

RESPOSTA À IMPUGNAÇÃO DE EDITAL

PROCESSO Nº 009/2022
PREGÃO PRESENCIAL Nº 004/2022
TIPO: Tipo Menor Preço Por Item.

OBJETO: REGISTRO DE PREÇOS PARA A FUTURA E EVENTUAL CONTRATAÇÃO DE MICROEMPRESAS - ME, EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - EPP OU EQUIPARADAS PARA AQUISIÇÃO DE MATERIAL DE EXPEDIENTE, DIDÁTICO E ESPORTIVO, DESTINADOS AS ATIVIDADES DAS SECRETARIAS MUNICIPAIS.

Trata-se de impugnação apresentada pela empresa, **W&M COMERCIO E DISTRIBUIÇÃO LTDA-ME**, pelos fatos e motivos abaixo expostos:

1. DA TEMPESTIVIDADE DO ATO

FUNDAMENTAÇÃO:

Da intempestividade e não conhecimento da impugnação

2.1 Prescreve o subitem 12.1 do Edital Pregão Presencial nº. 004/2022:

12.1. Impugnações aos termos deste Edital poderão ser interpostas por cidadão, até o 5º dia útil, e por licitantes, até o 2º dia útil, que anteceder a abertura das propostas, mediante petição a ser enviada, preferencialmente, para o e-mail licita.pmsjl@yahoo.com.br, ou protocolizadas na sala de Licitação, à Av. Coração de Jesus, nº 1005, Centro- São João da Lagoa/ MG, dirigidas a Pregoeira, que deverá decidir sobre a petição no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, auxiliado pelo setor técnico competente. (grifo nosso)

2.2 Considerando o texto transcrito, bem como a data para abertura das propostas que é dia 14/02/2022, tem-se por tempestiva a impugnação apresentada pela Empresa **W&M COMERCIO E DISTRIBUIÇÃO LTDA-ME**, haja vista o envio via e-mail com data de 08/02/2022.

2. DAS RAZÕES DA IMPUGNANTE

A impugnante alega que:

“Ocorre que, o edital tem cláusulas que são contrárias ao ordenamento jurídico brasileiro, o que será demonstrado na presente impugnação.”

É cediço que a norma permite a contratação regionalizada, isto é, de licitantes sediados nas cercanias do órgão. Neste sentido definiu o Edital:

DA PARTICIPAÇÃO: De acordo com art. 1º, §3º do Decreto Municipal de nº. 03 de 20 de fevereiro de 2018, somente poderão participar desta licitação empresas situadas numa distância de até 100 (cem) KM da sede do Município de São João da Lagoa - MG.

Todavia, as restrições à concorrência somente se justificam se a Administração Pública não for lesada, seja pelo baixo número de licitantes, seja pelos preços que podem comprometer o bom resultado do certame.

Tal panorama torna evidente a pouca (ou nenhuma) concorrência, tornando inócuo de fim prático e, até mesmo, ilegal o direcionamento do resultado do certame aos fornecedores locais. Flagrante o prejuízo para os cofres públicos!

Caso o certame seja mantido sem a devida comprovação de VANTAJOSIDADE e que existem – no mínimo – 3 (três) licitantes enquadrados como ME/EPP em condições de cumprir as exigências do Edital, os princípios da legalidade e do julgamento objetivo serão flagrantemente violados, vez que o direcionamento evidenciará nítida restrição ao caráter competitivo, prejudicando a finalidade do processo.

Por fim pugna para que seja permitida a ampla participação, abrindo a possibilidade de concorrência entre licitantes sediados fora das cercanias de SÃO JOÃO DA LAGOA, sob pena de nulidade.

Em síntese, é o breve relato dos fatos, estando à íntegra da impugnação anexada aos autos do processo, com vistas franqueadas, conforme previsto no Edital, passando a Pregoeira a apreciar e julgar nos termos a seguir aduzidos.

3. DA ANÁLISE DA IMPUGNAÇÃO

Cumpre-nos registrar que este Município de São João da Lagoa-MG, quando da elaboração de seus processos licitatórios, alinha-se ao cumprimento dos princípios norteadores da Administração Pública, elucidados no art. 37, caput, da Constituição Federal de 1988 e art. 3º da Lei Federal nº 8.666/93, especialmente, no que se refere à legalidade do referido ato administrativo e respeito ao princípio da ampla competitividade e obtenção da proposta mais vantajosa à Administração e pleiteia pela garantia da excelência e eficiência da qualidade dos produtos e dos serviços a serem prestados.

Inicialmente, há de se registrar que as condições fixadas no Edital e Termo de Referência foram estabelecidas com estrita observância das disposições legais contidas na Lei Federal nº 10.520/2002, subsidiariamente Lei Federal nº 8.666/93, Lei Complementar nº 123/2006 e suas alterações, Decreto Municipal Nº 014/2017.

Como é cediço, a licitação não se rege apenas pelos princípios estabelecidos no art. 3º da Lei nº 8.666/93 (isonomia, seleção da proposta mais vantajosa para a administração, promoção do desenvolvimento nacional sustentável, legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivo), mas também pelos princípios gerais que constituem o Regime Jurídico Administrativo, sobressaindo-se entre todos estes o Princípio da Supremacia do Interesse Público, pilar de sustentação do Direito Administrativo Brasileiro.

A licitação visa a garantir a observância do princípio Constitucional da isonomia e a **selecionar a proposta mais vantajosa** para a Administração, de maneira a assegurar oportunidade igual a todos os interessados e a possibilitar o comparecimento ao certame ao maior número possível de concorrentes.

Frise-se, ainda, que o objetivo do presente Processo Licitatório é atender as necessidades do Município de São João da Lagoa, e implementar o tratamento diferenciado que a Constituição da República assegura às microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações públicas de bens, serviços e obras.

A aplicação em processos licitatórios priorizando, em primeiro lugar as empresas locais/regionais, tem por natureza/objetivo (justificativa) possibilitar a promoção do desenvolvimento econômico e social local, na medida em que estabelecem regra para tal propósito. Caso não fosse verdadeiro, as retratadas Leis Complementares Federais não seriam ao menos editadas, tão pouco fere ao disposto constitucional e a qualquer princípio, como alega a requerente.

Assim sendo, a Administração optou em destinar os itens para disputa exclusiva das MPEs e equiparadas estabelecidas **numa distância de até 100 (cem) KM da sede do Município de São João da Lagoa -MG,** sendo nesse caso uma aquisição vantajosa à administração, uma vez que a concessão de tratamento diferenciado e simplificado por meio do qual as pequenas e microempresas sediadas regionalmente, disputando itens destinados exclusivamente à sua participação, contribuam para promover o

desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal/regional, para elevar a eficiência das políticas públicas, segundo previsto e regulamentado em lei.

A LC nº 147/2014 acrescentou ainda à Lei nº 8.666/93 o art. 5º-A com a seguinte redação:

“Art. 5º-A. As normas de licitações e contratos devem privilegiar o tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte na forma da lei.”

Quis nesse caso a Administração Pública apenas aplicar o previsto no regramento legal em benefício das MPEs regionais, sem prejudicar a competição, já que existem várias empresas do ramo sediadas na distância legalmente estabelecida e aptas a participarem e formular lances. Além do benefício ao próprio município, já que, as empresas localizadas regionalmente têm maior facilidade em atender à administração pública nas suas demandas imediatas, tornando o atendimento mais eficiente e eficaz.

A ação administrativa do Estado, além do natural respeito à lei, deve ser desenvolvida em direção à satisfação das exigências do interesse coletivo primário (interesse público genérico) e do interesse coletivo secundário (os objetivos a atingir em cada ato ou contrato específico).

Sem essa ótica, o tratamento diferenciado desejado pela Constituição da República será ineficiente (relação custo-benefício insatisfatória) e ineficaz (resultados planejados inatingidos). E não apenas nas licitações e contratações.

O que deve ser levado em consideração, que os benefícios trazidos as micro e pequenas empresas, introduzidas pela LC 123, LC 147 e Lei Complementar Municipal nº 756/2009, é justamente tratar os desiguais dando tratamentos diferenciados na medida de sua desigualdade, motivo pelo qual, os benefícios concedidos às ME(s), EPP(s) e MEI(s) não ferem os princípios norteadores da administração pública.

É certo que a edição da Lei Complementar 123/2006 e posteriormente alterada pela Lei Complementar 147/2014, realizou algumas modificações no que se refere ao procedimento licitatório envolvendo microempresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP) e MEIs com o objetivo de facilitar a participação destas empresas e aumentar suas chances de vitória nos procedimentos licitatórios no setor público, dando um tratamento diferenciado, trazendo em igualdade com relação às demais categorias empresariais que não fossem ME e EPP.

Acerca do assunto, Flávia Cristina Moura de Andrade leciona no seguinte sentido:

*“Esta Lei Complementar prevê, em seu art. 47, a possibilidade de a União, os Estados e os Municípios, nas contratações públicas, concederem 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, desde que previsto e regulamentado na legislação do respectivo ente**”.*

Considerando a necessidade de regulamentação específica (**Lei Local**), a teor do parágrafo único e caput do artigo 47 e artigo 48 da Lei Complementar nº 123/2006, a municipalidade editou a **LEI COMPLEMENTAR Nº 402/2018 e o Decreto Municipal de nº. 03 de 20 de fevereiro de 2018**, no sentido de trazer regulamento local, de forma a dar tratamento mais favorável às microempresas e empresas de pequeno porte, **preferencialmente às locais/regionais**, tendo como fundamento legal as referidas leis complementares Federais.

Assim, a legislação local atendeu ao disposto nos artigos 47 e 48 da Lei Complementar nº 123/2006 e alterações trazidas pela Lei Complementar nº 147/2014, em que pese o tratamento diferenciado e simplificado oportunizados às ME e EPPs local e regional, observado as condicionantes para cada caso, ao qual passou a ser introduzido na realização de processos licitatórios.

No entanto, o que a lei veda explicitamente, é que não poderão estabelecer essas diferenças de regime licitatório sem expressa previsão no Edital (princípio da vinculação ao edital), ou quando não houver um mínimo de 3 fornecedores enquadrados como microempresa, empresa de pequeno porte ou equiparada nos âmbitos local ou regional, ou ainda quando a Administração Pública não considerar vantajoso para o objeto a ser licitado esse tratamento diferenciado, bem como nos casos de dispensa ou inexistência de licitação da Lei 8.666/93.

Em simples leitura ao Edital, constata-se que tais condições são observadas pela Administração, porquanto são claras suas regras de impedimento legal, uma vez que se busca pelo critério de políticas públicas no âmbito local primeiramente, conforme previsão nas Leis Federais e Municipais.

Ademais a exigência é item do Edital e não apenas exigência complementar ou acessória. Nesse passo tratando de exigência, não poderá a administração descumprir do princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

Dessa feita, em se tratando de regras constantes de instrumento convocatório, deve haver vinculação a elas. É o que estabelecem os artigos 3º, 41 e 55, XI, da Lei nº 8.666/1993, *verbis*:

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**.

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

[...]

XI - **a vinculação ao edital de licitação** ou ao termo que a dispensou ou a inexistiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor; (grifo nosso)

Trata-se, na verdade, de princípio inerente a toda licitação e que evita não só futuros descumprimentos das normas do edital, mas também o descumprimento de diversos outros princípios atinentes ao certame, tais como o da transparência, da igualdade, da impessoalidade, da publicidade, da moralidade, da probidade administrativa e do julgamento objetivo.

Quando a Administração estabelece, no edital, as condições para participar da licitação e as cláusulas essenciais do futuro contrato, os interessados apresentarão suas propostas com base nesses elementos; ora, se for aceita proposta ou celebrado contrato com desrespeito às condições previamente estabelecidas, burlados estarão os princípios da licitação, em especial o da igualdade entre os licitantes, pois aquele que se prendeu aos termos do edital poderá ser prejudicado pela melhor proposta apresentada por outro licitante que os desrespeitou.

Também estariam descumpridos os princípios da publicidade, da livre competição e do julgamento objetivo com base em critérios fixados no edital.

No entendimento do TCE/MG, a delimitação geográfica **está de acordo** com os preceitos da **Lei Complementar nº 123/06**, promovendo o desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, além de **garantir a sustentabilidade exigida nas contratações públicas**.

Constata-se que, há muito mais que 03 (três) empresas que estão cadastradas e que se enquadram como ME e EPP ou equiparadas no **raio de até 100 (cem) KM da sede do Município de São João da Lagoa -MG**, inclusive com participação em outros processos licitatórios, sendo que, existem dois grandes municípios vizinhos abrangidos pela distância definida, sendo Coração de Jesus e Montes Claros, ambos com várias empresas do ramo, o que nos leva a entender que não estamos diante de uma situação que fere ao caráter competitivo do certame, como se alega.

Por verdadeiro, na mediada em que fica obrigada a Administração observar o que estabelece a legislação complementar que, na “inexistência” de pelo menos 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como ME ou EPP **sediados local ou regionalmente** e capazes de cumprir as exigências estabelecidas nas licitações, não se aplicará o tratamento diferenciado.

A respeito, o Tribunal de Contas do Estado do Paraná, editou Acórdão sob nº 877/2016, em análise de consulta formulada pelo Município de Mercedes (processo nº 88672/15), sob a relatoria do Conselheiro Nestor Baptista. Vejamos alguns pontos específicos:

Acórdão nº 877/2016 Tribunal Pleno

*(...) Com o escopo de minimizar riscos de falhas na pesquisa de mercado, recomenda-se que inicialmente **seja efetuada uma busca nos dados internos do próprio Município, com ênfase ao registro cadastral** e aos dados de empresas que participaram de licitações prévias para o mesmo objeto ou para objetos semelhantes (...) (grifo nosso)*

*(...) Entretanto, custos e benefícios das medidas a serem adotadas na referida pesquisa devem ser sopesados, de modo a evitar danos ao Erário. **Se porventura o ente não lograr êxito na perquirição de três fornecedores na localidade e optar pela confirmação de que não há fornecedores aptos a nível regional** (...) (grifo nosso)*

*(...) b) Uma interpretação literal da Lei n.º 123/2006, **faz crer que não é necessária a efetiva participação de no mínimo 3 (três) empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente e que sejam capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório, mas simplesmente que existam os três fornecedores competitivos enquadrados nas exigências legais.** (...) (grifo nosso)*

Nessa linha de entendimento cita-se a jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins:

RESOLUÇÃO TCE/TO N° 181/2015 – Pleno (...) O gestor público deverá planejar-se, ainda na fase interna, para que se adiante e identifique a eventual ausência de micro ou pequenas empresas aptas a atender o objeto almejado, bem como justificar exhaustivamente tal situação, nos autos do respectivo processo licitatório, a fim de evitar alegações de desrespeito à Lei Complementar nº 123/06, por parte dos órgãos de controle acerca da inobservância das novas regras estabelecidas pelo Estatuto da Microempresa. Tudo no escopo de atender aos princípios da economicidade, isonomia, impessoalidade, publicidade e supremacia do interesse público, dentre outros. (grifou-se)

Assim, cabe à Administração licitante aferir, na fase interna da licitação, se existem no mínimo 03 fornecedores competitivos enquadrados como MPE, sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório. Não existindo, aplica-se a regra excludente prevista no inciso II do artigo 49 da LC 123/2006, destinando-se o certame às empresas em geral.

Isso porque os fornecedores não são obrigados a participar de uma licitação ou a realizar registro cadastral no município para fins de habilitação.

A condição prevista no artigo 49, II, da Lei Complementar n.º 123/2006, não exige a efetiva participação do número mínimo de microempresas e empresas de pequeno porte nos certames diferenciados, bastando a

constatação de sua existência local/regional. A Lei Complementar é clara ao definir a existência de mínimo de três fornecedores “sediados” local ou regionalmente, e não mínimo presente na sessão pública.

Com o devido respeito, entendemos que exigir a efetiva participação de três licitantes extrapola os comandos da lei sub examine. Caso houvesse efetivamente a necessidade de comparecimento de três licitantes, aumentar-se-ia demasiadamente a burocracia estatal, pois nova licitação teria de ser realizada, reabrindo-se os prazos previstos na lei, com consideráveis prejuízos econômicos e temporais, em contraponto a princípios relevantes, dentre os quais a economicidade e a eficiência.

Quanto a alegação de que tal benefício não foi vantajoso para a Administração não prosperam, já que, como foi explicitado no Edital que a administração local antes de delimitar distância analisou e constatou a existência de várias empresas e estabelecimentos localizados no raio de 100 KM que possuem condições suficientes de atender o objeto licitado.

Por fim, há que se dizer, que as regras estabelecidas no edital não visam, de qualquer vértice, ferir qualquer princípio imposto aos procedimentos licitatórios, em que pese a Lei 8.666/93, Lei 10.520/2002, Lei Complementar nº 123/2006 e Lei Complementar nº 147/2014 e Decreto Municipal nº 003/2018.

Ante o exposto, não tem como prosperar qualquer alegação da ora impugnante, eis que o constante do Edital vai atender, da melhor forma, às necessidades da Administração, pois faz-se com justiça o que se faz com permissão da Lei.

4. DA CONCLUSÃO

Entendemos que um dos princípios da licitação é a garantia da ampla concorrência, entretanto, tal princípio não pode ser tomado por absoluto, antes, deve ser interpretado e sopesado conjuntamente com outros importantes princípios tais como a razoabilidade, proporcionalidade e eficiência nas contratações. Sendo assim, não há que se falar em ilegalidade, mas apenas a primazia pela ampla concorrência, o que não pode, contudo, colocar em risco as futuras contratações realizadas pelo município.

Portanto, após observações criteriosas da impugnação apresentada pela licitante, pelas razões de fato e de direito acima aduzidas, a Pregoeira acolhe, mas no mérito decide-se por negar provimento à Impugnação apresentada pela empresa **W&M COMERCIO E DISTRIBUIÇÃO LTDA.-ME**, mantendo-se o Edital nos seus devidos termos.

São João da Lagoa/MG, 10 de fevereiro de 2022.



Betânia Saraiva Eulálio
Pregoeira