

MUNICÍPIO DE XANXERÊ - ESTADO DE SANTA CATARINA

Sr. Avelino Menegolla
Prefeito Municipal de Xanxerê

PREFEITURA MUNICIPAL DE XANXERÊ

PROTOCOLO Nº 0000588/2019 19/02/2019 10:40:24
REQUERENTE : AP OESTE DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LT
ASSUNTO : IMPUGNAÇÃO
COMPLEMENTO : IMPUGNAÇÃO PROCESSO
LICITATÓRIO 0028/2019
PREGÃO PRESENCIAL 0018/2019



Ao,

Pregoeiro/Departamento de Compras e Licitações - Comissão de Licitação

REFERÊNCIA:

PROCESSO LICITATÓRIO nº 0028/2019
PREGÃO PRESENCIAL nº 0018/2019.

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

Ilustríssimo(a) Sr(a) Pregoeiro(a) 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, 18 de fevereiro de 2019.

AP OESTE DISTRIBUIDORA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA - EPP

05.919.156/0001-94
M.E.: 254.648.533
AP OESTE DIST. E COM. DE ALIM. LTDA
49.3328-3744 / 3322-9671
Rod SC 283 - Planalto Alegre - SC - CEP 89382-000

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

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 22 de fevereiro de 2019 as 09horas”*, 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 (...)”*.

III - DO TIPO DO PREGÃO

Quanto ao tipo, assim estabelece o Edital:

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

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)

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.

05.919.156/0001-94
I.E.: 254.648.533
AP OESTE DIST. E COM. DE ALIM. LTDA
49.3828-3744 / 3322-9671
Rod. SC 285 - Planalto Alegre - SC - CEP 89882-000

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:

“E 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.

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,

05.919.156/0001-94
I.E.: 254.648.833
AP OESTE DIST. E COM. DE ALIM. LTDA
49-3328-3744 / 3322-9671
Rod SC 283 - Planalto Alegre - SC - CEP 89882-000

*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).*

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.**

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

O item 7 e seus subitens do Edital estipula que o proponente deve estar localizado ou assumir o compromisso de se instalar na Região Central 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.

05.919.156/0001-94
I.E.: 254.648.533
AP OESTE DIST. E COM. DE ALIM. LTDA
49 3328-3744 / 3322-8671
Rod SC 283 - Planalto Alegre - SC - CEP 89102-000

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 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.**

05.919.156/0001-94
I.E.: 254.648.533
AP OESTE DIST. E COM. DE ALIM. LTDA
48 3328-3744 / 3322-9671
Rod SC 283 - Planalto Alegre - SC - CEP 89882-000

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".

Em caso análogo, nesta Comarca de Xanxerê/SC - Autos nº 0002695-76.2016.8.24.0080, onde envolveram as mesmas partes, tivemos a seguinte decisão:

(...)

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 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

05.919.156/0001-94
I.E.: 254.648.533
AP OESTE DIST. E COM. DE ALIM. LTDA
49.3328-3744 / 3322-9671
Rod SC 287 - Planalto Alegre - SC - CEP 89882-000

Já 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:

"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

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

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.

05.919.156/0001-94
I.E.: 254.648.533
AP OESTE DIST. E COM. DE ALUM. LTDA
49.332-3744 / 3322-9671
Rod SC 283 - Pimão Negro - SC - CEP 89882-000

Que seja excluído do Edital de Licitação a restrição contida no item 7.3 do Edital, 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, 18 de fevereiro de 2019.



AP OESTE DISTRIBUIDORA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA – EPP

05.919.156/0001-94
I.E.: 254.648.533
AP OESTE DIST. E COM. DE ALIM. LTDA
49 3328-3744 / 3322-9671
Rua SC 283 - Planalto Alegre - SC - CEP 89882-000