



PROCESSO Nº: 1.048.053
NATUREZA: DENÚNCIA
DENUNCIANTE: CARLOS ROBERTO HENRIQUES DE OLIVEIRA
ÓRGÃO: PREFEITURA MUNICIPAL DE MATOZINHOS
RELATOR: CONSELHEIRO SUBSTITUTO HAMILTON COELHO
ANO REF.: 2018

REEXAME

I. INTRODUÇÃO

Tratam os presentes autos de Denúncia formulada pelo Senhor Carlos Roberto Henriques de Oliveira, no qual relata a ocorrência de supostas irregularidades praticadas no Processo Licitatório nº 097/2018, Pregão Presencial nº 066/2018, que visa o registro de preço para aquisição de gêneros alimentícios não perecíveis.

Em exame inicial, esta Coordenadoria apresentou o relatório técnico, às fls. 718/722v, por meio do qual apontou as seguintes irregularidades:

- Aplicação irregular da cota de até 25% (vinte e cinco por cento) reservada para contratação de microempresas e empresas de pequeno porte, prevista no art. 48, inciso III, da Lei Complementar nº 123/06;
- Ofensa aos princípios da isonomia, legalidade, publicidade e da vinculação ao edital decorrente de conduta da Pregoeira que deixou de responder e dar publicidade à resposta de pedido de esclarecimento formulado;
- Inobservância da exigência de licitação exclusiva para microempresas e empresas de pequeno porte em lotes de valor inferior a R\$ 80.000,00, prevista no art. 48, inciso I da Lei Complementar 123/06.



O Ministério Público de Contas manifestou-se às fls. 724/724v.

Em cumprimento ao despacho do Conselheiro Relator (fl. 725), os autos foram enviados a esta Coordenadoria para manifestação sobre a defesa subscrita pelos responsáveis pelo Pregão Presencial nº 066/2018 (fls. 730/741).

II.DEFESA

II.1.1 Aplicação irregular da cota de até 25 (vinte e cinco) % reservada para contratação de microempresas e empresas de pequeno porte

O denunciante alega que a Prefeitura Municipal de Matozinhos aplicou critérios errôneos na definição da reserva de 25% (vinte e cinco por cento) do valor do objeto licitado para contratação de microempresas e empresas de pequeno porte, conforme o art. 48, inciso III, da LC 123/06. Informou, também, que a Administração Pública selecionou apenas 6 (seis) itens da ata de registro de preços para aplicar a regra prevista, sem apresentar as razões para escolha de tais itens.

Por sua vez, os defendentes argumentaram que o Processo Licitatório nº 097/2018 aplicou as regras da Lei Complementar nº 123/2006 para micro e pequenas empresas, conforme os itens 8.11.1.4 e 8.12 do edital de licitação (fl. 733).

Informaram que Tribunal de Contas da União já proferiu o seguinte Acórdão nº 1819/2018, Plenário, Auditoria, Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues para licitação de gêneros alimentícios (fls. 733/735).

Dessa forma, a defesa relatou que “tanto se pode reservar 25% (vinte e cinco por cento) do quantitativo de todos os itens, como também se pode reservar alguns itens para participação exclusiva das microempresas e empresas de pequeno porte”, e, citam nesse sentido o Acórdão 1819/2019 do Tribunal de Contas da União.

Além disso, acrescenta que o Pregão Presencial nº 066/2018 foi baseado pelo Decreto Estadual nº 47.437/2018, conforme as regras estabelecidas no artigo 11, §§ 2º, 3º, inciso II (fl. 736):

Art. 11. Nos certames para a aquisição de bens de natureza divisível, os órgãos e entidades contratantes deverão reservar percentual de até vinte e cinco por cento do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte.

§ 1º O percentual máximo de vinte e cinco por cento previsto no caput deverá ser calculado sobre o valor total estimado para o certame.

§ 2º A reserva de cota do objeto definida no caput será realizada por meio de identificação de lote para a participação exclusiva de microempresas e empresas de pequeno porte, com observância a uma das seguintes regras:

(...)

II - o lote para participação exclusiva poderá ser composto por item ou itens que representem a sua quantidade total licitada, podendo este item ou itens serem diferentes dos itens dos de mais lotes da licitação.

(...)

§ 3º Na hipótese em que o valor de um dos lotes do certame, nos termos do § 1º do art. 8º, seja inferior ou igual a R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), sendo aplicada a regra definida no art. 8º, considera-se satisfeita a exigência da reserva de percentual disposta no caput. (grifo e sublinhado nosso)

Por fim, os defendentes concluíram que “ a interpretação de até 25% dos itens divisíveis para ME, EPP e MEI apresentada no relatório técnico, ora rechaçada, também não considerou a regulamentação da matéria disposta no Decreto Estadual nº 47.437/2018, acolhido e aplicado pela Pregoeira, ao afirmar que para os itens de números 18 a 23 do objeto licitado, não se aplica a regra do inciso III, mas apenas a regra do inciso I, ambos do artigo 48, da Lei Complementar nº 123/2006” (fl. 739).

ANÁLISE

Verifica-se que o Edital não observou o tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte.

De fato, o objeto da licitação foi dividido em itens (ANEXO IV do Edital), entretanto, não foi observada a **reserva de cota de até 25% (vinte e cinco por cento)**

do objeto para contratação de microempresas e empresas de pequeno porte, nos termos do art. 48, inciso III, da Lei Complementar Federal nº 123/ 2006.

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. (Grifo nosso).

(...)

Como se pode notar, **é obrigatório** para Administração, em procedimentos licitatórios para aquisição de bens divisíveis, como é o caso dos gêneros alimentícios não perecíveis, a **reserva de cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para contratação de microempresas e empresas de pequeno porte**, nos lotes ou itens de contratação cujo valor exceda **R\$ 80.000,00**.

José Anacleto Abduch Santos explica:

Na hipótese de cota reservada, na mesma licitação, **um percentual de até 25% de objeto divisível é destinado à disputa entre ME e EPP**, e o percentual restante de 75% é posto em disputa universal, entre empresas enquadradas como ME e EPP e não enquadradas. **Assim, parte do objeto é disputado somente pelas ME e EPP**, e para o restante dele a disputa é universal. (SANTOS, José Anacleto Abduch Santos. Licitações e o estatuto da microempresa e empresa de pequeno porte. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2015. p. 138). (grifo nosso)

No entanto, o **Tribunal de Contas da União** já concluiu pela possibilidade de **não aplicar a cota de até 25% (vinte e cinco por cento) nos objetos divisíveis para as microempresas e empresas de pequeno porte, quando o tratamento diferenciado não for vantajoso para a administração pública** (Acórdão 1819/2018, Plenário, Auditoria, Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues):

SUMÁRIO: RELATÓRIO DE AUDITORIA, NO ÂMBITO DA FOC REALIZADA NO PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTAÇÃO ESCOLAR-PNAE. IRREGULARIDADES E IMPROPRIEDADES IDENTIFICADAS NO ESTADO DA FEDERAÇÃO AUDITADO. MEDIDA CAUTELAR SUSPENDENDO A EXECUÇÃO DE REGISTROS DE PREÇOS COM INDÍCIOS DE SOBREPREGO NOS LOTES DESTINADOS ÀS MICROEMPRESAS E ÀS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE. OITIVAS. TÉRMINO DO PRAZO DE VIGÊNCIA DOS REGISTROS DE PREÇOS SUSPENSOS. REVOGAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES POR PERDA DE OBJETO. DETERMINAÇÕES À UNIDADE TÉCNICA PARA

VERIFICAÇÃO DE EVENTUAIS PREJUÍZOS AOS COFRES PÚBLICOS E DE INDÍCIOS DE FRAUDE À LICITAÇÃO, POR PARTE DE EMPRESA QUE NÃO ATENDIA OS REQUISITOS PARA OBTENÇÃO DE BENEFÍCIO DESTINADO ÀS MICROEMPRESAS. DETERMINAÇÕES À RESPECTIVA SECRETARIA DE EDUCAÇÃO. MONITORAMENTO A SER DEFINIDO PELA SEGECEX, COM VISTAS A VERIFICAR MEDIDAS ADOTADAS NO ESTADO E O RESULTADO DAS PROVIDÊNCIAS ADOTADAS PELO FNDE, EM CUMPRIMENTO ÀS DETERMINAÇÕES FEITAS NO PROCESSO CONSOLIDADOR DA FOC. CIÊNCIA DAS OCORRÊNCIAS AO CONSELHO ESTADUAL DE EDUCAÇÃO.

Direito de preferência. Pequena empresa. Microempresa. Bens. Aquisição. Preço. Tratamento diferenciado. **Não há**, na Lei Complementar 123/2006, e no decreto que a regulamenta, determinação no sentido de que a **aplicação da cota de 25%**, de que trata o inciso III do art. 48 da referida lei, **estaria limitada à importância de R\$ 80.000,00**, prevista no inciso I do referido dispositivo, **razão pela qual não procede o entendimento de que esses incisos devam ser interpretados de forma cumulativa;**

Não se verifica, na Lei Complementar 123/2006, **a impossibilidade de sejam distintos os preços praticados, para um mesmo produto, pelas ME e EPP e as empresas que concorrem às cotas destinadas à ampla concorrência, desde que não ultrapassem o valor de referência de finido pela administração**, observados, nessa situação, os princípios e vedações previstos no art. 3º da Lei 8.443/1992, bem como o poder dever de a administração, com fulcro no art. 49 da Lei 8.666/1993, **revogar os procedimento licitatórios por razões de interesse público, com vistas a impedir a contratação por preços superiores aos praticados no mercado. Acórdão 1819/2018 Plenário;**

Não há impedimento de que sejam adjudicados às microempresas e às empresas de pequeno porte valores superiores aos estabelecidos no art. 3º da Lei Complementar 123, incisos I e II, respectivamente, uma vez comprovado que estas, à época da licitação, atendem aos requisitos e às exigências contidas nos artigos 3º, 3º-A e 3º-B da referida lei (Auditoria, Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues). (Grifo e sublinhado nosso)

Por sua vez, o Edital de Licitação do Pregão Presencial nº 066/2018 **não demonstrou que os valores praticados pelas ME e EPP seriam superiores aos valores de referência definido pela Administração Pública**. Logo, não evidenciou que a cota de até 25% (vinte e cinco por cento) seria desvantajosa para a Administração Pública.

Refuta-se, também, a justificativa de que o edital de licitação atendeu às regras estabelecidas no Decreto Estadual nº 47.437/2018, visto que esse decreto não vincula os municípios, conforme **caput do art. 1:**

Art. 1º Este decreto estabelece normas para conferir tratamento diferenciado, simplificado e favorecido às microempresas, empresas de pequeno porte, agricultores familiares, produtores rurais pessoas físicas, microempreendedores individuais e sociedades cooperativas nas **aquisições públicas do Estado** e tem como objetivos:

(...)

Logo, restou configurado o vício apontado pela denúncia no tocante à falta de cota de 25% nas aquisições de bens de natureza divisível para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte.

II.1.2 Ofensa aos princípios da isonomia, legalidade, publicidade e da vinculação ao edital decorrente de conduta da Pregoeira que deixou de responder e dar publicidade à resposta de pedido de esclarecimento formulado

O denunciante alega que formulou pedido de esclarecimentos dirigido à Pregoeira no dia 09/08/2018 e que a resposta só lhe foi encaminhado em 21/08/2018, após a sessão pública da licitação, marcada para o dia 20/08/2018. Considera que houve ofensa ao item 3.1 do edital que impõe prazo de 24h para o Pregoeiro decidir sobre petição de esclarecimentos. Argumenta que a falta de esclarecimentos tempestivos reduziu a sua capacidade de arguir a inobservância das leis regenciais do edital.

Além de não ter sido dada a devida publicidade aos esclarecimentos solicitados, que deveriam integrar o procedimento licitatório. E não ter sido cumprido o princípio da isonomia, por ter sido regularmente respondido e publicado questionamento feito por outra pessoa.

Os defêndentes disseram que o “ Sr. Carlos Roberto Henriques de Oliveira formulou por meio do e-mail datado de 09/08/2018, um pedido de esclarecimentos acerca do critério de aplicação do inciso III, artigo 48, da Lei Complementar nº 147/2014, no Processo Licitatório nº 97/PMM/2018, Pregão Presencial nº 66/PMM/2018”.

Alegaram, também, que “ o denunciante possuía dúvidas quanto a aplicação de uma legislação inexistente (artigo 48, III da Lei Complementar nº 147/2014), visto que esta lei só possui 16 (dezesesseis) artigos”.

Frisaram que “ a Administração Municipal poderia, atendendo ao que foi solicitado pelo Dr. Carlos Roberto Henriques de Oliveira e dando uma interpretação literal ao questionamento, ter simplesmente respondido que *o questionamento não pode ser respondido tendo em vista a inexistência do artigo 48, III na Lei Complementar nº 147/2014*”.

Informaram que “ a Pregoeira supôs que a dúvida se referia à aplicação do artigo 48, III da Lei Complementar nº 123/2006, de forma que após buscar a devida fundamentação junto a sua assessoria, apresentou os esclarecimentos ao Sr. Carlos Roberto Henriques de Oliveira, ora denunciante”.

Destacaram que “ o Município de Matozinhos tem por praxe, ao receber uma impugnação complexa, que por motivos fáticos e procedimentais não pode ser respondida no prazo estabelecido no edital, realizar a suspensão do certame e a sua posterior reabertura”.

Fundamentaram, também, que “ no presente caso não houve impugnação aos termos do edital por parte do Sr. Carlos Roberto Henriques de Oliveira, e ainda, que a dúvida apresentada se tratava da aplicação de um critério previsto em uma legislação inexistente (art. 48, III da Lei Complementar nº 147/2014)”.

Ressaltaram que “no período compreendido entre 31/07/2018 e 20/08/2018 a Pregoeira realizou um número excessivo de processos licitatórios, e que mesmo diante do incorreto e infundado pedido do esclarecimento formulado realizado pelo Sr. Carlos Roberto Henriques de Oliveira, a resposta foi apresentada”.

ANÁLISE

A Lei Complementar nº 147/14, que alterou diversos dispositivos da Lei Complementar nº 123/06 e inseriu novos benefícios para as ME e EPP, dentre os quais se destacam a obrigatoriedade de realizar procedimento licitatório exclusivo para as microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de

até R\$80.000,00 (oitenta mil reais) e o estabelecimento, em aquisições de bens de natureza divisível, de cota de até 25% do objeto para a contratação de ME e EPP.

Dessa maneira, refuta-se a justificativa de que não existe o art. 48, inciso III da Lei 147/14, visto que essa lei complementar foi criada, principalmente, para alterar a Lei Complementar 123/06. Assim, a regra estampada no artigo 48 da Lei Complementar federal nº 123/2006 foi dada pela Lei Complementar federal nº 147/2014.

Em complemento a isso, observa-se que a Lei nº 8.666/93 não distingue os prazos para o particular impugnar o edital ou solicitar esclarecimentos. Em vez disso, a Lei de Licitações fixa prazos distintos apenas em função de quem se dirige à Administração.

Já a Lei nº 10.520/02, que instituiu o pregão, não disciplinou prazos para apresentação de pedidos de esclarecimento e impugnações aos editais. Regra geral, essa disciplina foi fixada pelos decretos que disciplinam o pregão em suas formas presencial e eletrônica.

Porém, o Município de Matozinhos regulamentou o Pregão Presencial por meio do Decreto nº 2.197/08, no qual o prazo para esclarecimento ou impugnação encontra-se no art. 12, §§ 1º, 2º:

Art. 12. Até dois úteis antes da data fixada para recebimento das propostas, qualquer pessoa poderá solicitar esclarecimentos, providências ou impugnar o ato convocatório do pregão.

§ 1º Caberá ao pregoeiro decidir a impugnação apresentada no prazo de vinte e quatro horas.

§ 2º Acolhida a impugnação do ato convocatório, será designada nova data para a realização do certame.

Dessa forma, o item 3.1 do edital está em conformidade com o que determina o Decreto Municipal nº 2.1797/08. No entanto, a Pregoeira descumpriu essa regra editalícia, visto que houve o decurso de 12 (doze) dias entre o questionamento (09/08/2018) e a resposta (21/08/2018).

Esta unidade técnica entende que o motivo apresentado, pelo fato de ter muitos processos licitatórios no período, não é razoável. Logo, refuta-se a justificativa dada pela Pregoeira.

Além disso, faltou tratamento uniforme no prazo de resposta de impugnação ou esclarecimento entre os manifestantes. Por conseguinte, feriu o princípio constitucional da isonomia (art. 5º, *caput*, CF/ 88).

Por fim, como se trata de um processo administrativo, a rigor, todos os questionamentos ou esclarecimentos devem ser juntados aos autos da licitação e ser amplamente divulgado, devido ao princípio da transparência e à Lei de Acesso a Informação. Nesse sentido, o processo licitatório afrontou o princípio da transparência, visto que não disponibilizou nos autos do certame o pedido de esclarecimento do Sr. Carlos Roberto Henriques de Oliveira e a resposta da Pregoeira.

II.1.3. Inobservância da exigência de licitação exclusiva para microempresas e empresas de pequeno porte em lotes de valor inferior a R\$ 80.000,00

O relatório técnico inicial (fls. 718/722v) observou que nas estimativas de preços levantadas na fase interna, somente 5 (cinco) itens (10,14,16,17 e 52) dos 53 (cinquenta e três) licitados, possuíam valores superiores a R\$ 80.000,00 (oitenta mil).

Ademais, verificou que “o Edital em análise não previu qualquer exclusividade para microempresas e empresas de pequeno porte para os itens cujo o valor previsto fosse inferior a R\$ 80.000,00” (fl. 721v).

Ressaltou que para se aplicar o art. 49 da Lei Complementar nº 123/2006, no qual dispensa a aplicação dos benefícios previstos nos art. 47 e 48, deve-se fundamentar e justificar tal decisão na fase interna do certame, o que não ocorreu no presente caso (fl. 721v).

Por sua vez, os defendentes alegaram que “ a exegese do disposto no artigo 8º do Decreto Estadual 47.437/2018 nos leva a conclusão de que se considera item, para fins da limitação de R\$ 80.000,00, preferenciais para ME, EPP E MEI, (artigo 48, I da

LC 123/2006), um único item ou um conjunto de itens ou um conjunto de itens habitualmente fornecidos por empresas do mesmo ramo” (fl. 737).

Art. 8º Os órgãos e entidades deverão realizar processo licitatório para aquisição de bens e contratação de serviços e obras destinado exclusivamente à participação das microempresas e empresas de pequeno porte quando o valor estimado para o item de contratação não ultrapassar R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).

§ 1º Considera-se item de contratação, para efeitos deste decreto, o lote composto por um item ou por um conjunto de itens que habitualmente são fornecidos por empresas do mesmo ramo de atividade, visando tornar economicamente viável a competição. no caput se refere ao período de vigência contratual, não sendo computados os valores relativos a eventuais prorrogações contratuais.

Informaram, que “ todos os 53 (cinquenta e três) itens do Processo Licitatório nº 97/PMM/2018, Pregão Presencial nº 66/PMM/2018, para fins de preferência (exclusividade) para ME, EPP e MEI, poderiam ser considerados como um único item, o que afastaria a aplicação do disposto no Art. 48, I, da Lei Complementar nº 123/2006” (fl. 737).

E, também, destacou que “ a equipe técnica do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais não levou em consideração que o Processo Licitatório nº 97/PMM/2018, Pregão Presencial nº 66/PMM/2018 adotou o critério “por item” ao afirmar que o processo descumpriu ao previsto no art. 48, I da Lei Complementar nº 123/2006, ao não reservar lotes de valor inferior a R\$ 80.000,00” (fl. 739).

ANÁLISE

No Pregão em análise, o custo estimado dos itens (1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 11, 12, 13, 15, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 53) contratados não superou o valor de R\$80.000,00 (oitenta mil reais), segundo *Relatório de Preços Estimados* fls.174v/180, de forma que esses bens deveriam ser destinados exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte, nos termos do art. 48, inciso I, da Lei Complementar nº 123/2006, alterado pela Lei Complementar nº 147/2014.

A alteração da Lei Complementar tornou **obrigatória** a contratação exclusiva de microempresa e empresa de pequeno porte quando o **item** licitado for igual ou abaixo de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).

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) (grifo nosso);

[...]

Nesse sentido, observa-se que o valor de até R\$ 80.000,00 deve ser aferido por itens ou por lote da licitação e não pelo total do certame.

O Tribunal de Contas da União já proferiu decisão entendendo ser legítimo conferir-se exclusiva participação de empresas de menor porte em itens de licitação cujos valores não ultrapassem o montante de R\$80.000,00:

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO. CONHECIMENTO. PREGÃO ELETRÔNICO PARA REGISTRO DE PREÇOS. MENOR PREÇO POR ITEM. EXISTÊNCIA DE VÁRIAS FAIXAS DE CONCORRÊNCIA INDEPENDENTES E AUTÔNOMAS ENTRE SI. PARTICIPAÇÃO EXCLUSIVA DE MICRO EMPRESAS, EMPRESAS DE PEQUENO PORTE E COOPERATIVAS. VALOR DE CADA ITEM NÃO EXCEDE O TETO PREVISTO NA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/2006. POSSIBILIDADE. IMPROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO.

ARQUIVAMENTO.

[...]

4. Apesar de o valor global exceder o limite de R\$ 80.000,00 previstos no art. 48, I, da LC nº 123/2006 e no art. 6º do Decreto nº 6.204/2007 para a realização de processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte, o certame estava dividido em 52 itens de concorrência autônomos entre si, sendo, assim, cada item disputado de maneira independente dos demais.

[...]

5. Dessa forma, ao ser definido o "menor preço por item" como tipo de licitação, foram realizadas, no mesmo pregão eletrônico,

várias licitações distintas e independentes entre si, o que é confirmado, por exemplo, pela seguinte disposição editalícia (fl. 23, peça 2):

38.3. *É facultado ao licitante cotar todos, alguns ou somente um dos itens definidos no Anexo I deste Edital.*

6. Adequado, portanto, aos ditames da LC nº 123/2006, o procedimento adotado pelo PAMA-LS no pregão eletrônico nº 10/2001.

7. No sentido **da legalidade da conduta administrativa que, em licitação na modalidade pregão eletrônico, contempla a participação exclusiva de microempresas na competição por itens, desde que observado o teto legal**, o seguinte julgado:

"ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO TIPO MENOR PREÇO POR ITEM. EXISTÊNCIA DE VÁRIAS FAIXA DE CONCORRÊNCIA INDEPENDENTES E AUTÔNOMAS ENTRE SI. PARTICIPAÇÃO EXCLUSIVA DE MICROEMPRESAS, EMPRESAS DE PEQUENO PORTE E SOCIEDADES COOPERATIVAS. VALOR DE CADA ITEM NÃO EXCEDE O TETO PREVISTO NA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/06. PROVIMENTO DO RECURSO.

1. *Agravo de instrumento desafiado contra decisão que determinou a participação da parte agravada na licitação atinente ao Processo Administrativo nº 63064.000019/2009-89 - Edital de Licitação nº 04/2009, modalidade Pregão Eletrônico - salvo se por outro motivo deva ser excluída ou desqualificada.*

2. Licitação do tipo "MENOR PREÇO POR ITEM" na qual - embora seu valor global (R\$ 1.002.487,54) exceda o limite previsto na Lei Complementar nº 123/06 (R\$ 80.000,00) para ser assegurada a participação exclusiva das microempresas, empresas de pequeno porte e sociedades cooperativas - observa-se que foram estabelecidas várias faixas de concorrência autônomas entre si, sendo, assim, cada item cotado substancialmente independente dos demais.

3. *Existência de várias licitações distintas e independentes entre si, cujo valor não excede o teto previsto na Lei Complementar nº 123/06, o que é corroborado, para exemplificar, pelo disposto no item 20.1, segundo o qual "cada contrato firmado com a fornecedora terá vigência pelo prazo de 15 (quinze) dias, a partir da retirada da Nota de Empenho, nos termos do art. 57, da Lei nº 8.666/93".*

4. Inobstante na hipótese em apreço exista uma limitação à livre concorrência, prestigia-se o preceito constitucional insculpido no art. 170, IX, que assegura "tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e

que tenham sua sede e administração no País", as quais, sem essa garantia, não teriam oportunidade de contratar com a Administração Pública. 5. Agravo de instrumento provido". (TRF da 5ª Região. AG nº 104017 - Rel. Des. Federal Francisco Wildo - DJE 13/5/2010).

5. Agravo de instrumento provido". (TRF da 5ª Região. AG nº 104017 - Rel. Des. Federal Francisco Wildo - DJE 13/5/2010).

8. Sob esse aspecto, a contratação se mostra adequada à hipótese de participação exclusiva de microempresas e empresas de pequeno porte prevista no art. 48, I, da LC nº 123/2006 c/c o art. 6º do Decreto nº 6.204/2007.

9. O tratamento privilegiado previsto nesses dispositivos seria excepcionado apenas diante da ocorrência das hipóteses descritas no art. 49 da LC nº 123/2006 e no art. 9ª do Decreto nº 6.204/2007, o que não logrou o representante de mostrar.

[...]

10. Consulta feita aos registros do sistema Comprasnet indica que, para cada item, houve a participação de, pelo menos, três fornecedores competitivos, enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente, capazes de cumprir as exigências do edital, sem que tenha sido evidenciado que daí decorresse aquisição não vantajosa para a Administração Pública.

Diante do exposto, considerando a representação improcedente, manifesto-me no sentido de que seja aprovado o acórdão que ora submeto a este Colegiado. [...] (TCU – Primeira Câmara. Acórdão nº 3771/2011. Processo nº TC 010.601/2011-2, j. em 07/6/2011. Rel. Min. Weder de Oliveira). (Grifo nosso).

Logo, refuta-se a justificativa de que a licitação atendeu ao disposto no art. 8º do Decreto Estadual nº 47.437/2018, na qual todos os 53 (cinquenta e três) itens do pregão para fins de preferência das ME, EPP e MEI poderiam ser considerados como um único item. Pois, esse decreto se aplica **somente** aos processos licitatórios de âmbito estadual.

Diante disso, esta Unidade Técnica entende como irregular a ausência de exclusividade da licitação para as microempresas e empresas de pequeno porte, em lotes de valor inferior a R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).

III CONCLUSÃO

Por todo o exposto, ficam mantidas as seguintes irregularidades apontadas no exame inicial:

- Aplicação irregular da cota de até 25% (vinte e cinco por cento) reservada para contratação de microempresas e empresas de pequeno porte, prevista no art. 48, inciso III, da Lei Complementar nº 123/06;
- Ofensa aos princípios da isonomia, legalidade, publicidade e da vinculação ao edital decorrente de conduta da Pregoeira que deixou de responder e dar publicidade à resposta de pedido de esclarecimento formulado;
- Inobservância da exigência de licitação exclusiva para microempresas e empresas de pequeno porte em lotes de valor inferior a R\$ 80.000,00, prevista no art. 48, inciso I da Lei Complementar nº 123/06.

Portanto, conclui-se pela **procedência da denúncia**, esclarecendo que os fatos apontados como irregulares são passíveis de aplicação de **multa** aos responsáveis legais, nos termos **do art. 83, I, c/c o art. 85, II, da Lei Orgânica desta Corte**.

Ademais, **recomenda-se que os responsáveis pelo certame e os atuais membros da comissão permanente de licitação, bem como a pregoeira, sejam informados acerca das irregularidades apontadas, para que não haja reincidência nas próximas licitações.**

À consideração superior.

3ª CFM, 16 de dezembro de 2019.

**Guilherme de Lima Alves
Analista de Controle Externo
TC 3301-1**