

Of. 013.2016/Pregão

Novo Hamburgo, 13 de junho de 2016.

Da
COMUSA – Serviços de Água e Esgoto de NH
Assunto: Pregão Presencial nº 002/2016

Prezados Senhores:

Em resposta à impugnação ao edital do Pregão Presencial nº 002/2016, recebida às 08h e 18min do dia 09 de junho de 2016, informamos que **a mesma foi indeferida.**

Segue em anexo parecer jurídico, juntamente com a decisão do Diretor Geral da Comusa.

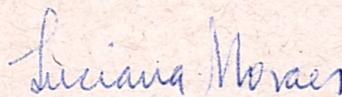
Cabe ressaltar o artigo 11, §1º, do Decreto Municipal n. 2.159/05, que estipula prazo para decisão conforme segue:

“Art. 11 - Até dois dias úteis antes da data fixada para recebimento das propostas, qualquer pessoa poderá solicitar esclarecimentos providências ou impugnar o ato convocatório do pregão.

*§ 1º - A petição será dirigida à autoridade subscritora do edital, **que decidirá no prazo de 2 (dois) dias úteis.**”*

Sem mais para o momento, subscrevemo-nos,

Atenciosamente,


Luciana Moraes
Pregoeira

Polierg – Indústria e Comércio Ltda.

Ao Diretor-Geral

Cuida-se de impugnação apresentada pela empresa Polierg - Indústria e Comércio Ltda. ao Edital de Pregão Presencial nº 002/2016, destinado ao registro de preços de kit cavaletes, que contém reserva de cota para Microempresas - MEs e Empresas de Pequeno Porte - EPPs.

Em suma, impugna a reserva de cota exclusiva às MEs e EPPs, argumentando que: (1) as marcas mais tradicionais do mercado não se enquadram como MEs e EPPs, e que as enquadradas seriam revendedoras do produto, desencadeando uma onerosidade excessiva; (2) não há ressalva de que os distribuidores sejam sediados local ou regionalmente; (3) no portal ABPE Brasil, não existe fabricante do produto licitado que seja ME ou EPP, ou que seja sediado no local da licitação ou na região; (4) não será admissível que se faça um registro de preços para o mesmo produto, da mesma marca, produzido pelo mesmo fabricante, com dois preços distintos, pela reserva de quota de 25% ao distribuidor ou representante que apresentem preço maior que o do fabricante, também participante da licitação.

Requer o acolhimento da impugnação para: (1) eliminar a permissão de participação de um fabricante e, ao mesmo tempo, de distribuidor ou revendedor do mesmo produto, da mesma marca; (2) estabelecer que a ME ou EPP deverá estar sediada no local ou na região do fornecimento e ter capacidade própria para cumprir as regras do Edital.

É o sucinto relatório.

A Constituição Federal/88 dispõe, em seu art. 170, que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, **observados, dentre outros princípios, o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte** constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País, conforme seu inc. IX, com redação determinada pela EC 06/95.

O art. 179 da CF/88 institui que 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 incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

Dentre outras normas legais que atendem aos comandos constitucionais supramencionados, a Lei Complementar n. 123/2006 instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, disciplinando, dentre outros aspectos, a participação dessas entidades nas licitações públicas.

Trata-se de uma mudança de paradigma, na qual se abandona o melhor preço, e se busca contratações sustentáveis como forma de induzir transformações no mercado, com o fomento às pequenas empresas.

Nessa esteira, o art. 48, da LC 123/2006, com a redação dada pela LC 147/2014 preceitua que:

"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." - grifei

No caso em exame, considerando que o valor orçado para a compra extrapola o limite de R\$80.000,00 (fl. 57), é afastada a obrigatoriedade de licitação

gpa

exclusiva a pequenas empresas, prevista no art. 48, inc. I, da Lei Complementar 123/2006.

Por outro lado, considerando que se trata de bens de natureza divisível, foram corretamente reservadas 1.300 unidades do objeto, equivalentes a 25% do objeto para disputa exclusiva entre MEs e EPPs, em atendimento ao art. 48, inc. III, da Lei Complementar 123/2006.

Segundo a ordem constitucional e a diretriz da LC 123/2006, que incentiva o desenvolvimento de pequenas empresas, não há qualquer ilegalidade na compra de produtos de dois fornecedores distintos, por preços diferenciados, sendo um deles enquadrado como ME ou EPP.

Neste ponto, cumpre esclarecer que, conforme interpretação sistemática do art. 48 da LC 123/2006, os incisos I e III destinam-se ao tratamento favorecido a MEs e EPPs, independentemente de sua sede, uma vez que o seu §3º prevê a prioridade de contratação das pequenas empresas sediadas local ou regionalmente, até o limite de 10% do melhor preço válido.

Exemplificando a redação legal, temos que numa licitação com reserva de cota de 25% para contratação exclusiva de MEs e EPPs, desde que seja previsto no Edital a prioridade de contratação de pequenas empresas sediadas no local ou região, caso uma pequena empresa não sediada local ou regionalmente tenha apresentado o melhor valor, e outra sediada na região tenha cotado preço dentro do limite de 10% (dez por cento) sobre o melhor preço, esta última terá o direito de ter para si adjudicada essa cota, mesmo com preço superior.¹

E, na ausência de regulamentação específica municipal mais benéfica às MEs e EPPs, aplica-se o art. 8º do Decreto Federal n. 8.538/2015, que regulamenta o tratamento favorecido, diferenciado e simplificado para MEs e EPPs nas contratações públicas no âmbito da administração pública federal, por força do art. 47, parágrafo único, da LC 123/2006.²

¹ Exemplo extraído da apostila do Seminário Nacional "O que muda nas licitações e contratos com o Novo regime das microempresas", realizado pela empresa Zênite, em Brasília/DF, nos dias 27 e 28 de abril de 2015, p. 41.

² Art. 47, LC 123/2006, Parágrafo único. "No que diz respeito às compras públicas, enquanto não sobrevier legislação estadual, municipal ou regulamento específico de cada órgão mais favorável à

O Decreto Federal n. 8.538/2015 dispõe a possibilidade, e não obrigatoriedade, do Edital prever na licitação prioridade para contratação de pequenas empresas sediadas local ou regionalmente em desfavor de outras MEs e EPPs:

"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.

(...)

Art. 9º Para aplicação dos benefícios previstos nos arts. 6º a 8º: (...)

II - poderá ser concedida, justificadamente, prioridade de contratação de microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente, até o limite de dez por cento do melhor preço válido, nos seguintes termos:

(...)

e) nas licitações a que se refere o art. 8º, a prioridade será aplicada apenas na cota reservada para contratação exclusiva de microempresas e empresas de pequeno porte;"

Ora se o próprio §3º do art. 48 da LC 123/2006 e o art. 9º, inc. II, al. e, do Decreto Federal n. 8.538/2015 trazem, na hipótese de licitação exclusiva ou de reserva de cota, a prioridade de contratação de MEs e EPPs sediadas no local ou região, em detrimento das não sediadas, nos parece claro que a regra geral é a licitação destinada às pequenas empresas independe de sua sede, sendo uma faculdade da Administração Pública prever a prioridade local, a qual poderá ensejar um pagamento em até 10% maior do que a melhor proposta.

Em consulta sobre a obrigatoriedade de restrição à região no tratamento diferenciado, em licitação exclusiva à MEs e EPPs, o TCU já se manifestou:

"Tratamento dispensado a microempresas e a empresas de pequeno porte em licitações:

1 - Nas licitações em que for conferido a microempresas e a empresas de pequeno porte o tratamento diferenciado previsto no inciso I do artigo 48 da Lei Complementar nº 123/2006 e no art. 6º do Decreto nº 6.204/2007 não se deve restringir o universo de participantes às empresas sediadas no estado em que estiver localizado o órgão ou a entidade licitante.

microempresa e empresa de pequeno porte, aplica-se a legislação federal. (Parágrafo incluído pela Lei Complementar nº 147, de 7 de agosto de 2014)"

Tratamento dispensado a microempresas e a empresas de pequeno porte em licitações: 1- Nas licitações em que for conferido o tratamento diferenciado previsto no inciso I do artigo 48 da Lei Complementar nº 123/2006 e no art. 6º do Decreto nº 6.204/2007 não se deve restringir o universo de participantes às empresas sediadas no estado em que estiver localizado o órgão ou a entidade licitante

Consulta do Presidente do Tribunal Superior do Trabalho versando sobre o tratamento diferenciado dispensado a microempresas (ME) e a empresas de pequeno porte (EPP) nas contratações públicas indagou ao TCU: "2.1. Nos editais de licitação em que for conferido o tratamento diferenciado previsto no inciso I do artigo 48 da Lei Complementar nº 123/2006 e no art. 6º do Decreto nº 6.204/2007 deve-se restringir o universo de licitantes às empresas sediadas no estado do Espírito Santo, sob pena de cumprir-se apenas parcialmente a legislação aplicável à matéria?". O relator do feito, Ministro-Substituto André Luís de Carvalho, ponderou inicialmente que a Lei Complementar nº 123, de 2006, com respaldo dos comandos contidos nos arts. 170, inciso IX, e 179 da Constituição Federal, "fixou normas gerais atinentes 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". Transcreveu o art. 48, inciso I da citada lei: "Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública poderá realizar processo licitatório: I - 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);". Anotou, em seguida, que, no âmbito da administração pública federal esse tratamento diferenciado para as ME e EPP nas contratações públicas de bens, serviços e obras (arts. 47 e 48 da Lei Complementar 123/2006) foi regulamentado pelo Decreto nº 6.204, de 2007. Fez menção, também, ao art. 2º, inciso I, do Decreto nº 6.204, de 2007, segundo o qual os órgãos ou entidades contratantes "devem identificar, sempre que possível, as ME e EPP sediadas regionalmente, constituindo, para tanto, cadastro próprio, de acesso livre, ou adequando os eventuais cadastros existentes, de modo a ampliar a participação dessas empresas nos processos licitatórios conduzidos pela Administração". Considerou, porém, que esse comando "não tem o desiderato de impedir que ocorram aos certames microempresas ou empresas de pequeno porte que não estejam estabelecidas na mesma praça em que se situa o órgão licitante, ressaltando-se tão-somente, de acordo com o inciso IV desse artigo 2º, que, na definição do objeto da contratação, não devem ser utilizadas especificações que restrinjam, injustificadamente, a participação das ME e EPP sediadas regionalmente". Ao final, em linha de consonância

*com o entendimento da assessoria jurídica do TST e da unidade técnica, o relator sugeriu informar ao TST que: "nos editais de licitação em que for conferido o tratamento diferenciado previsto no inciso I do artigo 48 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, e no art. 6º do Decreto nº 6.204, de 5 de setembro de 2007, não se deve restringir o universo de participantes às empresas sediadas no estado em que estiver localizado o órgão ou a entidade licitante;". O Tribunal, então, endossou essa proposta de encaminhamento. **Acórdão n.º 2957/2011-Plenário, TC-017.752/2011-6, rel. Min. André Luís de Carvalho, 9.11.2011.**"³ - sublinhei*

Portanto, não prospera a afirmação de que as empresas participantes devem ser restritas ao âmbito local ou regional no qual está inserida a Administração Pública.

E, conforme informação juntada aos autos (fls. 145/146), em licitação anterior para o mesmo objeto, houve a participação de 04 empresas enquadradas como ME ou EPP, o que demonstra haver o mínimo de 03 fornecedores competitivos no mercado, não havendo embasamento fático a justificar a não aplicação do art. 48, inc. III, da LC 123/2006.

Além disso, não há como impedir que distribuidores ou revendedores de produtos participem da licitação, pois tal vedação seria uma restrição ilegal à livre concorrência, em ofensa ao art. 170, IV, CF/88 e ao art. 3º, §1º, inc. I, da Lei Federal n. 8.666/93⁴, aplicado subsidiariamente como autoriza o art. 9º da Lei Federal n. 10.520/2002⁵, que institui a modalidade de licitação Pregão. E mais, tratando-se de bens de pronta entrega, as exigências de habilitação se coadunam com o art. 21, da Lei Municipal n. 2020/2009.

Nesse sentido, a doutrina destaca a seguinte decisão judicial:

"226. Contratação pública - Planejamento - Edital - Exigência de ser fabricante do bem - Restrição - TRF
No resguardo do bem público, é correto que a autoridade faça incluir no próprio edital a forma de controle de qualidade

³ Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos do TCU n° 85.

⁴ Art. 3º, §1º, inc. I, da Lei Federal 8.666/93: "§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 caráter competitivo, inclusive no caso 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, (...)"

⁵ Art. 9º, Lei 10.520/2002: "Aplicam-se subsidiariamente, para a modalidade pregão, as normas da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993."

*e de assistência técnica pretendida, fixando critérios objetivos para a sua aferição. Entretanto, é inaceitável exigir-se que o participante seja fabricante do material licitado, porque, além de violar o livre exercício da atividade do comerciante, implica limitar a concorrência, o que pode até prejudicar a obtenção de propostas mais vantajosas a administração". (TFR, RDA 166/114.)"*⁶

O mesmo produto, de mesma marca, pode ser ofertado por mais de uma empresa, inexistindo qualquer óbice legal para tal situação. Até mesmo nos casos de padronização, onde há indicação técnica do produto, o Tribunal de Contas da União orienta que seja realizada licitação:

"Padronização não afasta a realização de procedimento licitatório. Pode haver no mercado mais de um fornecedor do produto padronizado, a exemplo de casos em que a comercialização não é feita só e diretamente pelo fabricante ou representante exclusivo."⁷

Somente poderia ser reconhecida a existência de fraude na disputa de mesmo objeto na licitação se dois ou mais licitantes distintos fossem representados na sessão pública pela mesma pessoa física ou no caso de participação de empresas com o mesmo quadro societário. Nessas hipóteses haveria simulação licitatória e violação do sigilo das propostas.

A oferta por si só de um produto de mesma marca não induz a ocorrência de fraude, pois fabricantes, distribuidores e revendedores podem participar do certame.

A alegação de que as marcas mais tradicionais do mercado não se enquadram como MEs e EPPs, e que apenas revendedores se enquadrariam, não possui o condão de afastar a aplicabilidade do art. 48, inc. III, da Lei Federal n. 8.666/93, até porque há expressa vedação à preferência por marca, no art. 7º, §8º e art. 15, §7º, inc. I da Lei Federal n. 8.666/93.

Por todo o exposto, **sugerimos o indeferimento da impugnação ao Edital de Pregão Eletrônico n. 002/2016**, por ausência de embasamento legal, uma vez que as regras editalícias não merecem reparo, eis que estão em

⁶ Mendes, Renato Geraldo. Lei de Licitações e Contratos Anotada – Notas e Comentários à Lei nº 8.666/93/Coordenador Renato Geraldo Mendes, 9.ed. Curitiba: Zênite, 2013, p. 87.

⁷ Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU / Tribunal de Contas da União. – 4. ed. rev., atual. e ampl. – Brasília : TCU, Secretaria-Geral da Presidência : Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010, p. 217.

consonância com o art. 48, inc. III, da Lei Federal n. 8.666/93 e Decreto Federal 8.538/2015.

Finalmente, cumpre ressaltar que o presente parecer é peça meramente opinativa, não vinculando o administrador em sua decisão (MS nº 24.073, Rel. Min. Carlos Velloso, STF).

Salvo melhor juízo, é parecer.

À sua consideração superior.

Novo Hamburgo, 10 de junho de 2016.

COMUSA Serviços de Água e Esgoto de N.H.
Letícia Pereira Chagas
LETÍCIA PEREIRA CHAGAS
OAB/RS 49.393
ADVOGADA

De Acordo,
Pelo Indeferimento,
Em 13/VI/2016

COMUSA Serviços de Água e Esgoto de N.H.

ALVARO ALENCAR
Diretor - Geral