



## JULGAMENTO DE IMPUGNAÇÃO DO EDITAL DO PREGÃO PRESENCIAL Nº 027/2018-SRP – 2ª RETIFICAÇÃO

PREGÃO PRESENCIAL Nº 027/2018-SRP – 2º RETIFICAÇÃO

PROCESSO LICITATÓRIO Nº 2018.007717

Assunto: JULGAMENTO DE IMPUGNAÇÃO

Objeto: Registro de preços para futura, eventual e parcelada AQUISIÇÃO DE INSUMOS DE ENFERMAGEM E EQUIPAMENTO MÉDICOS.

**IMPUGNADA: SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE/Pregoeira responsável pelo Pregão Presencial nº 027/2018-SRP – 2ª RETIFICAÇÃO.**

### I – DO RELATÓRIO

Trata-se de IMPUGNAÇÃO ao ato convocatório do PREGÃO PRESENCIAL nº 027/2018-SRP – 2ª RETIFICAÇÃO, protocolizada às 14h:52min, do dia 30/08/2018, autos nº. 2018.014711, por parte da empresa **RAMOS EMPREENDIMENTOS HOSPITALARES E MEDICAMENTOS LTDA**, inscrita no CNPJ nº 20.096.886/0001-26, com sede na Qd. 104 Norte, Rua NE 09, Conjunto 03, Lt. 24, sala 02, Plano Diretor Norte, Palmas-TO, CEP: 77006-028, onde **pleiteia a retificação do Edital Pregão Presencial nº 027/2018-SRP – 2ª Retificação.**

### II – DA TEMPESTIVIDADE E DA ADMISSIBILIDADE

Primeiramente, cabe registrar a **tempestividade** do referido pedido de impugnação ao ato convocatório, visto que a impugnante o protocolizou no **dia 30/08/2018, às 14h:52min., conforme comprova o processo administrativo nº 2018.014711.** Deste modo, atende ao prazo preconizado pelo item 22.2 do Edital, posto que apresentado em até 02 (dois) dias úteis antes da data fixada para recebimento das propostas, qual seja o dia 06/09/2018.

Ademais, a presente impugnação **satisfaz os demais requisitos de admissibilidade.**

A admissibilidade tem fulcro do **atendimento** das condições previstas no Edital, especificamente, no item 22.3, onde estabelece que, os pedidos de impugnação, **além de serem protocolados no Protocolo Geral da Prefeitura Municipal de Gurupi-TO**, devem observar os seguintes critérios:

- a) Serem dirigidos à Pregoeira Oficial devidamente fundamentados e **acompanhados da documentação pertinente, devidamente autenticados** (ato constitutivo, estatuto ou contrato social com seus termos aditivos ou contrato social consolidado, devidamente registrado na Junta Comercial ou no cartório de pessoas jurídicas, conforme o caso), e instruídos com o número do Pregão e do Processo Administrativo;
- b) Estarem assinados por representante legal do licitante, **com comprovação da aptidão do signatário que tem os poderes para tal hipótese em que deverá ser anexado o instrumento procuratório.**

A impugnação encontra-se devidamente instruída com os documentos referidos pelas alíneas “a” e “b” do item 22.3 do Edital, **por conseguinte, não se pode deixar de dar o conhecimento da mesma como tal.**

Assim, admito e conheço da impugnação ao ato convocatório da licitação. Ressalto, no entanto, que o processo somente me veio concluso às 17:00 hrs do dia 30/08/2018, para fins de julgamento.



### III - DO MÉRITO

A requerente sustenta, em síntese, que o Edital do PREGÃO PRESENCIAL nº 027/2018-SRP - 2ª RETIFICAÇÃO apresenta contrariedade aos termos da Lei Complementar 123/2006, pois deixa de apresetar tratamento diferenciados às microempresas e empresas de pequeno porte, uma vez que não estabelece a destinação **exclusiva** dos itens com valores inferiores à R\$80.000,00 (oitenta mil reais) às mesmas, bem como, em relação aos itens de ampla concorrência, **não reserva cotas** de 25% (vinte e cinco por cento) às empresas que gozam dos benefícios impostos pela referida lei, portanto, tal vício enseja prejuízo à competitividade do certame.

Contudo, é preciso esclarecer que a Administração Pública Municipal, na **fase interna** da presente licitação, de forma fundamentada e motivada, justificou a não adoção de cotas exclusivas e cotas reservadas conforme regula a própria Lei Complementar 123/2006, até porque o estabelecimento de cotas exclusivas ou reservadas para microempresas e empresas de pequeno porte **não é imposição absoluta da lei**, pois existem exceções.

Estabelece a Lei Complementar 123/2006, com a redação atribuída pela Lei Complementar nº 147/2014:

“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.”

Parágrafo único. No que diz respeito às compras públicas, 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.

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);

II - 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;

III - 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.

§ 1º (Revogado).

§ 2º Na hipótese do inciso II do caput deste artigo, os empenhos e pagamentos do órgão ou entidade da administração pública poderão ser destinados diretamente às microempresas e empresas de pequeno porte subcontratadas.

§ 3º Os benefícios referidos no caput deste artigo poderão, justificadamente, estabelecer a prioridade de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente, até o limite de 10% (dez por cento) do melhor preço válido.



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;

III ..." (grifos nossos)

Cabe ressaltar que, com as alterações introduzidas pela Lei Complementar 147/2014 o tratamento diferenciado previsto no art. 47, que era inicialmente uma opção, uma faculdade, ato discricionário da Administração Pública, passou a ser uma obrigação, dever legal.

Todavia, a concessão dos benefícios previstos nos artigos 47 e 48 da Lei Complementar nº. 123/2006, com as alterações dadas pela Lei Complementar nº. 147/2014, não é uma regra sem exceção, pois o próprio art. 49 da referida Lei Complementar relaciona, expressamente, **as hipóteses em que não se aplicam os artigos 47 e 48**, ou seja, não se trata de aplicação absoluta e compulsória, em razão das exceções previstas.

Como se viu acima, o art. 49, inciso II, desobriga a realização de licitações exclusivas ou com cotas reservadas, nos casos em que não houver um número mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como MEs/EPPs, sediados local (ou regionalmente) e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório.

Sobre essa conjuntura comentam Jessé Torres PEREIRA JUNIOR e Marinês Restelatto DOTTI:

"... nos termos em que a norma coloca a questão, a apuração, pela Administração, da **existência desse número mínimo é conditio sine qua non para a instauração da licitação, e nem sempre será tarefa fácil proceder-se a esse levantamento prévio, o que acabará por levar a Administração, na dúvida e premida pelo fator tempo, a preferir realizar licitação comum, isto é, sem tratamento diferenciado, e adotada a modalidade que a lei apontar como devida ou preferencial, o que viabiliza a utilização do pregão, presencial ou eletrônico, de vez que este almeja a universalização do acesso às licitações**, independentemente da localização do licitante; de toda sorte, fique claro que **a existência do número mínimo de fornecedores é condição para a instauração do certame, não se confundindo com exigência de habilitação ou de especificação influente sobre o julgamento de propostas**". (PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. O tratamento diferenciado às Microempresas, Empresas de Pequeno Porte e Sociedades Cooperativas nas contratações públicas, segundo as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados acolhidos na Lei Complementar nº 123/06 e no Decreto Federal 6.204/07. (<http://www.bdr.sintese.com/AnexosPDF/RJE%204%20-%20Doutrina.pdf>). (grifos nossos)

No caso dos autos, a pesquisa mercadológica realizada pela Administração Municipal revela não haver fornecedores enquadrados como MEs/EPPs, com sede no Município de Gurupi ou na microrregião no qual o mesmo se encontra localizado.



ESTADO DO TOCANTINS  
PREFEITURA MUNICIPAL DE GURUPI  
DIRETORIA DE CONVÊNIOS, LICITAÇÕES E CONTRATOS  
COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÕES



Dos orçamentos colhidos junto às empresas DELTA MED COMÉRCIO DE PRODUTOS HOSPITALARES LTDA, BIOGEM DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS EIRELLI, C.A. DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS HOSPITALARES EIRELLE e PRO-LAB MATERIAIS PARA LABORATÓRIOS, verifica-se que todas possuem sede fora do Estado do Tocantins e somente as duas últimas possuem porte de ME/EPP.

Do mesmo modo, verifica-se da Ata de Registro de Preços nº 029/2017, também utilizada como parâmetro para formação dos preços estimados (preços médios), que os fornecedores lá consignados são todos localizados em outros Estados ou fora da microrregião de Gurupi.

Portanto, na falta 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, encontra-se autorizada a Administração Pública, pela própria lei, a dispensar o estabelecimento de cotas exclusivas ou reservadas às MEs/EPPs.

Nesse sentido, é a doutrina de JOSÉ ANACLETO ABDUCH SANTOS:

**“Deve-se verificar, portanto, a existência de um número mínimo de fornecedores (MEs/EPPs) aptos a validar a efetivação da licitação exclusiva, de modo que possa ser plenamente realizada. Tal análise deve ser prévia à deflagração do procedimento licitatório, pois se constatada a inexistência de MEs e EPPs aptas a fornecer o objeto pretendido, o procedimento exclusivo nem precisará ser realizado (e isso também vale também para as situações de cota reservada, subcontratação compulsória e prioridade de contratação de ME/EPP local/regional).**

**A comprovação da inexistência de ME ou de EPP na localidade, em número mínimo de três, deve ser feita de forma objetiva na fase interna do processo licitatório. Competirá ao responsável pela licitação obter as informações sobre a existência de ME ou de EPP capazes ou potencialmente interessadas na execução do objeto pretendido. Constatada a inexistência de no mínimo três delas, registrará o fato formalmente no processo licitatório e produzirá decisão fundamentada afastando a instauração de licitação exclusiva, sobre esse fundamento. (SANTOS, José Anacleto Abduch. *Licitações e o Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2015. p. 147-148.)**

Registra-se que o Gestor Municipal ao autorizar a elaboração da Minuta do Edital do Presente Pregão, consignou previamente nos autos os motivos pelos quais não foram aplicados os tratamentos diferenciados perseguidos pela empresa impugnante (estabelecimento das cotas exclusivas e cotas reservadas), oportunidade onde ressaltou os termos da Resolução TCE/TO nº 181/2015-Pleno, que estabelece a necessidade de que tal fato esteja devidamente justificado no bojo do processo licitatório, em sua fase interna. Veja-se:

**“O gestor público deverá planejar-se, ainda na fase interna, para que se adiante e identifique a eventual ausência de micro ou pequenas empresas aptas a atender o objeto almejado, bem como justificar exaustivamente tal situação, nos autos do respectivo processo licitatório, a fim de evitar alegações de desrespeito à Lei Complementar nº 123/06, por parte dos órgãos de controle acerca da inobservância das novas regras estabelecidas pelo Estatuto da Microempresa. Tudo no escopo de atender aos princípios da economicidade, isonomia, impessoalidade, publicidade e supremacia do interesse público, dentre outros”. (TCE/TO. Resolução 181/15. Processo 7902/14. Relator: Conselheiro Substituto Leondiniz Gomes. Data da Sessão: 1º/04/15. ) (grifos nossos)**



Se não bastasse, o inciso III, do art. 49 da Lei Complementar 123/2006, excetua a aplicação do tratamento diferenciado dispensado às MEs/EPPs, quando **não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado.**

No caso em comento, há também expressa justificativa por parte do Gertor Municipal ao consignar que não há vantagem para a Administração prever nesta licitação, os tratamentos diferenciados da norma, referente à reserva de cotas ou estabelecimentos de itens exclusivos, em face da necessidade de se preservar a funcionalidade, identidade e padronização dos produtos a serem adquiridos, ou seja, no intuito de preservar as características e as especificações técnicas buscadas pela Saúde Municipal, com o fornecimento regular de produtos cuja padronização seja invariável.

Registra-se o posicionamento da jurisprudência sobre a questão:

“O relator, ao analisar a questão, esclareceu que, **muito embora a Lei Complementar nº 123/06 estabeleça o dever de estipular cotas, tal obrigação não é absoluta, tendo em vista a exceção contemplada pelo art. 49 desse diploma legal.** Ressaltou que “nesse mesmo sentido é o Decreto nº 8538/2015, mais precisamente em seus artigos 8º e 10º, **que possibilita a não observância da obrigatoriedade no tratamento diferenciado e simplificado a microempresas e empresas de pequeno porte, em casos excepcionais**”. Acrescentou o julgador que, da análise conjunta do referido dispositivo com o disposto no art. 10, inc. II, do regulamento, **“chega-se a conclusão de que a lei excepciona a obrigatoriedade de tratamento diferenciado para as microempresas e empresas de pequeno porte quando este tratamento não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou ao complexo do objeto a ser contratado”**. Voltando-se para o caso concreto, observou que “a divisão dos lotes já estipulados no edital para que seja determinada a cota de 25% (vinte e cinco por cento) para contratação de microempresas e empresas de pequeno porte de cada um deles **comprometerá o conjunto a ser adquirido pela administração pública, o qual deverá conter as mesmas características e especificações técnicas, sendo que a diferença entre os uniformes distribuídos pela municipalidade não é desejável e nem benéfica à padronização necessária**”. Com base nisso, o relator concluiu que **“não há ilegalidade no procedimento licitatório com relação à ausência de aplicação de tratamento diferenciado às pequenas empresas e microempresas, já que presente a exceção prevista no artigo 49, inciso III, da lei complementar referida”**, negando provimento ao recurso de apelação. (Grifamos.) (TJ/PR, AC nº 1625309-7).

Por conseguinte, como diz a norma legal, caso inexistir o número mínimo de três ME e/ou EPP, sediadas no local ou na região, e que sejam capazes de cumprir as exigências estabelecidas no edital ou, na hipótese de não ser vantajoso para Administração, com vistas a evitar prejuízo ao conjunto do objeto licitado, **a realização de uma licitação destinada à ampla concorrência restará devidamente justificada**, como no caso dos autos.

Preservado, então, o **princípio da legalidade**, não há qualquer alteração a ser feita no Edital, haja vista, que a exclusão do regime diferenciado é medida excepcional prevista na própria lei que rege a matéria, assim, nada há a sanar. Aliás, o Ministro ALEXANDRE DE MORAES, analisando este tema se expressa da seguinte maneira:

“O Administrador público somente poderá fazer o que estiver expressamente autorizado em lei e nas demais espécies normativas, inexistindo, pois incidência de sua vontade subjetiva, pois na administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza”. (MORAES, Direito Constitucional, p.324)



ESTADO DO TOCANTINS  
PREFEITURA MUNICIPAL DE GURUPI  
DIRETORIA DE CONVÊNIOS, LICITAÇÕES E CONTRATOS  
COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÕES



Destarte, prestados os devidos esclarecimentos, **julga-se totalmente improcedente** a impugnação formulada e, por conseguinte, **deixa-se de promover quaisquer alterações no ato convocatório**, mantendo-se incólume o Edital do Pregão Presencial nº 027/2018-SRP – 2ª Retificação. Segue, igualmente, intacta a data e horário inicialmente fixados para realização desta licitação.

É como decidimos.

Gurupi-TO, aos 31 dias do mês de agosto de 2018.

  
**Ynara Domingado Cabral**  
Pregoeira Oficial  
Prefeitura Municipal de Gurupi