

AO SR. PREGOEIRO(A) DO MUNICÍPIO DE REGISTO – SP.

Objeto: Impugnação ao Instrumento Convocatório.

PREGÃO ELETRÔNICO Nº 044/2024

Tipo: MENOR PREÇO POR ITEM

Contato para retorno da Impugnação:

Telefone: XXXXXXXXXXXXX

E-mail: XXX

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob nº **XXXXXXXXXXXXXXXXXX** com sede na **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX** **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX**, por seu representante legal **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX** **XXXXXX** brasileiro, empresário, inscrito no CPF sob o número **XXXXXXXXXX** por seu representante que esta subscreve, vem, respeitosamente, apresentar:

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 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES – DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DE IGUALDADE E COMPETITIVIDADE NO PROCESSO LICITATÓRIO.

Convém, inicialmente, destacar que é pressuposto inquestionável do Estado Democrático de Direito o fato da Administração Pública subordinar-se ao ordenamento jurídico vigente e, como notório, tal pressuposto se substancia na Constituição Federal da República, que assim dispõe:

“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 nº 8.666/93** consagrou expressamente em seu **artigo 3º** os seguintes princípios:

Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção das propostas mais vantajosas 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 lhe são correlatos.

Desta feita, depreende-se que a atividade administrativa deve ser exercida em absoluta conformidade com a lei e os princípios a ela 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.”**

Decorre daí, por óbvio, que a licitação é um procedimento construído sob a ideia de competição. Esse é o escopo 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, viciando o ato que não respeitar essa lógica.

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 que adiante serão detidamente explicitadas não são apenas ilegais, mas, também, desnecessárias e restritivas à competição, o que é rechaçado pela jurisprudência, sendo que as regras do edital de licitação devem ser interpretadas sem causar qualquer prejuízo à administração e aos interessados no certame, para que possibilitem a participação do maior número possível de concorrentes em busca de encontrar entre as propostas, a mais vantajosa.

Neste sentido, o Tribunal de Contas da União também pondera sobre o tema, vejamos:

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 das 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 nº 8.66/93. Por isso, a competição não poderá ser restringida, sob pena de nulidade de todo o procedimento licitatório.

O Superior Tribunal de Justiça no julgamento do **Recurso Especial n. 361736/SP**, consagrou no tocante à ampla competitividade às licitações públicas:

*“Da lição do mestre Marçal Justen Filho temos: **“É certo que não pode a administração, em nenhuma hipótese, fazer exigências que frustrem o caráter competitivo do certame, mas sim garantir ampla participação da 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.”*

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, sendo, por corolário, tal atividade essencial à lógica interna do procedimento licitatório, vez que onde não há competição, não há licitação.

Na hipótese vertente, as exigências habilitatórias inadequadas - que abaixo serão tratadas de forma detalhada - afastarão a participação de grande parte dos interessados, sem nenhuma eficiência compensatória relevante aos interesses públicos objetivos com o presente certame, conforme será adiante pontualmente demonstrado.

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.

Diante das exigências 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 FUNDADAS EM CRITÉRIO NÃO PERTINENTE E/OU NÃO RELEVANTES PARA O OBJETO DA CONTRATAÇÃO

O Município de Registro, no Estado de São Paulo (“IMPUGNADO”), deflagrou procedimento licitatório na modalidade Pregão, na forma Eletrônica, **DO TIPO MENOR PREÇO POR ITEM**, registrado sob o número **044/2024-PE**, tendo por objeto de aquisição de **RETROESCAVADEIRA** conforme discriminação às fls. 21 e do referido edital.

Para tanto, o edital prescreve que os maquinários deverão atender às seguintes especificidades técnicas (sem grifo):

RETROESCAVADEIRA: Equipada com motor turbo diesel de 4 cilindros, 4.4l; Diferencial traseiro de patinagem limitada; Peso operacional de 7.610 kg;

No caso em questão, as especificações constantes acima limitaram a participação no certame, mais especificamente não havendo, no instrumento convocatório, justificativa técnica para a imposição destas exigências.

A Impugnante tem em sua gama de produtos “ (Padrões)” que em muito se assemelham às características do objeto licitado, qual seja, **RETROESCAVADEIRA DA MARCA XCMG MODELO XC870BRI**, que difere do bem licitado apenas na característica listada:

I – RETROESCAVADEIRA

Característica do Bem ofertado pela Impugnante (Padrão)	Característica do Bem Licitado
01 tomada de 15A no console;	02 tomadas de 15A no console;
Alternador de no mínimo 95 A;	Alternador de no mínimo 120 A;
Sistema de resfriamento do motor de 17 L;	Sistema de resfriamento do motor de no mínimo 18 L;
Não tem nivelamento automático;	Nivelamento automático com indicador;

Assim sendo, Ilustre Pregoeiro (a), conforme se observa, a especificações acima citadas revela-se **DESNECESSÁRIA E/OU EXCESSIVA E/OU RESTRITIVA** 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 sim a restringir e tende a dificultar a participação da Impugnante no certame.

É NOTÓRIO QUE OS EQUIPAMENTOS CONVENCIONAIS EXISTENTES NO MERCADO BRASILEIRO, EMBORA NÃO ATENDAM ÀS ESPECIFICAÇÕES CONSTANTES NA CLÁUSULA ACIMA CITADA, DESEMPENHA EXATAMENTE AS MESMAS FUNÇÕES, CONFIGURANDO-SE ADEQUADOS À SATISFAÇÃO DO INTERESSE COLETIVO POR VIA DA EXECUÇÃO DO CONTRATO.

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 que a Administração furtou o caráter competitivo do certame de forma ampla ao exigir que os equipamentos tenham requisitos fora dos maquinários padrões.

Ademais, Características em parâmetros dissímeis dos existentes no mercado nacional atual, em detrimento dos princípios constitucionais, o que constitui restrição velada à participação dos interessados no certame.

À vista do exposto, o ato convocatório em debate necessita de reforma nestes quesitos, eis que contempla RETROESCAVADEIRA 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, dado 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.

Com efeito, é sabido que as exigências de atributos técnicos inseridas no edital devem ser absolutamente relevantes e proporcionais ao fim que se busca atingir com a realização da licitação, isto é, pertinentes para o específico objeto que se intenta contratar. Para se legitimar determinada restrição em processo licitatório, deve ser apresentada a devida justificativa técnica e/ou econômica.

Não obstante, tal exigência exclui, por consequência, a participação desta Impugnante na licitação que poderia ofertar bem com algumas características superiores e assim mais vantajosas para o ente público, a saber, a **RETROESCAVADEIRA DA MARCA XCMG MODELO XC870BRI. Além disso, possivelmente as mesmas exigências tendem a restringir à participação de outros concorrentes no certame.**

Nesta toada, percebe-se que o modelo que equipa a máquina a ser ofertada junto ao presente processo licitatório é muito próximo ao modelo exigido do edital, diferindo minimamente situação que não interfere de forma decisiva na operação, produção, aplicação e eficiência do equipamento.

PORTANTO, A DIFERENÇA ENTRE O EXIGIDO NO EDITAL EM COMPARAÇÃO COM O BEM DA EMPRESA IMPUGNANTE É MÍNIMA E NÃO TRAZ QUALQUER PREJUÍZO PARA A EXECUÇÃO DOS TRABALHOS QUE SERÃO REALIZADOS PELA MÁQUINA.

Reitera-se, portanto, que não há justificativa técnica realmente efetiva que fundamente a exclusão da Impugnante do certame por ínfimas diferenças em relação ao comprimento da lança do equipamento.

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**), sendo que os modelos de **RETROESCAVADEIRA DA MARCA XCMG MODELO XC870BRI** são fabricadas na planta fabril da **XCMG do BRASIL - localizada na cidade de Pouso Alegre/ MG**, reconhecidos mundialmente pelas qualidades técnicas, além da XCMG ser líder de mercado em alguns de seus produtos, 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 Brasil (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, 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 exigências que permitam a participação da licitante e demais concorrentes, porquanto, o produto ofertado pela XCMG atende todas as demais características, sendo, inclusive bem de qualidade superior, 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 Registro-SP.

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, impõe 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 – DOS PEDIDOS.

Ante todo o exposto e na melhor forma em direito admitida, requer-se o quanto segue:

a) Seja a presente impugnação recebida e analisada pelo procurador/assessor jurídico e pelo pregoeiro de Registro-SP.

b) Seja realizado julgamento da presente impugnação pelo(o) Senhor(a) Pregoeiro(a) Municipal, para o efeito de **EXCLUIR** do edital pelas razões expostas na presente manifestação, no que tange a exigência discriminadas na presente exordial.

c) Seja suspensa a licitação para adequação do Edital, suprindo a ilegalidade ora questionada, no sentido de serem promovida a **EXCLUSÃO** dos itens suscitados, possibilitando a participação de desta impugnante, consoante considerações acima deduzidas, com vistas a ampliar o universo de competidores, republicando-se seu texto e reabrindo novo prazo.

d) Caso não acolhidos os pedidos aqui delineados, serão encaminhadas cópias da presente impugnação ao **Ministério Público** e ao **Tribunal de Contas do Estado de São Paulo** para que tomem conhecimento das irregularidades aqui questionadas.

e) Que seja acatada a presente impugnação, julgando-se procedentes todos os pedidos ora deduzidos.

Nestes termos;
pede deferimento.

XXXXXXXXXX, de 12 de abril 2024.