

**AO EXCELENTÍSSIMO SENHOR PREFEITO MUNICIPAL E ILUSTRÍSSIMO (A)
SENHOR (A) PREGOEIRO (A) E EQUIPE DE APOIO DO MUNICÍPIO DE BOM
JESUS DO OESTE /SC**

PROCESSO LICITATÓRIO Nº 2107/2019

PREGÃO PRESENCIAL Nº 038/2019

OBJETO: Aquisição de Escavadeira Hidráulica

83.675.413/0001-01
MACROMAQ EQUIPAMENTOS LTDA
BR 101 KM 210
Bairro. Picadas do Sul CEP: 88.106-100
SAO JOSÉ - SC

MACROMAQ EQUIPAMENTOS LTDA, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o número 83.675.413/0001-01, com sede à BR-101, KM 210, Bairro Picadas do Sul, São José/SC, CEP 88.106-100, neste ato legalmente representada na forma de seu contrato social, como interessada no procedimento licitatório em epígrafe, amparada no disposto no art. 12 do Decreto n. 3.555/2000 e na Lei n. 10.520/2002, 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, o que faz pelos fundamentos de fato e direito que passa a articular.

I - 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.

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

O Município de Bom Jesus do Oeste, no Estado de Santa Catarina ("IMPUGNADO"), deflagrou procedimento licitatório na modalidade Pregão, na forma Presencial, **DO TIPO MENOR PREÇO UNITÁRIO**, registrado sob o número 038/2019, tendo por objeto "Aquisição de escavadeira hidráulica sobre esteira nova (Zero Hora), ano/modelo mínimo 2019, adquiridas através de financiamento via BADESC, conforme proposta nº. 2019022000".

Para tanto, o edital prescreve que a Escavadeira Hidráulica, mormente descrito no "Anexo I - TERMO DE REFERÊNCIA" atender-se-á, dentre outros, as

seguintes especificidades (sem grifo):

ANEXO I

Escavadeira Hidráulica sobre Esteira Nova (Zero Hora), ano/modelo mínimo 2019, contendo as seguintes características mínimas: Motor Diesel de quatro cilindros turbo alimentado, com potência bruta mínima de 121 HP; MAR-1 (Normas de níveis de emissão de poluentes vigentes no Brasil), com Peso Operacional Mínimo 17.000 KG e peso Máximo 18.500 KG (restrições para veículo de transporte existente), com Braço de no mínimo 2,25 metros e lança de no mínimo 5,10 metros, com Capacidade de Concha de no mínimo 0,80 m³, com carro de no mínimo sete roletes inferiores e dois superiores de cada lado, Sapatas de no mínimo 700 mm, largura de transporte com limitação máxima de 2,70 metros, equipada com proteção Externa de Cabine Rops/Fops, possuir Bomba de abastecimento para Óleo Diesel padrão de Fábrica. Equipada também com cabine fechada com ar condicionado (frio e quente), radio mínimo AM/FM, faróis de trabalho dianteiro, no mínimo 02 espelhos retrovisores externos, sistema de monitoramento e/ou gerenciamento via satélite standard do fabricante; cabine com assento suspensão vários ajustes e com encosto reclinável. Possuir Câmera de visão traseira (ré) padrão de fábrica. Equipada com Linha Hidráulica (3º ponto) para rompedor hidráulico original e engate rápido para acoplamento e desacoplamento de concha e rompedor hidráulico. Todos os itens devem ser padrão de fabrica não sendo permitido adaptações.

A Escavadeira deverá vir equipada com concha (já mencionada características mínimas) e equipamento Rompedor Hidráulico com peso de funcionamento entre 900 KG a 1.200 KG com ponteira, sendo que a assistência técnica e garantia deste equipamento (rompedor) deverá ser fornecido pela revenda da autorizada da escavadeira.

Valor Máximo de R\$ 480.000,00.

No caso em questão, a especificação constante no Anexo "I", limitou à participação no certame, mais especificamente em virtude de duas exigências, relacionadas ao peso operacional máximo de 18.500 kg equipada (restrições para veículo de transporte existente) e largura de transporte com limitação máxima de 2,70 metros.

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 XE215BR, que difere do bem licitado apenas na característica abaixo listada:

Escavadeira Hidráulica

Característica do Bem Licitado – Anexo I	Característica do Bem ofertado pela Impugnante
- (...) peso operacional máximo de 18.500 kg equipada (restrições para veículo de transporte existente);	- (...) peso operacional entre 21.800 kg e 22.650 kg equipada; e
- (...) largura de transporte com limitação máxima de 2,70 metros.	- (...) Esteiras com largura de transporte de 3,10 metros.

Assim sendo, Ilustre Pregoeiro, conforme se observa a especificação acima citada se revela desnecessária e/ou excessiva 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.

É notório que os equipamentos convencionais existentes no mercado brasileiro (Peso operacional que variam entre 21.800 kg e 22.650 kg equipada; e com esteiras com largura de transporte de 3,10 metros), embora não atendam as especificações constante na cláusula acima citada, desempenham exatas funções, configurando-se adequados a satisfação do interesse coletivo por via da execução do contrato.

Aliás, oportuno destacar que as características citadas nada interferem no desempenho do bem licitado. Ao contrário, por tratarem-se de características superiores ao exigido, a Impugnante possivelmente estará excluída da participação no certame com bem de qualidade superior ao pretendido.

Ou seja, no caso em comento, devido às restrições do edital, que optou em limitar o peso operacional máximo em 18.500 kg e também limitou à largura máxima para transporte em 2,70 metros, a Impugnante está sendo impossibilitada de participar do certame por ter equipamento com característica superior (Escavadeira Hidráulica com peso operacional que varia entre 21.800 Kg e 22.650 kg e esteiras com 3,1 metros) e, possivelmente, de menor valor.

Veja-se, por óbvio que os equipamentos existentes no mercado não terão exatamente as mesmas características e nem podem ter, por força de disposição legal, uma vez que cada um tem seu método construtivo e de desenvolvimento, adequado ao seu porte, considerando sua potência e consumo. Porém, estamos falando de equipamentos de mesma categoria, similares, com algumas qualidades superiores e que executam as mesmas funções.

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 **peso operacional máximo de 18.500 kg e largura máxima para transporte de 2,70 metros**, características citadas 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 são as especificações técnicas alusivas acima, porquanto assegura discriminação desproporcional a obtenção da contratação mais vantajosa, pois furta o caráter competitivo do certame, na torpe tentativa de excluir equipamento de mesma categoria, mas de qualidade superior.

Mais, conforme será adiante abordado, deve-se salientar que é pacífico o entendimento adotado nos Tribunais Judiciais pátrios, bem como nos órgãos de controle, quanto à possibilidade de aceitação de bem de qualidade superior, nos casos em que não alterar o gênero do produto, oportunidade, ainda, em que se entende como benefício para o órgão adquirente.

À vista do exposto, o ato convocatório em debate necessita de reforma nestes quesitos, eis que contempla a 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, não foram observados no presente certame.

Não obstante, este Ente Público delimitou o peso operacional e estabeleceu a largura máxima para transporte, sob a justificativa de “**restrições**

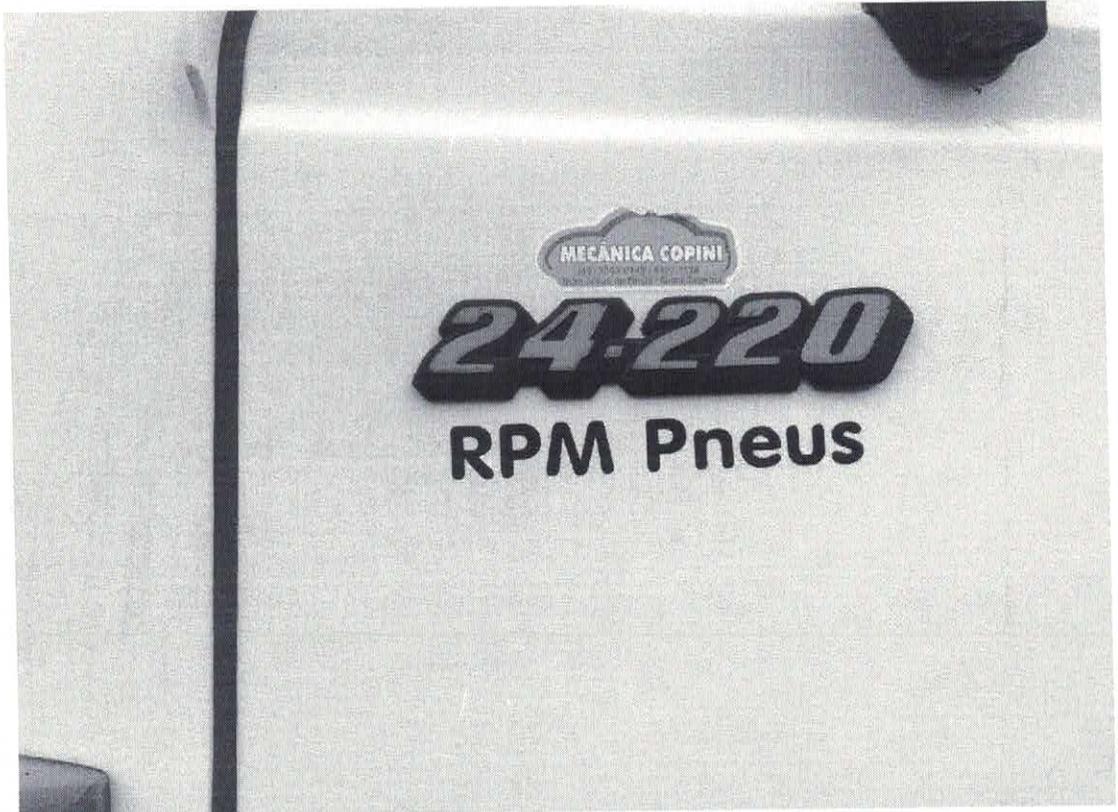
para veículo de transporte existente”.

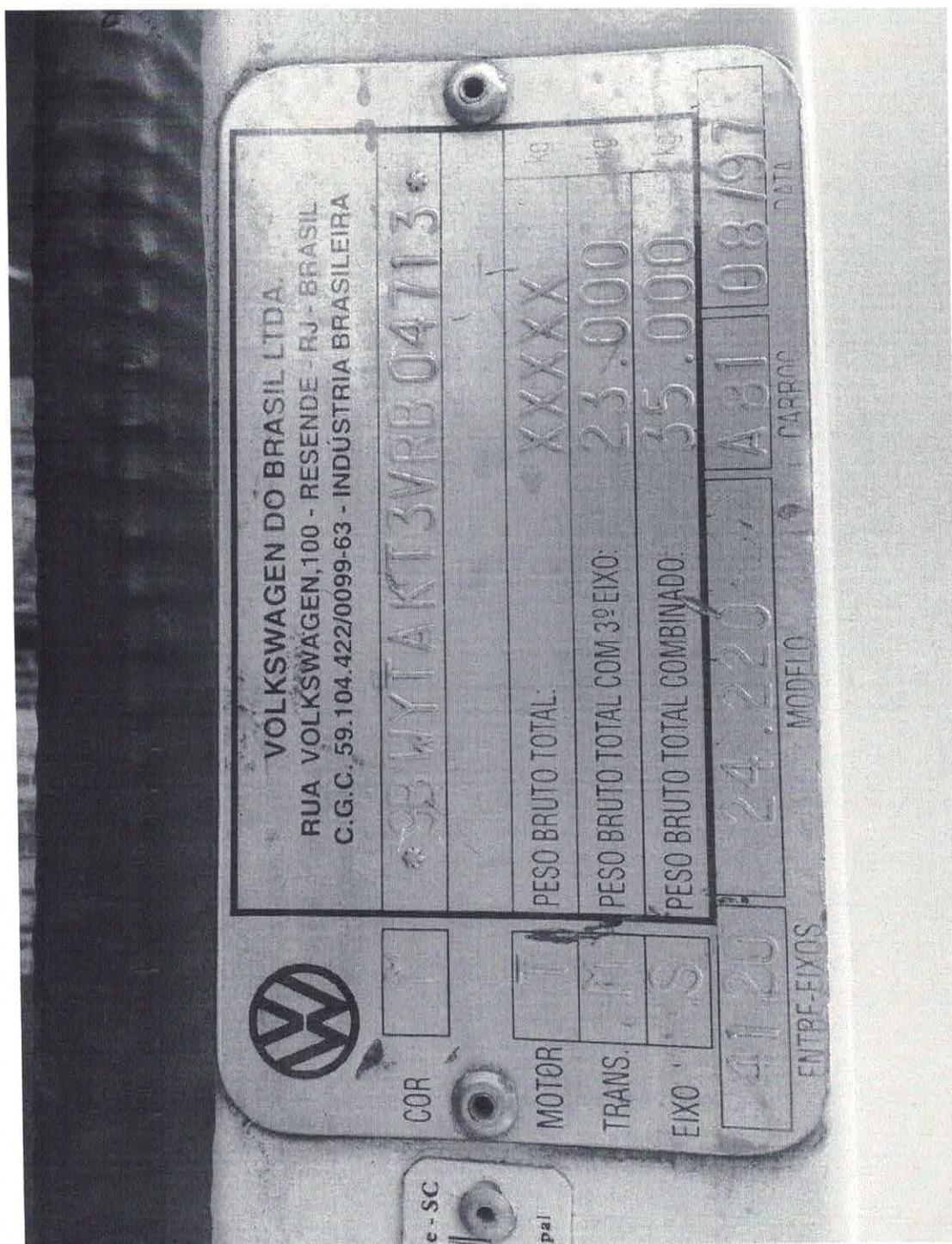
Ocorre, contudo, que referida justificativa causa estranheza à Impugnante, porquanto, conforme é de conhecimento público - e as fotos abaixo comprovam -, o único veículo de transporte que o Município possui é o **Caminhão Prancha, Volkswagen 24.220, de placas HOZ 5553.**

Referido Caminhão, segundo informações do próprio veículo, possui como capacidade total legal (PTB Legal = peso do veículo mais capacidade de carga) de 23.000 Kg; , segundo Resolução Contran nº 290/08, ou seja, em outras palavras, possui como capacidade total de carga (KGF) em 12.000 Kg.

Veja-se as fotos do referido veículo:







Assim sendo, evidente está que o veículo acima não possui capacidade para transportar bem com peso operacional entre 17.000 Kg e 18.500 Kg, logo. Da mesma forma, verifica-se que o referido Caminhão não comporta largura de 2,70 metros.

Logo, evidente está que a justificativa técnica apresentada pelo Município é descabida, tendo em vista que o veículo para transporte do bem a ser adquirido não tem capacidade para de fato transportá-lo, sendo, inclusive, totalmente inapropriado para tal.

Em outros termos, há que se salientar que se o veículo que o Município possui não comporta bem com peso operacional entre 17.000 Kg e 18.500 Kg, e com largura de 2,70 metros, a justificativa para exigir referidas características, qual seja, **“restrições para veículo de transporte existente”**, é totalmente descabida.

Demais disso, o mesmo bem que eventualmente irá transportar o veículo com até 18.500 Kg e com largura de 2,70 metros, também transportará bem com peso operacional entre **21.800 kg e 22.650 kg equipada e com esteiras com largura de transporte de 3,10 metros**

Neste contexto, oportuno ressaltar que, **conforme disposto na Resolução nº 211, de 13 de novembro de 2006, do Conselho Nacional de Trânsito (CONTRAN), alterada pelas Resoluções 256/07; 381/11; 438/13; 615/16; 635/16; 640/16; 662/17; 663/17; 700/17 e pela Deliberação 108; que estabelece os requisitos necessários à circulação de Combinações de Veículos de Carga - CVC, a que se referem os arts. 97, 99 e 314 do Código de Trânsito Brasileiro - CTB, tanto o veículo exigido pelo edital, ou seja, àquele com peso operacional entre 17.000 kg e 18.500 kg e com esteiras de 2,70 metros de largura, quanto o veículo ofertado pela licitante, com peso operacional entre 21.800 kg e 22.650 kg e com esteiras com largura de 3,10 metros, podem ser transportado pelo mesmo tipo/categoria de veículo.**

Assim sendo, verifica-se que a máquina a ser ofertada pela Impugnante está de acordo com a configuração pretendida no Edital, porquanto enquadra-se no porte do equipamento solicitado, especialmente aos itens essenciais da Escavadeira Hidráulica, podendo-se citar, a lança, braço, caçamba e material rodante. Desta forma, está evidente que a capacidade de produção do bem a ser ofertado pela Impugnante está adequado ao exigido no edital.

No que se refere à diferença de largura, veja-se que é irrelevante para o porte do bem, pois estamos falando em uma diferença de 40 (quarenta) centímetros.

Demais disso, tratam-se de característica superiores ao exigido no edital (Peso e largura) e que faz com que o conjunto completo de todas as exigências/características técnicas sejam muito mais adequadas para as aplicações

operacionais que o equipamento se destinará junto a Prefeitura Municipal de Bom Jesus do Oeste.

Neste sentido, vale mencionar que maior peso e maior largura conferem mais estabilidade e, conseqüentemente, melhor produção quando da operação do equipamento, sem contar que possibilita maior segurança quando da operação.

Ademais, como será demonstrado abaixo, a exigência de peso operacional máximo e largura máxima são consideradas totalmente impertinente pela Nota Técnica do MPSC.

Assim sendo, ressalta-se, novamente, que a diferença no peso operacional e tamanho da esteira **NÃO** interferem de maneira decisiva/conclusiva nas especificações do bem licitado, não descaracteriza o mesmo, tampouco influi de forma técnica na operação da máquina, influencia em seu rendimento, ou mesmo, afeta questões de ambiente e segurança do trabalho.

Desta forma, mantendo-se o Edital na forma como proposta, está o Órgão licitante, a excluir da participação do certame empresa representante de produtos genuinamente nacionais (XCMG), reconhecidos mundialmente por sua qualidade técnica, além de ser líder de mercado em alguns de seus produtos, que geram emprego e renda nacionalmente, fomentadoras do mercado nacional e internacional.

Importante frisar, 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, e a mais competitiva e influente 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 (com mais de 1 milhão de m²)**, 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,

¹ Fonte: <http://www.xcmg-america.com/>.

motoniveladoras, entre outras máquinas, no Brasil todas com a possibilidade de aquisição através de FINAME.

Verifica-se assim, no caso em comento, que é admissível a flexibilização do edital, a fim de fazer constar a exigência apenas de **peso operacional mínimo de 17.000 kg e excluir a exigência de largura máxima para transporte de 2,70 m**, tendo em vista a ausência de justificativa técnica, ante o porte do Caminhão do Município, conforme fotos acima, bem assim, visando ampliar a competitividade do certame e considerando que o produto ofertado pela Impugnante atende todas as demais características, sendo, inclusive bem de qualidade superior; que não desqualifica o objeto do certame; e, tampouco, causa prejuízo para a competitividade da licitação, revelando-se vantajoso para a administração.

Assim sendo, tecnicamente, não há justificativa para exclusão da participação da Impugnante, porquanto, os argumentos acima reforçam o melhor custo/benefício para o **Município de Bom Jesus do Oeste**.

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.

DA NOTA TÉCNICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA:

Não obstante, 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 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

Veja-se que o item "e" acima é expresso em consignar que entende-se como característica básica do equipamento e, portanto, que pode constar no edital de licitação, o **peso operacional mínimo** e a **dimensão mínima da sapata**. Em nenhum momento é mencionado o peso operacional máximo e/ou há qualquer menção ao tamanho para transporte, tanto máxima, quanto mínima.

Ademais, conforme consta no texto da "NOTA TECNICA DO CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA (CMA) E DO GRUPO ESPECIAL ANTICORRUPÇÃO (GEAC) Nº 02/2017, de 14 de março de 2017, expedida pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina, prescreveu, conforme item 3 acima mencionado, que **NÃO DEVEM SER INCLUÍDAS NO OBJETO DA LICITAÇÃO ESPECIFICAÇÕES NUMÉRICAS EXATAS QUE**

RESTRINJAM A COMPETITIVIDADE DO CERTAME, MAS SIM VALORES MÍNIMOS (EX: POTÊNCIA MINIMA DE, PESO OPERACIONAL MÍNIMO DE).

Logo, evidente está que não deve o edital limitar (ou delimitar) valores máximos, devendo exigir as especificações mínimas necessárias, eximindo-se de constar, por exemplo, como no presente caso, **o peso operacional máximo e o tamanho máximo para transporte**, 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”**.

Sendo assim, em virtude da discrepância relacionada ao peso operacional e tamanho para transporte, verifica-se impertinente a exigência de referencial máximo, porquanto, esta evidente que o bem ofertado pela Impugnante se enquadra no **“Porte do Equipamento”** que a municipalidade pretende licitar.

Ante o exposto, deve ser dado procedência a presente impugnação para ser retificada as descrições supra com vistas a exigir apenas as características básicas do equipamento, conforme orientação do Ministério Público excluindo-se a exigência de peso operacional máximo e a largura máxima para transporte, 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 o Objeto do Certame contenha PESO OPERACIONAL MÁXIMO de 18.500 Kg e largura de transporte com limitação máxima de 2,70 metros, 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.

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

III.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, comprovando o direcionamento do certame.

As exigências 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.**” (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

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

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 ('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 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

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.

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 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

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.

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

Na hipótese vertente, as exigências habilitatória inadequadas, relacionadas ao objeto do certame, afastará a participação de grande parte dos interessados, sem nenhuma eficiência compensatória relevante aos interesses licitados, conforme pontualmente demonstrado.

III.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 e já devidamente discriminado acima, 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**

⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 23ª ed. Lumen Juris: Rio de

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.

Para tanto, por se destinar o certame à aquisição de equipamento pesado com a finalidade precípua de atender as necessidades deste ínclito Órgão, desnecessária são as exigências que trata da Escavadeira Hidráulica de ter **peso operacional máximo de 18.500 Kg e largura de transporte com limitação máxima de 2,70 metros**.

Não bastasse, excessiva e desproporcional é a especificação técnica alusiva a exigência adrede, porquanto assegura discriminação desproporcional a obtenção da contratação mais vantajosa, pois furta o caráter competitivo do certame, na torpe tentativa de, reitera-se, beneficiar alguns particulares.

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, não foram observados no presente certame.

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.

Neste contexto, **consoante já bem elucidado acima, a justificativa técnica apresentada, relacionada à capacidade máxima de transporte do Caminhão da municipalidade, não prospera, porquanto, o único Caminhão prancha do Município não tem capacidade para o transporte de bem com peso acima de 12.000 Kg. Logo, totalmente impertinente à justificativa apresentada.**

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 para aquisição de 01 (uma) Escavadeira Hidráulica, especificamente quanto a necessidade de que o Objeto do Certame tenha peso operacional máximo de 18.500 kg e largura de transporte com limitação máxima de 2,70 metros, merece ser revista pela IMPUGNADA, pois comprometem o caráter competitivo do certame.**

III.III – Da oferta de bem com características superiores:

Consoante aludido acima, verifica-se que, em virtude das características

⁷ TCU, TC 007.358/02, Acórdão 32/03.

do objeto do certame, que nada interferem no desempenho deste, ao contrário trata-se uma característica superior ao exigido, a Impugnante possivelmente estará excluída da participação no certame.

Ou seja, no caso em comento, devido à restrição do edital, que optou em limitar a participação do edital para equipamentos com **peso operacional máximo de 18.500 kg e com esteiras com largura máxima de transporte de 2,70 metros**, a Impugnante teoricamente está sendo impossibilitada de participar do certame por ter equipamento com característica superior (**BEM MAIS POTENTE do que o exigido no edital; COM PESO OPERACIONAL que varia entre 21.800 kg e 22.650 kg; e largura para transporte de 3,10 metros**) e, possivelmente, de menor valor.

Nesta senda, deve-se salientar que é pacífico o entendimento adotado nos Tribunais Judiciais pátrios, bem como nos órgãos de controle, quanto à possibilidade de aceitação de bem de qualidade superior, nos casos em que não alterar o gênero do produto, oportunidade, ainda, em que se entende como benefício para o órgão adquirente.

O que está-se falando é de uma vantagem para a municipalidade em virtude de adquirir produto com qualidade superior e com valor menor, em atenção, neste caso, ao princípio da economicidade, e que não interfere no gênero do produto e, tampouco, na categoria do equipamento.

Logo, no caso em comento, em se ofertando bem de mesmo gênero as regras editalícias não devem ser interpretadas de forma restritiva. Deve-se analisar se a divergência apresentada, no caso, o peso operacional e a largura para transporte, alteram a essência do produto que a Administração pretende adquirir.

Acerca do assunto, o jurista Marçal Justen Filho leciona:

“Obviamente, a oferta de vantagens ou benefícios não previstos ou superiores aos determinados no ato convocatório não prejudica o licitante. Se o benefício não for de ordem a alterar o gênero do produto ou do serviço, nenhum efeito dele se extrairá. Porém, se a vantagem configurar, na verdade, outra espécie de bem ou serviço, deverá ocorrer a desclassificação da proposta – não pela ‘vantagem’ oferecida, mas por desconformidade com o objeto licitado”. (in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 14^ª Ed, São Paulo: Dialética, 2010.)

Importa transcrever o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCORRÊNCIA DO TIPO MENOR PREÇO. ATENDIMENTO ÀS REGRAS PREVISTAS NO EDITAL. PRODUTO COM QUALIDADE SUPERIOR À MÍNIMA EXIGIDA.

1. Tratando-se de concorrência do tipo menor preço, não fere os princípios da isonomia e da vinculação ao edital a oferta de produto que possua qualidade superior à mínima exigida, desde que o gênero do bem licitado permaneça inalterado e seja atendido o requisito do menor preço.

2. Recurso ordinário não-provido.

(STJ MS 15817 RS 2003/0001511-4, 2ª T., rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJ de 03.10.2005 p. 156).

Mais, em recente manifestação o Tribunal de Contas da União decidiu:

É admissível a flexibilização de critério de julgamento da proposta, na hipótese em que o produto ofertado apresentar qualidade superior à especificada no edital, não tiver havido prejuízo para a competitividade do obtido revelar-se vantajoso para a administração.

Representação formulada por empresa noticiou supostas irregularidades no Pregão Eletrônico 21/2011, conduzido pelo Centro de Obtenção da Marinha no Rio de Janeiro – COMRJ, cujo objeto é o registro de preços para fornecimento de macacão operativo de combate para a recomposição do estoque do Depósito de Fardamento da Marinha no Rio de Janeiro. A unidade técnica propôs a anulação do certame fundamentalmente em razão de a proposta vencedora ter cotado uniformes com gramatura superior à da faixa de variação especificada no edital (edital: 175 a 190 g/m²; tecido ofertado na proposta vencedora: 203 g/m²), o que deveria ter ensejado sua desclassificação. O relator, contudo, observou que o tecido ofertado “é mais ‘grosso’ ou mais resistente que o previsto no edital” e que o COMRJ havia reconhecido que o produto ofertado é de qualidade superior à prevista no edital. A esse respeito, anotou que a Marinha do Brasil está habilitada a “emitir opinião técnica sobre a qualidade do tecido”. Levou em conta, ainda, a manifestação do

Departamento Técnico da Diretoria de Abastecimento da Marinha, no sentido de que o produto atenderia “à finalidade a qual se destina, tanto no que se refere ao desempenho, quanto à durabilidade”. Noticiou ainda que a norma técnica que trata desse quesito foi posteriormente alterada para admitir a gramatura 203 g/m² para os tecidos desses uniformes. Concluiu, então, não ter havido afronta ao interesse público nem aos princípios licitatórios, visto que o procedimento adotado pela administração ensejará a aquisição de produto de qualidade superior ao desejado pela administração contratante, por preço significativamente inferior ao contido na proposta da segunda classificada. Ressaltou também a satisfatória competitividade do certame, do qual participaram 17 empresas. E arrematou: “considero improvável que a repetição do certame com a ínfima modificação do edital (...) possa trazer mais concorrentes e gerar um resultado mais vantajoso ...”. O Tribunal, então, ao acolher proposta do relator, decidiu julgar parcialmente procedente a representação, “em face da verificação de apenas de falhas formais na condução do Pregão Eletrônico 21/2011, que não justificam a sua anulação”. **Acórdão 394/2013-Plenário, TC 044.822/2012-0, relator Ministro Raimundo Carreiro, 6.3.2013.**

Neste contexto, oportuno ressaltar que a Escavadeira Hidráulica marca XCMG, modelo XE215R, possui potência bruta no volante de 155 HP e líquida de 150 HP, peso operacional variando entre 21.800 kg e 22.650 kg e largura total da esteira de 3,10 metros, dentre outros itens, demonstrando possuir qualidades e características superiores ao que exige e consta no descritivo do edital e que atendem as necessidades desse órgão público.

Demais disso, consoante já aludido acima, o mesmo equipamento/veículo de transporte que tem capacidade para carregar bem de 18.500 kg e com esteiras com largura de 2,70 metros, também está habilitado legalmente para transportar bem com até 22.650 Kg e equipado com largura total para transporte de 3,10 metros, sem qualquer elemento de restrição. Ou seja, não há prejuízo para este Ente Público em permitir que o equipamento da Impugnante participe da disputa. Pelo contrário, só há benefícios, pois, como dito, trata-se de bem de porte superior, que atende as mesmas finalidades e, possivelmente de menor valor, verdadeiro melhor custo benefício.

IV – 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 e ao interesse público, vedando exigências que representem restrição excessiva.

ANTE O EXPOSTO, requer a IMPUGNANTE em relação ao Edital do Pregão Presencial n. 038/2019:

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, 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, suprimindo as ilegalidades ora questionadas, para promover as alterações técnicas suscitadas em relação à Escavadeira Hidráulica, a fim de **abster-se em exigir peso operacional máximo de 18.500 kg e largura de transporte com limitação máxima de 2,70 metros.**

d) Alternativamente, requer seja retificado o edital, observando assim a Nota Técnica do Ministério Público e com vistas a ampliar o universo de competidores, **solicitando assim somente as características consideradas adequadas pelo MPSC, ou seja, potência mínima, peso operacional mínimo, volume mínimo da caçamba e dimensão mínima das sapatas**, republicando-se, assim, seu texto e reabrindo novo prazo;

e) 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.

f) Que seja acatada a presente impugnação, julgando procedentes todos os seus pedidos, sob pena de caracterizar direcionamento do certame.

Termos em que

Pede Deferimento.

São José/SC, 17 de outubro de 2019.

MACROMAQ EQUIPAMENTOS LTDA

CNPJ nº 83.675.413/0001-01

Robson André Zeni

Representante Comercial/Procurador

CPF: 027.330.419-40 / RG 3878405

 macromaq.com

83.675.413/0001-01

MACROMAQ EQUIPAMENTOS LTDA

BR 101 KM 210

Bairro. Picadas do Sul CEP: 88 100-100

SAO JOSÉ - SC