

Licitação

De: Luciano José Moresco <lmoresco@gmail.com>
Enviado em: terça-feira, 13 de março de 2018 15:33
Para: licitacao@sertao.rs.gov.br
Assunto: [SPAM] Impugnação Edital 15-2018

Boa tarde, encaminhamos em anexo impugnação ao Edital 15/2018, onde vosso órgão objetiva a aquisição de uma retroescavadeira e pequena discrepância em relação a característica dos pneus dianteiros do equipamento, podem estar nos impedindo de participar e contribuindo para uma menor disputa, conflitando com o princípio da ampla participação.

Além da impugnação estar sendo encaminhado por email, na data de hoje postamos uma via dessa e documentos nos Correios.

No corpo da impugnação estão os contatos para onde pode ser enviada a resposta a impugnação. Agradecemos.

Luciano Moresco
XCMG

AO

**SR. PREGOEIRO (A) DO MUNICÍPIO DE SERTÃO – RS.
COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÕES**

Objeto: Impugnação ao Instrumento Convocatório.

Edital de Pregão Presencial nº 015/2018

Contato para retorno da Impugnação:

Telefone: (51) 3751-3690;

Email: lmoresco@gmail.com; faturamento@graimpex.com.br.

XCMG BRASIL INDÚSTRIA LTDA., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o n. 14.707.364/0001-10, com sede na Rodovia Fernão Dias, BR 381, km 854, s/n, Bairro Distrito Industrial, Pouso Alegre, Minas Gerais, por seu representante que esta subscreve, vem, respeitosamente, apresentar **IMPUGNAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO**, com base nos seguintes fatos e fundamentos.

- Considerações preambulares.

Convém, inicialmente, destacar que é pressuposto inquestionável do Estado Democrático de Direito o fato da Administração Pública subordinar-se ao ordenamento jurídico vigente e, como notório, tal pressuposto se traduz na observância dos seguintes princípios:

Art. 37. A Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...).

No âmbito específico das licitações e contratos administrativos, a Lei nº 8.666/93 consagrou expressamente em seu artigo 3º os seguintes princípios:

Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção das propostas mais vantajosas 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 lhe são correlatos.

Do exposto acima, depreende-se que a atividade administrativa deve ser exercida em absoluta conformidade com a lei e os princípios inerentes. Das premissas licitatórias extrai-se a seguinte fórmula, que deve sempre ser almejada pela Administração Pública: busca da proposta mais vantajosa para a Administração por meio de procedimento formal em que fiquem asseguradas a isonomia e a competitividade.

Decorre daí, por óbvio, que a licitação é um procedimento informado, também, e principalmente, pela ideia de competição. Esse é o mote da atividade administrativa licitatória, que deve sempre estimular o incremento da disputa. Assim, se ao administrador socorrerem duas condutas, deverá sempre optar por aquela que favoreça a ampliação do universo de competidores, sob pena de ferir o interesse público, os princípios supramencionados e a legislação, viciando o ato que não respeitar essa lógica.

Com a presente IMPUGNAÇÃO AO EDITAL demonstrar-se-á que as condições do instrumento convocatório estão limitando a competitividade, reduzindo drasticamente a possibilidade de obter a melhor proposta, haja vista redução injustificada do universo de competidores, comprovando o direcionamento do certame.

O Superior Tribunal de Justiça consagrou no tocante à ampla competitividade às licitações públicas:

Da lição do mestre Marçal Justen Filho temos: “É certo que não pode a administração, em nenhuma hipótese, fazer exigências que frustrem o caráter competitivo do certame, mas sim garantir ampla participação da disputa licitatória, possibilitando o maior número possível de concorrentes, desde que tenham qualificação técnica e econômica para garantir o cumprimento das obrigações. (Marçal Justen Filho, in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 8ª ed., Ed. Dialética, São Paulo, 2000, p.335). Recurso especial não conhecido¹.

O próprio legislador estabeleceu que o caráter competitivo representa um princípio essencial da licitação, sem o qual a seleção da proposta mais vantajosa estará derradeiramente prejudicada. A competitividade, desde modo, é essencial à lógica interna do procedimento licitatório, sendo que onde não há competição, não há licitação, conforme orientação doutrinária:

Cabe ali um dos princípios fundamentais da licitação, que é o da oposição ou da competitividade, tão essencial na matéria que, se num procedimento licitatório, por obra de conluios,

¹Recurso Especial n. 361736/SP.

faltam a competição (ou oposição) entre os concorrentes, falecerá a própria licitação, inexistindo o instituto do mesmo.

Acrescentando-se, cite-se como inarredável a observância ao princípio da impessoalidade, com relação ao qual Celso Antônio Bandeira de Mello esclarece o sentido:

Nele se traduz a ideia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimimentos. Nem favoritismo nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie².

Toda a agressão ao princípio de impessoalidade, ainda que indiretamente, implicará desrespeito às regras de isonomia, já que ao deferir privilégios, mesmo que indiretos, a Administração deixará de tratar a todos segundo os mesmos padrões, nos termos impostos pela Constituição da República.

De fato, a igualdade de oportunidades nas licitações, foi consagrada na própria Constituição e configura conquista democrática essencial ao exercício pleno das garantias constitucionais, como bem destaca José dos Santos Carvalho Filho:

A se permitir a livre escolha de determinados fornecedores pelo administrador, estariam aliçados todos os demãos, o que seria de se lamentar, tendo em vista que, em numerosas ocasiões, poderiam eles apresentar à Administração melhores condições de contratação³.

Na hipótese vertente, as exigências habilitatórias inadequadas - que abaixo serão tratadas de forma detalhada - afastarão a participação de grande parte dos interessados, sem nenhuma eficiência compensatória relevante aos interesses licitados, conforme será adiante pontualmente demonstrado.

- Dos fatos e fundamentos.

A Impugnante é Empresa que realiza fabricação e comércio de máquinas e equipamentos, sendo que, nesta condição, participa de licitações nas três esferas administrativas de todo o território nacional.

² *In* Curso de Direito Administrativo, 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 114.

³ Manual de Direito Administrativo. 23 ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro. 2010, p 262.

No entanto, objetivando participar do Pregão Presencial nº 015/2018, constatou que Vossa Administração Municipal, pretende adquirir o seguinte bem:

Retroscavadeira nova, zero horas, ano/modelo 2018, tração 4 x 4, motor diesel, 4 cilindros, turbo, 100 hps, cabine fechada, ar condicionado, pneus traseiros 19.5 x 24, pneus dianteiros 12.5 x 80, peso operacional mínimo 7.000 kg, tanque de combustível de no mínimo 125 litros, caçamba frontal com dentes e capacidade de no mínimo 0,90 m³, caçamba traseira com capacidade mínima de 0,25 m³, espelho retrovisor interno, tacômetro/horímetro, cinto de segurança, com todos os itens de segurança exigidos pelo CTB, com garantia de 12 meses independentemente da quilometragem e/ou horas trabalhadas. Valor de Referência: 243.333,00.

Ocorre que constou do edital exigência limitativa a participação de concorrentes, sem que qualquer justificativa e amparo legal e jurídico para tanto. Esse descompasso entre o que está sendo exigido pelo órgão impugnado para com os princípios e normas que regem as compras públicas resta evidente a medida que algumas das características indicadas não estão amparadas por nenhuma justificativa técnica/operacional, o que, por si só, macula o processo, acaso mantido como está.

Trataremos dessa exigência descabida individualmente para demonstrar sua impertinência:

– “pneus dianteiros 12.5 x 80”.

Veja que as especificações para o pneu dianteiro conforme descritas, não indicam nenhuma justificativa para serem requisitadas. O equipamento que a impugnante pretende cotar no aludido certame possui pneus dianteiros as seguintes configurações: 12x16.5 , sendo que apenas possui pneus dianteiros 12.5 x 80, na condição de item opcional, não se enquadrando perfeitamente, portanto, nesta especificação.

Esta exigência (pneus dianteiros 12.5 x 80) só se justifica para inviabilizar a participação de mais competidores, infringindo aquele que é um dos basilares princípios de uma licitação – buscar a proposta mais vantajosa, decorrente de ampla competitividade, bem como certamente elevará o preço do equipamento, haja vista que se trata de pneu especial.

Ademais, cabe destacar que o produto comercializado pela impugnante atende plenamente todas as especificações exigidas no edital que qualificam o equipamento que se pretende adquirir, na plenitude de sua capacidade operacional, restando apenas pequena divergência em relação aos requisitos descritos acima, os quais precisam ser reavaliados por Vossa Administração, haja vista que

limitam a participação de diversas outras empresas, que ao fim se mostra contrária ao interesse público, pois certamente haverá número inferior de participantes no certame.

Adentrando nas especificidades das duas configurações para o item pneu dianteiro, temos que a configuração comparativa das duas configurações, seja a solicitada no edital (12,5X80) seja a do item que compõe o equipamento que a impugnante pretende cotar (12X16,5)

- a) índice de carga e velocidade: para ambos os pneus o índice é de “10”;
- b) largura sem carga: do 12,5X80 – 308mm, enquanto do 12X16,5 de 307mm;
- c) carga máxima (kg): do 12,5X80 – 2.065kg, enquanto do 12X16,5 – 2.540kg;

Ou seja, pela avaliação das três especificações acima referidas, percebe-se que tanto uma configuração de pneu como outra possuem características que alcançam qualidade ao equipamento que o órgão impugnado pretende adquirir. Mais, uma das características mais relevantes que é a capacidade de carga, na especificação 12X16,5 (que equipa a retroscavadeira que a licitante pretende cotar) apresenta-se como item de qualidade superior por possuir capacidade de carga maior que o comparativo em **475 KG**, ou seja, suporta carga acima de 20% em relação ao outro.

Logo, verifica-se não ser razoável a exigência editalícia impugnada, pois representa o impedimento de participação da impugnante e outros possíveis competidores, o que configura-se em afronta ao princípio da ampla concorrência.

Pedimos vênias para anexar extratos de decisões do TCU acerca da proibição de serem lançadas exigências restritivas a competitividade em editais de licitação:

TCU – Acórdão 2079/2005 – 1ª Câmara – “9.3.1. abstenha-se de incluir nos instrumentos convocatórios condições não justificadas que restrinjam o caráter competitivo das licitações, em atendimento ao disposto no art. 3º da Lei nº 8.666/93;”

TCU – Decisão 369/1999 – Plenário – “8.2.6 abstenha-se de impor, em futuros editais de licitações, restrições ao caráter competitivo do certame e que limitem a participação de empresas capazes de fornecer o objeto buscado pela Administração Pública, consoante reza o art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/93;”

TCU- Acórdão 1580/2005 – 1ª Câmara – “Observe o § 1º, inciso I, do art. 3º da Lei 8.666/1993, de forma a adequadamente justificar a inclusão de cláusulas editalícias que possam restringir o universo de licitantes.”

Por tal razão, a exigência sequer deveria ter constado no edital, pois obstrui a participação de empresas concorrentes, impedindo a competitividade e, conseqüentemente, desperdiçar propostas mais vantajosas à Administração Pública.

Impende destacar que as formalidades do edital devem ser examinadas segundo a utilidade e finalidade, considerando, ainda, o princípio da competitividade que domina todo o procedimento. A interpretação dos termos do edital não pode conduzir a atos que acabem por malferir a própria finalidade do procedimento licitatório, restringindo o número de concorrentes e prejudicando a escolha da melhor proposta.

Por tal razão, as citadas exigências não devem permanecer no edital, pois, caso contrário, obstruirão a participação de inúmeras empresas no certame telado, além de impedir a competitividade e, conseqüentemente, desperdiçar propostas mais vantajosas à Administração Pública.

No parágrafo 1º, inciso I, do mesmo artigo 3º, da Lei 8.666/93, está implícito outro princípio da licitação, que é o da competitividade decorrente do princípio da isonomia: é vedado aos agentes públicos “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”

No mesmo parágrafo 1º, inciso II, do artigo 3º, da Lei 8.666/93, há ainda outra aplicação do princípio da isonomia, quando se veda aos agentes públicos estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamentos, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais, ressalvado o disposto no parágrafo seguinte e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991.

Assim, constata-se que limitando o acesso à licitação, restará reduzido o número de potenciais participantes, sendo consequência lógica que a Administração acaba por afrontar a previsão legal do instituto da licitação, fazendo com que aquilo que deveria oferecer maior segurança acabe por impedir que a concorrência se materialize, tornando ineficaz a licitação.

- Da aplicação das leis nº 10.520/2002 e nº 8.666/93; e do princípio da igualdade (isonomia)

O disposto no artigo 1º da Lei 10.520/2002 (que institui a modalidade Pregão) dispõe que a modalidade Pregão pode ser utilizada nos casos de aquisição de bens comuns, cuja definição seja padronizada e de acessível e objetiva descrição.

O artigo 3º da referida Lei dispõe que deve ser observado a definição do objeto, sendo vedadas as especificações que limitem a competição, *in verbis*:

Art. 3º A fase preparatória do pregão observará o seguinte;

[...]

II - a **definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição**; (grifo nosso)

Consonante com o que delineamos acima, o STJ vem decidindo que:

As regras do procedimento licitatório devem ser interpretadas de modo que, sem causar qualquer prejuízo a administração e aos interessados no certame, **possibilitem a participação do maior numero de concorrentes**, a fim de que seja possibilitado se encontrar, entre várias propostas, a mais vantajosa. (MS 5.606/DF, rel.min. José Delgado), **(grifo nosso)**.

Assim, considerando-se que a Constituição Federal, bem como a Lei nº 8.666/93 autorizam apenas as exigências mínimas necessárias à satisfatória execução do objeto licitado, a solicitação editalícia de que o equipamento possua a exigência ora impugnada, merece ser revista e afastada pela IMPUGNADA, pois comprometem o caráter competitivo do certame.

- Dos pedidos.

Ante todo o exposto e na melhor forma em direito admitida, requer-se o quanto segue:

- a) Seja a presente impugnação recebida e analisada pelo procurador/assessor jurídico e pelo pregoeiro de Sertão – RS.
- b) Seja realizado julgamento da presente impugnação pelo Senhor Pregoeiro Municipal, para o efeito de retificar o edital pelas razões expostas na presente manifestação, devendo ser afastada a exigência referente a solicitação de que o equipamento possua pneus dianteiros 12.5 x 80, consoante considerações acima deduzidas.
- c) Seja suspensa a licitação para adequação do Edital, suprimindo a ilegalidade ora questionada, no sentido de serem promovidas as alterações técnicas suscitadas, possibilitando a participação do maior número de concorrentes possível.

d) Subsidiariamente, para o caso de não serem acolhidos os pedidos acima, considerando que o equipamento que a impugnante pretende cotar possui item (pneu) que pode ser considerado, inclusive, superior em qualidade ao que está sendo pleiteado no edital (ao nosso ver, de forma restritiva), pugnamos por manifestação do órgão impugnado quanto a concordância com indicação de equipamento que possui pneus dianteiros com as características indicadas (12X16,5).

e) Caso não acolhidos os pedidos aqui delineados, serão encaminhadas cópias da presente impugnação ao Ministério Público Estadual e ao Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, para que tomem conhecimento das irregularidades aqui questionadas.

f) Que seja acatada a presente impugnação, julgando-se procedentes todos os pedidos ora deduzidos.

Pelo deferimento.

Venâncio Aires, 13 de março de 2018.



XCMG BRASIL INDÚSTRIA LTDA.

CNPJ n. 14.707.364/0001-10.

Citamos e anexamos estudo realizado pelo Ministério Público de Santa Catarina, que se materializou em NOTA TÉCNICA de orientação aos membros do MP daquele Estado, para contribuir na fiscalização da aquisição e reforma de máquinas por órgãos públicos.

Segue também decisão do TCE/RS que, analisando representação da impugnante em outra licitação, determinou a suspensão do procedimento por identificar que o edital continha exigências injustificadas e restritivas a ampla participação de competidores qualificados.