JUSTIFICATIVA DA NÃO APLICAÇÃO DO TRATAMENTO DIFERENCIADO E SIMPLIFICADO PARA ME/EPP

Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021
OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA - LICITAÇÃO
MUNICÍPIO DE CACIMBINHAS

(Processo Administrativo n° **001.026.985453**)

JUSTIFICATIVA

A Lei nº 14.133/2021, dispõe em seu art. 4º que, aplicam-se às licitações e contratos disciplinados por esta lei, as disposições constantes dos arts. 42 a 49 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

Contudo, as disposições a que se refere o caput do presente artigo não são aplicadas:

> I - no caso de licitação para aquisição de bens ou contratação de serviços em geral, ao item cujo valor estimado for superior à receita bruta máxima admitida para fins de enquadramento como empresa de pequeno porte;
> II - no caso de contratação de obras e serviços de engenharia, às licitações cujo valor estimado for superior à receita bruta máxima admitida para fins de enquadramento como empresa de pequeno porte.

Existem exceções que podem ser avocadas pela Administração para não aplicabilidade de tais dispositivos, desde que apresente as devidas justificativas, pois o tratamento diferenciado resulta de expressa disposição constitucional (CF/88, art. 170, IX), sendo seu dever esclarecer os motivos pelos quais decidiu que determinada licitação não será exclusiva.

O regramento diz, no Inc. II, do art. 48, da LC nº 123/06 o seguinte:

> Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública:
> (...)
> 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; (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

O mesmo é exigido no Decreto nº 8.538/15 quando cita:

> Art. 7º Nas licitações para contratação de serviços e obras, os órgãos e as entidades contratantes poderão estabelecer, nos instrumentos convocatórios, a exigência de subcontratação de microempresas ou empresas de pequeno porte, sob pena de rescisão contratual, sem prejuízo das sanções legais, determinando:
> I - o percentual mínimo a ser subcontratado e o percentual máximo admitido, a serem estabelecidos no edital, sendo vedada a sub-rogação completa ou da parcela principal da contratação;
> II - que as microempresas e as empresas de pequeno porte a serem subcontratadas sejam indicadas e qualificadas pelos licitantes com a descrição dos bens e serviços a serem fornecidos e seus respectivos valores;
> III - que, no momento da habilitação e ao longo da vigência contratual, seja apresentada a documentação de regularidade fiscal das microempresas e empresas de pequeno porte subcontratadas, sob pena de rescisão, aplicando-se o prazo para regularização previsto no § 1º do art. 4º;

> IV - que a empresa contratada comprometa-se a substituir a subcontratada, no prazo máximo de trinta dias, na hipótese de extinção da subcontratação, mantendo o percentual originalmente subcontratado até a sua execução total, notificando o órgão ou entidade contratante, sob pena de rescisão, sem prejuízo das sanções cabíveis, ou a demonstrar a inviabilidade da substituição, hipótese em que ficará responsável pela execução da parcela originalmente subcontratada; e
> V - que a empresa contratada responsabilize-se pela padronização, pela compatibilidade, pelo gerenciamento centralizado e pela qualidade da subcontratação.
> § 1º Deverá constar do instrumento convocatório que a exigência de subcontratação não será aplicável quando o licitante for:
> I - microempresa ou empresa de pequeno porte;
> II - consórcio composto em sua totalidade por microempresas e empresas de pequeno porte, respeitado o disposto no art. 33 da Lei nº 8.666, de 1993 ; e,
> III - consórcio composto parcialmente por microempresas ou empresas de pequeno porte com participação igual ou superior ao percentual exigido de subcontratação.

Contudo, é possível afastar tal dever, justificadamente, conforme art. 49, da mesma LC nº 123/06:

> Art. 49. Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando:
> 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;

E também, complementarmente, pelo art. 10, do Decreto nº 8.538/15, da seguinte forma:

> **Art. 10**.
> (...)
> 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;
> (...)
> **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.

Da mesma forma, não se aplicará o disposto do 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).

Ou seja, a Lei Complementar n° 123, em seu artigo 48, incisos II, prever a possibilidade de exigir dos licitantes a subcontratação de microempresa ou empresa de pequeno porte nos processos licitatórios destinados à aquisição de obras e serviços. Veja-se:

> Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública:
> (…)
> 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; **(Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)**

O que se observa é que a Lei Complementar 123/2006 visa ampliar a participação das **ME/EPP** nas licitações, mas não elevar a hipossuficiência econômica das mesmas acima do interesse público. Dessa forma, é importante sopesar princípios pertinentes ao presente certame, como o da competitividade, da economicidade e da eficiência, buscando-se a "proposta mais vantajosa para a administração" conforme é vislumbrado no artigo 5° da Lei n. 14.133 de 2021.

Destarte, na presente licitação não desampara as **ME/EPP**, contemplando o critério de desempate ficto, oportunizando equilíbrio na disputa com as demais empresas: "Nas licitações do tipo menor preço/maior desconto, será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte" sediadas local ou regionalmente, até o limite de **10% do melhor preço válido, nos termos do art. 48, §3º da Lei Complementar nº 123, de 2006. (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014) e do Decreto n.º 8.538, de 2015."**

Em síntese, realizar, o presente certame, prevendo a possibilidade de **EXCLUSIVIDADE** e de **COTAS** para **ME/EPP** poderá representar prejuízos incalculáveis com a repetição de um outro certame. A não aplicação de dispositivo, que prevê a obrigatoriedade, é atenuada com o disposto na própria Lei, que, em seu inciso III, do artigo 49 prevê a possibilidade da não aplicação como já descrito.

Vale ressaltar que, para o objeto que se pretende contratar, obra de engenharia, em razão da restrição à competitividade, pois, tal divisão não se aplica ao objeto por não haver parâmetros adequados que garantam a execução do objeto por dois ou mais construtores, a Administração poderá conduzir uma licitação ineficaz, com item deserto e/ou fracassado, em virtude da ausência de pressupostos. A Prefeitura seria levada a repetir o procedimento, o que aumentaria os custos da contratação, gerando prejuízos.

Nestes termos, **CONSIDERANDO** a não concessão de **EXCLUSIVIDADES** a **COTAS** para **ME/EPP** e ausência de parâmetros que afastem esses riscos, e **CONSIDERANDO** ainda:

1. que tal decisão garante a isonomia e possibilita a obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração; e,

2. que as empresas enquadradas como microempresas e empresas de pequeno e equiparadas terão garantidos os outros benefícios dispostos na Lei Complementar nº 123, de 2006 e do Decreto n.º 8.538, de 2015.

Não será aplicado o disposto do art. 48, com fundamento no inciso III, do art. 49 da supracitada Lei, que trata da não aplicabilidade daquele, quando **"não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado"**

É o que tínhamos a justificar para o prosseguimento do certame, sem que sejam calculadas Cotas Reservadas e Exclusividade para Microempresas ou Empresas de Pequeno Porte.

.....

AMILTON ROMÃO DA SILVA
Secretário Municipal de Obras e Infraestrutura