RESPOSTA À IMPUGNAÇÃO

CONCORRÊNCIA PÚBLICA Nº 03/2020

RESPOSTA À IMPUGNAÇÃO APRESENTADA PELA EMPRESA NISSAN DO BRASIL AUTOMÓVEIS LTDA

I - DA ADMISSIBILIDADE

Trata-se de impugnação interposta pela empresa **NISSAN DO BRASIL AUTOMÓVEIS LTDA**, devidamente qualificada, por seu representante legal, em face ao edital de licitação na modalidade Concorrência Pública n.. 03/2020, destinado à AQUISIÇÃO DE VEICULOS UTILITÁRIOS PARA A ADMINISTRAÇÃO REGIONAL DO SENAC NO ESTADO DO TOCANTINS de acordo com os elementos e especificações constantes deste EDITAL DE CONCORRÊNCIA N. 03/2020.

A impugnante em linhas gerais pede esclarecimentos de ordem técnica e legal relativa ao objeto licitado com a consequente alteração do instrumento convocatório, os quais serão objeto de análise na presente decisão.

Cabe, ainda, informar que a presente manifestação é incontestavelmente tempestiva, uma vez que a sessão pública para recebimento dos envelopes esta marcada para o dia **06 de março de 2020** e o referido expediente foi recebido no dia 02 de março de 2020, portanto, dentro do prazo estipulado no preâmbulo do edital da Concorrência Pública n.º 03/2020, definido para até às **18 horas do dia 03 de março 2020.**

II – DOS FUNDAMENTOS

Inicialmente é forçoso salientar que o Senac/TO caracterizasse como serviço social autônomo integrante do denominado Sistema "S", instituído por lei, possui personalidade de direito privado e não têm fins lucrativos. É um ente paraestatal, no sentido de que atua ao lado do Estado, mediante o desempenho de atividades não lucrativas, não integrando a Administração Direta (União, Estados, Municípios e Distrito Federal), nem tampouco a Indireta (Autarquias, Fundações Públicas, Sociedades de Economia Mista e Empresas Públicas).

Neste entendimento, as Decisões 907/97, de 11/12/1997 e 461/98, de 22/7/1998 do Plenário do Tribunal de Contas da União, consolidaram a interpretação de que os Serviços Sociais Autônomos do qual o Senac/TO é parte integrante, não estão sujeitos aos procedimentos da Lei nº 8.666/93 e sim aos seus regulamentos próprios devidamente aprovados e publicados, senão vejamos:

> "1.1 – improcedente, tanto no que se refere à questão da "adoção" pelo SENAC/RS, da praça pública Daltro Filho, em Porto Alegre – RS, quanto no que tange aos processos licitatórios, **visto que, por não estarem incluídos na lista de entidades enumeradas no parágrafo único do art. 1º da Lei 8.666/93, <u>os serviços sociais autônomos não estão sujeitos à observância dos estritos procedimentos na referida lei, e sim aos seus regulamentos próprios devidamente publicados;</u>**" (TCU, Decisão 907/1997 – Plenário, Min. Rel. Lincoln Magalhães da Rocha).6 (grifos nossos)

Por tais razões, já no preâmbulo do edital de licitação na modalidade Concorrência 03/2020, ora fustigado pelo impugnante, depreende-se claramente que o certame é regido exclusivamente pelos critérios de aceitabilidade contidos no referido instrumento convocatório, regido pela Resolução SENAC nº 958/2012,

de 18.09.12, de seu Conselho Nacional, publicada no DOU em 26.09.12. O processamento e julgamento serão realizados pela Comissão Permanente de Licitação designada através da Portaria nº 002/2020, do Conselho Regional do SENAC/TO, não havendo, pelas razões exposadas acima, remissão a Lei 8.666/93.

Pois bem.

Para melhor compreensão, os tópicos da impugnação serão esclarecidos individualmente na forma abaixo:

III – DOS ESCLARECIMENTOS

DO ANO/MODELO

Solicita esclarecimento se será aceito ano de fabricação 2019 e modelo 2020.

Resposta: Conforme definido em edital o veículo ofertado deverá ser ano de fabricação 2020 e modelo 2020.

DO CAMBIO

Solicita esclarecimento se o exigido é que os veículos possuam transmissão manual ou automática.

Resposta: No edital há exigência apenas que a transmissão tenha no mínimo 05 machas a frente e 01 a ré, portanto, ambas as transmissões (manual e automática), desde que tenham os números mínimos de machas, atendem aos requisitos do edital.

DOS RETROVISORES

Solicita esclarecimento se haverá aceitação de retrovisores externos com regulagem elétrica.

Resposta: Serão aceitos retrovisores externos com comandos internos elétricos.

DA DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA

Solicita-se esclarecimento acerca da dotação orçamentária, ou seja, especificação do número da mesma, uma vez que o mesmo não consta no edital, bem como que seja esclarecido se a verba será municipal, estadual ou federal.

Resposta: Conforme já esclarecido no item "I – DOS FUNDAMENTOS", ressaltamos que o Senac é uma instituição privada sem fins lucrativos, não há destinação de verba publica para aquisição do objeto da licitação, portanto, não há recursos de nenhuma das esferas publicas municipal, estadual ou federal.

IV – DO PEDIDO DE IMPUGNAÇÃO

DA POTENCIA

Ressaltamos que a entidade tem o arbítrio de exigir características que melhor se adequam as suas necessidades, com base na conveniência e oportunidade, sem provocar qualquer ofensa aos princípios da competitividade, da igualdade e da economicidade.

Cumpre salientar que as exigências editalícias garantem a máxima competitividade entre os licitantes, vez que não restringe a participação em igualdade de condições, tendo em vista principalmente que a grande maioria das fabricantes do País possuem modelos que atendem as especificações do edital, inclusive a impugnante.

DO AIR BAG

Os itens em questão tratam de equipamentos de segurança, prioridade requerida pela Direção da entidade para proporcionar mais segurança aos usuários do transporte institucional (corpo técnico/instrutores/alunos). De igual modo as exigências garantem a máxima competitividade e evitam restringir ou direcionar o objeto a uma concessionária, pelo contrário, tais exigências estão dentro da possibilidade de atendimento de todos os conhecidos fabricantes e, sobretudo resultam em maior segurança, indispensável às atividades desenvolvidas pela instituição.

DO PRAZO DE ENTREGA

Ressaltamos que o prazo de entrega foi definido em edital após a realização de consulta as diversas concessionárias em Palmas Tocantins, sendo o mesmo plenamente exequível para atendimento das exigências prevista no objeto.

A critério de demonstração, em consulta por e-mail no dia 02/03/2020 à Concessionária "Gran Vereda Nissan" em Palmas Tocantins, representante da fabricante/impugnante, quando consultada sobre o prazo de entrega da caminhonete adquirida diretamente da fábrica, a Executiva de vendas Senhora Kássia Braga informou que o prazo de entrega é de 30 a 45 dias.

DA PARTICIPAÇÃO DE QUALQUER EMPRESA – LEI FERRARI E CONTRAN.

Para o deslinde do caso, deve-se, primeiramente, recorrer à Lei Maior, que, em seu art. 170, elege a livre iniciativa e a livre concorrência como princípios gerais da atividade econômica. Sob esses vetores, entende-se que restringir o certame à participação exclusiva de fabricantes e concessionárias autorizadas afronta a liberdade do exercício das atividades econômicas, que informa o modelo de ordem econômica consagrado pela Constituição de 88.

Neste sentido se posicionou o Supremo Tribunal Federal:

> "AUTONOMIA MUNICIPAL. DISCIPLINA LEGAL DE ASSUNTO DE INTERESSE LOCAL. LEI MUNICIPAL DE JOINVILLE, QUE PROÍBE A INSTALAÇÃO DE NOVA FARMÁCIA A MENOS DE 500 METROS DE ESTABELECIMENTO DA MESMA NATUREZA. Extremo a que não pode levar a competência municipal para o zoneamento da cidade, por redundar em reserva de mercado, ainda que relativa, e, consequentemente, em afronta aos princípios da livre concorrência, da defesa do consumidor e da liberdade do exercício das atividades econômicas, que informam o modelo de ordem econômica consagrado pela Carta da República (art.170 e parágrafo, da CF). Recurso não conhecido. (RE 203909. STF. Rel. Min. Ilmar Galvão. 1997)."

A prevalecer o entendimento da impugnante, seria criada uma reserva de mercado ao arrepio 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.

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 o tema, 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 pertinente, este dispositivo deve ser encarado pelo gestor como regra, sendo expressamente vedadas cláusulas ou condições restritivas do caráter competitivo, motivadas por situações impertinentes 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/montadoras 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, através de uma disputa de preços mais ampla, o que atenta também contra a eficiência e a economicidade norteadoras da atividade administrativa.

Não se vislumbra razoabilidade na vedação de participação de revendas multimarcas no presente certame, 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 circunstancias 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 certame, seja aviltado em benefício do interesse particular das fabricantes/montadoras e concessionárias.

De toda sorte, cumpre destacar que a Lei n.º 6.729/79 é especial, específica, não se aplicando ao procedimento licitatório de aquisição, posto que

vincula apenas as concessionárias e fabricantes/montadoras. Realmente, vê-se que a Lei Ferrari "Dispõe 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 nº 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).

Ressalta-se que não se identifica na Lei n.º 6.729/79 qualquer dispositivo que autorize, em certames licitatórios, a delimitação do universo de eventuais fornecedores de veículos novos aos fabricantes e concessionários credenciados. E, ainda que houvesse, certamente não teria sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988, em razão do evidente descompasso com o princípio da isonomia e as diretrizes do inciso XXI do art. 37, segundo o qual, ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo licitatório que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes.

No entendimento da impugnante, baseada no Código de Trânsito Brasileiro (Lei 9.503/97) e na Deliberação 64/2008 do CONTRAN, veículos "zero quilômetro" são aqueles ainda não registrados e licenciados perante o órgão de trânsito competente.

Assim, nessa perspectiva, de acordo com a Impugnante; Logo, o primeiro emplacamento deverá ocorrer apenas em duas situações especificas, pela

aquisição do veículo junto ao fabricante ou pela aquisição junto ao concessionário. Em qualquer outra situação o emplacamento será caracterizado como de um veículo seminovo. Somente o fabricante e as concessionárias podem comercializar veículos novos, já que somente esses emitem Nota fiscal diretamente para a Administração.

Sobre esse ponto, convém, inicialmente, ressaltar que a referida definição de veículo novo estabelecida pelo CONTRAN se aplica apenas "para efeito dessa Deliberação", a qual "Disciplina a inscrição de pesos e capacidades em veículos de tração, de carga e de transporte coletivo de passageiros, de acordo com os artigos 117, 230-XXI, 231-V e 231-X, do Código de Trânsito Brasileiro".

Portanto, tal disposição não define veículo novo para efeito de contratações administrativas, sendo mais consonante com a principiologia que rege a atuação administrativa conceber como novo o veículo que nunca tiver sido utilizado, com a quilometragem "zerada", tal como sustentado no âmbito da Controladoria Geral da União, na resposta ao Pedido de Impugnação nº 01 – PE nº 21/2014(https://www.gov.br/cgu/pt-br/acesso-a-informacao/licitacoes-e-contratos/licitacoes/tipos/pregao/exercicios-anteriores/2014/pregao-no-21-2014/pedido-de-impugnacao-n-o-1-ubermac-final.doc/view).

Compreende-se, assim, que, a simples transação formal de documentação não o descaracteriza como veículo novo. O que deve prevalecer nesse aspecto é o estado de conservação do bem, e não a quantidade de proprietários constantes de sua cadeia dominial.

Como apontado pela CGU, esse também é o entendimento do TJDF, verbis:

> (...) Com efeito, o fato de o veículo ter sido transferido para a ré para posterior revenda ao consumidor final não basta para descaracterizar o bem como novo. A rigor, para ser 0 km, não é necessário que o veículo seja transferido diretamente do nome do fabricante ou de uma revenda concessionária para o consumidor. A mera transferência formal de domínio do bem para intermediários, por si só, não torna o bem materialmente novo em usado. O que deve prevalecer nesse aspecto é o estado de conservação do bem, e não o número de proprietários constantes de sua cadeia dominial.(...) "(Grifos Nossos).(Apelação Cível 20080110023148APC, Acórdão342.445, Relator Desembargador LÉCIO RESENDE, da 1ª Turma Cível)

Por fim, registre-se que o Tribunal de Contas da União - TCU se posiciona contrariamente à exigência de declaração de que determinada empresa licitante é distribuidora ou revendedora autorizada de determinado produto ofertado, como condição de habilitação ou de classificação, por falta de amparo legal e por constituir restrição ao caráter competitivo de licitação (Acórdãos ns. 355/2006, 539/2007, 423/2007, 1.729/2008, 1.281/2009, 1.979/2009, 2174/2011, todos do Plenário). Vejamos:

> Nesse último aresto, onde se reproduz o entendimento pacificado da Corte, foi determinado ao Crea/SP que: sob pena de anulação do Pregão Presencial n. 4/2011, adote, no prazo de 15 (quinze) dias, as medidas cabíveis com vistas à invalidação dos atos praticados na fase de habilitação do certame pelos quais foram desclassificados participantes em virtude do não-atendimento ao subitem 10.2.f.1 do edital, uma vez que tal exigência não tem fundamentação legal;

9.2.2. nas futuras licitações, abstenha-se de exigir dos licitantes a comprovação para os equipamentos que serão fornecidos de que possuem autorização de comercialização e prestação dos serviços de assistência técnica, por meio de declaração especifica emitida pelo respectivo fabricante ou por distribuidor;

V – DA DECISÃO DA COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO

Diante do exposto, a Comissão Permanente de Licitação decide pelo **IMPROVIMENTO** à impugnação apresentada pela empresa **NISSAN DO BRASIL AUTOMÓVEIS LTDA.**, nos termos acima exarados, mantendo a data da reunião de concorrência para o dia **06/03/2020 às 15h**, bem como os demais termos apresentados no Edital e em seus anexos, por entendermos que estão em absoluta consonância com a legislação aplicável, não havendo o que ser alterado ou suprimido.

Palmas Tocantins, 03 de março de 2020.

Nicodemos Barbosa Neto
Presidente da Comissão

Wellington Gouveia Costa
Membro da Comissão

Jucimara Santos Andrade
Membro da Comissão