça 2):

'38.3. É facultado ao licitante cotar todos, alguns ou somente um dos itens definidos no Anexo I deste Edital'.

Adequado, portanto, aos ditames da LC nº 123/2006 o procedimento adotado pelo PAMA-LS no pregão eletrônico nº 10/2001.

No sentido da legalidade da conduta administrativa que, em licitação na modalidade pregão eletrônico, contempla a participação exclusiva de microempresas na competição por itens, desde que observado o teto legal, o seguinte julgado:

'ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO TIPO MENOR PREÇO POR ITEM. EXISTÊNCIA DE VÁRIAS FAIXA DE CONCORRÊNCIA INDEPENDENTES E AUTÔNOMAS ENTRE SI. PARTICIPAÇÃO EXCLUSIVA DE MICROEMPRESAS, EMPRESAS DE PEQUENO PORTE E SOCIEDADES COOPERATIVAS. VALOR DE CADA ITEM NÃO EXCEDE O TETO PREVISTO NA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/06. PROVIMENTO DO RECURSO.

1. Agravo de instrumento desafiado contra decisão que determinou a participação da parte agravada na licitação atinente ao Processo Administrativo nº 63064.000019/2009-89 - Edital de Licitação nº 04/2009, modalidade Pregão Eletrônico - salvo se por outro motivo deva ser excluída ou desqualificada.

2. Licitação do tipo 'MENOR PREÇO POR ITEM' na qual - embora seu valor global (R$ 1.002.487,54) exceda o limite previsto na Lei Complementar nº 123/06 (R$ 80.000,00) para ser assegurada a participação exclusiva das microempresas, empresas de pequeno porte e sociedades cooperativas - observa-se que foram estabelecidas várias faixas de concorrência autônomas entre si, sendo, assim, cada item cotado substancialmente independente dos demais.

3. Existência de várias licitações distintas e independentes entre si, cujo valor não excede o teto previsto na Lei Complementar nº 123/06, o que é corroborado, para exemplificar, pelo disposto no item 20.1, segundo o qual "cada contrato firmado com a fornecedora terá vigência pelo prazo de 15 (quinze) dias, a partir da retirada da Nota de Empenho, nos termos do art. 57, da Lei nº 8.666/93".

4. Inobstante na hipótese em apreço exista uma limitação à livre concorrência, prestigia-se o preceito constitucional insculpido no art. 170, IX, que assegura 'tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País', as quais, sem essa garantia, não teriam oportunidade de contratar com a Administração Pública.

5. Agravo de instrumento provido. (BRASIL. Tribunal Regional Federal (5. Região), 2010c).

Sob esse aspecto, a contratação se mostra adequada à hipótese de participação exclusiva de microempresas e empresas de pequeno porte prevista no art. 48, I, da LC nº 123/2006 c/c o art. 6° do Decreto nº 6.204/2007.

1517

O tratamento privilegiado previsto nesses dispositivos seria excepcionado apenas diante da ocorrência das hipóteses descritas no art. 49 da LC nº 123/2006 e no art. 9ª do Decreto nº 6.204/2007, o que não logrou o representante demonstrar. [LC nº 123/2006] Art. 49. Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando:

I - os critérios de tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não forem expressamente previstos no instrumento convocatório;

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.

[Decreto n 6.204/2007] Art. 9º Não se aplica o disposto nos arts. 6º ao 8º quando:

I - não houver um mínimo de 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;

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

III - a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 1993;

IV - a soma dos valores licitados nos termos do disposto nos arts. 6º a 8º ultrapassar vinte e cinco por cento do orçamento disponível para contratações em cada ano civil; e

V - o tratamento diferenciado e simplificado não for capaz de alcançar os objetivos previstos no art. 1º, justificadamente.

Parágrafo único. Para o disposto no inciso II, considera-se não vantajosa a contratação quando resultar em preço superior ao valor estabelecido como referência.

Consulta feita aos registros do sistema Compras net indica que, para cada item, houve a participação de, pelo menos, três fornecedores competitivos, enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente, capazes de cumprir as exigências do edital, sem que tenha sido evidenciado que daí decorresse aquisição não vantajosa para a Administração Pública.

Diante do exposto, considerando a representação improcedente, manifesto-me no sentido de que seja aprovado o acórdão que ora submeto a este Colegiado." (BRASIL. Tribunal de Contas da União, 2012b).[2]

Portanto conclui-se que as exigências em tudo são razoáveis, proporcionais, impessoais, não mitigadoras da competitividade, e, sobretudo, reservadas aos limites estabelecidos em lei.

[2] Revista TCU 123: As licitações exclusivas para ME e EPP: Regra e exceções. JN/ABR 2012. Páginas 64/67.

1548

Conclui-se portanto, que as disposições contidas na minuta estão, de modo geral, em conformidade e harmonia com as normas previstas nas leis de regência (Lei 10.520/2002, Lei 8.666/93, Lei Complementar 123/2006 e Lei Municipal 2.123/2008).

Pelo exposto, decide esta Procuradoria em NEGAR PROVIMENTO à impugnação apresentada pela empresa supra citada, deixando de acatar o pedido de exclusão da exclusividade de determinados lotes para Microempresas e Empresas de Pequeno Porte.

É o parecer.

Iúna/ES, 22 de janeiro de 2019.

SAN MARTIN DONATO ROOSEVELT
PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO