ESCLARECIMENTO SOBRE EXCLUSIVIDADE DE AQUISIÇÃO

Para que não haja dúvida sobre a aquisição dos itens exclusivos de ME e EPP neste certame licitatório, aproveitamos o questionamento de outro certame.

"No caso de nenhuma empresa ME ou EPP apresentar propostas para os itens exclusivos é possível que sejam destinados a outras empresas de grande porte?"

Resposta: Somente com a reabertura do processo em uma nova marcação para que todos saibam que foi aberto para ampla participação.

Aproveitando o questionamento queremos deixar claro que se não comparecerem pelo menos 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como ME ou EPP capazes de cumprir as exigências estabelecidas no edital, o certame será remarcado e aberto para ampla participação naqueles itens em que não houve uma negociação vantajosa para a administração.

Vou, a título de posicionamento jurídico, incluir neste esclarecimento, a posição de alguns autores através de matérias publicadas, nas quais nos baseamos para formar nosso entendimento:

O tratamento diferenciado das micro e pequenas empresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP) no certame licitatório - Publicado por Yuri Guimarães

"O artigo 49 da LC 123/06 versa sobre as limitações à prática do tratamento diferenciado em favor das pequenas empresas, conforme se verifica abaixo:

Previsão no instrumento convocatório

Tendo em vista que o edital é a lei interna da licitação, verifica-se que esta restrição fundamenta-se no princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

Nesse sentido, Marçal JUSTEN FILHO, sustenta que:

O que o dispositivo pretende é determinar que todo o ato convocatório de uma licitação diferenciada explicite satisfatoriamente os critérios e requisitos de participação e de julgamento. Em outras palavras, será nula a licitação se o ato convocatório não preencher tais requisitos; a aplicação dos critérios legais depende da sua previsão e regulamentação no edital. Não se trata de um pressuposto de aplicação ou de exclusão da licitação diferenciada, mas de um requisito de sua validade. De todo o modo, caberá à legislação regulamentadora dos dispositivos estabelecer os critérios que deverão ser observados pela autoridade administrativa que elaborará o edital.

Salienta-se ainda que o artigo 10 do Decreto 6.204/07 também exige a expressa previsão do tratamento diferenciado nos certames licitatórios.

Número mínimo de fornecedores

Estabelece a legislação complementar que, na inexistência de pelo menos 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como ME ou EPP sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas nas licitações, não se aplicará o tratamento diferenciado.

"A redação legal certamente produzirá sérios problemas, eis que não se faz alusão à efetiva participação de um número mínimo de licitantes. O que se estabelece é a existência de pelo menos três empresas em condições de competir", enfatiza Marçal JUSTEN FILHO.

Jair Eduardo Santana e Edgar Guimarães demonstram receio a esta restrição, posicionando-se da seguinte maneira: "... Já nos antecipamos em revelar preocupação em relação ao *como comprovar se há ou não três pequenas empresas capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório*." (destaque dos autores).

O entendimento de Marçal Justen Filho é de que essa norma deve ser interpretada de forma ampliativa, de acordo com o exposto a seguir:

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.

Esse dispositivo apresentará especial relevância quando a licitação diferenciada envolver a restrição geográfica à participação de licitantes. Nos casos em que o certame for reservado para ME ou EPP sediadas em determinada Região ou Município, a verificação do requisito será essencial, para assegurar o atingimento da finalidade da sistemática instituída.

"Vantajosidade" para a Administração Pública

Afirmam Jair Eduardo Santana e Edgar Guimarães que: "o inciso III cuida de tema que soa óbvio porque não havendo vantajosidade para a Administração Pública certamente não haverá de se aplicar não apenas a solução da LC nº 123/06, mas qualquer outra que seja porque o interesse público deve mesmo ser sobreposto aos das ME/EPP".

Convém reproduzir as lições de Marçal Justen Filho sobre o tema:

Deve-se entender que não se admitirá que a Administração Pública desembolse valores incompatíveis com os preços disponíveis no mercado. Se o resultado da licitação diferenciada conduzir a preços superiores aos usuais de mercado, caberá à Administração Pública promover a revogação da licitação. (...)

Indo avante, deve-se reconhecer que a regra do art. 49, inc. III, envolve duas ordens de avaliação por parte da Administração Pública. A identificação dos efeitos negativos de uma licitação diferenciada tanto deve fazer-se de modo antecipado como ser promovida por ocasião da homologação de seu resultado.

Isso significa que, por ocasião da cogitação da adoção da licitação diferenciada, caberá à Administração Pública exercitar um juízo similar ao previsto no art. 23, parágrafo 1º, da Lei

nº 8.666. Tratar-se-á de formular uma previsão sobre os efeitos de escala econômica, para apurar se a licitação diferenciada redundará em elevação de custos.

***De todo o exposto, conclui-se que, se a contratação for desvantajosa ou prejudicial, não deve ser realizada*."**

A exclusividade de participação de microempresas e empresas de pequeno porte em licitação dividida por itens - Flavia de Andrade Soares Rocha: Procuradora Federal.

"Cabe acrescentar, por fim, a ressalva feita por Ronny Charles:

> "Importante perceber que a obrigatoriedade do certame exclusivo sempre deve ser temperada pela observância dos princípios que conformam a atividade administrativa (como a eficiência) e pelas restrições legais dispostas pelo artigo 49 da LC 123/2006."

Assim, como destaca o referido autor, não será possível a adoção da licitação exclusiva quando, por exemplo, não houver um mínimo de 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 (art. 49, inc. II).

Da mesma forma, não se aplicará o disposto no art. 48 da Lei Complementar nº 123/2006 quando o tratamento diferenciado e simplificado não for vantajoso para a Administração Pública ou representar prejuízo ao conjunto do objeto a ser contratado (art. 49, inc. III)."

*O fortalecimento do tratamento diferenciado dispensado às microempresas e às empresas de pequeno porte nas compras públicas * Claudine Corrêa Leite Bottesi – TCE/SP*

Se de um lado a lei materializou o espírito constitucional favorável às MPEs, de outro, ao ponderar outros princípios de semelhante grandeza, não deixou de impor balizas; tais limites foram previstos no artigo 4945 da Lei nº 123/2006, de modo que nenhuma benesse poderá ser concedida sem estas condições, a saber:

1. Se 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

2. Se 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

3. Se a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos artigos 24 e 25 da Lei nº 8.666/1993

Segue breve análise de cada uma das condições:

1. Se 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.

Como requisito para a concessão dos benefícios a lei exige a comprovação da existência de no mínimo 03 (três) fornecedores competitivos enquadrados como MPEs, e, ainda, que sejam sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências do edital.

O legislador parece ter se esquecido dos aspectos práticos desta regra, portanto a merecer inúmeras críticas. Mas este não é o objetivo deste estudo, que objetiva mitigar as dúvidas, ou, ao menos, levantar questões práticas.

A primeira celeuma diz respeito ao momento de comprovação deste requisito, da qual duas vertentes de raciocínio sobrevêm.

A primeira vertente no sentido de que caberá a Administração Pública examinar se existem estes 03 fornecedores - competitivos enquadrados como MPEs, sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório - na fase interna da licitação. A segunda no sentido de que este requisito deve ser avaliado não só na fase interna, mas, também, no decorrer da disputa propriamente dita, como requisito de participação mínima no certame.

Seguindo a primeira vertente, entende-se que o requisito poderá ser demonstrado através das pesquisas de preços realizadas na fase interna do certame, as quais deverão incluir, no mínimo, 03 (três) MPEs sediadas local ou regionalmente e que sejam capazes de cumprir as exigências do edital, as quais deverão compor o processo administrativo. Neste caso os órgãos poderão, por exemplo, manter cadastro de fornecedores atualizado para conferência no momento que antecede ao certame.

Na segunda vertente esta comprovação deve ser realizada no decorrer da disputa, examinando-se a efetiva participação de MPEs no certame, e não somente na fase interna da licitação, o que entendo ser a melhor linha de raciocínio, pois garante uma mínima participação no certame, em prol da competitividade, princípio essencial que rege a licitação.

Seguindo este pensamento, só será possível conferir os benefícios às MPEs se no momento da disputa estiverem presentes 03 (três) licitantes MPEs sediadas localmente e capazes de cumprir as exigências do edital.

Por exemplo, numa licitação até R$ 80.000,00 (oitenta mil reais) exclusiva a MPEs: 03 (três) empresas deverão efetivamente participar do certame visando assegurar uma mínima competitividade. Tal lógica deriva dos procedimentos da modalidade Convite, previsto no § 3º 46 do artigo 22 da Lei de Licitações.

Mas não basta que sejam qualificadas como MPEs, devem, também, ser sediadas local ou regionalmente e que sejam capazes de cumprir as exigências do instrumento convocatório. Por exemplo, caso o certame objetive compra de hortifrúti, o objeto social da MPE não pode ser comércio de materiais de construção. Esta regra, além de fomentar a economia local, também visa afastar aquelas empresas que são criadas para fornecer determinado bem, mas que acabam fornecendo inúmeros insumos para a Administração, ainda que estranhos ao seu objeto social, situação que os órgãos de controle externo sempre estão atentos.

Da mesma maneira no caso de cotas reservadas de até 25% a MPEs: caso não participem 03 MPEs nestas condições mínimas, o certame deve ser declarado deserto, passando a

disputa às empresas em geral. Ora, não é possível conferir as benesses da lei às MPEs se não houver mínima competitividade no certame, e, por isso, defendo que tal análise deve ser realizada no momento da disputa.

No caso de pregões eletrônicos é importante ressaltar que o software que processa o certame deverá contar a verificação deste requisito durante a realização da disputa.

De toda maneira o administrador público deverá contar de um edital muito bem elaborado, e, contendo todas as facetas do procedimento para garantir segurança jurídica.

2 - Se 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

A lei exige que o tratamento diferenciado se mostre vantajoso, o que significa i) pagar o melhor preço, aliado à ii) melhor opção para a Administração Pública.

O melhor preço é aquele que tem como baliza ampla pesquisa de preços, elaborada não só a partir dos valores praticados por MPEs da região, mas também com grandes empresas do ramo do objeto que se pretende contratar. Tal regra deriva do princípio da economicidade e do artigo 43, IV47 da Lei de Licitações.

Observa-se que estão na balança dois princípios de peso constitucional: de um lado o sistema de proteção ao pequeno negócio e de outro a economicidade, pois não pode a Administração Pública incorrer em prejuízo econômico para fazer valer uma política pública. Ademais, a economicidade vem acompanhada da escolha mais benéfica sob o ângulo dos melhores resultados para a Administração, pois não há valia alguma se perseguir tão somente o menor preço se o objeto não se prestar à melhor utilidade.

Nos dizeres do ilustre professor Marçal Justen Filho48 trata-se da equação custo-benefício. O mestre leciona, ainda, que "a vantajosidade abrange a **economicidade**, que é uma manifestação do dever de eficiência. (...). A economicidade impõe a adoção da solução **mais conveniente e eficiente** sob o ponto de vista da gestão dos recursos públicos. Toda atividade administrativa comporta um enfoque sob o prisma do **custo-benefício**." (g.n.).

Deste modo, da leitura do inciso III do artigo 49 é possível inferir que a Administração Pública poderá recusar a aplicação do tratamento diferenciado a MPEs quando não vislumbrar tal equação, de tal modo que se mostre inconveniente e não eficiente a aplicação da política na aquisição de determinado bem ou contratação de serviço. Todavia, é imperioso, e de forma muito bem fundamentada, levar a questão a termo nos autos do processo administrativo, sob pena de os órgãos de controle lançar críticas a respeito da licitação e respectivo contrato se configurada fuga às prerrogativas previstas na lei.

Igualmente, a norma reclama que o tratamento diferenciado não resulte em prejuízo ao conjunto ou ao complexo do objeto a ser contratado. Neste aspecto, caso a Administração Pública observe prejuízo à economia de escala ou, por exemplo, impossibilidade de fornecimento a contento – sempre justificadamente e comprovadamente - poderá afastar determinado benefício.

*Cristian dos Santos Perius
Pregoeiro

*Original assinado nos autos do processo