

AO ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DO MUNICÍPIO DE PLANALTO - PR

**PREGÃO PRESENCIAL Nº016/2019
SISTEMA REGISTRO DE PREÇOS**

PONTAMED FARMACÊUTICA LTDA, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 02.816.696/0001-54, com endereço à Rua Franco Grilo, nº 374, Fundos – Colônia Dona Luiza, Ponta Grossa/PR, neste ato representada pelo seu Sócio Administrador, o Sr. Fernando Parucker da Silva Júnior, inscrito no CPF/MF sob o nº 006.538.939-57, vem respeitosamente perante este Município, apresentar

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL DA LICITAÇÃO

pelas razões de fato e direto a seguir expostas, pois, em análise ao **EDITAL DE PREGÃO PRESENCIAL Nº 016/2019**, verificou-se que o mesmo se encontra revestido de vícios, os quais devem ser imediatamente sanados, sob pena de se anular todo o procedimento, uma vez que o referido instrumento convocatório está direcionado e em desconformidade com o ordenamento jurídico em vigor, em especial com a Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei n. 8.666/93) e os princípios esculpidos no **art. 37 da Constituição Federal**.

1. DO CERTAME

O **Município de Planalto/PR**, torna pública a realização de licitação, no dia 11/04/2019 às 09:00 (nove) horas, no Prédio da Prefeitura Municipal sito a Praça São Francisco de Assis, nº 1583, Município de Planalto, Estado do Paraná, na modalidade PREGÃO PRESENCIAL, processada pelo SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS, nos termos constante no item 2 do presente

instrumento, nas condições fixadas neste Edital e seus Anexos, sendo a presente licitação do tipo MENOR PREÇO POR ITEM.

Nesse contexto, importante frisar que em razão do disposto no art. 3º da Lei n.º 8.666/1993, a licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios 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.

Destaca-se, portanto, que a Administração está adstrita à rigorosa observância da legalidade quando da realização de procedimento licitatório, em todas as suas etapas, razão pela qual se faz necessária a verificação da adequação do presente Edital ao que determina a legislação em vigor pertinente à matéria.

2. APLICAÇÃO ILEGAL DO TRATAMENTO DIFERENCIADO E SIMPLIFICADO PARA AS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE

Em análise ao Edital publicado, incalculáveis apresentam-se as inconsistências, vícios e erros em um só processo.

Observa-se claramente um premeditado vício através da elaboração de um instrumento convocatório inválido, que apresenta injustificado excesso de exigências ao limitar o acesso de diversas empresas do mercado ao aludido certame, visto que o mesmo é exclusivo para a participação de MEI/ME e EPP.

Assim, observa-se que o item 10.3.1 do referido Edital estabelece que:

10.3- DO TRATAMENTO DIFERENCIADO E FAVORECIDO ÀS MICRO EMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE SEGUNDO A LEI COMPLEMENTAR FEDERAL 123/06.

10.3.1 – Destina-se exclusivamente para microempresas e empresas de pequeno porte, ou que se enquadrem nos termos do art. 3º da Lei Complementar nº 123/2006 e Lei Complementar nº 147/2014.

Logo, vislumbra-se que as empresas que não se enquadrem como Microempresa – ME, Empresa de Pequeno Porte – EPP e Microempreendedores Individuais – MEI não poderão sequer participar do processo licitatório em foco.

O Município, no entanto, descumpre a legislação pertinente à matéria relativamente ao tratamento diferenciado conferido às empresas enquadradas como MEI, ME e EPP.

Isso porque: i) não aplica o critério da localidade ou regionalidade estabelecido em lei; ii) não justifica a sua opção pela contratação de MEI, ME e EPP.

Veja-se o que dispõe a LC n. 123/2006 acerca do tratamento favorecidos às ME e EPP's em processos licitatórios:

Art. 47. Nas contratações públicas da administração direta e indireta, autárquica e fundacional, federal, estadual e municipal, deverá ser concedido 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.

Parágrafo único. No que diz respeito às compras públicas, enquanto não sobrevier legislação estadual, municipal ou regulamento específico de cada órgão mais favorável à microempresa e empresa de pequeno porte, aplica-se a legislação federal.

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);
[...]

III - deverá estabelecer, em certames para aquisição de bens de natureza divisível, cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte.

[...]

§ 3º Os benefícios referidos no caput deste artigo poderão, justificadamente, estabelecer a prioridade de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente, até o limite de 10% (dez por cento) do melhor preço válido.

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;

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;

[...]

O tratamento diferenciado, portanto, não se trata de uma obrigação do Poder Público, mas sim de uma faculdade, visto que os Contratantes **poderão ou não** estabelecê-la, faculdade esta que, por sua vez, necessita ser devidamente fundamentada.

Inicialmente, quanto à possibilidade de contratação exclusiva das ME's e EPP's prevista no art. 48, I da LC n. 123/2006 para os itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), observa-se que o dispositivo legal em referência, determina em seu § 3º que: "*os benefícios referidos no **caput** deste artigo **poderão, justificadamente,** estabelecer a prioridade de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte **sediadas local ou regionalmente, até o limite de 10% (dez por cento) do melhor preço válido.***"

Caso opte por conferir o referenciado tratamento diferenciado, o Município necessariamente deve respeitar os requisitos acima para que seja válida a

prioridade na contratação de ME's e EPP's prevista nos art. (s) 47 e 48 da LC 123/2006, quais sejam:

- i) justificação prévia;
- ii) que as ME's e EPP's estejam sediadas local ou regionalmente, e;
- iii) o limite de 10% (dez por cento) do melhor preço válido¹.

Com relação à justificação prévia, a Administração Pública poderia se valer, *in casu*, das previsões contidas nos incisos I e II do art. 1º do Decreto n. 8.538/2015, quais sejam: i) promover o desenvolvimento econômico e social no âmbito local e regional e/ou; ii) ampliar a eficiência das políticas públicas.

Todavia, o Edital em alusão traz nenhuma justificativa nesse sentido, nem tampouco qualquer outro tipo de justificativa, como a vantagem econômica da contratação das ME's e EPP's.

Sabe-se que a Administração Pública resta obrigada a proceder a um levantamento, uma estimativa quanto ao valor dos itens licitados, a qual servirá de base ao Termo de Referência inerente ao instrumento convocatório.

Desse levantamento ou estimativa se origina a justificação para o tratamento favorecido às ME e EPP's, posto que o referido tratamento não poderá nunca ser desfavorável ao Poder Público, de acordo com a vedação contida no art. 49, III da LC n. 123/2006.

Sobre essa vedação, a AGU² se manifestou da seguinte maneira:

¹ Na modalidade de Pregão, esse limite é de 5% (cinco por cento) – Art. 44, § 2º da LC n. 123/2006.

² Jessé Torres Pereira Júnior e Marinês Restelatto Dotti: O TRATAMENTO DIFERENCIADO ÀS MICROEMPRESAS, EMPRESAS DE PEQUENO PORTE E SOCIEDADES COOPERATIVAS NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS, SEGUNDO AS CLÁUSULAS GERAIS E OS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS ACOLHIDOS NA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/06 E NO DECRETO FEDERAL Nº 6.204/07. Acessível em <https://www.agu.gov.br/page/download/index/id/521952>

[...]

somente se sabe que a desvantagem ou o prejuízo se relaciona à contratação porque o diz, expressamente, o parágrafo único do art. 9º³; não fora assim e seria possível cogitar-se de que a desvantagem ou o prejuízo estaria na execução do contrato, o que tornaria inócuo o conceito, porque, então, somente se saberia de sua incidência ao final do contrato; mas a dicção do parágrafo único não resolve outro problema, qual seja o de que, se a desvantagem é da contratação e decorre de "preço superior ao valor estabelecido como referência", então somente se saberá de sua existência após a abertura das propostas trazidas pelos licitantes, ao passo que a desvantagem é posta pela norma do art. 9º como impedimento à aplicação do tratamento diferenciado, ou seja, é condição prévia à instauração do certame; não se percebe como seja possível conciliar-se uma condição (desvantagem ou prejuízo), que se opõe à instauração da licitação com regime diferenciado, com o fato de que a mesma condição somente se torna conhecida no curso do procedimento da licitação instaurada; provavelmente, o que a norma do art. 9º, II, gostaria de haver dito, porém não disse, é que não se instaurará licitação com tratamento diferenciado em favor de pequenas empresas e cooperativas, se a Administração, na fase de estimativa do valor de mercado do objeto a ser licitado, verificar que os valores praticados por essas entidades são superiores aos de mercado, em percentual superior àquele que autoriza o empate ficto; tal interpretação faria sentido na medida em que a norma evitaria a realização de uma licitação em que as pequenas empresas e cooperativas não teriam condições de se beneficiar do tratamento diferenciado, dada a distância entre os preços que praticam e aqueles que o mercado das maiores empresas tem condições de ofertar, mesmo com o *handicap* do empate ficto; a hipótese não se encaixa, portanto, na conhecida orientação de deixar-se ao critério da Administração o exame da aceitabilidade de propostas de preços superiores ao estimado pela Administração (TCU, Acórdão n.º 64/2004 – Segunda Câmara – "... contratar com valores superiores ao orçado, sem justificativa ou comprovação, é falta grave e pode ensejar multa... é admitido, uma vez fixado o valor estimado para a contratação decorrente de ampla pesquisa de mercado, o exame de compatibilidade de preços entre o estimado e a proposta vencedora, desde que devidamente justificado (motivação) pelo pregoeiro ou comissão de licitação");

Observa-se, todavia, que não existe menção no Edital dessas estimativas, e, pois, da fundamentação ao tratamento diferenciado conferido às ME e EPP's, o que implica em sua nulidade.

Essas informações devem constar, de maneira precisa, no edital de convocação do procedimento licitatório, dando-se publicidade às justificativas

³ Do revogado Decreto n.º 6.204/07.

da Administração Pública para a adoção da restrição prevista no art. 6º do Decreto n. 8.538/2015, sob pena de nulidade.

Noutro giro, com relação à localização das empresas licitantes favorecidas, determina o art. 1º, § 2º, I e II do Decreto Federal n. 8.538/2015 que:

Art. 1º. Nas contratações públicas de bens, serviços e obras, deverá ser concedido tratamento favorecido, diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte, agricultor familiar, produtor rural pessoa física, microempreendedor individual - MEI e sociedades cooperativas de consumo, nos termos deste Decreto, com o objetivo de:

[...]

§ 2º Para efeitos deste Decreto, considera-se:

I - **âmbito local** - limites geográficos do Município onde será executado o objeto da contratação;

II - **âmbito regional** - limites geográficos do Estado ou da região metropolitana, que podem envolver mesorregiões ou microrregiões, conforme definido pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE;

[...]

Vislumbra-se, no entanto, que o atacado Edital não respeita a determinação legal, haja vista permitir a participação de todas *as empresas cujo ramo de atividade seja compatível com o objeto da licitação* (item 3.2), autorizando, inclusive, a participação de empresas *estrangeiras autorizadas a funcionar no país* (item 3.2.3).

Assim, nos termos do edital, poderão participar do certame as MEI's, ME's e EPP's situadas em todo o território nacional, bem como fora dele, sem qualquer distinção.

Ou seja, o Município claramente desconsidera as disposições legais acerca da obrigatoria regionalidade estabelecida para se permitir o tratamento diferenciado às ME's e EPP's, afigurando-se, porquanto, ilegal e inválido tal discriminação.

Lembra-se que o art. 49, II da LC n. 123/2006 dispõe no sentido de que o tratamento em questão não será permitido se *"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"*.

Por dedução lógica, o tratamento diferenciado somente será admitido e previsto em Edital caso o órgão licitante, previamente, na fase interna da licitação, realize um levantamento acerca da existência, na região em que situado, de ao menos 03 (três) fornecedores competitivos enquadrados como ME e EPP capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório.

Não se permite, nesse contexto, *a fortiori*, conceder o tratamento diferenciado às ME e EPP's para, somente quando da realização do processo licitatório, averiguar a existência ou não dessas empresas.

Por essa razão que o art. 2º, I do Decreto n. 8.538/2015 determina que:

Art. 2º. Para a ampliação da participação das microempresas e empresas de pequeno porte nas licitações, os órgãos ou as entidades contratantes deverão, sempre que possível:

I - instituir cadastro próprio, de acesso livre, ou adequar os eventuais cadastros existentes, para identificar as microempresas e empresas de pequeno porte sediadas regionalmente, juntamente com suas linhas de fornecimento, de modo a possibilitar a notificação das licitações e facilitar a formação de parcerias e as subcontratações;

Dessa forma, como o Município não estabeleceu a imprescindível regionalidade para o respectivo tratamento diferenciado, nem tampouco averiguou previamente a existência de empresas favorecidas na região, ou, se o fez, essa informação não consta no Edital, este instrumento resta eivado de nulidade absoluta, vez que completamente contrário à legislação em vigor.

Conclui-se, pois que a Administração Pública não procedeu de forma adequada quanto aos procedimentos preparatórios da licitação, pois, ao não identificar as ME e EPP's situadas na sua região, certamente não fez a devida cotação dos preços dos objetos licitados junta a essas empresas.

Nesse sentido, ante a imperiosa necessidade de respeito aos dispositivos legais infringidos, apenas para exemplificar, reproduzimos oportunamente as determinações do **Edital de Pregão Presencial nº 001/2016, do Município de Boa Esperança/ES:**

- (...)
- 1.1. Este Pregão não ocorrerá com exclusividade para microempresas de pequeno porte, pois, apesar da maioria dos itens possuírem valor estimado inferior a R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), será aplicado o disposto no inciso II, art. 49 da Lei Federal 123/2006, pois tomando como base a pesquisa de mercado não foram encontrados um mínimo de 03 (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.

E ainda o que restou delineado no **Pregão Presencial nº 004/2016, do Município de Mimoso do Sul/ES:**

- (...)
- 5.6. Serão admitidos no certame todas as empresas interessadas, não se aplicando as exclusividades da Lei Complementar 123/2006, tendo em vista que a maioria das empresas que fornecem medicamentos estão enquadradas acima de EPP, podendo a exclusividade causar restrição ilegal ao certame (art. 49, inciso III da LC 123).

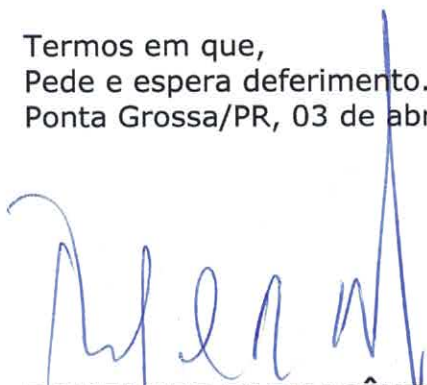
Por tudo o exposto, fácil observar que as irregularidades acima apontadas maculam de vício insanável todo o procedimento licitatório que está sendo levado a efeito pelo PREGÃO PRESENCIAL Nº 013/2019, devendo ser suspensos todos os atos administrativos a ele relativos até que esses vícios sejam sanados.

DOS PEDIDOS

Considerando a necessidade de se prevenir responsabilidades, prover a conservação e ressalva de seus direitos, bem como lembrando o que estatui o art. 28 da LINDB⁴ vem a Impugnante respeitosamente requerer:

- i) Seja a presente Impugnação regularmente autuada e processada, bem como devidamente apreciada pela autoridade competente, tendo em vista o preenchimento de todos os seus requisitos, legais e editalícios;
- ii) Seja dado provimento à esta Impugnação, suspendendo-se ou cancelando-se o Pregão Presencial nº 016/2019, haja vista as nulidades ora expostas, que atestam que referido instrumento convocatório está direcionado e em desconformidade com o ordenamento jurídico vigente.

Termos em que,
Pede e espera deferimento.
Ponta Grossa/PR, 03 de abril de 2019.



PONTAMED FARMACÊUTICA LTDA
CNPJ nº 02.816.696/0001-54

⁴ Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.