



002570 . 2017

Assunto: **IMPUGNACAO AO EDITAL**

Complemento: **IMPUGNACAO AO EDITAL 010/2017**

Requerente: **PROMEFARMA REPRESENTACOES COMERCIAIS LTDA**

CPF/CNPJ: **81706251000198**

Contato: Res. 33329188 Com. 33329188

Data: 16/03/2017

Local criação: **SMAD - PROTOCOLO GERAL**

Hora: 14:20:55



DADOS DO REQUERENTE

Nome: **PROMEFARMA REPRESENTACOES COMERCIAIS LTDA**

CPF/CNPJ: **81706251000198**

Endereço: **RUA PROFESSOR LEONIDAS FERREIRA DA COSTA, 830 - PAROLIN**

Cidade: **Curitiba**

CEP: **80220410**

Contato: Res. 33329188 Com. 33329188

E-mail: **comercial@promefarma.com.br**

UF: **PR**

DADOS DO PROCESSO

Número: **2.570**

Ano: **2017**

Assunto: **IMPUGNACAO AO EDITAL**

Complemento: **IMPUGNACAO AO EDITAL 010/2017**

Prefeitura Municipal de Araucária, 16 de março de 2017

Assinatura do Requerente

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO MUNICIPAL DA COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÕES DA PREFEITURA MUNICIPAL DE ARAUCARIA DO ESTADO DO PARANÁ.

Ref.: Pregão Presencial 010/2017

PROMEFARMA REPRESENTAÇÕES COMERCIAIS LTDA, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF sob o número 81.706.251/0001-98, estabelecida à Rua Prof. Leônidas Ferreira da Costa, 847 – CEP: 80220-410 - Bairro Parolin, na cidade de Curitiba estado do Paraná, vem, respeitosamente, por intermédio de sua representante legal, *in fine*, assinado com fulcro nos Artigo 5º, LV, 37 da Constituição da República Federativa do Brasil e artigo 3º, I, parágrafo 1º da Lei nº 8666/93 e demais legislações pertinentes, vem respeitosamente apresentar:

IMPUGNAÇÃO AOS TERMOS DO EDITAL

Consoante **Pregão Presencial nº 010/2017** pelos motivos de fato e direito que se seguem:

I. PRELIMINAR DE MÉRITO – DA TEMPESTIVIDADE:

De início, verifica-se que a **IMPUGNAÇÃO**, ora intentada, preenche o requisito da Tempestividade, pois o edital de licitação prevê sua abertura na data de 22 de março de 2017, portanto, em conformidade com as disposições legais que empregam a faculdade da instituição em aplicar prazos, o prazo encerra-se em 02 (dois) dias úteis anteriores a data estipulada para a abertura do certame, ou seja, encerra-se no dia 20 de março de 2017 ao final do expediente de vossa Secretaria.

II. PRELIMINAR DE MÉRITO – DA MOTIVAÇÃO:

Preliminarmente faz-se necessário que as razões aqui formuladas sejam processadas e, se não forem acolhidas sejam motivadamente respondidas, não sem antes, ser apresentada à apreciação da D. Autoridade Superior, consoante ao que rege o *Ius habent petendi*¹ – Artigo 5º, LV da Constituição da República Federativa do Brasil. É o ensinamento do ilustre professor José Afonso da Silva².

"É importante frisar que o direito de petição não pode ser destituído de eficácia. Não pode a autoridade a que é dirigido escusar-se de pronunciar sobre a petição, quer para acolhê-la quer para desacolhê-la com a devida motivação."

Portanto, pedimos preliminarmente que seja atendido ao dispositivo legal supra, para que haja a eficácia e se cumpra o princípio da legalidade prevista no caput do artigo 37 da Carta Magna.

Ainda, requer-se em preliminar de mérito a suspensão da abertura da presente licitação, em pedido de tutela antecipada, para que sejam processados e julgados os pedidos da Impugnante e aberto novo prazo para apresentação das propostas.

III. DA SÍNTESE FÁTICA

A Egrégia Comissão Permanente de Licitações da Prefeitura Municipal de Araucária – Paraná abriu o referido processo licitatório, que tem como objeto dar preferência e tratamento diferenciado e favorecido as MICROEMPRESA-ME e EMPRESAS DE PEQUENO PORTE – EPP especializada para fornecimento de medicamentos para suprir vossa Secretaria de saúde.

A Impugnante, tendo interesse em participar da licitação supramencionada, obteve o respectivo Edital e no que diz respeito às condições para participação do processo licitatório, deparou-se com a exigência formulada assim relacionada no item 2.2 deste edital.

¹ Direito a Petição

² Direito Constitucional Positivo, ed. 1.989, pág. 382

A cláusula em questão visa dar exclusividade na participação do certame somente de MICROEMPRESA (ME) e EMPRESAS DE PEQUENO PORTE (EPP) impedido assim que outras empresas participem deste certame, caso não compareça nenhuma MICROEMPRESA E EPP enquadradas em tal condição, onerando a contratação, será aberto para livre concorrência.

Embora o decreto 8.538 de 2015 que regulamenta o tratamento diferenciado e simplificado para as ME, EPP e MEI deve se observar no artigo 10º **NÃO** se aplica o disposto nos art. 6º e no art. 8º se não houver o mínimo de três fornecedores competitivos enquadrados como microempresas e empresas de pequeno porte sediadas no local ou regionalmente capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório.

No próprio decreto dispõe o que significa âmbito local limite geográfico do Município onde será executado o objeto da contratação e o âmbito regional limite geográfico do Município ou da região, que podem envolver mesorregiões ou microrregiões conforme definido pelo instituto brasileiro de geografia e estatística IBGE. Ou seja, as Microempresas ou empresas de pequeno porte devem ser limitadas dentro da região ou do Local **NÃO** PODENDO dar exclusividade a microempresas ou EPP de outra região do Brasil. Pois a finalidade das limitações e para promover e ampliar o desenvolvimento econômico e social no âmbito local e regional para incentivar a inovação tecnológica.

IV. DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS – DA ILEGALIDADE:

A Lei Complementar nº 123/2006, em atitude elogiável, instituiu o chamado estatuto nacional da micro e pequena empresa, basicamente alterou um conjunto de normas de caráter tributário e administrativo, entre outros, para incentivar o empreendedorismo de micro e pequeno porte na população.

Todavia, em agosto de 2014 entrou em vigor a Lei Complementar nº 147/2014, que promoveu diversas alterações na mencionada Lei Complementar nº 123/2006, dentre as quais, ampliou de maneira desacertada o leque da proteção às ME's e EPP's no Brasil.

Pela nova legislação, a Administração Pública, em determinadas situações, deverá limitar seu universo de potenciais fornecimentos junto a esta classe de empresas, quando

entender que não há desvantagens que poderiam afastar a aplicação de tal limitação, nos termos do inciso III, do artigo 49 da referida lei.

Percebe-se, portanto, que o uso de tal condição de exclusividade para MP's e EPP's sem considerar as excludentes previstas nos incisos do artigo 49 da referida lei representa a criação de uma barreira de mercado imposta artificialmente pelo ente contratante em questão por meio das regras editalícias, à entrada de outros fornecedores de produtos e serviços para a Administração Pública, o que prejudica a livre concorrência, a captação dos benefícios financeiros de economias de escala e premia, ainda, a concentração e ineficiências de mercado, deixando à Administração Pública completamente exposta a preços que não condizem com a prática de mercado do objeto em questão, mas que na realidade condizem com aqueles preços que forem apresentadas por um reduzido grupo de empresas que se qualificam como ME's e EPP's para o fornecimento pretendido, portanto, desconsiderando outras propostas de fornecedores com estruturas de custos diversas, inclusive voltada ao atacado, e, portanto, mais vantajosas à Administração Pública.

A utilização indiscriminada desta cláusula de exclusividade, sem levar em conta características do mercado do objeto específico da contratação, conforme inclusive prevê o inciso III, do artigo 49 da Lei Complementar nº 123/06, conforme alterada pela Lei Complementar nº 147/14, tem um evidente potencial lesivo ao Erário, transferindo a este os custos relativos a uma maior concentração de mercado no fornecimento para o ente contratante, decorrente da menor concorrência resultante desta limitação editalícia.

A Administração Pública, para exercer as atividades empresariais, depende, em geral, de um procedimento seletivo prévio, que é a licitação. Conforme ensinamentos do saudoso mestre Hely Lopes Meirelles³, licitação é:

“o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Visa propiciar iguais oportunidades aos que desejam contratar com o poder Público, dentro dos padrões previamente estabelecidos pela Administração, e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios jurídicos.”

³ MEIRELLES, Hely Lopes, *Licitação e Contrato Administrativo*, 14ª edição, Malheiros: São Paulo 2007

Conforme acima demonstrado, o inciso I, do artigo 48 da Lei Complementar nº 123/2006, com a alteração dada pela Lei Complementar nº 147/2014 determinou que **um** dos requisitos obrigatórios que deve ser observado para que a Administração Pública realize processo licitatório exclusivamente para ME's e EPP's é que o valor de tal contratação seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) para estimular o acesso ao mercado de compras públicas, promover o desenvolvimento regional e garantir o tratamento proposto na Constituição Federal. No entanto, o fato do processo licitatório ser exclusivo a pequenas e micro empresas, prejudica integralmente o custo repassado aos órgãos de saúde, aumenta os fretes, prejudica a logística e principalmente a quantidade fornecida. Já que o processo não pode ter a participação de médios e grandes distribuidores, os quais fornecem muitas vezes a prós muito menores e com maior facilidade para transporte e distribuição.

Os demais **três** requisitos obrigatórios que devem ser observados pela Administração Pública para que realize processo licitatório exclusivamente para ME's e EPP's vêm tratados nos incisos II, III e IV, do artigo 49 da mesma Lei Complementar nº 123/2006, com a alteração dada pela Lei Complementar 147/2014:

"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;

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."

Ocorre que o processo licitatório tem por objeto a aquisição de medicamentos e se deu a exclusividade para microempresas e empresas de pequeno porte e aplicando as leis **8.666/93, lei complementar 123/06, lei complementar 147/14**. Não existe, nessas leis, uma análise ou levantamento sobre efetiva localização das microempresas, seja em âmbito nacional ou regional, tendo o intuito de melhorar o valor e a quantidade destes medicamentos.

Como, por exemplo, uma micro empresa do Pará pode ter a exclusividade no processo de licitação de uma secretaria, no Rio Grande do Sul, sendo que um distribuidor, que atua naquela região, pode proporcionar o fornecimento do medicamento com um custo mais reduzido, otimizando o serviço e gerando economia para o governo, e consequentemente, maior quantidade de medicamentos no acesso à população, outro fato que não vem sendo avaliado pelos Órgãos Públicos é a vantagem que é um critério da lei, pois estamos diagnosticando em algumas licitações que o mesmo item sendo fornecido por uma ME esta com o preço mais de 100% acima do mesmo preço ofertado por uma empresa limitada (Ltda.), ou seja, o governo esta comprando menos por muito mais, isso é um absurdo em um país onde a população sofre com a falta de medicamentos e escassez de recurso.

No caso concreto, o Edital simplesmente limitou o certame somente para a participação exclusiva de ME's e EPP's, baseando-se na disposição do inciso I, do artigo 48, sem levar em consideração o requisito previsto no inciso III, do artigo 49 acima indicado. Na presente data, existem outras empresas capazes de apresentar propostas economicamente mais vantajosas para a Prefeitura Municipal de Joaquim Távora, tais como a própria Impugnante, excluir do certame a participação de empresas como a Impugnante aos demais itens da licitação em questão e, portanto, a possibilidade de conhecer suas propostas de preço competitivas no âmbito de um processo licitatório representa a desvantagem para a Administração Pública justamente prevista no inciso III, do artigo 49 acima transcrito.

Nos termos acima explicados, o inciso III, do art.49 da Lei Complementar nº 123/2006, com a alteração dada pela Lei Complementar nº 147/2014, contém outra regra de exceção à obrigatoriedade de contratação com ME's e EPP's aplicável ao presente caso. Trata-se de regra com a mesma *ratio* da insculpida no inciso II, do mesmo artigo, ou seja, tem por objetivo primordial evitar que a Administração Pública seja lesada na aquisição dos materiais listados no edital de convocação da licitação.

Vale dizer, as ME's e EPP's reconhecidamente possuem uma menor capacidade de comercialização em volume, pois adquirem produtos em menor quantidade e têm de agregar a eles, como qualquer empresa, seus custos diversos (e.g. tributos, logística, despesas e lucros), durante toda a cadeia comercial até a finalização da venda. A estrutura de custos de ME's e EPP's, portanto, reflete estas ineficiências decorrentes de sua menor capacidade de

comercialização em volume, e o preço final a qualquer consumidor seu é superior por item, se comparado com os preços praticados pelas empresas de grande porte, as quais, por trabalharem com uma grande quantidade de produtos, em economias de escala que refletem sua maior capacidade de comercialização em volume, podem oferecer preços mais vantajosos a quaisquer de seus clientes, inclusive para a Administração Pública, quando esta adquire por meio de licitação estes mesmos produtos neste mesmo mercado competitivo.

O que se observa é que a Lei Complementar nº123/2006, alterada pela Lei Complementar nº 147/2014, visou ampliar a participação das ME's e EPP's nas compras públicas até o limite em que a Administração Pública não seja lesada ao comprar destas ME's e EPP's, e não simplesmente transferir para a Administração Pública as ineficiências econômicas da estrutura de custos destas empresas. Caso contrário, estaria a referida lei elevando interesses de particulares acima do interesse público que é objeto primordial a ser perseguido pela Administração Pública. Dessa forma, é importante sopesar princípios pertinentes ao presente certame como o da competitividade, da economicidade e da eficiência, buscando-se a *"proposta mais vantajosa para a administração"* conforme é vislumbrado no artigo 3º, da Lei de Licitações.

Se a Administração Pública insistir na limitação da presente licitação, mantendo a exclusividade para contratação de ME's e EPP's, com base na Ata de Registro de Preços resultado da licitação em questão, correrá o risco de ver frustrado seu objetivo, pois certamente não conseguirá comprar durante tal período os produtos de qualidade pelo preço estimado de referência ou, em cenário muito pior, comprará os produtos por preço muito superior ao que poderia desembolsar se o certame fosse aberto a todos os interessados para todos os itens, lesando o contribuinte, cujos recursos deve administrar em consonância com os princípios defensores do interesse público sobre os de quaisquer particulares.

Neste sentido também, deve-se ressaltar que o objeto da Lei Complementar nº 123/2006, alterada pela Lei Complementar nº 147/2014, é a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, e por isso a preocupação da lei em prever situações e requisitos que devem ser levados em consideração **em conjunto**, para afastar práticas nas contratações por entes da Administração Pública que resultem em concentração de mercado e barreiras regulatórias à entrada de competidores. Um exemplo de uma prática

que permite a concentração de mercado e impõe uma barreira a um competidor é justamente a inclusão de uma cláusula de exclusividade somente para MP's e EPP's em licitações para a compra de um produto que já vinha sendo fornecido no mercado por uma gama de empresas dos mais diversos tamanhos, premiando um pequeno universo de fornecedores com uma barreira legal que afasta a concorrência com empresas que buscam a todo o momento crescer, gerar empregos e fornecer para os mais diversos setores da economia de forma eficiente.

Em um mercado competitivo, tais MP's e EPP's, sem uma estrutura de ganhos de escala, não fornecem à Administração Pública o melhor preço e, como consequência, ao comprar exclusivamente delas a Administração Pública despense recursos de forma ineficiente, prejudicando não somente a economia local na medida em que compra menos produtos do que poderia comprar, direta ou indiretamente, gerando menos serviços indiretos, mas também a economia nacional, na medida em que se muitos entes da Administração Pública não observarem **todos** os requisitos previstos na legislação em questão, bolsas de concentração de mercado artificial criados por regras de editais serão espalhadas pelos entes contratantes da Administração Pública, premiando fornecedores ineficientes com a garantia de contratação ainda que seu preço não reflita a melhor forma de se obter tal bem ou serviço o que, ao final representa uma desvantagem tanto para a Administração Pública local, que paga mais caro e compra menos, quanto para a Administração Pública como um todo, que acaba por estimular concentração de mercado e maiores gastos, quando poderia estimular o uso eficiente de recursos.

Assim, conforme já exposto, a limitação indiscriminada de licitações exclusivamente para a participação em ME's e EPP's, sem ater-se a todos os requisitos previstos na lei, tem feito com que os entes públicos em geral adquiram produtos em valores superiores ao praticados no mercado, gerando um aumento excessivo e desnecessário nos gastos públicos que, a rigor, devem buscar a melhor proposta para o ente da Administração Pública em questão.

Assim, ao não permitir expressamente a participação da Impugnante no presente certame para os itens objeto da contratação, fica a Administração Pública em questão, notadamente a Prefeitura Municipal de Joaquim Távora, sem poder verificar com base em critérios objetivos e no âmbito de um procedimento licitatório efetuado nos termos

condizentes com os princípios norteadores das contratações públicas, completamente à mercê da estrutura de custos e preços finais aplicadas por poucas ME's e EPP's da região, o que impede, desta forma, a real constatação sobre se estas propostas são as mais vantajosas ou não para esta Prefeitura.

Mais eficiente, mais transparente, e em consonância com os princípios norteadores das compras públicas e, ainda, menos custoso para a Administração Pública, portanto, é rever, na presente data, as condições do Edital em questão, para permitir que quaisquer fornecedores dos bens a serem adquiridos no âmbito deste Edital possam apresentar suas propostas a todos e quaisquer itens objetos do Edital da Prefeitura de Joaquim Távora, independentemente de serem ou não ME's e EPP's.

Veja que isto não impede nem mesmo o tratamento preferencial que pode ser concedido às ME's e EPP's, no âmbito de um empate, conforme previsto no artigo 44 da Lei Complementar nº 123/2006 com a nova redação trazida pela Lei Complementar nº 147/2014, mas neste segundo caso, a Administração Pública teria, ao menos, a confirmação dos preços praticados por todo e qualquer agente de mercado, estando a sua decisão na contratação de ME's e EPP's devidamente respaldada pelos critérios objetivos ali constantes e os quais foram os escolhidos pelo legislador.

Desta forma resta nítida a inviabilidade da manutenção da condição de exclusividade trazida pelo item 5.8 do Edital para a participação exclusiva de ME's e EPP's, já que, diante da possibilidade de outras empresas com melhores estruturas de custo apresentar propostas mais vantajosas do que ME's e EPP's, o que se externa inclusive por meio do interesse demonstrado pela própria Impugnante neste pedido, a aquisição de produtos pela Prefeitura de Joaquim Távora em tela não corresponde àquela prevista no inciso I, do art. 48 da Lei Complementar nº 123/2006 alterada pela Lei Complementar nº 147/2014, pois não cumpre com o requisito previsto no inciso III, do art. 49 da Lei Complementar nº 123/2006, alterada pela Lei Complementar nº 147/2014, tendo em vista que a exclusividade representa uma desvantagem à Administração Pública sendo desta forma, necessária a retirada das disposições restritivas constantes no item 5.8 do Edital, que dispõe acerca da exclusividade de participação apenas para ME's e EPP's, permitindo uma maior concorrência para a criação da

Ata de Registro de Preços desejada e eventual fornecimento posterior, com a participação de todas e quaisquer empresas interessadas no certame.

De acordo com o artigo 3º, I, parágrafo 1º da Lei nº 8666/93, é vedado aos agentes públicos:

"I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinja ou frustrem o seu caráter competitivo 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;"

Ora, nobre julgador, na medida em que o Edital está impedindo a participação de empresas de médio, grande porte, não resta dúvida que do ato de convocação consta cláusula manifestamente comprometedora ou restritiva do caráter competitivo que deve presidir toda e qualquer licitação, pois cediça é a necessidade dos produtos.

Como se não bastasse, o item em epígrafe fere igualmente o princípio da isonomia consagrado no artigo 5º, I, da Carta Magna. As exigências contidas em editais de licitação devem ser isonômicas, garantindo a participação de todas as empresas que tem real condição de fornecimento, e serem razoáveis e proporcionais ao objeto licitado.

No entanto da condição de participação onde será desconsiderado o licitante que cotar os itens exclusivos para participação de ME/EPP, por não enquadrar na condição de microempresa e EPP. Deverá ser excluído, pois na própria lei informa o mínimo exigível e caso esse presente processo licitatório não alcance o mínimo de empresas de pequeno porte deverá garantir a participação de todas as empresas que tem real condição de fornecimento, e serem razoáveis e proporcionais ao objeto licitado.

As exigências devem ser pautadas pela impessoalidade, garantindo assim a participação de todos os interessados em pé de igualdade. Maria Sylvia Zanella Di Pietro nos ensina:

"O princípio da impessoalidade, [...], aparece, na licitação, intimamente ligado aos princípios da isonomia e do julgamento objetivo: todos os licitantes devem ser tratados igualmente, em termos de direitos e obrigações, devendo a Administração, em suas decisões, pautar-se por critérios objetivos..."

O Administrador deve evitar qualquer exigência irrelevante e destituída de interesse público, que restrinja a competição. Procedimento dessa natureza viola o princípio da competitividade.

No município de Campo Largo ocorreu a licitação que se deu a exclusividade para ME e EPP, no entanto no momento do certame não compareceu o mínimo de três microempresas, desse modo a Sra. Pregoeira abriu o certame para as demais empresas visando dar amplitude a concorrência a fim de obter a melhor proposta em favor da administração pública, conforme anexo.

O que também vem sendo o entendimento no Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo:

“Diante de todo o exposto, sugerimos a seguinte proposta de encaminhamento:

4.1 Sejam expedidas à Prefeita Municipal de Rio Novo do Sul, à Secretária Municipal de Saúde e ao Pregoeiro Municipal as seguintes determinações:

- a) Que antes do relançamento do edital, caso o faça, verifique se há, sediadas no local ou na região, um mínimo de três fornecedores competitivos enquadrados como ME ou EPP, e, caso haja, e os itens da licitação se enquadrem no patamar de até R\$ 80.000,00, nos termos do artigo 48, I da Lei Complementar 123/2006, com redação dada pela Lei Complementar 147/2014, quando promover o lançamento do edital o faça com exclusividade para as empresas enquadradas na Lei Complementar 123/2006, independentemente de onde forem sediadas.
- b) Que exclua do edital do certame, quando do seu relançamento, caso o faça, qualquer regra que seja no sentido de que caso não compareçam um mínimo de três empresas enquadradas como ME ou EPP, o edital estaria automaticamente aberto a qualquer empresa, por ausência de previsão legal quanto a essa prática.
- c) Que caso proceda ao relançamento do edital, seja encaminhada a esta Corte sua cópia, bem como a cópia dos documentos que demonstrem haver a Administração Pública se certificado acerca da existência de um mínimo de três fornecedores competitivos enquadrados como ME ou EPP, sediadas no local ou na região.

Considerando, por fim, as explanações feitas pela equipe técnica desta Casa, **NOTIFICO o Prefeito Municipal de Rio Novo do Sul, a Secretária Municipal de Saúde e o Pregoeiro Oficial do Município, DETERMINANDO** que observem as ponderações feitas por esta Corte de Contas por meio da Manifestação Técnica de fls.162/169, cuja cópia deverá ser juntamente encaminhada com o Termo DE Notificação

Decisão Monocrática 01484/2016-8

Vale salientar que o Município de Campo do Tenente e Blumenau já decidiram em suas licitações que não compareceram no mínimo três empresas em seus Municípios e os seus certames e itens restaram deserto, no entanto abriram a ampla concorrência haja vista a

exclusividade resultar em processos licitatórios desertos e a repetição não ser vantajosa para Administração Pública pelo risco do processo ser frustrado novamente.

MUNICÍPIO DE CAMPO DO TENENTE ESTADO DO PARANÁ
DEPARTAMENTO DE LICITAÇÕES E CONTRATOS **EDITAL DE PREGÃO**
PRESENCIAL Nº 84/2016 – PRESENCIAL SISTEMA REGISTRO DE
PREÇOS

3.3.2. Do certame: Considerando o fato de que não há cadastro de número igual ou superior a três empresas no Município de Campo do Tenente e também na Microrregião 39 (Microrregião Geográfica de Rio Negro) de acordo com a classificação do IBGE, nos termos do parágrafo primeiro do art. 9º, da Lei Municipal nº 866/2015, alterada pela Lei nº 877/2015, que possam fornecer o item constante do anexo V, e, que foi realizado o Pregão Presencial nº 67/2016, destinado à participação exclusiva de Microempresas – ME, Empresas de Pequeno Porte – EPP e Microempreendedores Individuais – MEI nos termos da Lei Complementar nº 123/2006, alterada pela Lei Complementar nº 147/2014, sem limite de abrangência territorial, resultando “deserto”, a repetição do processo nos termos acima citados não seria vantajosa para a administração pública, pelo risco de o processo licitatório ser frustrado pela inexistência de licitantes. Entretanto, será aberto para ampla competição, atendendo a Lei Complementar nº 123/2006, alterada pela Lei Complementar nº 147/2014.

A DECISÃO DA PREFEITURA MUNICIPAL DE BLUMENAU- SANTA CATARINA DEPARTAMENTO DE LICITAÇÕES EDITAL DE PREGÃO PRESENCIAL 165/2016 SISTEMA REGISTRO DE PREÇO DE MEDICAMENTOS PARA UNIDADE BÁSICA DE SAÚDE.

O DECRETO Nº 8.538, DE 6 DE OUTUBRO DE 2015 - Regulamenta o tratamento favorecido, diferenciado e simplificado para as microempresas, empresas de pequeno porte, agricultores familiares, produtores rurais pessoa física, microempreendedores individuais e sociedades cooperativas de consumo nas contratações públicas de bens, serviços e obras **no âmbito da administração pública federal**. Se não bastasse estar expresso o âmbito da esfera federal, reza no seu Art. 1º, § 1º Subordinam-se ao disposto neste Decreto, além dos órgãos da administração pública federal direta, os fundos Especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e **as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União**. O referido decreto não regulamenta a esfera municipal, estando os Municípios amparados pela Lei Complementar nº. 123/2006 e alterações. Sobre a questão a Lei Complementar nº. 147/2014 alterou a Lei Complementar nº. 123/2006 para, dentre outros objetivos, ampliar a participação das microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações públicas. A nova redação do art. 47, além de ampliar o rol de entidades que concederão tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte, também substituiu a expressão **poderá** que remete a impressão de facultativo, por **deverá**, para que não tenha questionamentos sobre sua obrigatoriedade de observância. Atualmente, além de o referido dispositivo mencionar expressamente, além da Administração Direta, também a Administração Indireta (autarquia e fundacional), de todos os níveis de governo, estabelece, ainda, verdadeiro dever da Administração de conferir tratamento jurídico diferenciado às MEs e EPPs, retirando tal decisão do campo da discricionariedade administrativa. Como diz o próprio dispositivo da Lei, Artigo 47 objetiva-se, com isso, 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.

Esse posicionamento é defendido pela professora Maria Zanella di Pietro "As exceções mencionadas não conflitam com o princípio da isonomia, uma vez que o art. 5º da Constituição somente assegura igualdade entre os brasileiros e estrangeiros em matéria de direitos fundamentais. Além disso, no caso das microempresas e empresas de pequeno porte, o tratamento diferenciado resulta da própria situação de desigualdade dessas empresas em relação a outras que não têm a mesma natureza; por outras palavras, trata-se de tratar desigualmente os desiguais". O princípio da indisponibilidade dos interesses públicos consiste na impossibilidade de o administrador agir segundo sua vontade, mas, ao contrário, restringir-se ao regulado no ordenamento jurídico, daí decorrendo os princípios da legalidade, da moralidade, da publicidade, da impessoalidade, e tantos outros em que se evidencie o princípio democrático de atendimento segundo critérios e normas uniformes e impessoais, não favorecendo nem perseguindo grupos ou pessoas, mas atendendo ao que o legislador, no exercício de sua competência, interp retou como o abstrato interesse da coletividade. A Lei complementar 123/06 e alteração caminha em conjunto à concretização dos ditames constitucionais relativos à ordem econômica, visto que a própria Constituição Federal de 1988, prevê, em seu art. 170, inciso IX, "tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País". Ainda que no entendimento maior seja a busca do menor preço, visando a economia nas contratações da Administração pública, o(a) Pregoeiro(a), no momento dos lances, buscará o melhor preço entre os participantes nesta condição com a obrigação da exclusividade. Para tanto, baseia-se nos orçamentos apresentados na cotação prévia realizada pela Gerência de compras, onde busca condições de analisar preços ofertados com preços de mercado. Portanto o Instrumento convocatório de nada consta vício ou ferimento aos princípios da Lei e sim estabelece o que rege a Lei. No entanto, a mesma LC 123/06 no Art. 49, reserva a Administração Pública o direito de escolha da exigência, em determinadas situações: Art. 49. Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando: 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;

Nesse sentido, essa Pregoeira solicitou posicionamento da Secretaria Municipal de Saúde - SEMUS, ora requisitante do presente pregão, quanto ao pedido de impugnação diante das razões apresentadas. A Diretora de Assistência Farmacêutica, Maria Luiza Schmitt, manifestou-se através de documento juntado nos autos, da qual transcrevo: "Com referência aos medicamentos constantes no PP 165/2016 solicitamos que, para os itens que restaram desertos em pregões anteriores principalmente por não se enquadrarem na Lei da ME, que a mesma não seja novamente fator de desclassificação de empresas neste processo. A falta de empresas fornecedoras em processo licitatório faz com que tenhamos que optar pela compra de medicamentos por dispensa de licitação, muitas vezes onerando o município e comprometendo o estoque de medicamentos nas Unidades de Saúde."

Tendo em vista que a própria Lei Complementar 123/2006, em seu artigo 49, inciso III, prevê casos em que se possa excluir essa exigência por questão de vantagens para a administração pública, conclui-se que seria MAIS VANTAJOSO para a Secretaria a retirada da exigência da participação exclusiva de empresas MP ou EPP no referido pregão. Apresenta desvantagem principalmente quando não ocorre a aquisição dos medicamentos cujo depende terceiros, na qualidade da vida humana. Ainda como fundamento visando a eficiência deste processo, informamos que pelo

histórico das licitações anteriores nenhuma outra proponente se apresentou, correndo-se o risco de obter medicamentos desertos mais uma vez. A natureza da função pública e a finalidade do Estado impedem que seus agentes deixem de exercer os poderes e de cumprir os deveres que a lei lhes impõe. Tais poderes, conferidos à Administração Pública para serem utilizados em benefício da coletividade, não podem ser renunciados ou descumpridos pelo administrador sem ofensa ao bem comum, que é o supremo e único objetivo de toda ação administrativa. Neste sentido, diante da justificativa da Secretaria estando a matéria dentro da legalidade essa Pregoeira decide por acompanhar a decisão da Secretaria e excitar o Edital a participação exclusiva de ME e EPP **DA DECISÃO:** Ante o exposto, decido por Conhecer a Impugnação ora interposta pela empresa **PROMEFARMA REPRESENTAÇÕES COMERCIAIS LTDA** e pelas razões acima expostas, opinando por **DAR PROVIMENTO TOTAL**. É a decisão. Encaminha-se para autoridade superior

Deste modo a Prefeitura Municipal de Balsa Nova também procedeu com a licitação com exclusividade a ME e EPP, porém a mesma foi cancelada devido não comparecer as três ME e EPP sediadas no local e na região.

Por todo o exposto, pugna-se a exclusão da exigência contida no item 5 condições para participação deste Edital haja vista o mesmo dar exclusividade a microempresas e empresas de pequeno porte ferindo o princípio da isonomia e economicidade.

V. REQUERIMENTOS FINAIS:

- i. Requer se digne v.sa. a receber, processar e deliberar sobre a presente **IMPUGNAÇÃO** para que seja acolhida com a consequente determinação de abertura da participação de todas as empresas interessadas em participar da licitação prevista no Edital para Pregão Presencial Nº 010/2017 – Registro de Preços.
- ii. Requer que caso não compareça o mínimo três fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou EPP sediados no **LOCAL Município de Araucária ou na REGIÃO proximidades do Município de Araucária** capazes de cumprir as exigências estabelecidas nas leis e conforme o decreto

iii. Sucessivamente requer que o presente certame seja aberto para as demais empresas consideradas de médio e grande porte visando o princípio da economicidade.

iv. Pede-se ainda, que caso haja indeferimento do pedido, seja encaminhado à instância competente superior, para que haja uma nova análise dos pedidos.

Termos em que,

Pede deferimento

13 de março de 2017

Lilianni Teleginski

Dep. Jurídico

Promefarma Repr. Comerciais Ltda.



Prefeitura do Município de Araucária
Secretaria Municipal de Administração



FOLHA DE DESPACHO

Encaminhamento inicial
DO PROTOCOLO

PROCESSO Nº 2570/2017

PARA: SMAD - DLC

DATA: 16/03/17

[Signature]
FUNCIONÁRIO

Do Pregoeiro ao DLC

Favor apontar este processo ao PL237/17

Em, 20/03/17

[Signature]
Lauriana S. Souza
PREGOEIRO



Prefeitura do Município de Araucária

Secretaria Municipal de Saúde

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 2570/2017

ASSUNTO: IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

REF. PROCESSO LICITATÓRIO Nº 237/2017

PREGÃO PRESENCIAL Nº 010/2017

INTERESSADO: PROMEFARMA REPRESENTAÇÕES COMERCIAIS LTDA.

A requerente, empresa PROMEFARMA REPRESENTAÇÕES COMERCIAIS LTDA. apresenta, *tempestivamente* na forma do item 16.2 do Edital em referência, IMPUGNAÇÃO ao edital de licitação.

DA IMPUGNAÇÃO

Em síntese (fls. 02 à 16), a impugnante requer que a administração pública permita a livre participação das empresas interessadas para todos os itens do processo e que caso não compareça o mínimo de três fornecedores competitivos enquadrados como ME ou EPP sediados no local ou na região, proximidades do Município de Araucária, que seja aberto para as demais empresas de médio e grande porte visando o princípio da economicidade.

DA ANÁLISE DO PREGOEIRO

Face às alegações trazidas pela requerente, não há possibilidade de atender o pedido pois, ante ao vácuo regulatório próprio, o município aplica o entendimento da regra geral da Lei Complementar 123/2006, e alterações da Lei Complementar 147/2014, em seus artigos 47 a 49 que dão direito assegurado às MEs e EPPs às licitações exclusivas quando o objeto tiver valor de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), pois o art. 47 fala:

Art. 47. Nas contratações públicas da administração direta e indireta, autárquica e fundacional, federal, estadual e



Prefeitura do Município de Araucária

Secretaria Municipal de Saúde

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. (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014) **(grifo nosso)**

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. (Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014.

Já o inciso III do art. 48 da LC 123 determina que em certames para aquisição de bens de natureza divisível deverá ser estabelecida cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte.

Portanto, para o edital 010/2017, no que diz respeito ao ITEM 2 - DA PARTICIPAÇÃO, permanece inalterada a redação, ou seja:

- Grupo 01 é exclusivo para microempresas e empresas de pequeno porte, se não houver Microempresas e Empresas de Pequeno Porte concorrendo aos itens deste grupo, eles serão abertos para a livre concorrência.

- Grupo 02 é com cota participação de até 25% (vinte e cinco por cento) exclusivo para microempresas e empresas de pequeno porte, se não houver microempresas e empresas de pequeno porte concorrendo nesta cota, ela poderá ser adjudicada ao vencedor da cota principal, ou diante de sua recusa, aos licitantes remanescentes, desde que pratiquem o preço do primeiro colocado.



Prefeitura do Município de Araucária

Secretaria Municipal de Saúde

- Grupo 03 é com cota participação de 75% (setenta e cinco por cento) para ampla concorrência.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, o Pregoeiro nos termos do subitem 16.5 do edital e em razão do interesse público, decide pelo **NÃO PROVIMENTO DA IMPUGNAÇÃO INTERPOSTA**, mantendo todas as condições do Edital, inclusive data da entrega e abertura dos envelopes do Pregão Presencial 010/2017.

Araucária, 20 de março de 2017.


LAURIANA SANTOS DE SOUZA
Pregoeiro – Decreto nº 26.007/2013.