

**ANÁLISE DE IMPUGNAÇÃO AO EDITAL – CPL/COFEN**

**PREGÃO ELETRÔNICO Nº 18/2021**

**PAD Nº 677/2020**

Com amparo no que prescrevem o art. 24 do Decreto n.º 10.024, de 20/09/2019, e o item V do instrumento convocatório supracitado, a empresa **ALGAR SOLUÇÕES EM TIC S/A**, inscrita no CNPJ de nº 22.166.193/0001-98, apresentou pedido de impugnação ao teor do Edital do certame, que tem por objeto a contratação de serviços de acesso à internet para o escritório do Cofen no Município do Rio de Janeiro – RJ e para o Museu Nacional de Enfermagem Anna Nery (MuNEAN) no Município de Salvador – BA.

**1. DA TEMPESTIVIDADE**

**1.1** Preliminarmente, cumpre ressaltar que a referida empresa apresentou a impugnação de forma tempestiva, de acordo com o artigo 24 do Decreto n.º 10.024/2019, bem como no subitem 5.1 do Edital em evidência, que prevê o protocolo no prazo de 3 (três) dias úteis anteriores à data fixada para abertura da sessão pública.

**2. DAS RAZÕES DA IMPUGNAÇÃO DA ALGAR SOLUÇÕES EM TIC S/A**

Em breve síntese, a impugnante argumenta seguinte:

“(…)

*4. Segundo consta no instrumento convocatório a condição de participação exclusiva para Microempresas e empresas de pequeno, o que irá restringir a participação de muitos outros possíveis fornecedores com capacidade de executar o objeto, e preços competitivos.*

(…)

*10. 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 microempresa ou empresa de pequeno porte e com capacidade de atender às exigências do termo, sediados no local ou na região da prestação do serviço.*

(…)

*12. 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.*



(...)

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

(...)

26. 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:

(...)

### III. PEDIDOS

30. Por todo o exposto, requer:

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

b) Seja a mesma acolhida para:

b.1) Retificar as disposições do certame, retirando a exclusividade do certame, em especial para alterar o preâmbulo e o item 4.1 do edital, que estabelecem participação exclusiva a microempresas e empresas de pequeno porte, alterando para permitir a participação de outras empresas de médio e grande porte também, ampliando a concorrência e participação, com intuito de evitar certame deserto e obter a melhor proposta;

b.2) Subsidiariamente, retificar o item 4.1, 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.”

## 3. DA ANÁLISE DO PEDIDO DE IMPUGNAÇÃO

3.1. Inicialmente, vale registrar que todos os atos administrativos praticados no âmbito deste Conselho Federal observam os princípios administrativos que o vinculam, os quais são revestidos, em especial, de legalidade, e se encontram em plena consonância como disposto no artigo 3º da Lei nº 8.666/93.

3.2. Cumpre esclarecer que o Edital de Pregão Eletrônico nº 18/2021 foi analisado e aprovado pelo corpo jurídico deste Conselho Federal Enfermagem, nos termos do inciso VI do artigo 38 da Lei nº 8.666/93.



**3.3.** Quanto ao mérito da peça de impugnação, após criteriosa análise dos termos do edital do pregão em debate, levando em consideração todos os requisitos técnicos e administrativos do certame, bem como as normas que regem o procedimento licitatório, entende-se que:

**3.2.1.** O artigo 47 da Lei Complementar – LC 123/2006, foi alterado pela LC 147, de 07 de agosto de 2014, passando a determinar que sejam concedidos, nas licitações públicas, tratamentos diferenciados e simplificados às microempresas – ME e empresas de pequeno porte – EPP, trazendo modificações substanciais no planejamento e na execução da licitação.

Destacam-se como inovações da LC 147/2014 a exigência de licitações exclusivas para ME e EPP nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$80.000,00 (oitenta mil reais), a possibilidade de subcontratação de ME e EPP na aquisição de obras e serviços e a exigência de se estabelecer, para aquisições de bens de natureza divisível, cota de até 25% (vinte e cinco por cento) para a contratação de ME e EPP.

A LC 147/2014 alterou, ainda, outros dispositivos da Lei Complementar 123/2006 e das leis 5.889/1973, 11.101/2005, 9.099/1995, 11.598/2007, 8.934/1994, 10.406/2002 e a 8.666/1993.

O artigo 47, da LC nº 123/2006, passou, com a alteração mencionada, a ter a seguinte redação, *in verbis*:

*“Art. 47. Nas contratações públicas da administração direta e indireta, autárquica e fundacional, federal, estadual e municipal, **deverá** ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica.” (grifo meu)*

**3.2.2.** Em atendimento à Lei Complementar nº 147, de 07 de agosto de 2014, que promoveu modificações na Lei Complementar nº 123, de 2006, que institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, a referida licitação será exclusiva para microempresas e empresas de pequeno porte, conforme segue:

*No que se refere a modificações ao texto da Lei nº 8.666/93, tem-se o acréscimo dos §§14 e 15 ao art. 3º da Lei nº 8.666/93 de seguinte teor:*

*“§14. As preferências definidas neste artigo e nas demais normas de licitação e contratos devem privilegiar o tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte na forma da lei. (Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 07.08.2014)*

*§15. As preferências dispostas neste artigo prevalecem sobre as demais preferências previstas na legislação quando estas forem*



*aplicadas sobre produtos ou serviços estrangeiros. (Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 07.08.2014)”.*

**3.2.3. O art. 48 da LC 123/2006, também alterado pela LC 147/2014,** prevê uma série de medidas com o fim de implementar concretamente o tratamento favorecido às ME e EPP em licitações públicas, dentre as quais, a realização de certames destinados 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). Nesse sentido, seu inciso I passou a prever que a Administração Pública deverá (e não mais poderá como constava na redação anterior), **“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);”**, alterando de facultativo para obrigatório o caráter desta diretriz.

**3.2.4.** De acordo com o parágrafo terceiro do art. 49, não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar 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.

**3.2.5.** Não obstante, esta é medida imposta pelo legislador, de forma que a ocorrência das situações excepcionais previstas no parágrafo terceiro do art. 49, deverá ser manifestamente comprovada. Isso porque a regra é que seja aplicada a exclusividade, como forma de fomentar o crescimento das micros e pequenas empresas.

**3.2.6.** Assim, para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, 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) e, reza, ainda hoje e após a LC nº 147/14, o art. 49 da LC nº 123/06, que não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar 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.

**3.2.7.** Também é sabido que mais licitantes são sempre melhor do que menos licitantes, em qualquer circunstância. Ter mais empresas concorrendo é melhor do que ter menos, mas a LC nº 147/14, apesar de diminuir a concorrência, exige-se que se favoreçam as MPes em licitações e tem aplicabilidade imediata, dessa forma, só cabe à administração pública cumprir o que rege a legislação, mesmo que isso signifique a participação de menos licitantes no certame, pois sabe-se que ao sancionar, no dia 7 de agosto de 2014, a Lei Complementar 147/2014 (PLC 60/14), que atualiza a Lei Geral da Micro e Pequena Empresa, LC nº 123/2006, objetivou



fomentar o crescimento das micros e pequenas empresas, conforme dispõe o art. 47 do referido diploma legal: "(...) objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas(...)".

*Esses privilégios conferidos às MEs e EPPs possuem acolhimento constitucional, conforme o disposto no artigo 170, inciso IX, da Constituição Federal:*

*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.*

**3.2.8.** Considerando as limitações do artigo 49, informo que o Edital do Pregão nº 18/2021 estabelece expressamente as condições de tratamento diferenciado para ME/EPP; em fase de pesquisa de mercado, foi verificado no painel de preços o mínimo exigido de ME/EPP que apresentaram propostas de preços para prestação de serviços similar ao descrito no Termo de Referência, anexo I do Edital.

**3.2.8.1.** Informo também que os pregões eletrônicos nº 64/2016 e nº 30/2016 para fornecimento de serviços e instalação de internet banda larga para Brasília e para o Rio de Janeiro, respectivamente, foram homologadas para ME/EPP. Então há uma grande possibilidade de êxito para contratação de uma ME/EPP neste Pregão.

**3.2.8.2.** A Recorrente apresenta uma imposição do artigo 2º, inciso I do Decreto nº 8.538/15 mas, fazendo uma leitura atenta a este artigo, verifica-se que não há imposição pois este artigo termina com “sempre que possível”, conforme transcrição abaixo:

*Art. 2º Para a ampliação da participação das microempresas e empresas de pequeno porte nas licitações, os órgãos ou as entidades contratantes **deverão, sempre que possível:***

*I - instituir cadastro próprio, de acesso livre, ou adequar os eventuais cadastros existentes, para identificar as microempresas e empresas de pequeno porte sediadas regionalmente, juntamente com suas linhas de fornecimento, de modo a possibilitar a notificação das licitações e facilitar a formação de parcerias e as subcontratações; (grifo meu)*

**3.2.9.** Dessa forma, não se trata de “elevar a hipossuficiência econômica das mesmas acima do interesse público”, conforme afirma a Impugnante e, sim, fazer valer o disposto na legislação. Verifica-se nesse caso que o interesse



social residente no estímulo à atividade empresarial de menor porte está em harmonia com o interesse na melhor contratação possível sabendo da importância que as microempresas e as empresas de pequeno porte têm para a economia nacional e do interesse maior do legislador em fomentar o crescimento das micros e pequenas empresas.

#### 4. CONCLUSÃO

4.1. Considerando as limitações do Artigo 49 da Lei Complementar 123/06 e não sendo constatado pelo Conselho Federal de Enfermagem nenhum fundamento para a não aplicação dos benefícios previstos, não sendo vislumbrado qualquer prejuízo destes decorrentes, conclui-se estar o edital em total conformidade com a legislação.

4.2. Assim, decido **conhecer** a impugnação interposta pela empresa **ALGAR SOLUÇÕES EM TIC S/A**, no mérito, **NEGAR PROVIMENTO**, mantendo os termos do Edital do Pregão Eletrônico nº 18/2021 em seus estritos termos, notadamente quanto à **exclusividade para empresas enquadradas como microempresas e empresas de pequeno porte**, conforme especificações e condições estabelecidas no referido Edital e seus Anexos.

4.3. Por fim, comunico que a Sessão de Abertura do Pregão Eletrônico nº 18/2021 está mantida para o dia 09/08/2021 às 09:00 horas.

**Obs.:** Este julgamento encontra-se disponível no site do cofen ([www.cofen.gov.br](http://www.cofen.gov.br)) e no site do comprasnet ([www.comprasnet.gov.br](http://www.comprasnet.gov.br)).

Brasília-DF, 03 de agosto de 2021.

Atenciosamente,



**ROGÉRIO WOLNEY LEITE**  
Pregoeiro



**ILUSTRÍSSIMO PREGOEIRO DESIGNADO PELA PORTARIA COFEN Nº 373/2021 DO CONSELHO FEDERAL DE ENFERMAGEM – COFEN – DEPARTAMENTO DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO.**

**EDITAL PREGÃO ELETRÔNICO Nº 018/2021**  
**PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 677/2020**

**ALGAR SOLUÇÕES EM TIC S/A**, inscrita no CNPJ sob o nº 22.166.193/0001-98, com sede na Rua José Alves Garcia, nº 415, bairro Brasil, 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 COFEN, objetivando a contratação de serviços de acesso à internet para o escritório do Cofen no Município do Rio de Janeiro – RJ e para o Museu Nacional de Enfermagem Anna Nery (MuNEAN) no Município de Salvador – BA, visando atender as necessidades, conforme condições, quantidades e exigências estabelecidas no Termo de Referência– Anexo I deste Edital, tornou público o certame regido pelo Edital PE nº 018/2021, com critério de julgamento tipo “menor preço por item”, com sessão prevista para o dia 09.08.2021 às 09h00min, no sítio [www.comprasgovernamentais.gov.br](http://www.comprasgovernamentais.gov.br).
2. O instrumento convocatório prevê expressamente no item V que o prazo para impugnações será até dia 03 dias úteis antes da sessão pública, qual seja, até 03.08.2021, estando demonstrada a tempestividade da presente.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup>5.1. Até 3 (três) dias úteis antes da data fixada para abertura da sessão pública, qualquer pessoa poderá impugnar o ato convocatório deste Pregão mediante petição a ser enviada exclusivamente para o endereço eletrônico [licitacoes@cofen.gov.br](mailto:licitacoes@cofen.gov.br).



## II. PREVISÃO DE PARTICIPAÇÃO EXCLUSIVA DE MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE – DESCONFORMIDADE COM OS REQUISITOS EXPRESSOS NA LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA.

---

3. O certame anunciado pelo edital do pregão eletrônico nº 018/2021 grava a exclusividade de participação apenas para microempresas e empresas de pequeno no preâmbulo, e no item 4.1, onde limita a participação no pregão:

4.1. Poderão participar deste Pregão **exclusivamente microempresas e empresas de pequeno porte, nos** termos do art. 48, inciso I, da Lei Complementar nº 123/2006, previamente credenciadas no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – Sicaf perante o sistema eletrônico provido pela Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (SLTI) e no sítio <https://www.comprasgovernamentais.gov.br/>.

4. Segundo consta no instrumento convocatório a condição de participação exclusiva para Microempresas e empresas de pequeno, o que irá restringir a participação de muitos outros possíveis fornecedores com capacidade de executar o objeto, e preços competitivos.

5. O objeto licitado é a contratação de pessoa jurídica especializada para fornecimento de prestação do serviço de serviço de internet, com inúmeros requisitos técnicos a serem desenvolvidos conforme o termo de referência, com que caracteriza um objeto complexo.

6. Ocorre que o presente certame gravado de exclusividade trará restrição a ampla participação e concorrência, bem como possibilidade de certame deserto, caso não haja empresas ME ou EPP com capacidade e expertise para prestar os serviços, bem como impedirá o órgão de alcançar a oferta mais vantajosa restringindo em muito a participação.

7. O artigo 49 da Lei nº 123/2006, traz as exceções à regra de exclusividade insculpida no 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.**

8. **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.**

9. No caso em quadro, **não se constata o adimplemento das exigências legais contidas nos artigos 48 e 49 incisos II e III da LC 123/2006, como se demonstra a seguir.**

## **II.1) NÃO APRESENTAÇÃO DO QUANTITATIVO MÍNIMO DE FORNECEDORES ENQUADRADOS COMO MICROEMPRESA OU EMPRESA DE PEQUENO PORTE**

---

10. 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 microempresa ou empresa de pequeno porte e com capacidade de atender às exigências do termo, sediados no local ou na região da prestação do serviço.**

11. 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.

12. 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.**

13. É necessário que **haja fornecedores locais ou regionais, enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte, bem como as características necessárias a**

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

14. 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.

15. 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.**

16. 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.

17. 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. Prestigia-se 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 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)

18. Entretanto, de mera análise do Edital e da documentação, **verifica-se que não se constata existência de empresas ME e EPP no local ou região, portanto, se permanece a exclusividade restrita, é possível um certame deserto.**

19. **Caso haja a participação dos fornecedores ME e EPP, e sejam inabilitados, impugnados ou desclassificados, ainda, 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.**

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

## **II.2) EXCLUSIVIDADE DESVANTAJOSA**

---

21. A Lei Complementar nº123/06 também afasta a exclusividade, quando o tratamento privilegiado se mostrar desvantajoso para a Administração. De acordo com o artigo 9º, II, do Decreto federal nº 6.204/07, considera-se desvantajosa a contratação quando resultar em preço superior ao valor estabelecido como referência.

22. 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.**

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

24. 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.

25. 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:

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 ...

1- **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.

26. 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

27. A constatação da ilegalidade 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.

28. **A lei permite que a administração afaste a regra restritiva de exclusividade e amplie 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;

29. 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 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**

---

30. Por todo o exposto, requer:

- a) Seja recebida e processada a presente impugnação, eis que própria e tempestiva;
- b) Seja a mesma acolhida para:

b.1) Retificar as disposições do certame, retirando a exclusividade do certame, em especial para alterar o preâmbulo e o item 4.1 do edital, que estabelecem participação exclusiva a microempresas e empresas de pequeno porte, **alterando para permitir a participação de outras empresas de médio e grande porte também, ampliando a concorrência e participação, com intuito de evitar certame deserto e obter a melhor proposta;**

b.2) Subsidiariamente, retificar o item 4.1, 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.

Nestes termos, pede e aguarda deferimento.

De Uberlândia/MG para Brasília/DF, 02 de agosto de 2021.

RAPHAEL OLIMPIO Assinado de forma digital por  
RAPHAEL OLIMPIO  
FERREIRA:1185791 FERREIRA:11857913612  
3612 Dados: 2021.08.02 14:10:24  
-03'00'

**Algar Soluções em TIC S/A**