



## **PEDIDO DE IMPUGNAÇÃO AO PREGÃO ELETRÔNICO Nº 145/2021**

### **PEDIDO:**

SOLICITANTE: MOGAMI IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA - CNPJ 50.247.071/0001-61

*MOGAMI IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA, estabelecida na Rua Tapeçima, 190/198, Vila Nivi, São Paulo, SP, inscrita sob o CNPJ 50.247.071/0001-61, por seu representante, vem à presença de V. Sa., nos termos do Edital de Licitação, Item 4, apresentar o presente IMPUGNAÇÃO tendo em vista os seguintes argumentos:*

*De acordo com o Edital, a presente licitação tem como objeto "registro de preços para futura e eventual aquisição de fios cirúrgicos para atender a Secretaria Municipal de Saúde/PMVR, Consoante o Termo de Referencia deste edital."*

*Ainda de acordo com o Edital (item 1.2), "Poderão participar desta licitação, exclusivamente, as Microempresas/ME e Empresas de Pequeno Porte/EPP, assim como o Microempreendedor Individual, em conformidade com o que estabelece a Lei Complementar nº 123/2006;"*

*Assim, ESTÁ-SE EXCLUINDO DESSE CERTAME QUAISQUER EMPRESAS QUE NÃO SE CONSTITUAM COMO Microempresas/ME; Empresas de Pequeno Porte/EPP e Microempreendedor Individual/MEI, o que certamente restringirá a concorrência e, via de consequência, a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração.*

*Outrossim, cabe ressaltar que os itens em questão são insumos de elevada demanda pelos Hospitais, o que aliado às limitações ou benefícios atribuídos pela lei, às empresas foco deste edital, certamente causará prejuízos à saúde pública.*

*Ocorre que, além, de limitar a concorrência e impedirá a seleção da melhor proposta, data vênia, o Edital está em desacordo com os ditames da LC 123/2006, pois não preenche as exigências para o direcionamento da exclusividade, nos termos do art. art. 49, II da LC 123/2006.*

*Ora, foi solicitado vistas ao processo administrativo, conforme protocolo de 16/12/2021, em anexo, e, em tais vistas constatou-se que as estimativas de preço foram elaboradas com base apenas em DUAS EMPRESAS que atendem ao requisito do item 1.2 do Edital. A MOGAMI (ora IMPUGNANTE), que não atende ao requisito, foi a terceira empresa abordada para consulta de preços e estabelecimento da estimativa de preços.*

*Portanto, não há informação nos autos do processo quanto a existência de, no mínimo, 03 (três) fornecedores enquadrados como micro empresa ou empresa de pequeno porte ou microempreendedor individual que tenham sequer participado da estimativa de preços:*

*Tal constatação demonstra afronta ao inciso II art. 49 da Lei Complementar 123, o qual se transcreve:*

*"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"; (grifamos)*

*Corroborando este entendimento, vale destacar as lições de Marçal Justen Filho:*



*"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 do certame. Esse será um requisito de adoção da licitação diferenciada, restrita à participação de pequenas empresas. No entanto, a validade da licitação dependerá da efetiva participação de pelo menos três licitantes em condições de efetiva competição. (...)*

*O que se afirma é que, se houver uma pluralidade de fornecedores e apenas um deles for ME ou EPP, não estarão presentes os requisitos para a licitação diferenciada." (cf. in O Estatuto das Microempresas e as Licitações Públicas. 2ª ed. São Paulo: Dialética, 2007. p.123) (grifamos)*

*Desta forma, caso a exclusividade ME/EPP/MEI seja mantida, a competição certamente estará comprometida no certame, em total afronta aos princípios estabelecidos pelo art. 3º, caput da Lei 8.666/93:*

*"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."*

*E, ainda, o disposto no inciso III do Art. 49 da LC 123/2006:*

*"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.** (grifamos)*

*Não há dúvidas de que a ausência de competição certamente aumenta os custos finais das aquisições programadas, trazendo prejuízo ao Erário e onerosidade à Administração Pública, pois o item certamente será fracassado e a Administração terá que abrir novo certame, o que certamente gerará custos e desabastecimento. Estamos também diante da violação ao princípio da Eficiência, constitucionalmente previsto.*

*Impende ressaltar, ainda, que a legislação em comento beneficia a microempresa e empresa de pequeno porte, dando-lhes preferências nos critérios de desempate (art. 44 da LC 123/06), critério que pode ser adotado por essa Administração, como forma de beneficiar as microempresas e, ao mesmo tempo, aumentar a concorrência **permitindo que outras empresas participem do certame para o fornecimento de todos os itens.***

*É notório, ainda, que a restrição à participação de outras empresas, apesar de amparada pela Lei Complementar n. 123/2006, não é absoluta, conforme expressa o inciso I do artigo 48:*



*"Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública poderá realizar processo licitatório: I - destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais)".*

*Assim sendo, no dispositivo legal citado evidencia-se a palavra "poderá" e não "deverá" comprar exclusivamente através de ME/EPP, sendo facultada à Administração prover outra forma de aquisição desde que motivada e com amparo legal, **que neste caso está devidamente demonstrado, mediante a necessária aplicação do art. 49, II da LC 123/2006.***

### **DOS PEDIDOS:**

Diante de todo o exposto e tendo em vista as incongruências encontradas do Edital da licitação em epígrafe, devidamente demonstradas, requer-se sejam procedidas as correções necessárias, **permitindo-se a ampla participação de outras empresas e excluindo a exclusividade de participação de ME/EPP/MEI**, a fim de se garantir a homogeneidade de critérios e igualdade de acesso às informações que importam à elaboração da proposta dos licitantes e sua participação no certame.

Termos em que, Pede deferimento.  
Rio de Janeiro (RJ), 16 de dezembro de 2021.  
**Mogami Importação e Exportação Ltda.**

### **RESPOSTA**

Em atendimento ao despacho retro e o que se tem nos autos, relativamente à impugnação aos termos do Edital do Pregão Eletrônico nº 145/2021/FM,S/SMS/PMVR, protocolada pela empresa Mogami Importação e Exportação Ltda, na qualidade de licitante, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica sob o nº 50.247.071/0001-61, Rua Tapeçima, 190/198, Vila Nivi, São Paulo/SP, analisei e passo a fazer as seguintes considerações:

Requer a impugnante, diante o exposto na peça impugnatória, sejam procedidas as correções necessárias, permitindo-se a participação de outras empresas e excluindo a exclusividade de participação de ME/EPP/MEI, a fim de garantir a homogeneidade de critérios e igualdade de acesso às informações de importam à elaboração da proposta dos licitantes e sua participação no certame.

Como de conhecimento, principalmente daqueles envolvidos no processo licitatório, a aplicação do dispositivo de exclusividade às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte nos itens com valores estimados até de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) não é de maneira absoluta, podendo a Administração se esquivar legalmente da aplicação desse dispositivo quando presentes as razões previstas no artigo 49 da Lei Complementar nº 123/2006, com redação dada pela Lei Complementar nº 147/2014.

Nesse sentido, pode-se observar em processo licitatórios dessa natureza já realizados, nada diferente para o presente certame, não ser vantajoso para a Administração a aplicação do dispositivo invocado, considerando as seguintes exposições:

- a) Após pesquisa de mercado, foi constatado que não houve fornecedores competitivos enquadrados como Me ou EPP, sediados local e regionalmente, capazes de cumprir com as exigências estabelecidas no instrumento convocatório, até porque há no objeto do certame elevado número de itens de contratação e todos eles até o valor de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);



- b) Atribuindo a exclusividade para ME e EPP pode-se obter itens fracassados ou desertos;
- c) O valor unitário de cada material ofertado por empresa distribuidora de médio e grande porte poderá ser melhor por conta da sua capacidade de negociação com os fabricantes por ser diretamente ligada ao poder financeiro do fornecedor;
- d) Alguns materiais são comercializados diretamente com fabricantes, geralmente empresas de médio e grande porte, com possibilidade de obtenção de melhor preço se comparado com qualquer distribuidor;

Nessa linha, a Lei Complementar nº 123/2006, visa ampliar a participação da ME/EPP nas licitações, mas não elevar a hipossuficiência econômica delas acima do interesse público. Desta forma, é imperioso sopesar princípios do certame como o da competitividade, da economicidade e o da eficiência, buscando-se a "proposta mais vantajosa para a Administração", como é vislumbrado do artigo 3º da Lei nº 8.666/93.

Portanto, realizar o certame prevendo a exclusividade para ME e EPP poderá representar prejuízo incalculável para a Administração.

Ante o exposto, opino pela procedência Da impugnação protocolada pela empresa Mogami Importação e Exportação Ltda.

Em, 17 de dezembro de 2021

CELSO DE AGUIAR LEAL  
Divisão de Abastecimento  
DFMS/SMS