

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DO MUNICÍPIO DE CORDILHEIRA ALTA,
ESTADO DE SANTA CATARINA.**

Ref.: Pregão Eletrônico nº 127/2023

POLLI COMERCIO E SERVICOS EM INFORMATICA LTDA, pessoa jurídica de direito privado, inscrita sob o CNPJ n. **07.043.874/0001-75**, com sede no endereço Avenida Julio Lunardi, 1085, Centro, Município de Xaxim - SC, CEP 89.825-000, neste ato representada por seu representante legal, vem à presença de Vossa Senhoria apresentar **IMPUGNAÇÃO** ao Edital de Pregão Eletrônico nº 127/2023, amparada no artigo 41 da Lei nº 8.666/93, pelos motivos de fato e fundamentos de direito a seguir expostos.

I - O EDITAL OBJETO DA IMPUGNAÇÃO

O Município de Cordilheira Alta publicou o Edital de Pregão Eletrônico nº 127/2023, cujo objeto consiste na CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO DE DADOS/VOZ PARA IMPLEMENTAÇÃO, OPERAÇÃO E MANUTENÇÃO DE CONEXÃO À REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES (INTERNET) VIA FIBRA ÓPTICA, BANDA LARGA PARA AS REPARTIÇÕES PÚBLICAS DO MUNICÍPIO DE CORDILHEIRA ALTA SC conforme especificações constantes do Anexo "A" do Edital.

O critério de MENOR PREÇO POR LOTE, que será realizada por meio do site www.bll.org.br e será processada e julgada em conformidade com a Lei Federal nº. 10.520/02, Decreto Federal nº 10.024, de 20 de setembro de 2019, Lei Federal nº 123/06 e Lei nº 147/14, com aplicação subsidiária da Lei Federal nº. 8.666/93, Lei nº

8.078, de 1990 - Código de Defesa do Consumidor e suas respectivas alterações e legislação aplicável e Decreto Municipal nº 386/2021.

A Impugnante tem interesse em participar da licitação. No entanto, no instrumento convocatório constam exigências que restringem o caráter competitivo do certame, sem a devida justificativa técnica, conforme ver-se-á na fundamentação do presente expediente.

Daí que, considerando o dever da Administração Pública de possibilitar a disputa igualitária entre os potenciais interessados no contrato, observando o princípio da ampla competitividade na busca da proposta mais vantajosa, bem como diante da necessidade de retificação do instrumento convocatório, concedendo-se prazo razoável a que os licitantes formulem adequadamente suas propostas, é que se apresenta esta Impugnação, objetivando a adequação do edital nos itens a seguir identificados.

II – TEMPESTIVIDADE

Cabe esclarecer que o presente recurso é tempestivo, tendo em vista estar em acordo com os prazos previstos em lei (no § 2º, do art. 41, da Lei nº 8.666/93, aplicável subsidiariamente ao pregão, por força do disposto na Lei nº 10.520/2002) e no item 12.1 do próprio Edital.

III – DOS MOTIVOS PARA A PRESENTE IMPUGNAÇÃO.

III.1 - LICITAÇÃO EXCLUSIVA PARA PARTICIPAÇÃO DE MICROEMPRESAS e EMPRESAS DE PEQUENO PORTE. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA AMPLA COMPETITIVIDADE.

Do que ressaí do item 3.1 do instrumento convocatório, trata-se de licitação exclusiva para Microempresas e Empresas de Pequeno Porte e a estas equiparadas por lei, do ramo de atividade pertinente ao objeto da contratação, conforme autoriza a Lei Complementar Federal nº 123/2006 e nº 147/2014.

Cumpra esclarecer que tal exigência, entende a ora Impugnante, deve ser revista, uma vez que, da forma como foi engendrara a licitação em epígrafe, ofende os princípios trazidos pela Lei nº 8.666/93.

A Lei nº 8.666/93 disciplina que toda licitação deverá resguardar o interesse público, utilizando-se, para tal finalidade, da garantia de participação total, ampla e irrestrita, daqueles que se fizerem interessados no objeto licitado.

Essa obrigação reflete que ressalvado o interesse na preservação do erário público, a 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 daquele interesse público.

Ademais, na redação atual da Lei Complementar nº 123/06, após a edição da Lei Complementar nº 147/14, o artigo 49 daquele diploma prevê, em seu inciso III, que a Administração Pública pode deixar de realizar licitações exclusivas para as microempresas e empresas de pequeno porte quando esta não for vantajosa ao interesse público.

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;

Ora, é evidente que a instauração de licitações exclusivas invariavelmente restringirá a competitividade nesses certames, tendo em vista a redução considerável de empresas participantes, desfavorecendo a obtenção de menores preços. Diante disso, tem-se que a exigência editalícia aqui impugnada por certo impossibilitará o alcance da proposta mais vantajosa economicamente, na medida em que restringe a competição.

Tal opção administrativa infringe o art. 3º, *caput*, da Lei 8.666/93, c/c art. 5º, *caput* e § único do Decreto 5.450/05, que assim prelecionam:

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. 5º - A licitação na modalidade de pregão é condicionada aos princípios básicos da legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, eficiência, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo, bem como aos princípios correlatos da razoabilidade, competitividade e proporcionalidade.

Parágrafo único. As normas disciplinadoras da licitação serão sempre interpretadas em favor da ampliação da disputa entre os interessados, desde que não comprometam o interesse da administração, o princípio da isonomia, a finalidade e a segurança da contratação.

E mais, não resta dúvida que, a limitação a este item, no ato de convocação, consigna cláusula manifestamente comprometedora ou restritiva do caráter

competitivo que deve presidir toda e qualquer licitação, consoante prevê o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

XXI - ressalvados 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, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Assim, mantendo a restrição as Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, estará limitando a disputa a poucos licitantes, comprometendo o caráter competitivo da licitação e violando inclusive o princípio da isonomia, que estabelece uma igualdade de tratamento e de oportunidade entre os interessados no objeto do certame.

Neste cotejo, não resta dúvida de que a manutenção da exigência ora atacada acabará por ferir diretamente os princípios constitucionais de isonomia e impessoalidade, além de impedir a seleção de proposta mais vantajosa à Administração Pública anunciada no art. 3º da Lei 8.666/93.

Nesse sentido, leciona Marçal Justen Filho:

Deverá existir um vínculo de pertinência entre a exigência ou a limitação e o interesse supra-individual a ser satisfeito. Isso equivale a afirmar a nulidade de qualquer edital que contemple exigências excessivas ou

inúteis, que impeçam a participação de interessados que poderiam executar prestação útil para a Administração.¹

Dessa forma, entende-se que inserir as exigências de tais critérios de qualificação econômico-financeira no certame é restringir e frustrar o seu caráter competitivo. Tal fato ocorre porque empresas com plena capacidade de execução do objeto licitado, ficarão impedidas de serem contratadas por não atenderem a condição estabelecida.

Logo, muito embora a alteração promovida pela Lei Complementar Federal 147/14 tenha tornado um dever o disposto no art. 47, tal vinculação é mitigada pelo *caput* e pelos incisos do art. 49, **que demandam do administrador um verdadeiro juízo de discricionariedade devidamente motivado**, ou seja, poderá remover a reserva de participação nesta licitação, de forma exclusiva, aos microempreendedores e de micro e pequenas empresas.

Vale aqui lembrar que o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas de pequeno porte deve ser vantajoso para a administração pública e não poderá representar prejuízo algum ao conjunto do objeto a ser contratado, conforme inciso III, do artigo 49, da LC 123/06.

Não bastasse isso, **para ocorrer uma licitação exclusiva para microempresas ou empresas de pequeno porte, devem ser atendidos os requisitos legais, o inciso II, do art. 49 da LC 123/06, que 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**

¹ FILHO JUSTEN, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11ª edição, Ed. Dialética, p. 401.

sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório;

Ou seja, deve haver justificativa prévia para a realização de licitação exclusiva e comprovação de que existem pelo menos três fornecedores sediados local ou regionalmente capazes de cumprir as exigências do edital, ou seja, três microempresas em condições de competir na licitação. Portanto, não basta a existência no mercado de três pequenas empresas, é imprescindível que estas tenham condições de concorrer no certame, atendendo as condições impostas pela Administração.

Tal requisito é condição essencial indispensável à abertura de uma licitação voltada apenas a ME/EPP/MEI. Não se trata de algo que se verifica posteriormente, no decorrer do procedimento, ou seja, quando da abertura dos envelopes. Ou a licitação é exclusiva ou não é.

Dessa maneira, uma licitação destinada apenas às ME/EPP/MEI, na forma da lei, precisa atender OBRIGATORIAMENTE a alguns requisitos, dentre eles, ter o valor global estimado até R\$ 80.000,00. No entanto, a norma do art. 49 acima é clara ao dispor que tal exclusividade não poderá ser aplicada quando inexistir um número mínimo de 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.

Sendo assim, basta ver que não consta dos autos do processo licitatório comprovação documental da efetiva existência de pelo menos três empresas ME/EPP/MEI capazes de atender integralmente ao objeto licitado.

Veja-se que no edital ora impugnado sequer consta a possibilidade de participação de empresas em não havendo o comparecimento de no mínimo 3 microempresas ou empresas de pequeno porte, o que ao menos amenizaria a alegação de restrição à competição.

De acordo com Marçal Justen Filho:

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 participação de 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 será necessária a existência de três fornecedores em condições de participar no certame. Esse será um requisito de adoção da licitação diferenciada, restrita à participação de pequenas empresas.²

Assim, não restam dúvidas de que nos casos em que o certame for reservado à participação exclusiva de ME ou EPP/MEI **a verificação prévia desse requisito será essencial, especialmente para assegurar o atingimento da finalidade da sistemática instituída. Portanto, não há como se atestar tal condição após a abertura das propostas, a lei não permite isso.**

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, dispôs:

Nos termos do art. 48, I, da LC nº 123/2006, **uma empresa que não seja ME e/ou EPP não poderá participar de uma licitação exclusiva para as microempresas e empresas de pequeno porte. 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, consequentemente, a realização de uma licitação exclusiva com fundamento neste inciso restará justificadamente afastada, e para tanto, o edital não poderá prever que**

² JUSTEN FILHO, Marçal. **O Estatuto da Microempresa e as licitações públicas**. São Paulo, Dialética, 2007. P. 122-123.

não comparecendo nenhuma ME e/ou EPP, será permitida a participação de empresas de maior porte. (TCE/TO, Resolução n. 181/2015, Pleno).

Dessa forma, para garantir a legalidade da licitação exclusiva, **deve a Administração licitante aferir, ainda na fase interna da licitação e antes de sua abertura e divulgação, se existem no mínimo três fornecedores competitivos enquadrados como ME/EPP/MEI**, sediados no local ou regionalmente capazes de cumprir as exigências do edital.

Essa também é a posição do Tribunal de Contas de Santa Catarina:

REP15/00598418 (Data: 02/08/2016)

[...] Em face disso, a diretoria sugeriu formular a recomendação à Prefeitura Municipal de Itapema para que realize a pesquisa quando do lançamento do certame e unte ao procedimento licitatório para comprovar o enquadramento deste na execução do art. 49, inciso II, da LC nº 123/06. **Perfilho o entendimento exarado pela equipe técnica, no sentido de que a comprovação da não existência de no mínimo três fornecedores enquadrados como MPE deverá constar dos autos do respectivo processo licitatório.**

Assim, **considerando a não comprovação nos autos do processo licitatório de existência de pelo menos três fornecedores capazes de entregar o objeto licitado** que sejam ME/EPP/MEI, conclui-se que não há como manter uma licitação destinada exclusivamente a ME/EPP/MEI nos moldes em que se encontra disciplinado no edital ora impugnado.

IV - REQUERIMENTOS

Por todo o exposto, requer:

a) O recebimento e processamento da presente impugnação ao Edital de Pregão Eletrônico nº 127/2023, na forma da Lei;

b) A **suspensão preventiva** do processo licitatório, e por conseguinte, dos atos previstos para serem realizados no dia 19 de Janeiro de 2024;

c) O acolhimento da presente impugnação, para o fim de retificar as disposições editalícias aqui questionadas expressamente, permitindo que o processo licitatório se desenvolva em consonância com as diretrizes legislativas que estabelecem a ampla competitividade.

d) Em decorrência, pugna-se pela republicação do edital, com reabertura plena de prazo, tendo em vista a mudança nas condições de participação, na forma do artigo 21, §4º, da Lei nº 8.666/93.

Nestes termos, pede deferimento.

Xaxim – SC, 04 de Janeiro de 2024

POLLI COMERCIO E SERVICOS EM
INFORMATICA
LTDA:07043874000175

Assinado de forma digital por POLLI COMERCIO
E SERVICOS EM INFORMATICA
LTDA:07043874000175
Dados: 2024.01.04 11:32:26 -03'00'

Rafael Polli

POLLI COMERCIO E SERVICOS EM INFORMATICA LTDA