

RESPOSTA À IMPUGNAÇÃO

A empresa BMC HYUNDAI S/A apresentou impugnação ao Edital do Processo Licitatório nº 36/2019, na modalidade de Pregão Eletrônico nº 01/2019, com o objetivo de que o Município de Palmitos exclua a exigência de que a escavadeira hidráulica possua motor com a mesma marca do fabricante do equipamento.

É o necessário relatório.

I - DA TEMPESTIVIDADE:

Tanto na Lei nº 8.666/93, quanto na legislação alusiva ao Pregão, nos dispositivos pertinentes à impugnação ao edital constam a expressão "até", a qual, sem sombra de dúvidas, deve nortear o intérprete na análise da tempestividade, ou não, do pedido de impugnação apresentado pelo licitante interessado.

Desta feita, se o § 2º, do art. 41, da Lei nº 8.666/93 determina de modo expresso que o licitante deve protocolar sua impugnação ao edital "até" o segundo dia útil que anteceder a abertura do certame, isso significa que o documento pode ser apresentado inclusive durante o transcorrer do segundo útil anterior ao início da licitação.

A utilização do termo "até" nos comandos normativos em referência traz, evidentemente, o entendimento de que no segundo dia anterior à abertura do certame ainda se mostra possível apresentar o pedido de impugnação ao edital eventualmente contestado.

Assim, na medida em que a licitação possui data de abertura e julgamento das propostas marcada para o dia 17/04/2019, o prazo fatal para interposição da impugnação ao edital findar-se-á no dia 15/04/2019, logo, tendo sido protocolada em 11/04/2019, resta indubitável sua tempestividade.

Oportuno mencionar, inclusive, que o TCU adota este entendimento, conforme se verifica do Acórdão nº 1/2007 (processo TC 014.506/2006-2), através do qual julgou tempestiva uma impugnação apresentada em 22/11/2005 (terça-feira) em face de um pregão que teria abertura em 24/11/2005 (quinta-feira).

Por fim, verifica-se que a pretensão é tempestiva, haja vista que o item 21.1 do edital concede o prazo de até 2 (dois) dias úteis antes da data fixada para o recebimento das propostas para apresentar impugnação.

II - DA IMPUGNAÇÃO:

A empresa impugnante sustenta sua irresignação no argumento de que a exigência de motor de mesma marca do fabricante ou do grupo do fabricante da máquina ofertada é abusiva e busca o direcionamento para uma determinada marca.

É inegável que os agentes públicos devem nortear suas ações tendo como premissa fundamental o cumprimento dos princípios que regem a Administração Pública.

Por isso que o mandatário e os servidores do Município possuem o poder da discricionariedade na definição e determinação dos bens e serviços que pretendem contratar, visando atender o interesse público.

O art. 3º da Lei nº 8.666/93 trata dos princípios constitucionais que devem ser respeitados nas contratações públicas:

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. (original sem grifo)

Ao mencionar a seleção de proposta mais vantajosa, a legislação pertinente reforça o poder discricionário do agente público quando caracteriza o equipamento adequado às necessidades do serviço público.

Ademais, não é uma faculdade dos entes públicos descrever corretamente o objeto pretendido, mas sim um dever, nos termos da Lei de Licitações:

Art. 14. Nenhuma compra será feita sem a adequada caracterização de seu objeto e indicação dos recursos orçamentários para seu pagamento, sob pena de nulidade do ato e responsabilidade de quem lhe tiver dado causa. (original sem grifo)

Acerca da alegada violação ao princípio da isonomia, cita-se os ensinamentos do ilustre professor Marçal Justen Filho, conforme abaixo:

"Há equívoco em supor que a isonomia veda a diferenciação entre os particulares para contratação"

com a Administração. A Administração necessita contratar com terceiros para realizar seus fins. Logo, deve escolher o contratante e a proposta. Isso acarreta inafastável diferenciação entre os particulares. Quando a Administração escolhe alguém para contratar, está efetivando uma diferenciação entre os interessados. Em termos rigorosos, está introduzindo um tratamento diferenciado para os terceiros. A diferenciação e o tratamento discriminatório são insuprimíveis, sob esse ângulo.

(...)

A licitação consiste em um instrumento jurídico para afastar a arbitrariedade na seleção do contratante. Portanto, o ato convocatório deverá definir, de modo objetivo, as diferenças que são reputadas relevantes para a Administração. A isonomia significa o tratamento uniforme para situações uniformes, distinguindo-se-as na medida em que exista diferença". (Comentários à Lei de Licitações e Contratos, 10ª edição, Editora Dialética, São Paulo, 2004, pg. 50). (original sem grifo)

Pelo ensinamento retro, percebe-se que as exigências para a aquisição de uma máquina com as características descritas no edital licitatório não são arbitrárias e, tampouco, discriminatórias, eis que plenamente justificadas pela necessidade de se adquirir um produto de boa qualidade, praticidade, economia, eficiência e durabilidade, pelo qual seu altíssimo valor merece zelo adicional.

A utilização de escavadeiras hidráulicas de propriedade da municipalidade, durante vários anos, serviu de experiência para a confecção do objeto do edital, com a constatação de todas as dificuldades dos serviços, possíveis panes, trocas de óleo, abastecimento, entre outros. Por consequência, em momento algum está a Administração Municipal ferindo o princípio da igualdade.

Em relação ao inciso I, do § 1º, do art. 3º, da Lei nº 8.666/93, que veda a possibilidade de inclusão de cláusulas que impeçam a competitividade entre as licitantes, o administrativista Marçal Justen Filho, em comentários à Lei 8.666/93, leciona com precisão:

"No inc. I, arrolam-se os casos em que as condições impostas pelo ato convocatório distorcem o procedimento licitatório. O disposto não significa, porém, vedação a cláusulas restritivas da participação. Não impede a previsão de exigências rigorosas nem impossibilita exigências que apenas possam ser cumpridas por específicas pessoas. Veda-se cláusula desnecessária ou inadequada cuja previsão seja orientada não a

Sodi



selecionar a proposta mais vantajosa, mas a beneficiar alguns particulares. Se a restrição for necessária para atender ao interesse coletivo, nenhuma irregularidade existirá em sua previsão."

(...)

"O ato convocatório tem de estabelecer as regras necessárias para seleção da proposta mais vantajosa. Se essas exigências serão ou não rigorosas, isso dependerá do tipo de prestação que o particular deverá assumir." (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos (pgs. 68/69). 10ª ed. São Paulo: Dialética 2004). (original sem grifo)

Desta forma, o fato da empresa impugnante não possuir produtos nas condições exigidas no edital, não significa que está sendo violada a isonomia ou que seu reclame possui respaldo, tampouco, importa em dizer que a licitação está direcionada, como quer fazer crer, eis que há competitividade no mercado no que se refere a empresas que fabriquem escavadeira hidráulica com motor da mesma marca do fabricante ou do mesmo grupo econômico do fabricante máquina que se busca adquirir.

Aliás, a impugnante sustenta que, além da empresa Hyunai, "as seguintes fabricantes de equipamentos pesados que não utilizam motores da sua própria marca: (i) John Deere, (ii) Volvo, (iii) Randon, (iv) Doosan, (v) Dynapac, (vi) Sany, (vii) JCB, (viii) Ammann, (ix) Bomag e (x) Wirtgne".

No entanto, cabe aqui um esclarecimento, pois mediante pesquisa na internet, constatou-se que as empresas abaixo não possuem escavadeira hidráulica:

(iii) Randon, (v) Dynapac, (viii) Ammann, (ix) Bomag e (x) Wirtgne.

A marca (vi) Sany possui escavadeira hidráulica, mas com motor Tier II, o que a excluiria do certame, pois há exigência de motor Tier III.

Enquanto que as demais fabricantes - (i) John Deere, (ii) Volvo, (iv) Doosan e (vii) JCB, possuem equipamento com motor da mesma marca, conforme documentos impressos de seus sites na internet, logo, aptas a participar.

Mas, importante frisar que além das marcas acima, as empresas Caterpillar e Komatsu, igualmente possuem a mesma exigência.

Ultrapassado este questionamento, pode-se indagar, onde está a vantagem do motor ser da mesma marca do fabricante da máquina ou de seu grupo econômico?

A principal razão é quanto a garantia do motor. Em caso de pane e outras intercorrências que podem acontecer com o motor, quem será responsável pela garantia, o fabricante da máquina ou o do motor?

A importância de um motor da mesma marca do fabricante da máquina ou de seu grupo econômico, objetiva buscar a aquisição de um conjunto com funcionamento harmônico entre o motor e os demais componentes da máquina, evitando montagens inapropriadas, ensejando melhor funcionamento e economia de combustíveis e lubrificantes.

Ao final, transcreve-se a Decisão nº 351 do Tribunal de Contas da União:

A proibição de cláusulas ou condições restritivas do caráter competitivo não constitui óbice a que a Administração estabeleça os requisitos mínimos para participação no certame considerados necessários à garantia do contrato, à segurança e perfeição da obra ou do serviço, à regularidade do fornecimento ou ao atendimento de qualquer outro interesse público (fundamentação legal, art. 3º, § 1º, inciso I, Lei nº 8.666/93). (original sem grifo)

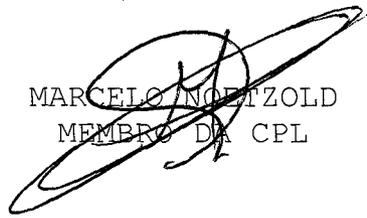
Diante do exposto, **DECIDE** a Comissão Permanente de Licitações do Município de Palmitos NÃO ACOLHER a impugnação da empresa BMC HYUNDAI S/A, mantendo-se hígido o edital de licitação do Processo Licitatório nº 36/2019, na modalidade de Pregão Eletrônico nº 01/2019.

Dê-se ciência desta decisão à empresa impugnante.

Palmitos, 15 de abril de 2019.


ANDRESSA TRIACCA
PREGOEIRA


SOELI MARIA CASTOLDI
PRESIDENTE DA CPL


MARCELO NOETZOLD
MEMBRO DA CPL


ONÁVIO PEDRO SEIBERT
MEMBRO DA CPL


NILTON CESAR RIGONI
OAB/SC 14059B

