



SECRETARIA DE ESTADO DE SANEAMENTO, HABITAÇÃO E DESENVOLVIMENTO URBANO

PROCESSO nº: 2019-G6P5L

ASSUNTO: Impugnação - Edital de Tomada de Preços nº 001/2020

IMPUGNANTE: DUTO ENGENHARIA EIRELI

I. SÍNTESE DA IMPUGNAÇÃO

1) A impugnante se irresigna contra a participação de ME e EPP e utilização dos benefícios concedidos pela Lei Complementar nº 123/2006 no Edital de Concorrência nº 001/2020, tendo em vista que *o valor a ser recebido pela execução do contrato administrativo a ser firmado, por si só, é suficiente para ensejar o seu desenquadramento da qualidade de ME ou EPP.*

Contesta, ainda, a defasagem de preços na planilha orçamentária da SEDURB porque a data-base é de Maio/2019 e foi eleito como índice de reajustamento a data-base de apresentação da proposta.

Por fim, a impugnante solicita a exclusão do item 10.14 e seus subitens do Edital e retificação do critério adotado de reajuste, previsto no item 3.3, ambos do Edital de Cc nº 001/2020 do Edital.

II. DA ADMISSIBILIDADE

De acordo com o disposto na Le nº 8.666/1993, especificamente no Art. 41, têm-se por legitimados a impugnar o edital de licitação:

§ 1º Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei, devendo protocolar o pedido até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, devendo a Administração julgar e



SECRETARIA DE ESTADO DE SANEAMENTO, HABITAÇÃO E DESENVOLVIMENTO URBANO

responder à impugnação em até 3 (três) dias úteis, sem prejuízo da faculdade prevista no § 1º do art. 113.

§ 2º Decairá do direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a administração o licitante que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização de leilão, as falhas ou irregularidades que viciariam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso.

Inicialmente, verificamos se tratar de empresa do ramo de engenharia e se encontra assinado por preposto devidamente qualificado e com procuração anexada para figurar como representante da empresa no presente ato.

Quanto à tempestividade, a impugnação foi protocolizada na SEDURB na data de 18/03/2020, sendo a data da sessão para abertura das propostas em 24/03/2020. Dessa forma, a Comissão Permanente de Licitação recebe e conhece da impugnação interposta, por reunir as hipóteses legais de admissibilidade, sendo, inclusive, considerada TEMPESTIVA.

III. FUNDAMENTAÇÃO

A Lei 8.666/93, em seu artigo 3º, dispõe que a Licitação obedecerá “(...)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”.

A impugnação, prevista no art. 41 da citada Lei, trata da legitimidade para qualquer um questionar o edital de licitação em razão de irregularidade na aplicação desta Lei. Pois eis o que demonstraremos: que houve total aplicação da Lei nº 8.666/93 ao Edital de Concorrência nº 001/2020 da SEDURB.

Passo, então a discorrer sobre as questões alegadas na dita impugnação, pontualmente.



SECRETARIA DE ESTADO DE SANEAMENTO, HABITAÇÃO E DESENVOLVIMENTO URBANO

2) A participação de ME e EPP e utilização dos benefícios concedidos pela Lei Complementar nº 123/2006.

Preliminarmente, é de suma importância esclarecer que os editais dos órgãos do Governo do Estado do Espírito Santo observam, como regra, as minutas padronizadas disponibilizadas no sítio eletrônico da Procuradoria Geral do Estado, órgão estadual que possui competência para examinar e aprovar as minutas de editais de licitação dos órgãos da Administração Pública estadual, em consonância com o estabelecido na Lei Complementar nº 666/2012.

Inclusive essa é a instrução decorrente do Enunciado CPGE nº 12¹, que delimita a competência da PGE nos procedimentos licitatórios, segundo o qual, observa-se a regra insculpida no inciso II, no seguinte sentido: *É obrigatória a utilização das minutas de editais, contratos, termos aditivos etc., padronizadas pela Procuradoria Geral do Estado e disponibilizadas em seu site, ficando dispensado o encaminhamento do processo quando as alterações nelas realizadas forem as seguintes:*

Assim, a CPL elaborou o Edital de Concorrência nº 001/2020 adotando a minuta padronizada da PGE, Concorrência – Obras – Administração Direta – Não Exclusivo – Lei Estadual 9090. Se for

¹ **Enunciado CPGE nº 12** - "Competência da Procuradoria Geral do Estado na análise jurídica da fase interna dos procedimentos licitatórios. Utilização das minutas padronizadas".

I) Nos processos licitatórios, a análise da Procuradoria Geral do Estado, nos termos do art. 38, parágrafo único, da Lei Federal nº 8.666/1993, incidirá, exclusivamente, sobre os aspectos jurídicos do instrumento convocatório do certame (edital ou carta convite) e do respectivo termo de contrato, não sendo atribuição do Procurador analisar os atos procedimentais da fase interna ou emitir juízo valorativo da pretensa pactuação, sendo de responsabilidade dos agentes públicos competentes a regularidade dos atos do procedimento, a veracidade das informações e justificativas postas nos autos e as demais providências orçamentárias.

II) É obrigatória a utilização das minutas de editais, contratos, termos aditivos etc., padronizadas pela Procuradoria Geral do Estado e disponibilizadas em seu site, ficando dispensado o encaminhamento do processo quando as alterações nelas realizadas forem as seguintes:

- a) indicação das datas e horários da licitação;
- b) indicação do objeto e sua descrição detalhada no "Termo de Referência" (Anexo I);
- c) indicação de obrigações contratuais específicas, referentes à formas e prazos de execução do objeto, que deverão constar, além de no Termo de Referência, na minuta de Termo de Contrato, se houver;
- d) exigência de amostras do arrematante, para conferência do atendimento das disposições do edital;
- e) composição dos lotes da licitação;
- f) adequação das cláusulas apropriadas ao caso concreto que siga as orientações que acompanham a própria minuta padronizada utilizada.

III) Havendo alterações na minuta padronizada que apresentem relevância jurídica, deverá o respectivo processo ser encaminhado à Procuradoria Geral do Estado com a indicação expressa e específica das questões jurídicas a serem apreciadas.



SECRETARIA DE ESTADO DE SANEAMENTO, HABITAÇÃO E DESENVOLVIMENTO URBANO

observada, adotamos integralmente o texto da minuta padronizada da PGE, somente promovendo alterações de cunho subjetivo, afetas ao objeto da licitação para complementação das informações.

O cerne da questão, aqui apontada, não é pacificada nos órgãos públicos, que adotam o procedimento licitatório como forma de aquisição de bens e serviços, assim como nos órgãos de julgamento dos atos administrativos. Pois questiona-se a exclusão das ME e EPP do certame ou da vedação de aplicação dos benefícios introduzidos através da LC nº 123/2006, posteriormente alterada pela LC nº 147/2014.

A LC nº 123/2006 nasceu com o intuito de dar concretude ao princípio constitucional do tratamento favorecido às ME e EPP, insculpido no art. 170, IX, da CF/88, através da utilização da contratação administrativa como um instrumento de fomento econômico. Inclusive, a previsão de benefícios às ME e EPP está amparado no princípio da igualdade, segundo do qual dimana que sua aplicação sugere que situações diferentes requerem tratamento desigual, assim como nos dizeres de Nelson Nery Junior (1999, pag. 42): *Dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades.*

Conforme manifestou-se Hely Lopes Meirelles sobre a *Igualdade entre os licitantes: a igualdade entre os licitantes é princípio impeditivo da discriminação entre os participantes do certame, quer através de cláusulas que, no edital ou convite, favoreçam uns em detrimento de outros, quer mediante julgamento faccioso, que desigule os iguais ou iguale os desiguais.*

Por isso, a LC nº 123/2006, por meio dos benefícios assegurados às ME e EPP, com o estímulo fomentado às suas atividades busca a igualdade plena garantida na Constituição. O princípio da igualdade pressupõe que as pessoas colocadas em situações diferentes sejam tratadas de forma desigual.

Dessa lógica, vedar ou restringir a participação de ME e EPP na presente licitação, por ser de grande vulto, é contrastar com as normas constitucionalmente previstas, logo contrariando a evolução legislativa, cuja tendência é ampliar a inserção das micro e pequenas empresas no



SECRETARIA DE ESTADO DE SANEAMENTO, HABITAÇÃO E DESENVOLVIMENTO URBANO

mercado nacional, o que se configura em uma vedação que não traz benefício algum ao interesse público.

Além do mais, o próprio edital contempla exigências que por si só podem ser consideradas vedações à participação de micro e pequenas empresas no certame, tais como comprovações de capacidade técnica que possam ir além de suas aptidões. Afora que o edital possui garantias mínimas para que a execução contratual seja alcançada.

No que concerne à questão de o valor da licitação acarretar receita bruta maior do que o limite anual para a empresa se manter enquadrada, de plano, é preciso esclarecer que não existe em lei esse tipo de impedimento. Os benefícios para participação são mantidos para fins de enquadramento, sendo certo que no exercício seguinte (ou próximo) a empresa perca a qualificação. Mas o valor da licitação não pode simplesmente configurar um impeditivo à participação.

Os casos de dispensa de aplicação do tratamento diferenciado às ME e EPP estão disciplinados no Art. 49², da LC nº 123/2006 e, segundo a inteligência do inciso III, poderá ser adotado quando não for vantajoso para a Administração Pública ou representar prejuízo ou pela complexidade do objeto. Conforme a sistemática da Lei, fica a critério da Administração analisar e fundamentadamente decidir sobre a participação e aplicação dos benefícios oriundos da LC nº 123/2006 às ME e EPP, consoante o poder discricionário a ela concedido.

Diante do exposto, denego a pretensão da empresa, mantido os termos do Edital.

² Art. 49. Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando:

I - (Revogado);

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 da 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.



SECRETARIA DE ESTADO DE SANEAMENTO, HABITAÇÃO E DESENVOLVIMENTO URBANO

3) Defasagem de preço na planilha orçamentária.

Nesse ponto, importante deixar assente que tal ponto foi respondido e elucidado pela CPL em sede questionamento formulado pela empresa impugnante. Nessa oportunidade, foi consultada a equipe técnica da SEDURB, que se manifestou no seguinte sentido:

Questiona a licitante que os preços da planilha orçamentária estão defasados, visto que a data base da planilha orçamentária data de maio/19.

Não assiste razão ao impugnante, visto que entre a data-base do orçamento e a data de abertura do processo de licitação, ocorrida em 01/10/2020, decorreram menos de 6 meses, e entre a data do orçamento e a data da abertura da proposta decorreram 10 meses.

Considerando a estabilidade da economia, inclusive com a queda dos juros e da taxa Selic, referências de preços com menos de 1 ano podem ser aceitas com segurança.

Nesse aspecto, há de se ponderar que os normativos legais vigentes não indicam que defasagem de tempo é suficiente para considerar uma data base defasada, cabendo ao gestor avaliar o cenário econômico e as condições de mercado para decidir por uma possível inexecutabilidade dos preços de uma planilha orçamentária. Até porque, entre a elaboração da planilha e a abertura dos envelopes sempre haverá defasagem de datas, não sendo possível, por questões de economicidade e eficiência que se espera do serviço público, atrasar o processo de licitação de um bem público por conta de atualizações de preços que não impactaram significativamente no preço final já orçado.

Ressalta-se que à época da confecção do orçamento foram utilizadas as planilhas referenciais de preços mais atualizadas possível, adotando-se primeiramente as tabelas SINAPI e SICRO, posteriormente, outras referências, a exemplo da tabela do DER-ES, tudo em perfeita harmonia com a jurisprudência correlata ao tema.



SECRETARIA DE ESTADO DE SANEAMENTO, HABITAÇÃO E DESENVOLVIMENTO URBANO

Corroborando o entendimento exarado, é de se argumentar, ainda, que não houveram fatos supervenientes na economia que poderiam tornar os preços inexequíveis, por exemplo, um aumento da carga tributária incidente diretamente sobre a execução do objeto contratado.

Na sua peça o impugnante não traz nenhuma impugnação a algum preço em especial, resignando-se tão somente ao fato de que o critério de reajuste é a data de apresentação da proposta, qual seja, março/2020. Portanto, não há a materialização de nenhum desequilíbrio acarretado pela data-base pela administração.

Por fim, é de se considerar que ao apresentar sua proposta, os preços ofertados não mais pertencem a administração pública, mas sim ao licitante ofertante, onde o mesmo acorda em entregar o objeto pelo preço acordado, ciente de que nesses valores foram considerados todos os seus custos e que o seu reajuste somente ocorrerá após 1 ano.

Diante do exposto, com base no entendimento exarado pelo setor requisitante, com o qual esta CPL se coaduna, denego a pretensão da empresa, mantido os termos do Edital.

IV. DISPOSITIVO

Desta feita, pelas razões de fato e de direito acima expostas a Comissão Permanente de Licitação deliberou por **CONHECER** da presente impugnação para, no mérito, considera-la **IMPROCEDENTE**, deixando de dar provimento aos requerimentos da empresa Duto Engenharia Eireli, mantendo a incolumidade do Edital de Concorrência nº 001/2020.

Vitória, 20 de março de 2020.

Fernanda Mello Pereira

Presidente da Comissão Permanente de Licitação/SEDURB/SEDURB

Ana Paula Newmann Teixeira

Membro Titular da Comissão Permanente de Licitação/SEDURB

Saulo Brandão De Azevedo Penha

Membro Suplente da Comissão Permanente de Licitação/SEDURB