PREGÃO ELETRÔNICO

- **Visualização de Recursos, Contra-Razões e Decisões**

**RECURSO :**

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DA CÂMARA MUNICIPAL DE SALVADOR – BA

Processo Administrativo n° 192/2019

Pregão nº 01/2019

CIDE – CAPACITAÇÃO, INSERÇÃO E DESENVOLVIMENTO, pessoa jurídica de direito privado, associação civil sem fins lucrativos, inscrita no CNPJ/MF nº 03.935.660/0001-52, com sede na Rua Lucaia, nº 03, Rio Vermelho, Salvador, BA, CEP 41.940-660, neste ato representada pela Presidente MARIA MARINES DA SILVA FREITAS, brasileira, casada, pedagoga, inscrita no RG nº 01434823-35 SSP BA e CPF nº 160.811.375-20, residente e domiciliado na Rua Leonor Calmon, Edf. Príncipe de Gales, nº 110, apartamento 501, Candeal, Salvador, BA, CEP 40296-210, vem à presença de Vossa Senhoria, apresentar

RECURSO ADMINISTRATIVO

em relação a decisão de Vossa Senhoria que classificou e habilitou a proposta da SUPER ESTÁGIOS, tendo em vista que está em flagrante conflito com normas legais e princípios do Direito Administrativo, o que faz com base nos seguintes argumentos:

I – DO OBJETO DO RECURSO

O presente recurso administrativo tem por objeto a anulação da decisão do Ilmo. Pregoeiro que classificou e habilitou a proposta da SUPER ESTÁGIOS, como a melhor proposta ao objeto licitado no Pregão nº 01/2019 realizado pela Câmara Municipal de Salvador.

Será demonstrado que a decisão tomada é equivocada, e que a manutenção da mesma ferirá, de forma irretratável, normas legais aplicáveis à licitação e o princípio da legalidade estrita, que balizam as condutas dos Agentes Públicos no trato com a Administração Pública, vejamos:

II – DO DIREITO

A decisão do Ilmo. Pregoeiro está em confronto com normas legais aplicáveis a espécie e ao principio da legalidade estrita. Em primeiro deve-se alertar que o princípio da legalidade rege as condutas realizadas por qualquer Agente Público, do qual, agindo de forma contrária, estará realizando ato ilegal e, portanto, passível da necessária anulação da decisão que assim fora proferida.

No mesmo sentido, em razão do tema sensível que é "realizar gastos públicos", a Administração Pública possui um modal deôntico fechado, ou seja, que a obriga, em respeito aos princípios do Direito Administrativo, a serem observados de forma estrita, não havendo sendo permitida a qualquer Agente Público a realização de uma interpretação diversa do que a norma legal assevera. Em relação a isso, a Doutrina aponta que se estará diante do exercício do "ato administrativo vinculado[1]", ou seja, o Agente Público é um mero executor da legislação.

Assim, o Ilmo. Pregoeiro ao realizar a abertura de pregão com participação exclusiva para Micro Empresas e Empresas de Pequeno Porte, deve observância estrita aos comandos legais que regem a presente licitação, conforme prenunciam, em especial, os arts. 47, 48 e 49 da Lei Complementar nº 123/2006, que normatizam a licitação exclusiva para Micro Empresas e Empresas de Pequeno Porte, "literis":

"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

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.

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

I - deverá realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R$ 80.000,00 (oitenta mil reais);

II - poderá, em relação aos processos licitatórios destinados à aquisição de obras e serviços, exigir dos licitantes a subcontratação de microempresa ou empresa de pequeno porte;

III - deverá estabelecer, em certames para aquisição de bens de natureza divisível, cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte.

§1º Revogado

§ 2º Na hipótese do inciso II do caput deste artigo, os empenhos e pagamentos do órgão ou entidade da

administração pública poderão ser destinados diretamente às microempresas e empresas de pequeno porte subcontratadas.

§ 3º Os benefícios referidos no caput deste artigo poderão, justificadamente, estabelecer a prioridade de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente, até o limite de 10% (dez por cento) do melhor preço válido

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.” (Grifei e destaquei em amarelo)

Ora, ao se deparar com o procedimento licitatório ilustrado no Pregão 01/2019, constata-se a participação de apenas duas empresas enquadradas como Micro Empresa e Empresa de Pequeno Porte (SUPER ESTÁGIOS e ARGO BAHIA), fato este que está em confronto com a previsão do art. 49, II, da LC 123/2006, que exige a participação no mínimo de três participantes que se enquadram como Micro Empresa ou Empresa de Pequeno Porte.

Importante destacar que o legislador, com o intuito de preservar a competitividade nessas licitações, estabeleceu como condição um mínimo de três competidores, conforme explica Marçal Justen Filho:

“A natureza peculiar da disposição conduz à necessidade de tratamento hermenêutico ampliativo da disposição. A vontade legislativa não é a restrição absoluta da disputa, mas a competição entre pequenas empresas. Sob esse prisma, a vedação à participação de empresas de maior porte apenas poderá ser justificada se houver uma efetiva e concreta competição entre pequenas empresas. Daí a proposta de interpretação, no sentido de que será necessária a existência de três fornecedores em condições de participar do certame. Esse será um requisito de adoção da licitação diferenciada, restrita à participação de pequenas empresas. No entanto, a validade da licitação dependerá da efetiva participação de pelo menos três licitantes em condições de efetiva competição.”(JUSTEN FILHO, Marçal. O Estatuto da Microempresa e as Licitações Públicas. 2. Ed., rev. E atual., de acordo com a Lei Complementar 123/06 e o Decreto Federal 6.204/2007. São Paulo: Dialética, 2007)

Do mesmo modo, ao analisar os lances apresentados pelos demais concorrentes, constata-se que esta RECORRENTE apresentou proposta inferior àquela apresentada pela empresa SUPER ESTÁGIOS, o que também vem em confronto com a norma inserida no art. 49, III, da LC 123/2006.

Assim, diante da inobservância da legislação especifica aplicável ao caso, bem como, diante da impossibilidade de interpretação extensiva aos incisos do art. 49 acima apontados, contata-se que a decisão de habilitar e classificar a proposta da SUPER ESTÁGIOS não pode ser levado a efeito, tendo em vista que o próprio procedimento licitatório deve ser anulado, por ausência de supedâneo legal que o valide, devendo ser determinada a reabertura de novo procedimento licitatório com a participação da ampla e geral das empresas que competem no setor, a exemplo desta RECORRENTE. No mesmo sentido é a jurisprudência dominantes nos Tribunais Nacionais acerca do tema, vejamos:

EMENTA Remessa necessária. LC 123/06. TRATAMENTO DIFERENCIADO. MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE. DESVANTAGEM À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E DEPREJUÍZO AO ERÁRIO Municipal. Exceção legalmente prevista. Ampla concorrência necessária. Remessa conhecida. Sentença mantida. I - A Lei Complementar nº 123/2006 e o Decreto nº 8.538/2015 regulamentam o tratamento diferenciado e simplificado conferido às microempresas e às empresas de pequeno porte, como medida ao desenvolvimento econômico do país, à eficiência de políticas públicas, à inovação tecnológica e ao interesse da sociedade como um todo, como resta claro, respectivamente, de seus artigos 47 e art. 1º. II - Elegeu a Lei como forma de tal fomento, a licitação com destinação exclusiva às microempresas e às empresas de pequeno porte de itens de contratação com valor até R$ 80.000,00 (oitenta mil reais). III - Contudo, de forma expressa a Lei Complementar nº 123/2006 e o Decreto nº 8.538/2015 preveem hipótese de exceção ao dito tratamento diferenciado às MEs e EPPs, mormente nos casos em que inexistir vantagem ou causar prejuízo à Administração Pública. Nos termos do seu art. 49, 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;. No mesmo sentido o Decreto nº 8.538/15, diz que o tratamento diferenciado não será aplicado quando esta diferenciação não for vantajosa para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou ao complexo do objeto a ser contratado. IV - A Empresa Impetrante traçou paralelos entre várias licitações concluídas neste Estado, comparando os preços dos medicamentos quando há ampla concorrência e quando há restrição de participação a microempresas e empresas de pequeno porte, a revelar, nos casos de ampla concorrência, significativa economia ao erário, que na concretude do caso poderia alcançar valores da ordem de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), montante manifestamente considerável, mormente a Municípios como Alto Rio Novo, cuja população supera em pouco os 8 mil habitantes, o que foi muito bem destacado pelo Juízo a quo . V - Remessa necessária conhecida. Sentença mantida. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Desembargadores da Terceira Câmara Cível, por unanimidade, conhecer a remessa ex officio e manter integralmente sentença, nos termos do voto do relator. Vitória-ES, de de 2019. PRESIDENTE RELATOR (TJ-ES - Remessa Necessária: 00005702202178080053, Relator: JORGE HENRIQUE VALLE DOS SANTOS, Data de Julgamento: 09/07/2019, TERCEIRA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 18/07/2019)

Assim, eventual decisão do Pregoeiro que venha a CONFIRMAR a homologação do resultado da Pregão nº 01/2019,

violará normas legais e princípios comezinhos do Direito Administrativo que o responsabilizarão por eventuais danos oriundos deste Pregão que não cumpriu com os requisitos da Lei e viola os princípios específicos da licitação, em especial, a e restrição à competitividade, gerando, por conseqüência, a nulidade do certame em comento.

II – DO PEDIDO

Pelo exposto, requer-se a Vossa Senhoria que se digne a receber o presente RECURSO, com vista a anular o presente procedimento licitatório em razão do mesmo não observar as previsões legais insertas no art. 49, II e III da Lei Complementar 123/2016 e por violar princípios basilares do Direito Administrativo. Tendo em vista o princípio da eficiência administrativa, a reabertura de novo procedimento licitatório deverá ser conduzida sem a exclusividade observada na licitação atual.

Nestes termos,

Pede deferimento.

Salvador, 03 de outubro de 2019.

CIDE – CAPACITAÇÃO, INSERÇÃO E DESENVOLVIMENTO

[1] Ato administrativo vinculado é aquele em que a Administração não possui qualquer margem de liberdade de decisão, visto que o legislador pré-definiu a única conduta possível do administrador diante da situação, sem deixar-lhe margem de escolha.

**Voltar**