



PREFEITURA MUNICIPAL DE SALTINHO
AVENIDA SETE DE SETEMBRO Nº 1733 - CENTRO
66.831.959/0001-87

FICHA DO PROTOCOLO

NUMERO: 1644/2019

DATA/HORA: 14/11/2019 13:18:44

PREVISÃO DE ENTREGA:

INTERESSADO: MEDLEVENSOHN COMERCIO E REPRESENTAÇÕES DE PROD. HOSPITALARE

ASSUNTO:

IMPUGNAÇÃO DO EDITAL

ASSUNTO COMPLEMENTO:

IMPUGNAÇÃO DO EDITAL REFERENTE PREGÃO PRESENCIAL 044/2019

TIPO/NATUREZA: PROTOCOLO

RESPONSÁVEL: ELISABETH SILVA

À
Prefeitura do Município de SALTINHO – SP
Ref.: Pregão Presencial nº 44/2019

Ilma. Sra. Pregoeira Municipal

MEDLEVENSOHN COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES DE PRODUTOS HOSPITALARES LTDA., 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 29168-030, por seu representante legal, vem apresentar **IMPUGNAÇÃO**, face ao descritivo estabelecido por essa 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, essa doura 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 doura 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 20.11.

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 19.11 é o primeiro dia útil anterior à data de abertura das propostas e dia 18.11 é o segundo, encerra-se naquela data o prazo, portanto é 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(a) Sr(a). Pregoeiro(a) respondê-la no prazo máximo de 24hrs (vinte e quatro horas), contados da data de sua interposição junto à Administração Pública.

É o que determina o art. 12, §1º do Decreto nº 3.555/00: "Caberá ao pregoeiro decidir sobre a petição no prazo de vinte e quatro horas"

E também o art. 18 e §§ do Decreto 5.450/2005: "Caberá ao pregoeiro, auxiliado pelo setor responsável pela elaboração do edital, decidir sobre a impugnação no prazo de até vinte e quatro horas."

Do mesmo modo, o item 4.1 do edital estabelece: "(...) cabendo a Pregoeira decidir sobre a petição no prazo de 24 (vinte e quatro) horas."

Como se vê, resta bem delimitado o julgamento das impugnações. É evidente pois, que se a impugnação apresentada demandar uma análise mais detalhada, da qual seja impossível a emissão de parecer no prazo em questão, o pregoeiro terá a faculdade de suspender o certame até que a resposta seja devidamente concluída, sem prejuízo às licitantes interessadas.

É o que se espera.

4. DESCRITIVO DO EDITAL

O Termo de Referência, do edital estabelece as características dos produtos que esta laboriosa Administração pretende adquirir. Dentre eles, há o **item 133**, assim descrito: "Lancetas Esterilizadas para teste de glicemia com Diâmetro da **Agulha 28g/0.36mm**. Único sistema de punção única com um **ajuste de profundidade**. Sistema de punção de uso único. Profundidade de **penetração: 1.5mm**. Diâmetro da agulha: 0.36 mm (28 G). Lanceta Trifacetada e siliconada. Sistema estéril através de radiação Gamma. Retração automática da agulha. **Peso máximo de 4 g. Tempo de punção: 3 milésimos de segundo. Fácil de usar: uso fácil e rápido.** Com dispositivo de segurança. Higiene e segurança a todos. Desde os profissionais de saúde até os funcionários da limpeza. Atende as normas reguladoras: ISO 13485 e NR32. Capa de esterilidade, corpo do lancetador e gatilho compostos por polipropileno. **Caixa com 200 unidades**" (Grifamos.)

OBSERVAÇÃO: Em **negrito** as exigências técnicas restritivas, e sublinhadas são as informações notoriamente parciais acerca da "qualidade" do produto, ti, por sites e profissionais de venda)

Da simples leitura do texto acima já é notório tratar-se de descrição de venda do produto, nota-se – com o devido respeito – que o descritivo é parcial quanto à "qualidade" do produto.

Diante disso, em rápida e simples pesquisa na internet verificou-se que, de fato, o descritivo do produto constante no edital é idêntico às características técnicas de um único produto: **Lanceta Accu Chek Safe T Pro Uno**. Abaixo o *print* da caixa do produto e das informações técnicas.



Vantagens e benefícios

Único sistema de punção única com 1 ajuste de profundidade.

Fácil de usar: uso fácil e rápido! Basta tirar a ponta e o lancetador está pronto para coleta.

Higiene e segurança: Accu-Chek Safe-T-Pro Uno oferece segurança a todos, desde os profissionais de saúde até os funcionários da limpeza.

Características técnicas:

Sistema de punção de uso único.

1 ajuste de profundidade.

Profundidade de penetração: 1.5mm.

Diâmetro da agulha: 0.36 mm (28 G).

Lanceta Trifacetada e siliconada.

Sistema estéril através de radiação Gamma.

Retração automática da agulha.

Peso máximo de 4 g.

Tempo de punção: 3 milésimos de segundo.

Atende as normas reguladoras: ISO 13485 e NR32.

Capa de esterilidade, corpo do lancetador e gatilho compostos por polipropileno.

Código do produto: 4015630058693

Registro ANVISA: 81414021676

***FONTE:** Site Loja Accu-Chek

Link: <https://loja.accu-chek.com.br/lancetas-accu-chek-safe-t-pro-uno/p>

Como se vê, com o devido respeito, resta solar o direcionamento do certame, ou seja, essa Administração **escolheu** o produto que pretende adquirir, ceifando do certame todas as demais fabricantes, ignorando a capacidade técnicas de outros produtos de mesma qualidade – quiçá superior.

Frise-se que o direcionamento de marca pode ser direto (com a citação expressa do nome do produto) ou indireto (reconhecido por meio do conjunto de características técnicas que somente são atendidas por um único produto).

Portanto, o descritivo da forma como consta no edital não poderá prosperar:

Primeiro, pois o direcionamento de marca é expressamente vedado por lei, somente sendo aceito nos casos de padronização nos serviços de obras de engenharia.

Segundo, pois o agente da Administração não poderá trazer no edital nenhuma exigência restritiva à competitividade do certame e à isonomia dos participantes.

Portanto, como será demonstrando a seguir, sempre com o devido respeito, a reforma do descritivo impugnado é medida que se impõe a fim de retornar este certame para os trilhos da legalidade.

Não obstante o notório direcionamento ora identificado, encontra-se no descritivo diversas exigências que, além de corroborar o direcionamento, são completamente desnecessárias e, por isso, merecem reforma.

1. Definição das medidas de GAUGE (28G) e Profundidade (1,5mm);
2. Ajuste de Profundidade da lanceta;
3. Definição do peso máximo: 4g.;
4. Definição do tempo de punção: 3 milésimos de segundo;
5. Definição da quantidade de lancetas por caixa.

Por óbvio, a definição do peso máximo (4g.) e do tempo de punção (3 milésimos de segundo) não merecem sequer comentários. São exigências restritivas, sem qualquer justificativa técnica que as sustentem e que visam apenas e tão somente reduzir o rol de licitantes do certame.

Certamente, são características técnicas que foram inseridas no edital simplesmente porque consta no descritivo do produto que fora copiado do site da **fabricante Roche**.

Do mesmo modo, diga-se acerca do ajuste de profundidade, afinal, uma vez escolhidas as medidas de Gauge e de Profundidade das lancetas, não há razões para justificar ajuste de profundidade.

Quanto à definição da quantidade de lancetas por caixa, também **não se vislumbra quais as vantagens e benefícios** a Administração obterá com tal exigência, afinal, a apresentação do produto é critério discricionário da fabricante que não interfere no uso pretendido, ou seja, a **quantidade de lancetas por caixa não impacta na qualidade do resultado pretendido**.

Sendo assim, que razões essa r. Administração apresentaria para justificar a redução do rol de licitantes do certame? Ora, **ceifar determinada fabricante simplesmente porque ela oferece lancetas em caixas com 50 ou com 100 unidades é, sem dúvidas, restringir a competitividade do certame de forma arbitrária**.

Por fim, no que tange à definição das medidas de Gauge (28G) e de profundidade (1,5mm), tem-se, mais uma vez, exigência desnecessária e altamente restritiva, afinal, por se tratar de característica comercial, estratégica e um diferencial mercadológico, trata-se, mais uma vez, de exigência incapaz de alterar e prejudicar o resultado pretendido com o uso das lancetas. Sendo assim, poderão ser estabelecidas em intervalo de medidas: como por exemplo: Gauge entre 21G e 30G, e profundidade entre 1,4mm e 2,2mm.

Dessa forma, o descritivo ora impugnado estaria redigido de forma ampla, sem qualquer restrição à competitividade nem mesmo direcionamento do certame para produto específico.

5. ILEGALIDADE – DIRECIONAMENTO DE MARCA

Como dito alhures, o descritivo das lancetas constante no edital foi copiado do site na Roche, direcionamento do certame para um único produto: **Lanceta Accu Chek Safe T Pro Uno**.

Portanto, é solar a ilegalidade do descritivo apresentado no edital, afinal, caracteriza direcionamento indireto do certame, sendo expressamente vedado 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 vênia 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, 11ª 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, 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".

(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 supra-individuais." (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 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)

Como se vê, não restam dúvidas de que a escolha de marca nos editais de licitação é terminantemente proibida, não apenas por afronta aos princípios que regem os certames, mas estabelecida por dois dispositivos legais.

Não bastasse a vedação expressa na lei de licitações, tem-se a decisão – já pacificada – do Tribunal de Contas da União – TCU, que estabelece:

“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 edital sob análise, pois não há justificativas técnicas que amparem e ensejem a manutenção da escolha do produto, ainda que de forma indireta.

6. FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

6.1 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)

O Prof. Jessé Torres Pereira Junior, ensina:

“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”.

Entretanto, não é o que acontecerá nesse certame se mantido o descritivo impugnado da forma como está no edital, afinal, aquele descritivo está direcionando o

produto para a **Lanceta Accu Chek Safe T Pro Uno**, da fabricante ROCHE., impedindo todas as demais fabricantes de participarem do certame.

Com efeito, essa r. Administração restará impedida de encontrar e selecionar a proposta mais vantajosa, eis que não haverá competitividade no pregão.

Ademais, a licitação do tipo MENOR PREÇO visa selecionar a proposta financeiramente mais vantajosa, sem considerar como critério de seleção quaisquer outros requisitos que não o preço, tais como qualidade ou **condições técnicas**.

Por isso, tem-se o art. 3º, § 1º da Lei de Licitações que veda expressamente quaisquer exigências restritivas impertinentes:

“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;**”

Sobre esse tema o Ilustre Administrativista Marçal Justen Filho, leciona com bastante propriedade:

“(…) 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.)

Portanto, o edital, da forma como foi publicado, está eivado de vícios – até o momento sanáveis pela Administração por meio do princípio da autotutela – porém, se mantido da forma como está, trará prejuízos incalculáveis para o Erário e os interesses Públicos.

Como se vê, a manutenção do descritivo como consta no edital prejudicará ambas as partes, (i) a impugnante, por deixar de contratar com esta laboriosa Administração, e (ii) a Administração que ceifará grande número de licitantes potenciais, reduzindo a disputa de lances e, por consequência, impossibilitando a seleção da proposta mais vantajosa.

Sendo assim, faz-se imperiosa a alteração do edital no item impugnado, a fim de aumentar o rol de licitantes, ampliar a disputa de preços e promover um certame efetivamente vantajoso ao Erário.

6.2 PRINCÍPIO DO JULGAMENTO OBJETIVO

Cumpre lembrar que, **para a Administração Pública, a vinculação ao instrumento convocatório é a linha entre a legalidade e a ilegalidade.**

O administrador ou gestor público está jungido à letra da lei para poder atuar. Seu *facere* ou *non facere* decorre da vontade expressa do Estado (com quem os agentes públicos se confundem, segundo a teoria da representação de Pontes de Miranda), manifestada por lei.

Nesse sentido, Celso Ribeiro Bastos:

"Já quando se trata de analisar o modo de atuar do particular, não se pode fazer aplicação do mesmo princípio, segundo o qual tudo o que não for proibido é permitido. É que, **com relação à Administração, não há princípio de liberdade nenhum a ser obedecido. Assim sendo, cumprirá melhor o seu papel quanto mais atrelada estiver à própria lei**, cuja vontade deve sempre prevalecer" (Celso Ribeiro Bastos – Curso de Direito. g.n.)

Já o princípio do julgamento objetivo **impede que a parcialidade do agente interfira no resultado final do julgamento**, veja a doutrina:

Celso Antônio Bandeira de Melo:

"O princípio do julgamento objetivo almeja, como é evidente, impedir que a licitação seja decidida sob o influxo do subjetivismo, de sentimentos, impressões ou propósitos pessoais dos membros da comissão julgadora.

Esta preocupação esta enfatizada no art. 45 da lei."

José dos Santos Carvalho Filho:

"Se no edital foi previsto o critério de menor preço, não pode ser escolhida a proposta de melhor técnica; se foi fixado de melhor técnica, não se pode selecionar simplesmente a de menor preço, e assim sucessivamente."

Hely Lopes Meirelles:

"(...) é o que se baseia no critério indicado no edital e nos termos específicos das propostas. É o princípio de toda licitação que seu julgamento se apoie em fatores concretos pedidos pela Administração, em confronto com o ofertado pelos proponentes dentro do permitido no edital ou convite."

Por isso, à luz dos princípios norteadores dos processos licitatórios, os agentes administrativos estão obrigados a cumprir a letra da lei, atuando sempre em prol do interesse Público e do Erário.

O princípio do julgamento objetivo é imprescindível aos processos licitatórios, pois do edital se extraem as regras que garantem a segurança do procedimento licitatório, tanto à Administração quanto aos participantes.

Daí surge a vedação do agente administrativo praticar atos subjetivos, realizar escolhas desnecessárias e prejudiciais ao Erário e aos interesses Públicos.

6.3 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

No Direito Administrativo, o princípio da legalidade expressa regra pela qual a Administração deve agir de acordo com o Direito.

Na hipótese desta impugnação, o princípio da legalidade incide diretamente sobre o **Edital, a lei interna do procedimento licitatório**, ditando a conduta da Administração e dos licitantes, do início ao fim do processo.

Daí porque a reforma do descritivo no edital é medida que se impõe, já que tais exigências – por serem desnecessárias - limitam o rol de licitantes potenciais e, conseqüentemente, impedem que o processo licitatório alcance seu principal objetivo: selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração.

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

A lei é clara ao estabelecer a vedação expressa a qualquer ato que caracterize predileção ou aversão pessoal do Administrador, devendo estar clara a demonstração de vantagem da decisão ao Erário e ao interesse público como prevê o já citado §1º do art. 3º da Lei 8.666/93.

Ademais, o art. 15, da Lei nº 8666/93 – que trata de padronização – estabelece que **“as compras sempre que possível deverão”**, isso quer dizer que, está clara a intenção do legislador ao restringir o poder discricionário dos agentes da administração **que não ficam livres para considerar conveniência e oportunidade, mas simplesmente se é ou não possível a escolha por especificações ou padronizações, sem prejuízo dos princípios constitucionais.**

Por esse motivo, requer a ora impugnante que esta r. Administração reanalise o teor do descritivo apresentado, visto que, prevaleça o entendimento do Eg. Supremo Tribunal Federal, com base no regente princípio da autotutela, de que cabe a Administração Pública, **o poder-dever de rever seus próprios atos, anulando-os quando ilegais, em observância ao princípio da legalidade, ou, ainda, revogando-os quando se revelam inconvenientes ou inoportunos, visando sempre o interesse público.**

Transcrição da referida Súmula nº 473 do STF:

“A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.” (grifo nosso)

Em suma, a **MEDLEVENSOHN**, anseia e requer que seja revisto o presente descritivo, para que seja possível a participação de um número maior de fornecedores, homenageando os princípios da competitividade, da moralidade e da vantajosidade, todos regentes dos processos licitatórios.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

7.1. PADRONIZAÇÃO DE MARCA

Em casos de direcionamento de marca em processos licitatórios é comum encontrar respostas da Administração justificando a escolha de determinada marca por razão de **padronização**.

Nessa seara, importa ressaltar que a escolha de certo produto (direcionamento) deverá ser motivada, tendo por critério fundamental a vantagem para a Administração em sentido concreto, avaliando-se o benefício econômico direto e as vantagens indiretas provenientes da padronização.

A padronização inicialmente realizada pela Administração não significa impossibilidade de revisão da decisão, ou seja, a padronização não traduz direito de nenhum particular.

Com efeito, por meio da decisão 1.196/2002, Plenário, o TCU encampou a concepção de que a indicação da marca é admissível para fins de padronização **se acompanhada por razões de ordem técnica**.

“A indicação de marca somente é aceitável para fins de padronização, quando o objeto possuir características e especificações exclusivas, mediante a apresentação de justificativa fundamentada em razões de ordem técnica” (Acórdão 62/20017, Plenário, rel. Min. Marcos Bemquerer Costa. Grifamos)

E mais:

“A indicação de marca na especificação de produtos de informática pode ser aceita frente ao princípio da padronização previsto no art. 15, I, da Lei 8.666/1993, **desde que a decisão administrativa** que venha a identificar o produto pela sua marca seja circunstanciadamente **motivada e demonstre ser essa a opção, em termos técnicos e econômicos, mais vantajosa para a Administração**” (Acórdão 2.376/2006, Plenário, rel. Min. Marcos Vilela. Grifamos).

Portanto, além de estar devidamente motivada e justificada, a escolha da Administração de determinada marca por razões de padronização deverá ser muito bem pensada, já que **a padronização apresenta efeitos potencialmente negativos** para a Administração.

1. A solução padrão deverá ser suficientemente adequada para adaptar-se ao caso concreto;
2. Restrição indevida à competitividade, já que quando a Administração padroniza ela define os contornos das futuras contratações ceifando do certame todas as outras licitantes fora do padrão pré-definido;
3. Elevação dos custos do contrato pela redução considerável do rol de licitantes, impedindo a competitividade e permitindo que as licitantes participantes ofertem preços superiores àqueles que ofereceriam se existisse um universo mais amplo de participantes.

Por isso, a Administração deverá evidenciar que o padrão adotado representa a melhor solução para a soma de todas as contratações, de modo que a Administração não está autorizada a efetivar uma má contratação apenas porque determinado produto se insere no padrão adotado.

Nesse sentido, o TCU já pacificou suas decisões:

“(…) 6. A padronização indicada não se conformou àquela prevista no art. 15, I, da Lei 8.666/93, pois a **especificação de marca recaiu sobre equipamento** de informática **que poderia ter sido definido no edital, com todos os seus aspectos técnicos** – como velocidade do processador, capacidade de armazenamento do disco rígido e da memória TAM etc. – sem a designação explícita de qualquer fabricante.

7. Como existem no mercado inúmeras empresas que fabricam e/ou revendem computadores de mesa (desktops) com especificações semelhantes àquelas constantes do Termo de Referência que integrou o edital do Pregão Presencial 21/2010, **não há como aceitar que a suposta ‘padronização’** serve de fundamento para que as aquisições de computadores *desktop* de determinada marca ... se eternizem no âmbito da PRR – 2ª região” (Acórdão 3.085/2011, 1ª C., rel. Min. Ubiratan Aguiar. Grifamos).

Como se vê, nos casos em que o produto objeto da licitação pode ser facilmente descrito (tecnicamente) e, ainda, em que haja diversas fabricantes que possuem produtos com especificações semelhantes, **não há razões para supostas “padronizações”**, que passam a ter o condão unicamente de direcionar o certame, restringir a competitividade e impedir que a Administração encontre e selecione a proposta mais vantajosa.

8. PEDIDO

Por todo o exposto, restou cabalmente demonstrado que, como devido respeito, o direcionamento de marca (apesar de expressamente vedado por lei) e as exigências técnicas estabelecidas no edital estão restringindo a competitividade do certame direcionando-o a uma única fabricante (**ROCHE**).

Dito isto, considerando que a Administração deverá agir em conformidade com as leis que regem os processos licitatórios, sempre em observância aos mais comezinhos

princípios que também norteiam a matéria, serve a presente para requerer essa Administração se digne de:

1. Excluir todo e qualquer direcionamento de marca;
2. Excluir a definição de peso máximo (4g.) e tempo de punção (3 milésimos de segundo);
3. Excluir a exigência de lancetas com ajuste de profundidade;
4. Flexibilizar a quantidade de lancetas por caixa, aceitando-se caixas com outras quantidades desde que o total exigido no edital seja entregue pela licitante vencedora;
5. Flexibilizar as medidas de gauge e profundidade das lancetas, aceitando-se Gauge no intervalo entre 21G e 30G, e profundidade entre 1,4mm e 2,2mm.

Além disso, requer também:

1. Caso essa impugnação seja indeferida, **requer** seu encaminhamento à Autoridade Superior competente, em cumprimento ao disposto no artigo 109, §4º da Lei 8.666/93 (Lei de Licitações) para apreciação e decisão.
2. Caso o direcionamento de marca seja mantido, **requer** que essa r. Administração se digne de **informar as razões de motivação de justificam a utilização da exceção como regra além de onerar o valor do contrato**. Especialmente porque existem outras fabricantes de produtos de qualidade e que se prestam ao mesmo objetivo.

Ao ensejo, considerando, 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, 14 de novembro de 2019.

**MEDLEVENSOHN COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES
DE PRODUTOS HOSPITALARES LTDA**
José Nelson Monteiro Ruecker
RG 10784622-6 CPF 469460808-82