

Referência: SUBSÍDIOS PARA A RESPOSTA À IMPUGNAÇÃO INTERPOSTA PELA EMPRESA LEONE & COLBEDELLI COMÉRCIO E DISTRIBUIÇÃO DE PRODUTOS NUTRICIONAIS LTDA.

Pregão Eletrônico 090/2020

Senhor(a) Pregoeiro(a),

Em cumprimento às determinações legais, tempestivamente, a Secretaria Municipal de Saúde apresenta as considerações abaixo, a título de informações para subsidiar vossa resposta à impugnação interposta pela empresa **LEONE & COLBEDELLI COMÉRCIO E DISTRIBUIÇÃO DE PRODUTOS NUTRICIONAIS LTDA**, no processo licitatório em referência.

Inicia a peça impugnatória com a afirmação de que, no que concerne aos itens 02, 03, 05, 08 e 10, **“a descrição dos itens, citados acima, limita nossa participação assim como a de outras empresas”**.

Como justificativas para a impugnação dos itens 02 e 03: **“Solicitamos que seja reavaliado os descritivos, visto que o produto ofertado atende o descritivo do edital, é uma dieta pediátrica 100% caseína, proteína considerada de alto valor biológico”**.

Como justificativas para as alterações propostas para o item 05, aduz a impugnante: **“Solicitamos que seja reavaliado o descritivo, visto que não é comercializado no mercado dieta enteral líquida em sistema aberto com 2,0 kcal e hiperproteica. O produto ofertado atende o descritivo do edital é uma dieta enteral hipercalórica, normoglicídica, normolipídica, apresenta proteína de alto valor biológico na composição (caseinato e proteína de soro de leite), porém, é classificada como normoproteica (17% do VCT) e possui densidade energética de 1,5 kcal/ml.**

Na mesma senda, para as alterações propostas para o item 08 informa que: **“Solicitamos que seja reavaliado o descritivo, visto que o produto ofertado atende o descritivo do edital, porém apresenta embalagem de 1000 ML.”**

Finalmente, a respeito do item 10, justifica a sua impugnação sob a alegação de que: **“Solicitamos que seja reavaliado o descritivo visto que o produto ofertado atende o descritivo do edital, porém apresenta fonte de carboidrato 100% polímeros de glicose (fonte de maltodextrina).**

Finalizando, a impugnante, sugere “alteração nos descritivos dos itens para ampliar a concorrência”.

Ora, para se obter a proposta mais vantajosa para a Administração Pública em uma licitação inicia com a descrição ou especificação daqueles produtos, serviços ou obras que melhor atendam as necessidades desta mesma Administração Pública.

As especificações constantes dos itens impugnados, ao contrário do que procura demonstrar a impugnante, redução de concorrência, na realidade é o dever da Administração em bem demonstrar o que necessita adquirir, para não restar dúvida.

Aliás a Administração Pública não pode ficar ao sabor das vontades das empresas quando percebem que o edital não contempla o produto que elas querem vender. Ademais, cumpre ressaltar que é a Administração que define o que quer e necessita adquirir para atender aos objetivos de suas necessidades e não o contrário.

Nesta esteira, a legislação brasileira, a doutrina consagrada pelos mais renomados juristas pátrios e as decisões de seus tribunais levam a este entendimento, bem como à necessidade de constar do edital e seus anexos uma especificação precisa, suficiente e clara quanto ao objeto da licitação. Vejamos:

1. CONCEITOS DE LICITAÇÃO

- a) Para MEIRELLES (1996, p. 23), Licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato **de seu interesse**. Visa a propiciar iguais oportunidades aos que desejam contratar com o Poder Público, **dentro dos padrões previamente estabelecidos pela Administração**, e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos.
- b) Essa ideia não destoa de outros renomados doutrinadores a exemplo de JUSTEN FILHO (2009, p. 58) o qual nos leciona que a “licitação é um instrumento jurídico para a realização de valores fundamentais e a **concretização dos fins impostos pela administração**”.
- c) Na lição de CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, “*Licitação – em suma síntese – é um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a **proposta mais vantajosa às conveniências públicas**. Etriba-se na ideia de competição, a ser travada isonomicamente entre os que preenchem os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir*”. (MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, 2004. p. 483.)

E mais, afirma ser licitação o “procedimento administrativo pelo qual **uma pessoa governamental**, pretendendo alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras ou serviços, **segundo condições por ela estipuladas previamente**, convoca interessados na apresentação de propostas, a fim de selecionar antecipadamente estabelecidos e divulgados”.

- d) MARÇAL JUSTEN FILHO (2014, p.495) entende que “*A licitação é um procedimento administrativo disciplinado por lei e por **um ato administrativo prévio, que determina critérios objetivos** visando a seleção da proposta de contratação mais vantajosa e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, com observância do princípio da isonomia, conduzido por um órgão dotado de competência específica*”.

- e) Para MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, Licitação é o procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, **que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório**, a possibilidade de formularem proposta dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração do contrato.

Podemos, enfim, afirmar, sem sombra de dúvidas que a licitação é o procedimento administrativo no qual a Administração oportuniza aos interessados, **que estiverem dispostos a se enquadrar nas condições expostas no instrumento convocatório (edital)**, a oportunidade de apresentar propostas para a consecução do seu objeto, sendo este, obra, serviço, fornecimento ou alienação em pauta, sendo selecionada aquela que apresentar elementos que satisfaçam ao interesse público pelo menor preço.

Desta forma, segundo se observa, cumpre à Administração Pública estabelecer, em instrumento prévio as especificações e demais condições para a licitação que empreende. Tal documento é chamado de Projeto Básico (Lei 8.666/93) ou Termo de Referência (Lei 10.520, que instituiu o Pregão como modalidade licitatória).

No caso presente, a Secretaria Municipal de Saúde de Santa Luzia estabeleceu as especificações e demais condições do objeto do Pregão em tela, conforme consta do Anexo I do Edital do Pregão Eletrônico nº 090/2021.

Todas as características das dietas enterais foram as necessárias a bem determinar aquelas que o município necessita adquirir para o atendimento ao interesse público que visa atender a todos os cidadãos luzienses atendidos pelos SUS. Portanto, as especificações conforme constam do Anexo I.

2. DAS ESPECIFICAÇÕES

Infelizmente a empresa impugnante torce os fatos de forma a obter da Administração Pública Municipal alterações editalícias que além de irem de encontro aos interesses públicos, reduzem a competitividade do certame.

O fato de as especificações "limitarem" a participação da impugnante não é em razão de que as especificações estão direcionadas. Mas, sim, porque os produtos pela impugnante comercializados não atendem às necessidades da Administração.

Inexiste cerceamento à competitividade, posto que é certo que muitas empresas participarão do processo licitatório, uma vez que a impugnação somente chega para análise no último minuto, talvez até, quem sabe, para atrapalhar o andamento do feito licitatório. Essas dúvidas poderiam ter sido apresentadas a mais tempo. Por que agora?

A respeito do tema em debate, especificações do objeto da licitação, propício trazermos à baila o entendimento jurídico de Jacoby Fernandes (2015, p. 115), o qual afirma que **"o primeiro ponto mais importante para o êxito de uma licitação e de**

um SRP está rigorosamente na capacidade de definir com clareza e precisão o objeto pretendido”.

O destacado jurista enfoca três pontos fundamentais, entre eles “o equilíbrio entre restringir a competição e preservar a isonomia dos licitantes; dirigir a licitação para a qualidade ou aceitar qualquer produto” (Jacoby, 2015, p.115).

O Tribunal de Contas, por sua vez, não deixa por menos e é exaustivamente enfático em recomendar que as especificações do objeto sejam claras e suficientes a atender as expectativas do contratante. Senão vejamos:

“O gestor, ao classificar bens e serviços como comuns, deve se certificar de que a descrição do objeto é suficientemente clara a ponto de não suscitar dúvidas, no afã do procedimento concorrencial do pregão, acerca das especificações do objeto ofertado pelos licitantes. Ademais deverá observar a complexidade das especificações não encetar a insegurança ao adimplemento contratual pelos potenciais contratados em face da inexistência da habilitação prévia. Acórdão nº 1.615/2008 Plenário.”

Nesse sentido o TCU aprovou a Súmula 177, destacando a importância do trabalho de definição do objeto na fase interna do processo:

“A definição precisa e suficiente do objeto licitado constitui regra indispensável da competição, até mesmo como pressuposto do postulado de igualdade entre os licitantes, do qual é subsidiário o princípio da publicidade, que envolve o conhecimento, pelos concorrentes potenciais das condições básicas da licitação, constituindo, na hipótese particular da licitação para compra, a quantidade demandada uma das especificações mínimas e essenciais à definição do objeto do pregão.”

3) SOBRE O PRINCÍPIO DA ISONOMIA OU DA IGUALDADE ENTRE OS LICITANTES

No endereço eletrônico <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/conceitos-principios-tipos-de-licitacao-fase-de-habilitacao-do-processo-licitatorio-interpretados-pela-doutrina-patria/> são encontradas algumas considerações importantes sobre este princípio. Vejamos: **“a igualdade entre os licitantes é o princípio impeditivo da discriminação entre os participantes do certame, quer através de cláusulas que, no edital ou convite, favoreçam uns em detrimento de outros, por mediante julgamento facciosos, que desiguale os iguais ou iguale os desiguais (art. 3º, par. 1º).**

O desatendimento a esse princípio constitui a forma mais insidiosa de desvio de poder, com que a Administração quebra a isonomia entre os licitantes, razão pela qual o Judiciário tem anulado editais e julgamentos em que se descobre a perseguição ou favoritismo administrativo, sem nenhum objetivo ou vantagem de interesse público. **Todavia, não configura atentado ao princípio da igualdade entre os licitantes o estabelecimento de requisitos mínimos de participação no edital ou convite, porque a Administração pode e deve fixá-los sempre que necessários á garantia**

da execução do contrato, à segurança e perfeição da obra ou serviço à regularidade do fornecimento ou ao atendimento de qualquer outro interesse público.”

Restou plenamente demonstrado que, no caso em tela, a Secretaria Municipal de Santa Luzia está necessitando adquirir as dietas enterais plenamente especificadas no Anexo I do Edital do Pregão Eletrônico 090/2021, conforme definido pela área técnica representada pela Nutricionista que o assina.

Como se viu acima, inexistente direcionamento ou qualquer outro tipo de previsões que **limitem ou frustrem a competição ou a realização do fornecimento**, posto que comprovadamente existem no mercado diversas empresas com capacidade para fornecer tais produtos.

Não pode a Administração ceder à solicitação da Impugnante, sob pena de deixar sem atendimento, uma parte da população de Santa Luzia que é assistida pelo SUS e dependem dessas dietas. A Secretaria de Saúde, realmente não pode tratar de forma igual os desiguais. In casu a Impugnante tenta fazer sucumbir o interesse público, que pode ser plenamente satisfeito por uma grande quantidade de empresas, aos seus interesses. Se há no mercado possibilidade de competição, inexistente direcionamento e a pesquisa de preços na fase interna já o demonstrou.

Por fim, cumpre salientar que a Corte de Contas, que também alerta para o axioma **“Quem compra mal, compra mais de uma vez e, pior, com dinheiro público”**, assinala que, verbis:

“A experiência em licitações públicas têm demonstrado que os licitantes necessitam, para bem elaborar suas propostas, de especificações claras e precisas, que definam o padrão de qualidade e o desempenho do produto a ser adquirido. Se não for assim, corre-se o risco de o licitante ofertar o que tem de mais barato e não o que pode oferecer de melhor”. “

(TCU, Licitações e Contratos, Orientações Básicas, 3a ed., Brasília, 2006, p. 89). (Sem grifo no original).

Coaduna com a tese da previsão editalícia – em atendimento à injunção normativa – os seguintes decisões jurisprudenciais, entre tantos: Acórdão nº 62/2007-Plenário, Acórdão nº 531/2007-Plenário, Acórdão nº 889/2007-Plenário, 1.100/2007-Plenário, Acórdão nº 1.237/2007-Primeira Câmara (Relação), Acórdão nº 1.332/2007-Plenário, Acórdão nº 1.547/2007-Plenário, Acórdão nº 1.556/2007-Plenário, Acórdão nº 168/2007-Plenário, 3.651/2009-Segunda Câmara (Sumário), Acórdão nº 6.349/2009-Segunda Câmara (Sumário).

4) CONCLUSÃO

Diante do exposto, SUGERIMOS que Vossa Senhoria conheça da presente impugnação, por ser Tempestiva e conforme o estabelecido na Lei Federal nº 8.666/1993, Lei 10.520/2002 e Decreto Municipal nº 3021/2015.

SUGERIMOS ainda, que, no mérito, seja NEGADO PROVIMENTO à mesma Impugnação tendo em vista os embasamentos esposados neste documento.

Santa Luzia, 14 de setembro de 2021.

Décio Araújo Filho

Matrícula nº 24.808

DESPACHO

De acordo.

Santa Luzia, 14 de setembro de 2021.

Nádia Cristina Dias Duarte Tomé

Secretária Municipal de Saúde

Santa Luzia, MG.