

RESPOSTA A IMPUGNAÇÃO

TERMO: Decisório.

ASSUNTO/FEITO: Julgamento de Impugnação ao Edital – PREGÃO ELETRÔNICO Nº PE 11/2022-SESA.

OBJETO: AQUISIÇÃO DE AMBULÂNCIA E VEÍCULOS PARA A SECRETARIA DE SAÚDE.

IMPUGNANTE: CKS COMÉRCIO DE VEICULOS LTDA, inscrita no CNPJ o nº. 30.330.883/0001-69.

IMPUGNADO: PREGOEIRA.

DAS INFORMAÇÕES:

A PREGOEIRA do Município de Viçosa do Ceará, vem encaminhar o resultado do julgamento de impugnação ao edital supra, impetrado pela pessoa jurídica CKS COMÉRCIO DE VEICULOS LTDA, inscrita no CNPJ o nº. 30.330.883/0001-69, aduzimos que a presente impugnação foi interposta dentro do prazo previsto no art. 24 do Decreto Federal nº. 10.024/2019.

Podemos concluir desta forma pelas recomendações no Decreto Federal 10.024/2019, senão vejamos:

Art. 24. Qualquer pessoa poderá impugnar os termos do edital do pregão, por meio eletrônico, na forma prevista no edital, até três dias úteis anteriores à data fixada para abertura da sessão pública.

§ 1º A impugnação não possui efeito suspensivo e caberá ao pregoeiro, auxiliado pelos responsáveis pela elaboração do edital e dos anexos, decidir sobre a impugnação no prazo de dois dias úteis, contado da data de recebimento da impugnação.

§ 2º A concessão de efeito suspensivo à impugnação é medida excepcional e deverá ser motivada pelo pregoeiro, nos autos do processo de licitação.

§ 3º Acolhida a impugnação contra o edital, será definida e publicada nova data para realização do certame.

Preliminarmente há que se esclarecer que a referida impugnação não tem efeito de recurso, portanto não há que se falar em suspensão das etapas do certame, tampouco sua remessa a autoridade superior, tem o Pregoeiro nesta fase processual, todos os poderes para averiguação de quaisquer contestações que se façam ao texto editalício, decidindo sobre cada caso, conforme determina o art. 17 do Decreto Federal nº. 10.024/2019:

Art. 17. Caberá ao pregoeiro, em especial:

[...]

II - receber, examinar e decidir as impugnações e os pedidos de esclarecimentos ao edital e aos anexos, além de poder requisitar subsídios formais aos responsáveis pela elaboração desses documentos;

O Art. 24, § 1º alhures é taxativo, a comunicação de impugnação do edital não terá natureza de recurso, portanto, não haverá efeito suspensivo.

DA ADMISSIBILIDADE DA IMPUGNAÇÃO:

Os pressupostos de admissibilidade desta espécie de Impugnação Administrativa, cuja existência concreta deve ser preliminarmente aferida, são eles principalmente: a manifesta tempestividade, a inclusão de fundamentação e de pedido de reforma do instrumento convocatório.





A petição do inconformismo foi protocolada em atenção ao requisito extrínseco da tempestividade, uma vez que a abertura da sessão pública está marcada para o dia **01/06/2022**, e a impugnação foi protocolada por e-mail. Logo, é evidente que fora cumprido o prazo previsto no edital do certame e no art. 24 do Decreto Federal nº 10.024/2019.

Preenchido também os outros requisitos para impugnar, pois a petição é fundamentada e contém pedido de retificação do Edital.

Isto posto merece ser conhecida a Impugnação apresentada.

DAS RAZÕES DA IMPUGNAÇÃO

A impugnante sustenta que no anexo I-A ao dispor das especificações mínimas estipula o conceito de veículos novo na forma prevista na Lei Federal nº. 6.729/79, Lei Ferrari, exige de forma supostamente onerosa a comprovação em ser concessionária ou fabricante de veículos. Prossegue relatando a impugnante que os dispositivos impugnados terminam por limitar a participação apenas para licitantes que sejam concessionárias autorizadas do fabricante, ou seja, aqueles celebrantes do contrato de concessão previsto na Lei Federal nº. 6.729/79.

Ao final, requereu: a procedência da impugnação ora apresentada, para excluir a incidência da lei Ferrari permitindo a participação de todas as empresas, permitindo-se a participação de todas as empresas atuantes na comercialização de veículos automotores.

É o breve relatório fático.

DO EXAME DE MÉRITO

Sobre esse aspecto legal cabe mencionarmos que a Lei 6.729/79, mais conhecida como “Lei Ferrari”, dispõe sobre quem está autorizado a distribuir e comercializar veículos automotores de via terrestre vejamos: o reza tal diploma legal:

Art. 1º A distribuição de veículos automotores, de via terrestre, efetivar-se-á através de concessão comercial entre produtores e distribuidores disciplinada por esta Lei e, no que não a contrariem, pelas convenções nela previstas e disposições contratuais.

Art. 2º Consideram-se:

- I - produtor, a empresa industrial que realiza a fabricação ou montagem de veículos automotores;
- II - distribuidor, a empresa comercial pertencente à respectiva categoria econômica, que realiza a comercialização de veículos automotores, implementos e componentes novos, presta assistência técnica a esses produtos e exerce outras funções pertinentes à atividade;

Art. 3º Constitui objeto de concessão:

- I - a comercialização de veículos automotores, implementos e componentes fabricados ou fornecidos pelo produtor;
- II - a prestação de assistência técnica a esses produtos, inclusive quanto ao seu atendimento ou revisão;
- III - o uso gratuito de marca do concedente, como identificação.

O art. 1º da Lei Ferrari deixa claro que **“A distribuição de veículos automotores, de via terrestre, efetivar-se-á através de concessão comercial entre produtores e distribuidores”**. Também, o inciso II, do Art. 2º da mesma lei, define distribuidor como sendo **“(…) a empresa comercial**



pertencente à respectiva categoria econômica, que realiza a comercialização de veículos automotores, implementos e componentes novos, presta assistência técnica a esses produtos e exerce outras funções pertinentes a atividade.

Em resposta a impugnante é imperioso salientar que o cerne da questão em comento realmente nos remete ao **conceito de veículo zero km**, sendo assim entendemos que **são veículos que não tenha sido usado, utilizados, que não foram emplacados ou transferidos em data anterior a compra**. De fato, verificamos que o edital não estabelece condição de participação para empresas fabricantes e/ou concessionárias, ocorre que verificamos que o Anexo I-A do edital quanto a especificação do veículos há previsão e citação da lei Ferrari o que entendemos haver erro formal por parte do elaborador do Termo de Referência uma vez que não há porque haver limitação concorrencial que limite o universo de participantes ao certame e nem o edital prevê tal.

Desse modo entendemos que assim como citado pela impugnante as especificações do edital relativo ao detalhamento do veículo permanecendo como estão, seria criada uma reserva de mercado ao arremedo da legislação, onde apenas Fabricantes e Concessionários poderiam comercializar veículos com órgãos e entes públicos, em total desacordo com o princípio da isonomia, agasalhado no caput do art. 5º da Carta da República, segundo o qual *"Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:"*

Nessa perspectiva, Marçal Justen Filho assevera:

"Isonomia significa o direito de cada particular de participar na disputa pela contratação administrativa, configurando-se a inviabilidade de restrições abusivas, desnecessárias ou injustificadas. Trata-se, então, da isonomia como tutela aos interesses individuais de cada sujeito particular potencialmente interessado em ser contratado pela Administração. A ampliação da disputa significa a multiplicação de ofertas e a efetiva competição entre os agentes econômicos. (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 14ª Ed. Dialética. São Paulo. 2010)."

Discorrendo sobre esse princípio, Ronny Charles assevera:

"A competição é um dos principais elementos do procedimento licitatório. Deve-se compreender que a disputa entre eventuais interessados possibilita à administração alcançar um melhor resultado no certame, auferindo uma proposta vantajosa. Além da competitividade, que é reconhecida pela ampla doutrina e (enquanto princípio) pode ser compreendida de acordo com os outros princípios pertinentes, este dispositivo deve ser encarado pelo gestor como regra, sendo expressamente vedadas cláusulas ou condições restritivas do caráter competitivo, motivadas por situações impertinente ou irrelevantes para a obtenção do objeto contratual. (Charles, Ronny. Leis de Licitações Públicas comentadas. 2ª Ed. Jus Podivm. 2009. Salvador)"

Nessa realidade, verifica-se que a preferência em se comprar veículos novos exclusivamente de fabricantes e concessionárias, com desprezo às demais entidades empresariais que comercializam os mesmos produtos de forma idônea, é medida que não se harmoniza com o princípio em baila, reduzindo indevidamente o espectro de fornecedores em potencial, diminuindo-se, em consequência, as perspectivas para a obtenção da proposta mais vantajosa ao interesse público, através de uma disputa de preços mais ampla, o que atenta também contra a eficiência e a economicidade norteadoras da atividade administrativa.

Registre-se que, sobre este ponto, a Consultoria Zênite:



"se inclina no sentido de que, se há uma prática corrente de mercado relativamente à disponibilização de veículos novos não apenas pelos fabricantes e concessionárias, e a venda de veículos nesses moldes não ocasiona qualquer prejuízo à Administração (a exemplo da garantia), e nem implica burla à legislação existente, especialmente tributária, então não se verifica óbice em assim autorizar. (ORIENTAÇÕES ZÊNITE – LICITAÇÃO - AQUISIÇÃO DE VEÍCULOS ZERO KM - FABRICANTE E CONCESSIONÁRIA - REVENDA - MATÉRIA CONTROVERTIDA, 06.10.2017).

De fato, não se vislumbra razoabilidade na vedação de participação de revendas multimarcas no Pregão, vez que é prática corrente no mercado a disponibilização de veículos novos por tais empresas, que são regularmente constituídas e atuantes no ramo de comercialização de veículos. Nos dizeres de Lúcia Valle Figueiredo, "A razoabilidade expressa, em primeiro lugar, a racionalidade que deve existir entre os meios utilizados para o alcance de fins perante motivos circunstâncias impostos à atuação administrativa". (Figueiredo, Lúcia Valle. Comentários à Lei Federal de Processo Administrativo. Ed. Fórum. 2ª Ed. 2008).

Resta, pois, evidenciado que não há fundamento válido para que o interesse público, consubstanciado na ampliação da competitividade do Pregão Eletrônico supra, seja aviltado em benefício do interesse particular das montadoras e concessionárias.

De toda sorte, cumpre destacar que a Lei n.º 6.729/79 é especial, específica, não se aplicando às aquisições públicas, posto que vincula apenas as concessionárias e montadoras. Realmente, vê-se que a Lei Ferrari "Discorre sobre a concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre".

Assim, considera-se o entendimento de que, tendo em vista os princípios da livre iniciativa, livre concorrência e liberdade de contratar, a Lei n.º 6.729/1979 deve ser aplicada restritivamente, sendo inadmissível interpretar que relações diversas devam ser subsumidas aos restritivos contratos de concessão entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre (conforme lição do Prof. André Ramos Tavares, in "Entre a liberdade e o dirigismo contratual: o caso da Lei Ferrari, disponível em <https://revistas.pucsp.br/index.php/red/issue/download/1594/3>).

A lei de licitações deverá ser aplicada em sua amplitude, principalmente com as demais normas vigentes e originárias, as constitucionais, portanto, em relação à legitimidade da referida exigência e, a respeito da sua legalidade, analisemos a luz da indispensabilidade contida no Art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal:

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:

(...)

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. (grifamos).

É mister salientar que a Lei n.º 8.666/93, em seu art. 3º, caput, tratou de conceituar licitação, em conformidade com os conceitos doutrinários estabelecendo os princípios da vinculação ao instrumento convocatório, julgamento objetivo e igualdade como estritamente relevantes no julgamento das propostas e da habilitação:



"A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração 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 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; (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010)

Já no parágrafo primeiro é expressamente vedado aos agentes públicos admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo nos certames.

O certame em sua integralidade deverá basear-se pela razoabilidade, em todas as suas etapas e procedimentos, devendo a Administração Pública optar sempre pelas condições que atendam tanto a necessidade pública quanto a razoabilidade das exigências editalícias, **respeitando também o Princípio da Competitividade.**

Assim sendo, não se pode, por amor à competição, deixar de prever requisitos que sejam *legais, pertinentes e relevantes* ao atendimento do objeto perseguido, à luz do interesse público, porque não é essa a *ratio legis*.

O renomado Marçal Justen Filho, diz em relação ao art. 3º, §1º da Lei em tela:

"O dispositivo não significa, porém, vedação à 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 conjuntamente a cláusula restritiva e o objeto da licitação. A inviabilidade não reside na restrição em si mesma, mas na incompatibilidade dessa restrição com o objeto da licitação. Aliás, essa interpretação é ratificada pelo previsto no art. 37, inc. XXI, da CF (... o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações)".

Um pouco mais adiante diz:

"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"

Em apreciação ao pedido apresentado pela referida empresa quanto ao Edital, constata a necessidade de proceder a revisão dos pontos levantados pela Impugnante.

DECISÃO:



Analisadas as razões impugnadas apresentadas pela empresa: CKS COMÉRCIO DE VEICULOS LTDA, inscrita no CNPJ o nº. 30.330.883/0001/69 a PREGOEIRA do Município, **CONHECER** da impugnação para no mérito **DAR-LHE PROVIMENTO** julgando seus pedidos **PROCEDENTES**, haja vista a análise procedida com minúcia nos textos apresentados, bem como os esclarecimentos prestados.

Nesse sentido será realizado retificação ao edital através de adendo modificador na forma prevista no art. 22 do Decreto Federal nº. 10.024/2019.

Viçosa do Ceará/CE, 30 de maio de 2022.

FLÁVIA MÁRIA CARNEIRO DA COSTA
Pregoeira Oficial do Município