

ILUSTRÍSSIMO SUPERINTENDENTE DO SERVIÇO AUTÔNOMO DE ÁGUA E ESGOTO DE SOROCABA

Ref.: IMPUGNAÇÃO AO EDITAL DE PREGÃO
PROCESSO N.º : 2.350/2016
MODALIDADE : PREGÃO ELETRÔNICO 36/2016
OBJETO : FORNECIMENTO DE HIDROMETROS

AGNES APARECIDA DE SOUZA MAZER - EPP pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF sob nº 14.937.300/0001-06, com sede na Rua Aprígio de Araujo, 864, sala 705, Sertãozinho / SP, telefone 16 2105 4800, por seu representante legal infra-assinado, vem, tempestivamente, com fulcro no § 2º, do art. 41, da Lei nº 8666/93, Decreto Lei 8538/15, LC 123/06, LC 147/14, à presença de Vossa Excelência,

IMPUGNAR

os termos do Edital em referência, que adiante especifica, o que faz na conformidade seguinte:

1. DO OBJETO

1.2. A presente licitação é do tipo "menor preço por lote"; processar-se-á de conformidade com o disposto na Lei Federal nº 10.520/2002 e subsidiariamente na Lei Federal nº 8.666/93 e posteriores alterações, Decreto nº 5.450 de 31/05/05, Decreto Municipal nº 14.575 de 05/09/2005, Decreto Municipal nº 14.576 de 05/09/2005, Lei Municipal nº 9.449 de 22/12/2010 e Lei Complementar nº 123 de 14/12/2006, alterada pela Lei Complementar nº 147 de 07/08/2014 e Resolução nº 08/2015-SAAE, bem como das condições estabelecidas neste edital e nos anexos integrantes.

1.1 DOS FATOS

Em questionamento feito pela empresa, foi solicitada a cota de 25% para microempresas e empresas de pequeno porte bem como exclusividade nos lotes que não ultrapassassem R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), como determina a LC 147/2014 alteradora da LC 123/06.

Em meio a isso, o Decreto Lei 8.538/15 deu luz em determinados atos em relação às microempresas e empresas de pequeno porte.

Em resposta ao questionamento feito, obtivemos resposta com o que segue:

Respostas:



CONTACERTA

MEDIÇÃO INDIVIDUALIZADA DE ÁGUA E GÁS

1 e 2 - Pois bem, o artigo 47 concede um poder regulamentar adicional ao Poder Público, objetivando beneficiar as contratações públicas com as pequenas empresas, todavia, para tanto, exige a existência de alguns requisitos previstos no artigo 48, senão vejamos: "Art. 47. Nas contratações públicas da União, dos Estados e dos Municípios, poderá 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, desde que previsto e regulamentado na legislação do respectivo ente".

"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);

II - poderá, em relação aos processos licitatórios destinados à aquisição de obras e serviços, exigir dos licitantes a subcontratação de microempresa ou empresa de pequeno porte;

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".

Da leitura do artigo 47 entende-se que a Administração tem a faculdade de conceder tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte e da leitura do artigo 48 entende-se que os incisos listados não são cumulativos. Nesse sentido, Marçal Justen Filho, em Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, p.83, diz:

"A LC nº 123 faculta a realização de licitações diferenciadas, em que se consagre tratamento discriminatório favorável às ME ou EPP. Foram previstas três categorias de licitações diferenciadas. A primeira consiste na licitação destinada à participação exclusiva de ME ou EPP, quando o objeto apresentar valor de até R\$ 80.000,00. A segunda envolve o fracionamento do objeto da licitação, assegurando-se que uma parcela do objeto seja disputada exclusivamente por ME ou EPP. A terceira refere-se à subcontratação compulsória de parte do objeto licitado, de modo que os licitantes sejam constrangidos a recorrer a ME ou EPP para executar parte da prestação objeto do contrato." (grifo nosso).

Ademais, o artigo 49 dispõe que:

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;

IV - a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, excetuando-se as dispensas tratadas pelos incisos I e II do art. 24 a mesma Lei, nas quais a compra deverá ser feita preferencialmente de microempresas e empresas de pequeno porte, aplicando-se o disposto no inciso I do art. 48. E do ponto de vista técnico, não é interessante para a Autarquia a subdivisão em cota, além do que perde-se a vantajosidade financeira da economia de escala, quando um único fornecedor arremata todo o lote, já que existe divisão dos custos fixos, principalmente os custos de inspeção do material.

O órgão rebate na questão de que é facultativa a realização de licitações diferenciadas. Em vistas à Lei 123/06 houve algumas alterações onde encontramos que deverá e não mais poderá, assim não sendo facultativo e sim um dever do órgão. 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. (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

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. (Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

~~Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública poderá realizar processo licitatório:~~

Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública: (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

~~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);~~

~~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); (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)~~

~~II - em que seja exigida dos licitantes a subcontratação de microempresa ou de empresa de pequeno porte, desde que o percentual máximo do objeto a ser subcontratado não exceda a 30% (trinta por cento) do total licitado;~~

~~II - poderá, em relação aos processos licitatórios destinados à aquisição de obras e serviços, exigir dos licitantes a subcontratação de microempresa ou empresa de pequeno porte; (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)~~

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

~~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. (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)~~

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp123.htm

Em seguida, tratam do art 49 e que não seria vantajosa para a autarquia a divisão em cotas, por perder a vantajosidade financeira da economia de escala.

Em Decreto Lei de 2015 (DL 8538/15) encontramos os motivos pelos quais não seria vantajoso a aplicação das prerrogativas para as microempresas. Vejamos:

Art. 10. Não se aplica o disposto nos art. 6º ao art. 8º quando:

I - não houver o mínimo de três fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório;

II - o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e as empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou ao complexo do objeto a ser contratado, **justificadamente**;

Parágrafo único. Para o disposto no inciso II do caput, considera-se não vantajosa a contratação quando:

I - resultar em preço superior ao valor estabelecido como referência; ou

II - a natureza do bem, serviço ou obra for incompatível com a aplicação dos benefícios.

Não há motivos plausíveis que demonstrem que não seria vantajoso à autarquia municipal conceder o benefício em função de promover as microempresas e empresas de pequeno porte, vez que nenhuma microempresa entraria com o valor acima do estimado em referência pelo órgão; e a natureza do bem é a mesma e sim, divisível, podendo ser dividida em cotas. Toda marca de hidrômetro é protocolada do INMETRO e os gastos dos testes são feitos pelos fornecedores e não pelo órgão.

Assim, em caso de não haver legislação Municipal mais vantajosa que dite os termos da licitação, é de obrigatoriedade se fazer valer a legislação Federal, voltando à fixação de que a lei Federal impõe este tratamento que aqui se pede. Se no caso de não existir legislação municipal ditando sobre as microempresas, o órgão não pode negar ou limitar região ou sede para que as empresas possam participar vez que fica aberta a concorrência das mesmas no âmbito nacional. – CONFORME REGE O PARÁGRAFO ÚNICO, ART 47 DA LC 123/06.

O fato é que a lei federal é clara ao expor que os certames cujo bens são divisíveis, **deve** ser destinado às microempresas e empresas de pequeno porte a cota de até 25% do certame.

O presente edital possui bens de natureza divisíveis passíveis de oferecer a cota dos 25%, bem como um lote que não ultrapassa o valor de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).

A Lei Federal carrega consigo acentuado grau de imperatividade, exigindo a necessária conformação de qualquer conduta aos seus ditames, o que denota o seu caráter normativo. Desta forma, os atos que destoam desta lei serão inválidos, uma vez que sua observância é obrigatória. Sob pena de revisão judicial da matéria em sede de Mandado de Segurança.

O item 21 do referido edital define os termos finais do edital e o prazo para impugnação:

21. DISPOSIÇÕES GERAIS E ESCLARECIMENTOS.

21.1. A licitação será processada e julgada pelo Pregoeiro do SERVIÇO AUTÔNOMO DE ÁGUA E ESGOTO DE SOROCABA.

21.2. Os pedidos de esclarecimentos referentes ao processo licitatório deverão ser enviados ao pregoeiro, até 2 (dois) dias úteis que anteceder a data fixada para abertura da sessão pública, através do e-mail: licitacao@saaesorocaba.sp.gov.br.



CONTACERTA

MEDIÇÃO INDIVIDUALIZADA DE ÁGUA E GÁS

21.4. Durante a fase de preparação das propostas, as licitantes interessadas que tenham tomado conhecimento do edital, poderão fazer, eletronicamente, impugnações, que serão recebidas até o 2º (segundo) dia útil que anteceder a data final de acolhimento das propostas.

Fato que a empresa que subscreve faz o devido protocolo tempestivamente, protocolando pessoalmente para uma segurança maior.

3. DO PEDIDO

Ante todo o acima exposto, requer a suspensão do prazo para realização do presente certame, a fim de analisar as prerrogativas concedidas as ME e EPP; dando a cota de até 25% bem como a exclusividade nos lotes de até R\$ 80.000,00.

Após as alterações requeridas, solicita-se que seja feita nova publicação do edital com a cota descrita no preâmbulo do mesmo, designando nova data para entrega e abertura dos envelopes, nos termos determinados pela legislação aplicável.

Para esclarecimentos e envio de respostas e demais publicações, segue email:
Nicolas@eletricamazer.com.br
Eduardo@contacertaindividual.com.br

Termos em que pede e aguarda deferimento.

Sertãozinho, 27 de abril de 2016.

Eduardo Leiri de Souza Mazer
Procurador