

CONSÓRCIO INTERMUNICIPAL DE SAÚDE – CONIMS
RUA AFONSO PENA N° 1902, ANCHIETA, CEP 85.501.530.
PATO BRANCO – PARANÁ

PARECER JURÍDICO nº 329/2021
PROCESSO 128/2021 – PREGÃO ELETRÔNICO N° 27/2021

I– EMENTA

Direito administrativo. Pregão Eletrônico. Registro de Preços para aquisição parcelada de alimentos para nutrição enteral e suplemento nutricional. Impugnação. Pedido de Esclarecimento. Edital.

II - DOS FATOS

Trata o presente de consulta elaborada pelo Setor de Licitações, que requer a elaboração de parecer jurídico acerca de questionamentos apresentados por **VACCARIN & ALFF LTDA – EPP** e **POLO REPRESENTAÇÕES**, interessadas em participar da Licitação inaugurada pelo Edital de Pregão Eletrônico nº 27/2021.

VACCARIN & ALFF LTDA – EPP apresentou Impugnação alegando que: **a)** o edital não prevê exclusividade para microempresas e empresas de pequeno porte, conforme disposto na Lei Complementar Federal nº 123/2006, alterada também pela Lei Complementar Federal nº 147/2014; **b)** que a justificativa constante do Edital não encontra fundamento na realidade, citando editais de Municípios limítrofes ao território geopolítico de Pato Branco, os quais previam exclusividade para MEI/ME/EPP (*Município de Vitorino: Pregão Eletrônico nº 06/2021, abertura em 31/03/2021; Município de Francisco Beltrão: Pregão Eletrônico nº 59/2021, abertura em 07/05/2021 e Município de Renascença: Pregão Eletrônico nº 40/2021, abertura em 10/06/2021*), além do edital de Pregão Eletrônico N° 34/2020, do CONIMS, com itens de participação exclusiva para ME e EPP e cota reservada de 25% para participação exclusiva de ME e EPP.

POLO REPRESENTAÇÕES apresentou Pedido de Esclarecimento, questionando a inexistência de indicação de participação exclusiva de ME e EPP, citando o Pregão eletrônico realizado no ano de 2020. Menciona a existência de EPP e ME no Paraná e região.

É o relatório.

III– DO PARECER

- **Tempestividade do Pedido de Esclarecimento e Impugnação**

Primeiramente, relevante destacar que o pedido de esclarecimento foi protocolizado no dia 12/08/2021, às 15h29, e a Impugnação no dia 12/08/2021, às 16h54, sendo que a abertura da sessão está designada para o dia 24/08 vindouro, sendo tempestivas as solicitações.

- Mérito

Ambos os questionamentos recaem sobre a necessidade de impor restrição à ampla participação, privilegiando-se as micro e empresas de pequeno porte, o que foi afastado pela seguinte justificativa que acompanhou o Edital:

DO ATENDIMENTO À LEI 123/2006

01. Nos últimos certames realizados por este órgão (anos de 2019 e 2020) NÃO fora registrada a participação de micro e pequenas empresas sediadas local ou regionalmente (conforme delimitações de macro e microrregiões pelo IBGE) nos certames de objeto comum a este. Fato que nos leva ao lançamento de novo processo licitatório sem reserva de cotas ou exclusividade às micro e pequenas empresas, conforme prevê o Art. 49 da Lei 123/2006 em seu inciso 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*”. Considere-se que a participação estendida à ampla concorrência resultará em vantajosidade econômica.

No Parecer Jurídico, considerou-se tal justificativa como verdadeira, por conta da presunção da veracidade dos atos administrativos, deixando de requisitar comprovação para tanto.

Ambas as Impugnantes informam, contudo, que o argumento adotado na Justificativa não encontra eco na verdade dos fatos, trazendo fortes indícios de que a ampla participação não encontra fundamento na lei, o que macularia de nulidade todo o certame, especialmente por força da Teoria dos Motivos determinantes.

Essa Assessoria Jurídica tem o entendimento de que a exigência de participação **exclusiva** de micro e pequenas empresas decorre da literalidade do artigo 48 da Lei Complementar 123/2006, com a redação dada pela Lei Complementar nº 147/2014:

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);*

Assim, a REGRA é a participação EXCLUSIVA, sendo exceção as hipóteses do artigo 49 da Lei Complementar 123/2006, com redação alterada por sucessivas leis, que permite a **não observância** da contratação exclusiva das ME/EPP nas seguintes situações:

*“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;”

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

Da mesma forma, a ABERTURA à ampla participação ocorrerá se CONSTATADO que os preços e condições praticados pelas Micro e pequenas empresas NÃO são vantajosos ao INTERESSE PÚBLICO.

A propósito, é o entendimento de Marçal Justen Filho:

“A vontade legislativa não é a restrição absoluta da disputa, mas a competição entre pequenas empresas. Sob esse prisma, a vedação à participação de empresas de maior porte apenas podará ser justificada se houver uma efetiva e concreta competição entre pequenas empresas. Daí a proposta de interpretação, no sentido de que será necessária a existência de três fornecedores em condições de participar do certame. Esse será um requisito de adoção da licitação diferenciada, restrita à participação de pequenas empresas. No entanto, a validade da licitação dependerá da efetiva participação de pelo menos três licitantes em condições de efetiva competição”.

Assim, devolve-se o presente Parecer com a orientação de que o Setor consulente enfrente, de forma concreta, o efetivo enquadramento nas hipóteses previstas no artigo 49, lembrando, contudo, que a definição do âmbito local e regional não parte necessariamente do critério “sede do CONIMS”, mas sim o território sobre o qual exerce sua área de atuação: será local a sociedade que se localizar em qualquer dos municípios formados pelo Consórcio e regional, quando localizada nas proximidades desses.

É que, em se tratado de Consórcio Público, que se sujeita a regramento peculiar dado pela Lei Federal 11.105/2007, tem-se:

“Art. 4º São cláusulas necessárias do protocolo de intenções as que estabeleçam:

(...)

III – a indicação da área de atuação do consórcio;

(...)

§ 1º Para os fins do inciso III do caput deste artigo, considera-se como área de atuação do consórcio público, independentemente de figurar a União como consorciada, a que corresponde à soma dos territórios:

I – **dos Municípios**, quando o consórcio público for constituído somente por Municípios ou por um Estado e Municípios com territórios nele contidos;

É o Parecer com as recomendações acima.

Pato Branco, 16 de agosto de 2021.

Maria Cecília Soares Vannucchi
OAB/PR 35.313