

**REF: Impugnação ao edital do processo licitatório nº 016/2024****Pregão Eletrônico nº 07/2024****Impugnante: FAVA COMERCIAL CEDRAL EIRELI.****I – Relatório**

Trata-se de impugnação ao instrumento convocatório do processo licitatório nº 016/2024 na modalidade de Pregão Eletrônico nº 007/2024 tendo por objeto o REGISTRO DE PREÇOS PARA A FUTURA E EVENTUAL CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA FORNECIMENTO DE MASSA ASFÁLTICA DO TIPO CONCRETO BETUMINOSO USINADO A QUENTE – CBUQ E AQUISIÇÃO DE EMULSÃO ASFÁLTICA CATIONICA, TIPO RUPTURA RÁPIDA RR-2C PARA SEREM UTILIZADOS PELOS MUNICÍPIOS QUE COMPÕEM O CONSÓRCIO INTERMUNICIPAL PARA O DESENVOLVIMENTO REGIONAL SUSTENTÁVEL – CIDERSU.

A impugnação é tempestiva, eis que seu recebimento aconteceu, por e-mail, em 04 de outubro de 2024, e a sessão de julgamento de proposta foi designada para o dia 10 de outubro de 2024. Portanto, cumprido o prazo disposto no artigo 164 da Lei Federal nº 14.133/2021.

A impugnante alega em suas razões de impugnação que a convocação editalícia merece ser retificada. Para tanto aduz em suas razões o que segue abaixo, cuja transcrição segue *ipsis litteris*:

Salientamos que nossa empresa tem interesse em participar apenas dos itens 01 e 03:

Porém o edital em apreço traz exigências equivocadas e indevidas, ao menos em relação aos itens 01 e 03, que frustram o caráter competitivo do certame. Vejamos:

DA EXIGÊNCIA DE REGISTRO NA ANP:

A exigência de autorização da ANP contida no Edital é impertinente quanto aos itens 01 e 03, já que a ANP não regulamenta a fabricação e comercialização de CBUQ:

14.25.3 Autorização da ANP–Agência Nacional de Petróleo para exercício da atividade de distribuição de asfalto, Resolução ANP 021/2005;

Tal exigência é ilegal, quanto aos itens 01 e 03, pois afronta às normas que regem o procedimento licitatório, como à frente será demonstrado:

O objeto do presente edital em relação aos itens supracitados é o fornecimento de MASSA ASFÁLTICA PARA APLICAÇÃO A FRIO.



O CBUQ é composto de agregado mineral graduado (pó de pedra e britas), o ligante betuminoso, que geralmente é o CAP (Cimento Asfáltico de Petróleo). Para a fabricação ou fornecimento de massa asfáltica, as usinas solicitam continuamente os insumos aos fornecedores para a produção da Massa Asfáltica.

O último passo é o processo para “Realizar Produção”.

Junta ilustração e continua suas alegações nos seguintes termos;

É possível perceber com os destaques em vermelho, que somente DISTRIBUIDORAS e REFINARIAS, comercializam os insumos utilizados para a produção do Concreto Betuminoso usinado a quente para aplicação a frio, ou seja, as Usinas de asfalto apenas utilizam os insumos e seus agregados para formular seus produtos.

Em consulta à resolução destacada no edital, cujo item é objeto da PRESENTE IMPUGNAÇÃO, corresponde àquela que dispõe quanto aos REGISTROS e AUTORIZAÇÕES para DISTRIBUIDORES DE ASFALTO ou REFINARIA DE PETRÓLEO.

É possível perceber com os destaques em vermelho, que somente DISTRIBUIDORAS e REFINARIAS, comercializam os insumos utilizados para a produção do Concreto Betuminoso usinado a quente para aplicação a frio, ou seja, as Usinas de asfalto apenas utilizam os insumos e seus agregados para formular seus produtos.

Em consulta à resolução destacada no edital, cujo item é objeto da PRESENTE IMPUGNAÇÃO, corresponde àquela que dispõe quanto aos REGISTROS e AUTORIZAÇÕES para DISTRIBUIDORES DE ASFALTO ou REFINARIA DE PETRÓLEO.

Vejamos:

RESOLUÇÃO ANP Nº 16, DE 10.6.2010 – DOU 11.6.2010

Da Autorização para o Exercício da Atividade de Distribuição:

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.

Art.1º Fica regulada, pela presente Resolução, a atividade de refino de petróleo, que abrange a construção, modificação, ampliação de capacidade e operação de Refinaria de Petróleo, condicionada à prévia e expressa autorização da ANP.

RESOLUÇÃO ANP Nº 2, DE 14.1.2005 - DOU 19.1.2005

Art. 2º. Para os fins desta Resolução, ficam estabelecidas as seguintes definições:



I-asfaltos: material de cor escura e consistência sólida ou semissólida composto de mistura de hidrocarbonetos pesados onde os constituintes predominantes são os betumes, incluindo os materiais betuminosos;

No caso em concreto a administração deseja adquirir em relação aos itens 01 e 03 o CBUQ para aplicação a frio, que é um produto pronto para uso e não insumos para a produção de asfaltos, verifica-se que a presente resolução não é aplicável aos presentes itens.

Sustentamos que o Registro de ANP, não veda a aquisição de insumos asfálticos, para aqueles que a utilizam como matéria prima, na formulação de seus produtos.

Logo somente se sujeitam, à fiscalização e Registro da ANP, os comerciantes, distribuidores ou fabricantes de Emulsão asfáltica (item 02) ou Cimento Asfáltico de Petróleo- CAP, não de CBUQ, conforme se verifica pela resposta da própria ANP, em anexo, referente a questão. Somente as empresas que comercializam ou distribuem os referidos insumos, se sujeitam às licenças e Registro na ANP, como por exemplo: Petróbras, Emam...

Deparando-nos com alguns editais de licitação que exigiam equivocadamente o Registro da ANP, como critério de habilitação, para o fornecimento de massa asfáltica (CBUQ), já foi levado esses casos ao órgão fiscalizador- ANP, que se manifestou através do ofício 3200/2015/SAB.

Nesse sentido foi o entendimento da ANP em Nota Técnica Conjunta CDC/SAB/SBQ n.º 001/2008, no julgamento do Acórdão do TCU n.º 2649/2007:

“A ANP não regula misturas e atividades próprias das atividades de pavimentação, tais como a mistura de produtos asfálticos com os agregados, serviço este executado em usinas de asfaltos. Estas misturas e serviços são especificados pela ABNT e pelo DNIT.

Nesse sentido, é importante salientar a diferenciação da atividade de distribuição de asfaltos da atividade de prestação de serviços de pavimentação. A definição de pavimento envolve o usuário e o engenheiro⁵. Do ponto de vista do usuário o pavimento deve ser uma superfície capaz de suportar o tráfego em condições de conforto e segurança. Já para o engenheiro, o pavimento é compreendido como uma estrutura constituída por uma ou mais camadas, com características para receber as cargas aplicadas na superfície e distribuí-las, de modo que as tensões resultantes fiquem abaixo das tensões admissíveis dos materiais que constituem a estrutura, podendo os pavimentos ser classificados em rígido, flexível e semi-rígido.”(Grifo nosso)

Ou seja, não é necessário registro na ANP, nem é vedada a compra de Cimento Asfáltico de Petróleo- CAP, Emulsão Asfáltica, ou demais insumos sujeitos a fiscalização, para empresas que apenas utilizam como agregados para a produção do Concreto Betuminoso usinado a quente- Massa



Asfáltica, a vedação é expressa quando a matéria prima adquirida, como o CAP, venha a ser comercializada com terceiro. Pelo exposto, verifica-se que tal exigência se aplica apenas para Distribuidores de Cimento Asfáltico de Petróleo – CAP ou pelas Refinarias.

Pelo exposto, verifica-se que tal exigência se aplica apenas para Distribuidores de Cimento Asfáltico de Petróleo – CAP ou pelas Refinarias.

A exigência de registro para a revenda de CBUQ (itens 01 e 03) tem se mostrado um elemento inibidor da participação, restringindo o caráter competitivo do certame em relação a esses itens. É importante destacar que essa autorização é exigida apenas para a comercialização do item 02 (emulsão asfáltica). Portanto, requeremos a supressão dessa exigência no edital para a massa asfáltica (itens 01 e 03).

DA COMPRAÇÃO DE POSSUIR CADASTRO TÉCNICO NO IBAMA:

A habilitação técnica exige cadastro técnico no IBAMA, vejamos:

7.35 Para a qualificação técnica serão exigidos os seguintes documentos:

7.35 DA QUALIFICAÇÃO TÉCNICA

(...)

7.35.3 Cadastro técnico emitido pelo IBAMA.

Ocorre que existe um equívoco quanto aos itens editalícios, já que esta empresa impugnante, assim como diversas outras empresas do segmento, apenas **COMERCIALIZA/REVENDE** os objetos desta licitação, o que significa dizer que a mesma não é produtora ou fabricante dos materiais deste certame.

No presente caso, esta empresa, ora impugnante, conforme se infere da cópia do seu contrato social que se encontra anexo a presente impugnação, nota-se que seu objeto social é o “comércio atacadista de asfalto, na comercialização de material de construção civil, de concreto asfáltico, blocos de concreto e massa asfáltica ensacada”, portanto não possui a licença ambiental, uma vez que não é fabricante do produto licitado.

Desta forma, temos que os referidos itens estão descumprindo o princípio da competitividade que rege toda e qualquer licitação, haja vista que não são apenas usinas que comercializam o produto que é objeto desta licitação, restringindo a participação de várias empresas que apenas revendem o mesmo.

Neste ponto destacamos que, caso esta Administração entenda necessária a exigência, o correto é solicitar o cadastro técnico da **USINA FABRICANTE** dos produtos revendidos pela impugnante, e não em nome da licitante da forma como parece solicitar o edital.



Sendo assim, não restam dúvidas quanto à necessidade de adequação do presente Edital, suprimindo ou adequando as exigências referidas, desde já esta impugnante concorda em apresentar o cadastro em nome do fabricante do produto acompanhado de declaração de fornecimento.

DO REGISTRO DE CLASSE:

Na qualificação técnica do edital se lê:

7.35 Para a qualificação técnica serão exigidos os seguintes documentos:

7.35 DA QUALIFICAÇÃO TÉCNICA

(...)

7.35.4 Registro de classe nos órgãos fiscalizadores competentes.

Assim, verifica-se que novamente existe um equívoco quanto aos itens editalícios, esclarecemos mais uma vez que esta empresa impugnante, como várias outras do mesmo ramo de atividade, apenas COMERCIALIZA/REVENDE os objetos desta licitação, o que significa dizer que a mesma não é produtora ou fabricante dos materiais deste certame.

Segundo a Lei Federal nº 5.194/66 e a Resolução nº 336/89 do CONFEA, o registro no CREA, que é o órgão de classe para os materiais licitados, é obrigatório a toda "pessoa jurídica que se constitua para prestar ou executar serviços e/ou obras ou que exerça qualquer atividade ligada ao exercício profissional da Engenharia, Agronomia, Geologia, Geografia, Meteorologia e outras áreas tecnológicas fiscalizadas pelo Sistema Confea/Crea".

Reafirmamos que esta empresa, ora impugnante, apenas revende os produtos, não se enquadrando tais atividades dentre aquelas previstas no art. 7º da Lei nº 5.194/66.

Portanto, não está a ora impugnante compelida à inscrição junto ao órgão de classe, sendo assim não estando legalmente obrigada a possuir o cadastro nos respectivos órgãos.

Desta forma, temos que os referidos itens estão descumprindo o princípio da competitividade que rege toda e qualquer licitação, haja vista que não são apenas usinas que comercializam o produto que é objeto desta licitação, restringindo a participação de várias empresas que apenas revende o mesmo.

Esta empresa não se isenta de apresentar o “Registro de classe nos órgãos fiscalizadores competentes” da USINA FABRICANTE dos produtos deste edital, bem como apresentar toda e qualquer documentação técnica que se exija do produto, em nome da fabricante que é quem detém todos os registros técnicos da produção do material, acompanhado da devida declaração de fornecimento a esta impugnante.



Sendo assim, não restam dúvidas quanto à necessidade de adequação do presente Edital, suprindo imediatamente as exigências referidas.

PRAZO EXÍGUO PARA ENTREGA DE AMOSTRA:

O edital em apreço também tece exigência excessivamente restrita que se opõe a legalidade e aos princípios informadores da licitação pública, que impedem que a disputa seja ampla em relação ao prazo de entrega das amostras de 02 dias, vejamos o que diz o edital:

6.29 Caso a compatibilidade com as especificações demandadas, sobretudo quanto a padrões de qualidade e desempenho, não possa ser aferida pelos meios previstos nos subitens acima, o Pregoeiro exigirá que o licitante classificado em primeiro lugar apresente amostras, portfólios e/ou documentação que comprove os padrões de qualidade e desempenho, sob pena de não aceitação da proposta, no local a ser indicado e dentro de 02 (dias) dias úteis contados da solicitação.

Como se vê, o prazo previsto para entrega das amostras é severamente curto, restringindo e frustrando o caráter competitivo do certame. A exiguidade do prazo pode ser verificada pelo simples fato de que a entrega dos materiais - ainda que em disponibilidade imediata - depende de um prazo razoável para cumprimento dos rituais internos das empresas, tais como: fabricação do produto, expedição da ordem de entrega, verificação do estoque, emissão da nota fiscal do produto, frete, dentre outros.

Neste contexto, os prazos são bastante curtos para a efetivação da entrega.

Assim, requeremos que seja estabelecido prazo de entrega da amostra razoável e compatível com o material licitado. Portanto, tem-se que o prazo consignado é incompatível com a complexidade das exigências do objeto.

Referida exigência ultraja a finalidade da licitação que é a amplitude da competitividade, princípio que rege os atos administrativo. Trata-se de grave ofensa aos normativos que regem as contratações públicas, ferindo a lisura do processo ao restringir seu caráter competitivo, fazendo incidir a previsão contida ao artigo 9º da Lei 14.133/21:

Art. 9º É vedado ao agente público designado para atuar na área de licitações e contratos, ressalvados os casos previstos em lei:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos que praticar, situações que:

a) comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo do processo licitatório, inclusive nos casos de participação de sociedades cooperativas;



b) estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou do domicílio dos licitantes;

c) sejam impertinentes ou irrelevantes para o objeto específico do contrato;

Ressalta-se que o não cumprimento do prazo de entrega das amostras gera a desclassificação da licitante, situação esta que determinaria a opção de algumas empresas por sequer participarem da licitação, com restrição da competitividade em função deste fato.

Tal restrição à competitividade é absolutamente ilegal. Portanto, diante da demonstração inequívoca do prazo de 02 dias, consignado no Edital é insuficiente para a entrega dos produtos em razão da sua fabricação e transporte, deve ser revista tal exigência, sob pena de nulidade do certame, alternativamente solicita esta impugnante que o prazo de dias para entrega da amostra possa ser cumprido com a apresentação do código de rastreio da amostra.

Ao final, requer seja alterado o Edital, especialmente para:

- A PROCEDÊNCIA da presente Impugnação para que seja suprimida do edital a exigência de autorização da ANP, em relação aos ITENS 01 e 03;

- A PROCEDÊNCIA da presente Impugnação para que seja aceita o cadastro técnico do IBAMA em nome da fabricante do produto;

- A PROCEDÊNCIA da presente Impugnação para que seja excluída a obrigação da apresentação do Registro de Classe em nome do licitante, podendo ser substituído pelo do fabricante;

- ALTERE o prazo de entrega das amostras para período compatível de pelo menos 30 dias, se necessário, ou alternativamente solicita esta impugnante que o prazo para entrega da amostra possa ser cumprido com a apresentação do código de rastreio da amostra.

É, pois, o que tem-se a relatar.



Analisando a impugnação ofertada, bem como a legislação de regência aplicável ao caso, conclui-se que assiste razão, em partes, à impugnante. Senão, vejamos.

DA NECESSIDADE DE REGISTRO NA AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO

Diferentemente do que alega a impugnante, a Agência Nacional do Petróleo regulamenta a questão ora enfrentada com base na Resolução nº 933 de 05 de outubro de 2023 que regulamenta a autorização para o exercício da atividade de distribuição de asfaltos.

Neste diapasão, a agência reguladora editou a resolução acima citada e regulamentou a atividade de distribuição de asfaltos em âmbito nacional.

Nesta regulamentação, o artigo 3º é cristalino ao discorrer que para a distribuição de asfaltos somente poderá ser exercida por pessoa jurídica que detenha a autorização da ANP. Vejamos:

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.

Ocorre que o edital foi omissivo ao não relacionar a possibilidade de uma empresa revendedora poder apresentar a autorização da ANP da empresa fabricante do produto, devidamente acompanhada de declaração de fornecimento, para que esta empresa revendedora possa participar do certame. Neste ponto, merece ser retificada a convocação editalícia para incluir tal possibilidade.

DA NECESSIDADE DE REGISTRO NO IBAMA

Conforme acima explanado, mesmo raciocínio se aplica ao presente tópico. A empresa fabricante dos materiais betuminosos está sujeita ao necessário registro no IBAMA para fabricação de seus produtos, nos termos da legislação de regência.

Contudo, o edital foi omissivo ao não relacionar a possibilidade de uma empresa revendedora poder apresentar o registro no IBAMA expedido em nome do fabricante do produto, devidamente acompanhada de declaração de fornecimento, para esta empresa revendedora possa vir a participar do certame e não correr o risco de ser declarada inabilitada.

Neste ponto, merece ser retificada a convocação editalícia para incluir tal situação.



DA APRESENTAÇÃO DAS AMOSTRAS

Aduz a impugnante que o prazo de 02(dois) dias é exíguo para o fornecimento de amostras dos produtos. Contudo, o edital não exige a apresentação destas. A convocação editalícia é cristalina ao afirmar a possibilidade da exigência de amostras, se a documentação solicitada se mostrar insuficiente para a devida comprovação.

É o que ratifica o item 6.29 do edital.

Assim sendo, basta que a licitante classificada em primeiro lugar apresente toda a documentação exigida e, esta ratifique o cumprimento das exigências editalícias, que nenhuma amostra lhe será exigida.

Ademais, imperioso ainda discorrer que o edital promovido pelo Cidersu não contempla o item 14.25.3 conforme informa a licitante impugnante e, com isso, chega-se à ilação de que a presente impugnação possa ser objeto de edital promovido por outra instituição pública.

Por conseguinte, as exigências que constam da referida impugnação guardam, a nosso sentir, razoabilidade e proporcionalidade, não ferindo a ampla competitividade, em especial, com a possibilidade a licitante revendedora apresentar o registro da ANP e o cadastro técnico emitido pelo IBAMA em nome da fabricante, desde que acompanhada de declaração de fornecimento.

Por fim, acolho, parcialmente a impugnação apresentada apenas e tão-somente para determinar a inclusão da possibilidade da empresa licitante que não seja a distribuidora de material betuminoso poder apresentar a autorização de fornecimento da ANP, bem como o cadastro técnico emitido pelo IBAMA em nome da fabricante, desde que acompanhada de declaração de fornecimento.

Por fim, em razão desta documentação não implicar na reformulação de propostas, mantenho a data de abertura da sessão de julgamento de propostas de preços para a data inicialmente prevista, com amparo no artigo 55, § 1º, última parte, da Lei Federal nº 14.133/2021.

Desta decisão, dêem ciência às licitantes interessadas e promova sua publicação nos mesmos moldes do edital inicial.

Carvalhópolis, 07 de outubro de 2024.

Lilian Noêmia Peralta Araújo

Agente de Contratações

CIDERSU