PREGÃO PRESENCIAL nº 46/2018.
PROCESSO nº 131/2018.

Impugnação ao edital.

OBJETO:
Aquisição de PATRULHA MECANIZADA(implementos agrícolas), para modernização da patrulha rural do município, com a finalidade de manutenção das estradas rurais e apoio aos produtores rurais e atendimentos aos pequenos e médios produtores, programa Fomento ao Setor agropecuário.
Contrato de repasse: n.º 851780/2017, processo 1044.713-09/2017. Ministério da Agricultura, pecuária e abastecimento.
Programa de trabalho: 20608207720zv0031, NE 2017NE801016.

IMPUGNANTE:
IMPLEMENTOS BH – MÁQUINAS AGRÍCOLAS EIRELI-EPP, CNPJ n.º 10.449.391/0001-80.

Resposta à Impugnação

O Pregoeiro abaixo assinado, considerando a impugnação impetrada pela empresa interessada citada acima, decide sobre os pedidos formulados nos seguintes termos.

1 – Da Tempestividade Da Impugnação.

A empresa **IMPLEMENTOS BH – MÁQUINAS AGRÍCOLAS EIRELI-EPP, CNPJ n.º 10.449.391/0001-80**, enviou via mensagem eletrônica(e-mail) no dia 07/06/2018, petição de impugnação, sendo recebida e aceita e pelo pregoeiro. A sessão está marcada para ao dia 13/06/2018. Considerando que o prazo para apresentação de impugnação é de até dois dias antes da data marcada para abertura da sessão, concluímos que o presente encontra-se tempestivo.

2 – Do Relatório

A impugnação apresenta, em suma, pedido de inclusão no edital a condição de participação exclusiva das microempresas e empresas de pequeno porte no que se refere a *"realização de procedimento licitatório destinado exclusivamente à participação daquelas empresas nos casos em que o objeto se enquadre no limite legal fixado de R$ 80.000,00 (oitenta mil reais), ou reserva de cota de até 25 % (vinte e cinco por cento) do objeto do edital."*

Ao final, requer "seja acatada a impugnação apresentada, seja sanada erro material e cumpra-se a lei complementar 123/2014, com aporte no decreto n.º 8538/2015, com exclusividade para Mês e EPP S...."

É o breve relato.

Antes de passarmos à análise e julgamento da impugnação, necessário fazer breves considerações.

Antes de tudo, valem lembrar o Art. 3º da lei n.º 8.666 de 21 de junho de 1993 que estabelece: ***"A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita 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 lhe são correlatos":*** (finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, competitividade, justo preço e seletividade).

Registrados os cometimentos prévios que julgamos relevantes para o deslinde do assunto sob apreciação, cumpre-nos agora abordar diretamente a situação que nos foi submetida.

3- DO MÉRITO:

O artigo 47 da Lei Complementar - LC 123/2006, foi alterado pela LC 147, de 07 de agosto de 2014, passando a determinar que sejam concedidos, nas licitações públicas, tratamentos diferenciados e simplificados às microempresas - ME e empresas de pequeno porte - EPP, trazendo modificações substanciais no planejamento e na execução da licitação.

Destacam-se como inovações da LC 147/2014 a exigência de licitações exclusivas para ME e EPP nos itens de contratação cujo valor seja de até R$ 80.000,00 (oitenta mil reais), a possibilidade de subcontratação de ME e EPP na aquisição de obras e serviços e a exigência de se estabelecer, para aquisições de bens de natureza divisível, cota de até 25% (vinte e cinco por cento) para a contratação de ME e EPP. A LC 147/2014 alterou, ainda, outros dispositivos da Lei Complementar 123/2006, e das leis 5.889/1973, 11.101/2005, 9.099/1995, 11.598/2007, 8.934/1994, 10.406/2002 e a 8.666/1993.

O artigo 47, da LC nº 123/2006, passou, com a alteração mencionada, a ter a seguinte redação, in verbis:

"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."

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.

§ 15. As preferências dispostas neste artigo prevalecem sobre as demais preferências previstas na legislação quando estas forem aplicadas sobre produtos ou serviços estrangeiros.

Já 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) e 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.

A licitação, em essência, existe para garantir o acesso de qualquer interessado ao contrato administrativo (desde que, é claro, este interessado cumpra os requisitos pré-estabelecidos em edital), bem como de assegurar a contratação mais vantajosa para o Poder Público. É, portanto, um procedimento fulcrado na isonomia, no tratamento igualitário entre os interessados.

Neste sentido é a previsão do art. 3º da Lei nº 8.666/93:

Art. 3º § 1º. É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991;

Inobstante estas previsões da Lei nº 8.666/93, a CF/88 – lei de maior relevância do país – traz em seu art. 170 e 179 os seguintes preceitos:

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.

Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a

incentivá-las pela *simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.*

Os comandos constitucionais acima traduzem princípio que visa promover a igualdade efetiva, ou seja, dispensar tratamento diferenciado em prol das ME e EPP, entendendo-se que estas estão em condição menos favorecidas que as demais empresas.

A Constituição Federal estabelece, ainda, que lei complementar terá a incumbência de definir esse tratamento diferenciado. No art. 146 da CF/88 temos:

Art. 146. Cabe à lei complementar:

(...)

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;

(...)

d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239.

Em observância à previsão constitucional, foi editada a Lei Complementar nº 123/06 que instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte no ordenamento jurídico brasileiro.

Embora o objetivo principal desse estatuto seja o de estabelecer regras de natureza tributária, o legislador entendeu por bem aproveitar o ensejo e inserir nele regras que estabeleçam tratamento diferenciado para as ME e EPP no âmbito das licitações e contratos administrativos. Vale dizer, o legislador viu na licitação pública (e no contrato respectivo) uma oportunidade de promover política pública de incentivo ao desenvolvimento das ME e EPP, visando fortalecer a economia nacional a partir da base – desigualando os desiguais para oportunizar a igualdade efetiva.

Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública:

(...)

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.

Joel de Menezes Niebuhr traz o seguinte entendimento a propósito do tema:

"*A questão é a seguinte: o inc. III do art. 48 da Lei Complementar nº 123/06 prescreve que se promova licitação, para aquisição de bens de natureza divisível, com 'cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte'. Fica claro que a cota reservada não é, necessariamente, de 25%. O texto prescreve que é 'de até 25%'. Logo, em princípio, pode ser, por exemplo, 20%, 10%, 1% ou 0,5%. O limite máximo é 25%, o mínimo quem define é a Administração.*

O inc. I do art. 48 da Lei Complementar nº 123/06 prescreve que se promova licitação destinada exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte desde que o valor do contrato não ultrapasse R$ 80.000,00. Ou seja, o legislador definiu montante em que a disputa deve ser restrita às microempresas e empresas de pequeno porte. Poderia ter estabelecido outro valor, maior ou menor, entretanto, estabeleceu R$ 80.000,00. A ideia é que licitações de até R$ 80.000,00 são de baixa representatividade econômica, o que se conforma também à alínea 'a' do inc. II do art. 23 da Lei nº 8.666/93, que prescreve os limites para a modalidade convite em relação às compras e serviços que não são de engenharia.

Assim, podemos concluir que a licitação com **cota reservada é uma espécie de licitação exclusiva**. A palavra licitação significa competição, disputa. Na cota reservada, existe uma competição (licitação) exclusiva para microempresas e empresas de pequeno porte. Pode-se dizer que é uma licitação exclusiva dentro de uma licitação maior, que, no seu conjunto, ultrapassa o limite da licitação exclusiva do inc. I do art. 48 da Lei Complementar nº 123/06. Então, a lógica é que se reserve uma parte da licitação maior para competição (licitação) exclusiva entre microempresas e empresas de pequeno porte. Por consequência, a parte reservada deve guardar coerência com os limites da licitação exclusiva, que é de R$ 80.000,00.

No entanto, nas duas figuras, licitação exclusiva e com cota reservada, o legislador admite que a Administração pague mais caro para beneficiar as microempresas e empresas de pequeno porte. No entanto, com foco no princípio da proporcionalidade, o legislador estabeleceu limites para os impactos à economicidade. A Administração paga mais caro, porém dentro de um espaço limitado. O espaço é o definido pelo inc. I do art. 48 da Lei Complementar nº 123/06 para as licitações exclusivas, de R$ 80.000,00.

A parte da licitação reservada para a microempresa e empresa de pequeno porte, precisa ser limitada, sob pena de violação do princípio da proporcionalidade. Seria desproporcional que valores vultosos, milhões, dezenas ou centenas de milhões, fossem reservados às microempresas e empresas de pequeno porte, que outras empresas não pudessem disputar.

Os 25% previstos no inc. III do art. 48 da Lei Complementar nº 123/06 devem ser limitados, por imperativo de proporcionalidade. Suponha uma licitação de R$ 100 milhões. Não faria sentido, seria desproporcional, que R$ 25 milhões fossem reservados às microempresas e empresas de pequeno

porte, sem que outras empresas pudessem participar. Os efeitos disso seriam impactantes, sobretudo pensando-se nos valores mais elevados que são praticados nas cotas reservadas. Para além disso, a própria competição da cota reservada seria prejudicada, porque é razoável supor que licitantes cujos faturamentos não ultrapassam R$ 3.600.000,00 por ano, que é o caso das empresas de pequeno porte, não teriam condições ou teriam muitas dificuldades para disputar cota reservada, conforme exemplo acima, de R$ 25 milhões.

Considerando que 25% não é o percentual da cota reservada, porém seu limite, como é claro no inc. III do art. 48 da Lei Complementar nº 123/06, é necessário que se construa algum parâmetro para estabelecer, nos casos concretos, o percentual. Se a definição fosse discricionária, a margem concedida aos agentes administrativos seria exorbitante, de qualquer fração acima de zero a 25%. E pior, não haveria critério para definir o percentual. Não haveria critério para estabelecer, por exemplo, 0,1% ou 25%, nem, por conseguinte, parâmetros para questioná-lo ou obstá-lo. A maioria dos casos concretos não trariam também nada que servisse como justificativa para a definição dos percentuais. Seria uma competência discricionária solta, dada às cegas. O único critério que se consegue colher da legislação para definir o percentual, que pode ir até 25%, em exercício de interpretação sistemática, é o estabelecido no inc. I do art. 48 da Lei Complementar nº 123/06 para as licitações exclusivas. Ou seja, que o percentual dedicado à cota reservada, nos casos concretos, não ultrapasse R$ 80.000,00, que serve como critério definidor.

Feito as breves considerações, contudo, não desmerecendo, muito pelo contrario, em obediência aos princípios da proporcionalidade, da competitividade e principalmente da economicidade, considerando que a presente licitação possui 5 itens/lotes, fica determinado que o item 2 seja destinado a competição de apenas de empresas que se enquadram nas prerrogativas da lei 123/06, ou seja 25%, por ter natureza divisível.

Considerando as limitações do artigo 49 da lei n.º 123/2006, informo que o Edital do Pregão nº. 46/2018, estabelece expressamente as condições de tratamento diferenciado para ME/EPP no que tange a regularidade fiscal e trabalhista, bem como, está assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte, no limite de 5%.

Somente para efeito de conhecimento, das empresas que apresentaram orçamentos, nenhuma se enquadrou no tratamento diferenciado estabelecido pela Lei Complementar nº. 123/2006, e ainda, o preço mais vantajoso para a administração fora apresentado por empresas que não enquadram na condição de micro e pequena empresa.

No município de Serrania, no caso de mercado local, não tem empresas interessadas em participar, muito menos empresas ME ou EPPs.

Na região do sul de minas, que é o nosso mercado regional(conforme a microrregião determinada pelo IBGE, também não tem empresas ME ou EPP interessadas em participar da licitação, que atende as prerrogativas da lei em comento.

Também é sabido que mais licitantes são sempre melhor do que menos licitantes, em qualquer circunstância.

Para encerrar o tópico, transcrevemos as lições de ADILSON DE ABREU DALLARI:

"*Claro que para um participante interessa excluir o outro. Quem faz licitação sabe que, nesse momento, há uma guerra entre os participantes; mas a Administração Pública não pode deixar-se envolver pelo interesse de um proponente (que é adversário dos outros proponentes e está defendendo legitimamente o seu interesse em obter o contrato) e não pode confundir esse interesse com o interesse público. (ob.cit., pp. 88/89) "*

Conclusão

Assim, decido conhecer a impugnação interposta pela empresa **IMPLEMENTOS BH – MÁQUINAS AGRÍCOLAS EIRELI-EPP, CNPJ n.º 10.449.391/0001-80, e** no mérito, dar-lhe parcial PROVIMENTO, declarando, que o item 2 seja destinado a competição das empresas que atendem as prerrogativas da lei complementar 123/06, mantendo os demais termos do Edital do Pregão nº 46/2018 em seus estritos termos, notadamente quanto à exclusividade para empresas enquadradas como microempresas, empresas de pequeno porte e cooperativas, conforme especificações e condições estabelecidas no referido Edital e seus Anexos.

Por fim, considerando que a alteração em nada modifica as propostas, comunico que a Sessão de Abertura do Pregão nº 46/2018, está mantida para o dia 13/06/2018, sendo o credenciamento as 09h e a abertura da sessão em seguida.

Publique-se na forma da lei.

É o que decidimos.

Serrania, 08 de junho de 2018.

Frederico Holanda Csizmar
Pregoeiro

DEPARTAMENTO DE GOVERNO, ADMINISTRAÇÃO E PLANEJAMENTO.

GABINETE DO DIRETOR
Serrania, 08 de junho de 2018.

O Diretor do Dep. Municipal de Governo, Administração e Planejamento, autoridade superior, no uso de suas atribuições que a lei lhe confere, em especial o decreto municipal n° 1.053, de 21 de junho de 2017, RATIFICO os termos apresentado na presente justificativa pelo douto Pregoeiro, no processo n.º 131/2018, Pregão n.º 46/2018.

Rodrigo Silva Cândido
Diretor Dep. Municipal de Governo, Administração e Planejamento