



ILMO. SR. PREGOEIRO OFICIAL DA FUNDAÇÃO MUNICIPAL DE SAÚDE DE CANOAS E DEMAIS MEMBROS DE SUA EQUIPE DE APOIO:

Pregão Eletrônico FMSC n. 007/2021
Processo Licitatório n. 006/2021
Registro de Preços n.07/2021

DATAMARS BRASIL TECNOLOGIA AGROPECUÁRIA LTDA empresa inscrita no CNPJ sob número 00.397.330/0001-62, com endereço na Rua Doutor João Inácio, 1165, Bairro Navegantes, Porto Alegre/RS, neste ato representada por Jamille Medeiros dos Santos, CPF 010.627.060-56, vem apresentar

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL, em virtude dos termos contidos no pregão acima referido, amparado no item 19.1 do próprio Edital e nas regras da Lei Complementar 123/2006, Lei 10.520/2002, com aplicação subsidiária da Lei Federal no 8.666/93, pelos seguintes fatos e fundamentos que passa a expor:

Breve Resumo:

Esse respeitável órgão lançou Edital de licitação na modalidade de Pregão Eletrônico, com critério de menor preço, visando “o *REGISTRO DE PREÇOS para aquisição futura e parcelada de microchips agulhados e aplicadores em atendimento às demandas da Secretaria Extraordinária dos Direitos dos Animais (SEDA) de Canoas*”, conforme especificações e características constantes no referido instrumento e em seus anexos.

Razões da presente Impugnação:

Em que pese o zelo na confecção do Edital, temos que o ato convocatório, de tal forma, **não atende aos requisitos previstos em lei**, uma vez que o órgão trouxe **restrição absolutamente equivocada e ilegal, que impede a participação de diversos interessados na presente disputa** e que, inclusive, **irá prejudicar de forma significativa o alcance da melhor oferta de preços.**

Note-se que as condições de participação no referido pregão estão assim referidas no item 03 do Edital:

3. DA PARTICIPAÇÃO NA LICITAÇÃO



3.1. Poderão participar deste Pregão as empresas interessadas, enquadradas como microempresas ou empresas de pequeno porte, conforme Lei Complementar nº 123, e que estejam credenciadas junto à Seção de Cadastro da CELIC – Central de Licitações do Estado/RS, acessada por meio do sítio www.celic.rs.gov.br, e que atendam todas as exigências Editalícias.

3.1.1. Considerando o disposto no art. 49, inc. II da Lei Complementar nº 123/2006, caso não haja um mínimo de 3 (três) fornecedores/prestadores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório, para cada lote, o certame será reagendado e aberto para ampla concorrência (deixando de ser exclusivo para MEs e EPPs), cujo comunicado de reagendamento será publicado no DOMC, no site do Pregão Online Bannrisul e no site da FMSC

Primeiramente, é importante esclarecer que cláusula que impõe a exclusividade de participação no certame às microempresas e empresas de pequeno porte não pode ser mantida, ainda mais quando combinada com o item 3.1.1 do Edital.

E o motivo disso é simples: a lei que ampara tal pretensão é bastante específica em estabelecer que a restrição de participação que foi trazida **somente é cabível quando já existir prova de um mínimo de três (03) fornecedores COMPETITIVOS, enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte, sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as demais exigências estabelecidas no instrumento convocatório.**

Assim, ao contrário do que dispõe o item 3.1.1, a apuração de tal condição é **REQUISITO PRÉVIO necessário** para justificar a manutenção da exigência e não pode ser verificada posteriormente, no decorrer da abertura dos envelopes, como refere tal cláusula em comprovado arrepio à lei.

De fato, a Administração Pública pode realizar licitações destinadas exclusivamente as empresas que se enquadrem em tais modalidades, porém, para que isso se justifique, devem ser observados não apenas os termos do artigo 48, mas, também, os do artigo 49 da Lei Complementar 123/2006 que assim dispõe:

Art. 49. Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando:

(...)



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;

Ora, desde já, fica evidente que lei é muito clara ao referir que a prova da existência prévia de no mínimo 03 (três) fornecedores ME/EPP, na localidade em que se realiza o certame, é condição que deve ser observada e se comprova ANTES DA ABERTURA DA LICITAÇÃO e somente com a verificação disso é possível realizar o procedimento licitatório voltado apenas à tais sociedades.

Assim, caso tais provas não existam, ou não tenham sido apuradas ainda, o procedimento deverá OBRIGATORIAMENTE ser aberto para todas das demais empresas, **em especial como forma de observância ao princípio da eficiência administrativa e da economicidade**, afinal, nada justifica todo o custo envolvido para a realização do certame para, após verificar que ele fracassou, reagendar o mesmo como dispõe a cláusula 3.1.1 do Edital.

Insiste: nos casos em que os certames forem reservados à participação exclusiva de ME/EPP a verificação prévia dos requisitos previstos no artigo 49 da Lei 123/2006 **é IMPRESCINDÍVEL** e isso deve ser OBEDECIDO pela Administração Pública, afinal, é a única forma de atingir a finalidade que é trazida na própria lei.

Tal entendimento, inclusive, é unanime na jurisprudência e amparado pelo ilustre doutrinador Marçal Justen Filho¹ que assim leciona:

A natureza peculiar da disposição conduz à necessidade de tratamento hermenêutico ampliativo da disposição. A vontade legislativa não é a restrição absoluta da disputa, mas a competição entre pequenas empresas. Sob esse prisma a vedação à empresas de maior porte apenas poderá ser justificada se houver uma efetiva e concreta competição entre pequenas empresas. DAÍ A PROPOSTA DE INTERPRETAÇÃO, NO SENTIDO DE QUE É NECESSÁRIA A EXISTENCIA DE TRES FORNECEDORES EM CONDIÇÕES DE PARTICIPAR DO CERTAME. ESSE SERÁ UM REQUISITO DE ADOTAÇÃO DA LICITAÇÃO DIFERENCIADA E RESTRITA À PARTICIPAÇÃO DE PEQUENAS EMPRESAS.”

(...) a restrição em favor da participação de pequenas empresas não pode conduzir à eliminação da competitividade. Por isso, o art. 49, inc. II, determina que não se aplicará o regime de licitação diferenciada quando “não houver um

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. O estatuto da microempresa e as licitações públicas. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2007, p. 122



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.

O Tribunal de Contas do Estado do Tocantins, em resposta à consulta relacionada às alterações da LC n. 123/2006, introduzidas pela LC n. 147/2014, da mesma forma, assim dispôs:

Conforme inciso II do art. 49 da LC nº 123/2006, caso inexista o número mínimo de três ME e/ou EPP, sediadas no local ou na região, e que sejam capazes de cumprir as exigências estabelecidas no edital, conseqüentemente, a realização de uma licitação exclusiva com fundamento neste inciso restará justificadamente afastada, e para tanto, o edital não poderá prever que não comparecendo nenhuma ME e/ou EPP, será permitida a participação de empresas de maior porte. (TCE/TO, Resolução n. 181/2015, Pleno)

Importante referir que tal entendimento vem sendo amparado nas recentes decisões de diversos tribunais de contas de outros Estados que entendem que a abertura de licitação exclusiva para empresas ME/EPP somente é possível se, na fase interna do pregão, ou seja, **antes da abertura e divulgação do Edital**, já tenha sido apurado se existem, no mínimo, 03 (três) fornecedores competitivos com tal enquadramento, **o que ainda não ocorreu.**

Além disso, a manutenção de tal restrição, que contraria a disposição expressa trazida na lei, certamente, acarretará o fracasso do presente certame e prova disso está na própria documentação em anexo.

Recentemente foram realizados dois pregões no Estado buscando exatamente o mesmo objeto aqui pretendido. Em ambos não foram verificadas a participação de, no mínimo, três fornecedores locais interessados na disputa.

Note-se que no pregão realizado em Uruguaiana (PE 028/2021), por exemplo, apenas quatro (04) empresas enquadradas como ME e EPP participaram da disputa sendo que somente uma delas é localizada do Estado. Infelizmente, em razão da exclusividade imposta, o preço final das ofertas trazidas foi muito maior do que aquele que tem sido alcançado nas licitações com ampla participação de interessados.

Já no caso do certame de Passo Fundo (PE 023/2021), que sequer era exclusivo para ME e EPP, apenas duas empresas do Estado participaram. Importante ressaltar que, neste caso,



como a disputa era ampla, o preço foi muito menor do que aquele trazido no Pregão exclusivo para ME e EPP.

Assim, fica evidente que a restrição de participação que está sendo imposta NÃO SE JUSTIFICA e irá apenas onerar de sobremaneira a aquisição pretendida.

Por derradeiro, é necessário ressaltar a disposição expressa trazida no inciso III do artigo 49 da Lei Complementar 123/2006 que assim determina:

Art. 49. Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando:

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;

Sem dúvida, infelizmente, esse é o caso em tela.

Certamente, para assegurar a mais ampla competitividade, que irá garantir uma disputa pelas ofertas mais vantajosas para o próprio órgão público, é imprescindível **permitir a participação de todas as empresas que atuam no fornecimento dos produtos que estão sendo buscados.**

Em razão disso, o provimento da presente Impugnação, em sua totalidade, é medida extremamente necessária para que se garanta a lisura e a competitividade do presente certame, uma vez que a restrição imposta pelo item 03 não tem qualquer justificativa plausível, pois além de afastar a necessária economicidade, ainda afronta a legalidade e frustra a participação de diversos interessados, motivo pelo qual deve imediatamente ser afastada.

Do direito:

Convém observar o que reza o inciso I, S 1º do artigo 3º da Lei 8666/93 quando assim refere:

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

*I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, **restringam ou frustrem o seu caráter competitivo** 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; (grifou)*



Além disso, a própria Constituição Federal/88, assim estabelece:

"Art. 37. A Administração Pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, aos seguintes:

XXI - Ressavados os casos especificados, na legislação, as obras, serviços, compras e alienações, serão contratados mediante processo de licitação pública **que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes** (...)."

Como bem leciona Hely Lopes Meirelles: "a legalidade, como princípio de administração, significa administrador público está, em toda sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei, e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso".

Aliás, seguindo esse mesmo raciocínio, Henrique Savonitti Miranda, compara as atividades de um gestor privado (Princípio da Autonomia da Vontade) as de um gestor público, de forma bastante esclarecedora:

"O administrador privado conduz seu empreendimento com dominus, agindo com os poderes inerentes à propriedade em toda a sua extensão. Assim, tudo o que não é proibido, é permitido ao gestor privado. Diga-se, ainda, que o administrador privado pode inclusive conduzir ruinosamente seu empreendimento sem que muito possa ser feito por terceiros(...) **O gestor público não age como "dono", que pode fazer o que lhe pareça mais cômodo. Diz-se, então, que ao Administrador Público só é dado fazer aquilo que a lei autorize, de forma prévia e expressa. Dat decorre o importante axioma da indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos.**"

Ainda, para Hely Lopes Meirelles "na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza".

E tal disciplina, contida expressamente na Lei n. 8.666/93, refere que toda licitação deverá resguardar o interesse público, utilizando-se, para tanto, **a garantia da participação total, ampla e irrestrita das pessoas que se mostrarem interessadas e habilitadas**, motivo pelo qual restrições desnecessárias e que fogem à razoabilidade devem ser prontamente afastadas.



Assim, resta comprovado que a presente impugnação está amparada em termos legais e sustentada nos princípios mais essenciais das licitações e que estão devidamente assegurados na própria Constituição Federal.

É evidente que, ressalvado interesse na preservação do erário público, a presente licitação deve ser conduzida de modo a ampliar a participação do particular, **oportunizando de forma igualitária que aqueles detentores de capacitação elementar à execução do objeto licitado possam concorrer para a satisfação do interesse público**, motivo pelo qual devem ser prontamente afastadas as restrições injustificadas.

Como já foi referido, a presente licitação tem como critério MENOR PREÇO, o que comprova que são absolutamente inaceitáveis restrições que não se justifiquem e que apenas irão onerar de sobremaneira o órgão público em seu desfavor.

Diante disso, e visando o atendimento dos princípios elementares que regem as licitações públicas, em especial no tocante a **eficiência e economicidade**, qualquer restrição de participação deve ser prontamente afastada do ato convocatório.

Por fim, vale destacar os ensinamentos do doutrinador Marçal Justen Filho, no tocante as licitações do tipo Menor Preço:

A Administração Pública tem o dever de buscar o menor desembolso de recursos, a fazer-se nas melhores condições possíveis. Qualquer outra solução ofenderia aos princípios mais basilares da gestão da coisa pública. [...].

Do Pedido:

Estando suficientemente demonstrado que a legislação específica prevê alguns requisitos necessários para que uma licitação possa contemplar a participação exclusiva para ME e EPP, **e eles não foram comprovados**, a restrição trazida no item 3 **merece ser prontamente afastada**, pois ensejará em grave prejuízo para Administração Pública, seja pelo fracasso da presente disputa, seja pela redução de empresas interessadas, situação que, certamente, prejudica a competitividade necessária para alcançar as melhores ofertas.

Diante do exposto, requer:

- a) Seja acolhida a presente impugnação, julgando-a procedente, para retificar o Edital a fim de **afastar a exclusividade de participação para empresas ME e EPP**



que, certamente, apenas irá onerar o produto sem qualquer necessidade, posto que existem diversas empresas fornecedoras de microchips no mercado que poderão competir pela melhor oferta em benefício do órgão público,

- b) que o Edital com a devida retificação, seja republicado para permitir a participação de todas as empresas interessadas, em igualdade de condições, mediante claro benefício ao órgão público.

N. T. P. Deferimento.

Porto Alegre, 02 de julho de 2021.



DATAMARS BRASIL TECNOLOGIA AGROPECUÁRIA LTDA