

RESPOSTA À IMPUGNAÇÃO

As empresas PESA AGRO COMÉRCIO DE MÁQUINAS S/A (CNPJ 10.708.621/0001-88), MACROMAQ EQUIPAMENTOS LTDA (CNPJ 83.675.413/0001-01) e BERTINATTO MÁQUINAS EIRELLI - EPP (CNPJ 11.920.102/0001-41), respectivamente, apresentaram impugnação ao Edital do Processo Licitatório nº 35/2020, na modalidade de Pregão Presencial nº 18/2020.

A primeira impugnante pugna pela anulação do Edital, sustentando a necessidade de constar que a máquina deve ser equipada com "Motor turbo diesel o qual poderá ser da marca do fabricante ou empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico que o equipamento", que deve ser "ano de fabricação 2019 ou 2020" e que a licitante apresente a outorga como concessionária do fabricante e não somente como revenda autorizada.

A segunda impugnante elenca três itens que devem ser excluídos da especificação, a saber: a) motor da mesma marca do fabricante da máquina ofertada; b) peso operacional de 18.000 kg; e, c) tanque de combustível com capacidade de 300 litros.

Alternativamente requer que as exigências supra sejam modificadas, passando a vigorar com as seguintes redações: a) motor da mesma marca do fabricante da máquina ofertada ou de fabricação nacional; b) peso operacional mínimo de 17.100 kg; e, seja excluída a exigência de tanque de combustível com capacidade de 300 litros.

Já, a terceira impugnante pleiteia a exclusão dos seguintes itens: a) motor da mesma marca do fabricante da máquina ofertada; e b) peso operacional de 18.000 kg ou, alternativamente, seja reduzido o peso operacional para 16.647 kg.

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 final para entrega dos envelopes marcada para o dia 16/04/2020, o prazo fatal para interposição de impugnação ao edital encerrar-se-á no dia 14/04/2020. Logo, tendo sido protocoladas as impugnações, respectivamente, em 13/04/2020, 13/04/2020 e 09/04/2020, resta indubitável sua tempestividade.

Oportuno mencionar, inclusive, que o TCU adota este entendimento, conforme se verifica no 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 2.4.1 do edital concede o prazo de até 2 (dois) dias úteis antes da data fixada para o recebimento das propostas para apresentar impugnação.

II - MÉRITO:

II.a) MOTOR A DIESEL COM A MESMA MARCA DA MÁQUINA OFERTADA:

As três empresas demonstraram irresignação quanto à exigência de motor de mesma marca do fabricante da máquina ofertada, ao argumento de que remete a direcionamento para um determinado equipamento.

No entanto, o fato das empresas impugnantes não possuírem equipamentos que atendam às exigências do edital, não significa que está sendo violada a isonomia ou que seu reclame possua respaldo, tampouco, importa em dizer que a licitação está direcionada, como querem fazer crer, eis que há competitividade no mercado no que se refere a empresas que fabricam motoniveladoras com motor da mesma marca do fabricante da máquina a ser adquirida.

Aliás, na tabela apresentada na impugnação da empresa Bertinatto - portanto, sem que se faça uma busca mais complexa - é possível afirmar que as motoniveladoras das marcas *Komatsu*, *Caterpillar*, *Case/FTP*, *New Holland/FTP* e *John Deere* estão equipadas com motor da mesma marca do fabricante do equipamento, logo, aptas a participar deste certame.

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

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, 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 combustível e lubrificante.

II.b) PESO OPERACIONAL DE 18.000 KG:

Não obstante item tenha sido impugnado pela segunda e terceira empresa, não merece acolhida.

Isto porque a municipalidade elegeu que o Peso Operacional mínimo deve ser de 18.000 kg, porquanto o território municipal possui relevo bastante íngreme e acidentado, sendo que o peso maior ajuda na fixação da motoniveladora no solo.

Ademais, observa-se que, alternativamente, as empresas pugnam pela redução do peso operacional, respectivamente, para 17.100 kg e 16.647 kg.

Seguindo este raciocínio, não haveria limites, eis que como se admitiria a primeira alteração para 17.100 kg, o Município teria que acatar todas as demais impugnações no mesmo sentido e, em sendo assim, poderia resultar na aquisição de máquina com peso operacional tão baixo que poderia refletir no bom desempenho das atividades.

Por fim, importante destacar que, pelo menos, as motoniveladoras *Caterpillar* (15.130 kg a 23.077 kg), *Komatsu* (15.860 kg a 18.400 kg), *New Holland/FTP* (19.070 kg) e *John Deere* (16.012 kg a 22.680 kg) atendem a esta exigência,

Socli



demonstrando, novamente, não haver direcionamento nas exigências editalícias.

II.c) ANO DE FABRICAÇÃO 2020:

A primeira impugnante requer a alteração da exigência envolvendo o ano de fabricação do equipamento a ser adquirido pela municipalidade, para que seja permitido que a motoniveladora tenha sido fabricada no ano de 2019 ou 2020.

Não há qualquer razão para a municipalidade acatar esta impugnação, notadamente em face de que estamos em meados do mês de abril de 2020, portanto, é crível que as empresas já possuam em seus estoques ou então consigam obter equipamentos fabricados no ano em curso.

Ao final, não se verifica qualquer direcionamento, tendo em vista que nenhuma outra empresa pretendeu a alteração deste quesito, donde se conclui que outras empresas têm condições de ofertar motoniveladora fabricada no ano de 2020 e, sendo declarada vencedora, efetivar a entrega.

II.d) TANQUE DE COMBUSTÍVEL COM CAPACIDADE PARA 300 LITROS:

Arguida pela segunda impugnante, igualmente temos que não merece acolhida esta pretensão.

A primeira circunstância para que se alcance esta conclusão remete á grande extensão territorial do Município de Palmitos, necessitando deslocamentos grandes dos equipamentos e veículos que realizam a manutenção das estradas interioranas.

Ademais, quanto maior a capacidade do tanque de combustível, em tese, maior será a autonomia do equipamento, permitindo que o operador mantenha a máquina em funcionamento/trabalhando por maior tempo, sem a necessidade de paradas para abastecimento.

Ademais, novamente buscando subsídio na tabela apresentada na impugnação da empresa Bertinatto, observa-se que motoniveladoras das marcas *LiuGong*, *Komatsu*, *Caterpillar*, *Case/FTP*, *New Holland/FTP* e *John Deere* estão equipadas com tanque de combustível com capacidade igual ou maior que 300 litros, não havendo que se falar em direcionamento.

II.e) ANULAÇÃO DO EDITAL:

A primeira impugnante sustentou a ilegalidade dos itens acima descritos e ao final pugnou pela anulação do edital do Processo Licitatório nº 35/2020.

Contudo, mesmo que fossem acolhidos os itens impugnados, não se trataria de anulação do edital, mas sim, de sua alteração, com designação de nova data para entrega dos envelopes.

Ou ainda, caso os argumentos apresentados resultassem em dúvida quanto a um ou mais quesitos, poderia o ente público suspender a tramitação do feito para adequação das características da máquina a ser adquirida.

III - DO DIREITO:

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:

Socli

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, eis que plenamente justificadas pela necessidade de se adquirir um equipamento de boa qualidade, praticidade, economia, eficiência e durabilidade, pelo qual seu altíssimo valor merece zelo adicional.

A utilização de motoniveladoras e outras máquinas pesadas, 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.

Socli

A

6



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 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, como dito anteriormente, o fato de existir empresas que não possuem equipamentos que atendam as exigências do edital, não significa dizer que se está violando a isonomia ou que a licitação está direcionada, eis que há competitividade no mercado no que se refere a empresas que fabricam equipamento com as exigências editalícias.

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 as impugnações das empresas PESA AGRO COMÉRCIO DE MÁQUINAS S/A,

Socle



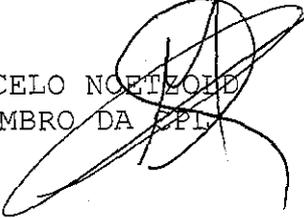
MACROMAQ EQUIPAMENTOS LTDA e BERTINATTO MÁQUINAS EIRELLI - EPP, mantendo-se hígido o edital de licitação do Processo Licitatório nº 35/2020, na modalidade de Pregão Presencial nº 18/2020.

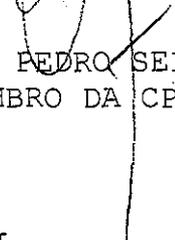
Dê-se ciência desta decisão às empresas impugnantes.

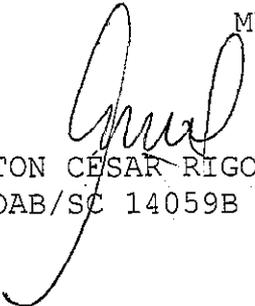
Palmitos, 14 de abril de 2020.


ANDRÉSSA TRIACCA
PREGOEIRA


SOELI MARIA CASTOLDI
PRESIDENTE DA CPL


MARCELO NOETZOLD
MEMBRO DA CPL


ONÁVIO PEDRO SEIBERT
MEMBRO DA CPL


NILTON CÉSAR RIGONI
OAB/SC 14059B