

MUNICÍPIO DE XANXERÊ - ESTADO DE SANTA CATARINA

Sr. Avelino Menegolla

Prefeito Municipal de Xanxerê

AP Oeste Dis. F. e Com. de Alim. Ltda
CNPJ: 05.919.156/0001-94 I.E. 254.648.533
Rod. SC 283 CEP 89 882-000
Planalto Alegre/SC
Fones: (49) 3328 3744 3322 9671
(49) 3323 9478 - 3323 7016

Ao,

Pregoeiro/Departamento de Compras e Licitações - Comissão de Licitação

PREFEITURA MUNICIPAL DE XANXERÊ

PROTOCOLO Nº :0004525/2017 24/10/2017 08:14:58

REQUERENTE : AP OESTE DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LT

ASSUNTO : RECURSO

COMPLEMENTO : RECURSO PROCESSO

LICITATÓRIO 0142/2017

PREGÃO PRESENCIAL 0089/2017

REFERÊNCIA:



PROCESSO LICITATÓRIO nº 0142/2017

PREGÃO PRESENCIAL nº 0089/2017.

REGISTRO DE PREÇOS

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

Ilustríssimo Sr Pregoeiro do Município de Xanxerê, Estado de Santa Catarina, a impugnante **AP OESTE DISTRIBUIDORA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA - EPP**, Pessoa jurídica de direito privado, com CNPJ nº 05.919.156/0001-94, com sede na Rua do Comércio, s/n, centro, no Município de Planalto Alegre/SC, neste ato representada pela Sra. **RENATA RAQUEL AHLF DOS SANTOS**, brasileira, casada, portadora da Cédula de Identidade nº 4.256.445, com CPF nº 005.351.199-92, residente e domiciliada na cidade de Chapecó, SC, vem respeitosamente perante Vossa Senhoria na forma da legislação vigente, apresentar **IMPUGNAÇÃO AO EDITAL** supracitado, devendo esta ser encaminhada e analisada pelo setor competente para análise da impugnação.

De Planalto Alegre/SC, para Xanxerê/SC, 23 de outubro de 2017.

AP OESTE DISTRIBUIDORA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA - EPP

AP OESTE
Distribuidora e Comércio de Alimentos Ltda.
Renata Raquel Ahlf dos Santos

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

AP Oeste Distrib. e Com. de Alim. Ltda
CNPJ: 06.919.156/0001-94 I.E. 254.648.533
Rod. SC 283 CEP 89 882-000
Planalto Alegre/SC

Fones: (49) 3328 3744 3322 9671
(49) 3323 9478 - 3323 7016

I - DO DIREITO A IMPUGNAÇÃO

O Presente Edital define o prazo para impugnação: *“É facultado a qualquer interessado a apresentação de pedido de providências ou de impugnação ao ato convocatório do PREGÃO e seus anexos, observado, para tanto, o prazo de até 2 (dois) dias úteis anteriores à data fixada para recebimento das propostas”.*

Assim, considerando que o Edital estabelece a abertura será no **“dia 26 de outubro de 2017 as 08h45min”**, a presente Impugnação deve ser recebida e devidamente analisada.

II - DO EDITAL

O Edital de Pregão estabelecido pelo Município, em seu preâmbulo assim determina e estabelece as normas a serem seguidas no processo licitatório:

“ 1.1 - O MUNICÍPIO DE XANXERÊ-SC, através do Fundo Municipal de Assistência Social, torna público que fará realizar licitação na modalidade de PREGÃO PRESENCIAL, conforme descrito neste Edital e seus Anexos, com base na Lei Federal nº 8.666/93, 10.520/2002, Lei Complementar 123/06 e 147/14 e os Decretos Municipais nº AM 120/2005 e BLB 147/2009, do tipo menor preço por LOTE.”.

Quanto ao OBJETO o Edital, deixa claro que a licitação tem como objetivo **“Registro de Preços para aquisições futuras e parceladas de Pães de cachorro quente de 60 gramas e Leite Integral longa vida (Tetra Park), destinados ao programa “Leite Pão Amigo” Programa da Secretaria de Assistência Social (anexos)”.**

III - DO TIPO DO PREGÃO

Quanto ao tipo, assim estabelece o Edital:

3.1. Este pregão é do tipo menor preço por LOTE.

AP OESTE
Distribuidora e Comércio de Alimentos Ltda.
Renata Raquel Anif dos Santos

A Impugnante não concorda com o disposto.

AP Oeste Dis. e Com. de Alim. Ltda
CNPJ: 05.919.156/0001-94 I.E. 264.648.533
Rod. SC 283 CEP 89 882-000
Planalto Alegre/SC

Fones: (49) 3328 3744 3322 9671
(49) 3323 9478 - 3323 7016

IV - DAS CONDIÇÕES PARA PARTICIPAÇÃO

O Edital estabelece critérios para participação da Licitação nos seguintes termos:

"5 - DAS CONDIÇÕES DE PARTICIPAÇÃO"

5.1 - Poderão participar deste pregão os interessados do ramo de atividade pertinente ao objeto da contratação que atenderem a todas as exigências constantes deste Edital e seus Anexos.

5.2. Não será permitida a participação de empresas estrangeiras que não funcionem no País, de interessados que se encontrem sob falência, concurso de credores, dissolução e liquidação, de consórcio de empresas, qualquer que seja sua forma de constituição, estando também abrangidos pela proibição aqueles que tenham sido punidos com suspensão do direito de licitar e contratar com a Prefeitura, ou declarados inidôneos para licitar ou contratar com a Administração Pública.

Todavia, no anexo II do presente Edital, assim está contido:

ANEXO II - REGIÃO ABRANGIDA PELO PROGRAMA

REGIÃO I - LOTE 01

O proponente que cotar o Lote 01 deverá estar localizado ou assumir compromisso de se instalar em um dos Bairros ou Interior conforme abaixo:

BAIRROS	INTERIOR
APARECIDA	LINHA ATERRO ALTO
BELA VISTA	LINHA BOM JARDIM
CASTELO BRANCO	LINHA BOM SUCESSO
FREDERICO FERRONATO	LINHA BRINCKMAN
JOÃO WINCKLER	LINHA CAMBUIZAL
MARIA WINCKLER	LINHA COSTA DO IRANI
MATINHO	LINHA FAXINAL DO IRANI
MONTE CASTELO	LINHA INVERNADA GRANDE
SANTA CRUZ	LINHA INVERNADINHA
SANTOS DIAS	LINHA MANJOLINHO
SÃO ROMERO	LINHA NOVA
SUFIATTI	LINHA PERAU DAS FLORES
JOÃO BATISTA TONIAL	LINHA RODRIGUES
VISTA ALEGRE	LINHA ROSEIRA
	LINHA SALETE
	LINHA SANTA LUZIA
	LINHA SANTO ANTONIO
	LINHA SÃO PAULO
	LINHA SÃO SEBASTIAO
	LINHA SERRINHA
	LINHA SUFIATTI
	LINHA TRÊS PONTES

AP OESTE
Distribuidora e Comércio de Alimentos Ltda.
Renata Raquel Anfi dos Santos

A presente impugnação é referente também ao item acima elencado.

AP Oeste Distr. e Com. de Alim. Ltda
CNPJ: 05.919.156/0001-94 I.E. 254.648.533
Rod. SC 283 CEP 89 882-000
Planalto Alegre/SC

V - DA IMPUGNAÇÃO

DA COTAÇÃO POR LOTE

Fones: (49) 3328 3744 3322 9671
(49) 3323 9478 - 3323 7016

A cotação por lote deve estar respaldada em fundamentos jurídicos legais, o que não ocorre neste caso.

Verifica-se apenas que o Município de Xanxerê lançou edital de Pregão Presencial de menor preço por lote, não fundamentando sua decisão, nem mesmo, nem mesmo colocando os motivos.

O Tribunal de Contas assim tem se manifestado:

A aquisição de itens diversos em lotes deve estar respaldada em critérios justificantes. Representação formulada por licitante deu conta de supostas irregularidades no Pregão Eletrônico, com registro de preços, nº 65/2011, realizado pelo Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Paraná (IFPR), para futuras aquisições de conjuntos laboratoriais para o campus do Instituto em Foz do Iguaçu/PR. Na etapa processual anterior, houve determinação cautelar ao IFPR de que sobrestasse o certame, ante os indícios de restrição à competitividade, tendo em consideração a agregação de diversos equipamentos e materiais em lotes, que deveriam ser fornecidos integralmente pelo licitante vencedor do respectivo lote.

O Ilustre doutrinador, Hely Lopes Meirelles, explica em sua obra que:

“A licitação de menor preço é a comum; os demais tipos atendem a casos especiais da Administração. É usual na contratação de obras singelas, de serviços que dispensam especialização, na compra de materiais ou gêneros padronizados, porque, nesses casos, o que a Administração procura é simplesmente a vantagem econômica. Daí por que, o fator decisivo é o menor preço, por mínima que seja a diferença”. (negritamos)

AP OESTE
Distribuidora e Comércio de Alimentos Ltda.
Ranata Raquel Ahif dos Santos

Desta forma, destaca-se que a presente licitação será realizada pelo critério de **MENOR PREÇO POR LOTE**, declarando vencedor apenas e tão somente um licitante.

Assim sendo, faz-se necessário esclarecer que, o critério de julgamento adotado na licitação, qual seja, Menor Preço por Lote, dificulta a participação ampla das empresas interessadas, vez que para concorrer, estas são obrigadas a apresentar proposta para TODOS os itens licitados no lote, sob pena de DESCLASSIFICAÇÃO.

Ressaltamos que o objeto desta licitação, conforme extrai-se do Edital é a aquisição de Leite e Pão.

Ademais, o Artigo 5º, inciso XXXIV, alínea “a” da Constituição Federal assim diz:

Art. 5º: são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas o direito de petição aos poderes públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder.

Nesse sentido, é de saltar aos olhos, pois da forma como está sendo exigido, será declarado o vencedor, tão-somente um único licitante para cada Lote, ou seja, aquele licitante que apresentar a melhor oferta para todos os itens que compõem o Lote, frustrando completamente o caráter competitivo da licitação, em flagrante ofensa ao artigo 3º, §1º, inciso I, da Lei 8.666/93, verbis:

“É vedado aos agentes públicos:

I – Admitir, prever incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam 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.”

O princípio da competitividade é considerado pela doutrina, como um dos princípios cardiais da licitação, tanto que se existirem conluíus ou de qualquer forma faltar a competição, o instituto da licitação é inexistente.

AP Oeste Distrib. e Com. de Alim. Ltda
CNPJ: 05.919.156/0001-94 I.E. 264.648.533
Rod. SC 283 CEP 89.882-000
Planalto Alegre/SC
Fones: (49) 3328-3744 3322-9671
(49) 3323-9478 - 3323-7046

AP OESTE
Distribuidora e Comércio de Alimentos Ltda.
Dorinda Raniel Abreu dos Santos

Nesse sentido, invocamos os ensinamentos do ilustríssimo doutrinador Marçal Justen Filho: “Estando previsto como obrigatório um único vencedor da licitação (tomando-se em conta, por exemplo, o preço global resultante do somatório de preços oferecidos para cada tópico), não haverá licitação por item. Ressalta-se que alternativa dessa ordem tende a ser inválida por envolver o risco de restrição indevida à participação no certame”.

Asseverando que:

“Nesses casos o preço deve ser ofertado por lote e assim considerado para fins de julgamento, sem levar em conta o preço dos bens componentes do lote. Todos os lotes são licitados pelo mesmo processo, disciplinado pelo mesmo edital, sagrando-se vencedor o proponente que ofertar proposta para um, alguns os todos os lotes. Assim poder-se-á ter um ou mais vencedores. Ter-se-á um quando um único proponente for o vencedor da licitação de todos os lotes e ter-se-á mais de um quando vários proponentes forem os vencedores dos diversos lotes. **Essa forma de licitar não deve ser prestigiada, pois afronta o princípio da competitividade na medida em que o proponente deve fazer sua proposta para o lote escolhido e poucos poderão fazê-lo**”. (Direito Administrativo, 12. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.496) (grifei).

AP Oeste Distrib. e Com. de Alim. Ltda
CNPJ: 05.919.156/0001-94 I.E. 254.648.533
CEP 89 882-000
Rod. SC 283
Planalto Alegre/SC 3322 9671
Fones: (49) 3328 3744 3323 7016
(49) 3323 9478 - 3323 7016

Com todo respeito, o Município está agindo de forma contrária a finalidade da licitação, pois demonstra clara violação ao princípio da competitividade, pois o licitante que não tiver condições de ofertar todos os produtos do Lote será desclassificado e impedido de prosseguir na fase de lances, diminuindo as chances de se obter propostas vantajosas.

A licitação por itens, nas precisas palavras de Marçal Justen Filho, “consiste na concentração, em um único procedimento, de uma pluralidade de certames, de que resultam diferentes contratos. A licitação por itens corresponde, na verdade, a uma multiplicidade de licitações, cada qual com existência própria e dotada de autonomia jurídica, mas todas desenvolvidas conjugadamente em um único procedimento, documentado nos mesmos autos”. Continua, ensinando que “a licitação por itens deriva do interesse em economizar tempo e recursos materiais da Administração Pública, agilizando a atividade licitatória”.

Assim, o julgamento das propostas deverá ser alterado para **MENOR PREÇO POR ITEM.**

AP OESTE
Distribuidora e Comércio de Alimentos Ltda.
Ranata Raquel Ahif dos Santos

DA NECESSIDADE DO PROPONENTE LOCALIZAR-SE EM UM DOS BAIRROS DO MUNICÍPIO - PARTICIPAÇÃO DE EMPRESA SEDIADAS FORA DO LIMITE IMPOSTO NO EDITAL

O Anexo II do Edital estipula que o proponente que cotar o Lote 01 deve estar localizado ou assumir o compromisso de se instalar em um dos Bairros ou Interior do Município.

Todavia, o presente processo licitatório visa cotar apenas os itens descritos no Lote 01, ou seja, a totalidade dos itens resume-se ao Lote 01 – restringindo a participação de empresas.

Assim, em entrelinhas, a licitação está sendo exclusiva para empresas que estejam localizadas ou assumam o compromisso de instalar-se no Município, o que é vedado, legalmente.

O Tribunal de Contas da União deixar claro que:

*“O próprio conceito de ‘âmbito regional’ constante da LC nº 123/2006 e do Decreto nº 6.204/2007 **não está expressamente limitado a cada estado da Federação, podendo referir-se, por exemplo, a empresas de uma região geográfica que abranja mais de um estado**”.*

*“nos editais de licitação em que for conferido o tratamento diferenciado previsto no inciso I do artigo 48 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, e no art. 6º do Decreto nº 6.204, de 5 de setembro de 2007, **não se deve restringir o universo de participantes às empresas sediadas no estado em que estiver localizado o órgão ou a entidade licitante.**” (Acórdão nº 2957.49/11, Plenário, Rel. Min. André de Carvalho, j. em 09/11/11).*

Também outros Tribunais de Contas já se manifestaram quanto à expressão regional:

*A expressão “regionalmente” **não possui conceito objetivo/direto, sendo assim, o seu alcance não está restrito ao âmbito de cada Estado e irá variar conforme as circunstâncias e as peculiaridades do caso concreto enfrentado pela Administração, devendo o (a) contratante fixar no edital***

AP Oeste Distrib. e Com. de Alim. Ltda
CNPJ: 05.919.156/0001-94 I.E. 254.648.533
CEP 89 882-000
Rod. SC 283
Planalto Alegre/SC
Fones: (49) 3328 3744 3322 9671
(49) 3323 9478 - 3323 701F

AP OESTE
Distribuidora e Comércio de Alimentos Ltda.
Renata Raquel Anli dos Santos

qual é a delimitação da região e, ainda, justificar nos autos os motivos que levaram a essa delimitação. Não é correto, portanto, utilizar, de forma genérica, a região política, geográfica ou mesmo a microrregião para os fins do art. 49, inciso II, da Lei Complementar nº 123/06, por isso o gestor deverá demonstrar **motivadamente** que foi levado em consideração às **particularidades do objeto licitado**, bem como o princípio da **razoabilidade** e os objetivos **do tratamento diferenciado dispensado às MEs e EPPs** previstos no art. 47 da LC 123/06. (TCE/MG)

O Tribunal Pleno do TCE-SP em Sessão de 12/09/2012 decidiu pela ilegalidade de cláusula editalícia que restringia a participação de MPes **localizadas fora da região delimitada pelo órgão municipal licitante.**

Processo e TC-000877.989-12-9 – Relator: e. Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho - Exame Prévio de Edital – Representação proposta por JM da Silva Oliveira – ME contra o edital de Pregão Presencial nº 294/2012 da Prefeitura Municipal de São José dos Campos objetivando aquisição de eletrodomésticos e eletrônicos. Em sessão ordinária de 12/09/12 o E. Tribunal Pleno decidiu julgar procedente a Representação, determinando à Prefeitura Municipal de São José dos Campos que retifique o edital do Pregão Presencial nº 294/2012 (...). Em sessão ordinária de 21 de novembro de 2012 o E. Tribunal Pleno negou provimento ao Pedido de Reconsideração interposto, para o fim de manter, em todos os seus termos, a respeitável decisão hostilizada. (Processo nº TC 000877/989/12-9)

No mesmo sentido segue o entendimento do Marçal Justen Filho, Comentários à lei de licitações e contratos administrativos, 2009, p. 86:

"Não será válido aos Municípios e aos Estados adotarem de modo genérico a restrição da participação de sujeitos estabelecidos fora de seu território. Ou seja, admite-se a mitigação do tratamento não discriminatório entre brasileiros, tomando-se em vista a situação de penúria e pobreza em determinadas regiões. Daí não se segue a validade de restrições absolutas, generalizadoras e incondicionadas, visando a beneficiar apenas a empresas locais. Essa solução será inconstitucional".

AP Oeste Distribuidora e Comércio de Alimentos Ltda
CNPJ: 05.919.156/0001-94 I.E. 254.648.533
Rod. SC 283 CEP 89.882-000
Planalto Alegre/SC
Fones: (49) 3328 3744 3322 9671
(49) 3323 9478 - 3323 7016

AP OESTE
Distribuidora e Comércio de Alimentos Ltda.
Ranata Raquel Ahif dos Santos

Em recente decisão na Comarca de São Miguel do Oeste/SC assim se manifestou em Mandado de Segurança, contra a delimitação de área para participação de licitação, com a seguinte sentença: Autos n. 0301077-62.2016.8.24.0067

(...)

Decido.

Cuido de mandado de segurança, com pedido liminar, impetrado por AP OESTE DISTRIBUIDORA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA - EPP em face do Prefeito Municipal de São Miguel do Oeste.

De acordo com o art. 5º, LXIX, da Constituição da República:

"conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público".

No mesmo norte, estabelece o art. 1º da Lei nº 12.016/2009:

"Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça."

Desta forma, o direito que se busca amparar deve ser líquido e certo, ou seja, aquele que pode ser comprovado de plano, na lição de Hely Lopes Meirelles:

"Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitando na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração

. (...) O direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais" (Hely Lopes Meireles. Mandado de Segurança. 26 ed. P. 36-37).

Por outro lado, o procedimento do mandado de segurança requer prova pré-constituída do direito líquido e certo do impetrante, não sendo possível a dilação probatória.

Neste contexto, pontifica o mestre Pontes de Miranda:

*AP OESTE Distribuidora e Comércio de Alimentos Ltda.
Danata Raquel Anli dos Santos*

AP Oeste Dis. e Com. de Alim. Ltda
CNPJ: 06.919.156/0001-94 I.E. 254.648.533
Rod. SC 283 CEP 89.982-000
Planalto Alegre/SC
Fones: (49) 3328 3744 3322 9671
(49) 3323 9478 3323 701F

"Líquidos são os direitos quando a sua existência é atestada sem incertezas ou sem dúvidas, quando o paciente mostra que a sua posição legal é evidente sem precisar para mostrar, de diligências, de delongas probatórias.

Direito certo e líquido é aquele que não precisa ser aclarado com exame de provas em dilações, que é, de si mesmo, concludente e inconcusso"

(Comentários à Constituição de 1967. São Paulo: Revista dos Tribunais - 5/33 .

Pois bem.

Com efeito, é consabido que os processos licitatórios realizados pela Administração Pública devem observar o disposto na Lei nº 8.666/1993, que assim prevê em seu 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."

Noto que o dispositivo traz diversos princípios aplicáveis às licitações dentre os quais destaco os seguintes: impessoalidade, igualdade e julgamento objetivo, cujos conceitos extraio da doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello in Curso de Direito Administrativo, 27 ed, São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 532-536:

"9. O princípio da impessoalidade encarece a proscrição de quaisquer favoritismos ou discriminações impertinentes, sublinhando o dever de que, no procedimento licitatório, sejam todos os licitantes tratados com absoluta neutralidade. Tal princípio não é senão uma forma de designar o princípio da igualdade de todos perante a Administração. O princípio da igualdade implica o dever não apenas de tratar isonomicamente todos os que afluírem ao certame, mas também o de ensejar oportunidade de disputá-lo a quaisquer interessados que, desejando dele participar, podem oferecer as indispensáveis condições de garantia. É o que prevê o já referido art. 37, XXI, do Texto Constitucional. [...]

O princípio do julgamento objetivo almeja, como é evidente, impedir que a licitação seja decidida sob o influxo do subjetivismo, de sentimentos, impressões ou propósitos pessoais dos membros da comissão julgadora.

Esta preocupação está enfatizada no art. 45 da lei." In casu, alega a impetrante que o item 2.2.5 do Edital Licitatório estaria violando os princípios aplicáveis às licitações, uma vez que deu prioridade para contratação das empresas de

AP Oeste Distr. e Com. de Alim. Ltda
CNPJ: 05.919.156/0001-94 I.E. 254.648.533
Rod. SC 283 CEP 89.882-000
Planalto Alegre/SC 3322 9671
Fones: (49) 3328 3744 3323 7016
(49) 3323 9478 3323 7016

AP OESTE
Distribuidora e Comércio de Alimentos Ltda.
R. Manoel Rêgo dos Santos

pequeno porte e microempresas, inicialmente na região do Município de São Miguel do Oeste e, não havendo empresas no município que atendam às exigências do certame, a preferência recairia nas empresas sediadas nos Municípios do Extremo Oeste – AMEOSC.

De fato, a Lei Complementar 123/2016, alterada pela Lei Complementar n. 147/2014, em seu art. 47, prevê que a administração pública, nas suas contratações, deverá conceder tratamento diferenciado e simplificado para as empresas de pequeno porte e microempresas, objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional. Vejamos:

"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, aplicasse a legislação federal."

Assim, a administração pública deverá utilizar o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte, desde que cumpridos os requisitos do art. 47, e não sendo vedado pelo art. 49, do mesmo diploma legal.

Ainda, o § 3º do art. 48 do mesmo diploma legal especifica que o ente público poderá estabelecer a prioridade de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente, desde que, referida previsão, esteja justificada. Vejamos.

"§ 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". (grifei)

Assim, sem adentrar na definição dos conceitos indeterminados do que é considerado empresa sediada em âmbito "local" ou "regional", percebe-se, claramente, que para o ente público valer-se do tratamento diferenciado e simplificado para direcionar o processo licitatório para empresas de pequeno porte ou microempresas de âmbito local ou regional, dando margem de

AP Oeste Distribuidora e Comércio de Alimentos Ltda
CNPJ: 06.919.156/0001-94 I.E: 254.648.533
Rod. SC 283 CEP 89.882-000
Planalto Alegre/SC

Fones: (49) 3328 3744 3322 9671
(49) 3323 9478 - 3323 7016

AP OESTE
Distribuidora e Comércio de Alimentos Ltda.
Rafaela Raquel Anli dos Santos

preferência, este ato deverá ser justificado. Ou seja: a administração pública deverá justificar o referido tratamento prioritário àquelas empresas (sediadas em âmbito local ou regional), sob pena de infringir, dentre outros, os princípios da impessoalidade e da isonomia.

No caso dos autos, em análise ao Edital de Licitação 57/2016 (pp.71-89), referente ao Pregão Presencial n. 33/2016, não se extrai qualquer justificativa da administração pública para estabelecer prioridade de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte sediadas no Município de São Miguel do Oeste (âmbito local) ou Municípios do Extremo Oeste de Santa Catarina pertencente a AMEOSC.

Por conseguinte, a administração pública violou a regra contida no § 3º do art. 48 da Lei Complementar n. 123/2006. A Administração Pública, sem qualquer justificativa, apenas constou no item 2.2.5 do Edital que "Para fins do art. 48, § 3º da LC 126 de 2006, a ordem de preferência primeiro da empresa LOCAIS (São Miguel do Oeste- SC; não havendo empresas até o limite de 10% (dez por cento) do melhor preço válido, sediadas no Município de São Miguel do Oeste- SC, será dada preferência às empresas sediadas nos Municípios do Extremo Oeste (AMEOSC) até o limite de 10% (dez por cento) do melhor preço válido".

Destaco que, muito embora a municipalidade mencione em suas informações que a justificativa para dar o tratamento diferenciado era para fomentar a economia regional, este fundamento não constou no edital de licitação. Se não bastasse, ainda que constasse, tal fundamento seria inidôneo, porquanto estaria apenas repetindo o texto de lei, sem justificar, no caso concreto, qual a efetiva vantagem para a administração pública e a demonstração de ausência de prejuízo na contratação do objeto a ser licitado.

Ora, justificativas genéricas, que servem para todas as licitações, não servem, de fato, para nenhuma!!

Diante deste contexto, verifico uma violação ao princípio da igualdade (ou isonomia), porquanto o edital licitatório, ao não justificar os critérios de preferência adotados, nos termos do art. 48, § 3º, da Lei Complementar 123/2006, acabou por infringir disposição legal, impossibilitando que outras microempresas e empresa de pequeno porte, que não fossem localizadas no Município de São Miguel do Oeste - SC ou Municípios da AMEOSC, pudessem participar do processo licitatório relatado nos autos, em igualdade de condições.

Ressalto que o art. 49, inciso III, especifica que não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 da LC 123/2016 quando "o tratamento diferenciado e simplificado para

AP Oeste Distrib. e Com. de Alimentos Ltda
CNPJ: 06.919.156/0001-94 I.E. 254.648.533
Rod. SC 283 CEP 89 882-000
Planalto Alegre/SC
Fones: (49) 3328 3744 3322 9671
(49) 3323 9478 - 3323 7016

AP OESTE
Distribuidora e Comércio de Alimentos Ltda.
Raquel Anif dos Santos

as microempresas e empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração pública ou representar o prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado".

Dessa forma, percebe-se que para se utilizar da licitação diferenciada, nos termos da Lei Complementar 123/2006, é necessário demonstrar que a administração pública obterá vantagem na adoção desse procedimento, caso contrário, não poderá utilizá-lo. Se referido procedimento diferenciado elevar os custos da administração pública em decorrência da diminuição substancial da concorrência/participação de interessados, não deverá ser realizado.

Importante mencionar os ensinamentos de Marçal Justen Filho sobre o tema:

"Deve-se entender que não se admitirá que a Administração Pública desembolse valores incompatíveis com os preços disponíveis no mercado.

Se o resultado da licitação diferenciada conduzir a preços superiores aos usuais de mercado, caberá à Administração Pública promover a revogação da licitação.

(...)"

No caso dos autos, a municipalidade não demonstrou qual seria a vantagem que a administração pública teria em adotar o procedimento diferenciado. Dessa forma, não verifico qualquer fundamentação da administração pública que demonstre que a adoção do procedimento diferenciado em benefício de empresas locais e regionais não irá trazer elevação de custos para o Poder Público e não prejudicará a participação significativa de interessados no processo licitatório.

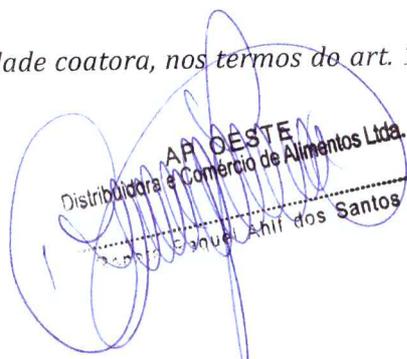
Destaco que a Administração Pública não pode estabelecer prioridade de contratação de microempresas e empresas de pequeno porte sediadas no Município de São Miguel do Oeste ou Municípios pertencentes a AMEOSC, sem justificativa plausível para tal procedimento, pelos fundamentos acima expostos.

Ademais, tampouco foi demonstrado que a adoção do procedimento de licitação diferenciada seria mais vantajoso para a administração pública.

Por outro lado, inócuo anular somente algumas cláusulas do edital, reabrindo-se prazo para novas habilitação, uma vez que, na prática, é necessário reiniciar todo o procedimento licitatório.

Ante o exposto, com fundamento no art. 487, I, do CPC/2015, CONCEDO a ordem para, em consequência, ANULAR o processo licitatório nº 057/2016, referente ao Pregão Presencial nº 33/2016.

Oficie-se com urgência à autoridade coatora, nos termos do art. 14, § 3º, da Lei 12.016/2009.


A.P. OESTE
Distribuidora e Comércio de Alimentos Ltda.
R. Manoel Joaquim dos Santos

AP Oeste Distrib. e Com. de Alim. Ltda
CNPJ: 05.919.156/0001-94 I.E. 254.648.533
Rod. SC 283 CEP 89 882-000
Planalto Alegre/SC
Fones: (49) 3328 3744 3322 9671
(49) 3323 9478 - 3323 7016

Custas pela impetrada, a qual goza de isenção legal.

Incabível a condenação em verba honorária (Súmula 512 do STF e art. 25 da Lei nº 12.016/2009).

Após o prazo para recurso voluntário, com ou sem apelação, subam os autos à Superior Instância (art. 14, § 1º, da Lei nº 12.016/2009).

P. R. I.

São Miguel do Oeste, 15 de junho de 2016.

Sandro Pierri - Juiz de Direito

Ainda, em recente decisão também na Comarca de Xanxerê/SC - Autos nº 0002695-76.2016.8.24.0080:

(...)

A autoridade impetrada utilizou-se da possibilidade de priorizar a participação no certame de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte sediadas na sua sede (Xanxerê) ou na região da AMAI, como previsto no art. 48, §3º, da Lei Complementar 123/2006 (retro citado).

Entretanto, para valer-se do tratamento diferenciado e direcionar o processo licitatório para empresas de âmbito local ou regional o ente público deveria justificar o ato, sob a ótica do desenvolvimento econômico e social, a ampliação da eficiência das políticas pública e o incentivo à inovação tecnológica (art. 47, caput, da Lei 123/2006), sob pena de ferir o princípio da impessoalidade e da isonomia. O contexto probatório trazido aos autos demonstra clara violação ao princípio da igualdade (art. 3º da Lei 8.666/1993), pois foi criada discriminação injustificada entre os concorrentes. A preferência das empresas locais e regionais somente seria válida se fundada no desenvolvimento da região onde está localizado o ente público e os benefícios auferidos por este.

Em uma cognição sumária, observa-se que o item "5.6", do Edital n. 0114/2016 (retro citado), não traz nenhuma justificativa fática do direcionamento, mas simplesmente reproduz o texto legal dos artigos 47, caput, e 48, §3º, da Lei Complementar n. 123/2006.

Cabia à administração pública demonstrar que a adoção do procedimento diferenciado traria benefício às empresas locais ou regionais, pois tal previsão excluiu a possibilidade de outros interessados concorrer para a venda dos produtos (gêneros alimentícios), caso não possuam sua sede no Município de

AP Oeste Die : e Com. de Alim. Ltda
CNPJ: 05.919.156/0001-94 I.E. 254.648.533
Rod. SC 283 CEP 89 882-000
Planalto Alegre/SC
Fones: (49) 3328 3744 3322 9671
(49) 3323 9478 . 3323 7016

AP OESTE
Distribuidora e Comércio de Alimentos Ltda.
R. Manoel Rangel, Anil dos Santos

Xanxerê ou nos integrantes da Associação do Municípios do Alto Irani (AMAI), como é o caso da impetrante.

Importante ressaltar que o ato administrativo, também, deveria evidenciar que a prioridade de contratação não traria prejuízo ao erário público, com a elevação dos custos, na forma do art. 49, inciso III, da LC 123/2016.

Assim, está presente a relevância dos fundamentos descritos na inicial e que a impetrante terá prejuízos se tiver que aguardar a decisão final, pois está impedida de participar do procedimento licitatório.

Diante disso, DEFIRO a medida liminar e determino a suspensão do Processo Licitatório n. 0114/2016, referente ao Pregão Presencial n. 067/2016, e a realização de qualquer contrato administrativo com as empresas participantes da licitação, caso já houver sido consagrado vencedor, sob pena de fixação de multa diária.

4. Notifique-se a impetrada para que, no prazo de 10 (dez) dias, preste as informações (art. 7º, I, da Lei 12.016/09).

5. Dê-se ciência ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, para que, querendo, ingresse no feito (art. 7º, II, da Lei 12.016/09).

6. Após, dê-se vista ao Ministério Público, com prazo de 10 (dez) dias (art. 12, caput, da Lei n. 12.016/09). 7.

Intimem-se. Xanxerê (SC), 15 de agosto de 2016.

Christian Dalla Rosa Juiz de Direito

Assim, estabelecendo no Edital a Prioridade na Contratação para Empresas com sede no Município de Xanxerê - descrito anexo II – Região 01, Lote 01 do Edital, o Município poderá vir a ter um prejuízo com a contratação de empresas somente da região descrita no edital.

Desta forma, a comissão licitante deverá se atentar para a aplicação do *caput* do art. 49, quando a contratação não for vantajosa para a Administração, nos termos do inciso III, do mesmo artigo.

Art. 49 (...)

...

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;

AP Oeste Distribuição e Com. de Alim. Ltda
CNPJ: 05.919.156/0001-94 I.E. 254.648.533
Rod. SC 283 CEP 89 882-000
Planalto Alegre/SC
Fones: (49) 3328 3744 3322 9671
(49) 3323 9478 3323 7016

AP OESTE
Distribuição e Comércio de Alimentos Ltda.
Rua: ... Santos

Priorizar a contratação com empresa local pode gerar prejuízos e desvantagens para a administração pública, o que não deve acontecer em hipótese alguma!

Desta forma, requer seja deferida a presente impugnação.

VI - DO PEDIDO

Desta forma, a Impugnante requer seja recebida e julgada inteiramente procedente a presente Impugnação Administrativa, procedendo-se as alterações necessárias **(MENOR PREÇO POR ITEM)**, para evitar a Anulação do procedimento licitatório, em razão dos vícios apresentados;

Que seja excluído do Edital de Licitação a restrição contida no Anexo II, Região 01, Lote 01, por não estar previsto em lei e por não ser vantajoso para a administração a contratação somente com empresa estabelecidas no Município de Xanxerê, e por restringir a ampliação da competitividade;

A IMPUGNANTE informa ainda que visualiza claramente com toda a convicção e certeza que neste Processo Administrativo o seu direito líquido e certo, somados o *periculum in mora*, o qual caso esta impugnação não seja acatada e deferida, buscará judicialmente os seus direitos junto ao Poder Judiciário.

Termos em que pede e espera deferimento.

De Planalto Alegre/SC, para Xanxerê/SC, 23 de outubro de 2017.


AP OESTE
Distribuidora e Comércio de Alimentos Ltda.
R. dos Santos
AP OESTE DISTRIBUIDORA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA - EPP

AP Oeste Distrib. e Com. de Alim. Ltda
CNPJ: 05.919.156/0001-94 I.E. 254.648.533
Rod. SC 283 CEP 89 882-000
Planalto Alegre/SC
Fones: (49) 3328 3744 3322 9671
(49) 3323 9478 - 3323 7016