

AO EXCELENTÍSSIMO SENHOR PREFEITO MUNICIPAL E ILUSTRÍSSIMO (A) SENHOR (A) PREGOEIRO (A) E EQUIPE DE APOIO DO MUNICÍPIO DE BANDEIRANTE/SC

PROCESSO LICITATÓRIO Nº 68/2020

PREGÃO PRESENCIAL Nº 46/2020

OBJETO: Escavadeira Hidráulica

PREFEITURA MUN. BANDEIRANTE
Protocolo Nº 2021/2020 SC
Recebido em: 20/10/2020
Hora: 14:38
laarmen machado

MACROMAQ EQUIPAMENTOS LTDA, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o número 83.675.413/0002-84, com sede na Rua Xanxerê, nº 360 E, Bairro Líder, Chapecó/SC, CEP 89.805-270, neste ato legalmente representada, como interessada no procedimento licitatório em epígrafe, amparada no disposto no art. 12 do Decreto n. 3.555/2020, na Lei n. 10.520/2002 e item 3 do edital, oferecer

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

contra patente nulidade do instrumento convocatório por restringir de forma ilegal a participação dos interessados, porquanto consagra condições discriminatórias fundada em critérios não pertinentes e/ou relevantes para o objeto da contratação.

Compulsando os autos do Pregão Presencial nº 46/2020, verificou-se que o edital de licitação, em seu item 3, previu a possibilidade de qualquer cidadão impugnar o edital, nos seguintes termos:

3.1. Até o quinto dia útil que anteceder a abertura dos envelopes das propostas qualquer pessoa poderá solicitar esclarecimento, providências ou impugnar o presente ato convocatório.

Consoante acima descrito, verifica-se que o edital previu o prazo para protocolo da impugnação em até 05 (cinco) dias úteis anterior à data fixada da abertura da Sessão Pública.

Ocorre, contudo, que o prazo legal para que qualquer pessoa possa impugnar o edital é de até **02 (dois) dias úteis** antes da data de abertura do certame, conforme prevê o art. 12 do Decreto nº 3.555/2000, que Aprova o Regulamento para a modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e não 05 (cinco) dias, conforme previu o edital.

Assim sendo, considerando que o procedimento adotado pela municipalidade é de Pregão Presencial, que é regulado por legislação específica (Lei nº 10.520/2002 e no Decreto nº 3.555/2000), bem como que a abertura do certame tem previsão para o dia 23/10/2020, entende-se que o presente pedido de Impugnação é tempestivo, sendo proposto em tempo e modo adequado.

II - DAS RAZÕES QUE JUSTIFICAM A IMPUGNAÇÃO AOS TERMOS DO EDITAL:

Demonstrar-se-á com a presente impugnação aos termos do edital que as condições do instrumento convocatório estão limitando injustamente o universo de competidores, porquanto consagra condições discriminatórias fundada em critérios não pertinentes e/ou não relevantes para o objeto da contratação, o que constitui restrição velada à participação dos interessados, em detrimento da legislação de regência.

Em tempo, considerando 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 aprovou Nota Técnica com vistas a orientar a atuação dos Ilustres

Promotores de Justiça na fiscalização dos referidos editais, da qual sedimentaram entendimento de que a descrição do objeto nas licitações para compra de máquinas pesadas deve contemplar somente as características básicas do equipamento (**Doc. 01 - Normativa MP**).

Diante das ilegalidades encontradas no texto convocatório, a competitividade pretendida e a melhor contratação almejada restarão comprometidas, motivo pelo qual a IMPUGNANTE investe-se contra os termos do Edital e seus anexos, o que o faz por meio da presente manifestação, requerendo, desde logo, seja suspensa a licitação para adequação do edital com vistas a ampliar o universo de competidores.

III - DAS CONDIÇÕES DISCRIMINATÓRIAS FUNDADA EM CRITÉRIO NÃO PERTINENTE E/OU NÃO RELEVANTES PARA O OBJETO DA CONTRATAÇÃO:

O Município de Bandeirante, no Estado de Santa Catarina ("IMPUGNADA"), deflagrou procedimento licitatório na modalidade Pregão, na forma Presencial, **do tipo MENOR PREÇO POR ITEM**, registrado sob o número 46/2020 (Processo Licitatório nº 68/2020), tendo por objeto a " **AQUISIÇÃO DE UMA ESCAVADEIRA HIDRÁULICA NOVA ANO DE FABRICAÇÃO 2020, A SER UTILIZADO NOS TRABALHOS DESENVOLVIDOS PELO MUNICÍPIO DE BANDEIRANTE/SC, PARA MELHORAR O ATENDIMENTO AOS MUNICÍPIES**".

Para tanto, o edital prescreve que a Escavadeira Hidráulica deverá conter as seguintes especificidades, detalhadas no Anexo I (Termo de Referência):

ESCAVADEIRA HIDRÁULICA COM AS SEGUINTE ESPECIFICAÇÕES TÉCNICAS MÍNIMAS: NOVA, ANO DE FABRICAÇÃO 2020, PESO OPERACIONAL DE 12.9 TONELADAS, POTÊNCIA DO MOTOR DE 90HP, MOTOR A DIESEL TURBO ALIMENTADO COM 04 (QUATRO) CILINDROS, COM MOTOR DA MESMA MARCA DO FABRICANTE, SAPATA COM LARGURA DE 600MM, CAPACIDADE DA CAÇAMBA DE 0,50M³, COM BRAÇO DE 2.500MM E LANÇA DE ALCANCE DE 4.600MM, PROFUNDIDADE DE ESCAVAÇÃO 5200MM. CABINE FECHADA COM AR CONDICIONADO, DOIS ESPELHOS RETROVISORES EXTERNOS, EQUIPADA COM SISTEMA DE SOM RÁDIO AM/FM/USB. EQUIPADA COM SIRENE DE RÉ. MÍNIMO DE 12 MESES DE GARANTIA DE FÁBRICA, SEM LIMITE DE HORAS. Valor unitário/máximo: R\$ 385.000,00 (trezentos e oitenta e cinco mil reais).

Importa consignar, conforme pode se perceber do catálogo anexo, a Impugnante tem em sua gama de produtos, Bem que muito se assemelha às características do objeto licitado, qual seja, Escavadeira Hidráulica marca XCMG

modelo XE150BR, que difere do bem licitado apenas na característica abaixo listada:

Característica do Bem Licitado	Característica do Bem ofertado pela Impugnante
- (...) motor da mesma marca do fabricante.	- (...) Motor de Fabricação Nacional da marca CUMMINS;

Assim sendo, Ilustre Pregoeiro, conforme se observa as especificações acima citadas se revelam desnecessárias e/ou excessivas a efetivar a finalidade do bem, em detrimento do caráter competitivo, isto porque, a todo sentir, instrui-se a não selecionar proposta mais vantajosa, mas a beneficiar alguns particulares.

Não obstante, deve-se questionar ainda este órgão público acerca do item referente ao Peso Operacional. Isto porque, em que pese o edital mencionar que a Escavadeira Hidráulica deve ter “as seguintes especificações mínimas”, o edital não é claro se aceitará peso operacional superior ao montante de 12,9 toneladas.

Além disso, também é oportuno mencionar que, até onde se tem conhecimento, a única Escavadeira Hidráulica existente no mercado com motor da mesma marca do fabricante e com exato peso de 12,9 toneladas, é o modelo PC130-8, da Komatsu.

Não se está aqui afirmando que haveria eventual favorecimento para essa marca. Porém, causa estranheza a exata coincidência em relação ao peso exigido no edital ser idêntico a apenas esse modelo/marca de equipamento.

Demais disso, é notório que os equipamentos convencionais existentes no mercado brasileiro (Motor de fabricação nacional da marca CUMINNS), embora não atendam exatamente todas as especificações constante na cláusula acima citada, desempenham exatamente as mesmas funções, configurando-se adequado a satisfação do interesse coletivo por via da execução do contrato.

É certo que a Lei nº 8.666/93 permite a indicação de algumas características como padrão de referência, a ser listado tão-somente como mero referencial para os licitantes. No caso em tela, porém, não é isso que se verifica.

Ocorre que, a especificação técnica contida no edital, restringe o universo de possíveis competidores, seja pela exigência de característica específica do edital, não obstante haja no mercado Escavadeiras Hidráulicas com reconhecida qualidade, especificações similares ou quase idênticas, que atendem na íntegra a satisfação do objeto perquirido.

Com efeito, o exame do edital revela situação que merece urgente reparo pela autoridade administrativa, pois cria óbice a própria realização da disputa, limitando o leque da licitação.

Dando efetividade ao princípio da legalidade (cf. art. 37, caput, da CR/88), os artigos 3º, 4º e 41 da Lei n. 8.666/93 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.

Entrementes, exsurge claro e insofismável que a Administração furtou o caráter competitivo do certame ao exigir que o Equipamento tenha **“motor da mesma marca do fabricante”**, em parâmetros dissímil do existente no mercado nacional, em detrimento dos princípios constitucionais, o que constitui restrição velada à participação dos interessados.

Ademais, excessiva e desproporcional é a especificação técnica alusiva à mencionada exigência, porquanto assegura discriminação desproporcional a obtenção da contratação mais vantajosa, pois furta o caráter competitivo do certame, na torpe tentativa de, reitera-se, beneficiar apenas algumas marcas.

À vista do exposto, o ato convocatório em debate necessita de reforma neste quesito, eis que contempla Escavadeira Hidráulica com especificação desnecessária para assegurar a boa execução do futuro contrato, e, via de consequência, tem o condão de impossibilitar a participação de interessados ou gerar efeitos aptos a acarretar a derrota de um licitante.

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 vênia à justificativa apresentada (“justificando facilidade e agilidade em futuras manutenções e garantias”), não foi devidamente observado no presente certame, consoante abaixo será discorrido.

III.I - Da exigência de motor da mesma marca do equipamento:

Consoante já é sabido neste caso, o objeto do certame exige que o bem licitado seja equipado com **motor da mesma marca do fabricante**. Nesse contexto, cabe observar que a fabricante de motores **CUMMINS**, motores que equipam os bens da marca XCMG, trata-se de marca reconhecida mundialmente pelo mercado no quesito **qualidade, durabilidade, eficiência e confiança**, além de apresentar **baixo custo de manutenção e ampla disponibilidade imediata de peças e componentes no mercado nacional**.

A **CUMMINS**, conforme catálogo anexo expedido pela referida fabricante, que se pede vênha para colacionar, em resumo, demonstra que o processo industrial na seara de motores é muito semelhante em todo o mundo, sendo as fabricantes **das máquinas, equipamentos e veículos verdadeiras montadoras**.

Estas empresas, de fato, montam seus produtos à partir de projetos cujas partes são desenvolvidas e produzidas por diversas outras empresas, via de regra, especializadas em cada sistema.

Assim, a **CUMMINS na qualidade de maior fabricante mundial independente de motores diesel**, desenvolve inúmeros motores para diversos tipos de mercados e aplicações, sendo o mercado de máquinas para o setor de construção um dos mais importantes.

Muitas são as parcerias em todo mundo fazendo com que os motores Cummins sejam encontrados em milhares de máquinas e equipamentos de diversas marcas.

As aplicações são validadas pelas respectivas **equipes de engenharia para produzir produtos de alta qualidade de instalação e performance de funcionamento que garantem a sua confiabilidade**.

A rede Cummins através de seus distribuidores, além dos pontos de serviços e peças autorizados, em parceria e de forma integrada com os concessionários dos fabricantes de equipamentos, oferecem todo o suporte técnico e disponibilizam peças e componentes com competitividade e presença em todo território nacional.

Neste contexto, a apresentação anexa, demonstra, inclusive, algumas das montadoras que, em algumas máquinas, **“não utilizam de motores da própria marca”**, citando, por exemplo, as marcas XCMG, DYNAPAC, John Deere, Hyundai, Volvo, Doosan, Sany, Bomag, JCB e Ammann, conforme fls. 13 de seu catálogo comprova:

Algumas montadoras de máquinas que não utilizam motores da própria marca:



Cientes de motores da Cummins



Cummins 13

mundialmente o exterior; atua le 70; presente sendo a maior ão de motores 0 mil motores

Cummins 31

a reconhecida qualidade, durabilidade, tecnologia, economia, baixo custo de manutenção, facilidade e agilidade em suas manutenções, dos motores da marca Cummins.

Os motores Cummins são desenvolvidos dentro dos mais altos padrões de qualidade e tecnologia atendendo os requisitos de montadoras globais e meio ambiente.

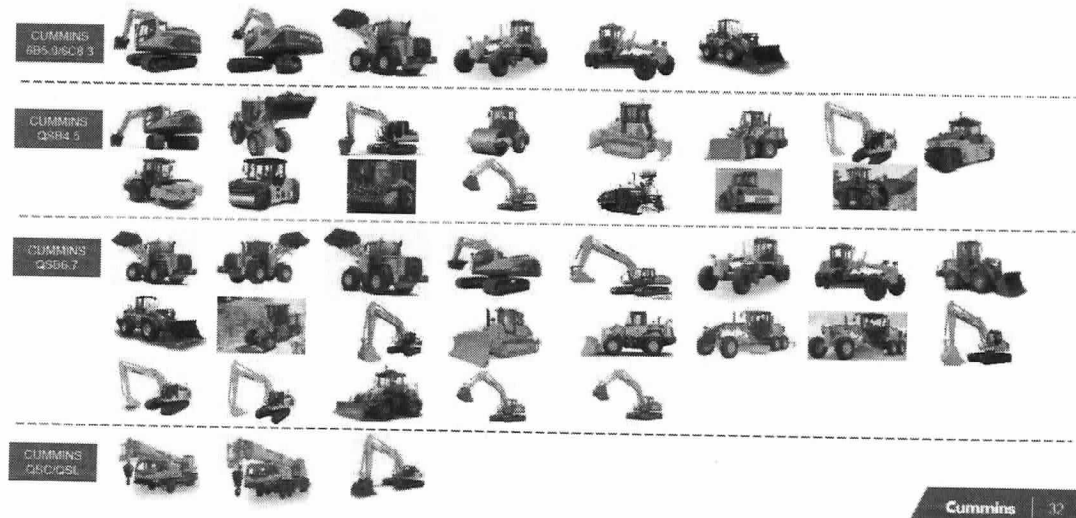
Dentro de seu portfolio de clientes a Cummins dispõe de montadores que possuem motores próprios mas que optam por utilizar os motores Cummins em muitos de seus produtos, dada a capacidade tecnológica reconhecida pelo mercado. Para assegurar o sucesso e a perfeita integração entre montadora e motor a Cummins utiliza o processo de GQI descrito em anexo.

Também cabe repisar, consoante aludido acima, que a CUMMINS fornece motores para diversos fabricantes de máquinas das linhas, agrícola, mineração, construção além de ônibus e picapes, sendo que no mercado de máquinas pesadas, além da XCMG fornece motores para outros fabricantes conhecidos no mercado como Case, JCB, Hyundai, New Holland, KOMATSU, entre

outros, o que pode ser constatado em uma simples vistoria e/ou perícia.

Veja-se o que destaca o catálogo da Cummins em relação aos clientes de seus motores (fl. 31 do catálogo) e máquinas com motores Cummins Brasileiros (fl. 32 do catálogo):

Máquinas com motores Cummins brasileiros



Veja acima, que várias marcas de equipamentos montam seus equipamentos com motores da marca CUMMINS, ou seja, também comercializa alguns equipamentos com motor de marca diferente do que o equipamento.

Vale dizer, ademais, que com a evolução da indústria, a maioria dos fabricantes de máquinas pesadas aderiram ao formato de “montadoras”, detendo apenas a tecnologia, projeto e investimento necessários para o fabrico das máquinas como um todo e sem precisar produzir especificamente cada componente de suas máquinas. Ou seja, da mesma forma como a Ford, General Motors e tantas outras “montam” os seus veículos sem produzir os pneus, vidros, “motor”, etc., a XCMG e várias marcas de máquinas pesadas “montam” suas máquinas sem fabricar a totalidade de seus componentes. É a realidade da indústria. Por exemplo, a *Dell*, fabricante de computadores, notebooks, dentre outros periféricos de informática, não fabrica “placa mãe” nem “processador”, mas “monta” computadores.

Isso é **economicamente** e **tecnicamente** melhor para o consumidor.

Economicamente é melhor para o consumidor, porque o esforço empresarial com a pesquisa, projeto e custos disso, para a concepção do motor,

ficam suportados pelas empresas produtoras destes componentes, que repassam apenas o preço final para a montadora da máquina, gerando economia de preço final, o qual é repassado ao consumidor. Ou seja, é mais barato comprar o motor pronto e equipá-lo na máquina do que fabricá-lo.

Tecnicamente é melhor para o consumidor, porque uma empresa que só produz motores possui **elevada especialização**, resultando em propulsores com maior qualidade, eficiência, desempenho, durabilidade e economicidade, ao contrário de um fabricante de máquinas pesadas que se aventura na fabricação de motores e torna difuso seu objetivo empresarial, deixando de atingir alta especialização.

Para que os componentes do motor funcionem de forma interligada, harmônica, é necessário que haja **sinergia** entre tais componentes, sendo isso o que determina a qualidade, produtividade, desempenho e economicidade dos bens objeto deste certame e não o fato do motor ser fabricado pelo mesmo fabricante do equipamento. Não importa o quão bom seja o motor da máquina; é necessária tal sinergia entre os seus componentes, o que depende do projeto da máquina e dispositivos eletrônicos que controlarão a suas funções. São questões que definitivamente não tem relação com a exigência em questão.

Não bastasse, nem todos os concorrentes são fabricantes e, via de regra, tem participante que ofertará período de garantia superior ao prestado pela fabricante, de modo que quem efetivamente prestará a assistência técnica será o vencedor do certame e não a própria fabricante; aliás, partindo da premissa de que a prestação do serviço de assistência técnica e de peças será de responsabilidade do vencedor do certame e não do fabricante, ressalvado a hipótese deste vencer o certame, não há que se cogitar em intervenção do fabricante, não havendo plausibilidade na referida justificativa.

Ou seja, a questão do motor ser próprio ou não ou da marca do equipamento NÃO influencia no desempenho deste e, tampouco, nas questões relacionadas aos serviços de manutenção e de suas peças, pois, desde que o fabricante do motor tenha renomado conceito no mercado e possua produção em território brasileiro, o que é caso, a garantia de fornecimento de eventuais peças de reposição estará assegurada, o que é exatamente a questão da XCMG.

Mais, a XCMG ao equipar seus produtos com o motor da CUMMINS, como dito acima, chama para si toda responsabilidade de garantir a continuidade do fornecimento de peças e componentes daquele motor.

Logo, a exigência em questão (motor da marca do equipamento) é impertinente e não traz benefício ou vantagem para a qualidade, produtividade,

desempenho e economicidade da máquina, pelo contrário, traz a desvantagem de deixar o consumidor (Adm. Pública), restrita apenas à assistência técnica do fabricante da máquina para manutenções no motor, ao contrário da assistência técnica do “motor” de outra marca que a máquina na qual está instalado, a qual é muito maior.

DESTARTE, CONFORME ACIMA JÁ DEVIDAMENTE DEMONSTRADO, NÃO HÁ MOTIVO TÉCNICO PARA SUSTENTAR ESSA EXIGÊNCIA, É OPORTUNO QUESTIONAR E FAZER UMA REFLEXÃO COM O RACIOCÍNIO DE FORMA INVERSA. OU SEJA, EM SENDO PRIMORDIAL QUE O MOTOR SEJA DA MESMA MARCA DO FABRICANTE DO EQUIPAMENTO, QUAL O MOTIVO PARA OS DEMAIS ITENS QUE COMPÕE O REFERIDO EQUIPAMENTO TAMBÉM NÃO O SEJAM?

EM SENDO VERDADEIRA TAL PREMISA, POR ANALOGIA, O SISTEMA HIDRÁULICO (BOMBA HIDRÁULICA) TAMBÉM DEVERIA SER DA MESMA MARCA DO FABRICANTE/EQUIPAMENTO, ASSIM COMO OS PNEUS DA ESCAVADEIRA TAMBÉM DEVERIAM SER DA MESMA MARCA, POR EXEMPLO, E, ASSIM, POR DIANTE, À TRANSMISSÃO, O AR CONDICIONADO, OS EIXOS, ETC. POIS, TUDO É ESSENCIAL E FAZ PARTE DO PROJETO, INFLUENCIANDO NO BOM FUNCIONAMENTO DO EQUIPAMENTO E NA HARMONIA DO SISTEMA, COM NECESSIDADE DE ASSISTÊNCIA TÉCNICA E DE GARANTIA.

EM UMA ABORDAGEM MAIS EXTREMA, HÁ NECESSIDADE DE OS ÓLEOS HIDRÁULICOS E DO MOTOR, ASSIM COMO O COMBUSTÍVEL A SER UTILIZADO, A BATERIA, FREIOS, CILINDROS HIDRÁULICOS, ETC., TAMBÉM SEREM DA MESMA MARCA DO FABRICANTE!!

QUESTIONA-SE, PORTANTO, CASO SEJA TAL EXIGÊNCIA CONSIDERADA ESSENCIAL POR ESTE ENTE PÚBLICO, PORQUE APENAS O MOTOR DEVE SER DA MESMA MARCA DO FABRICANTE/EQUIPAMENTO EM DETRIMENTO DOS DEMAIS ITENS ESSENCIAIS AO FUNCIONAMENTO DO REFERIDO EQUIPAMENTO??

Assim sendo, verifica-se que **NÃO** há justificativa técnica suficientemente convincente para manter a exigência de “**motor da mesma marca do fabricante**” e, por consequência, restringir a participação da Impugnante no certame.

Assim sendo, persistindo este órgão público em adquirir o bem em questão com essas características, não deveria, pois, fazê-lo através do procedimento licitatório na modalidade de Pregão, que exige AMPLA participação e

concorrência.

III.II - Da XCMG:

Não obstante, a IMPUGNANTE é revendedora de produtos XCMG e, como mencionado acima, ofertaria a Escavadeira Hidráulica da marca XCMG, modelo XE150BR, por ser a versão que se amolda ao Edital.

Deve-se destacar que a XCMG é o maior grupo de empresas na indústria de maquinário de construção da China, com a maior variedade e série de produtos, com ampla competitividade e influência no setor, **atuando no mercado brasileiro desde 2004.**

A XCMG já acumula experiência de 76 anos de conhecimento e desenvolvimento, possuindo os produtos mais avançados do mercado. Com os investimentos feitos durante sua expansão, a marca conquistou 173 países, colocando-se entre as principais empresas do setor no mundo, **sendo atualmente a sexta colocada a nível mundial**, classificação KHL.

Atualmente o grupo emprega 30.000 funcionários no mundo inteiro, e possui um faturamento anual de USD 20 Bilhões. **Além de várias fábricas na China, possui fábrica no Brasil¹, Estados Unidos, Polônia, Índia, Malásia e Uzbequistão.**

Ao longo de seus 76 anos, a XCMG sempre investiu pesado em pesquisa e desenvolvimento, mantendo-se na linha de frente da inovação. Hoje, é a maior fabricante de máquinas da linha amarela, com produtividade anual de 50 mil unidades, sendo a maior produtora a nível mundial, entre elas carregadeiras, **escavadeiras hidráulicas**, rolos compactadores, retroescavadeiras, motoniveladoras, entre outras máquinas, no Brasil todas com a possibilidade de aquisição através de FINAME.

Reitera-se, portanto, que não há justificativa técnica efetiva que fundamente a exclusão da impugnante do certame.

À vista do exposto, interessada em participar do certame a IMPUGNANTE 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 administrativo perseguido.

III.III - Da Nota Técnica do MPSC:

¹ Fonte: <http://www.xcmg-america.com/>. Acessado em 1º de Julho de 2019.

Convém pôr em relevo que o Grupo de Atuação Especial de Combate às Organizações Criminosas ("GAECO") deflagrou recentemente a operação denominada "operação patrola" com vistas a desarticular um esquema de propina destinado a compra de máquinas pesadas, da qual, em síntese, ocorria com a inserção de exigências desnecessárias e incompatíveis com o interesse público, notadamente em relação à descrição do objeto.

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

PRO DE
GRUPO
e 2017,
screveu,
AS NO
QUE
ALORES

o peso
s, seja o
m peso
atsu.
citado
arca do
omente
le 2017

nenhum processo licitatório abordava essa questão, justamente porque utilizavam outros artifícios para selecionar participantes. Depois de emitida a mencionada nota técnica, criaram mais esse artifício que anteriormente não era utilizado. Somente por esse motivo que não constou na nota técnica do MPSC, pois não foi uma questão citada até então junto a investigação da Operação Patrola e que estamos buscando elementos para instruir o MP acerca da impertinência dessa exigência.

Logo, não deve o edital limitar (ou delimitar) as características, devendo exigir as especificações mínimas necessárias, eximindo-se de constar, por exemplo, como no presente caso, que o **motor da mesma marca do fabricante**, porquanto, conforme menciona o aludido documento Ministerial: “**as diversas marcas concorrentes, mesmo com algumas especificações distintas, apresentam desempenho semelhante para o serviço de uma Prefeitura Municipal**”.

Ante o exposto, deve ser dado procedência a presente impugnação para ser retificar a descrição supra com vistas a exigir apenas as características básicas do equipamento, conforme orientação do Ministério Público, sob pena de se caracterizar direcionamento de instrumento licitatório por restrição excessiva.

Alternativamente, na remota hipótese de Vossa Excelência indeferir o presente pleito, o que seria um desatino, requer seja dado procedência a impugnação para que se abstenha de exigir que “motor da mesma marca do fabricante”, com vistas a ampliar o universo de competidores, dado a adequação deste para o fim a que se destina os equipamentos, sob pena de se caracterizar direcionamento de instrumento licitatório.

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

IV.I - Das premissas e princípios básicos aplicáveis às licitações públicas:

Convém, inicialmente, lembrar que é pressuposto inquestionável do Estado Democrático de Direito é a sua subordinação ao ordenamento jurídico vigente e, como notório, no âmbito da Administração Pública, tal pressuposto se traduz na observância dos seguintes princípios (sem grifo):

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 e contratos administrativos, a Lei n. 8.666/93 consagrou expressamente em seu artigo 3º os seguintes princípios (sem grifo):

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.

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.

A exigência explicitada não é apenas ilegal, mas, também, desnecessária

e restritiva 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.**” (Grifo nosso)².

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.

² STJ, Mandado de Segurança n.º 5.606/DF, STJ, Rel. Min. José Delgado, DJ 10.08.98.

No dizer de Marçal Justen Filho ('Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos', 12ª edição, pg. 80), 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 conjugadamente 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.³

As restrições adiante apontadas, caso ignoradas pelo 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, 8ª ed., Ed. Dialética, São Paulo, 2000, p. 335). Recurso especial não conhecido.⁴

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

3 TCU: Acórdão 241/2005, Plenário. Relator Ministro Marcos Vinícios Vilaça. DOU 24/03/05.

4 Recurso Especial n. 361736 / SP; DJ de 31/3/03, p. 00196; Min. Franciulli Netto.

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 num 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 detrimentos. 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.⁵

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.

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 alijados 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.⁶

⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 114; vide também: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 66.

Na hipótese vertente, as exigências habilitatórias inadequadas afastarão a participação de grande parte dos interessados, sem nenhuma eficiência compensatória relevante aos interesses licitados, direcionando o certame para uma única marca.

IV.II – Das restrições ilegais 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 § 1º, inc. I, art. 3º da Lei n. 8.666/93, pois tem o condão de impossibilitar a participação de interessados ou gerar efeitos aptos a acarretar a derrota de um licitante, *in verbis*:

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.

§ 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, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, 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**, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991;

O § 1º com arrimo no inciso I do 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 fundadas 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.

A propósito, o Plenário do Tribunal de Contas da União, por meio do recente Acórdão nº 2441/17, se posicionou no sentido de que “*cláusulas com potencial de restringir o caráter competitivo do certame devem ser objeto de adequada fundamentação, baseada em estudos prévios a licitação que indiquem a obrigatoriedade de inclusão de tais regras para atender às necessidades específicas do órgão, sejam de ordem técnica ou econômica*”.

Este é um ponto importante: as exigências quanto à especificação técnica devem ser obrigatoriamente **motivadas** e também divulgadas. Na fase interna do certame, os dados requeridos, quanto à especificação técnica do objeto licitado, devem estar devidamente motivados, observando-se, como valiosa referência, os pressupostos do art. 15, I, da Lei n. 8.666/93.

Assim sendo, por se destinar o certame à aquisição de equipamento pesados com a finalidade precípua de atender as necessidades deste ínclito Órgão, desnecessário é a exigência de “**motor da mesma marca do fabricante**”.

Não bastasse, excessiva e desproporcional é a especificação técnica alusiva as exigências adrede, porquanto asseguram discriminação desproporcional a obtenção da contratação mais vantajosa, pois furta o caráter competitivo do certame, na torpe tentativa de, reitera-se, beneficiar marca específica.

Nesse contexto, ainda em relação ao quesito motor, o TCU já se manifestou sobre a ilegalidade de se exigir periféricos da mesma marca do equipamento, sem a possibilidade, no caso específico, de aceitação de motor de diferentes marcas, in verbis:

(...) a exigência de equipamento com periféricos do mesmo fabricante, sem possibilidade de aceitação de motor de diferentes marcas, é inadequada e não apresenta embasamento técnico, prejudicando a competitividade do certame e afrontando o disposto no art. 3º, § 1º, I, da Lei nº 8.666/93;

O mesmo entendimento foi adotado em decisão recente no Tribunal de Contas do Estado do Paraná, que quando da análise do processo 350194/18, exarou decisão suspendendo o certame, ante às restrições apontadas, de igual teor que acima apontado, que configuram ofensa ao art. 3º, *caput*, e § 1º, I, da Lei Federal nº 8.666/93, conforme decisão anexa.

A respeito da exigência motor da mesma marca do fabricante do equipamento, vale citar também a seguinte decisão do TRIBUNAL DE CONTAS DE SANTA CATARINA:

“...Relator Auditor Cleber Muniz Gavi. No que diz respeito à exclusividade imposta pelo município para produto de fabricação nacional, em processo semelhante o TCE/SC julgou irregular a tomada de contas especial referente ao pregão presencial nº 30/2011, que teve como objeto a aquisição de um conjunto de britagem móvel pela Prefeitura Municipal de Maravilha, e aplicou multa ao ex-gestor daquela unidade em face do não cumprimento do prazo mínimo de oito dias úteis, de publicação do aviso do edital do referido pregão e não disponibilização do edital e das informações necessárias ao conhecimento do mesmo, no prazo legal de publicação do edital do referido pregão, bem como pela indicação da marca do motor e exigências de qualificação técnica do edital do pregão, sem fundamentação legal. Tais irregularidades contrariam ao disposto nos artigos 1º, inciso I, 15, §7º, inciso I, 21, §1º e 30 da Lei Federal nº 8.666/93 e artigo 4º, inciso IV da Lei Federal nº 10.520/02. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL - 12/00013490. Relator Conselheiro Wilson Rogério Wan-Dall, Julgado em 19/08/2015”. (Sem grifo no original).

A legislação é expressa ao proibir as exigências discriminatórias em tela, pois inexistente fundamento de fato ou de direito para tanto.

Ademais, 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 se atentar 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, frisa-se, a justificativa apresentada não se sustenta.

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

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.⁷

Assim, considerando-se que a Constituição Federal, bem como a Lei n. 8.666/93 autorizam apenas as exigências mínimas necessárias à satisfatória execução do objeto licitado, **a solicitação editalícia de Escavadeira Hidráulica, ter “motor da mesma marca do fabricante”, merece ser revista pela IMPUGNADA, pois compromete o caráter competitivo do certame.**

V – DOS PEDIDOS

Portanto, segundo a inteligência das Leis 8.666/93 e 10.520/2002, o espírito do Pregão deverá atender ao incentivo da competição, ao interesse público, vedando exigências que representem restrição excessiva.

ANTE O EXPOSTO, considerando a restrição do certame, a ausência de justificativa técnica plausível para manutenção da exigência impugnada, REQUER a IMPUGNANTE em relação ao Edital do Pregão Presencial n. 46/2020:

⁷ TCU, TC 007.358/02, Acórdão 32/03.

a) Que seja recebida e processada a presente impugnação, porquanto tempestiva e adequada, nos termos da legislação de regência.

b) Que a resposta referente a presente impugnação seja enviada aos e-mails comercial@macromaq.com.br, atendimento@macromaq.com.br e juridico@macromaq.com.br, bem como toda e qualquer intimação a ser feita à IMPUGNANTE, sob pena de nulidade.

c) Que seja suspensa a licitação para adequação do EDITAL, suprindo as ilegalidades ora questionadas, para promover as alterações técnicas suscitadas em relação à Escavadeira Hidráulica, a fim de **abster-se em exigir “motor da mesma marca do fabricante”**.

d) Alternativamente, requer seja retificado o edital, observando assim a Nota Técnica do Ministério Público e com vistas a ampliar o universo de competidores, **passando a exigir apenas que a Escavadeira hidráulica, mantidas as demais características, seja de Fabricação Nacional**, republicando-se, assim, seu texto e reabrindo novo prazo;

e) Salienta ainda que, caso este Ente Público considere como essencial a exigência de que o “motor da mesma marca do fabricante”, considerando que todo Ato Administrativo deva ser devidamente motivado, bem como, que a inserção de exigência que restrinja a participação de empresas concorrentes no certame ou que limitam a concorrência devem ser acompanhadas da devida justificativa técnica, requer seja esclarecido o motivo para não se exigir que outros itens essenciais ao funcionamento do equipamento também sejam da mesma marca do equipamento, podendo-se citar, de forma não exaustiva, o Sistema Hidráulico (Bombas Hidráulicas), Sistema de Transmissão, Pneus, Ar Condicionado, Eixos, Óleos Hidráulicos e Combustível, Baterias, dentre outros.

f) Por fim, em relação à exigência de Peso Operacional de 12,9 toneladas, considerando que, até onde se tem conhecimento, a única Escavadeira Hidráulica existente no mercado com motor da mesma marca do fabricante e com exato peso de 12,9 toneladas, é o modelo PC130-8, da Komatsu, questiona-se se será considerado esse montante como “peso operacional mínimo”, evitando-se, assim, eventual direcionamento do certame.

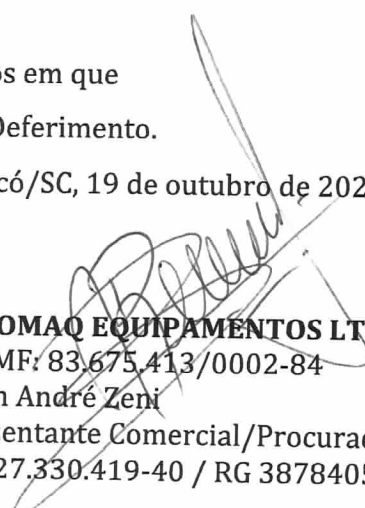
g) Sucessivamente, na remota hipótese de se indeferir os pedidos acima, requer seja suspenso a licitação para adequação do edital, suprimindo as ilegalidades ora questionadas com vistas a exigir apenas as características básicas do equipamento, conforme orientação do Ministério Público, sob pena de se caracterizar direcionamento de instrumento licitatório por restrição excessiva.

Seja encaminhada cópia da presente impugnação ao Ministério Público Estadual e ao Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina para que tomem conhecimento das irregularidades aqui questionados.

Termos em que

Pede Deferimento.

Chapecó/SC, 19 de outubro de 2020.



MACROMAQ EQUIPAMENTOS LTDA
CNPJ/MF: 83.675.413/0002-84
Robson André Zeni
Representante Comercial/Procurador
CPF: 027.330.419-40 / RG 3878405

 macromaq.com.br