

ILUSTRÍSSIMO SR. PREGOEIRO DO CONSELHO REGIONAL DE EDUCAÇÃO FÍSICA DA 1ª REGIÃO

Referência: PREGÃO ELETRÔNICO Nº 03/2022

Processo Administrativo nº 011/2022

ALGAR MULTIMÍDIA S/A, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 04.622.116/0001-13, com endereço na Rua José Garcia, nº 415, mezanino, na cidade de Uberlândia/MG, por seu representante abaixo assinado, vem, por meio dessa, apresentar **IMPUGNAÇÃO** ao Edital, pelos fundamentos de fato e de direito a seguir expostos.

I. TEMPESTIVIDADE

1. O Conselho Regional de Educação Física da 1ª Região deu início ao presente certame objetivando a escolha da proposta mais vantajosa para a contratação de empresa especializada na prestação de serviços de comunicação de dados para prover Link Dedicado de acesso à internet via fibra ótica, de 50Mbps, para sua rede corporativa; com sessão prevista para o dia 24/02/2022, às 14h00, no Portal de Compras do Governo Federal.

2. O instrumento convocatório prevê expressamente no item 20.1¹ que o prazo para apresentação de regular impugnação ao Edital é de 03 (três) dias úteis antes da data designada para a abertura da sessão pública em 24/02/2022, **sendo o termo final de referido prazo 21/02/2022**, estando demonstrada a tempestividade da presente impugnação.

¹ 20.1. Até 03 (três) dias úteis antes da data designada para a abertura da sessão pública, qualquer pessoa poderá impugnar este Edital.

II. NECESSÁRIA REVISÃO DO TÍTULO DA PARTICIPAÇÃO NO PREGÃO – ITEM 4.1

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, do item 4.1, que limita o certame a participação exclusiva de Microempresas e empresas de pequeno porte, 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 Edital², o certame em referência é de participação exclusiva para microempresas e empresas de pequeno porte, atraindo a princípio, a concessão do tratamento especial previsto no artigo 47 da Lei Complementar nº 123/2006.

5. Um dos parâmetros da lei acima citada, que vincula a concessão de exclusividade às 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 artigo 48, assim estabelecidas:

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

2 4.1. Poderão participar deste Pregão, exclusivamente, as Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, cujo ramo de atividades seja compatível com o objeto desta licitação. Os interessados deverão estar previamente credenciados perante o sistema eletrônico, provido pela Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento Desenvolvimento e Gestão – SEGES – por meio do sítio eletrônico www.compras.gov.br

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. Apreende-se, portanto, que a concessão de exclusividade na participação de um certame às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, além do valor, também se vincula à existência de no mínimo 03 (três) fornecedores competitivos enquadrados como ME e EPP sediados na região capazes de cumprir as exigências estabelecidas no Edital e à inexistência de desvantagem ou prejuízo à Administração Pública, e não basta que o Edital se resuma apenas à presunção do cumprimento desses requisitos, é imperioso que o órgão licitante justifique, à luz do princípio da motivação dos atos administrativos, a validade da concessão da exclusividade, pautada principalmente no atendimento das disposições inscritas no artigo supracitado.

8. No caso em quadro, portanto, 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 MÍNIMO DE FORNECEDORES ENQUADRADOS COMO MICROEMPRESA OU EMPRESA DE PEQUENO PORTE

9. A previsão contida no artigo 49 inciso II é clara: a exclusividade não tem lugar quando não existir quantitativo mínimo de 03 (três) fornecedores enquadrados como microempresa ou empresa de pequeno porte capazes 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 imperioso que **haja fornecedores locais ou regionais, enquadrados como micro empresas ou empresas de pequeno porte, dotadas das 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, sejam de médio ou grande porte, como participantes no certame para contratação.**

19. Diante disso, imperiosa a reforma do item do edital referido para retirar a exclusividade e permitir a ampla participação e concorrência, a fim de evitar o refazimento de todo o processo licitatório e garantir a contratação da proposta mais vantajosa à Administração Pública.

II.3) EXCLUSIVIDADE DESVANTAJOSA

20. Além de todo o exposto, cumpre ressaltar que a Lei Complementar nº123/06 também afasta a exclusividade de participação de MEs e EPPs em processos licitatórios 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.

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. A motivação da exclusividade é OBRIGATÓRIA.**

22. Contudo, em análise do Edital e seus anexos é possível apreender **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 item 4.1. do 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, não há como admitir que seja prejudicado o certame em nome de exclusividade que evite a obtenção da proposta mais vantajosa ao órgão licitante.

24. O artigo 3º da Lei 8.666/93, inclusive, 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. Vejamos:

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.

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 microempresas e empresas de pequeno porte represente 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. Dessa maneira, a constatação da ilegalidade de Cláusula aposta no instrumento convocatório, em especial, aquela que ataca pilares fundamentais do sistema principiológico das licitações, quais sejam 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. Ante o exposto, e por tudo o que consta do instrumento convocatório e do termo de referência, forçoso faz-se concluir pela ausência no instrumento das condições de sustentação de validade e legalidade exigidas por Lei para a participação exclusiva de microempresas e empresas de pequeno porte no processo licitatório ora em questão, de modo que imperiosa se faz a imediata exclusão item 4.1. Edital em apreço, uma vez que a restrição do certame incorrerá, certamente, na vinculação de contratação de proposta vencedora não vantajosa, atraindo contrato prejudicial à Administração Pública, o que não se pode admitir.

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, **especialmente, o item 4.1.**, retirando a exclusividade nele inscrita, a fim de permitir a participação de outras empresas que não MEs ou EPPs, ampliando a concorrência e participação e garantindo a efetividade dos princípios norteadores dos processos licitatórios;

b) Subsidiariamente, retificar o item impugnado, para permitir a participação de outras empresas, de médio e grande porte, 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 Rio de Janeiro/RJ, 18 de fevereiro de 2022.

Algar Multimídia S/A
CNPJ: 04.622.116/0001-13