

ILUSTRÍSSIMO PREGOEIRO SR. EVANDRO RAFAEL SILVA, DESIGNADO PELA CÂMARA MUNICIPAL DE PARÁ DE MINAS, MINAS GERAIS.

EDITAL PREGÃO PRESENCIAL Nº 06/2021

PROCESSO LICITATÓRIO Nº 15/2021

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. A Câmara Municipal de Pará de Minas/MG, objetivando a Contratação de empresa especializada na prestação de serviço de internet banda larga com velocidade de 300 Mbps e transmissão por fibra ótica, tornou público o certame com critério de julgamento tipo "menor preço por item", com sessão prevista para o dia 12.07.2021 às 09h00min, na sede da Câmara Municipal de Pará de Minas, sala de licitações.
2. O instrumento convocatório prevê expressamente que o prazo para impugnações é de até 02 (dois) dias úteis antes da abertura da sessão, qual seja, até 08.07.2021, estando demonstrada a tempestividade da presente.¹

116.1. As impugnações e os esclarecimentos aos termos do edital poderão ser interpostos por qualquer pessoa, devendo ser protocolizadas na Divisão de Licitação da Câmara Municipal de Pará de Minas, sala nº 413, localizada na Av. Presidente Vargas, nº 1.935 – Senador Valadares, em Pará de Minas/MG, a partir da publicação do aviso de edital até 02 (dois) dias úteis antes da data fixada para recebimento das propostas, dirigidas ao Pregoeiro, que deverá decidir sobre a petição no prazo de 24 (vinte e quatro) horas.

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 06/2021 grava a exclusividade de participação apenas para microempresas e empresas de pequeno no preâmbulo, e no item 2.1, onde delimita a participação no pregão:

2.1. A presente licitação é EXCLUSIVA para Microempresas – ME, Empresas de Pequeno Porte – EPP e Microempreendedores Individuais – MEI, aptas à prestação do serviço do objeto desta licitação, que atenda aos requisitos deste ato convocatório e aos da legislação específica.

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 internet banda larga com velocidade de 300 Mbps e transmissão por fibra ótica.

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 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.

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 ...

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

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 PAULO CALMON NOGUEIRA DA GAMA, Data de Julgamento: 12/09/2017, SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 20/09/2017).

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;

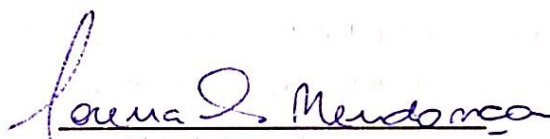
b) Seja a mesma acolhida para:

b.1) Retificar as disposições do certame, retirando a exclusividade do certame, em especial para alterar o preâmbulo e o item 2.1 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 2.1, 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 Pará de Minas/MG, 07 de julho de 2021.



Algar Soluções em TIC S/A