

ILUSTRÍSSIMO (A) SR. (A) PREGOEIRO (A) DO CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Referência: PREGÃO ELETRÔNICO Nº 31/2021

Processo Administrativo nº 043/2021

ALGAR TELECOM S.A, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ. 71.208.516/0001-74, com endereço na Rua José Garcia, nº 415, Bairro Brasil, na cidade de 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. O **Conselho Regional de Farmácia do Estado de São Paulo**, lançou o presente certame licitatório, cujo objeto é contratação de empresa especializada na prestação continua de serviço de telefonia fixa comutada (STFC) para a sede do Conselho Regional de Farmácia do Estado de São Paulo – CRF-SP, **com sessão prevista para o dia 19.10.2021 às 09:00hs**, no portal www.gov.br/compras.

2. O instrumento convocatório (item 23.1) prevê o prazo de **03 (três) dias úteis** antes da data designada para a abertura da sessão pública, para apresentar impugnações cabíveis, sendo que o termo final dar-se-á em **14.10.2021**, restando, pois, demonstrada a tempestividade da presente.

II. NECESSÁRIA REVISÃO DO TÍTULO CONDIÇÕES ESPECÍFICAS DO PREGÃO

3. Identifica-se com clareza a necessidade de revisão imediata, sob pena de violação da norma de regência e dos princípios norteadores das licitações públicas, que limita o certame a participação exclusiva de ME-EPP sem que estejam atendidos os requisitos para tanto.

II.1 PREVISÃO DE EXCLUSIVIDADE DE PARTICIPAÇÃO DAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE – DESCONFORMIDADE COM O REQUISITOS EXPRESSOS NA LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA

4. Segundo consta do Edital, no preâmbulo, o certame em referência é de participação exclusiva para microempresas e empresas de pequeno porte, atraindo a princípio, concessão de tratamento especial descrito no artigo 47 da Lei Complementar nº 123/2006.

5. Um dos parâmetros da lei acima citada, para vincular exclusividade as empresas menores, é o valor da contratação, conforme estabelece o artigo 48 da referida norma:

Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública:

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);

(...)

6. Assim, nada obstante referido requisito esteja atendido no presente certame, o artigo 49 do mesmo diploma normativo traz as exceções à regra de exclusividade insculpida no referido 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.

7. **Insta salientar que, 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.**

8. No caso em quadro, embora atendido o requisito do valor, **não se constata o adimplemento das exigências legais contidas nos incisos II e III** do artigo 49 da LC 123/2006, como se demonstra a seguir.

II.2) NÃO APRESENTAÇÃO DO QUANTITATIVO MINIMO DE FORNECEDORES ENQUADRADOS COMO MICRO EMPRESA OU EMPRESA DE PEQUENO PORTE

9. 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 micro empresa ou empresa de pequeno porte e com capacidade de atender às exigências editalícias, sediados no local ou na região da prestação do serviço.**

10. 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.

11. 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.**

12. É necessário que **haja fornecedores locais ou regionais, enquadrados como micro empresas 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.**

13. 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.

14. 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.**

15. 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.

16. 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)

17. Entretanto, de mera análise do Edital e da documentação, **verifica-se que não se constata a referência à existência de empresas ME e EPP no local ou região, sujeitando a Administração ao risco de um certame deserto.**

18. **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.**

19. Diante disso, imperioso a reforma do item do edital referido para retirar a exclusividade e permitir a ampla participação e concorrência, e evitar refazer todos o processo licitatório, bem como a Administração obter proposta vantajosa.

II.3) EXCLUSIVIDADE DESVANTAJOSA

20. A Lei Complementar nº123/06 também afasta a exclusividade, quando o tratamento privilegiado se mostrar desvantajoso para a Administração. Este é o entendimento trazido na explanação do inciso III do art. 49 da lei destacada. Considera-se desvantajosa a contratação quando resultar em preço superior ao valor estabelecido como referência.

21. 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.**

22. Ainda em análise do Edital e seus anexos **contata-se que não há nenhuma menção ao requisito expresso no artigo 49, III da Lei 123/2006, o que também é causa de afastamento da exclusividade expressa no edital.**

23. 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.

24. 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 ...

1- **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.

25. 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).

26. Nesse norte, 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.

27. **A lei permite que a administração que realiza licitação exclusiva para entidades de menor porte, pode afastar a regra restritiva e ampliar 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;

28. 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 o item citado 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

29. Por todo o exposto, requer

- i) Seja recebida e processada a presente impugnação, eis que própria e tempestiva;
- ii) Seja a mesma acolhida para:
 - a) Retificar as disposições editalícias que estabelecem reservas a fornecedores microempresários e empresas de pequeno porte, retirando a exclusividade, para permitir a participação de outras empresas que não MEs ou EPPs, ampliando a concorrência e participação,
 - b) Subsidiariamente, retificar o item 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.
 - c) Tendo em vista que a alteração requerida impacta a formulação das propostas, requer a reabertura de todos os prazos do presente certame, com nova publicação do Edital atendendo aos pedidos acima formulados, com a consequente remarcação da sessão agendada.

Nestes termos, pede e aguarda deferimento.

De Uberlândia/MG, para São Paulo/SP, 14 de outubro de 2021.

MARIANA
Assinado de forma digital por
MARIANA BERNARDES



Algar Telecom S/A
CNPJ: 71.208.516/0001-74