

ESTADO DE MINAS GERAIS
PREFEITURA MUNICIPAL DE SANTA LUZIA

PROCESSO: 101/2019
PREGÃO ELETRÔNICO Nº SRP 049/2019

ILMA. SRA. SORAIA BARBOSA SOARES, PREGOEIRA

A MEDLEVENSOHN COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES DE PRODUTOS HOSPITALARES LTDA., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 05.343.029/0001-90, sediada na Rua Dois, S/N, Quadra 8, Lote 8, Civit I, Serra/ES, CEP: 29.168-030, por seu representante legal, na forma de seu contrato social, vem, apresentar **IMPUGNAÇÃO**, face ao descritivo estabelecido por esta r. Administração nos termos do Edital epigrafado, por tratar-se de flagrante afronta ao princípio da competitividade do certame, trazendo prejuízos incalculáveis ao Erário.

1. ADMISSIBILIDADE E LEGALIDADE

É bem de ver que, esta douta Administração ao acolher os argumentos que aqui serão expostos, demonstra seu interesse na amplitude de participação de potenciais fornecedoras e, por outro lado, denota sua pré-disposição em identificar eventuais falhas ou restrições que poderão frustrar a presente aquisição.

Não obstante, o que se há de ponderar é que a análise por parte desta r. Administração é medida benéfica que se impõe, e ensejará, comprovadamente, o aumento da competitividade e por consequência do número de propostas vantajosas resultando em economia ao Erário.

Ademais, o argumento ora exposto visa corrigir imperfeições do ato convocatório que invariavelmente cercearão, ainda que não intencionalmente, a participação de potenciais licitantes.

Importante ressaltar que a recusa ao direito de apresentação de pedido de esclarecimento, contestação, impugnação ou recurso é inconstitucional, não permitindo a lei essa privação.

Por fim, ressalta-se que as razões aqui expostas deverão ser processadas e motivadamente respondidas após o crivo da douta autoridade superior, em atenção ao princípio constitucional do direito à petição (CF/88, art. 5º, LV).

2. TEMPESTIVIDADE

O pregão está previsto para ocorrer no próximo dia 30.08.

Nos termos do disposto na legislação específica e ainda conforme prevê o texto do instrumento convocatório, a licitante interessada poderá apresentar impugnação ao edital até o 2º (segundo) dia útil que anteceder a abertura das propostas.

Sendo assim, considerando que o dia 29.08 é o primeiro dia útil anterior à data de abertura das propostas e, dia 28.08 é o segundo, encerrando-se o prazo no dia 27.08. Portanto, tempestiva a presente impugnação

3. PRAZO DE RESPOSTA

Sabe-se que, via de regra, a impugnação ao edital não possui efeito suspensivo ao andamento do processo licitatório.

Entretanto, é obrigação do Sr. Pregoeiro respondê-la no prazo máximo de 24hrs (vinte e quatro horas), contados da data de sua interposição.

É o que determina o art. 12 e §§ do Decreto nº 3.555/00:

“Art. 12. Até dois dias úteis antes da data fixada para recebimento das propostas, qualquer pessoa poderá solicitar esclarecimentos, providências ou impugnar o ato convocatório do pregão.

§ 1º **Caberá ao pregoeiro decidir sobre a petição no prazo de vinte e quatro horas.**” (Grifamos).

E também o art. 18 e §§ do Decreto 5.450/2005:

“Art. 18. Até dois dias úteis antes da data fixada para abertura da sessão pública, qualquer pessoa poderá impugnar o ato convocatório do pregão, na forma eletrônica.

§1º **Caberá ao pregoeiro, auxiliado pelo setor responsável pela elaboração do edital, decidir sobre a impugnação no prazo de até vinte e quatro horas.**” (Grifo nosso).

Do mesmo modo, o item 14.3 do edital estabelece: “*Caberá ao pregoeiro, auxiliado pelo setor responsável pela elaboração deste Edital, decidir sobre a impugnação no prazo de até 24 (vinte e quatro) horas*”

Como se vê, resta bem delimitada a questão alusiva ao julgamento das peças impugnatórias. É evidente, neste caso, que se a impugnação apresentada demandar uma análise mais detalhada, da qual seja impossível a emissão de parecer no prazo em questão, o pregoeiro responsável terá a faculdade de suspender o certame licitatório até que a resposta seja devidamente concluída, sem prejuízo ao procedimento licitatório e às licitantes interessadas.

É o que se espera.

4. DESCRITIVO DO EDITAL

Analisando o edital é possível identificar exigências altamente deletérias para o erário simplesmente por possuírem o condão de restringir o rol de licitantes e, com efeito, prejudicar a disputa de lances.

A primeira delas refere-se ao tipo de licitação definido: MENOR PREÇO POR **LOTE**, mas, além desta, há ainda a definição de marca do produto, a saber:

Item 170: “TIRAS REAGENTES P/ MEDIÇÃO DE GLICOSE **COMPATÍVEL COM O MEDIDOR MODELO ACCU CHEK ACTIVE** - EMBALAGEM CAIXA COM 50 UNIDADES O VENCEDOR DO ITEM DEVE FORNECER COMO COMODATO 50 APARELHOS PARA VERIFICAÇÃO DAS GLICEMIAS. E A TROCA QUANDO APRESENTAR PROBLEMAS TÉCNICOS É DE SUA RESPONSABILIDADE” (Grifo nosso)

Como se vê, da simples leitura de trecho acima, é possível perceber exigências, totalmente desnecessárias e descabidas, que possuem como único condão prejudicar o Erário e o interesse Público. Daí porque a reforma do edital é medida que se impõe.

5. EXIGÊNCIAS TÉCNICAS

5.1. OBJETO ESTABELECIDO EM LOTE

O edital agrupou os produtos licitados em **LOTES**.

Cumpramos ressaltar que, com o devido respeito, a organização dos itens nestes moldes, em lote, materializa-se como exigência de caráter restritivo e atenta contra a economicidade do certame.

Isso, por si, fere dentre tantos, o princípio da competitividade e o da economicidade, retirando do ente público a possibilidade assegurar para si um dos

pilares vislumbrados nas aquisições públicas: selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração.

Nesse contexto, se mantida a definição do objeto em lotes, dificilmente será possível alcançar o menor preço para cada item, afinal, **somente aqueles que possuam TODOS os itens constantes do lote estarão aptos a participar da disputa.**

Sabe-se que nem todas as empresas licitantes possuem condições e aptidão para cotar **todos os itens de um mesmo lote**, afinal, ainda que os produtos possuam o mesmo gênero, podem ser produzidos e comercializados de forma diversa e ter fabricantes específicos para cada produto, sendo oportuna a divisão em itens distintos, ampliando a competitividade e obtendo o menor preço possível.

Nessa esteira, já decidiram, reiteradas vezes, os Tribunais brasileiros, incluindo-se aqui o entendimento do Tribunal de Contas da União, Estados e Municípios. Veja a súmula 247 do TCU:

“É obrigatória a admissão da adjudicação por item e não por preço global, nos editais das licitações para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, cujo objeto seja divisível, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequar-se a essa divisibilidade.” SÚMULA 247. (G.n.).

A divisão do objeto em itens deve ser a regra geral, **devendo a licitação por lote se exceção**. Nesta linha de raciocínio, vem decidindo o TCU:

“Em compras, a divisão do objeto em itens torna-se quase obrigatória, a não ser que fique comprovado prejuízo para o conjunto. Geralmente

são comprados itens distintos de materiais de expediente, de móveis, de equipamentos, de suprimentos etc. A divisão do objeto em lotes ou grupos como se itens individuais fossem, deve ser vista com cautela pelo agente público, porque pode afastar licitantes que não possam habilitar-se a fornecer a totalidade dos itens especificados nos lotes ou grupos, com prejuízo para a Administração. (Brasil. Tribunal de Contas da União. Licitações e Contratos: orientações básicas / Tribunal de Contas da União – 3. ed. rev. Atual. E ampl. Brasília. TCU. Secretaria de Controle Interno. 2006. G.n.).

E ainda:

[...] pelo fato dos quantitativos de medicamentos da Concorrência 042/2004 terem sido elaborados por lotes e não por itens, limitando a participação de laboratórios fabricantes e distribuidores de outros pontos do território nacional, frustrando o caráter competitivo do certame e o princípio da isonomia, previstos no art. 37, inciso XXI da CF/88 e art. 3º, caput, e § 1º, inciso I, da Lei 8.666/93. (Processo TC-011.662/2005-5, Acórdão nº 257/2006-2ª Câmara – TCU. Grifo nosso).

O TCU ressalta ainda os prejuízos à competitividade que poderão ser causados à Administração pelos certames definidos em lotes:

[...] que, em futuras licitações sob a sistemática de Registro de Preços, proceda à análise mais detida no tocante aos agrupamentos de itens em lotes, de modo a evitar a reunião em mesmo lote de produtos que poderiam ser licitados isoladamente ou compondo lote distinto, de modo a possibilitar maior competitividade no certame e obtenção de proposta mais vantajosa para a administração, fazendo constar dos autos do procedimento o estudo que demonstre a inviabilidade técnica e/ou econômica do parcelamento [...] (Processo TC-014.020/2009-9, Acórdão nº 2.410/2009-Plenário – TCU. grifo nosso)

Noutro giro, aquele Tribunal decidiu:

“(...) **efetue estudos avaliando**, dentre outros aspectos julgados pertinentes, **o resultado das licitações realizadas (por lotes e por item)** em relação aos preços finais propostos, a execução contratual, a situação do mercado local e regional e a necessidade ou oportunidade de compra de câmaras frigoríficas, **objetivando identificar, a partir dos elementos objetivos colhidos, a melhor opção** para a aquisição de gêneros alimentícios com foco em fatores técnicos e econômicos.” (Processo TC-025.557/2009-4, Acórdão nº 501/2010-Plenário – TCU. Grifo nosso)

Como se vê, existem vários julgados que demonstram o entendimento do Tribunal de Contas pelo julgamento do certame como “Menor Preço por **Item**”.

Portanto, percebe-se que, em caso de representação no Tribunal de Contas, os ministros consideram-na procedente e alegam que o certame estabelecido em lotes limita a participação de licitantes, fabricantes e distribuidores, frustrando o caráter competitivo de processo licitatório e afrontando o princípio da isonomia previstos no art. 37, inciso XXI da CF/88 e art. 3º, §1º, inciso I, da lei 8.666/93.

Afinal, a legislação vigente, em seus art. 15, inciso IV (Lei de Licitação) estabelece que as compras, sempre que possível, deverão ser subdivididas em tantas parcelas quantas necessárias **para aproveitar as peculiaridades do mercado**, visando economicidade.

É o que estabelece o Tribunal de Contas da União:

“Divida o objeto da licitação em lotes, licitando tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se dessa forma com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e a ampliação do competitividade, sem perda de economia de

escala, nos termos do art. 23 da Lei 8.666/1993.” (Acórdão TCU 383/2010 Segunda Câmara – Relação).

Oportunamente, importa ressaltar que, a escolha do julgamento do certame por LOTE é perfeitamente aceitável nos processos licitatórios, não sendo pois, regra ilegal aposta no edital pela Administração.

Noutro giro, **é inegável que o julgamento por LOTES ceifará do certame diversas empresas licitantes que não possuem todos os itens do lote,** seja por não fazerem parte do catálogo comercial da licitante, seja por falta de estoque.

Nesse contexto, para o certame sob análise, resta claramente demonstrado que o tipo Menor Preço Por Item permite o maior número possível de participantes na licitação, ampliando a disputa entre os interessados sem, com isso, comprometer o interesse da Administração, a finalidade e a segurança da contratação.

Cabendo, então, à Administração analisar o cenário e verificar quais as vantagens serão obtidas pela manutenção desse critério de julgamento.

Por derradeiro, importa atentar para as características de cada item agrupado no respectivo lote. É facilmente perceptível que os itens de um mesmo lote não guardam as mesmas características, daí porque, não há justificativas para integrarem o mesmo lote.

Portanto, dificilmente será possível encontrar uma mesma empresa que venda todos esses produtos.

Assim, considerando que a característica do tipo de licitação “menor preço por LOTE” é que as licitantes ofertem proposta para o LOTE como um todo (para todos os itens do lote), a manutenção desse critério de julgamento reduzirá consideravelmente o rol de licitantes, podendo até mesmo, torna-lo deserto.

Sendo assim, a reforma do critério de julgamento é medida que se impõe a fim de beneficiar a Administração, o Erário e os interesses Públicos, devendo, pois, essa municipalidade alterá-la para “menor preço por ITEM”.

5.2 DIRECIONAMENTO DE MARCA

Na cotação por item, o descritivo da Tira Reagente define a marca que a Administração pretende adquirir. Portanto, é solar a ilegalidade dessa exigência, afinal, além de caracterizar direcionamento direto do certame, tal exigência é expressamente vedada por lei já que afronta diretamente o princípio da isonomia.

Inicialmente, cabe frisar que a vinculação a uma mesma fabricante não pode ocorrer *ad eternum*, ou seja, para sempre. Isso significaria dizer que a primeira licitante vencedora, forneceria o produto para sempre, impossibilitando que outra marca pudesse ser oferecida à Administração.

Afinal, se a Administração estivesse adstrita a contratar sempre e apenas com a mesma fabricante, é notório que esta fabricante estaria “*com a faca e o queijo na mão*”, podendo **impor o preço que melhor lhe convier**.

Daí porque o direcionamento de produto a determinada marca caracteriza afronta direta ao princípio básico da competitividade, impedindo que a Administração encontre preços vantajosos.

Como se vê, com o devido respeito, não há razão que justifique a manutenção da exigência de marca específica como fez esta laboriosa Administração no edital sob análise!

Ademais, a lei de licitação proíbe, expressamente, que a Administração faça **exigências que restrinjam** o processo licitatório assim como pratique atos subjetivos, em que a Administração escolha determinado produto em detrimento de outro. Principalmente se tal escolha onera os gastos da Administração.

De resto, veja a vedação estabelecida no inciso II do artigo 3º da Lei 10.520/2002 (Lei dos Pregões):

“**Art. 3º** A fase preparatória do pregão observará o seguinte: (...);
II - a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, **vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição**”.

Da mesma forma, o art. 3º da Lei de Licitações (8.666/1993):

“Art. 3º **A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração** e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável 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. (...)”

No caso sob análise, a especificação de marca do fabricante descredencia inequivocamente todos os outros fabricantes dos produtos e, por conseguinte, retira da Administração a possibilidade de alcançar a proposta mais vantajosa.

EM OUTROS TERMOS: BENEFICIA UM FABRICANTE EM DETRIMENTO DE TODA UMA COLETIVIDADE.

Com efeito, este ônus – **a opção por determinado fabricante ou marca** – não justifica tamanha restrição à efetivação de um procedimento licitatório aberto a vários fabricantes. Afinal, as restrições impossibilitam a Administração alcançar a proposta mais vantajosa.

Para ilustrar a pertinência dessas alegações, a Impugnante pede vênua para trazer a colação a lição de Marçal Justem Filho, em sua obra “Comentários a Lei de Licitação e Contratos Administrativos”, para quem:

“(…) deverá existir um vínculo de pertinência entre a exigência ou a limitação e o interesse supra-individual a ser satisfeito. Isso equivale a afirmar a nulidade de qualquer edital que contemple exigências excessivas ou inúteis, que impeçam a participação de interessados que poderiam executar prestação útil para a Administração”. (Filho, Marçal Justem. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 11^a edição, Ed. Dialética, p. 401, g.n.)

De outro giro, não se pode relevar o fato do agente público, ou mesmo o político, no uso de suas atribuições, jamais poder se olvidar de seu inarredável dever de sujeição aos comandos legais impostos pela Lei 8.666/93, na esteira do artigo 4º da Lei 8.429/92 adiante descrito:

“Art. 4º Os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos”.

Não pode, da mesma maneira, conservar inúmeros potenciais licitantes sob seu jugo, baseado em vãs interpretações e analogias de dispositivos que autorizam em hipóteses restritíssimas a não concorrência.

Os motivos a ensejar a não concorrência devem ser robustos, óbvios e **objetivos**. Mas nunca desprezíveis, tal quanto aqueles invocados por este r. Órgão para sufragar o potencial prejuízo de toda a sociedade, em benefício de apenas um fabricante.

Esta prática, aliás, é exatamente aquela repreendida pelo inciso VIII, do artigo 10º da já mencionada Lei de Improbidade Administrativa, cuja letra informa o seguinte:

“Art. 10. **Constitui ato de improbidade administrativa** que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, **que enseje perda patrimonial**, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente: **VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente;**”

Se já há fundamentos o suficiente para se afastar a preferência ora vergastada, solar fica esta necessidade quando verificado o entendimento o Superior Tribunal de Justiça que, ao julgar caso análogo ao vertente, referendou o todo aqui defendido, ao afirmar que:

“A busca da melhor proposta recomenda a admissão do maior número de licitantes. Quanto mais propostas houver, maior será a chance de um bom negócio. Por isto, os preceitos do edital não devem funcionar como negaças, para abater concorrentes. ” (STJ, MS nº 5.623, DJ de 18/02/1998).

Neste sentido é também a dicção de r. julgados emanados do Tribunal de Contas da União, à exemplo do que segue adiante destacado:

“REPRESENTAÇÃO. LICITAÇÃO. RESTRIÇÃO À COMPETITIVIDADE. PROCEDÊNCIA PARCIAL. ANULAÇÃO. A inadequação das exigências editalícias, que atentam contra o princípio da isonomia, da legalidade, da competitividade e da razoabilidade, inculpidos no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988, e no art. 3º, caput e § 1º, inciso I, da Lei de Licitações e Contratos, conduz à anulação do processo licitatório”. (ACÓRDÃO 1097/07 ATA 23/2007 - PLENÁRIO, Relator: VALMIR CAMPELO julgado em 06/06/2007)

É evidente que a Administração poderá estabelecer requisitos e condições para as suas contratações, não menos clara é a necessidade de se estabelecer características, se forem restritivas, **razoáveis, proporcionais e pertinentes**.

A lei é clara ao salientar que, ao se estabelecer uma distinção, esta não pode basear-se em predileções ou aversões pessoais do Administrador, e deve restar clara a demonstração de vantagem da decisão e do interesse público.

O **§1º do art. 3º da Lei 8.666/93**, aduz que:

"Art. 3º (...)

§ 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 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."

Vale destacar o entendimento do Eg. TJMG:

"REEXAME NECESSÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. ANULAÇÃO DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. PREGÃO. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA FORNECEDORA DE VEÍCULOS. EDITAL 057/2010. MUNICÍPIO DE POTÉ. CARACTERÍSTICAS DOS BENS LICITADOS. EXPLICITAÇÃO EXCESSIVA. **LIMITAÇÃO DA CONCORRÊNCIA ENTRE OS INTERESSADOS. DIRECIONAMENTO DA LICITAÇÃO.** SEGURANÇA CONCEDIDA. SENTENÇA MANTIDA EM REEXAME NECESSÁRIO. RECURSO VOLUNTÁRIO PREJUDICADO. I. A deflagração de novo processo licitatório visando a efetiva habilitação e ampliação do número de fornecedores dos bens descritos no novo edital não constitui medida ilícita; **II. A licitação destina-se a selecionar a proposta mais vantajosa para**

a Administração Pública e busca selecionar o contratante e a proposta que apresentem as melhores condições para atender aos reclamos do interesse coletivo; III. O objeto da licitação não pode conter características peculiares e explicitações excessivas que possam excluir o universo de licitantes e outros produtos similares, que atendam ao mesmo fim. Trata-se de proibição de cláusula ou limitação do conteúdo da contratação, preservando o interesse e os princípios da moralidade e conveniência da Administração Pública; IV. O estabelecimento de especificações não usuais que resultem, sem justificativa consistente, na exclusão de outros fornecedores que disponham de bens similares e que atendam os interesses da Administração Pública, configura afronta ao princípio da moralidade administrativa. V. Toda a atuação administrativa orienta-se à satisfação dos interesses supraindividuais." (TJ-MG - AC: 10686100176235001 MG, Relator: Washington Ferreira, Data de Julgamento: 02/07/2013, Câmaras Cíveis / 7ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 05/07/2013). (G.n.)

Nesse sentido, o simples direcionamento da licitação, sem comprovação de nítida vantagem ao interesse público, se propõe apenas a restringir o número de participantes no certame.

Dessa forma, diminui-se a possibilidade de o Poder Público adquirir o produto ou serviço objeto da licitação com base na proposta mais vantajosa, tendo, assim, que dispor de maior quantidade de recursos, onerando cada vez mais a Administração do Município.

Como dito, a lei de licitações é incisiva ao determinar que não deverão ser impostas restrições ao caráter competitivo da licitação, não decorrentes de justificativa suficiente para tanto, trazendo **proibição expressa à indicação de marca.**

A lei de licitações é incisiva ao determinar que não deverão ser impostas restrições ao caráter competitivo da licitação, não decorrentes de justificativa suficiente para tanto.

O legislador foi tão incisivo quanto à **proibição expressa à indicação de marca, que trouxe essa vedação em DOIS dispositivos legais**: os artigos 7º, §5º e 15º, §7º, ambos da lei de licitações:

“Art. 7º. As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte sequência:

§ 5º. **É vedada a realização de licitação cujo objeto inclua bens e serviços sem similaridade ou de marcas**, características e especificações exclusivas, salvo nos casos em que for tecnicamente justificável, ou ainda quando o fornecimento de tais materiais e serviços for feito sob o regime de administração contratada, previsto e discriminado no ato convocatório.” (Grifo nosso)

“Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão:

§7º: Nas compras deverão ser observadas, ainda:

I – a especificação completa do bem a ser adquirido sem indicação de marca;” (Grifo nosso)

De acordo com o Tribunal de Contas da União – TCU:

“vedação imposta por esse dispositivo é um dos mecanismos utilizados pelo legislador no sentido de conferir efetividade aos princípios informativos da licitação, entre esses o da **livre concorrência**, o do julgamento objetivo e o da **igualdade entre os licitantes**”. (Acórdão 1553/2008 – Plenário.)

Por outro lado, não se deve confundir a impossibilidade de exigir marcas com a menção à marca de referência que ocorre quando, por exemplo, o órgão licitante insere a expressão “ou similar” após a descrição do objeto.

Nesse sentido, o TCU já reconheceu ser permitida menção a marca de referência no edital, como forma ou parâmetro de qualidade para facilitar a descrição do objeto, caso em que se deve necessariamente acrescentar expressões do tipo “ou equivalente”, “ou similar”, “ou de melhor qualidade”, podendo a Administração exigir que a empresa participante do certame demonstre desempenho, qualidade e produtividade compatíveis com a marca de referência mencionada. (TCU, Acórdão 113/2016, Plenário).

Sobre a diferença entre a vedação à indicação de marca e a menção à marca de referência, assim se manifestou o Tribunal de Contas da União no Acórdão 2.829/15 – Plenário:

“A diferença básica entre os dois institutos é que o primeiro (excepcionado pelo art. 7º, § 5º, da Lei 8.666/1993), admite a realização de licitação de objeto sem similaridade nos casos em que for tecnicamente justificável, ao passo que o segundo é empregado meramente como forma de melhor identificar o objeto da licitação, impondo-se a aceitação de objeto similar à marca de referência mencionada”.

No mesmo sentido, em casos extremos de exceção de indicação de marca no edital, a jurisprudência do TCU é firme em indicar a necessidade do gestor informar as razões que motivaram a decisão de restringir a disputa a determinadas marcas.

É o que estabelece o Acórdão 113/16 – Plenário ao determinar que a indicação de marca no edital deve estar amparada em razões de ordem técnica, de forma motivada e documentada, que demonstrem ser aquela marca específica a **única capaz de satisfazer o interesse público**.

Em suma, a **MEDLEVENSOHN**, anseia e requer que seja revisto o descritivo do item 170 do edital sob análise, pois não há justificativas técnicas que amparem e ensejem a manutenção das definições de marca de alguns produtos licitados.

Ademais, sejam excluídas não apenas as marcas estabelecidas naqueles itens supra, mas toda e qualquer menção eventualmente realizada no texto do instrumento convocatório e seus anexos.

6. PROPOSTA MAIS VANTAJOSA

Sabe-se que os processos licitatórios deverão ampliar ao máximo o rol de licitantes, a fim de encontrar e selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, o Erário e o interesse Público, sendo vedada qualquer exigência que reduza a competitividade do certame.

É o que estabelece o artigo 3º da Lei de Licitações:

“art. 3º - **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 lhe são correlatos.” (g.n.)

Nessa esteira, nos ensina o mestre Marçal Justen Filho:

“A vantagem se caracteriza em face da adequação e satisfação ao interesse público por via da execução do contrato. A maior vantagem possível configura-se pela conjugação de dois aspectos complementares. Um dos ângulos relaciona-se com a prestação a ser executada por parte da Administração: o outro se vincula à prestação ao cargo do particular. **A maior vantagem se apresenta quando a Administração assume o dever de realizar a prestação menos onerosa** e o particular se obriga a realizar a melhor e mais completa prestação. Configura-se, portanto, uma relação de custo-benefício. A maior vantagem corresponde à situação do menor custo e maior benefício para a Administração. (...)

Consoante esse primado, **a CPL não pode furtar-se ao cumprimento estrito desses dispositivos, sob pena de incorrer em crime de responsabilidade pelos sérios prejuízos que podem ser causados ao erário público**". (Grifamos)

E ainda:

"(...) é **imperioso avaliar a relevância do conteúdo da exigência**. Não é incomum constar no edital que o descumprimento de qualquer exigência formal acarretará a nulidade da proposta. A aplicação dessa regra tem de ser temperada pelo princípio da razoabilidade. É necessário ponderar os interesses existentes e evitar resultados que, a pretexto de tutelar o interesse público de cumprir o edital, produzam a eliminação de propostas vantajosas para os cofres públicos. Certamente, não haveria conflito se o ato convocatório reservasse a sanção de nulidade apenas para as desconformidades efetivamente relevantes. Mas nem sempre é assim. Quanto o defeito é irrelevante, tem de interpretar-se a regra do edital com atenuação." (g.n.)

Do mesmo modo, o Prof. Jessé Torres Pereira Junior:

"Selecionar a proposta mais vantajosa é, a um só tempo, o fim do interesse público que se quer alcançar em toda licitação (sentido amplo) e o resultado que se busca em cada licitação (sentido restrito). **Licitação que não instigue a competição, para dela surtir a proposta mais vantajosa, descumpra sua finalidade legal e institucional**". (Grifamos).

Se já há fundamentos o suficiente para se afastar a preferência ora vergastada, solar fica esta necessidade quando verificado o entendimento o Superior Tribunal de Justiça que, ao julgar caso análogo ao vertente, referendou o todo aqui defendido, ao afirmar que:

A busca da melhor proposta recomenda a admissão do maior número de licitantes. **Quanto mais propostas houver, maior será a chance de um bom negócio.** Por isto, os preceitos do edital não devem funcionar como negações, para abater concorrentes. (STJ, MS nº 5.623, DJ de 18/02/1998) (grifo nosso)

Neste sentido também o TCU, destacando-se:

ACÓRDÃO 1097/07 ATA 23/2007 - PLENÁRIO. Relator: VALMIR CAMPELO REPRESENTAÇÃO. LICITAÇÃO. RESTRIÇÃO À COMPETITIVIDADE. PROCEDÊNCIA PARCIAL. ANULAÇÃO. **A inadequação das exigências editalícias, que atentam contra o princípio da isonomia, da legalidade, da competitividade e da razoabilidade, insculpidos no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988, e no art. 3º, caput e § 1º, inciso I, da Lei de Licitações e Contratos, conduz à anulação do processo licitatório.** (julgado em 06/06/2007) (grifo nosso)

Em suma, a **MEDLEVENSOHN**, anseia e requer que seja revisto o presente edital, pois não há robustez de amparo nas razões técnicas que ensejam o mantimento da especificação mencionada quanto ao tipo de licitação. Afinal, trata-se de critério impeditivo para a Administração selecionar a proposta mais vantajosa.

7. PEDIDO

Uma vez demonstrados tempestivamente os fundamentos impeditivos de se manter o descritivo nos moldes como consta no edital, as alterações requeridas nesta impugnação merecem ser acatadas já que – se mantidas – acabarão por desprezar melhores ofertas a esta Administração.

Sendo assim, requer esta Administração se digne de:

- (1) Alterar o tipo de licitação para “**Menor Preço Por ITEM**”;
- (2) Desconsiderar a definição da **marca das tiras reagentes**, assim como, qualquer outra menção de marca eventualmente realizada no instrumento convocatório.

Somente assim, esta Administração estará contemplando um número maior de fornecedores interessados, sem frustrar o certame e homenageando o princípio da competitividade, resultando em economia ao Erário.

Ao ensejo, caso essa impugnação seja indeferida – o que se admite por mero debate – a impugnante requer desde já cópia da íntegra dos autos para fundamentar DENÚNCIA no TRIBUNAL DE CONTAS.

Termos em que, pede e espera deferimento.

Serra/ES, 21 de agosto de 2019.



**MEDLEVENSOHN COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES
DE PRODUTOS HOSPITALARES LTDA**