PMG Folhas n.º 292

JULGAMENTO DE RECURSO ADMINISTRATIVO

PROCESSO ADMINISTRATIVO: Nº 2018001310
MODALIDADE: PREGÃO PRESENCIAL
TIPO: MENOR PREÇO POR ITEM, COM COTAS RESERVADAS DE ATÉ 20% PARA EMPRESAS DE PEQUENO PORTE – EPP E MICROEMPREENDEDOR INDIVIDUAL – MEI.
OBJETO: REGISTRO DE PREÇOS PARA FUTURA, EVENTUAL E PARCELADA AQUISIÇÃO DE MASSA ASFÁLTICA CBUQ E AREIA LAVADA.

RECORRENTE: PEDREIRA HVB LTDA.
Processo: 2018006299, dia 07/05/2018 às 15h47min
Assunto: Recurso Administrativo interposto pela empresa **PEDREIRA HVB LTDA**, em face da decisão da Pregoeira que desclassificou sua proposta junto ao Pregão Presencial nº 014/2018, em razão de não satisfazer as exigências contidas no item 5.2.1.1 "b" e "c" do Edital.

I – DA ADMISSIBILIDADE DO RECURSO

Preliminarmente, quanto ao recurso interposto pela recorrente acima citada, vislumbra-se que preenche todos os pressupostos de **admissibilidade**, pois houve a prévia e motivada manifestação verbal da licitante, conforme devidamente consignado na ata da sessão, onde registrou, motivadamente, a intenção de recorrer acerca da desclassificação da sua proposta.

Registra-se que a sessão do pregão foi realizada no dia 04/05/2018 e as razões recursais escritas foram protocolizadas no dia 07/05/2018, ou seja, dentro do prazo legal de três dias úteis, **disciplinado pelo item 9.1.1 do ato convocatório**, não havendo, assim, óbice ao conhecimento do recurso.

Desse modo, resta claro que as razões recursais são **tempestivas**, portanto, providas dos fundamentos processuais de admissibilidade, razões pelas quais o recurso deve ser conhecido.

Além do que, preenche os demais fundamentos de admissibilidade, quais sejam legitimidade *ad causam*, possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e inconformismo da empresa insurgente, devendo ser recebido e conhecido o recurso apresentado pela licitante **PEDREIRA HVB LTDA**, para a análise de mérito.

DA ANÁLISE DE MÉRITO DO RECURSO

A recorrente se insurge contra decisão desta pregoeira, sustentando que deve ser revisto o ato que desclassificou sua proposta, em relação ao item Nº 01 (Massa Asfáltica CBUQ), alegando que é ilgal a exigência da autorização da Agência Nacional do Petróleo – ANP para empresas fabricantes de asfaltos, uma vez que se aplica apenas para as distribuidoras e, do mesmo modo, não concorda com a recusa do CTF apresentado.

PMG n.º 423 Folhas

Alega que a exigência da autorização de distribuição emitida pela Agência Nacional do Petróleo – ANP e o Cadastro Técnico Federal, prevista no item 5.2.1.1 do Edital, constitui restrição concorrencial ilegal e direcionamento do certame, que confronta a proibição disposta no art. 3º, §1º, I, da lei 8.666/93 e gera custos desnecessários.

Aduz que a referida exigência tem a "clara e evidente comprovação a direcionar o edital para empresas que tenham estes documentos (...) SOMENTE 27 EMPRESAS POSSUEM AUTORIZAÇÃO PARA A DISTRIBUIÇÃO DE ASFALTO! (...) Tal fato se dá em razão destas empresas venderem o que chamamos de EMULSÃO ou CAP (Cimento Asfalto de Petróleo) que são produtos utilizados na mistura feita pela Usina de Asfalto para se chegar ao CBUQ ou na aplicação do mesmo!".

Sustenta, ainda, que a obrigatoriedade dos documentos citados no item 5.2.1.1 "b" e "c" do Edital, conflita com a isonomia que deve ser dispensada no procedimento licitatório.

Verifica-se, portanto, que o cerne da questão diz respeito às exigências estabelecidas no item 5.2.1 do Edital, o qual estabelece que a proposta deva ser acompanhada, **obrigatoriamente**, dos seguintes documentos:

> **"5.2.1.1. Dos documentos técnicos a serem apresentados para Massa Asfáltica CBUQ (item 01):**
> **a)** **Alvará de Licença de Funcionamento** da proponente;
> **b)** **Autorização de Distribuição emitida pela Agência Nacional de Petróleo – ANP**, nos termos da Resolução nº 02 da ANP, de 14 de janeiro de 2005;
> **c)** **Cadastro Técnico Federal – CTF** emitido pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente – IBAMA, nos termos da Lei nº 10.165, de 27 de dezembro de 2000, art. 3º, referente a atividades potencialmente poluidoras e utilizadoras dos recursos ambientais, anexo VIII, item 15 e/ou 18, que trata de empresas da Indústria Química (fabricação de produtos derivados do processamento de petróleo) e do transporte, terminais, depósitos e comércios de produtos derivados de petróleo, conforme o caso."

Segundo as razões recursais, os documentos exigidos nas alíneas "b" e "c", do item 5.2.1.1 acima transcrito, são ilegais e direcionam a licitação somente àquelas empresas que tenham tais documentos.

Primeiramente, é preciso esclarecer que a recorrente formulou **pedido de esclarecimento** ao edital do Pregão Presencial nº 014/2018, no prazo legal, onde questionou a exigência contida no item 5.2.1.1, alínea "b" do Edital, sob o argumento que se aplica apenas as empresas que fazem a distribuição dos materiais derivados do petróleo, não se aplicando às empresas que fazem a usinagem do CBUQ juntamente com os agregados.

Naquela oportunidade, respondemos da seguinte forma:

P M G
n.º 329
Folhas

"A especificação constante do item 1 do Termo de Referência dispõe:

'Massa Asfáltica CBUQ, Preparada com Pedrisco, Pó de Brita e Asfalto Modificado com Polímero, não Emulsionado, Enquadrada na faixa IV do DER, com teor de Betume em 5,0% para Aplicação a frio em Manutenção de Pavimentos (tapa buraco) embalado em saco com 25 kg' (grifos nossos)

Assim, considerando que o objeto da licitação envolve a **mistura asfáltica**, com 'asfalto modificado', é indispensável a apresentação de registro junto à ANP, para a sua distribuição/comercialização.

Tal exigência decorre da previsão contida no próprio **parágrafo único**, do art. 1º da Resolução 02 da ANP, de 14/01/2005, que estabelece textualmente:

'Art. 1º Ficam estabelecidos, pela presente Resolução, os requisitos necessários à autorização para o exercício da atividade de **distribuição de asfaltos** e a sua regulamentação.

*Parágrafo único. A **atividade de distribuição** de que trata o caput deste artigo, considerada de utilidade pública, **compreende** a aquisição, armazenamento, transporte, **aditivação, industrialização, misturas, comercialização**, controle de qualidade e assistência técnica ao consumidor'.*

Assim, independentemente do grau de concentração do 'asfalto', a usinagem do CBUQ compreende a **mistura asfáltica**, portanto, é imperioso concluir que resta obrigatório a apresentação do registro perante a ANP, nos termos da resolução mencionada acima, para a sua comercialização.

Deste modo, as empresas para participarem quanto ao referido item deverão apresentar a autorização de Distribuição emitida pela Agência Nacional de Petróleo – ANP, nos termos da Resolução nº 02 da ANP, de 14 de janeiro de 2005 contida na Proposta de Preços." (grifos nossos)

Do que permite concluir, sem sobra de dúvidas, que a recorrente **participou do certame inteiramente ciente acerca da obrigatoriedade de apresentação da Autorização de Distribuição emitida pela Agência Nacional de Petróleo – ANP**, nos exatos termos da Resolução nº 02 da ANP, de 14 de janeiro de 2005, como documento técnico a ser apresentados para o item 01 - Massa Asfáltica CBUQ do Termo de Referência.

Registra-se, ainda, por oportuno, que o pedido de esclarecimento visa apenas **esclarecer dúvidas de ordem interpretativas** quanto ao teor ou conteúdo das disposições do instrumento convocatório da licitação (edital), definindo, com isso o seu alcance e abrangência. **Não se confunde com impugnação ao edital**. Assim, a recorrente foi devidamente esclarecida acerca das condições de participação do certame.

PMG n.º 3935 Folhas

Sobre o tema esclarece MARÇAL JUSTEM FILHO:

> "**A força vinculante da resposta ao pedido de esclarecimento envolve as hipóteses de interpretação do edital. Ou seja, aplica-se quando há diversas interpretações possíveis em face do ato convocatório. Se a Administração escolhe uma ou algumas dessas interpretações possíveis e exclui outras (ou todas as outras), haverá a vinculação. Isso não abrange, no entanto, a inovação no edital.** (JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos.** 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016).

Impugnar o edital, por sua vez, é **atacar, combater, contradizer, reprimir determinado ato convocatório em razão de ilegalidade**. Na licitação, a impugnação é o ato que instrumentaliza a possibilidade de controle do edital por parte de seus destinatários, ou seja, os próprios licitantes e concorrentes.

Escoado o prazo previsto no §2º, do art. 41, da lei 8.666/93, decairá o direito à impugnação do edital, independentemente do vício existente. Veja-se:

> "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. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)" (grifos nossos)

Neste sentido, a ausência de impugnação e a efetiva participação na licitação, sem ressalvas, implica na **preclusão lógica** do licitantes insurgir-se, posteriormente, contra o instrumento convocatório do certame. Outra não é a lição de MARÇAL JUSTEN FILHO:

> "**Ou seja, a questão não reside na pura e simples omissão de impugnar as condições do edital, mas na participação no certame, sem ressalvas**. **Somam-se duas condutas distintas: ausência de impugnação (atuação omissiva) e participação no certame (atuação ativa), permitindo-se extrair-se a inferência de que o sujeito manifestara sua concordância com as condições estabelecidas e a renúncia a discordâncias**." (JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos.** 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016).

Ora, a recorrente, ao não impugnar o edital, expressou a sua completa **concordância** aos termos estabelecidos pelo instrumento convocatório, **renunciando, por conseguinte, a qualquer discordância**, com a sua participação efetiva no certame, como, aliás, estabeleceu taxativamente o edital do Pregão Presencial nº 014/2018:

PMG n.º Folhas 328

"2.6. A participação neste certame implica aceitação de todas as condições estabelecidas neste instrumento convocatório.

23.1. As licitantes declaram, pela simples participação no certame, ter pleno conhecimento dos elementos constantes deste Edital, bem como de todas as condições gerais e peculiaridades do fornecimento objeto licitado, sendo vedado invocar, posteriormente, qualquer desconhecimento quanto aos mesmos". (grifos nossos)

Sendo assim, é de se ressaltar que resta **preclusa** qualquer alegação de eventuais vícios existentes no citado edital, arguidos somente agora em sede de recurso pela recorrente, haja vista, que sem o oferecimento de impugnação, aceitou as condições inicialmente estabelecidas no edital, renunciando a qualquer discordância pela simples participação no certame.

Todavia, ainda assim, mesmo conhecendo da matéria em sede recursal, é possível constatar que **não assiste razão à recorrente**, uma vez que não há qualquer ilegalidade nas exigências consignadas nas alíneas "b" e "c", do item 5.2.1.1 do Edital.

A própria recorrente assevera, expressamente, em suas razões recursais que o objeto licitado – massa asfáltica CBUQ – **é produzido mediante a mistura de diversos produtos dentre eles o CAP e a EMULSÃO**.

O asfalto, seguindo a definição empregada pela própria recorrente, proveniente do site da Petrobrás, como afirma, constitui-se pela "**mistura constituída por um ligante asfáltico para a pavimentação** (cimento asfáltico de petróleo, asfalto diluídos, asfalto modificado ou emulsões asfálticas) **com agregados compostos por material mineral**" (grifos nossos).

O CBUQ, conforme informações do site WIKIPEDIA, "**é normalmente composto por um agregado miúdo (areia), agregado graúdo (brita) e um ligante (CAP - Cimento Asfáltico de Petróleo), obtido da destilação fracionada do petróleo**" (https://pt.wikipedia.org/wiki/CBUQ).

Por sua vez, o site a Agência Nacional do Petróleo – ANP dispõe:

"**Genericamente, quando nos referimos aos asfaltos estão incluídos uma série de derivados do petróleo, como cimentos asfálticos, asfaltos diluídos, emulsões asfálticas e asfaltos modificados**. A principal aplicação dos compostos asfálticos é a pavimentação. Para obtenção do asfalto, o petróleo é submetido ao processo de destilação fracionada. Após a remoção das frações mais leves (gasolina, querosene, gasóleo), os produtos asfálticos são obtidos no fundo da torre. **A distribuição do asfalto é uma atividade regulamentada pela ANP e compreende os agentes autorizados pela agência a adquirir, armazenar, aditivar, industrializar, misturar, comercializar, exercer o controle da qualidade do produto e prestar assistência técnica ao consumidor**. (http://www.anp.gov.br/petroleo-e-derivados2/asfalto)

PMG n.º 297 Folhas

A recorrente sustenta em seu recurso, que a autorização de distribuição de que trata a Resolução nº 02 da ANP, de 14 de janeiro de 2005, se destina apenas às empresas que comercializam os **subprodutos de petróleo** (cimento asfáltico de petróleo, asfalto diluídos, asfalto modificado ou emulsões asfálticas), **não se aplicando àquelas que produzem e comercializam o CBUQ.**

No entanto, a **própria literalidade** da Resolução nº 02 da ANP, de 14 de janeiro de 2005, **não permite tal conclusão**, uma vez que quando se refere à atividade de distribuição de asfalto, o mencionado regulamento não faz qualquer ressalva com relação ao CBUQ. Veja-se o que diz o art. 1º, parágrafo único:

> "Art. 1º Ficam estabelecidos, pela presente Resolução, os requisitos necessários à autorização para o exercício da atividade de **distribuição de asfaltos** e a sua regulamentação.
>
> Parágrafo único. **A atividade de distribuição de que trata o caput deste artigo, considerada de utilidade pública, compreende a aquisição, armazenamento, transporte, aditivação, industrialização, misturas, comercialização, controle de qualidade e assistência técnica ao consumidor**" (grifos nossos).

Se a própria recorrente alega que utiliza da **mistura** de Emulsão ou CAP para produzir o CBUQ, é evidente que realiza atividade econômica disciplinada pela referida resolução, sendo, portanto, imprescindível autorização prévia como estabelece o art. 3º da mesma, que dispõe: "**A atividade de distribuição de asfaltos somente poderá ser exercida por pessoa jurídica, constituída sob as leis brasileiras, que possuir autorização da ANP**".

Ademais, na definição do objeto licitado descreve-se:

> "Massa Asfáltica CBUQ, Preparada com Pedrisco, Pó de Brita e **Asfalto Modificado com Polímero**, não Emulsionado, Enquadrada na faixa IV do DER, com teor de Betume em 5,0% para Aplicação a frio em Manutenção de Pavimentos (tapa buraco) embalado em saco com 25 kg." (grifos nossos)

Portanto, conforme as especificações lançadas no Termo de Referência – Anexo I do Edital - o objeto licitado é constituído por **asfalto modificado com polímero**, ou seja, **pelo uso de um ligante asfáltico modificado por polímero, a partir dos produtos retirados nas refinarias pelas distribuidoras**, o que demonstra que o seu fornecimento não pode prescindir da autorização da ANP, conforme, consta, inclusive, da informação retirada no site da aduzida agência.

Se não bastasse, a exigência de **Cadastro Técnico Federal – CTF** emitido pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente – IBAMA, decorre da LEI FEDERAL Nº 6.938, DE 31 DE AGOSTO DE 1981, alterada pela Lei nº 10.165, de 27 de dezembro de 2000, que em seu art. 3º, acrescentou-lhe o anexo VIII, item 15 e 18.

PMG n.º 298 Folhas

A lei 6.938/1981 dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação.

Tal lei estabelece que as empresas que explorem atividades potencialmente poluidoras e utilizadoras dos recursos ambientais, no caso consistentes na fabricação de produtos derivados do processamento de petróleo e do transporte, terminais, depósitos e comércios de produtos derivados de petróleo, conforme o caso, devem ser inscritas no Cadastro Técnico Federal (art. 9º, XII, art. 17, II, art. 17-I).

Deste modo, o Cadastro Técnico Federal de Atividades Potencialmente Poluidoras e/ou Utilizadoras de Recursos Ambientais (CTF/APP) é o **registro obrigatório de pessoas físicas e jurídicas que realizam atividades passíveis de controle ambiental,** descritas nos anexos da lei 6.938/1981, no caso, especificamente o anexo VIII, item 15 e 18.

O objeto licitado deixa evidente em suas especificações que o CBUQ é decorrente da mistura de vários produtos, inclusive, o **asfáltico modificado, que é obtido pelo processamento do petróleo e seus subprodutos.** Por conseguinte, a sua fabricação, o transporte, o depósito e a sua comercialização demandam, inequivocamente, a inscrição da empresa fornecedora no Cadastro Técnico Federal, como exige a lei 6.938/1981.

Consequentemente, as exigências estabelecidas no item 5.2.1.1 "b" e "c" do Edital, **derivam da legislação especial.** Sobre o tema esclarece 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 disciplinados por legislação específica, o instrumento convocatório deverá reportar-se expressamente às regras correspondentes. (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Ed. Dialética, 14ª edição, pág. 463) (grifos nossos)

Não há, assim, qualquer tentativa de transgressão às disposições do §1º, inciso I, do art. 3º da lei 8.666/93, uma vez que não há qualquer prejuízo à competitividade ou à isonomia do certame, uma vez que a autorização de distribuição regida pela Resolução 02 da ANP, de 14/01/2005 e o Cadastro Técnico Federal emitido pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente – IBAMA são aplicáveis, indistintamente, a todas às empresas que visem comercializar ou distribuir asfalto ou suas misturas.

As exigências editalícias guerreadas pela recorrente **não prejudicam a universalidade dos competidores aptos legalmente a fornecer o objeto licitado** (CBUQ), não se traduzem em condições restritivas ou comprometedoras do caráter competitivo do certame, muito menos são circunstâncias impertinentes ou irrelevantes para o fornecimento do objeto licitado.

Desta maneira, verifica-se que as referidas exigências decorrem da aplicação da **legislação específica** não constituem qualquer tentativa de direcionamento da licitação.

PMG Folhas n.º 329

No caso em tela, não se verifica qualquer transgressão à legalidade.

Aliás, o primeiro argumento daqueles licitantes que não são aptos, legalmente, a fornecer o objeto licitado, que não satisfazem as exigências previstas na legislação específica, que disciplina a atividade econômica ou o fornecimento de determinado bem, é alegar, **infundadamente**, prejuízo à competitividade ou à isonomia ou direcionamento da licitação.

Haveria flagrante afronta à isonomia, à competitividade do certame e, ainda, **claro desrespeito ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório da licitação**, na hipótese de ser aceita e classificada proposta, que não satisfaz, objetivamente, aos requisitos previstos no Edital, como no caso.

Diante do exposto, **nega-se provimento ao recurso** para, com isso, manter intacta a decisão que desclassificou a proposta da recorrente, em razão do não atendimento do item 5.2.1.1 do Edital do Pregão Presencial nº 014/2018.

Contudo, em razão desta pregoeira ser notificada para prestar informações no Mandado de Segurança nº 0004626-90.2018.827 interposto pela recorrente, o qual judicializou a questão, *ad cautelam*, **recomendo a suspensão Pregão Presencial nº 014/2018**, na fase em que se encontra, até o pronunciamento judicial a respeito.

DOS ENCAMINHAMENTOS E DELIBERAÇÕES FINAIS

Por oportuno, é submetido o presente procedimento licitatório ao Senhor Secretário Municipal de Infraestrutura, de acordo com o disposto no § 4º do art. 109 da Lei nº 8.666/93, para análise e julgamento do recurso interposto, para que sofra o duplo grau de julgamento, com o seu "DE ACORDO", ou querendo, prolatar opinião própria.

É como decidimos.

Gurupi/TO, aos 10 dias de maio de 2018.

Ynara Delgado Cabral
Pregoeira Oficial/Decreto nº 291/2018

Folhas 300

ACOLHO, APROVO E RATIFICO O JULGAMENTO ACERCA DO RECURSO ADMINISTRATIVO INTERPOSTO PELA EMPRESA PEDREIRA HVB LTDA, NOS AUTOS DO PREGÃO PRESENCIAL Nº 014/2018-SRP, PELA REGOEIRA, CONFORME OS FUNDAMENTOS EXPOSTOS. PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 2018001310.

Por consequência, determino que seja dada imediata ciência à recorrente da improcedência do recurso.

Ad cautelam, determino a suspensão do referido certame, em razão da impetração do Mandado de Segurança nº 0004626-90.2018.827, até o pronunciamento judicial sobre a questão.

Informe a Procuradoria Jurídica do Município a respeito do julgamento do recurso e suspensão da licitação.

Gurupi -TO, 10/05/2018

Gerson José de Oliveira
Secretário de Municipal de Infraestrutura
Decreto nº 0894/2016

PMG n.º 301 Folhas

PREFEITURA GURUPI
A Capital da Amizade e da Prosperidade

Assunto:	**JULGAMENTO DE RECURSO PREGÃO PRESENCIAL Nº 014/2018 - SRP**
De	Comissão Permanente de Licitações <cpl@gurupi.to.gov.br>
Para:	<hilton@ultrapav.com.br>
Data	10/05/2018 15:13

- Julg Recurso PP 014-2018.pdf (11 MB)
- Acolho Julg Recurso PP 014-2018.pdf (705 KB)

Sr. Licitante, boa tarde!

Segue anexo o julgamento do recurso administrativo interposto perante o Pregão Presidencial nº 014/2018.

att,

Ynara Dourado Cabral

Pregroeira

--

Comissão Permanente de Licitações

Prefeitura Municipal de Gurupi-TO

(63) 3301-4308