



# Prefeitura Municipal de São Carlos

DEPARTAMENTO DE PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS

SEÇÃO DE LICITAÇÕES

*Equipe de apoio ao Pregão Presencial*

"São Carlos, Capital Da Tecnologia"

## RESPOSTA A PEDIDO DE ESCLARECIMENTO

PREGÃO PRESENCIAL Nº 40/2019

PROCESSO Nº 1034/2019

**OBJETO: REGISTRO DE PREÇOS PARA AQUISIÇÃO DE MEDICAMENTOS DA REMUME – NAS FORMAS FARMACÊUTICAS LÍQUIDAS: EMULSÕES, SOLUÇÕES E SUSPENSÕES II PARA ATENDIMENTO DAS DEMANDAS DA SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE**

Aos 12 (doze) dias do mês de setembro do ano de 2019, às 11h30, reuniu-se na Sala de Licitações a Equipe de Apoio ao Pregão Presencial para proceder a análise do Pedido de Esclarecimento enviado por e-mail à Seção de Licitações pela empresa **ALFALAGOS LTDA.** para o pregão em epígrafe.

### QUESTIONAMENTOS

*Estamos tendo muitos apontamentos acerca deste tipo de Processo, diante disso, vimos através deste solicitar informações sobre os fundamentos adotados neste tipo de processo, uma vez que não vem acusando participantes do nosso RAMO DE ATIVIDADE sediado local ou regionalmente e que possam oferecer preços vantajosos para a Administração. (Arte 49 inciso I e I. da lei 147/2014)!*

*DESTA FORMA, TEMOS DUAS DÚVIDAS: FORA FEITA PESQUISA DE PREÇO NO MERCADO (LOCAL OU REGIONAL) PARA CERTIFICAR SE HAVERÁ O MÍNIMO(3) DE EMPRESAS ENQUADRADAS NOS PRECEITOS DA LEI 147/2014 EM SEU ARTE 49 PARA A DEVIDA CONCORRÊNCIA E CUMPRIMENTO AO DESEJO DA ADMINISTRAÇÃO?(CARTILHA ANEXA). OS PREÇOS INFORMADOS POR ELAS ESTÃO COMPATÍVEIS COM OS PREÇOS DAS DEMAIS EMPRESAS DO RAMO AO QUAL NÃO SE ENQUADRAM COMO ME E EPP?*

*Segue abaixo os pontos a serem considerados para dar segurança ao processo!*

*ASSUNTO: Excludentes de Aplicação da Lei 147*

*Olá, segue abaixo as Excludentes para aplicação da Lei 147/2014!*

*Como se trata de uma nova forma de editais, segue abaixo alguns apontamentos para dar segurança em processo licitatório, desta forma como este conceituado órgão estará procedendo?*

*Vejamos:*

*Entretanto, a Lei Complementar nº 123/06, alterada pela Lei Complementar nº 147/2014, elencou no art. 49, algumas hipóteses que, se presentes no caso concreto, dispensam ou eximem a autoridade responsável pela licitação de aplicar os benefícios materiais previstos nos arts. 47 e 48. Assim, vale a máxima: 'para toda regra existe uma exceção'.*

*Assim sendo, de conformidade com o art. 49, não se aplica os benefícios dos arts.47 e 48 quando:*

*a) 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;*



# Prefeitura Municipal de São Carlos

DEPARTAMENTO DE PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS

SEÇÃO DE LICITAÇÕES

*Equipe de apoio ao Pregão Presencial*

"São Carlos, Capital Da Tecnologia"

b) 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; ou,  
c) 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 incs. 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 inc. I, do art. 48.

A primeira excludente (inc. II, do art. 49) preconiza que não se aplica o tratamento diferenciado nos arts. 47 e 48 quando "não houver um mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresas e empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório.". Nesse dispositivo, deve-se acentuar que o legislador não pretendeu restringir a competição somente entre as ME's e EPP's, ao revés, pretendeu, essencialmente, que seja estabelecida uma efetiva disputa entre as pequenas empresas. Exatamente por isso, para que haja a abertura de uma licitação exclusiva (art. 48, inc. I), primeiro faz-se necessário verificar a existência de, no mínimo, 3 (três) pequenas empresas, local ou regionalmente, aptas a fornecer o objeto licitado. No entanto, a validade da licitação está condicionada a efetiva participação de pelo menos três licitantes em condições de efetiva competição.

A segunda excludente (inc. III, do art. 49) dispensa a adoção do regime diferenciado previsto nos arts. 47 e 48 quando a licitação for potencialmente apta a gerar efeitos negativos para o órgão licitante ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo a ser contratado. Note-se que o dispositivo em comento reserva duas situações: a) o efeito negativo em razão da ampliação dos custos; e, b) o risco ou a nocividade de se ter uma pluralidade de sujeitos executando o objeto. Na primeira situação, não é razoável admitir que a Administração gaste mais do que o necessário, comprometendo os princípios da eficiência, da seleção da proposta mais vantajosa e/ou da economicidade. Já na segunda, a pluralidade de sujeitos poderá comprometer a funcionalidade e a efetividade da prestação final que se objetiva obter com o certame, justificando-se, assim, a não aplicação da licitação diferenciada.

A terceira e última excludente (inc. IV, do art. 49) impede a adoção de regime diferenciado para os casos em que for cabível a contratação direta (arts. 24, incs. III e \_ss\_ e 25). Obviamente, somente devem ser aplicados os privilégios previstos nos arts. 47 e 48, da LC nº 123/06 nas hipóteses de viabilidade de competição. Sem competição licitatória, obviamente não haveria espaço para as regras do tratamento diferenciado. Nos casos dos incs. I e II, do art. 24, da Lei de Licitações, a LC nº 123/06 estabeleceu que, preferencialmente, as contratações deverão ser realizadas com as microempresas e empresas de pequeno porte. Nesse contexto, pode-se afirmar que, embora a Lei tenha concretizado benefícios para as microempresas e empresas de pequeno porte nos processos de contratação pública, pode a autoridade responsável pela licitação, em ato motivado e solidamente fundamentado numa das hipóteses previstas no art. 49, afastar a aplicação dos benefícios materiais consubstanciados nos arts. 47 e 48, da Lei Complementar nº 123/06.

## RESPOSTAS

A Destinação de cotas é resultado da aplicação da **LEI COMPLEMENTAR Nº 123, DE 14 DE DEZEMBRO DE 2006**:

Art. 47. Nas contratações públicas da administração **direta** e indireta, autárquica e fundacional, federal, estadual e **municipal**, deverá ser concedido **tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte** objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica. (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

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)



# Prefeitura Municipal de São Carlos

DEPARTAMENTO DE PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS

SEÇÃO DE LICITAÇÕES

*Equipe de apoio ao Pregão Presencial*

"São Carlos, Capital Da Tecnologia"

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

**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); (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)**

No entanto, a expressão "itens de contratação", junto a outras questões, gerou dúvidas quanto à sua aplicação, e para esclarecê-las foi elaborado o **DECRETO Nº 8.538, DE 6 DE OUTUBRO DE 2015**:

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

**I - será considerado, para efeitos dos limites de valor estabelecidos, cada item separadamente ou, nas licitações por preço global, o valor estimado para o grupo ou o lote da licitação que deve ser considerado como um único item;**

No artigo 6º está estabelecido dever de realizar licitação exclusiva às MEs/EPPs, dispõe o artigo 9º sobre o que considera-se itens de contratação:

Art. 6º Os órgãos e as entidades contratantes **deverão** realizar processo licitatório destinado **exclusivamente** à participação de microempresas e empresas de pequeno porte **nos itens ou lotes de licitação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais)**.

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.

§ 1º O disposto neste artigo não impede a contratação das microempresas ou das empresas de pequeno porte na totalidade do objeto.

[...] § 5º **Não se aplica** o benefício disposto neste artigo **quando os itens ou os lotes de licitação possuírem valor estimado de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), tendo em vista a aplicação da licitação exclusiva prevista no art. 6º.**

Portanto, normalmente, a Administração tem o dever de realizar licitações exclusivas quando o valor do item de contratação for inferior a 80 mil reais, **e só poderá deixar de fazê-la, justificadamente**, se estiver enquadrada em alguma situação de **exceção do art.10º**:

**Art. 10. Não se aplica o disposto nos art. 6º ao art. 8º quando:**

**I - não houver o mínimo de três fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório;**

**II - o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e as empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou ao complexo do objeto a ser contratado, justificadamente;**

**III - a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 1993, excetuadas as dispensas tratadas pelos incisos I e II do caput do referido art. 24, nas quais a compra deverá ser feita preferencialmente por microempresas e empresas de pequeno porte, observados, no que couber, os incisos I, II e IV do caput deste artigo; ou**

**IV - o tratamento diferenciado e simplificado não for capaz de alcançar, justificadamente, pelo menos um dos objetivos previstos no art. 1º.**

Parágrafo único. Para o disposto no inciso II do caput, considera-se não vantajosa a contratação quando:

**I - resultar em preço superior ao valor estabelecido como referência; ou**

**II - a natureza do bem, serviço ou obra for incompatível com a aplicação dos benefícios.**



# Prefeitura Municipal de São Carlos

DEPARTAMENTO DE PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS

SEÇÃO DE LICITAÇÕES

*Equipe de apoio ao Pregão Presencial*

"São Carlos, Capital Da Tecnologia"

A Administração verifica estas condições anteriormente à publicação do edital e na ocasião não verificou qualquer prejuízo à exclusividade de participação das ME/EPPs ao objeto a ser contratado. Ao contrário do que alega o impugnante, não basta a possibilidade de prejuízo, incidente sobre qualquer negócio, as razões têm de ser cuidadosamente explicitadas para justificar a situação de exceção.

Esta Administração já consultou o TCE-SP sobre seu entendimento do assunto e obtivemos a seguinte posição do auditor do TCE, Sr. Luiz, em outro processo desta Administração:

"Iandra,

Se eu entendi, caso haja um lote com 02 ou 03 pneus, estes devem ser com participação exclusiva de ME/EPP, uma vez que cada lote é considerado como se fosse uma licitação a parte, e aplica-se a regra de que até R\$ 80.000,00 deve ser exclusivo de ME/EPP.

Ats.,

Luiz"

Corroboram com o entendimento desta Administração:

### **Marçal Justen Filho (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, p. 83):**

A LC nº 123 faculta a realização de licitações diferenciadas, em que se consagre tratamento discriminatório favorável à ME ou EPP. Foram previstas três categorias de licitações diferenciadas. **A primeira consiste na licitação destinada à participação exclusiva de ME ou EPP, quando o objeto apresentar valor de até R\$ 80.000,00.** A segunda envolve o fracionamento do objeto da licitação, assegurando-se que uma parcela do objeto seja disputada exclusivamente por ME ou EPP. A terceira refere-se à subcontratação compulsória de parte do objeto licitado, de modo que os licitantes sejam constrangidos a recorrer a ME ou EPP para executar parte da prestação objeto do contrato.

### **Tribunal de Contas da União, Súmula nº 247:**

**É obrigatória a admissão da adjudicação por item e não por preço global, nos editais das licitações para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, cujo objeto seja divisível, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequar-se a essa divisibilidade.**

### **Consultoria Zênite - PERGUNTAS E RESPOSTAS – 634/268/JUN/2016:**

**Na definição da licitação exclusiva nos termos da Lei Complementar nº 123/06, o valor de R\$ 80.000,00, no caso de Sistema de Registro de Preços, deve considerar apenas a quantidade de cada órgão participante ou de todos os participantes e gerenciador? Nesse caso, se admitida adesão à ata, essa quantidade também deve ser somada para fins de definição de licitação exclusiva?**

Somente depois de definidos os itens ou lotes que serão colocados em disputa em face de regra estabelecida pelo art. 8º do Decreto nº 7.892/13 é que o órgão gerenciador poderá avaliar o valor estimado de cada item que será colocado em disputa e, nesse caso, **destinar a realização dos itens com valor estimado inferior a R\$ 80.000,00 a participação exclusiva de microempresas e empresas de pequeno porte, conforme orienta o disposto no inc. I do art. 9º do Decreto nº 8.538/15**, segundo o qual, para efeito de aferição do dever de "realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo



# Prefeitura Municipal de São Carlos

DEPARTAMENTO DE PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS

SEÇÃO DE LICITAÇÕES

Equipe de apoio ao Pregão Presencial

"São Carlos, Capital Da Tecnologia"

**valor seja de até R\$ 80.000,00", a Administração deverá considerar "cada item separadamente ou, nas licitações por preço global, o valor estimado para o grupo ou o lote da licitação que deve ser considerado como um único item".**

Com base nisso, não obstante possíveis entendimentos em sentido diverso, na definição da **licitação exclusiva** nos termos do art. 48, inc. I, da Lei Complementar nº 123/06, o valor de R\$ 80.000,00, no caso de Sistema de Registro de Preços, **deve considerar apenas a quantidade que integra cada item colocado em disputa, reunindo os quantitativos destinados ao órgão gerenciador e órgãos participantes.** Para tanto, não se deve considerar eventuais quantitativos destinados às contratações por órgão não participantes (adesão) quando assim for permitido pelo órgão gerenciador.

**TCE-SP - PROCESSO Nº 006429/989/15-5, TRIBUNAL DE CONTAS DE SÃO PAULO, DE 28/10/2015**

**Voto do conselheiro relator Dimas Eduardo Ramalho:**

No meu entendimento, data máxima vênia, a realização de processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte **teria lugar em relação a itens, lotes ou objeto global de pequeno valor, assim entendido como aquele que não excedesse a R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), consoante orienta o próprio inciso I do artigo 48 da Lei Complementar 123/06.**

Penso deste modo, pois, para itens de pequeno valor, a determinação de uma cota de até 25% (vinte e cinco por cento) poderia criar micro-frações do objeto, de diminuto valor, que dificilmente seriam capazes de viabilizar os benefícios do tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte e, ao mesmo tempo, permitir uma contratação vantajosa à Administração e interessante ao fornecedor.

Vale aqui lembrar que o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte deve ser vantajoso para a administração pública e não poderá representar prejuízo algum ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado, conforme dispõe o inciso III do artigo 49 da Lei Complementar 123/06.

Além disso, **predomina na doutrina o entendimento de que cada item ou lote que integra determinado certame constitui uma unidade autônoma**, pois a adjudicação do objeto a partir do menor preço por item conta com amparo na regra do artigo 23, §1º da Lei 8.666/93 e materializa a autonomia interna da licitação, conforme leciona Marçal Justen Filho<sup>6</sup>:

"A licitação por itens consiste na concentração, em um único procedimento licitatório, de uma pluralidade de certames, de que resultam diferentes contratos. A licitação por itens corresponde, na verdade, a uma multiplicidade de licitações, cada qual com existência própria e dotada de autonomia jurídica, mas todas desenvolvidas conjuntamente em um único procedimento, documentados nos mesmos autos. Poderia aludir-se a uma hipótese de "cumulação de licitações" ou "licitações cumuladas", fazendo-se paralelo com a figura da cumulação de ações conhecidas no âmbito do Direito Processual."

"A licitação por itens deriva do interesse em economizar tempo e recursos materiais da Administração Pública, agilizando a atividade licitatória. Na licitação por itens, há um único ato convocatório, que estabelece condições gerais para realização de certames, que se processarão conjuntamente, mas de modo autônomo. O ato convocatório discrimina diferentes objetos, cada qual considerado como um "item". A autonomia se revela pela faculdade outorgada aos licitantes de produzir propostas apenas para alguns itens. Os requisitos de habilitação são apurados e cada proposta é julgada em função de cada item. Há diversos julgamentos, tanto na fase de habilitação quanto na de exame de propostas. Mesmo que materialmente haja um único documento, haverá tantas decisões quantos sejam os itens objeto de avaliação."

Neste sentido, **reconheço haver encontrado dificuldades em compreender como o valor do somatório de todos os itens e lotes poderia ser alçado à condição de critério determinante à incidência do instituto da licitação exclusiva**, disciplinada pelo inciso I do artigo 48 da Lei Complementar nº 123/06.



# Prefeitura Municipal de São Carlos

DEPARTAMENTO DE PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS

SEÇÃO DE LICITAÇÕES

*Equipe de apoio ao Pregão Presencial*

"São Carlos, Capital Da Tecnologia"

Assim, a legislação não define a existência de fornecedores locais ou regionais como obrigatoriedade de participação destes, em no mínimo 3, como condição de validação do certame na modalidade pregão; Não há como antever a existência local ou regional de empresas que atendam a esta condição – pressupõe-se que exista ou prova-se o contrário; Para o cumprimento do artigo 48 da LC123/06, a administração se obriga a lançar o edital já atendendo esta condição, ou seja, com exclusividade total ou exclusividade de participação destes licitantes em cota reservada de até 25/% do total do objeto; Não há qualquer previsão legal, na modalidade desta licitação, para que as propostas não sejam abertas com menos de 03 licitantes concorrentes; Cabe ao pregoeiro avaliar sobre a aceitabilidade ou não da proposta apresentada.

Quanto ao critério para aplicação da licitação exclusiva, há densa jurisprudência no sentido de que quando o valor do item de contratação não superar os 80 mil reais, isoladamente, sendo cada item, ou lote, interpretado como uma licitação a parte e não o valor global do certame. Por isso, a licitação será processada, exclusivamente para ME/EPPs, com qualquer número de participantes, obedecidas as demais condições do Edital.

Em relação a divisão por itens ao invés de lotes, pois a divisão proposta no edital estaria contrariando a legislação e podendo gerar prejuízos, além da restritividade a participação. Em que pese tal argumento, nota-se um equívoco na leitura do edital, pois, o mesmo é claro em demonstrar que são 16 (dezesesseis) lotes, e não dois como argumenta a Impugnante. Tomou-se por base o fato de que cada lote é composto por 01 (um) item, conforme edital em seu Anexo VI, ficando nítido a competitividade e a disponibilização para ampla participação daqueles que cumprirem os requisitos editalícios lastreados em lei.

No que tange ao prazo, esta Administração tem adotado o mesmo em outros procedimentos com o mesmo objeto e sempre foi cumprido por aqueles que participaram. Na prática, os prazos mostram-se equivalentes, tendo em vista que 15 (dias) corridos, dependendo da data do pedido, seriam muito próximos de 05 (cinco) dias úteis, pois estão aí excluídos os finais de semana, em detrimento do prazo proposto. Além deste fato, trata-se de produto comum, não havendo dependência de produção encomendada em virtude do pedido.

Estes esclarecimentos foram encaminhados ao licitante e serão disponibilizados no portal desta Administração, para conhecimento público.

ROBERTO C. ROSSATO  
Pregoeiro

FERNANDO J. A. DE CAMPOS  
Membro

HICARO L. ALONSO  
Membro