

RESPOSTA À IMPUGNAÇÃO

As empresas PAVIMÁQUINAS COMÉRCIO DE PEÇAS E SERVIÇOS LTDA (CNPJ 85.199.578/0001-71), MACROMAQ EQUIPAMENTOS LTDA (CNPJ 83.675.413/0002-84), BERTINATTO MÁQUINAS EIRELI - EPP (CNPJ 11.920.102/0001-41) e ENGEPEÇAS EQUIPAMENTOS LTDA (05.063.653/0010-24) apresentaram impugnação ao Edital do Processo Licitatório nº 81/2021, na modalidade de Pregão Eletrônico nº 23/2021.

É o necessário relatório.

I - DA TEMPESTIVIDADE:

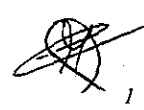
Tanto na Lei nº 8.666/93, quanto na legislação alusiva ao Pregão, nos dispositivos pertinentes à impugnação ao edital constam a expressão "até", a qual, sem sombra de dúvidas, deve nortear o intérprete na análise da tempestividade, ou não, do pedido de impugnação apresentado pelo licitante interessado.

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 para recebimento das propostas até 17/11/2020, o prazo fatal para interposição de impugnação ao edital encerrar-se-á no dia 12/11/2021 (15/11 é feriado). Logo, tendo sido protocoladas as impugnações, respectivamente, em 03/11/2021, 03/11/2021, 04/11/2021 e 09/11/2021, 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).



II - MÉRITO:

II.1 - ESCAVADEIRA HIDRÁULICA:

Para esta máquina, a empresa MACROMAQ apresentou impugnação, objetivando a exclusão de dois itens: a) "motor da mesma marca do fabricante da máquina ofertada" e, b) "governador eletrônico".

II.1.a) MOTOR A DIESEL COM A MESMA MARCA DA MÁQUINA OFERTADA:

A irresignação da empresa impugnante quanto à exigência de motor de mesma marca do fabricante da máquina ofertada, reside no argumento de que remete a direcionamento para um determinado equipamento.

No entanto, o fato da empresa impugnante não possuir equipamento que atenda às exigências do edital, não significa que está sendo violada a isonomia ou que seu reclame possua respaldo, tampouco, importa dizer que a licitação está direcionada, como quer fazer crer, eis que há competitividade no mercado no que se refere a empresas que fabricam escavadeiras hidráulicas com motor da mesma marca do fabricante da máquina a ser adquirida.

Aliás, na relação apresentada na impugnação como sendo "Algumas montadoras de máquinas que NÃO utilizam motores da própria marca", há menção às marcas John Deere, JCB e Volvo.

Entretanto, em pesquisa na internet, é possível constatar que as marcas acima equipam suas escavadeiras hidráulicas com motor da mesma marca do fabricante.

Portanto, sem que se faça uma busca mais complexa - é possível afirmar que as equipamentos das marcas John Deere, Volvo e JCB estão equipadas com motor da mesma marca do fabricante do equipamento, logo, aptas a participar deste certame.

Ainda sobre as marcas elencadas na impugnação da empresa Macromaq, é possível verificar a indicação das marcas Dynapac e Ammann, no entanto, ambas não são fabricantes de escavadeiras hidráulicas.

Ademais, já houve enfrentamento da matéria em análise pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, o qual entende válida a exigência:

Rua Independência, 100, Centro

CNPJ: 85.361.863/0001-47

☉ palmitos.sc.gov.br

☉ facebook.com/governodepalmitos

☉ (49) 3647-9600

Socli

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. PREGÃO PRESENCIAL. PROCEDIMENTO DEFLAGRADO PARA AQUISIÇÃO DE PÁ CARREGADEIRA. MUNICÍPIO DE RANCHO QUEIMADO. PRETENSA DECLARAÇÃO DE NULIDADE DA SENTENÇA POR CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. MÉRITO. **INSURGÊNCIA QUANTO À EXIGÊNCIA DE QUE A PÁ CARREGADEIRA LICITADA TENHA MOTOR A DIESEL, DA MESMA MARCA DA MÁQUINA** (ANEXO I, ITEM 2). **REQUISITOS QUE ESTÃO EM CONSONÂNCIA COM OS PRINCÍPIO DA ECONOMICIDADE E EFICIÊNCIA.** SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. APELAÇÃO DESPROVIDA. "[...] é relevante destacar que é perfeitamente cabível o ato convocatório adotar cláusulas restritivas da participação. Não há impedimento à previsão de exigências rigorosas nem impossibilidade de exigências que apenas possam ser cumpridas por específicas pessoas. O que se veda é a adoção de exigência desnecessária ou inadequada, cuja previsão seja orientada não a selecionar a proposta mais vantajosa, mas a beneficiar ou prejudicar alguns particulares." (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 15. Ed. São Paulo: Dialética, 2012, fls. 80/81). (TJSC, Apelação Cível n. 0301374-31.2018.8.24.0057, de Santo Amaro da Imperatriz, rel. Des. Francisco Oliveira Neto, Segunda Câmara de Direito Público, j. 15-10-2019). (original sem grifo)

Do bojo do acórdão, extrai-se as seguintes observações manifestadas pelo Desembargador Relator:

"In casu, a exigência adotada no edital deflagrado pela municipalidade - a aquisição de uma pá carregadeira **com motor a Diesel, da mesma marca da máquina** (Anexo I, item 2) - guarda estrita relação com o objeto do certame, bem como com os fins buscados pela administração pública por se tratar de ofício necessário à melhor eficiência nos serviços públicos.

Com efeito, a exigência aludida não se afigura restritiva nem dissociada do interesse público, à medida que, conforme alegado em sede de contestação, "a exigência de que o motor seja da mesma marca do equipamento fabricado é justificável face as questões técnicas aduzidas, pretendendo-se evitar problemas de qualidade dos produtos, eficiência, durabilidade e de prejuízos com a inutilização, ainda que temporária, do equipamento,

o qual necessita estar em regular funcionamento para sua aplicação na execução dos serviços de manutenção das estradas e realização de obras municipais" (fl. 274).

Nesse panorama, observe-se que não há exigência de marca específica para o motor, e sim de que o motor seja produzido pelo mesmo fabricante da máquina, de modo que os argumentos do ente público estão em consonância com os princípios da economicidade e eficiência." (original sem grifo)

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) GOVERNADOR ELETRÔNICO:

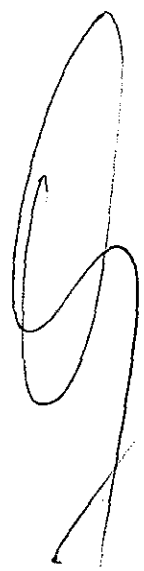
A segunda empresa impugnante requer a exclusão da exigência de Governador Eletrônico para o item Escavadeira Hidráulica.

Entretanto, a pretensão sob análise não merece acolhida.

Isto porque, a rotação de trabalho do motor Diesel depende da quantidade de combustível injetada, a qual é dosada pela bomba injetora, controlado pelo mecanismo de aceleração.

O mecanismo de aceleração, por si só, não é capaz de controlar a rotação do motor quando ela tende a cair ou subir com a elevação ou diminuição da carga, sendo necessário outro dispositivo que assegure o controle da dosagem de combustível.

Para solucionar o problema, existem governadores eletrônicos que oferecem a melhor precisão que



se pode conseguir.
(<http://fatecsantoandre.edu.br/arquivos/TCC295.pdf>)

Ademais, apenas as máquinas dotadas de motor com bomba injetora do modo antigo não usa esse módulo eletrônico, que é um computador que guia o motor.

Importante mencionar, ainda, que vários entes públicos lançaram edital licitatório contendo a mesma exigência impugnada:

https://www.saolourencodosul.rs.gov.br/editais/19_pe_06_2012.pdf

http://www.comprasnet.gov.br/ConsultaLicitacoes/download/download_editais_detalhe.asp?coduasg=925373&odprp=5&numprp=8442013

<https://agudo.rs.gov.br/content/arquivos/29-2016-2886.pdf>

Assim, tendo em vista que há várias fabricantes de escavadeiras hidráulicas aptas a participar do certame licitatório, não há porque acolher a exclusão da exigência, notadamente, frente à inexistência de direcionamento.

II.2 - RETROESCAVADEIRA:

No tocante ao item 02 do edital (retroescavadeira), todas as empresas apresentaram impugnação, conforme abaixo:

A empresa PAVIMÁQUINAS impugnou as exigências de "motor da mesma marca do fabricante" e transmissão "power shift".

A empresa MACROMAQ manifesta sua irresignação quanto à exigência de que o "motor da mesma marca do fabricante da máquina ofertada".

A empresa BERTINATTO pleiteia a exclusão da exigência de "motor da mesma marca do fabricante da máquina ofertada".

Alternativamente, requer que a exigência supra seja modificada, passando a vigorar com a seguinte redação: "motor diesel (...) da mesma marca, ou grupo econômico, do fabricante da máquina ofertada".

Por fim, a empresa ENGEPEÇAS impugna a exigência de transmissão "power shift" e pneus dianteiros e traseiros de 12 lonas.

Estas impugnações exigem uma análise mais detalhada do edital, especialmente quanto à exigência de transmissão "power shift".

Por esta razão, entendemos ser necessária a revogação do item 02 do edital, para que os demais itens não sejam prejudicados e, tão logo haja decisão acerca do acolhimento, ou não, das impugnações, seja lançado no edital.

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: A

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 escavadeiras hidráulicas, 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.

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 equipamentos 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:

a) NÃO ACOLHER a impugnação da empresa MACROMAQ EQUIPAMENTOS LTDA, mantendo-se hígido o item 01 do edital de licitação do Processo Licitatório nº 81/2021, na modalidade de Pregão Eletrônico nº 23/2021.

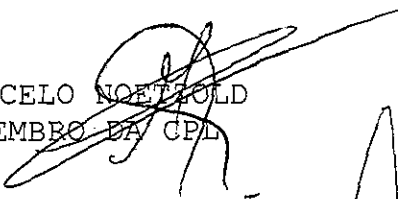
b) REVOGAR o item 02 do edital do Processo Licitatório nº 81/2021, na modalidade de Pregão Eletrônico nº 23/2021.

Dê-se ciência desta decisão às empresas impugnantes.

Palmitos, 12 de novembro de 2021.


ANDRESSA 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