

PREGÃO 48/2021 – SEI n. 0005359-61.2021.6.21.8000

Serviços de transmissão e recebimento de mensagens de texto - SMS

IMPUGNAÇÃO

ILUSTRÍSSIMO (A) SENHOR (A) PREGOEIRO (A) DO TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DO RIO GRANDE DO SUL

Ref.: Pregão Eletrônico nº 48/2021

ALGAR MULTIMÍDIA S.A, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ. 04.622.116/0001-13, com endereço na Rua José Garcia, nº 415, Bairro Brasil, na cidade de Uberlândia/MG, vem, por meio dessa, apresentar IMPUGNAÇÃO ao Edital publicado, pelos fundamentos de fato e de direito a seguir expostos.

I. CERTAME E TEMPESTIVIDADE

1. O Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Rio Grande do Sul, lançou o presente certame licitatório, cujo objeto é Prestação de serviços de transmissão e recebimento de mensagens de texto - SMS (Short Message Service), compatível com todas as concessionárias e operadoras de Serviço Móvel Celular – SMC, que operem em âmbito nacional, devidamente autorizadas pela ANATEL, independentemente do Estado territorial de origem do aparelho, conforme minuta de contrato, Termo de Referência e demais estipulações deste edital, com sessão prevista para o dia 22.11.2021 às 14:00hs, no portal www.gov.br/compras.

2. O instrumento convocatório (item 14.1) prevê o prazo de 03 (três) dias úteis antes da data designada para a abertura da sessão pública, para apresentar impugnações cabíveis, sendo que o termo final para apresentação dar-se-á em 17.11.2021, restando, pois, demonstrada a tempestividade da presente.

II. NECESSÁRIA REVISÃO DO TÍTULO CONDIÇÕES ESPECÍFICAS DO PREGÃO

3. Identifica-se com clareza a necessidade de revisão imediata, sob pena de violação da norma de regência e dos princípios norteadores das licitações públicas que limita o certame a participação exclusiva de ME-EPP sem que estejam atendidos os requisitos para tanto;

II.1 PREVISÃO DE EXCLUSIVIDADE DE PARTICIPAÇÃO DAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE – DESCONFORMIDADE COM O REQUISITOS EXPRESSOS NA LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA

4. Segundo consta do Edital, em seu preambulo, o certame em referência é de participação exclusiva para microempresas e empresas de pequeno porte, atraindo a princípio, concessão de tratamento especial descrito no artigo 47 da Lei Complementar nº 123/2006.

5. Um dos parâmetros da lei acima citada, para vincular exclusividade as empresas menores, é o valor da contratação, conforme estabelece o artigo 48 da referida norma:

PREGÃO 48/2021 – SEI n. 0005359-61.2021.6.21.8000

Serviços de transmissão e recebimento de mensagens de texto - SMS

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); (...)

6. Assim, nada obstante referido requisito esteja atendido no presente certame, o artigo 49 do mesmo diploma normativo traz as exceções à regra de exclusividade insculpida no referido artigo 48, assim estabelecidas:

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

I - os critérios de tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não forem expressamente previstos no instrumento convocatório;

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.

7. Insta salientar que, para gravar a exclusividade se faz necessário observar os parâmetros legais desde a fase preparatória, e fazer constar expressamente no edital, que o certame cumpre os requisitos também do artigo 49.

8. No caso em quadro, embora atendido o requisito do valor, não se constata o adimplemento das exigências legais contidas nos incisos II e III do artigo 49 da LC 123/2006, como se demonstra a seguir.

II.2) NÃO APRESENTAÇÃO DO QUANTITATIVO MÍNIMO DE FORNECEDORES ENQUADRADOS COMO MICRO EMPRESA OU EMPRESA DE PEQUENO PORTE

9. A previsão contida no artigo 49 inciso II é clara, a exclusividade não tem lugar quando não existir um quantitativo mínimo de 03 (três) fornecedores enquadrados como micro empresa ou empresa de pequeno porte e com capacidade de atender às exigências editalícias, sediados no local ou na região da prestação do serviço.

10. Trata-se de requisito que deve ser aferível de imediato no momento da abertura do certame, razão pela qual deve constar de forma clara no instrumento convocatório qual o universo de fornecedores possíveis ao caso.

11. A imposição vem expressa no Decreto nº 8.538/2015, em seu artigo 2º, inciso I, que determina às entidades contratantes instituir ou adequar cadastro próprio para identificar as ME e EPP no local e região, bem como linha de fornecimento.

12. É necessário que haja fornecedores locais ou regionais, enquadrados como micro empresas ou empresas de pequeno porte, bem como as características

PREGÃO 48/2021 – SEI n. 0005359-61.2021.6.21.8000

Serviços de transmissão e recebimento de mensagens de texto - SMS

necessárias a atender as exigências do certame, garantindo a efetividade do processo seletivo e que não haja prejuízo à Administração Pública.

13. Não é demais lembrar que independentemente do instrumento em que previsto, se for integrar o sistema de normas licitatórias, o comando legal deve ser analisado e interpretado sob a ótica do conjunto principiológico próprio.

14. Nada mais adequado, portanto, aos princípios da busca da proposta mais vantajosa, supremacia do interesse público e efetividade, que se tenha o cuidado de verificar previamente se há no local ou regionalmente fornecedores que atendam às limitações legais, evitando um certame deserto.

15. Sob tal enfoque, constata-se que cabe ao órgão licitante realizar, na fase interna, pesquisa que garanta a existência de ao menos 03 (três) fornecedores locais ou regionais, enquadrados como ME ou EPP e que atendam aos demais requisitos do certame, sendo que tal informação, obrigatoriamente deve ser incorporada à fase externa da licitação, compondo o corpo documental que instrui o procedimento de seleção.

16. Neste sentido é a jurisprudência:

REMESSA NECESSÁRIA - MANDADO DE SEGURANÇA - ADMINISTRATIVO - LICITAÇÃO - CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇO DE TRANSPORTE ESCOLAR - EDITAL QUE PERMITIU A PARTICIPAÇÃO APENAS DE MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - HIPÓTESES DO ART. 49 DA LEI COMPLEMENTAR 123/2016 NÃO EVIDENCIADAS - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA CONFIRMADA.

1. O incentivo às microempresas e empresas de pequeno porte se traduz em política econômica de desenvolvimento social e regional. Prestigiase o pequeno negócio na busca de amplitude comercial futura, com geração de emprego e renda. O art. 170, IX, da CF/88, traduz exatamente essa orientação. Ocorre que, muito embora o art. 48 da LC 123/2016 autorize a contratação exclusiva com EPP ou ME nas compras de até R\$ 80.000,00, o art. 49 da mesma lei elenca as hipóteses em que tal regra não se aplica: a) quando inexistente pelo menos três fornecedores competitivos enquadrados como microempresa ou empresas de pequeno porte sediados no local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório; ou b) se não for vantajoso para a Administração Pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado. [...] A regra é que as microempresas e empresas de pequeno porte gozem de privilégios na contratação com o Poder Público (art. 5-A da Lei 8.666/1993), sem impedimento quanto aos demais concorrentes. Todavia, optando a Administração pela restrição da competição, as hipóteses do art. 49 da LC 123/2016 devem ser todas descartadas. Quanto a esse aspecto, o impetrado não demonstrou a existência de pelo menos três fornecedores competitivos enquadrados como microempresa ou empresas de pequeno porte sediados no local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório (inc. II). Aliás, como apontado pela Juíza de Direito Aline Vasty Ferrandin: "além da impetrante, apenas outras duas empresas - estas classificadas como Microempresas (ME) ou Empresas de

PREGÃO 48/2021 – SEI n. 0005359-61.2021.6.21.8000

Serviços de transmissão e recebimento de mensagens de texto - SMS

Pequeno Porte (EPP) - manifestaram interesse na disputa, o que autoriza concluir pela inexistência do mínimo legal de fornecedores enquadrados na LC n. 123/06 que justifique a exclusividade do certame" (evento 31 da origem). Depois, também não houve indicação de que o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte seja verdadeiramente vantajoso para a Administração (inc. III). Pelo contrário, a restrição à viabilidade de competição tende a trazer prejuízo aos cofres públicos. O edital de pregão n. 49/2019 também não traz justificativa para o impedimento. [...] No caso concreto, não há demonstração de que tenham sido atendidos aos requisitos do art. 49, incs. II e III, da LC 123/2016, de sorte que é de ser afastada a limitação do certame à participação exclusiva de microempresas ou empresas de pequeno porte. 2. Remessa desprovida. (TJ-SC - Remessa Necessária Cível: 50003787120198240126 TJSC 5000378-71.2019.8.24.0126, Relator: HÉLIO DO VALLE PEREIRA, Data de Julgamento: 20/10/2020, 5ª Câmara de Direito Público)

17. Entretanto, de mera análise do Edital e da documentação, verifica-se que não se constata a referência à existência de empresas ME e EPP no local ou região, sujeitando a Administração ao risco de um certame deserto.

18. Caso haja a participação dos fornecedores ME e EPP, mas sejam desabilitados, impugnados, não possuam estrutura ou mesmo preço vantajoso para atender o objeto licitado, a Administração Pública não terá outros fornecedores de empresas médio e grande porte como participante no certame para contratação.

19. Diante disso, imperioso a reforma do item do edital referido para retirar a exclusividade e permitir a ampla participação e concorrência, e evitar refazer todos o processo licitatório, bem como a Administração obter proposta vantajosa.

II.3) EXCLUSIVIDADE DESVANTAJOSA

20. A Lei Complementar nº123/06 também afasta a exclusividade, quando o tratamento privilegiado se mostrar desvantajoso para a Administração. Este é o entendimento trazido na explanação do inciso III do art. 49 da lei destacada. Considera-se desvantajosa a contratação quando resultar em preço superior ao valor estabelecido como referência.

21. De outro norte, há que destacar-se ainda a imprescindibilidade da demonstração, no Termo Referência ou instrumento convocatório, de que a aplicação do disposto no artigo 48, não onera o órgão licitante, nem representa prejuízo ao objeto a ser contratado.

22. Ainda em análise do Edital e seus anexos contata-se que não há nenhuma menção ao requisito expresso no artigo 49, III da Lei 123/2006, o que também é causa de afastamento da exclusividade expressa no edital.

23. Tendo em vista que o objetivo da Administração no processo licitatório é proporcionar aos licitantes a ampla competitividade para obtenção da proposta mais vantajosa, mas sempre em conformidade com a legislação.

24. O artigo 3º da Lei 8.666/93, veda ao agente Público prever nos Editais cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo do processo licitatório, por ofensa aos princípios da Isonomia e Competitividade, especialmente no inciso I do parágrafo 1º:

PREGÃO 48/2021 – SEI n. 0005359-61.2021.6.21.8000

Serviços de transmissão e recebimento de mensagens de texto - SMS

Art. 3º - A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

§1º ...

I - É vedado aos agentes públicos: - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991.

25. Assim, mesmo que o valor estimado da licitação seja inferior a R\$ 80.000,00, a Administração deve ampliar a participação para entidades de grande e médio porte, se a exclusiva participação de micro e pequenas empresas contiver risco de prejuízo à satisfatória execução do conjunto ou complexo do objeto. Nesse sentido, a jurisprudência pátria:

DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. PREGÃO ELETRÔNICO. RESTRIÇÃO DO CERTAME A MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE. AUSÊNCIA DE VANTAGEM À ADMINISTRAÇÃO. PREJUÍZO AO ERÁRIO. RECURSO PROVIDO. AGRAVO INTERNO PREJUDICADO. [...]4) Por outro lado, a Lei Complementar nº 123/2006 excepciona a aplicação dessa regra nas hipóteses previstas no art. 49, dentre as quais se inclui a ausência de vantagem para a Administração. 5) Quanto ao pregão objeto dos autos, a comparação dos preços dos mesmos medicamentos licitados com os alcançados em pregões efetuados nos Municípios de Bom Jesus do Norte e São Gabriel da Palha, em que houve ampla concorrência, resultou na exorbitante diferença de R\$ 233.025,35. 6) Com efeito, revela-se minimamente demonstrado que o procedimento adotado pelo Município recorrido pode implicar extrema onerosidade às contas públicas, configurando a exceção legal de que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte integrantes da licitação não são vantajosas à Administração Pública. 7) Recurso provido. Agravo interno prejudicado. ACORDA a Egrégia Segunda Câmara Cível, em conformidade da ata e notas taquigráficas da sessão, que integram este julgado, à unanimidade, dar provimento ao recurso e julgar prejudicado o agravo interno. Vitória, 12 de setembro de 2017. DESEMBARGADOR PRESIDENTE DESEMBARGADOR RELATOR. (TJ-ES – AI: 00006554520178080044, Relator: JOSÉ PAULO CALMON NOGUEIRA DA GAMA, Data de Julgamento: 12/09/2017, SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 20/09/2017).

PREGÃO 48/2021 – SEI n. 0005359-61.2021.6.21.8000

Serviços de transmissão e recebimento de mensagens de texto - SMS

26. Nesse norte, a constatação da ilegalidade de Cláusula aposta no instrumento convocatório, em especial, aquela que ataca um dos pilares fundamentais do sistema principiológico das licitações, qual seja, a isonomia entre concorrentes e a garantia de vantajosidade para a Administração Pública, fulmina toda a viabilidade do certame.

27. A lei permite que a administração que realiza licitação exclusiva para entidades de menor porte, pode afastar a regra restritiva e ampliar a licitação, permitindo que as demais empresas participem, nos termos do artigo 45 inciso II da Lei nº 123/2006.

Art. 45. Para efeito do disposto no art. 44 desta Lei Complementar, ocorrendo o empate, proceder-se-á da seguinte forma:

I - a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada poderá apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame, situação em que será adjudicado em seu favor o objeto licitado;

II - não ocorrendo a contratação da microempresa ou empresa de pequeno porte, na forma do inciso I do caput deste artigo, serão convocadas as remanescentes que porventura se enquadrem na hipótese dos §§ 1º e 2º do art. 44 desta Lei Complementar, na ordem classificatória, para o exercício do mesmo direito;

28. Conclui-se que, ausentes no instrumento as condições de sustentação de validade e legalidade para a participação exclusiva de micro e pequenas empresas, deve ser de imediato excluído o item citado do Edital em apreço, pois, o certame ocorrendo restrito, poderá resultar em vinculação de contratação de uma proposta vencedora não vantajosa, atraindo um contrato prejudicial à Administração Pública.

III. PEDIDOS

29. Por todo o exposto, requer

i) Seja recebida e processada a presente impugnação, eis que própria e tempestiva;

ii) Seja a mesma acolhida para:

a) Retificar as disposições editalícias que estabelecem reservas a fornecedores microempresários e empresas de pequeno porte, retirando a exclusividade, para permitir a participação de outras empresas que não MEs ou EPPs, ampliando a concorrência e participação,

b) Subsidiariamente, retificar o item impugnado, para permitir a participação de outras empresas médio e grande porte, para na hipótese de não se atingir o número mínimo de três (03) licitantes nessa condição ou não sendo vantajoso o resultado, conforme determina o artigo 45, II da LC nº 123/2006;

c) Tendo em vista que a alteração requerida impacta a formulação das propostas, requer a reabertura de todos os prazos do presente certame, com nova publicação do Edital atendendo aos pedidos acima formulados, com a conseqüente remarcação da sessão agendada.

Nestes termos, pede e aguarda deferimento.

De Uberlândia/MG, para Porto Alegre, 12 de novembro de 2021.

Algar Multimídia S/A

CNPJ: 04.622.116/0001-13

PREGÃO 48/2021 – SEI n. 0005359-61.2021.6.21.8000

Serviços de transmissão e recebimento de mensagens de texto - SMS

RESPOSTA

A Pregoeira, no uso de suas atribuições legais, responde o esclarecimento conforme segue:

A Lei Complementar n. 123, de 14 de dezembro de 2006, que trata do tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte nas aquisições públicas, foi alterada em 7 de agosto de 2014, pela publicação da Lei Complementar n. 147.

Houve impactos que dizem respeito à Seção I, do Capítulo V, da Lei Complementar n. 123/2006 - DO ACESSO AOS MERCADOS.

Até então, o Tribunal não estava realizando procedimentos licitatórios especiais, nos termos preconizados no antigo art. 48 da Lei Complementar n. 123/2006:

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

I - destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);

II - em que seja exigida dos licitantes a subcontratação de microempresa ou de empresa de pequeno porte, desde que o percentual máximo do objeto a ser subcontratado não exceda a 30% (trinta por cento) do total licitado;

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

No entanto, o art. 48 da Lei Complementar 123/2006 passou a figurar com a seguinte redação:

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;

PREGÃO 48/2021 – SEI n. 0005359-61.2021.6.21.8000

Serviços de transmissão e recebimento de mensagens de texto - SMS

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.

Com as alterações trazidas pela Lei Complementar n. 147/2014, não subsistem dúvidas quanto à compulsoriedade de realização de licitações diferenciadas, especialmente, no que tange aos incisos I e III do artigo 48.

A norma alterada passou a estabelecer que a Administração Pública 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).

A novidade legislativa está na palavra “deverá” que introduz a redação constante no inciso I e III do artigo 48, que agora impõe tal prática como uma obrigatoriedade da Administração.

É que a LC 147/2014, acabou com qualquer dúvida em relação à imperatividade de se materializar os benefícios dados às microempresas e empresas de pequeno porte quando estas participam de procedimentos licitatórios.

No entendimento de Jair Santana (http://www.jairsantana.com.br/wp-content/uploads/2017/11/cartilha_estatuto_27_08_red.pdf):

A supremacia constitucional sobre o assunto (que nunca nos deixou qualquer dúvida em relação aos comandos mandamentais que veicula em favor das ME/EPP's), acabou cedendo espaço para aqueles que a ela sobrepuseram comando subalternos dúbios. De modo prático, estava vencendo (sem qualquer fundamento jurídico) a ideia geral de que as Unidades Administrativas tinham opção entre "dar" e "não dar" às microempresas e empresas de pequeno porte os benefícios aos quais já aludimos. A LC 147/2014 acaba com a possibilidade de interpretação desse gênero na medida em que - alinhando-se ao texto constitucional - **impõe, manda, determina e ordena o cumprimento de certas condutas em relação à política, às estratégias e procedimentos que se relacionam às Aquisições Governamentais.** Vale-se, no particular, da expressão indubitosa "**deverá**", que veio substituir a palavra "**poderá**" utilizada pela Lei Complementar 123/006. "**Dever**" é **obrigação, tarefa, imposição, gravame ou incumbência.** Não é, em contrário, faculdade, opção, preferência,

PREGÃO 48/2021 – SEI n. 0005359-61.2021.6.21.8000

Serviços de transmissão e recebimento de mensagens de texto - SMS

liberdade ou dilema. Se a Lei de 2006 foi tímida ou equivocada em estabelecer que certos benefícios outorgados às ME/EPP's 'poderiam' ser concedidos, **a Lei de 2014 é enfática em obrigar a sua aplicação irrestrita.** (grifo nosso)

Esta limitação se dá na medida em que o preço total máximo aceitável (para 24 meses de contratação), conforme critério de julgamento, é de R\$ 20.625,00 (Anexo II do edital), atraindo a aplicação da regra contida no art. 48, I da Lei Complementar n. 123/2006.

O licitante dispõe que a Administração deveria levar em consideração o disposto no art. 49, II e III da Lei Complementar 123/2006, afastando-se a aplicabilidade do disposto no artigo 48, I da Lei Complementar. Transcreve-se o dispositivo legal.

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;

Equivoca-se o licitante quanto à interpretação a ser dada ao artigo 49, II da Lei Complementar 123/2006.

Para elucidar a questão, colaciona-se importante artigo publicado no Boletim de Licitações e Contratos da NDJ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. As licitações exclusivas para microempresas e empresas de pequeno porte: regra e exceções. Boletim de Licitações e Contratos, São Paulo, v. 25, n. 7, p. 643-654, jul. 2012.

O mesmo artigo pode ser verificado em Revista do TCU (<http://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/viewFile/149/146>):

9. O AFASTAMENTO DA REGRA DE EXCLUSIVIDADE POR INEXISTÊNCIA DO MÍNIMO DE TRÊS FORNECEDORES COMPETITIVOS

PREGÃO 48/2021 – SEI n. 0005359-61.2021.6.21.8000

Serviços de transmissão e recebimento de mensagens de texto - SMS

O art. 49 da Lei Complementar nº 123/06 afasta a aplicação do disposto nos seus artigos 47 e 48 quando não houver um mínimo de três fornecedores competitivos, enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte, sediados local ou regionalmente, capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório.

Em resposta à consulta, o Tribunal de Contas da União assentou que, nas licitações exclusivas para entidades de menor porte, não se deve restringir o universo de licitantes às empresas sediadas no estado onde estiver sediado o órgão licitador, verbis:

(...) 2. O consultante especificou três dúvidas encaminhadas pelo Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região (TRT-17), as quais gostaria que fossem dirimidas, a saber:

2.1. Nos editais de licitações em que for conferido o tratamento diferenciado previsto no inciso I do art. 48 da LC nº 123/2006 e no art. 6º do Decreto nº 6.204/2007, deve-se restringir o universo de licitantes às empresas sediadas no estado do Espírito Santo, sob pena de cumprir-se apenas parcialmente a legislação aplicável à matéria?

[...]

19. De qualquer modo, conforme aduzido pelo auditor informante: “o próprio conceito de ‘âmbito regional’ constante da LC nº 123/2006 não está expressamente limitado a cada estado da Federação, podendo referir-se, por exemplo, a empresas de uma região geográfica que abranja mais de um estado”

20. Assim sendo, vejo que, nos editais em que for conferido o tratamento diferenciado previsto no inciso I do artigo 48 da Lei Complementar nº 123, de 2006, e no art. 6º do Decreto nº 6.204, de 2007, **não se deve restringir o universo de participantes às empresas sediadas no estado em que estiver localizado o órgão ou a entidade licitante.**

9.2. responder ao consultante que:

9.2.1. nos editais de licitação em que for conferido o tratamento diferenciado previsto no inciso I do artigo 48 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, e no art. 6º do Decreto nº 6.204, de 5 de setembro de 2007, não se deve restringir o universo de participantes às empresas sediadas no estado em que estiver localizado o órgão ou a entidade licitante (BRASIL. Tribunal de Contas da União, 2012a).

PREGÃO 48/2021 – SEI n. 0005359-61.2021.6.21.8000

Serviços de transmissão e recebimento de mensagens de texto - SMS

Da mesma forma entendeu o Tribunal de Contas da União ao deixar claro que “o próprio conceito de ‘âmbito regional’ constante da LC nº 123/2006 e do Decreto nº 6.204/2007 **não está expressamente limitado a cada estado da Federação, podendo referir-se, por exemplo, a empresas de uma região geográfica que abranja mais de um estado**”. (Acórdão nº 2957.49/11, Plenário, Rel. Min. André de Carvalho, j. em 09/11/11).

O TCE-MG, em outro exemplo, fixou seu entendimento no sentido de que a expressão 'regionalmente' não possui conceito objetivo/direto, sendo assim, o seu alcance não está restrito ao âmbito de cada Estado e irá variar conforme as circunstâncias e as peculiaridades do caso concreto enfrentado pela Administração

Não é correto, portanto, utilizar, de forma genérica, a região política, geográfica ou mesmo a microrregião para os fins do art. 49, inciso II, da Lei Complementar nº 123/06, por isso o gestor deverá demonstrar cabal e motivadamente, sua opção por eventual afastamento do tratamento diferenciado preconizado na legislação correlata.

De ressaltar-se que a adoção da modalidade licitatória do pregão, mormente em seu formato eletrônico, amplia o universo de entidades empresariais interessadas em participar do certame, inclusive as enquadradas nas categorias microempresa e empresa de pequeno porte, de sorte a viabilizar que qualquer uma delas, sediada em qualquer ponto do território nacional, dele participe, ampliando-se a competitividade e, por conseguinte, estimulando a oferta de propostas mais vantajosas para a Administração.

Precisas são as críticas de José Anacleto Abduch Santos:

(...) afirma-se que não é possível de antemão, ao menos como regra geral, concluir sobre quais ME e EPP sediadas local ou regionalmente são capazes de atender as exigências previstas no instrumento convocatório. **Parece evidente e lógico que apenas quando da licitação, após a apresentação dos documentos e das propostas, poderá a Administração Pública aferir sobre a possibilidade de cumprimento dos requisitos e exigências formulados no instrumento convocatório.** Deve-se interpretar a norma em exame no sentido de que a Administração Pública, ao elaborar o instrumento convocatório e eleger as exigências no que tange à qualidade do objeto e aos requisitos subjetivos (de habilitação), deverá

PREGÃO 48/2021 – SEI n. 0005359-61.2021.6.21.8000

Serviços de transmissão e recebimento de mensagens de texto - SMS

fazê-lo de modo a evitar a previsão de requisitos que possam de plano afastar ou dificultar a participação de ME e EPP sediadas local ou regionalmente.” (SANTOS, José Anacleto Abduch. Licitações e o Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2015, p. 146).

Quanto ao citado inciso III do artigo 49 da Lei Complementar 123/2006, também parece haver interpretação incorreta por parte do licitante.

Importante ressaltar que, por se tratar de exceção, e diante da imperiosidade de aplicação do tratamento diferenciado, qualquer hipótese deve ser devidamente justificada e comprovada. Assim, não havendo motivação, prevalece a regra. O texto de legislador demonstra que a aplicação do artigo 49 da Lei Complementar 123/2006, é exceção:

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

(...)

Cabe ainda destacar que os benefícios conferidos às ME/EPPs estão fundamentados na Constituição Federal, conforme o disposto no artigo 170, inciso IX:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Diante do exposto e considerando a abrangência da disputa alcançada pela modalidade pregão, quando na sua forma eletrônica, não é possível afirmar que as exceções elencadas pelo licitante teriam o condão de afastar a regra constitucional para o caso concreto.

A pregoeira informa que não assiste razão ao impugnante relativamente às alegações constantes no documento encaminhado, não havendo justificativa para alteração do ato convocatório.

PREGÃO 48/2021 – SEI n. 0005359-61.2021.6.21.8000

Serviços de transmissão e recebimento de mensagens de texto - SMS

Atenciosamente,

Rosana Brose Adolfo,

Pregoeira.