SECRETARIA DE ADMINISTRAÇÃO E GESTÃO
DEPARTAMENTO DE COMPRAS E LICITAÇÕES

Ofício nº 72/2016-DCL Gaspar, 27 de Julho de 2016.

Ao Senhor
CLEITON ANDRÉ WAGNER
Representante Legal da Empresa
ALTERMED MATERIAL MÉDICO HOSPITALAR LTDA
Rua Estrada Boa Esperança, nº 2320, Fundos - Canoas - Rio do Sul/SC
CEP 89.163-554

Assunto: **RESPOSTA À IMPUGNAÇÃO AO EDITAL DE PREGÃO PRESENCIAL Nº 69/2016**

1. DOS FATOS

Chegou à Prefeitura Municipal de Gaspar, ao Departamento de Compras e Licitações, no dia 19 de Julho de 2016, Impugnação impetrada pela empresa, **ALTERMED MATERIAL MÉDICO HOSPITALAR LTDA** inscrita no CNPJ sob o nº 02.802.002/0001-02 contra as disposições apresentadas no Edital de Pregão Presencial 69/2016.

Em síntese, a Impugnante alega que o Edital de Pregão Presencial 69/2016, que tem por objetivo o **Registro de Preços de para Futuras Aquisições de Medicamentos para dispensação gratuita na Farmácia Básica do Município de Gaspar/SC,** estaria incorrendo em ilegalidade observando o artigo 48 da LC nº 123/2006, alterado pela LC nº 147/2014, que orienta a realização e participação exclusiva de empresas Microempresas ou Empresas de Pequeno Porte nos processos licitatórios cujos itens sejam abaixo de R$ 80.000,00 reais, bem como cita não haver no edital indicação de pelo menos três empresas, que se enquadram como Micro ou Pequenas empresas no âmbito Municipal ou Regional em conformidade com o Artigo 49 da Lei 123/2006 e do Artigo 47 da mesma Lei, referente a não indicação dos critérios de regionalidade e localidade.

Requer a Impugnante que seja alterado o Edital de Licitação de modo que vislumbre a participação das demais Empresas sem prejuízo de eventuais outros benefícios às ME ou EPPs.

Deseja assim a procedência da peça impugnatória e a retificação do Edital.

Em síntese, é o relato.

2. DA ANÁLISE DA IMPUGNAÇÃO

Inicialmente cabe destacar que a peça impugnatória apresentada pela Empresa **ALTERMED MATERIAL MÉDICO HOSPITALAR LTDA,** em observância ao que estabelece o Edital de Licitação no item 8.1, do título **DA IMPUGNAÇÃO AO EDITAL E DOS RECURSOS,** foi apresentada dentro do prazo legal, caracterizando assim sua Tempestividade.

Antes de analisar o mérito da peça impugnatória propriamente dita, é preciso destacar alguns pontos de vital importância para elaboração, análise e interpretação de um Edital.

O primeiro destaque é sobre os objetivos da licitação, a doutrina é pacífica ao acentuar os traços essenciais e suas finalidades para o êxito de um Processo Licitatório, quanto a isso é interessante apresentar algumas das referências citadas pelos doutrinadores da obra de Meirelles.

> Carlos Medeiros Silva preleciona: "A finalidade da concorrência pública (licitação) é precisamente a de, mediante publicidade adequada, limitar o arbítrio, restringir o âmbito das opções, cercear a livre escolha dos candidatos, tornar objetivos os requisitos das propostas, a fim de impedir soluções pessoais e que não sejam inspiradas no interesse público" ("Parecer" in RDA 79/465, apud, MEIRELIES, 2007, 27).
>
> J. Nascimento Franco-Nisske Gondo dizem: "Trata-se de um processo que a um só tempo restringe o arbítrio do agente do Poder Público na seleção dos seus fornecedores, enseja a todos os interessados igualdade de condições na apresentação do negócio e impõe a escolha do que apresentar a melhor proposta" (FRANCO; GONDO, 1969, apud, MEIRELIES, 2007, 27).
>
> Carlos Ari Sundfeld conceitua licitação como "o procedimento administrativo destinado à escolha de pessoa a ser contratada pela Administração ou a ser beneficiada por ato administrativo singular, no qual são assegurados tanto o direito dos interessados à disputa como a seleção do beneficiário mais adequado ao interesse público" (SUNDFELD, 2005, apud, MEIRELLES, 2007, p. 27)

Celso Antônio Bandeira de Mello em síntese sobre Licitação profere o seguinte ensinamento, vejamos:

> Celso Antonio Bandeira de Mello, "Licitação - em suma síntese - é um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas. Estriba-se na idéia de competição, a ser travada isonomicamente entre os que preencham os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir". (MELLO, Curso de Direito Administrativo, 2004. p. 483.)

Em resumo a tudo o que foi exposto, o conceito de licitação de José dos Santos Carvalho Filho (2007, p. 209) deixa claro e de forma objetiva, o conceito e a finalidade da licitação, conceituando-a como:

> [...] o procedimento administrativo vinculado por meio do qual os entes da Administração Pública e aqueles por ela controlados selecionam a melhor proposta entre as oferecidas pelos vários interessados, com dois objetivos – a celebração de contrato, ou a obtenção do melhor trabalho técnico, artístico ou científico.

Em outras palavras, pode-se dizer que a licitação tem como objetivo: a) garantir que todos os interessados possam participar do processo em condições iguais (princípio da isonomia); b) selecionar a proposta mais vantajosa, que como é muito bem esclarecido na obra de Meirelles, têm-se como regra geral o menor preço, (MEIRELLES, 2007, p. 30); c) a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

Pela análise das referências citadas verifica-se que o objetivo da licitação não é contratar qualquer empresa ou qualquer produto indistintamente, mas selecionar em igualdade de condições entre todos os interessados que forneçam o produto ou serviço que atenda às necessidades do interesse público.

Adentrando no mérito da Impugnação propriamente dita, a problemática levantada pela Impugnante é controvertida e provoca debates acalorados na doutrina e principalmente entre os técnicos que atuam na área de licitações. Isso porque a legislação é extremamente nova, sendo que o Poder Judiciário e os Tribunais de Contas não se manifestaram oficialmente sobre vários aspectos controvertidos da Lei Complementar 147/2014.

A realização de licitação exclusiva conforme determina o art. 48 da Lei Complementar 123/2006 alterada pela Lei Complementar 147/2014, é recomendação do Departamento Jurídico do Município.

Quanto a peça impugnatória é importante destacar que a fundamentação jurídica apresentada não é aplicável ao caso em questão. Não há nenhum artigo da Lei a obrigatoriedade de o Município indicar três microempresa ou empresas de pequeno porte da região. Dessa forma a fundamentação apresentada não é adequada.

Ocorre que embora não apresente-se de forma adequada a peça da impugnante fez com que houvesse um debate intenso sobre a aplicabilidade dos artigos 47, 48 e 49 da Lei Complementar 123/2006, sendo que apresentaremos algumas conclusões abaixo.

Conforme já exposto, o artigo 48 da Lei Complementar de 123/2006 determina que a Administração Pública realize processo licitatório exclusivo à participação de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R$ 80.000,00 reais. E

seguindo o mesmo diploma legal, vai estabelecer o artigo 49 da LC 123/2006 as exceções a aplicabilidade do disposto no artigo 47 e 48 :

> *Art. 49 Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando:*
> *I - os critérios de tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não forem expressamente previstos no instrumento convocatório;*
> *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;*
> *[...]*

Parece que no caso concreto seria uma das exceções previstas no inciso II, mas a única forma de se saber se haveria empresas interessadas seria através de consulta às ATAS de Sessão de anos anteriores.

Tais informações são de domínio público e estão disponíveis no portal eletrônico do Município.

Não há, portanto, como ignorar, com fundamento no quadro das licitações dos últimos cinco anos, efetuadas do mesmo objeto no município de Gaspar, a inexistência de mercado local através da demonstração do balanço de microempresas e empresas de pequeno porte em funcionamento na região, exploradoras da atividade econômica pertinente ao objeto do certame em questão, localizadas a uma pequena distância do município de Gaspar, e que poderiam dele participar com embasamento na exclusividade legal, considerado o preço estimado menor que R$ 80.000,00, caso fosse observado o inciso II do art. 48 da Lei Complementar n. 123/2006 quando da elaboração do Edital.

Para justificar os critérios utilizados para resposta à impugnação do edital, o Pregoeiro também realizou consulta baseado em acesso a processos de licitações lançados com este mesmo objeto dos cinco anos anteriores, e, baseado no perfil dos licitantes que participaram, foi verificado que, no ano de 2011, compareceram apenas duas empresas ME/EPP, sendo do estado Rio Grande do Sul e Paraná, em 2012 houve participação de duas empresas ME/EPP dentre as quais uma apenas era de Santa Catarina e a outra do Paraná. No ano de 2013 participaram apenas três empresas ME/EPP, porém, do Estado de Santa Catarina e do Paraná. No ano de 2014 participou apenas uma empresa ME/EPP do estado do Paraná. Já em 2015, houveram duas licitações cujo total de 16 (dezesseis)

licitantes participantes, uma empresa apenas na condição de ME/EPP, das quais era sediada na cidade de Chapecó (extremo oeste do estado de Santa Catarina).

Portanto, participaram no Município de Gaspar nos últimos cinco anos apenas 03 (três) empresas interessadas de Santa Catarina licitantes enquadradas como ME/EPP sendo uma de Camboriú e duas de Chapecó.

Dessa forma, o Pregoeiro, considerando a pequena participação de ME ou EPP, demonstrado nos cinco anos anteriores, buscando garantir acima de tudo o sucesso na contratação, uma vez que se trata de produto indispensável à saúde da população, entende, ser prudente e sensato não aplicar o disposto no artigo 48 da LC 123/2006 com exclusividade para ME/EPP, para não prejudicar a competição e evitar que o processo fique deserto. Entende ainda que tal exclusividade a ME ou EPP faria sentido se demonstrado que em anos anteriores houvesse a expressiva participação de empresas ME ou EPP nos processos licitatórios, fato que não ocorreu.

Destaca-se ainda que, conforme determina a LC 123/2006, as Microempresas ou Empresas de Pequeno Porte nos processos licitatórios possuem um tratamento diferenciado e favorecido garantido por lei, na fase de Lances e na Habilitação, portanto, sua participação não se demonstraria prejudicada, podendo se sobrepor aos demais interessados conforme previsto em lei.

Em virtude da matéria ora impugnada apresentar-se controversa no campo jurídico, o pregoeiro suspendeu "*sine die*" a data da realização do Pregão Presencial nº 069/2016, cujo objeto é o Registro de preços para Futuras Aquisições de Medicamentos para dispensação gratuita na Farmácia Básica do Município de Gaspar/SC, encaminhando a impugnação para a Procuradoria Geral do Município para que examinasse, analisasse e fornecesse parecer sobre a impugnação, sendo que a Procuradoria apresentou parecer pelo Indeferimento da Impugnação.

O Pregoeiro juntamente com a equipe técnica do Departamento de Compras e Licitações por adotarem posicionamento diverso da conclusão do Departamento Jurídico, principalmente considerando o disposto no art. 37, *caput* e inciso XXI da Constituição Federal, o art. 3º Caput da Lei 8.666/1993; considerando ainda a interpretação de forma conjunta dos art. 47, 48 e 49 da Lei Complementar nº 123/2006; e ainda considerando a relevância e o interesse público da contratação, recomendamos a procedência da Impugnação.

3. DA DECISÃO DA IMPUGNAÇÃO

Assim sendo, considerando o todo exposto, **CONHEÇO A IMPUGNAÇÃO** apresentada pela empresa **ALTERMED MATERIAL MÉDICO HOSPITALAR LTDA**, por ser **TEMPESTIVA**, quanto ao MÉRITO JULGO **PROCEDENTE**, alterando-se as disposições do Edital de modo que vislumbre a participação das demais Empresas sem prejuízo da aplicação do disposto nos arts. 42 a 45 da Lei Complementar 123/2006.

Atenciosamente,

PEDRO CÂNDIDO DE SOUZA
Pregoeiro - Decreto nº 6413/2015

CLEONES HOSTINS
Secretário Municipal de Saúde