ANÁLISE E DECISÃO DO RECURSO

OBJETO: RECURSO NO PROCESSO LICITATÓRIO Nº 33/2020
MODALIDADE: PREGÃO PRESENCIAL Nº 08/2020
RECORRENTE: PAPELARIA E DISTRIBUIDORA SULAMERICANA LTDA **CNPJ**: 10.670.994/0001-07.

HISTÓRICO

Trata-se de recurso administrativo impetrado de forma TEMPESTIVA acerca do processo licitatório nº 33/2020, na modalidade de PREGÃO PRESENCIAL nº 08/2020, cujo objeto é REGISTRO DE PREÇOS PARA AQUISIÇÃO DE MATERIAIS DE EXPEDIENTE, ESCRITÓRIO E PAPELARIA PARA TODAS AS SECRETARIAS E DEPARTAMENTOS MUNICIPAIS contra a aplicação do § 3º do art. 48 da Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006, previsto no edital, em sua cláusula 3.2.0, como transcrição a seguir:

> *3.2.0-As microempresas e empresas de pequeno porte sediadas **LOCALMENTE** (Município de Espinosa-MG) gozam de prioridade de contratação, nos termos do § 3º do art. 48 da Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006, benefício que se estabelece em face das peculiaridades locais com vistas à promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal" . **(g.n)***

Relatório

A sessão de Recebimento dos envelopes do referido certame ocorreu no dia 25 de maio de 2020 às 08:00h a segunda sessão, para análise da Habilitação ocorreu imediatamente ao dia posterior em mesmo horário.

Após análise da Classificação das propostas, foi aplicada a norma prevista, conforme transcrita acima, tendo alguns itens vencidos pela empresa Recorrente, sob judice, já que estavam dentro da margem de 10%, nos termos do edital e da lei complementar 123/06 e poderiam ser destinados às Empresas Locais.

Não havendo representantes das empresas interessadas presentes, o Pregoeiro comunicou o resultado via emails e site do município e abriu os prazos recursais.

Desta forma, foi apresentado o Recurso pela empresa RECORRENTE em 29/05/2020.

Não foram apresentadas Contrarrazões de Recurso por parte das outras empresas interessadas, tendo apenas um email da empresa JAKELINE TATIANE MIRANDA GONÇALVES na data de 03/06/2020 reiterando o pedido de aplicação do § 3º do art. 48 da Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006, previsto no edital, em sua cláusula 3.2.0.

DAS ALEGAÇÕES DA RECORRENTE

1- Inicialmente, a Recorrente alega que *o Pregoeiro não informou qual o percentual a ser aplicado e nem oportunidade de cobertura de proposta, em atendimento à lei complementar 123/06*.

Em resposta a este questionamento, é importante que a referida lei é clara quanto ao percentual, que se encontra definido em seu artigo terceiro, como segue:

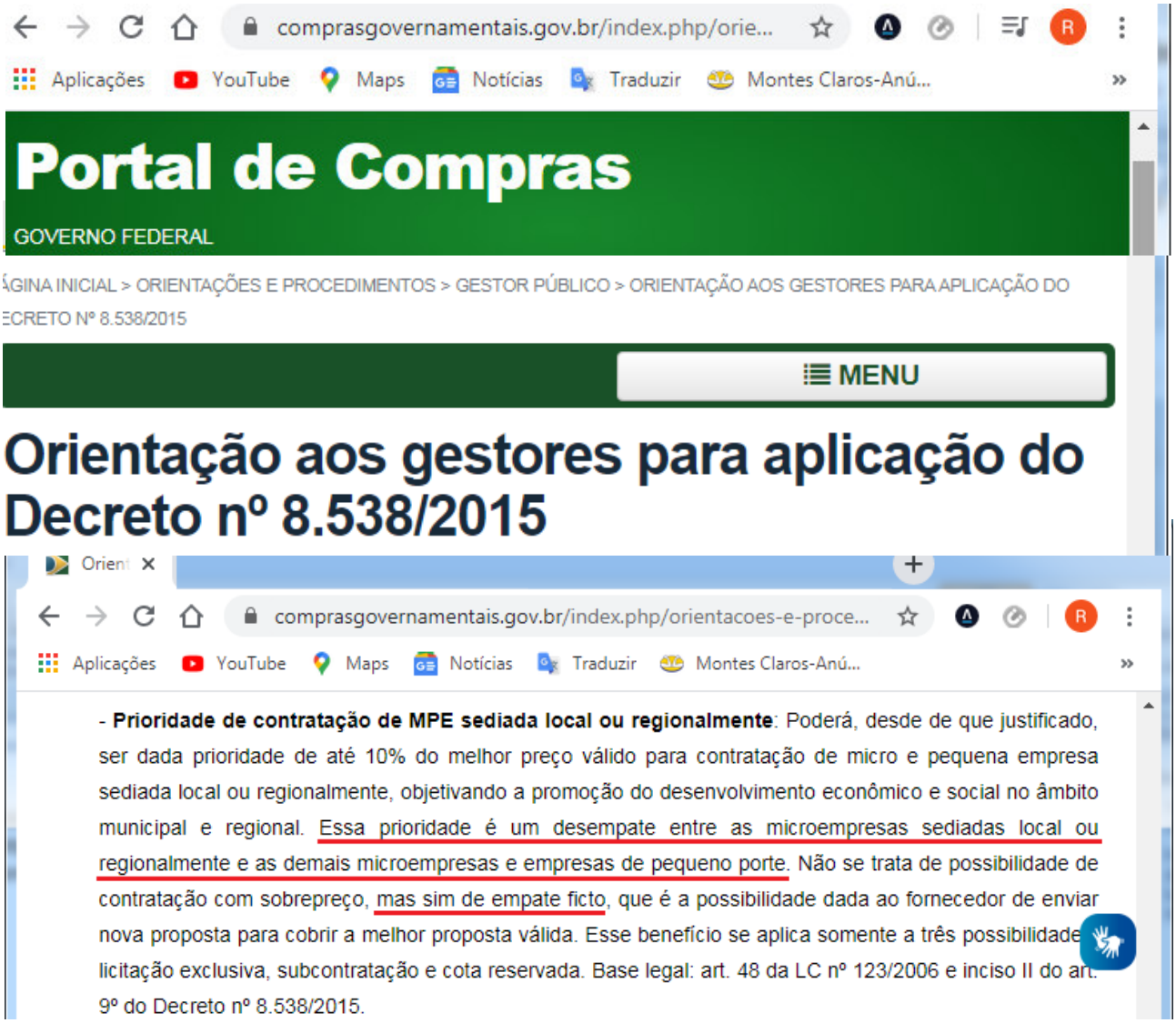
> *§ 3o Os benefícios referidos no caput deste artigo poderão, justificadamente, estabelecer a prioridade de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte sediadas **LOCAL** ou regionalmente, até o limite de **10% (dez por cento)** do melhor preço válido.**(g.n)***

Assim, para que se chegue ao valor, está claro que o preço das empresas LOCAIS pode estar até 10% (dez por cento) acima do preço das demais empresas para que seu preço seja considerado e que não NÃO HÁ previsão de oportunidade de novo lance por parte da empresa "NÃO LOCAL", considerando que o último lance já foi ofertado.

2- A Recorrente se vale do princípio da ISONOMIA, para cobrar tratamento igual perante às licitações, porém, ainda que o **PRINCÍPIO DA ISONOMIA** esteja consagrado no caput do artigo 5o da CF/88, que expressa que todos são iguais perante a lei, como quase tudo na Constituição, esta igualdade **não é absoluta** e **sim relativa**, pois a própria Constituição cria exceções, além das demais normas que regem o procedimento licitatório, como é o caso da Lei complementar 123/06 e do Decreto nº 8.538/2015, que dão tratamento diferenciado às micro e pequenas empresas e prevêem preferência às microempresas e empresas de pequeno porte sediadas localmente e regionalmente, ainda que pertencentes ao mesmo enquadramento que outras de regiões diversas.

3- A Recorrente alega que a alusão feita no parágrafo 3º não deve ser confundida com o empate ficto previsto no artigo 44 parágrafos 1º e 2º da LC 123/06, que são premissas diferentes.

Esta é uma opinião da própria Recorrente e que não encontra base legal, inclusive, vai contra a própria Orientação Oficial do Governo Federal através do site: https://www.comprasgovernamentais.gov.br/index.php/orientacoes-e-procedimentos/58-gestor-de-compras/865-orientacao-aos-gestores-para-aplicacao-do-decreto-n-8-538-2015:



Apresentou ainda para esta situação, bases legais que não se aplicam ao caso em questão, citando inclusive, critério de Desempate com aplicabilidade dos 5% de empate ficto previsto pela LC 123/06, mas este recurso não trata de uma diferenciação entre **MEs/EPPs** e **Empresas de Grande Porte**, mas sim uma diferenciação entre MEs/EPPs **LOCAIS** e **NÃO LOCAIS.**

4- A Recorrente afirma que a aplicabilidade da norma trata-se de uma Faculdade do administrador, não sendo uma Obrigação, visto que a lei traz a expressão "Poderá". Assim, a própria Recorrente afirma que não é medida oportuna nem conveniente para a promoção do desenvolvimento Local, sob a alegação que a aplicação desta norma deverá ser justificada. Alega também que a aplicação da norma deve ser regulamentada, inclusive para que se saiba os limites LOCAIS e REGIONAIS e que no corpo do processo não contém justificativas.

Inicialmente é importante frisar que a Faculdade prevista em lei foi dada à Administração, pois o ente local é quem tem conhecimento de situação, causa, onde analisa conveniência e oportunidade, e não na conveniência das empresas interessadas, sendo que o interesse público se sobrepõe ao particular.
A Recorrente **não solicitou acesso** aos autos do processo, **não tendo acesso ao mesmo** para AFIRMAR que não há qualquer tipo de justificativa, sendo que o mesmo encontra-se à disposição. Nele está devidamente justificada a aplicação da norma, conforme transcrição parcial:

> *"Considerando a grave crise econômica por que passa o país, sendo ainda agravada pela epidemia do COVID-19, que vem trazendo prejuízos irreparáveis principalmente aos pequenos municípios, o que reflete na economia popular, através de fechamento de empresas, demissões e fortes quedas de arrecadação, faz-se necessária a adoção de práticas legais que busquem fortalecer a economia local.*
>
> *O que caracteriza o processo de desenvolvimento econômico local é o protagonismo dos atores locais, na formulação de estratégias, na tomada de decisões econômicas e na sua implementação, sendo portanto, uma responsabilidade coletiva, mas principalmente dos gestores, a busca de soluções inteligentes, às vezes até drásticas, porém legais, a fim de que sejam evitados maiores prejuízos e o iminente colapso da economia.*
>
> *Inclusive, a **redução das desigualdades sociais e regionais** e a **busca pelo pleno emprego** constituem-se em objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, previstos na Constituição Federal.*
>
> *"Reduzir as desigualdades no nível de desenvolvimento entre as diversas regiões não é preocupação recente no país, uma vez que o Brasil vem executando, há mais de cinco décadas um conjunto de políticas de desenvolvimento regional cujo foco tem sido a utilização de um sistema de incentivos fiscais, por meio dos quais se procurou ofertar crédito subsidiado às atividades produtivas nas regiões menos desenvolvidas, bem como a concessão de renúncia fiscal. Assim sendo, denota-se que a busca da redução das desigualdades regionais por meio do desenvolvimento regional, constitui-se, uma situação já consolidada, tendo em vista que não se pode imaginar um país com tantos contrastes, do ponto de vista econômico e social, ou seja, o abismo social existente entre as regiões Sul/Sudeste e as regiões Norte/Nordeste que, ainda, é bastante acentuado". (www.migalhas.com.br).*
>
> *Desta forma, justifica-se a aplicação do § 3º do art. 48 da Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006, que dá preferência à contratação de empresas **locais**, em detrimento de outras.*
>
> *A relação do material está detalhadamente especificada no Termo de referência, a ser anexo ao edital."*

Quanto ao entendimento da definição de **Local ou Regional**;

A base legal apresentada pela Recorrente trata somente da expressão "**REGIONAL**", não trata de delimitação **LOCAL**.

Isto não se aplica ao caso, já que a preferência se dá puramente às empresas **Locais**.
A delimitação LOCAL já é bem definida como Limites do próprio município, como pode ser visto também através do site:
https://www.comprasgovernamentais.gov.br/index.php/orientacoes-e-procedimentos/58-gestor-de-compras/865-orientacao-aos-gestores-para-aplicacao-do-decreto-n-8-538-2015:

1. Delimitação de definições: O decreto definiu quais são os limites geográficos para que microempresas ou empresas de pequeno porte sejam enquadradas como locais ou regionais. A Lei Complementar nº 123/2006 já havia definido que essas empresas têm prioridade na contratação, até o limite de 10% do melhor preço válido. Contudo, esses limites não estavam claros. Agora, o decreto estabelece que as pequenas empresas de âmbito local são as que estão dentro do limite geográfico do município onde será executado o objeto da contratação. As de âmbito regional são as que estão dentro do limite geográfico do estado ou da região metropolitana, conforme delimitação do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Base legal: § 3º do art. 48 da LC nº 123, de 2006, e art. 1º, § 2º do Decreto nº 8.538/2015.

6- A Recorrente ainda questiona a respeito da Descrição de alguns itens que deixariam dúvidas acerca da unidade de fornecimento, já que precisariam de melhor definição no Termo de Referência.

Em verdade é possível reconhecer que no cadastro de itens pode ocorrer falhas, passíveis de correções, quando notadas ou questionadas.
Mas, é importante registrar que, a Tabela com os itens desta licitação foi enviada antes da licitação para a empresa Recorrente, em busca de cotação para base de preços de mercado. Não foi apresentada dúvida acerca dos itens. Em seguida, o edital foi publicado e a Planilha de Propostas com os mesmos itens foi disponibilizada junto com o edital. Não foi apresentada dúvida acerca dos itens da licitação, não havendo questionamento e nem impugnação do edital. Finalmente, sobre essa situação, a empresa preencheu a planilha de proposta sem nenhum questionamento prévio. Assim, pode-se considerar que não houve prejuízo à empresa, pois nada questionou antes de preencher, presumindo-se a compreensão dos itens.

Email com pedido de cotação à empresa:

COTAÇÃO - ESPINOSA

Espinosa-MG Setor de Licitações <licitacao.espinosamg@hotmail.com>
Qui, 14/11/2019 09:06
Para: SULAMERICANA PAPELARIA E DISTRIBUIDORA <sulamericana.licitacao@gmail.com>

1 anexos (88 KB)
MATERIAIS PERMANENTES.xls;

À SULAMERICANA,
SOLICITO COTAÇÃO DOS ITENS DA PLANILHA ANEXA PARA PREÇO DE REFERENCIA DE PROCESSO LICITATÓRIO.

GRATO,

AÉLCIO DIAS DE SANTANA - DIRETOR DE COTAÇÕES, LICITAÇÕES E COMPRAS

A base legal apresentada, deveria ser apresentada no período de impugnação do edital, caso a empresa

se sentisse prejudicada se deixasse de preencher por não compreender o item, e caso houvesse fundamento, certamente seria atendida, o que não ocorreu.

7- A Recorrente alega que deverá sempre ser observada a melhor compra, entendida como menor preço e que o tratamento diferenciado às micro e pequenas empresas não pode superar o constitucional da MENOR DESPESA.

Essa afirmação não prospera, considerando que a Isonomia nos procedimentos licitatórios é RELATIVA. Isso pode ser entendido com um simples exemplo:

-Considere uma licitação com COTA RESERVADA de 25%, nos termos do art. 48, III da lei Complementar 123/06 para a aquisição de **100 unidades** de determinado objeto divisível;
-Serão disponibilizados 2 cotas: Uma cota com Reservada **25 unidades** (exclusivos às MEs/EPPs) e outra cota Principal com **75 unidades** (para concorrência ampla).

Nessa simulação, pode ocorrer de uma Grande empresa vencer a COTA PRINCIPAL por um valor pequeno e na sequencia, na Cota Reservada, onde a Grande empresa não participa, uma microempresa vencer com um preço maior.

8- A Recorrente alega que a norma de preferência Local não deve ser aplicada ao Item 0158, visto que o estimado para o mesmo ultrapassa o limite de R$80.000,00, que seria o estipulado para item exclusivo às MEs/EPPs, sendo que a preferência de contratação local não se aplica à itens não exclusivos.

O benefício previsto para contratação Local aplica-se somente os itens exclusivos às MEs/EPPs, conforme inciso II, e) do art. 9º do Decreto nº 8.538/2015. A alteração da classificação se deu por lapso, já que o próprio edital diz em sua cláusula 3.1.1-A que o item é de Participação Ampla (não exclusiva). A classificação será revertida.

9- A Recorrente pressupõe que a medida de aplicação da preferência de contratação as Microempresas e Empresas de Pequeno Porte Locais seria para afastar licitantes que não possuem estabelecimento no município de Espinosa-MG e que considera afronta ao Princípio da Legalidade, vinculação ao edital e à busca da proposta mais vantajosa.

Não há que se falar em afronta ao Princípio da Legalidade, visto que é um procedimento previsto em Lei Federal.

Entende-se no ambiente público que se exige da Administração é que busque sempre a melhor proposta. Não há, no teor do dispositivo, qualquer menção expressa a menor preço, sendo este somente o critério de julgamento. Por óbvio que uma proposta com valor reduzido em relação às demais a princípio aparenta ser aquela que de fato melhor represente o interesse público, mas devem ser levadas em considerações diversos fatores, tendo como base o desenvolvimento econômico e outros fatores, desde que previstos legalmente. Não é certo dizer que não haverá vantajosidade, já que os itens só serão adjudicados às empresas locais, caso façam o desempate na nova proposta.

10- A Recorrente ao mesmo tempo em que afirma que o Pregão veio para desburocratizar o processo licitatório, alega nunca ter visto em outras cidades uma classificação Provisória das propostas.

É importante que o Representante da empresa sempre se atente aos registros da Ata da sessão, onde os demais participantes solicitaram a aplicação do § 3º do art. 48 da Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006, previsto no edital, em sua cláusula 3.2.0 nos itens vencidos pela Recorrente.

A burocratização está justamente no "engessamento" dos procedimentos licitatórios, ainda presentes em diversos municípios.

Os procedimentos internos e externos do procedimento licitatório são devidamente determinados legalmente.

Especificamente no Pregão, a Adjudicação do objeto é feito pelo Pregoeiro, quando não há interposição de recurso e é realizada ao final da classificação e negociação dos itens.
Durante uma sessão de processo licitatório, podem ocorrer diversas situações como: necessidade de diligências, consulta a setores, suspensão da sessão, remarcação da sessão, entre várias outras ocorrências.

Não é responsável e nem legal a adjudicação de um objeto de uma licitação passível de recurso, momento em que a responsabilidade sai da alçada do Pregoeiro e passa ao Gestor Municipal.

Caso seja consultada a Ata da sessão, poderá ser verificado que os itens da licitação estavam sob possibilidade de alteração caso realizada a aplicação da norma legal.
Foi constado em ata ainda, que o sistema informatizado não faz a classificação desta forma. Assim, a classificação com aceitação ou não dos itens deveria ser feita item a item, um por um, o que demanda tempo para que não haja erros.

A legislação que trata dos procedimentos licitatórios tem se atualizado bastante, onde o papel do Pregoeiro deve ser muito mais do que simplesmente negociar os preços.
É importante que empresas interessadas em licitações estejam se atualizando diariamente para que não fiquem paradas no tempo e ligadas simplesmente às normas previstas nas leis 8.666/93 e 10.520/02.

Cabe aos responsáveis pelas licitações evitar sempre o engessamento a procedimentos, para que, dentro da lei, conduza os procedimentos de forma legal e satisfatória.

DOS PEDIDOS

Requer a Recorrente que seja dado conhecimento ao recurso e anulada a aplicabilidade do § 3º do art. 48 da Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006, previsto no edital, em sua cláusula 3.2.0, declarando a Recorrente Vencedora dos itens 26, 32, 35, 37, 42, 49, 55, 59, 63, 68, 70, 78, 82, 84, 107, 147, 148, 150, 155, 158, 162 e 180, além dos já classificados.

DA DECISÃO

Isto posto, é conhecido o recurso interposto por **PAPELARIA E DISTRIBUIDORA SULAMERICANA LTDA** e decide-se dar **PROVIMENTO PARCIAL**, alterando-se a **DECISÃO** do pregoeiro, classificando o item **0158: PAPEL A4 10X500: PAPEL A4 CX 500X10** em favor da empresa **Recorrente** e mantendo os demais sob judice, com aplicação do § 3º do art. 48 da Lei Complementar n.º 123/06, pelo Princípio da Vinculação ao Edital.

Antes da **Adjudicação** dos itens sob judice restantes (26, 32, 35, 37, 42, 49, 55, 59, 63, 68, 70, 78, 82, 84, 107, 147, 148, 150, 155, 162 e 180), serão convocadas as empresas Locais para envio de novas propostas válidas realizando ou não o desempate, conforme orientação presente no site www.comprasgovernamentais.gov.br.

Caso as empresas locais não cubram os preços da Recorrente, estes serão adjudicados à vencedora, conforme registrado na primeira sessão do certame.

O presente expediente foi submetido à Autoridade Superior, o Ilmo. Sr. Prefeito Municipal, para que, após a sua competente análise e decisão, devolvesse o expediente à Seção de Licitações para publicação do resultado, comunicado aos interessados e procedimentos consecutivos do processo.

Espinosa, 04 de junho de 2020.

MILTON BARBOSA LIMA
PREFEITO MUNICIPAL

Milton Barbosa Lima
PREFEITO MUNICIPAL
RG· 1504322

RONILDO HÉLIO DE OLIVEIRA
PREGOEIRO