

**ILMO. SR. PREGOEIRO DA COMISSÃO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALFENAS – UNIFAL –
DO ESTADO DE MINAS GERAIS/MG.**

Ref.: PREGÃO ELETRÔNICO Nº 074/2016

PROCESSO Nº 23087.006337/2016-02

WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS LTDA., sociedade empresária com sede no Av. Pastor Martin Luther King Jr, 126 – Bloco 10, Ala A, Sala 401, Del Castilho- Rio de Janeiro/ RJ, inscrita no CNPJ/MF sob o n.º 35.820.448/0001-36, com filial estabelecida na Rua Benedito Goncalves,2320 Centro Industrial- Divinópolis/MG inscrita no CNPJ/MF sob o n.º 35.820.448/0137-00, vem por seu representante legal abaixo assinado, com fulcro na Lei Federal n.º 10.520/02 e no § 2º, do art. 41 da Lei n.º 8.666/93, Lei Complementar nº 123, apresentar.

IMPUGNAÇÃO

ao edital de licitação em epígrafe, pelas razões de fato e de direito que serão a seguir devidamente expostas:

DO CERTAME E DA TEMPESTIVIDADE DA IMPUGNAÇÃO

Nos termos do instrumento convocatório anteriormente referido, a sessão de processamento do Pregão será realizada no dia 19 de Agosto de 2016, às 09h00min, objetivando aquisição futura de gases especiais, incluindo locação dos cilindros, de forma parcelada, conforme especificações e exigências constantes do Termo de Referência e do Anexo I deste Edital.

Prevê o edital que o presente certame será regido pela Lei nº 10.520/2002, Lei Municipal nº 8.298/2003, no Decreto Municipal nº 9.166/2003, na Lei Federal nº 8.666/1993, na Lei Complementar Federal nº 123/2006, no Decreto Municipal nº 10.972/2007 e pelas condições contidas no Edital e demais legislações.

“Lei n.º 10.520/02

Art. 9º Aplicam-se subsidiariamente, para a modalidade de pregão, as normas da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993.”

Portanto, de acordo com disposto no art. 41, § 2º da Lei n.º 8.666/93, esta Impugnação, apresentada hoje, dia 16 de Agosto de 2016, é indiscutivelmente tempestiva.

“Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

(...)

§ 2º Decairá do direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a administração o licitante que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização de leilão, as falhas ou irregularidades que viciariam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso.”

(Grifei)

-II-

DA ANÁLISE DO EDITAL PELA LICITANTE

Interessada e apta a participar da licitação epigrafada, veio a Impugnante a adquirir o Edital regulador do certame e examinar as condições de participação nele constantes com a minúcia apropriada, necessária à percepção das diversas particularidades e nuances do objeto da licitação.

Desse acurado exame resultou a constatação, com o devido respeito, de que há disposições no instrumento convocatório merecedores de adequação, razão por que, em homenagem ao Princípio da Legalidade, são ora questionadas:

-III-

DA IMPROPRIEDADE DO EDITAL

III.1 – DA RESTRIÇÃO OU FRUSTRAÇÃO DO CARÁTER COMPETITIVO DO CERTAME

A ora Impugnante analisando o instrumento convocatório, identificou omissões e restrições que devem ser sanadas, com intuito que as empresas licitantes possam formular de forma correta as suas propostas, e, assim, estará ampliando o caráter competitivo do certame, senão vejamos:

a) O prazo de entrega de até 5 (cinco) dias após solicitação previsto no subitem 6.2 do item 6 do Termo de Referência, do Edital é exíguo e restringe totalmente o caráter competitivo do certame, uma vez que, os gases requeridos pela Administração Pública são especiais de extrema especificidade de pureza desenvolvidos em laboratórios.

Ressaltamos que a estipulação de prazos pela Administração Pública, deve utilizar de sensatez e razoabilidade para fixá-lo, devendo este ser razoável e exequível para o cumprimento da obrigação. Sendo assim, a Administração ao estipular um prazo exíguo e inexecutável para o cumprimento do contrato, estará restringindo o número de licitantes, violando o estabelecido na lei 8.666/93.

Assim, sugerimos que os prazos sejam revistos por esta ilustre comissão e como sugestão indicamos o prazo não inferior **60 (sessenta) dias** para a entrega após a solicitação, sob pena de violar o previsto na lei 8.666/93. E, caso haja a manutenção do prazo, haverá violação ao Princípio da Competitividade, tendo em vista que inúmeras empresas certamente não participarão em virtude de não conseguir cumprir tal prazo.

b) Outro ponto que questionamos refere-se aos itens destinados somente as MEIs, MEs, EPPs. O edital na observação do Anexo I e o item 2.3 mencionam que os itens que possuem o valor acima de R\$ 80.000,00 (oitenta mil) reais foram fracionados no percentual de 25% para as MEIs, MEs, EPPs. Como o referido fracionamento ocorreu somente nos itens 19 e 20. Podemos entender que todos os outros itens são destinados exclusivamente as MEIs, MEs, EPPs?

Caso positivo, a ora impugnante requer a ampliação da participação de empresas de grandes porte para dos demais itens por serem conforme já mencionado acima gases especiais de alta pureza desenvolvidos em laboratório especiais o que tornará o seu valor acima do disposto na com especificações da Lei Complementar 123/06 que em seu artigo 48, inciso I, realiza a limitação da exclusividade a ME/EPP/COOP, cujo valor estimado seja de até a R\$ 80.000,00 (oitenta mil) reais.

Ainda que estejam dentro do valor previsto na Lei deve-se avaliar que esta condição é uma faculdade do pregoeiro a Lei não obriga que itens com valores valor estimados até R\$ 80.000,00 (oitenta mil) reais sejam exclusivos para ME/EPP/COOP. Portanto, a Administração ao limitar a participação exclusiva para maioria dos itens as empresas de ME/EPP/COOP, estará diminuindo o caráter competitivo do certame, prejudicando não só os licitantes, mas também a própria Administração Pública frustrando o principal objetivo da licitação que é o maior número de participantes para obter o melhor preço, melhor produto com a melhor qualidade.

Caso a Administração mantenha os requisitos acima questionados, estará violando diversas disposições legais, senão vejamos:

Os procedimentos públicos de contratação visam garantir a observância do princípio constitucional incrustrado no artigo 37 da Carta de 1988, o que vem determinado literalmente no artigo terceiro da Lei 8.666/93. Nesse sentido é **vedada a inclusão, no texto convocatório, de “cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções” entre os potenciais proponentes**, consoante regra do artigo 3º, § 1º, da Lei 8.666/93.

Há, nesse sentido, claro posicionamento dos Tribunais, atribuindo à Administração o dever de pautar seus atos em vista da finalidade e segundo o princípio da proporcionalidade:

“LICITAÇÃO – Edital cujas cláusulas exigem dos licitantes requisitos irrazoáveis e desproporcionais entre os meios aplicados e os fins pretendidos – Inadmissibilidade – Observância do princípio da proporcionalidade.

O edital de pregão tem de obedecer ao princípio da proporcionalidade, não podendo constar cláusulas que objetivem excluir os licitantes do processo seletivo, com requisitos irrazoáveis, desproporcionais entre os meios aplicados e os fins pretendidos. É de se aplicar, indubitavelmente, o princípio constitucional da proporcionalidade, que segundo Paulo Bonavides, se resume no seguinte: “O princípio se caracteriza pelo fato de presumir a existência de relação entre um ou vários fins determinados e os meios com que são levados a cabo. Nesta acepção, entende Muller que há violação do princípio da proporcionalidade, com ocorrência de arbítrio, toda vez que os meios destinados a realizar um fim não são por si mesmos apropriados e/ou quando a desproporção entre meio e fim é particularmente evidente, ou seja, manifesta. O princípio da proporcionalidade (Verhältnismässigkeit) pretende, por conseguinte, instituir, como acentua Gentz, a relação entre fim e meio, confrontando o fim e o fundamento de uma intervenção com os efeitos desta para que se torne possível um controle do excesso (eine Übermasskontrolle)”. Vê-se, pois, que é manifesto o excesso de poder da autoridade coatora ao violar o princípio da proporcionalidade, o que se revela mediante contrariedade, incongruência, irrazoabilidade ou inadequação entre os meios aplicados e os fins pretendidos”

Todas as ações administrativas sujeitam-se a controle – quer interno, quer externo – e todas podem ser revisadas ou por violação aos princípios jurídicos, ou por ilegalidade, ou por erro:

A discricionariedade, entendida como área imune à sindicabilidade judicial, não mais comporta essa concepção, (...) Conclui daí que o ato administrativo vincula-se, em maior ou menor grau, não apenas à legalidade, senão que à totalidade dos princípios regentes das relações jurídico-administrativas, notadamente em respeito àqueles de vulto constitucional, para afirmar, com convicção que “a discricionariedade é invariavelmente vinculada aos princípios constitutivos do sistema jurídico” e que “a discricionariedade não vinculada aos princípios é, por si mesma, arbitrariedade.”(Moraes, Germana de Oliveira, “Controle Jurisdicional da Administração Pública”, dialética, SP, 1999, pág. 36).

Por isso mesmo, as disposições editalícias restritivas devem ter seu comando harmonizado com os dispositivos cogentes da lei de regência, a 8.666/93 e com a Constituição:

“...é imperioso destacar que a Constituição autoriza apenas exigências que configurem um mínimo de Segurança. Portanto, não se admitem exigências que vão além disso. Logo, a Administração não poderá respaldar seus atos com a invocação de que a exigência amplia sua Segurança. É evidente que o máximo de Segurança corresponderia ao máximo de restrição. Essa não é a solução autorizada pela Constituição.” (Justen Filho, Marçal, **“Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos”**, Dialética, 7ª Edição, SP, pág. 337-338)

Destarte, solicitamos a vossa comissão a modificação deste edital para em função da amplitude do caráter competitivo da Licitação e à estrita observância ao Princípio da Legalidade (Legalidade Administrativa) e da Isonomia, para que esta administração tenha a oportunidade de realizar o melhor preço e a melhor compra, não ficando assim restringido o número de licitantes.

c) Por fim, o edital é omissivo em relação a forma de abastecimento dos itens licitados, o que por si só, já impossibilita a participação das empresas licitantes, visto que a apresentação do edital deve ser claro, correto e compatível com o serviço que será realizado, é essencial para a própria viabilização da participação de todos os interessados na licitação.

Assim, requeremos que seja informado a forma de abastecimento, tendo em vista o seu caráter de suma importância no edital.

A omissão e as restrições do Edital acima indicadas impossibilitam as empresas licitantes na elaboração de proposta, conseqüentemente, restringe a competitividade da licitação.

Isto posto, a clareza e precisão do edital é indispensável para assegurar a isonomia entre os licitantes (CF, arts. 3º, IV, e 5º, *caput* e inc. I; Lei 8.666/1993, art. 3º). É imprescindível a definição exata do edital, em todos os seus termos, a fim de que se estabeleça assim uma prévia e inequívoca base para aplicação de todos os critérios de habilitação e julgamento.

Além disso, a clareza do edital é que assegura que as propostas venham a ser minimamente homogêneas e, portanto, passíveis de alguma comparação objetiva. Se o não é claro – como é o caso – há o risco de propostas extremamente díspares entre si. A imprescindibilidade da clara definição do edital e sua relevância para as garantias fundamentais do processo licitatório são noções assentes em doutrina e jurisprudência.

O Tribunal de Contas da União tem até mesmo súmula a respeito do tema:

“A definição precisa e suficiente do objeto licitado constitui regra indispensável da competição, até mesmo como pressuposto do postulado de igualdade entre os licitantes, do qual é subsidiário o princípio da publicidade, que envolve o conhecimento, pelos concorrentes potenciais das condições básicas da licitação, constituindo, na hipótese particular da licitação para compra, a quantidade demandada uma das especificações mínimas e essenciais à definição do objeto do pregão” (Súmula nº 177, do TCU).

Na mesma linha é o parecer contido na ilustre obra a seguir transcrita:

“A definição do objeto é, pois, condição de legitimidade da licitação, sem a qual não pode prosperar o procedimento licitatório, qualquer que seja a modalidade de licitação. É assim porque sem ela torna-se inviável a formulação das ofertas, bem como seu julgamento, e irrealizável o contrato subsequente.” (HELY LOPES MEIRELLES, Licitação e contrato administrativo, 14ª ed., São Paulo, Malheiros, 2006, p. 51).

Caso a Administração mantenha os requisitos acima questionados, estará violando diversas disposições legais, senão vejamos:

Destarte, solicitamos a vossa comissão a modificação deste edital para em função da amplitude do caráter competitivo da Licitação e à estrita observância ao Princípio da Legalidade (Legalidade Administrativa) e da Isonomia, para que esta administração tenha a oportunidade de realizar o melhor preço e a melhor compra, não ficando assim restringido o número de licitantes.

-IV-

DO DIREITO

Tendo em vista a correta definição dos aspectos concernentes ao certame, a lei exige a precisa formulação das propostas por parte dos licitantes, culminando, em última análise, na satisfação do interesse público.

Em não dando luz a um termo que supra as necessidades das partes, verifica-se a ineficácia do certame. Neste caso, mister destacar, a licitação não terá cumprido seu papel.

O edital em tela, quanto ao ponto ora abordado, não é condizente com o previsto na Lei. Destarte, torna-se grande a chance de insucesso e, em consequência, de insatisfação dos administrados. Por isso é que se pede adequação destes aspectos.

-V-

DO PEDIDO

Esta Impugnação tem como escopo a retificação no que tange às impropriedades do instrumento convocatório, a fim de que, pela via direta, o procedimento seja eficaz e os licitantes tenham a segurança necessária para elaborarem suas propostas e, pela via oblíqua, seja garantida a segurança dos envolvidos, logo, plenamente alcançado o interesse público, indisponível.

Diante de todo o exposto, fica atingido o instrumento convocatório, devendo novo edital ser elaborado, considerando a devida adequação, e republicado, não havendo como se realizar o ato previsto no atacado edital.

Pede apreciação e manifestação.

Divinópolis, 16 de Agosto de 2016.



WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS LTDA
Cristina Vicente Henriques
Supervisora da Célula de Licitações
Tel. (21) 99664-0976
Central de Relacionamento: 0800 709 9000