



Departamento Jurídico

Protocolo Interno n. <u>001113</u>
Em <u>12/06</u> de <u>13</u>
 Funcionário

À

Comissão de Licitações do

CONSÓRCIO PÚBLICO INTERMUNICIPAL PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTAVEL DA REGIAO SUDOESTE PINHAIS DO ESTADO PARANÁ

REFERÊNCIA: Pregão Eletrônico- Nº 01/2013

Constitui objeto da presente licitação, Registro de Preços, para aquisição de:

ROLO COMPACTADOR VIBRATORIO TANDEM (CHAPA A CHAPA) NOVO, PESO OPERACIONAL MÁXIMO DE NO MINIMO 9800 KG, LARGURA MINIMA DO CILINDRO DE 1600MM, POTENCIA NOMINAL MINIMA DE 96 HP, ANO DE FABRICAÇÃO 2013/2013 E FÁBRICA INSTALADA NO BRASIL A NO MÍNIMO 5 ANOS.

ROMAC TECNICA DE MAQUINAS E

EQUIPAMENTOS LTDA, Pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 91.595.678/0001-10, com sede na Rodovia RS 118 Km 20, Nº 3215, Parque Jaqueline, Gravataí - RS, CEP: 94030-260, na qualidade de licitante do Pregão eletrônico acima mencionado vem respeitosamente, tempestivamente, com fulcro nas Leis 8.666/93 e 10.520/02 e no item 10.1 do edital supra, apresentar **IMPUGNAÇÃO AO EDITAL** em face das exigências contidas no instrumento convocatório, requerendo assim as modificações necessárias.

Nestes termos,

Pede deferimento.

Gravataí, 11 de maio de 2013.

Luiz Carlos Weis

Romac Técnica de Máquinas e Equipamentos Ltda

CNPJ: 91.595.678/0001-10

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL PREGÃO ELETRÔNICO Nº 01/2013**1. Das razões de Impugnação**

De plano invoca-se o disposto na Lei 10.520/2002:

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

I - a autoridade competente justificará a necessidade de contratação e definirá o objeto do certame, as exigências de habilitação, os critérios de aceitação das propostas, as sanções por inadimplemento e as cláusulas do contrato, inclusive com fixação dos prazos para fornecimento;

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

Ao impor requisitos excessivos e desnecessários, o Edital limitou claramente a competição, afastando-se do objetivo maior do pregão que é assegurar a participação do maior número possível de participantes, acirrando a competição, o que permitiria a obtenção de um melhor preço.

Também há afronta aos princípios constitucionais da isonomia e da igualdade, insertos no art. 3º da Lei 8.666/93, o qual dispõe que:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da **isonomia** e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração 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.

Semelhante regra consta do caput do art. 5º, do Decreto 5450/2005, que acrescenta o princípio da razoabilidade:

Art. 5º A licitação na modalidade de pregão é condicionada aos princípios básicos da legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade,

publicidade, eficiência, proibidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo, bem como aos princípios correlatos da razoabilidade, competitividade e proporcionalidade.

Afrontou-se, também o princípio da razoabilidade, já que, se o objetivo é a aquisição de equipamentos com determinadas características técnicas, em nada lhes alterará a funcionalidade o fato de serem de fabricação nacional ou estrangeira, e muito menos importará o fato da fábrica estar instalada no Brasil há mais de 5 anos.(sic)

Aliás, diga-se de passagem que, em se tratando do equipamento licitado, boa parte das peças e implementos são ainda importados, havendo somente a montagem da máquina no território brasileiro.

Desta forma, não há como se argumentar que a aquisição de produto estrangeiro possa trazer riscos em decorrência de manutenção e pós vendas, uma vez que o que irá determinar isto é a estrutura do distribuidor sediado no Brasil e o histórico do fabricante a nível mundial.

No caso da impugnante é preciso que se saiba que o equipamento por ela ofertado provém de uma das maiores indústrias mundiais de máquinas e equipamentos destinados a construção civil e a obras de grande porte, atendendo com excelência a chamada *heavy industrie*.

De outra banda, a impugnante possui no território nacional completa estrutura para prestar o atendimento pós venda, se destacando de forma impar no mercado nacional, com expressivas vendas para as administrações públicas municipais, estaduais e federal.

Tudo isto garante ao comprador que o produto adquirido é tão garantido quanto o de fabricação nacional e mais, a certeza de que estará adquirindo um produto de ponta em termos de tecnologia.

Por fim, a fabricante do produto a ser ofertado pela Impugnante possui fábrica no território nacional, cuja planta começará a produzir até meados do ano que vem. Contudo, a exigência de "FABRICA INSTALADA NO BRASIL A NO MÍNIMO 5 ANOS" trata-se de condição completamente descabida e com

nítido caráter discriminatório, afrontando diretamente o artigo 3º da Lei 8.666/93.

Assim, indubitável que tal exigência afronta os princípios da isonomia, da razoabilidade, da proporcionalidade e da competitividade, uma vez que limita a participação de diversas empresas que tenham condições de honrar a execução e fornecimento do objeto contratual, e privilegia alguns poucos que possuem fábrica em solo nacional, há no mínimo cinco anos, e que ainda atendam as demais exigências do edital.

Por outro lado, no tocante a responsabilidade do fornecedor podemos usar de maneira subsidiária o Código de Defesa do Consumidor – CDC Lei 8078/90 que define de forma geral o conceito de fornecedor:

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

De acordo com Leon Frejda Szklarowsky sobre o uso do Código de Defesa do Consumidor em conjunto com a lei das licitações:

Sem dúvida, aplica-se o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, ainda que se trate de contrato administrativo, quando a contratante é a Administração, no sentido que lhe dá a Lei 8666/93, sendo ela consumidora ou usuária, porque adquire ou utiliza produto ou serviço, como destinatária final. A lei não faz distinção entre as pessoas jurídicas que adquirem bens ou usufruem serviços. Não há por que se lhe negar a proteção do CPDC, já que o Estado consumidor ou usuário é a própria sociedade representada ou organizada.

Este também é o pensamento de Celso Bastos, que não exclui o Estado quando adquire produtos ou é usuário.

A Administração Pública compreende a administração direta e a indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e abrange as entidades com

personalidade jurídica de direito privado sob controle do Poder Público e das fundações por ele instituídas e mantidas.

Na relação contratual estabelecida pela Lei de Licitações e Contratos a posição da Administração, em regra, é a de usuária ou adquirente de bens, consumidora final, não sendo fornecedora. Esta, na linguagem do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, ou os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços¹.

Para a legislação consumerista fornecedor é gênero como preceitua Rizzatto Nunes “Este é o gênero do qual o fabricante, o produtor, o construtor, o importador e o comerciante são espécies”.² O que se conclui, que para o CDC, não existe qualquer diferença do ponto de vista da responsabilidade entre os figurantes do art. 3º do referido Código.

Em conclusão: ou o edital do pregão presencial usa o termo “fabricante” como gênero não cabendo nesse caso óbice algum a revendedora autorizada, ou os itens acima referidos do edital estão em contradição com o disposto no art. 3º da Lei de Licitações §1º incisos I e II. Senão vejamos:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração 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

1 SZKLAROWSKY, Leon Frejda. O Código de Proteção e Defesa do Consumidor e os contratos administrativos. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 3, n. 30, abr. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=470>>. Acesso em: 04 ago. 2009.

2 RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. **Curso de Direito do Consumidor**. 2ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p.90.

convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - 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;

II - 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.

Segundo Hely Lopes Meirelles, os princípios que regem a licitação em qualquer de suas modalidades, podem ser resumidos nos seguintes preceitos: “*procedimento formal; publicidade de seus atos; **igualdade entre os licitantes**; sigilo na apresentação das propostas; vinculação ao edital ou convite; julgamento objetivo; adjudicação compulsória ao vencedor*”.³ (grifo nosso)

José Cretella Júnior entende que a “*finalidade do procedimento licitatório é bem clara; é o meio mais idôneo para possibilitar contratos **mais vantajosos** para o Estado, o que se dá conforme os princípios que regem a lei da oferta e da procura; em segundo lugar, pelo fato de colocar a salvo o prestígio administrativo, escolhendo, não o preferido, mas aquele que, objetivamente, fez a melhor proposta*”.⁴

O art. 3º merece destaque porque estabelece os princípios norteadores de toda a licitação, ou seja, aqueles basilares ao espírito da Lei. Primando pela não

3 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 20ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 248.

4 CRETELLA JÚNIOR, José. **Das licitações públicas**. 9ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 119.

discriminação entre os concorrentes, no caso específico do Edital, quando exige que o equipamento seja de “fabricação nacional”. Em suma respeitosamente compreendemos que o item 02 do anexo “D”, não está em conformidade com o art. 3º §1º, I e II da lei 8.666/93.

Nesse diapasão, Marçal Justen Filho, acerca dos vícios do ato convocatório e o princípio da isonomia discorre frisando que:

A nulidade por excesso se dará quando a regulação contiver cláusulas incompatíveis com a lei, incapazes de assegurar a seleção da proposta mais vantajosa ou ofensiva da isonomia.

O ato convocatório viola o princípio da isonomia quando:

Estabelece discriminação desvinculada do objeto da licitação;

Prevê exigência desnecessária e que não envolve vantagem para a Administração Pública;

Impõe requisitos desproporcionados com as necessidades da futura contratação;

Adota discriminação ofensiva de valores constitucionais ou legais.⁵

Ainda no mesmo sentido o jurista acima supra citado refere que:

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 o interesse coletivo, nenhuma irregularidade existirá na em sua previsão. Terão que ser analisados, conjuntamente, a cláusula restritiva e o objeto da licitação. A invalidade não reside na restrição em si, mas na

5 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 3ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 361.

Respeitadas as exigências necessárias para assegurar a seleção da proposta mais vantajosa, serão inválidas todas as cláusulas que, ainda indiretamente, prejudiquem o caráter 'competitivo' da licitação.

Segundo o Desembargador Arno Werlang, a regra não exige que o benefício indevido seja derivado de uma intenção reprovável. Ou seja, não é necessária sequer a intenção de beneficiar um ou mais competidores. Tal especificação, sem dúvida retira a competitividade do certame licitatório, direcionando a mesma sem uma razão de ser. Pode, sem dúvida, o Município estabelecer especificações, considerando o custo de aquisição, manutenção do veículo e sua finalidade.

Neste caso, à evidência, restam violados os princípios que norteiam a licitação, bem como o seu objeto maior, qual seja, no caso, a competição impessoal como meio de assegurar vantagem na aquisição do equipamento objeto da licitação.

O direito do impugnante se funda assim com base no art. 3º, inciso I, da Lei nº 8.248/91 e no art. 3º, incisos I, II e III, da Lei nº 8.663/93, que restringem a aquisição pelos produtos nacionais unicamente para os casos de informática ou automação e, ainda, como item de preferência para o fim de desempate entre licitantes.

O mais curioso na publicação do edital do presente certame é que na exigência DE FÁBRICA INSTALADA HA MAIS DE 5 ANOS NO BRASIL o argumento de que o bem importado poderia aumentar o ônus para o município "cai por terra" já que, se o representante se compromete em atender as exigências do edital de garantia, manutenção e reposição de peças, não pode a administração discricionariamente não querer pura e simplesmente a participação daquele revendedor, distribuidor.

⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários a lei de licitações e contratos administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2006, pág. 62-63

A forma como foi posta a exigência, 'mínimo 5 anos' denota a nítida tendência de direcionamento do edital, capaz de ensejar medidas junto ao Tribunal de Contas do Estado e ao Ministério Público, principalmente porquê, conjugada tal exigência as demais constantes no Edital, haverá somente Uma empresa capacitada a atender de forma satisfatória o certame.

Por outro lado, haveria de ter sido minimamente justificável a exigência de "5 ANOS" da fábrica no território brasileiro, explicando-se qual o motivo que motivou a escolha por desse período. Note-se, trata-se de critério subjetivo, pessoal, contrário aos princípios do direito público, em especial o tratamento isonômico dos concorrentes.

Ademais, tal condição, certamente, não vai de encontro a proposta mais vantajosa ao ente público e, muito menos, atende os princípios norteadores da licitação pública.

DOS PEDIDOS

Pelo exposto requer:

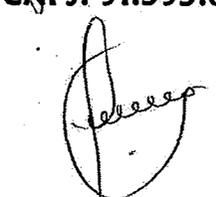
1) Seja recebida a presente impugnação e reconhecida sua procedência para fins de retirar a expressão "FÁBRICA INSTALADA A MAIS DE 5 ANOS NO BRASIL" do item 1 do anexo 01, sob pena de se estar ferindo princípios básicos do direito administrativo e da Constituição Federal, bem como as leis nº 8.666/93 e 10.520/02.

Nestes termos

Pede deferimento.

Gravataí, 12 de junho de 2013.

Romac Técnica de Máquinas e Equipamentos Ltda
CNPJ: 91.595.678/0001-10


Luciano Apolinario
OAB/RS 55.629