

À ILUSTRÍSSIMA SENHORA PREGOEIRA DO PREGÃO ELETRÔNICO COM
REGISTRO DE PREÇO Nº 54/2023

VOLKSWAGEN TRUCK & BUS INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE VEÍCULOS LTDA., pessoa jurídica de direito privado inscrita no C.N.P.J. sob nº 06.020.318/0001-10, com sede na Rua Volkswagen, 291, 7º, 8º e 9º andares, Jabaquara, São Paulo, Estado de São Paulo, CEP 04344-901, por seu representante legal, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Senhoria, nos termos do item 5.5 e seguintes do Edital, apresentar IMPUGNAÇÃO, nos termos que seguem.

1. O Pregão Eletrônico nº 54/2023 do Consórcio Público Instituição de Cooperação Intermunicipal do Médio Paraopeba – ICISMEP tem por objeto o registro do melhor preço para a aquisição de 150 Ônibus Rural Escolar – ORE 1, com *“comprimento total máximo de 7.000 mm, capacidade de carga útil líquida de no mínimo 1.500 kg, com capacidade mínima de 29 (vinte e nove) estudantes sentados, mais o condutor, e deve ser equipado com dispositivo para transposição de fronteira, do tipo poltrona móvel (DPM), para embarque e desembarque de estudante com deficiência, ou com mobilidade reduzida, que permita realizar o deslocamento de uma, ou mais poltronas, do salão de passageiros, do exterior do veículo, ao nível do piso interno”*.

2. A Volkswagen Truck & Bus Indústria e Comércio de Veículos Ltda. (“VWTB”) concluiu a leitura do Edital e de seus anexos e verificou que há alguns pontos a serem impugnados, pelas razões expostas a seguir.

A) Termo de Referência – Especificação do Objeto

3. De acordo com o Termo de Referência, os ônibus tipo ORE 1 poderão conter tecnologia “*Proconve P-7 (EURO V) ou Proconve P-8 (EURO VI), nos moldes da Resolução CONAMA nº 490/2018*”.

4. Como é cediço, a Resolução CONAMA nº 18 de 6.5.1986 instituiu o Programa de Controle de Emissões Veiculares – PROCONVE, com o objetivo de (i) reduzir os níveis de emissão de poluentes por veículos automotores; (ii) promover o desenvolvimento tecnológico da indústria automotiva; (iii) criar programas de inspeção e manutenção de veículos em uso; (iv) melhorar as características dos combustíveis; e (v) criar mecanismos de avaliação dos resultados alcançados.

5. Também a Lei nº 8.723 de 28.10.1993 obrigou os fabricantes de veículos automotores e de combustíveis a adotar medidas para reduzir os níveis de emissão de monóxido de carbono, óxido de nitrogênio, hidrocarbonetos, álcoois, aldeídos, fuligem, material particulado e outros compostos poluentes nos veículos comercializados no país.

6. Essas medidas, evidentemente, não são adotadas da noite para o dia. Por isso, o PROCONVE vem sendo executado em várias fases, para a redução paulatina dos limites de emissão de poluentes. De 1º.1.2012 a 31.12.2022 estava em curso a sétima fase do PROCONVE (sistema Euro 5).

7. Por força da Resolução CONAMA nº 490 de 16.11.2018, entrou em vigor em 1º.1.2023 a oitava fase do PROCONVE (P8), que vai implementar o sistema Euro 6. Esse sistema traz uma série de novas tecnologias para os motores dos veículos, tais como a redução catalítica seletiva, a recirculação de gases de exaustão e o uso de diesel com teor reduzido de enxofre (S-10).

8. Conforme o artigo 1º da Resolução CONAMA nº 490/18, desde 1º.1.2023 a indústria automotiva somente pode fabricar veículos pesados equipados com o sistema Euro 6, que atendam à fase oito do PROCONVE:

“Art. 1º. Instituir a fase P8 do PROCONVE, conforme tabela 1 do Anexo desta Resolução, estabelecendo os novos limites máximos de emissão, aplicáveis conforme cronograma abaixo:

I - a partir de 1º de janeiro de 2022, para as homologações de novos modelos de veículos, que nunca obtiveram Licença para Uso da Configuração de Veículo ou Motor – LCVM;

II- a partir de 1º de janeiro 2023, para os demais veículos abrangidos por esta Resolução.”

9. Já a Portaria IBAMA nº 167/1997 estabelece critérios para a transição do sistema Euro 5 para o sistema Euro 6, com relação ao estoque de passagem. De acordo

com o seu artigo 15, **os veículos nacionais com sistema Euro 5 fabricados até 31.12.2022 (quando se encerra a validade das Licenças para Uso da Configuração de Veículo ou Motor – LCVM), podem ser comercializados no mercado nacional até 31.3.2023:**

“Art. 15. Quando da entrada em vigor de novos limites de emissão de poluentes para veículos automotores, a validade das Licenças para Uso da Configuração de Veículo ou Motor – LCVM emitidas para modelos que não atendam aos novos limites, fica prorrogada até 31 de março do ano subsequente, conforme descrito nos parágrafos deste artigo.

§ 1º Para veículos nacionais, ou do MERCOSUL, produzidos até o último dia de validade da respectiva LCVM.”

10. Considerando que já estamos no mês de abril de 2023 e que a Ata de Registro de Preços – ARP terá prazo de vigência de 12 (doze) meses contado de sua publicação (itens 21.5 do Edital e 2.1 da minuta da ARP), ou seja, estará vigente durante todo o ano de 2023 e parte de 2024, não é possível aos licitantes ofertar veículos com sistema Euro 5, cuja comercialização está terminantemente proibida desde 1º.4.2023.

11. Assim, é de rigor a modificação do Termo de Referência, a fim de exigir que os veículos estejam obrigatoriamente equipados com sistema Euro 6, sob pena de violação à Resolução CONAMA nº 490/2018 e à Portaria IBAMA nº 167/1997.

B) Item 9.6 do Edital

12. De acordo com o item 9.6 do Edital “*o prazo de validade das propostas será de 60 (sessenta) dias, a contar da data de sua entrega. No caso de suspensão do processo licitatório proveniente da interposição de recursos administrativos ou medidas judiciais, o prazo de validade das propostas será suspenso até o julgamento dos mesmos*”.

13. É cediço que o prazo de validade da proposta no pregão eletrônico é de 60 (sessenta) dias, se outro maior ou menor não for fixado no Edital, nos termos do artigo 48, § 3º, do Decreto nº 10.024/2019. De todo modo, **é fundamental que o prazo de validade seja certo e determinado**, já que o licitante não pode se vincular a uma proposta comercial indefinidamente.

14. Ao prever que o prazo de 60 dias de validade das propostas será suspenso até o julgamento de recursos administrativos ou medidas judiciais, o item 9.6 do Edital viola a exigência legal de que o prazo de validade da proposta seja certo e determinado. Afinal, é impossível antever o tempo de duração de um processo administrativo, muito menos de um processo judicial que, como é cediço, pode levar vários anos até que haja decisão final transitada em julgado.

15. O remédio para os casos em que a licitação se estende por tempo além do esperado, seja em virtude de um processo administrativo ou judicial, não é a suspensão do prazo de validade das propostas, mas sim a solicitação de prorrogação do prazo de validade pela Administração, a qual poderá ou não ser aceita pelo licitante, até mesmo porque o decurso do tempo poderá resultar no desinteresse da Administração pelo objeto licitado:

“Se, por motivo de força maior, a adjudicação não puder ocorrer dentro do período de validade da proposta vencedora, e caso persista o interesse no objeto licitado, a Administração poderá solicitar prorrogação dessa validade. Prorrogação de prazo de propostas somente será válida se houver aceitação expressa do licitante, documentada nos autos.”¹

16. Também não se pode perder de vista que, nos termos do artigo 40, inciso XI, da Lei nº 8.666/1993 e do artigo 3º da Lei nº 10.192/2001, o reajuste de preço dos contratos ocorre no prazo mínimo de 12 (doze) meses e tem como marco inicial a data prevista para apresentação da proposta:

“Art. 3º. Os contratos em que seja parte órgão ou entidade da Administração Pública direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, serão reajustados ou corrigidos monetariamente de acordo com as disposições desta Lei, e, no que com ela não conflitem, da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993.

§1º A periodicidade anual nos contratos de que trata o caput deste artigo será contada a partir da data limite para apresentação da proposta ou do orçamento a que essa se referir.”

17. O Tribunal de Contas da União tem jurisprudência firme no sentido de que o marco inicial para contagem do prazo para reajuste do contrato é a data limite para apresentação da proposta:

“Observou-se que, ao disciplinar critérios de reajuste, a Lei de Licitações concede duas alternativas para o marco inicial da contagem de prazo: a data de apresentação da proposta; ou a data do orçamento a que essa proposta se referir (art. 40, inciso X, da Lei 8.666/93.” (Acórdão nº 83/2020, Plenário, Rel. Bruno Dantas, j. 21.2.2020)

18. Assim, se a proposta ficar suspensa por prazo indeterminado, como prevê o Edital, isso acarretará ônus indevido ao fornecedor, que se verá impedido de reajustar o preço no prazo legal. É inviável a manutenção da proposta comercial por tempo incerto e não sabido. O fornecedor não pode ser compelido a assegurar o cumprimento de suas obrigações por prazo indeterminado.

19. Por isso, o item 9.6 do Edital deve ser modificado, para eliminar a previsão de suspensão da validade da proposta até que haja julgamento de eventuais processos

¹ Vide Licitações e Contratos – Orientações e jurisprudência do TCU, 4ª Edição, p. 475.

administrativos ou judiciais. Na hipótese de haver processos administrativos ou judiciais que extrapolem o prazo de 60 dias da proposta, cabe à Administração solicitar ao licitante a prorrogação do prazo de validade.

20. A VWTB requer, ainda, seja prevista neste item do Edital a possibilidade de reajuste do preço no prazo de 12 meses contado da data de apresentação da proposta, na forma dos artigos 40, inciso XI, da Lei nº 8.666/93 e 3º da Lei nº 10.192/01.

C) Itens 7.14 e 7.15 do Termo de Referência e itens 8.14 e 8.15 da ARP

21. De acordo com item 7.14 do Termo de Referência e item 8.14 da ARP, os veículos que, no prazo de 90 (noventa) dias contado de seu recebimento definitivo, apresentarem *“defeitos sistemáticos de fabricação, e/ou nos equipamentos utilizados nas modificações necessárias/realizadas para sua adequação, devidamente comprovados pela frequência de manutenções corretivas realizadas em concessionárias autorizadas do fabricante”*, devem ser substituídos no prazo de até 30 (trinta) dias.

22. É necessário que este item deixe claro que o defeito sistemático objeto de manutenção corretiva frequente apto a ensejar a substituição do veículo deve ser o mesmo defeito. Ou seja, reparos pontuais e diversos realizados no mesmo veículo dentro deste prazo de 90 (noventa) dias não impõem ao contratado o dever de substituir o veículo, mas sim de repará-lo.

23. Já os itens 7.15 do Termo de Referência e 8.15 da ARP preveem que o prazo de 30 (trinta) dias para substituição do veículo deve ser contado *“a partir da data em que o Órgão requisitante emitir a notificação para a empresa FORNECEDORA”*.

24. Este prazo deve ser contado a partir do recebimento da notificação pelo contratado, sob pena de lhe ser suprimida parte substancial do prazo já exíguo previsto no Edital para a substituição do veículo (lembrando que se tratam de veículos complexos e com diversas especificações técnicas a serem atendidas).

D) Item 18.7 da ARP

25. De acordo com o item 18.7 da ARP, o fornecedor deverá *“efetuar a troca de produtos rejeitados pela Administração e Gestão (Transporte) ICISMEP, nas hipóteses de desconformidade com as especificações constantes do Termo de Referência, defeitos ou imperfeições, em no máximo 24 (vinte e quatro) horas, contados a partir da comunicação”*.

26. O prazo previsto neste item está em desacordo com aquele estabelecido no item 7.5 do Termo de Referência e 8.5 da própria ARP, que concedem ao fornecedor prazo de 20 (vinte) dias, contado de sua notificação, para reparo ou substituição de

veículos entregues “em desacordo com as especificações constantes no Termo de Referência”.

27. Portanto, o item 18.7 da ARP deve ser suprimido ou ter a sua redação modificada, a fim de prever o reparo ou a substituição do produto entregue em desacordo com as especificações técnicas **no prazo de 20 dias contado do recebimento da notificação pelo fornecedor**.

E) Itens 23.4.2 do Edital e 16.4.2 da Ata de Registro de Preços

28. Os itens 23.4.2 do Edital e 16.4.2 da ARP tratam da aplicação de “*multa de 10% (dez por cento) sobre o valor da prestação do serviço ou fornecimento não realizado, no caso de atraso superior a 30 (trinta) dias na entrega dos produtos constantes do instrumento deste Edital*”.

29. Os itens 23.4.2 do Edital e 16.4.2 da ARP não deixam claro se a multa de 10% é de natureza moratória ou compensatória.

30. A multa moratória, prevista no artigo 86 da Lei nº 8.666/93, é aquela aplicável na hipótese de atraso injustificado na execução do contrato. A multa moratória é aplicada quando a Administração mantém interesse na execução do contrato, sendo que o seu pagamento pelo contratado não o exime do cumprimento da obrigação.

31. Já a multa compensatória, prevista no artigo 87 da Lei nº 8.666/93, é aquela aplicável à inexecução parcial ou total do contrato. A multa compensatória é aplicada quando a Administração não tem mais interesse na execução do contrato e o objetivo dela é indenizar a Administração pelo não recebimento do objeto contratado.

32. Os itens 23.4.1 do Edital e 16.4.1 da ARP já preveem a aplicação de multa moratória diária de 0,3% em caso de atraso na execução do contrato, aplicável até o 30º dia de atraso.

33. Os itens 23.4.1 do Edital e 16.4.1 da ARP não deixam claro se a multa de 10% será aplicada a partir do 31º dia de atraso, sem prejuízo da entrega dos ônibus à Administração (hipótese em que estaríamos diante de multa de natureza moratória), ou se a multa de 10% será aplicada a partir do 31º dia de atraso, não havendo mais interesse da Administração na execução do contrato, operando-se sua rescisão (hipótese em que estaríamos diante de multa de natureza compensatória).

34. Reforça a dúvida o fato de que os itens 23.4.4 do Edital e 16.4.4 da ARP já preveem a aplicação de multa compensatória de 20% sobre a parcela inadimplida caso o contratado dê causa à rescisão da ARP ou do contrato.

35. Portanto, é preciso deixar clara a natureza da multa prevista nos itens 23.4.1 do Edital e 16.4.1 da ARP e, em se tratando de multa de natureza moratória, qual será o prazo limite de atraso para a entrega dos ônibus, antes que o contrato seja declarado rescindido e o contratado se sujeite à multa compensatória de 20% prevista itens 23.4.4 do Edital e 16.4.4 da ARP.

G) Itens 23.4.4 do Edital e 16.4.4 da Ata de Registro de Preços

36. Os itens 23.4.4 do Edital e 16.4.4 da ARP tratam da aplicação de “*multa de até 20% (vinte por cento) sobre o valor da(s) parcela(s) da(s) Nota(s) de Empenho inadimplidas expedidas ao fornecedor, na hipótese de o contratado, de modo injustificado, desistir da ata de registro de preços/contrato ou der causa à sua rescisão, bem como nos demais casos de descumprimento contratual, quando o Consórcio, em face da menor gravidade do fato e mediante motivação da autoridade competente **poderá** reduzir o percentual da multa a ser aplicada*” (grifamos).

37. A multa de 20% a toda e qualquer infração contratual, com possibilidade de redução pela Administração, é legal, desproporcional e desarrazoada.

38. Não se nega que a punição do contratado inadimplente é ato vinculado; a Administração não tem margem de liberdade para decidir se vai puni-lo ou não. Também não se nega que a Administração goza de certa margem de liberdade quanto à dosimetria da pena, a depender das circunstâncias do caso concreto.

39. Porém, essa liberdade não pode ser irrestrita. Nos atos discricionários “*a disciplina legal deixa ao administrador certa liberdade para decidir-se em face das circunstâncias concretas do caso, impondo-lhe e simultaneamente **facultando-lhe a utilização de critérios próprios para avaliar ou decidir quanto ao que lhe pareça ser o melhor meio de satisfazer o interesse público que a norma legal visa a realizar***”².

40. A multa de 20% é a mais gravosa prevista no Edital. Portanto, na hipótese de infração de menor gravidade, a redução de seu percentual não é uma faculdade da Administração, mas sim um dever.

41. Vamos além: o Edital não pode deixar em aberto os limites do exercício do poder discricionário pela Administração na hipótese de cometimento de infração de menor gravidade. O Edital deve prever expressamente as balizas dessa penalidade, quais sejam, seus percentuais mínimos e máximos, dentro dos quais a Administração ficará adstrita caso o contratado tenha de ser punido.

42. Por esse motivo, ficam impugnados itens 23.4.4 do Edital e 16.4.4 da ARP, a fim de que (i) na hipótese de infração contratual de menor gravidade, a redução da multa

² MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. Editora Malheiros, 17ª Edição, p. 394, grifamos.

de 20% pela Administração seja obrigatória, e não facultativa; e (ii) haja a definição clara de percentuais mínimos e máximos da multa aplicável às infrações de menor gravidade, já que a definição do percentual da multa não pode ficar ao arbítrio da Administração.

PEDIDOS

43. Pelo exposto, a VWTB requer seja acolhida esta impugnação e suprimidos ou retificados os itens do Edital, nos termos acima requeridos

São Paulo, 25 de abril de 2023

Volkswagen Truck & Bus Indústria e Comércio de Veículos Ltda.

Adriana Ceconello

vendasgov@volkswagen.com.br