**<https://menezeseguimaraesadvocacia.jusbrasil.com.br/artigos/116490691/o-tratamento-diferenciado-das-micro-e-pequenas-empresas-me-e-empresas-de-pequeno-porte-epp-no-certame-licitatorio>**

**O tratamento diferenciado das micro e pequenas empresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP) no certame licitatório**

**3.3. “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](http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/95147/lei-da-microempresa-lei-complementar-123-06)/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. (...)*

SITE CONLICITAÇÃO

**d) DA PRIORIDADE NA CONTRATAÇÃO COM VALOR ATÉ 10% DO MELHOR PREÇO** (alterada pela lei 147/2014)

O beneficio em questão trata-se de mais uma inovação criada pela Lei Complementar nº 147 ao introduzir o §3º do art. 48, que reza:

“§ 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. (Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014)”

Neste contexto a Administração pode criar, motivadamente, critérios que priorizem a contratação das MPEs sediadas local ou regionalmente em situações que a proposta apresentada por MPE esteja até 10% mais elevada do que o melhor preço válido.

<https://www.sollicita.com.br/Noticia/?p_idNoticia=10708&n=entendimento-da-agu-e-do-tcu-sobre-licita%C3%A7%C3%A3o-para-me-e-epp->

[*https://www.zenite.blog.br/pesquisa-de-precos-de-acordo-com-a-orientacao-do-tcu/*](https://www.zenite.blog.br/pesquisa-de-precos-de-acordo-com-a-orientacao-do-tcu/)

Inclusive, o TCU, em diversas oportunidades, defendeu a utilização da cotação junto ao mercado como forma preferencial de pesquisa destinada à definir o orçamento estimado, conforme se denota do Acórdão nº 3.026/2010 – Plenário, cujo Voto consignou que “a jurisprudência do TCU é no sentido de que antes da fase externa da licitação há que se fazer pesquisa de preço para que se obtenha, no mínimo, três orçamentos de fornecedores distintos (Acórdão nº 4.013/2008-TCU-Plenário, Acórdão nº 1.547/2007-TCU-Plenário)”. [[1]](https://www.zenite.blog.br/pesquisa-de-precos-de-acordo-com-a-orientacao-do-tcu/#_ftn1)

A experiência tem indicado bons resultados quando a Administração amplia as fontes de pesquisa e, principalmente, realiza a depuração dos valores pesquisados. Ou seja, a Administração deve se valer, além dos três orçamentos de fornecedores, da referência de preços obtida a partir dos contratos anteriores do próprio órgão, de contratos de outros órgãos, de atas de registro de preços, de preços consignados nos sistemas de pagamentos, de valores divulgados em publicações técnicas especializadas e quaisquer outras fontes capazes de retratar o valor de mercado da contratação, podendo, inclusive, utilizar preços de contratações realizadas por corporações privadas em condições idênticas ou semelhantes àquelas da Administração Pública.

A melhora da qualidade da estimativa de preços passa pela consideração, nesse processo, apenas de referências que informem preços aceitáveis, assim entendidos aqueles que não representam claro viés em relação ao contexto de mercado aferido, isto é, que não sejam muito inferiores ao padrão mínimo ou superiores ao referencial máximo identificados para o produto ou serviço

https://www.zenite.blog.br/a-pesquisa-de-precos-numa-licitacao-por-cota-reservada-deve-ser-realizada-apenas-entre-mes-e-epps/

Um dos pressupostos de legitimidade das contratações públicas é a adoção de valores condizentes com aqueles praticados no mercado, o qual não sofre prejuízo ou mudança alguma em razão da incidência do regime favorecido e diferenciados das pequenas empresas. Pelo contrário.

A própria Lei Complementar nº 123/06 prevê que as medidas em comento (incs. I e III de seu art. 48) não serão aplicadas quando 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” (art. 49, inc. III).

Assim, tomada a vantajosidade da contratação sob o prisma econômico, o parágrafo único do art. 10 do Decreto nº 8.538/15, que regulamenta a Lei Complementar nº 123/06 no âmbito da Administração Pública federal, deixa claro que se considera “não vantajosa a contratação quando: I – resultar em preço superior ao valor estabelecido como referência;”.

Por essa razão, a Consultoria Zênite entende que o planejamento das licitações exclusivas ou com estabelecimento de cotas reservadas à microempresas e empresas de pequeno porte **requer a realização de pesquisa que considere não apenas os preços praticados pelas pequenas empresas no mercado, mas o efetivo preço de mercado para objeto similar, o que somente se obtém pesquisando preços praticados por pequenas, médias e grandes empresas**.

Somente assim a Administração terá condições de determinar a vantajosidade ou não da disputa exclusiva entre pequenas empresas, seja para a totalidade do objeto (art. 48, inc. I), seja para cota reservada desse objeto (art. 48, inc. III

Verificada diferença significativa entre os preços praticados no mercado por pequenas empresas e os valores oferecidos por médias e grandes empresas, de tal modo a representar um potencial e relevante prejuízo ao erário, a Administração poderá justificar o afastamento do dever de aplicar o previsto nos incs. I e III do art. 48 da Lei Complementar nº 123/06, conforme assegura o art. 49, inc. III, da mesma lei.

<https://www.zenite.blog.br/tratamento-diferenciado-e-favorecido-das-microempresas-e-empresas-de-pequeno-porte-nas-hipoteses-de-dispensa-em-razao-do-valor/>

Esta questão foi apresentada à Equipe de Consultores Zênite:

“Tendo em vista o disposto no art. 49, inc. IV, da LC nº 147/14, qual o procedimento para a Administração contratar com fundamento no art. 24, incs. I e II, da Lei nº 8.666/93?”

Para responder, precisamos avaliar o que dispõe o art. 49, inc. IV, da Lei Complementar nº 123/06, com redação alterada pela Lei Complementar nº 147/14:

“Art. 49 Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando: (…)

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.”

Por meio de simples leitura do dispositivo supra, pode-se entender que todas as contratações realizadas por meio de dispensa de licitação em razão do valor, com fulcro nos incs. I e II do art. 24 da Lei de Licitações, devem observar o tratamento diferenciado e favorecido das MEs e EPPs. Entretanto, nem todas as contratações que se realizam por meio de dispensa em razão do valor permitem a aplicação das preferências em favor das MEs e EPPs.

Para a correta interpretação do dispositivo, é importante compreender uma premissa que norteará toda a leitura do artigo supracitado e auxiliará a Administração a fazer sua correta aplicação, separando adequadamente as situações que permitem a viabilização das preferências daquelas em que isso não é possível.

Essa premissa envolve a interpretação e compreensão da lógica que norteou o regime jurídico da contratação pública. É preciso ter em mente que o legislador, na estruturação do regime jurídico, separou bem alguns cenários: quando é cabível a licitação, quando é cabível a dispensa e quando é cabível a inexigibilidade. Isso é primordial para entender todo o regramento em torno da contratação pública, inclusive o regime de preferências.

Os objetos do Grupo I, tidos como comuns, homogêneos, uniformes e padronizados, são aqueles que podem ser definidos, comparados e julgados por meio de critérios objetivos, o que, por um lado, garante o tratamento isonômico e, por outro, viabiliza que a contratação seja realizada por licitação ou dispensa, inclusive em razão do valor (inc. II do art. 24, por exemplo). Assim, para realizar tal contratação, não basta apenas poder julgar por critério objetivo, é indispensável também definir e comparar por meio de padrão objetivo.

O Grupo I é constituído, na sua grande maioria, por objetos que podem ser submetidos a uma compra, a qual se presta à aquisição de objetos comuns, padronizados, disponíveis prontos e acabados no mercado e que podem se submeter a uma comparação objetiva. Não se englobam nesse Grupo soluções intelectuais, soluções técnicas, profissionais especializadas, pois, para esses objetos, é impossível adotar a lógica própria das soluções do Grupo I.

No Grupo II, foram incluídos os objetos que não são comuns, homogêneos, uniformes e padronizados, ou seja, não podem ser definidos, comparados e julgados por meio de critérios objetivos e que, portanto, devem ser contratados por inexigibilidade de licitação

Veja-se que o legislador, ao tratar da nova redação do inc. IV do art. 49 da Lei Complementar nº 123/06, delimitou a preferência para as contratações por dispensa pelo valor. Isso tem uma razão: o legislador priorizou as aquisições de baixo valor junto às MEs/EPPs justamente porque estas, normalmente, podem ser submetidas ao processo comparativo.

Desse modo, a lógica adotada pelo legislador parte das seguintes premissas:

a) Se dois ou mais objetos integrantes do Grupo I – passíveis, portanto, de definição, comparação e julgamento objetivos – estão disponíveis no mercado para aquisição por dispensa em razão do valor e ambos atendem à Administração, esta deve priorizar a contratação junto a uma ME/EPP.

Entretanto, é importante registrar que, muitas vezes, a Administração opta por formalizar uma contratação de baixo valor de objetos integrantes do Grupo II por meio de um processo de dispensa de licitação, porque, em regra, os processos embasados no art. 24, incs. I ou II, tendem a ser menos morosos.

Nesse caso, mesmo que a Administração faça a opção por formalizar a contratação de uma solução do Grupo II por meio de dispensa em razão do valor, não é possível querer assegurar preferência às MEs/EPPs, tampouco escolher a solução por menor preço em comparação com outras eventualmente existentes no mercado, pois não é viável comparar coisas totalmente diferentes. A comparação só é possível quando o objeto for uniforme e padronizado, o que não ocorre com as soluções do Grupo II.

Significa dizer que a preferência prevista no art. 49, inc. IV, não pode ser aplicada em todo e qualquer caso. Quando duas ou mais soluções igualmente atendem à necessidade administrativa e podem ser definidas, comparadas e julgadas objetivamente, aí sim, poderá ser concedida a preferência à ME/EPP. Do contrário, não havendo possibilidade de definição, comparação e julgamento objetivo, não há que se falar em preferência, mas sim no atendimento da necessidade por meio da solução que melhor lhe atenda.

Compreendido esse panorama, válido pontuar, ainda, que as alterações promovidas na Lei Complementar nº 123/06 não foram minuciosas quanto ao procedimento necessário à concretização do art. 49, inc. IV, deixando a cargo de cada Administração adaptá-lo à sua própria realidade.

De um modo ou de outro, a contratação das MEs e EPPs, em atenção ao art. 49, inc. IV, da Lei Complementar nº 123/06, e com base no art. 24, incs. I e II, da Lei de Licitações, deve atentar quanto ao efetivo cumprimento dos requisitos exigidos, em especial no que tange à motivação em torno do particular (o que abrange os requisitos de habilitação) e do preço a ser praticado, nos termos do art. 26, parágrafo único, da Lei de Licitações

Entendimento da AGU e do TCU sobre licitação para ME e EPP

Em caso de serviços continuados

06/06/2017 07:00 • [Licitação](https://www.sollicita.com.br/ResultadoPesquisaNaoLogado/index/?p_tipoPesquisa=Noticia&p_Categoria=9&p_flagTag=Nao&p_Termo=)

Compartilhamento:

**Polêmicas que envolvem a contratação direta voltada para as microempresas e empresas de pequeno porte**

Para Irene, a principal polêmica que gira em torno dessa questão foi causada inclusive por alteração realizada pela Lei Complementar 147 ao estatuto, pois antes se dizia que não se aplicariam os favorecimentos se a licitação fosse dispensável e inexigível, mas, depois de 2014, se considerou possível a aplicação dos favorecimentos se a contratação direta fosse feita em função do valor (para obras e serviços de engenharia até o valor de até 15 mil reais, como regra geral, ou de 8 mil reais para outros serviços e compras), sendo que as compras deveriam ser realizadas preferencialmente com microempresas e empresade pequeno porte, aplicando-se contratação exclusiva, conforme dispõe o art. 48, I, do estatuto.

“Vimos que a AGU determina, na Portaria 155, que a contratação direta pode considerar contratos com prazo de vigência que ultrapasse o exercício anual, ao passo que a contratação exclusiva de pequenas empresas refere-se a um contrato anual, sem considerar, portanto, prorrogações. Percebe-se, com a alteração de 2014, que houve um desejo em priorizar a contratação direta de baixo valor com microempresas e empresas de pequeno porte, para incremento dessa política pública de favorecimento e fomento das pequenas empresas no setor de compras governamentais, o que é bom para o desenvolvimento local sustentável. No entanto, no caso de licitação dispensável em contratação exclusiva com microempresa, há a necessidade de haver concorrência entre elas, para que se verifique qual a contratação mais vantajosa para a Administração entre o universo de fornecedores que sejam microempresas e empresas de pequeno porte, quando se fala em contratação exclusiva com pequenas, mas, a mesma disputa não se aplica no caso de um objeto que tenha particularidades próprias que não permita comparações entre os fornecedores. Em suma, essa sistemática só funciona diante de objetos que sejam relativamente padronizados, para que se comparem as ofertas desse universo de pequenas empresas, o que provoca discussões com repercussões práticas”, esclarece Irene.

<https://www.sollicita.com.br/Noticia/?p_idNoticia=10708&n=entendimento-da-agu-e-do-tcu-sobre-licita%C3%A7%C3%A3o-para-me-e-epp->

Entendimento da AGU e do TCU sobre licitação para ME e EPP

**d) DA PRIORIDADE NA CONTRATAÇÃO COM VALOR ATÉ 10% DO MELHOR PREÇO**(alterada pela lei 147/2014)

O beneficio em questão trata-se de mais uma inovação criada pela Lei Complementar nº 147 ao introduzir o §3º do art. 48, que reza:

“§ 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. (Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014)”

Neste contexto a Administração pode criar, motivadamente, critérios que priorizem a contratação das MPEs sediadas local ou regionalmente em situações que a proposta apresentada por MPE esteja até 10% mais elevada do que o melhor preço válido.

**e) HIPÓTESE DA NÃO APLICAÇÃO DOS BENEFÍCIOS CONCEDIDOS PELOS ARTIGOS 47 E 48 DA LEI**(alterada pela lei 147/2014)

A Lei nº 123/2006 prevê algumas limitações às contratações diferenciadas, ou seja preconiza algumas hipóteses em que afasta a aplicabilidade prevista nos artigos 47 e 48 da referida Lei. Veja o que reza o art. 49:

Art. 49. Não se aplica o disposto nos [arts. 47 e 48 desta Lei Complementar](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp123.htm#art47) quando:

I - ([Revogado](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp147.htm#art16));                [(Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp147.htm#art1)      [(Produção de efeito)](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp147.htm#art15i)

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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm#art24), 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.                   [(Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp147.htm#art1)

O inc. II preocupou-se em preservar uma das principais características do procedimento licitatório que é a competitividade. Assim, o número de licitantes local ou regional que estejam aptos a atender os requisitos do edital deve ser avaliado pelo órgão licitante antes de adotar a contratação pelo regime diferenciado. Corroboram ao entendimento os ensinamentos do respeitável mestre Sdney Bittttencourt, *in verbis*:

“Avista-se que a intenção legislativa é certificar-se da ocorrência de efetiva competição entre micro e pequenas empresas, sediadas no local. Dessa maneira, a inexistência desse número de empresas dessa categoria demandará a substituição do regime de licitação comum, com a participação de todos os tipos de empresa (micro, pequena, média ou grande).” (BITENCOURT, Sidney. *As licitações públicas e o Estatuto Nacional das Microempresas.*2 ed. rev. Ampl. e atual. Belo Horizonte:Fórum, 2010. pág.104)

A segunda hipótese prevista no inc. III visa proteger a Supremacia do Interesse Público, eis que não aplicará a contração diferenciada quando gerar efeitos negativos tornando-a lesiva para a Administração Pública. Dentre a lesividade vislumbra-se a onerosidade excessiva da licitação ou então prejuízo ao conjunto do objeto licitado, como por exemplo a divisão de cotas em objeto divisível que resulte em prejuízo ou subcontratação que desnature a identidade e funcionalidade do objeto

Vale observar que a jurisprudência do TCU é firme em indicar que a realização de pesquisa de preços de mercado, previamente à fase externa da licitação, é uma exigência legal para todos os processos licitatórios, inclusive para os casos de dispensa e inexigibilidade.

Como referência, citam-se os acórdãos 2.742/2017–1ª Câmara, 1.022/2013–Plenário, 3.506/2009-1ª Câmara, 1.379/2007-Plenário, 568/2008-1ª Câmara, 1.378/2008-1ª Câmara, 2.809/2008-2ª Câmara, 5.262/2008-1ª Câmara, 4.013/2008-1ª Câmara, 1.344/2009-2ª Câmara, 837/2008-Plenário, e 3.667/2009-2ª Câmara.

Esses julgados, a exemplo do recentíssimo acórdão 1.842/2017 – Plenário, apontam que a pesquisa de preços para os casos de dispensa e inexigibilidade deve consistir de um mínimo de três orçamentos de fornecedores distintos, sendo “necessária a apresentação de justificativa adequada sempre que não for possível obter número razoável de cotações

[*http://www.stj.jus.br/static\_files/STJ/Licita%C3%A7%C3%B5es%20e%20contas%20p%C3%BAblicas/Manual%20de%20pesquisa%20de%20pre%C3%A7o/manual\_de\_orientacao\_de\_pesquisa\_de\_precos.pdf*](http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Licita%C3%A7%C3%B5es%20e%20contas%20p%C3%BAblicas/Manual%20de%20pesquisa%20de%20pre%C3%A7o/manual_de_orientacao_de_pesquisa_de_precos.pdf)

MANUAL DE PESQUISA DE PREÇOS STJ

**Conforme o entendimento do Tribunal de Contas da União, os critérios e parâmetros a serem analisados para fins de classificar um valor como inexequível ou excessivamente elevado devem ter por base os próprios preços encontrados na pesquisa, a partir de sua ordenação numérica na qual se busque excluir aqueles que mais se destoam dos demais. O parágrafo 1º do artigo 48 da Lei 8.666/93 possibilita que, no caso de licitações de menor preço para obras e serviços de engenharia, sejam consideradas manifestamente inexequíveis as propostas cujos valores sejam inferiores a 70% do valor orçado pela Administração. Assim, a própria lei determina quando o preço referente a obras e serviços de engenharia será manifestamente inexequível. Ressalte-se que o critério acima especificado é restrito a obras e serviços de engenharia e se relaciona à avaliação das propostas das licitantes. Porém, como inexiste norma tratando de critérios para definição de preços inexequíveis para outros objetos, entende-se que este parâmetro 18 pode servir para identificar os valores que se presumem inexequíveis na realização da pesquisa de preços, uma vez que há previsão legal de integração da norma sempre que houver lacuna ou omissão da lei. Diante de tal entendimento, para se verificar a inexequibilidade de um valor em uma pesquisa de preços, é suficiente compará-lo à média dos demais valores, se o resultado for inferior a 70%, poderá ser considerado como inexequível conforme demonstrado na tabela abaixo:**

**Registre-se que o método acima sugerido apenas exemplifica um critério que pode ser utilizado na avaliação crítica da pesquisa de preço, uma vez que a legislação e a doutrina não definem o limite a ser utilizado para classificar um preço como inexequível, salvo no caso já mencionado. Assim, a Administração pode utilizar outros métodos de aferição técnica, 19 desde que os critérios e parâmetros estejam definidos no processo de contratação e utilize os próprios preços encontrados na pesquisa. No que tange aos preços excessivamente elevados, entende-se que raciocínio análogo pode ser aplicado para identificação dos referidos preços. Dessa forma, sempre que o valor for superior a 30% da média dos demais preços, a Administração poderá considerá-lo excessivamente elevado. Considerando ainda que a Administração poderá adotar até mesmo o menor preço como critério de definição do preço de mercado, entende-se razoável o limite de 30% para classificação de um preço como excessivamente elevado.**

[*http://www.portaldelicitacao.com.br/site/questoes-sobre-licitacoes/3-orcamentos-nas-licitacoes/*](http://www.portaldelicitacao.com.br/site/questoes-sobre-licitacoes/3-orcamentos-nas-licitacoes/)

Há alguns métodos de pesquisa, mas o mais comum é a pesquisa feita com, no mínimo, três empresas que atuam no ramo do objeto pesquisado. Após a colheita dos três preços, soma-se e divide-se por três, para a obtenção da média aritmética (também chamada de “mediana”).

Importante que o gestor avalie os preços pesquisados e, havendo algum preço distorcido (muito baixo ou muito elevado) assim considerado o valor “fora do padrão”, o mesmo deve ser excluído e substituído por outro preço pesquisado, a fim de que a média aritmética não atrapalhe ou até comprometa o procedimento licitatório. Se, após exaustiva pesquisa de mercado – comprovada por e-mails, fax, consulta à internet, consulta a atas de registro de preços etc., juntada aos autos – não acudirem, pelo menos três orçamentos, aí sim será o caso de justificar o manifesto desinteresse do mercado, autorizando-se o prosseguimento do processo com apenas 2 orçamentos.

Sobre o tema, vale a pena a leitura da análise feita pela auditoria do TCU nos autos do TC 013.754/2015-7 (Acórdão 2637/2015 – TCU – Plenário):

“83. Nos termos do Acórdão 2.943/2013-Plenário, não se deve considerar, para fins de elaboração do mapa de cotações, as informações relativas a empresas cujos preços revelem-se evidentemente fora da média de mercado, de modo a evitar distorções no custo médio apurado e, consequentemente, no valor máximo a ser aceito para cada item licitado.

84. Essa orientação encontra-se regulamentada por meio da Instrução Normativa-SLTI/MPOG 5/2014, que no art. 2o, § 6º, dispõe que, para a obtenção do resultado da pesquisa de preços, não poderão ser considerados os preços inexequíveis ou os excessivamente elevados, conforme critérios fundamentados e descritos no processo administrativo.

Esclareço que preço aceitável é aquele que não representa claro viés em relação ao contexto do mercado, ou seja, abaixo do limite inferior ou acima do maior valor constante da faixa identificada para o produto (ou serviço). Tal consideração leva à conclusão de que as estimativas de preços prévias às licitações, os valores a serem aceitos pelos gestores antes da adjudicação dos objetos dos certames licitatórios, bem como na contratação e posteriores alterações, por meio de aditivos, e mesmo os parâmetros utilizados pelos órgãos de controle para caracterizar sobrepreço ou superfaturamento em contratações de TI devem estar baseados em uma ‘cesta de preços aceitáveis’. A velocidade das mudanças tecnológicas do setor exige esse cuidado especial.

O Decreto n. 7.983/2013, que estabelece regras específicas para obras e serviços de engenharia, define a mediana como critério a ser utilizado para aferição do preço de mercado. Por sua vez, o Tribunal de Contas da União entende que o preço de mercado é mais bem representado pela média ou mediana, uma vez que constituem medidas de tendência central e, desse modo, representam de uma forma mais robusta os preços praticados no mercado, conforme entendimento exarado no Acórdão 3068/2010 – Plenário. Verifica-se, assim, que tanto a jurisprudência como os normativos vigentes permitem à Administração adotar para definição do preço de mercado os critérios de menor preço, média ou mediana.

<http://www.zenite.blog.br/pesquisa-de-precos-com-base-em-apenas-tres-orcamentos-de-fornecedores-nao-funciona/>

Pesquisa de preços de acordo com a orientação do TCU

[Licitação](https://www.zenite.blog.br/category/categoria-licitacao/), [Planejamento](https://www.zenite.blog.br/category/planejamento/) [19/05/2014](https://www.zenite.blog.br/pesquisa-de-precos-de-acordo-com-a-orientacao-do-tcu/) [Por Camila Cotovicz Ferreira](https://www.zenite.blog.br/author/camila-ferreira/) [7](https://www.zenite.blog.br/pesquisa-de-precos-de-acordo-com-a-orientacao-do-tcu/#comments)

As contratações públicas, sejam decorrentes de procedimento licitatório ou de contratação direta, devem ser precedidas de pesquisa de preços. Tanto a Lei nº 8.666/93 (art. 7º, § 2º, inc. II e 40, § 2º, inc. II) quanto a Lei nº 10.520/02 (art. 3º, inc. III) exigem a elaboração do orçamento estimado para a identificação precisa dos valores praticados no mercado para objeto similar ao pretendido pela Administração.

Todavia, nenhum desses diplomas legais determina como deve ser realizada essa estimativa, razão pela qual, a Administração, habitualmente, se vale de três orçamentos solicitados a fornecedores que atuam no ramo da contratação. Essa prática decorre da praxe administrativa e da orientação consolidada por alguns órgãos de controle.

Inclusive, o TCU, em diversas oportunidades, defendeu a utilização da cotação junto ao mercado como forma preferencial de pesquisa destinada à definir o orçamento estimado, conforme se denota do Acórdão nº 3.026/2010 – Plenário, cujo Voto consignou que “a jurisprudência do TCU é no sentido de que antes da fase externa da licitação há que se fazer pesquisa de preço para que se obtenha, no mínimo, três orçamentos de fornecedores distintos (Acórdão nº 4.013/2008-TCU-Plenário, Acórdão nº 1.547/2007-TCU-Plenário)”. [[1]](https://www.zenite.blog.br/pesquisa-de-precos-de-acordo-com-a-orientacao-do-tcu/#_ftn1)

Todavia, em 2013, a orientação da Corte de Contas federal pareceu seguir outro rumo. No Acórdão nº 868/2013 – Plenário[[2]](https://www.zenite.blog.br/pesquisa-de-precos-de-acordo-com-a-orientacao-do-tcu/#_ftn2), o min. relator concluiu que “para a estimativa do preço a ser contratado, é necessário consultar as fontes de pesquisa que sejam capazes de representar o mercado.” Ou seja, o *decisium* reconheceu, em certa medida, a insuficiência da pesquisa de preços realizada, unicamente, com base nos orçamentos fornecidos pela iniciativa privada.

**Afinal, a pesquisa de mercado é obrigatória nas contratações diretas?**

Para alguns casos, não existem grandes questionamentos sobre a sua obrigatoriedade, tendo em vista que representam requisitos expressamente elencados na norma, como ocorre na dispensa para locação de imóvel e outras hipóteses do art. 24 da lei de licitações (p. ex., nos inc. VIII, XX, XXIII e XXXXIV).

De qualquer maneira, a lei exige que os processos de dispensa e de inexigibilidade de licitação sejam instruídos com a justificativa de preços.

*Art. 26. (…) Parágrafo único.  O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos: (…)*

*III – justificativa do preço.*

Portanto, a possibilidade de a Administração contratar diretamente não a isenta de comprovar a regularidade dos preços e desconsiderar propostas excessivas ou inexequíveis.

Vale observar que a jurisprudência do TCU é firme em indicar que a realização de pesquisa de preços de mercado, previamente à fase externa da licitação, é uma exigência legal para todos os processos licitatórios, inclusive para os casos de dispensa e inexigibilidade.

Como referência, citam-se os acórdãos 2.742/2017–1ª Câmara, 1.022/2013–Plenário, 3.506/2009-1ª Câmara, 1.379/2007-Plenário, 568/2008-1ª Câmara, 1.378/2008-1ª Câmara, 2.809/2008-2ª Câmara, 5.262/2008-1ª Câmara, 4.013/2008-1ª Câmara, 1.344/2009-2ª Câmara, 837/2008-Plenário, e 3.667/2009-2ª Câmara.

Esses julgados, a exemplo do recentíssimo acórdão 1.842/2017 – Plenário, apontam que a pesquisa de preços para os casos de dispensa e inexigibilidade deve consistir de um mínimo de três orçamentos de fornecedores distintos, sendo “necessária a apresentação de justificativa adequada sempre que não for possível obter número razoável de cotações”.

Ainda de acordo com o TCU, a justificativa do preço se insere na fase interna do processo de dispensa, quando a administração estima os custos da contratação. Lançar a dispensa sem esses parâmetros a deixa a mercê de desvios, tanto mais quando o processo se faz por essa modalidade informal de contratação, quando não se tem a mesma rigidez, por exemplo, quanto ao sigilo das propostas.

Desse modo, ainda que a Administração utilize mecanismos para o recebimento de propostas de interessados, como a “coleta de preços” ou a utilização do sistema de Cotação Eletrônica, é necessário levar aos autos a prévia justificativa do preço.

Jurisprudências relacionadas

A justificativa do preço em contratações diretas (art. 26, parágrafo único, inciso III, da Lei 8.666/1993) deve ser realizada, preferencialmente, mediante: (i) no caso de dispensa, apresentação de, no mínimo, três cotações válidas de empresas do ramo, ou justificativa circunstanciada se não for possível obter essa quantidade mínima; (ii) no caso de inexigibilidade, comparação com os preços praticados pelo fornecedor junto a outras instituições públicas ou privadas.

**TCU. Acórdão 1565/2015-Plenário.**

Em procedimento de dispensa de licitação, devem constar, no respectivo processo administrativo, elementos suficientes para comprovar a compatibilidade dos preços a contratar com os vigentes no mercado ou com os fixados por órgão oficial competente, ou, ainda, com os que constam em sistemas de registro de preços.

**TCU. Acórdão 1607/2014-Plenário.**

É obrigatória, nos processos de licitação, dispensa ou inexigibilidade, a consulta dos preços correntes no mercado, dos fixados por órgão oficial competente ou, ainda, dos constantes em sistema de registro de preços. A ausência de pesquisa de preços configura descumprimento de exigência legal.

**TCU. Acórdão 2380/2013-Plenário.**

Jurisprudências relacionadas

A justificativa do preço em contratações diretas (art. 26, parágrafo único, inciso III, da Lei 8.666/1993) deve ser realizada, preferencialmente, mediante: (i) no caso de dispensa, apresentação de, no mínimo, três cotações válidas de empresas do ramo, ou justificativa circunstanciada se não for possível obter essa quantidade mínima; (ii) no caso de inexigibilidade, comparação com os preços praticados pelo fornecedor junto a outras instituições públicas ou privadas.

**TCU. Acórdão 1565/2015-Plenário.**

Em procedimento de dispensa de licitação, devem constar, no respectivo processo administrativo, elementos suficientes para comprovar a compatibilidade dos preços a contratar com os vigentes no mercado ou com os fixados por órgão oficial competente, ou, ainda, com os que constam em sistemas de registro de preços.

**TCU. Acórdão 1607/2014-Plenário.**

É obrigatória, nos processos de licitação, dispensa ou inexigibilidade, a consulta dos preços correntes no mercado, dos fixados por órgão oficial competente ou, ainda, dos constantes em sistema de registro de preços. A ausência de pesquisa de preços configura descumprimento de exigência legal.

**TCU. Acórdão 2380/2013-Plenário**

**\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**

Irregularidade na compra por emergência pelo valor do segundo colocado na pesquisa de preço realizada.

**TCU Acórdão 356/98 – Plenário**

Irregularidade de ausência de justificativa pela compra realizada com valor acima do preço máximo obtido na pesquisa de preços.

**TCU Acórdão 2960/2003**

Irregularidade tendo em vista a contratação de itens no valor acima do valor cotado na pesquisa de preços.

**TCU Acórdão 2943/13**



<https://jus.com.br/artigos/31060/consideracoes-sobre-as-licitacoes-em-face-das-alteracoes-do-estatuto-nacional-da-microempresa-e-empresa-de-pequeno-porte-lei-complementar-n-123-2006-provenientes-da-lei-complementar-n-147-2014>

A primeira possibilidade foi a de que, havendo empate entre uma ME ou EPP e uma empresa normal, aquelas podem apresentar uma nova proposta à Administração, desde que seja de preço inferior à considerada vencedora do certame. Assim, a lei concedeu a oportunidade das ME ou EPP possuírem a faculdade de realizar modificações na primeira proposta por elas apresentadas. Desta forma, e só assim é que poderão ser consideradas vencedoras do procedimento licitatório.

Sobre o assunto, afirma Marçal (2007, p. 94):

[...] a preferência assegurada à pequena empresa não se traduz em se reputar como vencedora a proposta por ela formulada, ainda que apresente valor superior ao das propostas dos demais licitantes. Em caso de empate (ficto, inclusive), surge uma faculdade para a pequena empresa, consistente no poder de alterar a proposta apresentada, reduzindo o seu valor para montante inferior àquele constante da proposta do licitante normal.

Logo, a Administração Pública não é autorizada a contratar com a pequena empresa quando a proposta por ela apresentada não for a mais vantajosa. O benefício consiste em facultar à pequena empresa a possibilidade de introduzir benefícios não existentes originalmente em sua proposta, de modo a torná-la a mais vantajosa dentre as diversas apresentadas no certame.

**2.6.  POSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DA MARGEM DE PREFERÊNCIA PARA MES E EPPS**

            A  LC 147/2014 criou outra prioridade para beneficiar as MEs ou EPPs em âmbito local ou regional. O art. 48 passou a contar com o § 3º, que dispõe que:

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.        (Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

            Com isso, parece haver a estipulação de uma margem de preferência, a exemplo do que ocorre hoje com alguns produtos nacionais, podendo a Administração pagar preço superior ao melhor preço válido, no limite de até 10%, para privilegiar as MEs e EPPs sediadas local ou regionalmente. Isso nos faz concluir que o conteúdo desse dispositivo poderá resultar em oneração aos cofres públicos.

            Destaca-se que o comando desse dispositivo é a “faculdade”, em razão da expressão “poderão”, razão pela qual é algo a ser pensado no caso concreto.