

À PREFEITURA MUNICIPAL DE PONTAL DO PARANÁ

Em especial MD. Pregoeiro e COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO –
CPL/ Comissão de Contratação

Referente: PREGÃO ELETRÔNICO Nº 35/2024 - PROCESSO LICITATÓRIO
Nº 138/2024 - SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS - DATA DA SESSÃO
PÚBLICA: 10/06/2024.

NBB Comércio de Equipamentos de Informática Ltda., pessoa jurídica de
direito privado, com CNPJ n. 10.820.186/0001-89, endereço na rua Goiás, n. 862,
Higienópolis, Catanduva/SP, CEP 15.804-010, vem, perante este r. órgão,
apresentar **impugnação ao Edital**, no seguinte termo:

Consta do certame, os dizeres conforme segue recorte abaixo:

Licitação com itens exclusivos para Micro Empresas e Empresas de Pequeno Porte e Microempreendedor Individual, conforme artigo 48 da Lei Complementar nº 123, de 2006, alterada pela Lei Complementar nº 147/2014.
BENEFÍCIOS às MICROEMPRESAS e EMPRESAS DE PEQUENOS PORTE SEDIADAS LOCAL E/OU REGIONALMENTE - Aplica-se neste edital o disposto no artigo 48, § 3º da Lei 123/2006, alterado pela Lei Complementar nº. 147 de 07 de agosto de 2014, que criou a prioridade para benefícios as ME's ou EPP's em âmbito local e regional, até o limite de 10% (dez por cento) do melhor preço válido. E ainda Lei Municipal nº 012/2015 - Havendo a participação de **ME e EPP, sediadas local e/ou regionalmente**, será aplicado o benefício.
Conforme artigo 28F, Inciso II da Lei Complementar Municipal nº 012/2015, os municípios do âmbito regional são: Antonina, Guaratuba, Guaraqueçaba, Matinhos, Morretes, Paranaguá e Pontal do Paraná.

Deste modo, resta incompatível os termos constantes no edital, e ainda que se imagine que exista EXCLUSIVIDADE para LOCAL E REGIONAL, tal assertiva deve ser retirada, e resta impugnado, pois não é crível a delimitação de participação no pregão, pois 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 tanto, bem como impedirá o órgão de alcançar a oferta mais vantajosa restringindo em muito a participação da subscritora.

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

Neste sentido, Nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/2021):

Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

Art. 9º É vedado ao agente público designado para atuar na área de licitações e contratos, ressalvados os casos previstos em lei:

I – admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos que praticar, situações que:

a) comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo do processo licitatório, inclusive nos casos de participação de sociedades cooperativas;

b) estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou do domicílio dos licitantes;

c) sejam impertinentes ou irrelevantes para o objeto específico do contrato;

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.

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.

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.

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.

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.

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.

Não é demais relembrar 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.

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.

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.

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. 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. 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)

Administração Pública deve sempre perseguir o bem estar social agindo em conformidade com os princípios explícitos e implícitos constantes no artigo 37 da Constituição Federal e seguintes, dos quais se destacam, principalmente, os princípios da legalidade, da finalidade e da razoabilidade.

Diante disso, imperioso a reforma do termo do edital para retirar a exclusividade e permitir a ampla participação e concorrência, com outras empresas ME/EPP/MEI que não sejam desta região, e evitar refazer todo o processo licitatório, bem como a Administração obter proposta vantajosa.

Assim, norteadas por esses princípios, de forma alguma deve a Administração Pública se opor ao alcance dos objetivos que deveriam por ela ser perseguidos, onerando de forma injustificada os administrados a impedir ou dificultar que estes cumpram com seus deveres, sob pena de estar agindo de forma ilícita. Deve, portanto, ir sempre ao encontro do interesse público em prover, da melhor forma, a prestação do serviço público.

Quanto ao Princípio da Finalidade, este está relacionado com a impessoalidade relativa à Administração Pública orientando no sentido de que as normas administrativas têm de ter como objetivo o Interesse Público. Assim, todo ato administrativo que, por ventura, venha a se apartar desse objetivo, estará sujeito à sua invalidação por desvio de finalidade, cuja lei da ação popular conceituou chamar como o "fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência do agente (Lei 4.717/65, art. 2º, parágrafo único, "e").

A respeito do Princípio da Razoabilidade, pondera o jurista Celso Antônio Bandeira de Mello¹ que deve a Administração Pública “obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida”.

¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 18ª ed. – São Paulo: Ed. Malheiros, 2005.

Assim, caso não atendida tal premissa, continua o jurista, que “**não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas – e, portanto, jurisdicionalmente invalidáveis –** , as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez, e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discricionariedade”.

Segundo Marçal Justen Filho, para o qual a avaliação dos pressupostos recursais deverá ser realizada com mais largueza do que no direito processual, uma vez que vigora para a Administração Pública o poder-dever de revisar e sanar os atos viciados. Assim, recomenda-se que mesmo um recurso defeituoso, seja conhecido pela Administração a título de direito de petição. (Marçal Justen Filho, in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 12ª ed., São Paulo, Dialética, 2008, p.850).

Assim, todos os recursos e pedidos administrativos devem ser conhecidos pela Administração, com fundamento no Direito de Petição aos Poderes Públicos, tanto para defesa de direitos, ou contra ilegalidade ou abuso de poder, garantindo o contraditório e a ampla defesa (Art. 5.º, XXXIV, "a", da CF/88 c/c art.5º LV).

Essa possibilidade revisional decorre da obrigatoriedade de a Administração zelar pela observância do que dispõe a lei, ensejando a possibilidade da revisão dos atos por ela própria, quer sob a ótica da legalidade, quer sob a análise do mérito da questão, através do poder de autotutela administrativa, não sendo mera faculdade do agente público, e sim seu dever.

Da mesma forma, a autotutela encontra amparo na Súmula 473 do STF, in verbis: A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Ademais, 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. 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.

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. 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 AO ADMINISTRAÇÃO. PREJUÍZO AO ERAZ RIO. 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).

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.

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.

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. 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;

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.

Diante do exposto, requer a conhecimento da presente impugnação, e dê provimento, para:

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 Itens Exclusivos – Âmbito Regional do edital, que estabelecem participação exclusiva a microempresas e empresas de pequeno porte, alterando para permitir a participação de outras empresas ME/EPP/ MEI de OUTRAS REGIÕES também, ampliando a concorrência e participação, com intuito de evitar certame deserto e obter a melhor proposta;

b.1.1. Subsidiariamente, retificar o Itens Exclusivos – Âmbito Regional do edital, impugnado, para permitir a participação de outras empresas ME/EPP/ MEI de OUTRAS REGIÕES, 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;

Requer, outrossim, o recebimento e processamento do presente, para fins de julgamento na forma da lei, caso não reconsidere a decisão, se digne fazer a remessa para à Comissão / autoridade competente do presente que lhe for imediatamente superior, a fim de que o mesmo aprecie e julgue, conhecendo-o e dando-lhe provimento, para que diante das razões apresentadas.

Nestes termos, pede e aguarda deferimento.

Catanduva, 03 de junho de 2024.

NBB Comércio de Equipamentos de Informática Ltda.