RESPOSTA AO PEDIDO DE IMPUGNACÃO

PREGAO ELETRONICO – 046/2024 - PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 824/2024

OBJETO – REGISTRO DE PREÇO PARA FUTURA E EVENTUAL AQUISIÇÃO DE INSUMOS, MATERIAL HOSPITALAR (PENSO) E SOLUÇÕES PARA ATENDER AS DEMANDAS DA SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE DE CRUZ DAS ALMAS/BA.

O Município de CRUZ DAS ALMAS, através deste PREGOEIRO, designado, leva ao conhecimento dos interessados que, na forma da Lei n.º 14.133/21, **A RESPOSTA AO PEDIDO DE IMPUGNAÇÃO**, e, até o presente momento solicitado pelos Interessados;

DA IMPUGNAÇÃO

1 - DAS PRELIMINARES

1.1 - DO INSTRUMENTO INTERPOSTO:

Trata-se de impugnação apresentada pela CRUZEL COMERCIAL LTDA, interessada na participação do certame em referência**.**

1.2 DA TEMPESTIVIDADE:

Inicialmente, cumpre registrar que o item 16.1, do Edital, ora impugnado prevê que a impugnação deverá ser apresentada até 03 dias úteis anteriores a data fixada para abertura da sessão de licitação;

> 16.1. Qualquer pessoa é parte legítima para impugnar este Edital por irregularidade na aplicação da Lei nº 14.133, de 2021, devendo protocolar o pedido até 3 (três) dias úteis anteriores à data fixada para abertura da sessão pública.

A contagem do prazo para apresentação da impugnação se faz com base nos Art. 164 da Lei 14.133/21, tendo por termo inicial a data estabelecida para o dia da abertura da sessão pública.

CONSIDERANDO que a data fixada para abertura da sessão pública é 07/08/2024;

CONSIDERANDO que a Impugnante CRUZEL COMERCIAL LTDA apresentou de forma eletrônica a peça e suas razões impugnatórias às 10h:04Min, na data de 29/07/2024;

Assim, verifica-se que a impugnação é TEMPESTIVA, uma vez que foi enviada dentro do prazo estabelecido pelo Instrumento Convocatório.

2 - DO PEDIDO E DAS RAZÕES

Em apertada síntese, a Impugnante alega que "*No certame não há exclusividade de participação das MICRO e PEQUENAS EMPRESAS, de acordo com os produtos a serem licitados para a aquisição, o custo total de cada item, atualmente, não passa de R$ 80.000,00 conforme encontra-se no próprio Edital*."

Ao final requer "*aplicação da EXCLUSIVIDADE nos itens com valores estimados abaixo de R$ 80.000,00 (OITENTA MIL REIAS), conforme positivado no artigo 48 da Lei 147/2014".*

3 - DA APRECIAÇÃO DA IMPUGNAÇÃO

É certo que a exclusividade às micro e pequenas empresas é a regra nos casos de licitações com valor estimado de até R$ 80.000,00, conforme determina o art. 47, da Lei Complementar 123/2006 e art. 6º, do Decreto no 8.538/2015. Contudo, existem exceções que podem ser avocadas pela Administração, desde que apresente as devidas justificativas, pois o tratamento diferenciado resulta de expressa disposição constitucional (art. 170, IX da CF), sendo seu dever esclarecer os motivos pelos quais decidiu que determinada licitação não será exclusiva.

Nesse sentido, o art. 49 da Lei Complementar no 123/06 proíbe a aplicação do disposto nos seus artigos 47 e 48, quando não houver o mínimo de três fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório (artigo 49, II, da LC 123/2006).

Dito isso, tal situação deixará de ser aplicada, quando aplicados os incisos do art. 49 da mesma lei, ou seja:

> *Art. 49. Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando: (Vide Lei nº 14.133, de 2021*
>
> *(....)*
>
> *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. (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014).*

Interpretando-se esse dispositivo, é possível chegar à conclusão de que caso na localidade não seja possível segregar ao menos 3 (três) fornecedores enquadrados como ME ou EPP com a capacidade de cumprir as exigências do Edital, então a Administração poderá aplicar as regras excludentes do art. 49, II da LC no 123/2006, permitindo a participação dos demais fornecedores interessados.

Nesse ponto, cabe registrar que não foi encontrado, em pesquisa de mercado realizada para obter cotações válidas para balizar esta contratação, o número mínimo de três fornecedores locais com a qualificação de ME/EPP.

Dessa maneira, uma licitação destinada exclusivamente à ME/EPP, na forma da Lei, precisa atender obrigatoriamente aos requisitos legais do dispositivo supracitado. Dentre eles, era preciso que, por meio de pesquisa de mercado anexada aos autos do processo, o Município de Cruz das Almas previamente comprovasse a existência de um mínimo de 03 fornecedores competitivos, enquadrados como ME/EPP, sediados em Cruz das Almas ou na região e capazes de cumprir as exigências do edital. No entanto, ao se observar os orçamentos constantes dos autos, nota-se que na região do Recôncavo Baiano simplesmente inexiste empresa que atenda tal condição.

Cabe ainda salientar que desde o início do mandato desta gestão 2021-2024, as licitações destes materiais são realizadas nestes moldes, inclusive as pesquisas de preços para apresentar o valor médio estimado dos preços de cada item que se pretendem adquirir são fornecidos por empresas do ramo de atividades que não se enquadram em ME e EPP e nem são da região do Município de Cruz das Almas (LA DALLA PORTA JUNIOR LTDA – SANTA MARIA - RS, DIVIMED COMERCIO DE PRODUTOS HOSPITALARES LTDA – SALVADOR BA e ATLANTICO BC PRODUTOS PARA SAUDE LTDA – BALNEÁRIO DE CAMBPRIU - SC).

Não se desconhece que a razão de ser da norma é promover o desenvolvimento econômico e social no âmbito local e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas. Contudo, esta disposição deve ser interpretada à luz da Constituição Federal, da Lei nº14.133/21 (que estabelece normas gerais sobre licitações).

A Constituição Federal prevê expressamente que no processo licitatório deve ser assegurada igualdade de condições a todos os concorrentes, ao passo que a Lei de Licitações dispõe que este se destina a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

Diante disso, considerando o risco presente na concessão da exclusividade e ausência de parâmetros que afastem esses riscos, considerando ainda que tal decisão preserva a competividade do certame, garante a isonomia e possibilita a obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração, e que as ME e EPP terão garantidos os outros benefícios dispostos na Lei Complementar nº 123/2006, esta licitação não será exclusiva para Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, por conta da impossibilidade de identificar a existência de fornecedores competitivos enquadrados nessa categoria e sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas neste instrumento convocatório.

Deste modo, é temerária a tomada de decisão em favor da exclusividade, sendo prudente não restringir a competição. Caso conceda a exclusividade, sem os parâmetros adequados que garantam a existência de fornecedores capazes de atender a demanda, a Administração Municipal poderá conduzir uma licitação ineficaz, com elevado número de itens desertos e fracassados, em virtude da ausência de fornecedores. O Ente Público seria levado a repetir o procedimento, o que aumentaria os custos da contratação, gerando prejuízos.

Assim, realizar, o presente certame, prevendo a possibilidade de exclusividade e de cotas para Microempresa ou Empresa de Pequeno porte poderá representar prejuízos incalculáveis com a repetição de um outro certame para itens que seriam fracassados. A não aplicação do dispositivo, que prevê a obrigatoriedade, é atenuada com o disposto na própria Lei, que, em seu inciso II e III, do artigo 49 prevê a possibilidade da não aplicação como já descrito.

Neste sentido são as jurisprudências:

> *REMESSA NECESSÁRIA - MANDADO DE SEGURANÇA - ADMINISTRATIVO - LICITAÇÃO - CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇO DE TRANSPORTE ESCOLAR – EDITAL QUE PERMITIU A PARTICIPAÇÃO APENAS DE MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - HIPÓTESES DO ART. 49 DA LEI COMPLEMENTAR 123/2016 NÃO EVIDENCIADAS - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA CONFIRMADA. 1. O incentivo às microempresas e empresas de pequeno porte se traduz em política econômica de desenvolvimento social e regional. Prestigia-se o pequeno negócio na busca de amplitude comercial futura, com geração de emprego e renda. O art. 170, IX, da CF/88, traduz exatamente essa orientação. Ocorre que, muito embora o art. 48 da LC 123/2016 autorize a contratação exclusiva com EPP ou ME nas compras de até R$ 80.000,00, o art. 49 da mesma lei elenca as hipóteses em que tal regra não se aplica: a)* ***quando inexistente pelo menos três fornecedores competitivos enquadrados como microempresa ou empresas de pequeno porte sediados no local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório****; ou b)* ***se não for vantajoso para a Administração Pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado.*** *[...] A regra é que as microempresas e empresas de pequeno porte gozem de privilégios na contratação com o Poder Público (art. 5-A da Lei 8.666/1993), sem impedimento quanto aos demais concorrentes. Todavia, optando a Administração pela restrição da competição, as hipóteses do art. 49 da LC 123/2016 devem ser todas descartadas. [...] Depois, também não houve indicação de que o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte seja verdadeiramente vantajoso para a Administração (inc. III). Pelo contrário, a restrição à viabilidade de competição tende a trazer prejuízo aos cofres públicos. O edital de pregão n. 49/2019 também não traz justificativa para o impedimento. [...] No caso concreto, não há demonstração de que tenham sido atendidos aos requisitos do art. 49, incs. II e III, da LC 123/2016, de sorte que é de ser afastada a limitação do certame à participação exclusiva de microempresas ou empresas de pequeno porte. 2. Remessa desprovida. (TJ-SC - Remessa Necessária Cível:50003787120198240126 TJSC 5000378-71.2019.8.24.0126,*

Relator: HÉLIO DO VALLE PEREIRA, Data de Julgamento: 20/10/2020, 5ª Câmara de Direito Público)

No mais, fica visível que a Administração Pública Municipal ao não requerer a exigência impugnada, busca a satisfação de um interesse coletivo específico, em virtude de ser o responsável que satisfaça os interesses dessa coletividade, em específico no Município de Cruz das Almas, e ainda, adverte que é um objetivo que deve sempre ser seguido, caso contrário, ocasionaria, dessa forma, em desvio de finalidade pública, como bem adverte Raquel de Carvalho, ***"a única superioridade que se entende legítima é aquela pertinente ao interesse comum do conjunto de cidadãos em relação ao interesse individual de cada uma das pessoas que integram uma dada sociedade"*** (CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. Curso de Direito Administrativo. Editora Jus Podivrm. Salvador, 2008, pag. 62).

REMESSA NECESSÁRIA. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCEDIMENTO LICITATÓRIO NA MODALIDADE PREGÃO PRESENCIAL. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE MONITORAMENTO DE CÂMERAS E DE SENSORES DE ALARME EM INSTALAÇÕES DO MUNICÍPIO DE BRUSQUE. INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO QUE CONSIGNOU A REGRA DE PARTICIPAÇÃO EXCLUSIVA DE **MICROEMPRESAS** (ME) E **EMPRESAS DE PEQUENO PORTE** (EPP), NOS TERMOS DOS ARTS. 47 E 48 , INCISO I , DA LEI COMPLEMENTAR Nº 123 /2006. AUSÊNCIA DE INSERÇÃO NO EDITAL DE REGÊNCIA DA EXCEÇÃO PREVISTA NO ART. 49 DA LC N. 123 /2006. POSSIBILIDADE DE ABERTURA DA CONCORRÊNCIA ÀS DEMAIS **EMPRESAS** QUANDO NÃO FOR ATINGIDO O NÚMERO ESPECÍFICO PREVISTO EM LEI DE, NO MÍNIMO, 3 (TRÊS) FORNECEDORES COMPETITIVOS ENQUADRADOS COMO **MICROEMPRESAS** OU **EMPRESAS DE PEQUENO PORTE**, SEDIADOS LOCAL OU REGIONALMENTE E CAPAZES DE CUMPRIR AS EXIGÊNCIAS ESTABELECIDAS NO EDITAL. EVIDENCIADA A NECESSIDADE DE REPUBLICAÇÃO DO EDITAL. SENTENÇA DE CONCESSÃO DA ORDEM MANTIDA EM SUA INTEGRALIDADE. REEXAME CONHECIDO E DESPROVIDO. A LC n. 123 /2006 regulamenta o tratamento diferenciado às **microempresas** e **empresas de pequeno porte**, visando fomentar o desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, nos termos do seu art. 47 . A fim dar efetividade ao referido dispositivo legal, o art. 48 estabelece que nos processos licitatórios cujo valor não ultrapasse os R$ 80.000,00 (oitenta mil reais), a seleção pública será direcionada exclusivamente à participação de **microempresas** e **empresas de pequeno porte**. No entanto, a regra será mitigada quando não houver um mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados na hipótese (**microempresas** ou **empresas de pequeno porte**), sediados local ou regionalmente, capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório, nos termos do art. 49 da LC n. 123 /2006. Evidentemente o art. 49 , inciso II , da LC n. 123 /2006, não exige que a licitação seja deserta a fim de permitir a participação de **empresas** não qualificadas como ME ou EPP. (TJSC, Remessa Necessária Cível n. XXXXX-12.2020.8.24.0011 , do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Sandro Jose Neis, Terceira Câmara de Direito Público, j. Tue Apr 12 00:00:00 GMT-03:00 2022).

Diante disso, considerando o risco presente na concessão da exclusividade e ausência de parâmetros que afastem esses riscos, uma vez que esta decisão preserva a competividade do certame, garante a isonomia e possibilita a obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração.

A presente impugnação, portanto, consiste unicamente no inconformismo com as regras editalícias que aumentam a competitividade, e que não apresenta qualquer irregularidade, já que inexiste na sede local e regional, o mínimo de 03 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresas e empresas de pequeno porte e capazes de adimplir com as exigências do edital. Assim, deve-se deixar de aplicar as disposições dos arts. 47 e 48 da LC nº 123/2006 e permitir a participação dos demais fornecedores interessados.

4 – DA CONCLUSÃO

Ante as considerações apresentadas, analisando as razões da impugnante, na condição de pregoeiro, manifesto pelo conhecimento da impugnação, apresentada pela empresa CRUZEL COMERCIAL LTDA, tendo em vista a sua tempestividade, para, no mérito, **NEGAR PROVIMENTO** à impugnação interposta, pelos motivos já mencionados, mantendo incólume as cláusulas editalícias, e a data prevista para abertura da sessão pública.

NOTIFIQUE-SE a impugnante e demais interessados, acerca da presente decisão.

DIVULGUE-SE na internet, e pelos meios oficiais, para dar maior conhecimento e propiciar ampla publicidade deste julgamento.

FICAM mantidas as condições iniciais do edital.

É a decisão.

Cruz das Almas, 01 de agosto de 2024.

Paulo Cesar Marini Junior
Agente de Contratação