

PARECER JURÍDICO

Parecer n.º 043/2019/ L.C. FMS.

Solicitante: Secretaria Municipal de Saúde – Fundo Municipal de Saúde de Catalão – Go.

Protocolo n.º 2019016508

Assunto: Análise do Recurso do Pregão Presencial n.º 065/2019. Registro de Preços para futura e eventual aquisição de medicamentos destinados ao abastecimento da Farmácia Municipal, relacionados no componente básico da assistência farmacêutica, inclusos na Relação de Medicamentos Essenciais – RENAME e na Relação Municipal de Medicamentos Municipais – REMUME, de acordo com a solicitação da Secretaria Municipal de Saúde de Catalão para o período de 12 (doze) meses.

Trata-se de recurso administrativo interposto pela empresa **SUPERMÉDICA DISTRIBUIDORA HOSPITALAR EIRELI**, aos 31 dias do mês de julho de 2019, contra a divisão de cota (principal e reservada) e de cota exclusiva para ME e EPP, conforme julgamento realizado em 26 de julho de 2019.

I – DAS FORMALIDADES LEGAIS

Nos termos do artigo 26 do Decreto nº 5.450/2005, devidamente cumpridas as formalidades legais, registra-se que foram cientificados todos os demais licitantes da existência e trâmite do recurso administrativo interposto, visto que, conforme consta da cláusula 20 do Edital, após a apresentação das razões do recurso – enviadas **“exclusivamente pelo e-mail: nucleoeditaispregoes@catalao.go.gov.br** e endereçado ao Pregoeiro” (item 20.2) – “as demais licitantes ficarão imediatamente intimadas a apresentar



contrarrazões, em igual número de dias, contados a partir da publicação das razões no site oficial do Município de Catalão (www.catalao.go.gov.br), sendo-lhes também assegurada vista imediata dos autos, devendo as contrarrazões ser enviadas única e exclusivamente pelo e-mail: nucleoeditaispregoes@catalao.go.gov.br”.

Conforme verificado nos autos, o recurso da empresa **SUPERMÉDICA DISTRIBUIDORA HOSPITALAR EIRELI** é tempestivo, posto que o prazo iniciou-se no dia 29/07/2019 (segunda-feira), com a devida manifestação do interesse em apresentar recurso na sessão ocorrida no dia 26/07/2019 (sexta-feira), juntando suas razões em 31/07/2019 (quarta-feira), portanto, dentro dos 03 (três) dias úteis exigidos pela legislação específica, conforme se infere pelo e-mail endereçado ao Núcleo de Editais e Pregões da Prefeitura Municipal de Catalão (nucleoeditaispregoes@catalao.go.gov.br).

Inicialmente, cumpre registrar que o presente recurso será recebido, visto que a recorrente atendeu o disposto no item 20.2 do Edital, manifestando imediata e motivadamente a intenção de recorrer, conforme disposto na ata da sessão com a seguinte descrição: “A LICITANTE ALEGA QUE A EXCLUSIVIDADE DE ALGUNS PRODUTOS ASSIM COMO A COTA RESERVA NO EDITAL EM QUESTÃO, RESTRINGIU A PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS DE GRANDE PORTE CAUSANDO PREJUÍZOS ECONÔMICOS FINANCEIROS AO MUNICÍPIO E VIOLANDO OS PRECEITOS DO ARTIGO 49 DA LC 123, VIOLANDO TAMBÉM O PRINCÍPIO DA AMPLA PARTICIPAÇÃO E ECONOMICIDADE.”

II – DA SÍNTESE DOS FATOS

O Fundo Municipal de Saúde de Catalão / Secretaria Municipal de Saúde de Catalão deflagrou processo licitatório – processo administrativo nº 2019016508, na modalidade Pregão Presencial, sob o nº 065/2019, destinado ao **Registro de Preços para futura e eventual aquisição de medicamentos**



destinados ao abastecimento da Farmácia Municipal, relacionados no componente básico da assistência farmacêutica, inclusos na Relação de Medicamentos Essenciais – RENAME e na Relação Municipal de Medicamentos Municipais – REMUME, de acordo com a solicitação da Secretaria Municipal de Saúde de Catalão para o período de 12(doze) meses, distribuídos em 188 itens.

Dos 188 itens, objeto do citado processo licitatório, os itens 001, 002, 004, 005, 007, 008, 009, 011, 012, 013, 014, 016, 019, 020, 021, 022, 023, 024, 025, 026, 027, 028, 029, 030, 031, 032, 033, 034, 039, 040, 041, 042, 043, 044, 045, 047, 048, 049, 050, 052, 053, 054, 056, 057, 058, 059, 060, 061, 062, 063, 064, 065, 066, 069, 070, 072, 073, 074, 075, 076, 077, 078, 079, 080, 081, 082, 083, 086, 087, 088, 089, 090, 091, 092, 094, 095, 097, 098, 099, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 107, 108, 111, 112, 113, 117, 118, 119, 120, 122, 123, 125, 126, 127, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 137, 138, 139, 140, 141, 143, 144, 145, 146, 147, 150, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 173, 174, 175, 176, 177, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 187 e 188 contemplam a cota exclusiva para Microempresa e Empresa de Pequeno Porte. Os itens 003, 006, 010, 015, 017, 018, 035, 036, 037, 038, 046, 051, 055, 067, 068, 071, 084, 085, 093, 096, 106, 109, 110, 114, 115, 116, 121, 124, 128, 136, 142, 148, 149, 151, 152, 172 são da cota reservada (para Microempresa e Empresa de Pequeno Porte) e, por fim, os itens 003, 006, 010, 015, 017, 018, 035, 036, 037, 038, 046, 051, 055, 067, 068, 071, 084, 085, 093, 096, 106, 109, 110, 114, 115, 116, 121, 124, 128, 136, 142, 148, 149, 151, 152, 172 são destinados à participação dos interessados que atendam às exigências estabelecidas no Edital, nos termos do estabelecido nos subitens 2.1, 2.2 e 2.3, respectivamente, do Termo de Referência – Anexo I do Edital, além do disposto no item **“5. DAS CONDIÇÕES DE PARTICIPAÇÃO NO CERTAME:”** do Edital.

A abertura das propostas e a fase de disputa dos lances, ocorreram em sessão pública presencial, no dia 26 de julho de 2019, com o credenciamento



de 18 (dezoito) empresas.

Nesta mesma data, todas as empresas licitantes foram devidamente convocadas a apresentarem suas propostas de preços e documentos de habilitação, nos termos dos itens 7 a 12 do Edital.

A sessão pública de julgamento dos documentos apresentados pelas arrematantes, ocorreu na mesma seção, ou seja, em 26 de julho de 2019, restando 17 (dezessete) empresas declaradas vencedoras pela Pregoeira.

Contudo, a empresa **SUPERMÉDICA DISTRIBUIDORA HOSPITALAR EIRELI**, no dia da sessão, manifestou sua intenção de apresentar recurso, atendendo ao disposto no item 20.2 do Edital, sob o argumento de que o processo deveria contemplar apenas a ampla concorrência para os itens objetos do certame, ou seja, que não caberia a divisão de cotas e à participação exclusiva de microempresa e empresa de pequeno porte, juntando suas razões, tempestivamente, na data de 31 de julho de 2019.

Após transcorrido o prazo recursal, abriu-se o prazo para contrarrazões conforme disposições contidas nos itens 20.1, 20.2 e 20.3 do Edital, no entanto, não houve manifestação dos interessados.

III – DAS RAZÕES DA RECORRENTE

Trata-se de recurso administrativo interposto pela empresa Supermédica Distribuidora Hospitalar Eireli, inscrita no CNPJ sob o nº 06.065.614/0001-38, referente ao processo licitatório nº 2019016508, Pregão nº 065/2019, pleiteando a abertura da ampla concorrência sob o argumento de que constatou que somente duas empresas enquadradas como microempresas regionais estiveram presentes na realização da sessão do pregão 065/2019, o que conseqüentemente abstraiu a exclusividade mencionada no edital, bem como o art. 46 da Lei Complementar 123/2006.



11

12

13

Sustenta que, a referida Lei não obriga os municípios a realizarem procedimentos licitatórios com exclusividade, principalmente nos casos que não existe comprovação de empresas na Região do Município, bem como a constatação de prejuízos aos cofres públicos.

Afirma que, no caso em tela, no procedimento licitatório as microempresas e empresas de pequeno porte, cotaram itens com valores muito mais elevados do que as empresas de grande porte, evidenciando com isso o prejuízo aos cofres públicos, pois limitou a concorrência entre as empresas afetando o princípio da concorrência e da economicidade.

Assim, requereu ao final, que seja suprimida a exclusividade conferida as ME e EPP, com abertura de ampla concorrência.

IV – PRELIMINARMENTE

O presente recurso tem como objetivo principal impugnar a divisão do edital do Pregão nº 065/2019 em cotas exclusivas para Microempresas, Empresas de Pequeno Porte, Microempreendedores Individuais, Empresários Individuais de Responsabilidade Limitada e equiparados, nos itens com valor inferior a R\$80.000,00 (oitenta mil reais), sob o argumento de que tal divisão acarretou na elevação dos preços praticados, causando prejuízo ao erário.

Contudo, cumpre esclarecer que tal impugnação deveria ter sido realizada na forma do item 3.1 do Edital, a qual aduz que qualquer pessoa, física ou jurídica, poderá solicitar esclarecimentos, providências ou impugnar o instrumento convocatório, no prazo de até 02 (dois) dias úteis antes da data fixada para recebimento da proposta, o que não foi feito pela empresa recorrente.

Além disso, o item 3.3 diz que:



3.3. Decairá do direito de impugnar os termos do instrumento convocatório perante a administração o licitante que não o fizer **ATÉ O 02 (SEGUNDO) DIA ÚTIL** que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação, por falhas ou irregularidades que viciariam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso (**§ 2º do Art. 41 da Lei Federal nº 8.666 de 21 de junho de 1993 – Aplicação por analogia**).

Sendo assim, a Supermédica Distribuidora Hospitalar Eireli decaiu do seu direito de impugnar o edital, seguindo entendimento do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 402711/SP (2002/0001074-0), onde o relator Ministro José Delgado exarou em seu voto o seguinte:

“Por último, é relevante acentuar que a impetrante participou de todo o certame licitatório, sem apresentar qualquer impugnação. Aceitou o edital com todas as regras dispostas, bem como concordou com o resultado da habilitação. Não tem, portanto, direito líquido e certo para, após o julgamento das propostas, por não ter sido a vencedora, alegar existência de vício no edital que a ela, também, aproveitou.”

Assim, diante da ocorrência acima mencionada, os argumentos apresentados no recurso manejado pelo recorrente encontram-se preclusos.

V – DO MÉRITO

Inobstante à preclusão do direito do recorrente ao ingressar com recurso



visando o questionamento da divisão dos itens em cotas, esta Assessoria não se furtará de responder os argumentos apresentados, repisa-se, embora já não cabe mais nesta fase do processo tal questionamento.

Importante informar que as decisões tomadas no contexto deste processo licitatório se dão em perfeita consonância com a legislação vigente, observando-se a submissão aos princípios que norteiam a Administração Pública, em especial aos princípios da isonomia e da vinculação ao edital do certame, sob o qual a lei dispõe:

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.

Art. 41. **A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital**, ao qual se acha estritamente vinculada. (grifamos)

Neste sentido, vejamos o que dizem os subitens 2.1, 2.2 e 2.3 do Termo de Referência – Anexo I do Edital em relação a divisão de cotas que compõe o objeto licitado:

“2.1. Para os Itens da Cota Exclusiva – somente poderão participar as Empresas



enquadradas como Microempresas (ME), Empresa de Pequeno Porte (EPP), Microempreendedor Individual (MEI) e Empresário Individual De Responsabilidade Limitada (Eireli), nos termos do art. 3º e 18-E, ambos da Lei Complementar nº 123/2006, com as alterações da Lei Complementar nº 147/2014, sem prejuízo de sua participação no grupo Principal.”

“2.2. Para o Item da **Cota Principal** – Poderão participar e ofertar lances nestes itens TODAS as Empresas que possuírem habilitação para fornecer os produtos que constam no objeto deste Termo de Referência.”

“2.3. Para o Item da **Cota Reservada** de 25% – somente poderão participar as empresas enquadradas como Microempresas (ME), Empresa de Pequeno Porte (EPP), Microempreendedor Individual (MEI) e Empresário Individual de Responsabilidade Limitada (Eireli), nos termos do art. 3º e 18-E, ambos da Lei Complementar nº 123/2006, com as alterações da Lei Complementar nº 147/2014, sem prejuízo de sua participação no grupo principal;”

Por sua vez, o Edital também é inequívoco quanto às condições de participação, regrando em item específico todas essas condições, como infere-se no item 5 do instrumento convocatório:

**“5. DAS CONDIÇÕES DE PARTICIPAÇÃO
NO CERTAME:**



5.1. Poderão participar da presente licitação TODAS as Pessoas Jurídicas do ramo pertinente aos objetos desta licitação, legalmente constituídas, que satisfaçam as condições e exigências contidas neste Edital e seus anexos.

5.1.1. DO TRATAMENTO DIFERENCIADO ÀS MICROEMPRESAS (ME), EMPRESAS DE PEQUENO PORTE (EPP), MICROEMPREENDEDORES INDIVIDUAIS (MEI), EMPRESÁRIO INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA (EIRELI) e equiparados nos termos do artigo 48 da Lei Complementar nº 147/2014:

5.1.1.1. Fica restrita **EXCLUSIVAMENTE** à participação de ME, EPP, MEI, EIRELI E EQUIPARADOS os itens de contratação cujo valor total do item seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), especificados nos grupos de COTA EXCLUSIVA PARA MICROEMPRESAS (ME), EMPRESAS DE PEQUENO PORTE (EPP), MICROEMPREENDEDORES INDIVIDUAIS (MEI), EMPRESÁRIO INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA (EIRELI) e equiparados descritos no Termo de Referência – Anexo I.

5.1.1.2. Fica **RESERVADA** uma cota no percentual de **25% (vinte e cinco por cento)** do objeto dos itens de contratação cujo valor total do



item seja superior a R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), assegurada preferência de contratação para as MICROEMPRESAS (ME), EMPRESAS DE PEQUENO PORTE (EPP), MICROEMPREENDEDORES INDIVIDUAIS (MEI), EMPRESÁRIO INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA (EIRELI) e equiparados, descritos no Termo de Referência – Anexo I.

6.1.1.2.1. Na hipótese de não comparecimento de interessados para a COTA RESERVADA, esta poderá ser adjudicada pela AMPLA CONCORRÊNCIA, respeitando a prioridade do vencedor da COTA PRINCIPAL ou, diante de sua recusa, aos licitantes remanescentes, desde que pratiquem o preço do primeiro colocado da cota principal.”

Portanto, verifica-se que o Edital atende as exigências contidas nos artigos 47 e 48, incisos I e III da LC nº 123/2006, que assim dispõe:

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.



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

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); (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

(...)

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.

Mister destacar que os dispositivos legais acima mencionados foram alterados pela Lei Complementar nº 147/2014, verificando-se que o art. 47, com a redação dada pela LC 147/2014, deixou de ser facultativo (**poderá**) à Administração a promoção do tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte, tornando-se desde então obrigatória (**deverá**) a partir da entrada em vigor da referida lei federal.

Destaca-se que o objeto do recurso é sobre o inconformismo do recorrente quanto à divisão de cotas e a destinação de cota reservada para MEs e EPPs no processo em epígrafe, entendendo que não se poderia promover a referida divisão, e sim aplicado o disposto no art. 49 incisos II e III da LC 123/2006. **Repisa-se aqui que tal questionamento se encontra precluso, uma vez que eventual esclarecimento, providências ou impugnação ao ato convocatório deveria ter sido manejado em até 02 (dois) dias úteis antes da data fixada para o recebimento das propostas (§**



2º do art. 41 da Lei 8.666/199 c/c art. 12 do Decreto nº 3.555/2000).

No caso em questão, foi verificado na fase inicial do processo que as excepcionalidades previstas nos incisos II e III do art. 49 da LC 123/2006 não se aplicavam, especialmente por constar nos autos informações da existência de Microempresas e/ou Empresas de Pequeno Porte, além de conter pesquisa de preços obtida por empresas desta natureza.

Além disso, a própria lei complementar 123/2006 destaca que, se não houver o mínimo de três fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente é que se aplicará a excepcionalidade trazida pelo disposto no art. 49, inciso II da citada lei federal.

Ao contrário das alegações do recorrente de que não houve por parte da Administração critério sobre o **dever** de se aplicar o disposto no art. 48, incisos I e II da LC 123/2006, as informações e documentos juntados aos autos na fase interna do processo indicam que foi procedida a pesquisa de preços no mercado onde se constatou a existência de no mínimo três ME e/ou EPP, bem como a pesquisa na Coletoria Municipal que se verificou a existência de várias MEs e/ou EPPs sediadas no Município de Catalão, sendo estes os critérios adotados pelo Fundo Municipal de Saúde de Catalão / Secretaria Municipal de Saúde quando da elaboração do termo de referência, o que leva a refutar, portanto, tal alegação.

Sobre a alegação de que, caso houvesse a abertura da disputa à ampla competitividade culminaria em economia para a Administração, também não se pode considerar.

Em primeiro lugar pelo fato de que tal alegação, por si só, não se sustenta, pois não houve a participação de outras empresas que não fossem MEs e/ou EPPs na cota exclusiva.



Segundo, houve ampla divulgação do certame e por conseguinte, permitiu-se a ampla competitividade e concorrência, seja para os itens da cota exclusiva e reservada, seja para os itens da cota principal, cumprindo a Administração com a regra determinada pelo art. 47 e 48, inciso I da LC 123/2006, o que afasta a ilegalidade.

Ademais, a Pregoeira juntamente com sua equipe de apoio, analisaram as propostas no momento da sessão, classificando aquelas em conformidade ao que dispõe as normas do instrumento convocatório e desclassificando outras que não atenderam ao descritivo de determinados itens.

Além disso, segundo constou na ata da sessão, a Pregoeira declarou vencedoras as empresas que apresentaram menor preço a cada item após a etapa de lances, reconhecendo que os preços se encontram dentro do estimado pela Administração.

Todavia, verificando as propostas apresentadas, recomenda esta Assessoria que as propostas cujos preços se encontram superiores ao estabelecido pela Administração sejam fracassados. Além daqueles fracassados pela Pregoeira quando da realização do Pregão, merecem ser fracassados também os itens 27, 36, 37, 75, 96 (cota exclusiva), 143, 157, 159, 160, 164, 168, 170, 177, 178 e 181 por estarem acima do preço de referência estabelecido pela Administração.

Recomenda-se ainda, sejam os itens 150, 185 e 186 fracassados em razão de que seus registros se encontram expirados.

A metodologia utilizada pela Administração para efeito de aceitabilidade do preço, de modo a se cumprir, com segurança e prudência, além da pesquisa realizada sobre a existência de, no mínimo, 03 (três) MEs e/ou EPPs sediadas local ou regionalmente, se finca no fato de que, poderão ser



adjudicadas e homologadas apenas as propostas dos itens que se encontram em consonância com o de mercado, apurado na fase interna por meio de pesquisa de preços obtida no mercado e na tabela da Anvisa (Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos – CMED). **Os preços apresentados que obtiverem valores superiores, recomenda-se à não aceitação pela Administração e, por conseguinte, não haverá o que se falar em prejuízo financeiro, como mencionado anteriormente.**

Ou seja, a medida adotada pela Administração indica que ela se resguardou quando efetuou a pesquisa de preços no mercado para a formação do preço de cada item, bem como utilizou no Edital o parâmetro contido na tabela Anvisa (CMED) para o atendimento da vantajosidade, evitando-se, com isso, qualquer alegação de sobre preço e, conseqüentemente, a existência de qualquer ilegalidade ou irregularidade no certame.

Ademais, sempre importante destacar que os itens da cota exclusiva são destinados apenas às MEs e EPPs. Já os itens da cota reservada e principal pode haver diferença na adjudicação da proposta, isto é, pode ocorrer dois vencedores para o mesmo item com preços diferentes, onde, nesta hipótese, a Administração contratará com duas empresas, salientando que, em ambos os casos, dever-se-á observar o preço estimado pela Administração quando da formação do preço e o limite permitido na tabela da Anvisa (CMED). Portanto, a Administração está se valendo não apenas de uma fonte de pesquisa.

A título de esclarecimento, a Resolução nº 02, de 16 de abril de 2018, expedida pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos, que “Disciplina o processo administrativo para apuração de infrações e aplicação de penalidades decorrentes de condutas que infrinjam as normas reguladoras do mercado de medicamentos”, dispõe em seu art. 3º o seguinte:

Art. 3º Para os efeitos desta Resolução, considera-se:



I - Preço Fábrica (PF): preço máximo pelo qual um laboratório ou distribuidor pode comercializar medicamento no mercado brasileiro, já incorrendo em todos os custos de comercialização e respeitados os tributos incidentes e suas diferentes alíquotas;

II - Preço Máximo ao Consumidor (PMC): preço máximo a ser praticado pelo comércio varejista, já incorrendo em todos os custos de comercialização e respeitados os tributos incidentes e suas diferentes alíquotas;

III - Coeficiente de Adequação de Preço (CAP): desconto compulsório, de índice variável, aplicável nas ofertas ou vendas de medicamentos à Administração Pública, seja porque o medicamento consta em algum comunicado específico da CMED ou porque a comercialização se destina ao cumprimento de decisão judicial;

IV - Preço Máximo de Venda ao Governo (PMVG): preço máximo pelo qual um medicamento pode ser ofertado ou comercializado à Administração Pública, obtido da aplicação do índice do CAP sobre o PF, observada a desoneração do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), considerando a alíquota do ICMS da operação, de acordo com o Estado de origem e destino, quando for o caso. Em caso de não aplicação do CAP, o PMVG será equivalente ao PF;

A norma acima indicada encontra-se devidamente prevista no Edital, assegurando que a Administração adote a devida cautela quando da aquisição de medicamentos.

A(s) empresa(s) que por ventura violar(am) qualquer dispositivo



normativo disposto na aludida resolução, será recomendado por esta Assessoria Jurídica a adoção de medidas cabíveis a fim de apurar a responsabilidade, de forma a prevenir a ocorrência de eventual ato futuro desta natureza.

Cabe repisar que é assente na legislação, doutrina e jurisprudência que, em licitação com reserva de cota para disputa em separado por micro e pequenas empresas (art. 48, inc. III, da LC nº 123/06), **é possível que sejam distintos os preços praticados**, para um mesmo produto, pelas ME e EPP e as empresas que disputam as cotas destinadas à ampla concorrência, desde que não ultrapassem o preço de referência definido pela Administração, o qual deve sempre refletir os valores praticados no mercado.

Tanto o preço ofertado para a cota principal quanto o preço ofertado para a cota reservada devem ser aceitáveis considerando o critério de aceitabilidade definido no edital, que, no caso *sub examine*, vincula-se à tabela CMED.

A obtenção de preços diferentes em licitação realizada entre grupos compostos por empresas diferentes constitui uma consequência certa, já que depende de atos privados de cada licitante. Inclusive, a falta de disciplina legal condicionando a aceitação dessas ofertas ao menor valor obtido funciona como um indicativo de que é legítima a adjudicação do mesmo objeto para pessoas distintas e por preços diferentes. Vejamos o que dispõe o Decreto nº 8.538/15:

Art. 8º. Nas licitações para a aquisição de bens de natureza divisível, e desde que não haja prejuízo para o conjunto ou o complexo do objeto, os órgãos e as entidades contratantes deverão reservar cota de até vinte e cinco por cento do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte.

(...)



2º O instrumento convocatório deverá prever que, na hipótese de não haver vencedor para a cota reservada, esta poderá ser adjudicada ao vencedor da cota principal ou, diante de sua recusa, aos licitantes remanescentes, desde que pratiquem o preço do primeiro colocado da cota principal.

3º Se a mesma empresa vencer a cota reservada e a cota principal, a contratação das cotas deverá ocorrer pelo menor preço.

De acordo com o disposto no decreto ora mencionado, somente na hipótese de as duas cotas serem adjudicadas ou vencidas pela mesma licitante é que se impõe a prática de preço idêntico para ambas. Isso indica que, sendo as vencedoras de cada cota diferentes – principal e reservada – não é obrigatória a prática de preços iguais.

Daí se conclui que na licitação com cota reservada (art. 48, inc. III, da LC nº 123/06), desde que cada cota – principal e reservada – sejam vencidas por empresas diferentes, não há impedimento em adjudicar ambas por preços também diferentes.

O Tribunal de Contas dos Municípios do Estado de Goiás – TCM/GO, ao analisar consulta formulada pelo Prefeito de Caldas Novas, editou o Acórdão – Consulta nº 00003/2018 (Técnico Administrativa), Processo nº 20528/2017, que trata sobre o tema, restando assim ementada:

1. CONSULTA. REQUISITOS DE
ADMISSIBILIDADE ATENDIDOS. CONHECIMENTO. 2.
LICITAÇÕES. LEI COMPLEMENTAR Nº 123/2006.
MICROEMPRESAS (ME) E EMPRESAS DE PEQUENO
PORTE (EPP). CONTRATAÇÕES PÚBLICAS.
TRATAMENTO DIFERENCIADO E SIMPLIFICADO. 1.



Conhece-se da consulta por atender aos requisitos de admissibilidade dispostos no art. 31 da Lei Orgânica do TCMGO. **2. (Q1) Cabível a realização de processo licitatório destinado exclusivamente à participação de MEs e EPPs nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00, porquanto apurado que existem no mínimo 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como ME e EPP sediados local ou regionalmente, poderão participar da licitação quaisquer empresas enquadradas com ME e EPP, sejam ou não sediadas local/regionalmente, em que pese haver margem de preferência a estas, até o limite de 10% do melhor preço válido, tal como regrado no § 3º do art. 48 da Lei Complementar nº 123/06;** (Q2) Não é obrigatória a instituição e manutenção de cadastro de fornecedores pela Administração Municipal em decorrência da ausência de previsão legal. (Q3) **A Administração não fica impedida de realizar licitações com tratamento diferenciado e simplificado em prol das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, em razão da não instituição de cadastro prévio.** (Q4) **Fracassada a licitação exclusiva à ME e EPP, a Administração deverá repeti-la, e permanecendo o desinteresse, poderá, então, mediante realização de novo certame, direcionar o objeto aos fornecedores interessados em geral.** (grifamos)

Segundo o entendimento do TCM/GO e ao que foi apurado na fase interna do processo, há nos autos pesquisa de preços realizada com ME e EPP do ramo objeto da licitação com sede no Município de Catalão, além de conter documentação fornecida pela Coletoria da Prefeitura Municipal de Catalão informando da existência de, no mínimo, **"(...) 3 (três) fornecedores**



competitivos enquadrados como ME e EPP sediados local (...)", o que impõe o dever da aplicação do disposto nos incisos I e III do art. 48 da LC 123/2006.

Do referido Acórdão, trazemos a seguir trechos do posicionamento do Ministério Público de Contas a respeito da matéria em debate. Vejamos:

"1. Uma vez cabível a realização de processo licitatório destinado exclusivamente à **participação de MEs e EPPs nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00, porquanto apurado que existem no mínimo 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como ME e EPP sediados local ou regionalmente, poderão participar da licitação quaisquer empresas enquadradas como ME ou EPP, sejam ou não sediadas local/regionalmente**, em que pese haver margem de preferência a estas, até o limite de 10% do melhor preço válido, tal como regrado no § 3º do art. 48 da Lei Complementar nº 123/06;

2. Não há que se falar em exclusividade de licitação para MEs e EPPs sediadas local ou regionalmente, mas em margem de preferência disciplinada no § 3º do art. 48 da Lei Complementar nº 123/06;" (grifamos)

O entendimento do Ministério Público de Contas do TCM/GO é unânime, corroborando com a legislação, doutrina e jurisprudência. Diferentemente do que apresentou o recorrente, **mesmo que não haja na sessão, o mínimo de 3 ME e EPP sediadas local ou regionalmente, poderão participar da licitação quaisquer empresas enquadradas com ME e EPP, sejam ou não sediadas local/regionalmente**.



Continua o Ministério Público de Contas:

“3. Não há obrigação de se instituir o cadastro prévio das empresas referidas no item 2, podendo o município optar por fazê-lo ou realizar pesquisas mercadológicas junto às entidades representativas de segmento econômicos (sindicatos patronais, associações comerciais, sítios especializados etc.) e pesquisas na Junta Comercial do Estado, dentro outros meios hábeis, contanto que o faça – e registre nos autos do processo administrativo – ainda na fase interna de planejamento da licitação;

4. A não instituição do cadastro próprio, desejável para fins de simplificação procedimental, não obsta a realização de licitações com os ora tratados benefícios previstos na Lei Complementar nº 123/06 e suas alterações posteriores, observado sempre o disposto no item 3 acima;”

Segundo o disposto acima, com a apuração de preços no mercado pela Administração para subsidiar o valor da contratação, foram obtidos pelo menos três orçamentos de ME e EPP, além de existir consulta junto à Coletoria da Prefeitura Municipal de Catalão indicando a existência de inúmeras ME e EPP sediadas no município, fazendo-se que se aplique a regra dos artigos 47 e 48, incisos I e III da LC 123/2006 e não a exceção do art. 49, inciso I da citada lei.

Importante acrescentar que, sendo a licitação exclusiva para MEs e EPPs declarada fracassada, o entendimento do TCM/GO é de que “a Administração deverá repeti-la, e permanecendo o desinteresse, poderá, então, mediante realização de novo certame, direcionar o objeto aos fornecedores interessados em geral”.



A referida Corte de Contas, ao fundamentar sua decisão, discorre que:

“(…)

27. O art. 47 da Lei Complementar nº 123/2006 permite a concessão de favorecimento nas contratações realizada pelas Administrações Municipais, com o objetivo de promover o desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional.

28. Assim, é o entendimento desta relatoria que, analisando conjuntamente os arts. 47 e 48 da Lei Complementar nº 123/2006, institui-se uma obrigação à Administração Pública, quando esta for adquirir bens ou serviços cujo valor, por item ou lote, não exceda a quantia de R\$80.000,00, de realizar procedimento licitatório com participação restrita das microempresas ou empresas de pequeno porte com sede local ou regional, desde que possuam capacidade para adimplir o que for estabelecido no instrumento convocatório.

29. No entanto, cabe à Administração Pública, agindo de forma planejada, proceder levantamento prévio à licitação, dos fornecedores enquadrados como ME e EPP sediados no âmbito local ou regional, seja via cadastro amplamente acessível aos possíveis interessados, ou por intermédio de pesquisas mercadológicas junto às entidades representativas, Junta Comercial, dentre outros meios, devidamente oficializado em processo administrativo, de modo a garantir a exclusividade exigida no art. 48, I da LC nº 123/2006.

30. Caso na localidade não seja possível segregar ao menos 3 (três) fornecedores enquadrados como ME ou EPP com a capacidade de cumprir as exigências do Edital, então a Administração poderá aplicar as regras



excludentes tratadas no art. 49, II da LC nº 123/2006, permitindo a participação dos demais fornecedores interessados. Entretanto, deverá ainda observar a prioridade de contratação de ME ou EPP, mesmo que situadas fora do ambiente regional, quando suas propostas sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à melhor proposta qualificada, ou de até 5%, na modalidade Pregão, na forma do art. 44 da LC nº 123/2006.” grifamos

Seguindo o entendimento do TCM/GO, a Administração deve somente aplicar as regras excludentes tratadas no art. 49, II da LC nº 123/2006 quando não for possível obter ao menos 3 (três) fornecedores enquadrados como ME ou EPP com a capacidade de cumprir as exigências do Edital. Como já dito, a pesquisa de preços no mercado contemplando pelo menos 3 (três) empresas desta natureza e a pesquisa obtida junto à Coletoria da Prefeitura Municipal de Catalão onde se apurou a existência de inúmeros fornecedores enquadrados como ME ou EPP, impõe à Administração o dever da aplicação do disposto no art. 48 incisos II e III da citada lei federal, **“34. (...) sendo inadequada a referida apuração na fase de credenciamento. (trecho do ACÓRDÃO - CONSULTA Nº 00003/2018 Técnico Administrativa do TCM/GO)”**

Mais adiante, consta do acórdão as seguintes informações:

“c) Manifestação do Ministério Público de Contas – MPC

35. Quanto ao questionamento em epígrafe, o MPC corrobora o posicionamento da Secretaria de Licitações e Contratos.

d) Conclusão do Relator



36. Igualmente aos posicionamentos precedentes, esta relatoria entende que a Administração Pública Municipal não está obrigada a realizar ou manter cadastro de fornecedores enquadrados na categoria de ME e EPP, uma vez que a LC nº 123/2006 não estabelece tal obrigação. ”

Portanto, o que se verifica nos autos é que a Administração está seguindo rigorosamente o disposto na legislação aplicável, notadamente na LC 123/2006.

Desta forma, verifica-se que os princípios da legalidade, isonomia (igualdade), impessoalidade, moralidade, probidade administrativa, competitividade e da celeridade foram atendidos. Apenas para destacar, 18 (dezoito) empresas do ramo participaram do certame e não houve nenhuma impugnação ao Edital, já que, repisa-se, devidamente publicado na forma da lei, o que permitiu a ampla participação e concorrência entre os licitantes interessados.

Sendo esta análise jurídica que se entende cabível ao presente caso, passa-se às conclusões.

II. CONCLUSÃO

Por todo o exposto, dado os motivos ensejadores do recurso, esta Assessoria entende que se encontra precluso, uma vez que as razões do questionamento são sobre a divisão de cotas e exclusividade as MEs e EPPs, **tendo em vista que eventuais esclarecimentos, providências ou impugnação ao ato convocatório deveria ter sido manejado em até 02 (dois) dias úteis antes da data fixada para o recebimento das propostas (§ 2º do art. 41 da Lei 8.666/199 c/c art. 12 do Decreto nº 3.555/2000)**, podendo a



Pregoeira, se assim entender, não conhecer do recurso interposto pela empresa **SUPERMÉDICA DISTRIBUIDORA HOSPITALAR EIRELI**.

Todavia, visando analisar os argumentos apresentados, esta Assessoria entende que se encontram presentes os elementos indicadores para a aplicação no disposto nos artigos 47 e 48, incisos I e III da LC 123/2006.

Por fim, verificando as propostas apresentadas, recomenda esta Assessoria que as propostas cujos preços se encontram superiores ao estabelecido pela Administração sejam fracassados, ou seja, além daqueles fracassados pela Pregoeira quando da realização do Pregão, merecem ser fracassados também os itens 27, 36, 37, 75, 96 (cota exclusiva), 143, 157, 159, 160, 164, 168, 170, 177, 178 e 181 por estarem acima do preço de referência estabelecido pela Administração.

Recomenda-se ainda, que os itens 150, 185 e 186 sejam fracassados em razão de que seus registros se encontram expirados.

Parecer não vinculante e que pode ser revisto a qualquer tempo.

Salvo melhor juízo, essa é a orientação dessa Assessoria Jurídica, elaborada de acordo com os elementos dos autos.

É o parecer.

À(ao) Pregoeira(o) para decisão.

Catalão – GO, 15 de agosto de 2019.



MERIELE NICKHORN
ASSESSORA JURÍDICA
OAB/GO N.º 42.243