

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DA PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PEDRO DA ALDEIA DESIGNADO PARA PROCESSAR O PREGÃO ELETRÔNICO 75/2022 – PROCESSO 9973/2022, COM ABERTURA EM 07 DE DEZEMBRO DE 2022.

“Direcionar o edital de uma compra com as características de determinado conjunto de fornecedores não tem nenhuma convergência com o trabalho de especificar corretamente o objeto pretendido para um determinado processo de licitação.” - conforme entendimento do TCU no Acórdão 641/2004 – Plenário.”

MASON EQUIPAMENTOS LTDA. Inscrita no CNPJ sob o nº 12.538.156/0004-52, Rua Manuel Pinto de Carvalho, 80, Lote 37, Quadra7, Bairro Jardim Pereira Leite, São Paulo – SP, neste ato representada pelo senhor Ricardo Martins Janson, portador do CPF sob o nº 134.865.028-16, vem tempestivamente, perante Vossa Senhoria, com fulcro no artigo 24, do Decreto Federal nº. 10.024, de 20 de setembro de 2019, artigo 146, da Lei nº. 14.133, de 1º de abril de 2021, e alínea ‘a’, do inciso XXXIV e inciso LV, ambos do artigo 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, apresentar

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

Contra aparente nulidade do instrumento convocatório por restringir de forma ilegal a participação dos interessados, especificadamente por consagrar condições discriminatórias fundada em critérios não pertinentes ou irrelevantes para o objeto da contratação e, via de consequência, por restringir de forma ilegal a participação de interessados, quiçá na tentativa de beneficiar alguns particulares com o possível direcionamento do presente certame, o que faz pelos fundamentos de fato e direito que passa a articular.

I- DA TEMPESTIVIDADE

Conforme dispõe do art. 24 do Decreto 10.024/2019, o prazo para impugnar edital no pregão eletrônico é de 3 (três) dias úteis anteriores à data de abertura da sessão pública,

que no presente caso está marcado para o dia 07 de dezembro de 2022, sendo esta impugnação protocolada de forma tempestiva.

II- CONDIÇÃO DISCRIMINATÓRIA FUNDADA EM CRITÉRIO NÃO PERTINENTE E IRRELEVANTES PARA O OBJETO DA CONTRATAÇÃO

As condições do instrumento convocatório estão limitando injustamente o universo de competidores, porquanto consagra especificação técnica não pertinente e/ou não relevante para o objeto da contratação, o que constitui restrição velada à participação dos interessados e evidencia o direcionamento do certame, conforme passa-se a demonstrar:

A Prefeitura Municipal de São Pedro da Aldeia deflagrou procedimento licitatório na modalidade Pregão, na forma Eletrônica, do tipo menor preço total por item, registrado sob o número 75/2022, tendo por objeto aquisição de retroescavadeira, de pneus, e motoniveladora, ambas 0km, para manutenção dos logradouros públicos municipais, de acordo com as condições e demais especificações contidas no Edital e seus Anexos.

Interessada em participar do certame, a Mason Equipamentos, distribuidor das marcas Dynapac, Komatsu, Bobcat, Manitou, Cummins, Clark, entre outras, tem seu intento frustrado perante as imperfeições do instrumento convocatório, que, via de consequência, impõem a suspensão da licitação, visando sua alteração, sob pena de se levar a efeito certame sujeito a futura anulação, comprometendo a segurança jurídica do contrato ora perseguido.

Dando efetividade ao princípio da legalidade - consagrado no caput do artigo 37, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - os artigos 1º, 11, da Lei nº. 14.133, de 1º de abril de 2021, garantem a todos quantos participem de licitações públicas o direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido na Lei, especialmente quanto à promoção da máxima competitividade factível entre os interessados, na busca pela proposta mais vantajosa.

No entanto, a Administração Pública furtou o caráter competitivo do certame ao estabelecer exigência técnica incompatível com o princípio da proporcionalidade, em

detrimento dos princípios constitucionais, o que constitui restrição velada à participação dos interessados e evidencia a prática de direcionamento.

Ora, em que pese o objeto licitado exigir a adoção de tratamento discriminatório, isso não implica em autonomia à Administração para consagrar restrição excessiva, vez que esta deve atentar-se as especificações mínimas necessárias a fim de assegurar a obtenção da contratação mais vantajosa.

Para tanto, imprescindível é a compatibilidade entre a restrição do objeto com o fim a qual ele se destina, e, portanto, deve a Administração justificar, de modo fundamentado, não apenas a necessidade de discriminar, mas também o limite mínimo da discriminação. O que, data máxima vênua, não foram observados no presente certame.

Considerando, portanto, a necessidade de evitar irregularidades em editais de licitação que tenha por objeto a aquisição de maquinário, geralmente decorrentes de regras que restrinjam a participação de empresas, o Ministério Público editou e aprovou uma Nota Técnica com vistas a orientar a atuação dos Ilustres Promotores de Justiça na fiscalização dos referidos editais (Doc. 01 – Normativa MP).

Com efeito, os ilustres membros do Parquet sedimentaram entendimento de que nas licitações para compra de máquinas pesadas deve estar descrito no objeto somente as características básicas do equipamento, abstendo-se de incluir especificações numéricas exatas. Não obstante, em sendo necessário qualquer especificação alheia, deverá ser justificado o motivo de acordo com a realidade local, senão vejamos:

1. Nas licitações para compra de máquinas pesadas, deve estar descrito no objeto do edital somente as **características básicas do equipamento** que tenham por fim, exclusivamente, definir a sua categoria, sendo suficientes a definição das seguintes especificações para cada tipo de máquina:

a) **Retroescavadeira**: potência, peso operacional mínimo, turbinada ou aspirada, volume mínimo da caçamba dianteira, volume mínimo da caçamba do braço de escavação, tipo de tração (4x2 ou 4x4).

b) **Rolo compactador**: potência mínima, peso operacional mínimo, tambor vibratório liso ou com patas.

c) **Motoniveladora**: potência mínima, peso operacional mínimo, comprimento mínimo da lâmina, escarificador traseiro, conjunto de ferramentas.

d) Pá carregadeira: potência, peso operacional mínimo, volume mínimo da caçamba, caçamba dentada ou lâmina.

e) Escavadeira hidráulica: potência mínima, peso operacional mínimo, volume mínimo da caçamba, dimensão mínima da sapata.

f) Trator de esteira: potência mínima, peso operacional mínimo, escarificador traseiro.

g) Trator de pneus: potência mínima, peso operacional mínimo, tipo de tração (4x2 ou 4x4), presença de tomada de potência.

h) Caminhão: potência mínima, número de marchas, turbinado ou aspirado, tipo de tração (6x2 ou 6x4), freios e diferencial (curto, semi-curto ou longo), sistema SCR, tipo de carroceria.

(...)

3) Não devem ser incluídas, no objeto da licitação, especificações numéricas exatas que restrinjam a competitividade do certame, mas sim valores mínimos (ex. "potência mínima de", "peso operacional mínimo de");

4) Sempre que necessária a restrição a alguma especificação técnica ou dimensão, **deve estar justificado** expressamente o motivo de acordo com a realidade local, não sendo admissíveis exigências que não atendam ao interesse público, pois as diversas marcas concorrentes, mesmo com algumas especificações distintas, apresentam desempenho semelhante, suficiente para o serviço de uma Prefeitura Municipal. São

Diante das ilegalidades encontradas no texto convocatório, a competitividade pretendida e a melhor contratação almejada restarão indubitavelmente comprometidas, motivo pelo qual a Mason Equipamentos investe-se contra os termos do Edital e seus anexos, o que o faz por meio da presente manifestação, requerendo seja modificadas as seguintes especificações:

III- DAS ALTERAÇÕES

ITEM 02– RETROESCAVADEIRA

O Edital prescreve que a Retroescavadeira, mormente descrita no item 2, do Anexo II – Termo de Referência, atender-se-á, entre outras especificações a **potência bruta entre 80 e 85 HP, vidros da cabine curvas, eixo dianteiro HD com capacidade de carga estática mínima 28.900 kg, retro com ângulo de recolhimento negativo e com caçamba HD.**

Ilustre Pregoeiro, conforme se observa, as especificações adrede grifadas se revelam desnecessárias e/ou excessivas a efetivar a finalidade do bem, em detrimento do caráter competitivo, isto porque somente uma marca no mercado atende a essas exigências, qual seja, CASE excluindo, portanto, grandes marcas conceituadas no mercado tais como NEW HOLLAND, JCB, JOHN DEERE, CATER PILER e **BOBCAT**.

Ora Pregoeiro, a limitação da potência do motor em 85 HP faz por prejudicar a efetividade do equipamento, isso porque o motor possui uma capacidade menor, sendo assim, baixa capacidade de escavação e de carregamento e alto consumo de combustível, pois trabalha em alta aceleração para compensar a baixa potência.

Sendo assim, a previsão do edital está desprovida de sustentação técnica, se contrapondo ao interesse público e impossibilitando a participação na licitação de empresas que poderiam fornecer equipamento de qualidade, assistência técnica e garantias devidas.

Edital – Onde se lê	Sugestão – Leia-se
Equipamento novo zero hora, tração 4x4, com peso operacional entre 7.858kg e 7.950kg, <u>potência bruta entre 80 e 85 hp</u> , torque máximo de 400 nm, transmissão com 4 velocidades a frente e 4 velocidades a ré com interruptores de desengate da transmissão “declutch”, direção hidrostática, sistema elétrico de 12 volts, freios de discos múltiplos em banho de óleo, acionados hidraulicamente, autoajustáveis, freio de estacionamento montado na transmissão, eixo dianteiro hd com capacidade de carga estática mínima 28.900 kg, eixo traseiro com <u>capacidade de carga estática mínima 28.900 kg, retro com ângulo de recolhimento negativo</u> e com caçamba hd, cabine do	Equipamento novo zero hora, tração 4x4, com peso operacional entre 7.858kg e 7.950kg, <u>potência mínima 80 hp</u> , torque máximo de 400 nm, transmissão com 4 velocidades a frente e 4 velocidades a ré com interruptores de desengate da transmissão “declutch”, direção hidrostática, sistema elétrico de 12 volts, freios de discos múltiplos em banho de óleo, acionados hidraulicamente, autoajustáveis, freio de estacionamento montado na transmissão, eixo dianteiro hd com capacidade de carga estática mínima 28.900 kg, cabine do operador dotado de sistema protetor contra capotagem e contra queda de objetos – ROPS/FOPS, <u>vidros da cabines curvos ou retos</u> ,

operador dotado de sistema protetor contra capotagem e contra queda de objetos – ROPS/FOPS, <u>vidros da cabine</u> <u>curvos</u> , assento com apoio de braço regulável e rotação, retrovisores externos, ar condicionado, alcance total a partir do centro de giro mínimo de 5.500m, profundidade de escavação da retro de no mínimo 4.4 m, força de escavação da caçamba traseira de no mínimo 50.000 kn, força de escavação do braço de penetração de no mínimo 28. 000 kn, assistência técnica autorizado do fabricante no máximo 160 km de distância e 12 (doze) meses de garantia de fábrica.	assento com apoio de braço regulável e rotação, retrovisores externos, ar condicionado, alcance total a partir do centro de giro mínimo de 5.500m, profundidade de escavação da retro de no mínimo 4.4 m, força de escavação da caçamba traseira de no mínimo 50.000 kn, força de escavação do braço de penetração de no mínimo 28. 000 kn, assistência técnica autorizado do fabricante no máximo 160 km de distância e 12 (doze) meses de garantia de fábrica.
--	--

IV- FUNDAMENTOS DE DIREITO QUE IMPÕEM A PROCEDÊNCIA DA PRESENTE IMPUGNAÇÃO

Inicialmente, convém lembrar que é pressuposto inquestionável do Estado Democrático de Direito a sua subordinação ao ordenamento jurídico vigente e, como notório, no âmbito da Administração Pública 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, a Lei nº. 14.133, de 1º de abril de 2021 consagrou expressamente em seu artigo 5º os seguintes princípios:

Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

Do exposto acima, depreende-se que a atividade administrativa deve ser exercida em absoluta conformidade com a lei e com 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.**

Portanto, a licitação é um procedimento informado, também, e principalmente, pela ideia de competição. Esse é o norte 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.

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, quiçá na tentativa de beneficiar alguns particulares.

As exigências que adiante serão detidamente explicitadas não são apenas ilegais, mas, também, desnecessárias e restritivas à competição, o que é rechaçado pela jurisprudência:

“As regras do edital de licitação devem ser interpretadas de modo que, sem causar qualquer prejuízo à administração e aos

interessados no certame, **possibilitem a participação do maior número possível de concorrentes a fim de que seja possibilitado se encontrar entre as propostas a mais vantajosa.”.**

O Tribunal de Contas da União também pondera sobre o tema:

a) A matéria envolve o cotejo de dois preceitos inerentes às licitações públicas, ambos com sede constitucional: a comprovação da habilitação para contratar com a Administração e o princípio da competitividade.

b) A Administração tem o dever de se proteger de interessados não capacitados a prestar o serviço ou realizar a obra objeto da licitação. Por isso, a Lei de Licitações e Contratos prevê a fase de habilitação, na qual os interessados devem comprovar os requisitos exigidos no edital. Nela, a Administração deve impedir a participação daqueles sem condições de cumprir o objeto.

c) Por outro lado, a igualdade de condições nas licitações é princípio de estatura constitucional (cf. art. 37, XXI, da CR/88). Deste princípio geral decorre o da competitividade, previsto no mesmo dispositivo constitucional (somente serão permitidas “as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”) e no § 1º, inc. I, art. 3º da Lei n.º 8.666/93. Por isso, a competição não poderá ser restringida, sob pena de nulidade de todo o procedimento licitatório.

Portanto, as exigências previstas na fase de habilitação não podem ser tais a ponto de impedir a participação daqueles que teoricamente estariam aptos a fornecer o Equipamento, a pretexto de assegurar uma prestação vantajosa, adotando exigência técnica, sem qualquer fundamento técnico que o justifique.

No dizer de Marçal Justen Filho, o disposto [no art. 3º, § 1º, inc. I, da Lei nº 8.666/93] 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 público, nenhuma irregularidade existirá em sua previsão. Terão de ser analisados conjuntamente a cláusula restritiva e o objeto da licitação. A invalidade não reside na restrição em si mesma, mas na incompatibilidade dessa restrição com o objeto da licitação.

As restrições adiante apontadas, caso ignoradas pela d. Pregoeiro, implicarão na lesividade ao interesse público, vez que o escopo da licitação é ofertar com vantagem e economicidade, o que apenas um universo amplo de competição traz para a Administração.

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

É certo que não pode a Administração, em nenhuma hipótese, fazer exigências que frustrem o caráter competitivo do certame, mas sim garantir ampla participação na 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, 8^a ed., Ed. Dialética, São Paulo, 2000, p. 335). Recurso especial não conhecido. (Recurso Especial n. 361736 / SP; DJ de 31/3/03, p. 00196; Min. Franciulli Netto).

O próprio legislador estabeleceu que o caráter competitivo constitui um princípio essencial da Licitação, sem o qual a seleção da proposta mais vantajosa estará derradeiramente prejudicada. A competitividade, desse 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 **em um procedimento licitatório**, por obra de conluio, **faltam a competição (ou oposição) entre os concorrentes, falecerá a própria licitação, inexistirá o instituto 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 espécie.

Toda agressão ao princípio da 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 Federativa do Brasil de 1988.

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 aliados todos os demais, o que seria de se lamentar, tendo em vista que, em numerosas ocasiões, poderiam eles apresentar à Administração melhores condições de contratação.

Diante do exposto, conforme evidenciado, as exigências técnicas inadequadas ora impugnada possui o condão de afastar a participação de grande parte dos interessados,

sem nenhuma eficiência compensatória relevante aos interesses licitados, conforme será adiante pontualmente demonstrado.

V- RESTRIÇÃO ILEGAL À COMPETITIVIDADE POR EXCESSO DE RESTRIÇÕES.

Assentes as premissas básicas que devem nortear a estipulação das regras licitatórias, fica evidente a ilegalidade do edital no que se refere a um dos aspectos mais essenciais da estipulação de regras licitatórias, qual seja, a especificação do objeto licitado.

Como se verá abaixo, as exigências técnicas sucedidas no ato convocatório não encontram respaldo legal no artigo 9º, da Lei nº. 14.133, de 1º de abril de 2021, pois tem o condão de impossibilitar a participação de interessados ou gerar efeitos aptos a acarretar a derrota de um licitante, *ipsis litteris* (sem grifo):

Art. 9º É vedado ao agente público designado para atuar na área de licitações e contratos, ressalvados os casos previstos em lei:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos que praticar, situações que:

a) comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo do processo licitatório, inclusive nos casos de participação de sociedades cooperativas;

b) estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou do domicílio dos licitantes;

c) sejam impertinentes ou irrelevantes para o objeto específico 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 pagamento, mesmo quando envolvido financiamento de agência internacional;

O referido dispositivo é claro ao estipular que “**é vedado aos agentes públicos**” estabelecer preferência ou distinção em razão da sede ou domicílio dos licitantes, e,

sobretudo, condições discriminatórias fundada em critérios não pertinentes e/ou não relevantes para o objeto da contratação. Trata-se, portanto, da baliza do administrador para estipular exclusivamente o mínimo necessário para assegurar a boa execução do futuro contrato, sem restringir a competitividade do procedimento licitatório.

Este é um ponto importante: as exigências quanto à especificação técnica devem ser obrigatoriamente motivadas e divulgadas. Na fase interna do certame, os dados requeridos, quanto à especificação técnica do objeto licitado, devem estar devidamente motivados.

Aliás, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 3 veda expressamente o tratamento distinto entre brasileiros, por meio das quais se pretende impedir ou onerar empresas estabelecidas em Municípios ou Estados distintos daqueles que promovem a licitação.

Como se vê, além de ser desnecessária, a exigência técnica mostra-se excessiva em relação ao objeto licitado, porquanto assegura discriminação desproporcional a obtenção da contratação mais vantajosa, pois furta o caráter competitivo do certame.

Quanto à divulgação desses motivos, cabe mencionar específica orientação do TCU, segundo o qual, certas exigências quanto à capacidade técnica são ilegais, reiterando seu entendimento no sentido de que se consigne:

No respectivo processo, expressa e publicamente, os motivos dessa exigência, e demonstre tecnicamente que os parâmetros fixados são suficientes e pertinentes ao objeto licitado, assegurando-se de que a exigência não implique restrição ao caráter competitivo do certame. (TCU, TC 007.358/02, Acórdão 32/03)

Assim, considerando-se que a legislação autoriza apenas as exigências mínimas necessárias à satisfatória execução do objeto licitado, as solicitações editalícia aqui impugnadas merecem ser revista, pois compromete o caráter competitivo do certame.

VI- DOS PEDIDOS:

Ante o exposto a empresa Mason Equipamentos, requer que:

- a) seja recebida e processada a presente impugnação, porquanto tempestiva e adequada.
- b) seja a resposta referente a presente impugnação enviada ao e-mail licitacao@masonholdings.com.br , bem como toda e qualquer intimação a ser feita à Mason Equipamentos, sob pena de nulidade.
- c) seja dado procedência a presente impugnação para retificar a especificações técnicas, conforme mencionado no item III deste documento, retirando do texto as exigências que frustrem o caráter competitivo.

Nestes Termos,

Pede deferimento.

São Paulo, 02 de dezembro de 2022.

MASON EQUIPAMENTOS LTDA