

Protocolo 17.567/2021

De: TRAÇADO CONSTRUÇÕES E SERVIÇOS LTDA

Para: PC

Data: 27/07/2021 às 13:28:46

Setores (CC):

PC

Setores envolvidos:

PC, Licit, Sec Inf, Pregão, Compras Infra, Infra Lici

Impugnação

Entrada*:

Site

Impugnação Pregão Eletrônico 28/2021

Instrumento Convocatório do certame em epígrafe, subscrito por Vossa Senhoria, salvo melhor juízo, apresentou dois equívocos importantes, vale dizer: a) garantia da proposta de 60 dias sem excepcionar a possibilidade de reequilíbrio econômico-financeiro; b) falta de itens de qualificação técnica exigidas pela legislação federal.

Anexos:

Impugnacao.pdf

Passo Fundo/RS, 26 de julho de 2021.

**AO PREGOEIRO –
Município de Caçador/SC**

REF: Pregão Eletrônico nº 28/2021

TRAÇADO CONSTRUÇÕES E SERVIÇOS LTDA., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob nº 00.472.805/0003-08, com sede na Rodovia RS 324 KM 04, s/n, bairro São João da Bela Vista, no Município de Passo Fundo/RS, CEP 99010-000, vem, por seus procuradores infra-firmados, apresentar **IMPUGNAÇÃO AO EDITAL**, nos termos do referido documento e da lei geral de licitações, suscitando para tanto as razões de fato e de direito abaixo, e ao final requerendo.

1. Preâmbulo

Trata o presente Processo Licitatório Pregão Eletrônico nº 28//2021, deste digno Município, de busca de empresas aptas ao fornecimento “de **emulsão asfáltica**” nos termos do edital de regência.

Entretanto, o Instrumento Convocatório do certame em epígrafe, subscrito por Vossa Senhoria, salvo melhor juízo, apresentou dois equívocos importantes, vale dizer: a) garantia da proposta de 60 dias sem excepcionar a possibilidade de reequilíbrio econômico-financeiro; b) falta de itens de qualificação técnica exigidas pela legislação federal.

2. Dos Fatos e Fundamentos

2.1. Da Previsão de Reajustamento no Edital e no Contrato Administrativo Como Exceção à Garantia da Proposta de 60 dias

Inicialmente, imperioso destacar que o instituto do reequilíbrio econômico-financeiro está previsto na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, 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 de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

(...);

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Vale dizer, a manutenção das condições da relação contratual é norma constitucional e rege toda a relação desde a proposta, como normatizado, devendo permanecer durante toda a relação. Qualquer fato superveniente que porventura desequilibre essa relação deve ser analisado e ajustado ao contrato, reequilibrando-o.

Por sua vez, a legislação ordinária estabelece também a obrigatoriedade de disciplinar critérios de reajustes no edital e no próprio contrato, como se vê especialmente na Lei nº 8.666/93:

Art. 40. O edital conterà no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo de licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

(...)

XI - critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela;

[...]

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização

monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;

[...]

Art. 65. Os contratos regidos por esta lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

(...)

II – por acordo entre as partes:

(...)

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contrato e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária ou extracontratual.”

No mesmo norte, verifica-se o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato deriva também de alguns princípios constitucionais, tais como os princípios da segurança jurídica, isonomia, da tutela e da indisponibilidade do interesse público, os quais reforçam a importância do instituto do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, que tem como essência, além de evitar o enriquecimento ilícito, dar segurança jurídica às relações contratuais firmadas com Administração.

Assim, quando ocorrer qualquer alteração no equilíbrio econômico-financeiro do contrato, quer seja através da variação de índices inflacionários, quer seja pela ocorrência de fatos supervenientes, o mesmo deverá ser “revisado”.

Para o autor José dos Santos Carvalho Filho :

“Equação econômico-financeira do contrato é a relação de adequação entre o objeto e o preço, que deve estar presente ao momento em que se firma o ajuste. Quando é celebrado qualquer contrato, inclusive o administrativo, as partes se colocam diante de uma linha de equilíbrio que liga a atividade contratada ao encargo financeiro correspondente. Mesmo podendo haver certa variação nessa linha, o certo é que no contrato é necessária a referida relação de adequação. Sem ela, pode dizer-se, sequer haveria o interesse dos contratantes no que se refere ao objeto do ajuste”.

Dessa forma, verifica-se como importante a previsão editalícia e contratual da possibilidade de se buscar o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, caso este, por fatores

imprevisíveis ou previsíveis mas de consequências incalculáveis, desalinhar dos termos inicialmente propostos, nos termos do Art. 65, II, “d”, da Lei nº 8.666/93.

Nesse norte douto Pregoeiro, o item 5.10 do edital, ao se referir que a proposta permanecerá válida sob qualquer hipótese pelo prazo de 60 dias, tal norma vai de encontro com a própria norma constitucional, que garante ao licitante que, após a proposta, sem referir-se a prazo mínimo, qualquer circunstância que altere a sua equação econômico-financeira seja inclusa no contrato e a ele aplicado, como forma de reequilibrar tal equação.

Não pode o edital, nem mesmo a Lei nº 8.666/93 conflitar com a própria CF/88, como acima dito.

Por isso a necessária alteração do edital para incluir a referida exceção na cláusula mencionada.

2.2 Da Necessária Autorização da Agência Nacional do Petróleo Para Distribuição – Documentos de Habilitação

Douto Pregoeiro.

Analisando os termos do edital, em especial relacionados à qualificação do licitante, item 6.3.4.1, verifica-se também que entre as exigências de qualificação das empresas interessadas em participar do referido processo licitatório, pouco ou quase nada há sobre a qualificação técnica a ser exigida dos licitantes.

Circunstância deveras preocupante, quando falamos em aquisição de insumos pela Administração Pública. Até porque, a qualificação técnica comprovada através de atestados é a única forma do Administrador probo conhecer a empresa interessada em fornecer para o poder público, não existindo outra forma para tal.

E no caso sob análise, não há a menor exigência quanto a tal situação. Não há exigências de apresentação, pelas licitantes, de Autorização da Agência Nacional de Petróleo, tampouco Certificado de Qualidade de Produto, documentos indispensáveis à comprovação da qualificação técnicas das empresas que pretendem distribuir produtos asfálticos, em especial a emulsão asfáltica – itens 01 a 04 do termo de referência.

No entanto, normas federais impõem um mínimo de qualificação para que empresas pratiquem a distribuição de insumos asfálticos, como se passa a expor.

Como primeiro ponto, não se verifica no edital sob análise exigência de que o licitante possua no mínimo registro junto a Agência Nacional de Petróleo – ANP – para distribuição de insumos asfálticos.

Porém, douto Pregoeiro, quanto aos itens de emulsão asfáltica, somente o registro não torna a empresa apta à distribuição do insumo, conforme a normativa abaixo.

Tendo em vista as especificidades dos produtos licitados, o art. 3º da **Resolução ANP 36/2012**, destaca a exigência de que o Distribuidor apresente Certificado de Qualidade do produto:

*Art. 3º A documentação fiscal e o Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica (DANFE) referentes às operações de comercialização e de transferência das emulsões asfálticas realizadas pelo Distribuidor deverão ser acompanhados de uma cópia legível do **Certificado da Qualidade** atestando que o produto comercializado atende às especificações estabelecidas no Regulamento Técnico ANP nº 6/2012.*

Parágrafo único. O Certificado da Qualidade deverá ter numeração sequencial anual e ser firmado pelo químico responsável pelas análises laboratoriais realizadas, com indicação legível de seu nome e número da inscrição no órgão de classe, inclusive no caso de cópia emitida eletronicamente. (<http://legislacao.anp.gov.br/?path=legislacao-anp/resol-anp/2012/novembro&item=ranp-36--2012>)

Assim, para a comercialização e distribuição de insumos asfálticos, especialmente a emulsão asfáltica, a **autorização da Agência Nacional de Petróleo** é condição fundamental para a comprovação da habilitação técnica e também legal da empresa licitante, conforme determina a **Resolução nº 2 de 14/01/2005 / ANP - Agência Nacional do Petróleo - (D.O.U. 19/01/2005)**, que segue em anexo.

Em destaque, o Art. 3º da referida Resolução:

Art. 3º A atividade de distribuição de asfaltos somente poderá ser exercida por pessoa jurídica, constituída sob as leis brasileiras, que possuir autorização da ANP.

Por isso que não há como habilitar licitantes que não possuam a autorização da ANP, por ser assim uma determinação legal.

Destaca-se também que o próprio Município contratante, em caso de contratar empresa não autorizada pela ANP pode, em casos de danos ambientais, indenizações de toda ordem, por exemplo, também ser responsabilizada de forma solidária com a empresa que não possuía tal autorização, já que a Administração Pública deveria ter esse conhecimento legal prévio quando busca adquirir produtos ou insumos asfálticos.

Aliás, o edital do certame está bastante flexível quanto ao item em questão, na medida em que não reproduziu exigências mínimas de atestação ou qualidade de produto, tampouco autorizações das Licitantes, o que também vai de encontro com a normas acima destacadas.

Tal proceder vai muito além de futura alegação de vinculação ao edital, na medida em que o próprio edital descumpriu as normas federais atinentes a espécie, sendo que seu reconhecimento nada mais é do que atender o preceito legal ao caso concreto, não podendo ser absolvido por princípio que sabe-se, não é absoluto.

Assim, imperioso seja estabelecido no edital do certame a necessidade de apresentar, a licitante interessada na distribuição de insumos asfálticos, a devida autorização da ANP, único órgão responsável no País a certificar de forma adequada os distribuidores de insumos.

Até porque, exigências necessárias e úteis são autorizados e recomendadas pela legislação pátria, conforme a Constituição Federal no seu art. 37, inciso XXI, estatuiu que:

“XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

Vale dizer, qualquer exigência deve, desse modo, guardar estrita pertinência com o objeto da contratação, razão pela qual, o ato convocatório só pode consignar requisitos e condições que sejam necessárias ao atendimento do interesse público visado. E no caso concreto é justamente o que se postula: requisitos mínimos de garantias à própria Administração Pública e seus munícipes, que deverão contratar empresa apta à entrega do bem que se licita.

No que tange à fase de habilitação das licitações, que se destina à verificação da idoneidade dos licitantes em contratar com a Administração e sua capacidade de bem executar o objeto desejado, permite a Lei 8.666/93 a exigência de documentos relativos à: habilitação jurídica; regularidade fiscal e trabalhista; qualificação técnica; e, qualificação econômico-financeira; (artigos 28 a 31, respectivamente).

Como explica Marçal Justen Filho:

“o exercício de determinadas atividades ou o fornecimento de certos bens se encontram disciplinados em legislação específica. Assim, há regras acerca da fabricação e comercialização de alimentos, bebidas, remédios, explosivos etc. Essas regras tanto podem constar de lei como estar explicitadas em regulamentos executivos. Quando o objeto do contrato envolver bens ou atividades disciplinadas por legislação específica, o instrumento convocatório deverá reportar-se expressamente às regras correspondentes”¹

Isso quer dizer, Preclaro Pregoeiro, que o exercício de determinadas atividades ou a fabricação de determinados produtos depende de cumprimento de regras técnicas. A proposta comercial é que deve conter os critérios técnicos mínimos do produto, competindo à Administração, do mesmo modo, estipular no instrumento convocatório, sempre justificadamente, as características mínimas que o bem ou o serviço devem reunir e, eventualmente, requisitos obrigatórios decorrentes de legislação pertinente, a fim de assegurar a contratação de um objeto satisfatório e compatível com a necessidade que ensejou a instauração do certame.

Há inúmeros casos de Municípios que desconheciam tal norma, promovendo a alteração do edital para atender as referidas resoluções e muitas outras já incluindo em seus editais tal requisito, como forma de garantia e segurança à própria Administração Pública.

No Pregão Presencial nº 004/2021, do Município de Barrinha/SP, assim se pronunciou o digno pregoeiro, no caso concreto anulando o item emulsão asfáltica:

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 12. Ed. São Paulo: Dialética, 2008. p. 434

Neste sentido, há de ser reconhecido que nos termos do artigo 3º da Resolução 002/2005 da ANP, a atividade de distribuição do item emulsão asfáltica - item 2 (objeto de irrisignação no certame) vincula-se à expedição de autorização.

Por isso o provimento desta impugnação é medida impositiva.

3. DOS REQUERIMENTOS

Em face do exposto, requer a Impugnante:

- 3.1. A atribuição de efeito suspensivo a presente Impugnação, com a paralisação do trâmite do mesmo, até decisão final do presente, nos termos do Art. 109, §2º, da Lei de Licitações;
- 3.2. Encaminhar a presente Impugnação ao Setor de Engenharia do Município, bem como ao Setor Jurídico para parecer acerca dos apontamentos feitos acima, sobre os quais pugna manifestação;
- 3.4. No mérito, acolher os argumentos acima lançados, para o fim de:
 - a) **incluir** de forma expressa a possibilidade de aplicação do instituto do **reequilíbrio econômico-financeiro**, nos termos do Art. 65, inciso II, letra “d”, da Lei nº 8.666/93, como exceção à regra da garantia da proposta de 60 dias, conforme item 2.1 acima;
 - b) **incluir entre as exigências de habilitação técnica e legal das licitantes**, autorização da ANP para distribuição e comercialização de insumos asfálticos, conforme item 2.2 acima;

Pede e Espera Deferimento

De Passo Fundo (RS) para Caçador (SC), aos 26 de julho de 2021.

SANDRA SALETE
SCARIOT:93239238004

Assinado de forma digital por SANDRA SALETE
SCARIOT:93239238004
Dados: 2021.07.27 10:32:36 -03'00'

TRAÇADO CONSTRUÇÕES E SERVIÇOS LTDA
Sandra Salete Scariot
Procuração nº 29.213

Despacho Protocolo 1- 17.567/2021

De: Claudia N. - PC

Para: Pregão

Data: 27/07/2021 às 13:34:05

—
Claudia Mengidski Nicoletti

Protocolo Central

Despacho Protocolo 2- 17.567/2021

De: Claudia N. - PC

Para: Licit - A/C Patricia F.

Data: 27/07/2021 às 13:34:15

—
Claudia Mengidski Nicoletti

Protocolo Central

Despacho Protocolo 3- 17.567/2021

De: Patricia F. - Licit

Para: Pregão - A/C Silvana S.

Data: 27/07/2021 às 18:33:08

Setores (CC):

Pregão

Boa tarde,

Segue para conhecimento e posteriormente andamento no processo.

Atenciosamente,

—

Patricia Fonseca Potrickus

Licitações e Contratos

Despacho Protocolo 4- 17.567/2021

De: Silvana S. - Pregão

Para: Compras Infra - A/C Luiz A.

Data: 30/07/2021 às 16:59:30

Setores (CC):

Sec Inf, Compras Infra, Infra Lici

Boa tarde Luiz, como vai?

Solicito, por gentileza, que se posicione quanto ao quesito **técnico** manifestado na impugnação, e nos responda até o dia **03/08/2021**, para que possamos decidir quanto a impugnação em questão.

Atenciosamente,

—

Silvana Schmidt

Pregoeira - Setor de Licitações e Contratos

Despacho Protocolo 5- 17.567/2021

De: Luiz A. - Compras Infra

Para: Pregão

Data: 03/08/2021 às 17:29:36

Boa tarde.

Após análise da documentação apresentada, entendo como pertinente a solicitação de inclusão de exigência de habilitação técnica e legal das licitantes.

Portanto solicitamos a inclusão junto ao item 6.3.4 QUALIFICAÇÃO TÉCNICA.

- Apresentação de habilitação técnica e autorização da Agência Nacional de Petróleo e certificado que atenda a Associação Brasileira de Normas Técnicas.

Favor encaminhar para o Setor IPPUC para que tenha conhecimento e de acordo.

Att:

—

Luiz Carlos da Luz Antunes

Dep. Compras

Despacho Protocolo 6- 17.567/2021

De: Lucas C. - Pregão

Para: Representante: TRAÇADO CONSTRUÇÕES E SERVIÇOS LTDA

Data: 03/08/2021 às 18:14:19

Prezado interessado,

Para mantermos a celeridade e resposta da presente impugnação referente ao questionamento sobre a possibilidade de aplicação do instituto do reequilíbrio econômico-financeiro durante o prazo de validade da proposta prevista no item 5.10 do edital, informo que a regra é **relativizada no item 17.1 do instrumento convocatório, in verbis:**

*17.1. Durante a vigência da Ata, os preços registrados serão fixos e irreeajustáveis, **exceto nas hipóteses, devidamente comprovadas, em decorrência de situação prevista na alínea "d" do inciso II do Artigo 65 da Lei n.º 8.666/93 e suas alterações ou de redução dos preços praticados no mercado ou, ainda, no caso de reajuste quando a data de apresentação da proposta e a data final de vigência da Ata ultrapassar 01 (um) ano.***

Analisando o texto editalício, não há necessidade de previsão expressa no item 5.10 do edital para que seja concedido o reequilíbrio do preço registrado, desde que respeitado o trâmite procedimental previsto no Dec. Municipal nº 8.361/2019.

O item 17.1 é inteligível em informar que poderá ocorrer a alteração de valores durante a vigência da ata de registro de preços, desde que comprovado a excepcionalidade prevista na alínea "d" do inciso II do art. 65 da Lei de Licitações. Assim, ao analisar os itens 5.10 e 17.1 e realizar uma interpretação sincrônica, conclui-se que o item 17.1 excepcionaliza a regra do item 5.10 uma vez que a validade da proposta estará parcialmente coberta pela vigência da ata de registro de preços.

Friso, ainda, que as regras do edital não vedam a possibilidade do reequilíbrio dos preços durante a vigência da validade da proposta, até porque tal direito está positivado na carta magna e lei de regência.

Por fim, quanto a necessidade de encaminhar a impugnação ao setor do IPPUC, conforme despacho 5 deste protocolo, informo ser desnecessário tal encaminhamento, pois o setor não possui qualquer relação ao objeto da presente licitação.

Atenciosamente

—

Lucas Filipini Chaves

Pregoeiro