IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

PREGÃO ELETRÔNICO Nº 058/2016

MENOR PREÇO POR ITEM

Impugnante: BIOPAV ASFALTO RÁPIDO EIRELI – EPP.

Ao (À) Sr. (a) Pregoeiro (a) do Município de Rio Grande/RS.

A empresa **BIOPAV ASFALTO RÁPIDO EIRELI-EPP.,** pessoa jurídica de direito privado, com sede na cidade de Cedral-SP, situada na Avenida José Roberto Pontes, s/n, Distrito Industrial Edgar Arc. Beolchi Filho, CEP: 15895-000, Caixa Postal 32, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 24.110.720/0001-78, vem, respeitosamente, perante V. Sa., apresentar IMPUGNAÇÃO AO EDITAL DO PREGÃO ELETRÔNICO em epígrafe, com sustentação no § 2º do artigo 41 da Lei 8666/93 - aplicável por força do artigo 9º da Lei Federal nº 10.520/2002 - e artigo 18 do Decreto Federal nº. 5.450/2005, pelos fatos demonstrados nesta peça.

O presente Pregão tem por objeto "*AQUISIÇAO DE MATERIAL DE CONSUMO – PAVIMENTAÇÃO ASFALTICA - SMI*".

DOS ENSAIOS E CERTIFICAÇÕES – ANEXO I

No anexo I do edital, no item sobre ENSAIOS E CERTIFICAÇÕES, é solicitado que a vencedora, antes de entregar o material, entregue uma amostra com laudo do produto realizado por laboratório credenciado pelo INMETRO, contendo o nome do fabricante do produto, qualificação técnica do Engenheiro que **desenvolveu o traço do produto** (profissional habilitado em seu conselho de classe) e demais informações contidas no memorial.

Contudo, como pode ser analisado no contrato social desta empresa, que se encontra em anexo a presente impugnação, nosso objeto social é: ***"comércio atacadista de asfalto, na comercialização de material de construção civil, de concreto***

asfáltico, blocos de concreto e massa asfáltica ensacada", não se enquadrando tais atividades dentre aquelas previstas no art. 7º da Lei nº 5.194/66.

Portanto, não está a ora impugnante compelida à inscrição junto ao CREA (Conselho de Classe dos Engenheiros) e, consequentemente, indevida a exigência da empresa participante apresentar laudos com a qualificação técnica do engenheiro que desenvolveu o traço do produto.

Desta forma, temos que o referido item está descumprindo o **princípio da competitividade** que rege toda e qualquer licitação, haja vista que não são apenas usinas que comercializam o produto que é objeto desta licitação, restringindo a participação de várias empresas que apenas revende o mesmo.

É bom sempre lembrar aqui o que diz o Saudoso Mestre Hely Lopes Meirelles:

> *"Na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza, enquanto na Administração privada é possível fazer o que a lei não proíbe."*

A presente impugnação apresenta questões pontuais que viciam o ato convocatório, quer por discreparem do rito estabelecido na lei 8666/1993 (com alterações posteriores) e na lei federal n.º 10520/2002, quer por **restringirem a competitividade**, condição esta essencial para a validade de qualquer procedimento licitatório, sendo certo que poderia se chegar a conclusão de que esta licitação está direcionada para certa empresa.

Desta forma, de modo à se atender ao Artigo 3º, parágrafo 1º, inciso I e também atender ao artigo 15, §7º, inciso I, além de outros precedentes à Lei 8666/93, tendo em vista os **princípios da competitividade e da legalidade**, pede-se à supressão de tal especificação.

Considerando que a Administração desse Órgão tem o dever-poder de rever seus atos quando eivados de vícios, como no caso em tela, de ofício ou mediante provocação, requer esta impugnante a correção do edital, a fim de que se retire a obrigatoriedade de apresentação do qualificação técnica do Engenheiro que **desenvolveu o traço do produto** (profissional habilitado em seu conselho de classe).

DO RELATÓRIO DE ENSAIO DA MASSA ASFÁLTICA

É de notório conhecimento que, na literatura, existem inúmeras normas, tais como ABNT, NBR, DNIT e DNER, bem como formas de cálculos e determinações laboratoriais, que podem levar a resultados distintos sem comprometer a qualidade do produto, razão pela qual, entendemos que a norma citada, **acaba restringindo**

desnecessariamente e de forma ilegítima o universo das licitantes, ferindo o princípio da competitividade.

Bastaria apenas mencionar no edital que o produto deveria atender as **NORMAS PADRÕES REGULATÓRIAS,** tais como **ABNT, NBR, DNER e DNIT**, que são as principais normas regulatórias utilizadas nos editais de licitações**, a fim de não restringir o caráter competitório do certame**, pois, como já afirmado, as diversas formas de cálculo podem levar a resultados distintos, sem alterar a qualidade do produto, já que os agregados podem compensar as variações dos resultados.

Diante do exposto, **requer seja alterado referido item, a fim de se constar que o produto deverá atender as normas padrões regulatórias ABNT / NBR/ DNER/DNIT**, pelos fundamentos expostos acima, com o intuito de não ferir o princípio da competição que rege o presente certame.

Além disso, as especificações técnicas mencionadas neste item **impedem a participação de diversos potenciais licitantes**, já que direciona e favorece um limitado número de licitante, **senão exclusivo**. Isso porque, as porcentagens ali especificadas quanto ao teor de betume, granulometria, densidade aparente da massa, adesividade do betume ligante, determinação do ponto de fulgor e combustão e recuperação elástica **limitam sobremaneira o mercado e não justificam, por si só, a qualidade do produto.**

Ressalte-se que as referidas medidas podem apresentar pequenas variações, além daquelas especificadas no edital, sem comprometer a qualidade do produto; e, via de consequência, aumentar o numero de licitantes, melhorando a ofertas apresentadas à Administração Pública.

Ademais, vale lembrar que produtos com variações mínimas das porcentagens podem ser equivalentes e possuírem mesmo desempenho e qualidade, como é o caso do produto da ora Impugnante.

É louvável a preocupação de se contratar produtos de boa qualidade, que deve ser sempre o objetivo do gestor público. No entanto, a discriminação entre os produtos que atendem e os que não atendem os interesses da administração deve ser feita a partir dos procedimentos autorizados pelas normas em vigor. **É possível a exigência de laudos**, de atestados e de fornecimento de amostras para se certificar que os produtos apresentados atendem às necessidades. **Mas não se pode utilizar critérios subjetivos para se realizar essa avaliação**

Entendemos, ainda, que o edital deveria prever SOMENTE que o produto licitado apresentasse **Relatório de Ensaio de laboratório credenciado junto ao INMETRO** de "Características Marshall" (O método mais promissor e eficaz proposto por Bruce G. Marshall, do Departamento de Rodovias do Mississipi/EUA, em 1939), de acordo com as normas NBR, já que estas exigências são suficientes à comprovação da qualidade da massa asfáltica. Ademais, estes testes são assegurados para qualquer licitante/fabricante em igualdade e condições, permitindo, assim, maior número de licitantes e garantia da qualidade do produto a ser adquirido.

É justamente o **INMETRO** quem verifica a observância das normas técnicas e das normas legais, **bem como realiza o controle de qualidade do produto**. Assim, se a licitante apresentar laudo certificado pelo INMETRO certamente estará oferecendo um produto confiável e de qualidade.

Com efeito, **uma empresa como a Impugnante que possui competência e já obteve êxito em diversos certames compatíveis com o objeto do Edital vergalhado não deveria ficar impossibilitada de participar deste certame pelo simples fato de seu produto não possuir as exatas percentagens definidas nas especificações, já que estas, por si só, não são únicas a atestar a qualidade das massas asfálticas**. Ademais, como já dito, as diversas formas de cálculo podem levar a resultados distintos, sem alterar a qualidade, já que os agregados podem compensar as variações de alguns resultados.

É bom sempre lembrar aqui o que diz o Saudoso Mestre Hely Lopes Meirelles:

> ***"Na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza, enquanto na Administração privada é possível fazer o que a lei não proíbe."***

Conclui-se, portanto, que as exigências do Edital não fazem sentido do ponto de vista técnico, pois pode haver flexibilidade das percentagens especificadas sem comprometer a qualidade do produto. Na prática servem apenas para restringirem desnecessariamente e de forma ilegítima o universo de licitantes.

Há necessidade, portanto, de se modificar o edital a fim de se exigir apenas que a vencedora apresente Laudo de laboratórios credenciados pelo INMETRO, ou então há a necessidade de se flexibilizar mais as percentagens dos laudos exigidos (conforme a própria NBR prevê que pode haver variações para mais ou para menos de 0,3%), permitindo a participação de todos os licitante com efetiva igualdade de desempenho e confiabilidade, **SOB PENA DE VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA IMPESSOALIDADE E DA ISONOMIA**, impossibilitando ainda à Administração a escolha da proposta mais vantajosa.

Não seria razoável permitir a exclusão de produtos equivalentes em qualidade – mas com ínfima diferença nas percentagens dos componentes agregados a massa asfáltica – e que atenderiam perfeitamente as exigências de desempenho do Edital.

DO PRAZO PARA ENTREGA DA DOCUMENTAÇÃO ORIGINAL

Em seu item 7.3.3 do presente edital, prevê o prazo para a entrega da documentação de apenas 3 dias úteis, contados a partir da aceitação do melhor lance pelo pregoeiro.

Ocorre que este prazo é muito curto para aquelas possíveis licitantes que possuem seu estabelecimento em outros Estados do País, como é o caso desta impugnante que está estabelecida na cidade de Cedral, interior do Estado de São Paulo, a cerca de 1.666 quilômetros de distância deste Órgão licitante.

Há que se levar em consideração que não existe o serviço de SEDEX 10 ou 12 para esta localidade, havendo apenas o SEDEX normal que demora cerca de 4 dias para ser entregue no endereço deste Órgão (o dia da postagem + 3), sendo ainda inviável que esta licitante, caso logre vencedora do certame, se desloque 1.666 km apenas para entregar a documentação original necessária.

Por este motivo se torna muito curto o tempo estabelecido no edital de apenas 3 dias uteis para a entrega da documentação, requerendo desde já um prazo maior de 7 dias para que seja ampliado a disputa entre os participantes e a consequente busca pelo preço mais vantajoso para o interesse público.

É de notório conhecimento que a Administração não pode exigir um prazo para entrega exíguo, sendo que o prazo estabelecido no presente edital está restringindo por demais o universo dos participantes da licitação.

O inciso I, § 1º do Art. 3º da Lei 8666/93 dispõe que:

> "§ 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 §§ 5° a 12 deste artigo e no art. 3° da Lei n° 8.248, de 23 de outubro de 1991; (Grifei)".*

Seguem abaixo alguns pareceres acerca do assunto:

> ***TCU - Acórdão 2079/2005 - 1ª Câmara - "9.3.1. abstenha-se de incluir nos instrumentos convocatórios condições não justificadas que restrinjam o caráter competitivo das licitações, em atendimento ao disposto no art. 3° da Lei n° 8.666/93;".***

> ***TCU - Decisão 369/1999 - Plenário - "8.2.6 abstenha-se de impor, em futuros editais de licitações, restrições ao caráter competitivo do certame e que limitem a participação de empresas capazes de fornecer o objeto buscado pela Administração Pública, consoante reza o art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/93;"***

TCU- Acórdão 1580/2005 - 1ª Câmara - "Observe o § 1o, inciso I, do art. 3o da Lei 8.666/1993, de forma a adequadamente justificar a inclusão de cláusulas editalícias que possam restringir o universo de licitantes."

Bittencourt (2002, p. 17) leciona:

"O ato convocatório deve estabelecer, portanto, regras para o certame, respeitando as exigências necessárias para assegurar a proposta mais vantajosa, sendo inválidas todas que maculem o caráter competitivo da licitação, uma vez que, nos casos de competição inviável, há a autorização legal de contratação direta. (Grifo nosso) BITTENCOURT, Sidney. Licitação passo a passo. 4ª ed. atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Temas & idéias Editora, 2002."

Marçal Justen Filho afirma que:

"O ato convocatório tem de estabelecer as regras necessárias para seleção da proposta vantajosa. Se essas exigências serão ou não rigorosas, isso dependerá do tipo de prestação que o particular deverá assumir. Respeitadas as exigências necessárias para assegurar a seleção da proposta mais vantajosa, serão inválidas todas as cláusulas que, ainda indiretamente, prejudiquem o caráter "competitivo" da licitação" (in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 11º Ed, São Paulo: Dialética, 2005, p. 63)."

Diante do exposto, não é razoável o prazo de entrega da documentação de apenas 3 dias, razão pela qual requer seja ampliado referido prazo para 7 dias úteis, podendo ser prorrogado por igual período, sob pena de ferir o caráter competitivo do certame.

REQUERIMENTOS

Considerando, preliminarmente, que, após os apontamentos de ilegalidade consignados nas cláusulas e condições editalícias transcritas no corpo desta peça, impugnante **requer** que v.sa. se digne a impugnar o ato convocatório retro mencionado porque, diante do excesso de subjetividades revestidas de **vícios insanáveis**, o citado certame deve ser **adiado** ***"sine die"*** para elaboração de um novo instrumento convocatório que atenda ao interesse público;

Considerando, portanto, que o princípio da economicidade será ***"ferido"*** se o edital não for impugnado, ou, ainda, se as condições contratuais apresentadas por v.sa. forem contratadas certamente, em algum momento da vigência do

contrato, essa administração causará prejuízos incalculáveis ao erário público e às contratadas e, objetivando que este fato não aconteça, esta impugnante irá utilizar todos os meios administrativos e judiciais para anular o edital em questão;

Considerando, enfim, que a administração desse órgão tem o poder - dever de rever seus atos quando eivados de vícios, seja de ofício ou mediante provocação, com é o caso em comento, conforme já assim decidiu o supremo tribunal federal; e,

Finalmente, não obstante as irregularidades e/ou ilegalidades aqui exaustivamente elencadas, esta empresa impugnante **requer** que v.sa., **determine a impugnação do edital retro mencionado e;**

Caso assim V.Sa. não proceda ou venha utilizar-se da OMISSÃO ADMINISTRATIVA para ganhar tempo e dar andamento ao mencionado processo licitatório, esta licitante irá **IMPETRAR REPRESENTAÇÕES** ao Ministério Público Estadual e ao Tribunal de Contas do Estado, além do Mandado de Segurança, com Pedido de Liminar, de **ANULAÇÃO** do **EDITAL** do **PREGÃO PRESENCIAL,** por encontrar-se o mesmo revestido de VÍCIOS DE FORMA e de ILEGALIDADES.

Pelo que PEDE DEFERIMENTO.
Cedral/SP, 18 de outubro de 2016.

Biopav Asfalto Rápido Eireli – EPP
Cnpj nº 24.110.720/0001-78