

ESTADO DE SÃO PAULO
PREFEITURA MUNICIPAL DE REGENTE FEIJÓ

PREGÃO PRESENCIAL N.º 027/2.019

Ilma. Sra. Pregoeira Oficial,

A signatária **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 008 Lote 008 Bairro Civit I, Serra/ES, CEP 29.168-030, neste ato representada por seu representante legal, na forma de seu contrato social, vem, tempestivamente, apresentar **I M P U G N A Ç Ã O**, face ao descritivo estabelecido por esta r. Administração nos termos do Edital epigrafado, com base nos fatos e fundamentos adiante dispostos.

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 fornecedores e, por outro lado, denota sua pré-disposição em identificar eventuais falhas ou restrições que poderão frustrar a presente aquisição.

Não obstante, há que se ponderar 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, os argumentos ora expostos visam 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, com vedação legal expressa.

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).

Esse, de resto, é o ensinamento do Ilustre professor José Afonso da Silva:

"É importante frisar que o direito de petição não pode ser destituído de eficácia. Não pode a autoridade a que é dirigido escusar-se de pronunciar sobre a petição, quer para acolhê-la quer para desacolhê-la com a devida motivação." (Direito Constitucional Positivo", ed. 1.989, pág. 382)

2. TEMPESTIVIDADE

O pregão está previsto para ocorrer no próximo dia 30.07.

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 29.07 é o primeiro dia útil anterior à data de abertura das propostas e, dia 26.07 é o segundo, encerrando-se o prazo para apresentar impugnação em 25.07. 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 junto à Administração Pública.

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).

Além da previsão disposta no item 29.1.2 do edital: ***“A decisão sobre o pedido de impugnação será proferida pela autoridade subscritora do edital no prazo de 24:00 horas, a contar do seu recebimento, que, além de comportar divulgação, devera também ser juntada aos autos desta licitação. ”***

É o que se espera.

4. REVISÃO DO DESCRITIVO DO EDITAL

O edital estabelece que as licitantes ofertem proposta para tiras reagentes “**sem necessidade de calibração (sistema no code)**”. (Grifo nosso)

Ocorre que, tal exigência, da forma como consta no edital, é restritiva ao caráter competitivo do certame e seu único condão é trazer prejuízos incalculáveis ao Erário e aos interesses Públicos, e nenhum benefício ou vantagem para a Administração.

Antes mesmo de adentrarmos em maiores tecnicismos, cumpre-nos permear as orientações do Egrégio Tribunal de Contas da União que consigna exatamente a impossibilidade das especificações técnicas restringirem a participação de um maior número de interessados no processo licitatório:

“(...) O objeto pode ser formado por único ou diversos itens, com a respectiva especificação técnica, constituindo em descrição de suas características, propriedades, medidas, quantidades e todos os demais elementos necessários à sua exata identificação e avaliação pela Administração, **ressalvada a inviabilidade de especificações que possam caracterizar restrição à participação de interessados** ou direcionamento a determinados produtos, marcas ou fornecedores(...)” (grifo nosso)

Na mesma linha a doutrina de JUSTEN FILHO:

“Isso significa que será inválida a cláusula discriminatória quando não tiver pertinência ou relevância. Mais, ainda, também será inválida quando deixar de consagrar a menor restrição possível. Se as características do objeto licitado exigirem a adoção de tratamento discriminatório, isso não significa a autonomia da Administração para consagrar discriminação excessiva, **somente será admitida a mínima discriminação necessária para assegurar a obtenção da contratação mais vantajosa**” (G.n.)

A padronização, é ato prévio à licitação, deve preservar os princípios da isonomia, da publicidade, da razoabilidade e da economicidade. Deve se fazer constar em processo próprio, com toda instrução disposta, e deverá ser efetuada por comissão devidamente designada, responsável pela instrução, contar com parecer jurídico, dispor de aprovação por parte da autoridade máxima do órgão e ser publicada em imprensa oficial.

Não deve a padronização servir para abater licitantes!

Como dito, o edital exige que as licitantes ofertem proposta para tiras reagentes “**sem necessidade de calibração (sistema no code)**”.

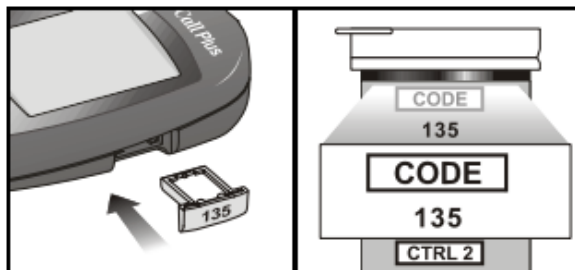
Ocorre que tal exigência restringe consideravelmente o rol de licitantes, afrontando diretamente o princípio da competitividade.

Ademais, cumpre frisar que o caráter restritivo desta especificação não encontra relevância para paciente, tendo em vista que a codificação é medida de segurança do bom funcionamento do monitor de glicemia.

Afinal, os monitores deverão ser calibrados a cada nova embalagem de tiras, garantindo assim a qualidade e a precisão dos testes, já que, somente assim, a tira-teste usada será reconhecida pelo monitor.

A calibração utilizada pelos monitores de glicemia On Call Plus, possuem **codificação automática** (calibração automática), realizada por meio de um *chip* que acompanha a embalagem de tiras de glicemia. Basta inseri-lo no monitor para que a tiras sejam reconhecidas.

A utilização é simples e fácil, conforme ensina o manual do produto:



Nota: Se a tira teste for inserida e não houver nenhum código na memória, aparecerá na tela "---CODE" quer dizer CÓDIGO.

2. Com o medidor desligado, insira o novo "chip" no local adequado para microplaca (chip). O "chip" irá encaixar facilmente ao local. O chip ficará no medidor, não retire-o até que uma nova caixa de tiras teste seja aberta.

Vale ressaltar que, a calibração por intermédio de *chip* visa eliminar a possibilidade de que um mal funcionamento eletrônico não seja detectado, e está presente em praticamente todos os monitores portáteis para medição de glicemia (glicosímetro) no segmento.

É importante ressaltar, ainda, que uma vez inserido no monitor On Call Plus, o *chip* não precisa ser trocado até o uso de uma nova caixa de tiras, isto traz grande segurança ao usuário, pois garante que o aparelho estará calibrado corretamente, evitando assim resultados infieis.

Afinal, cada lote é testado e possui um calibrador específico para os resultados que apresentou, assim, sua calibração é muito mais precisa, vez que não considera as variáveis em geral, mas sim lote a lote.

Neste ensejo, fica claro que o processo de calibração constitui, apenas e tão somente, a inserção do *chip* que está na caixa de tiras, e ligar o monitor, comparando o número exibido com o do frasco de Tiras.

Como se vê, resta comprovado que não há respaldo técnico para a restrição presente no edital, sendo assim, requer a impugnante que esta Administração se digne de excluir a exigência de aparelhos NO CODE.

Somente assim, esta r. Administração está homenageando os princípios que regem os processos licitatórios, incluindo o da transparência, competitividade, permitindo que esse certame cumpra com sua principal finalidade, a seleção da proposta mais vantajosa.

Como se sabe 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.

Daí porque a legislação veda qualquer exigência que reduza a competitividade do certame, conforme estabelece o artigo 3º e seu parágrafo primeiro - 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.
§ 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;
” (Grifamos).

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”.

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”.

A licitação do tipo MENOR PREÇO tem por escopo selecionar a proposta que se apresente financeiramente mais vantajosa, sem considerar como critério de seleção quaisquer outros requisitos que não o preço, tais como qualidade ou condições técnicas.

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.”

Como se vê, a manutenção do descritivo do termo de referência do edital prejudicará ambas as partes, (i) a impugnante, por deixar de contratar com esta laboriosa municipalidade, e (ii) a Administração que ceifará grande número de licitantes potenciais, promovendo a maior disputa de lances e, por consequência, possibilitando a seleção da proposta mais vantajosa.

Sendo assim, faz-se imperiosa a alteração da especificação “*sem uso de chip*”, a fim de aumentar o rol de licitantes e promover a ampla disputa de preços. Somente assim, esta Administração está promovendo um certame efetivamente vantajoso ao Erário.

5. FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

5.1 PRINCÍPIO DO JULGAMENTO OBJETIVO

Cumpra lembrar, por oportuno, 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, de resto, imprescindível aos processos licitatórios, pois do edital se extraem as regras que garantem a segurança do desenvolvimento do procedimento licitatório, tanto à Administração quanto aos participantes.

Daí surge a vedação do agente administrativo praticar atos fundamentados no subjetivismo, em escolhas desnecessárias e prejudiciais ao Erário e aos interesses Públicos.

5.2 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 – por ser desnecessária - limita o rol de licitantes potenciais e, conseqüentemente, impede 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.

Nessa esteira, vale destacar também o entendimento do Eg. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais - 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 explicações 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, é evidente que o simples direcionamento da licitação, sem comprovação de nítida vantagem ao interesse público, se propõe a apenas 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.

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 sumulado 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.

6. PEDIDO

Uma vez demonstrados tempestivamente os fundamentos impeditivos de se manter o descritivo nos moldes como consta no Item 1 do termo de

referência do edital, requer a impugnante que o Município de Regente Feijó se digne de **excluir a exigência de tiras reagentes “sem necessidade de calibração (sistema no code)”** já que como exaustivamente demonstrado, tal exigência restringe consideravelmente do rol de licitantes, prejudicando a disputa de lances e, com efeito, impedindo que a Administração encontre e selecione a proposta mais vantajosa.

Cumpre ressaltar aqui que, o que a impugnante pretende com esta impugnação não é – de forma alguma – sugerir que a exigência impugnada é ilegal, nem mesmo que o processo licitatório em comento está sendo conduzido fora dos limites jurídicos. Do mesmo, não se pretende alegar que inexistem licitantes capazes de atender tal exigência impugnada, tornando-o deserto. Não é isso!

Entretanto, é inegável que tal exigência fatalmente reduzirá consideravelmente, quiçá pela metade, o rol de licitantes interessadas em participar do certame.

Daí porque a alteração do edital é medida que se impõe a fim de homenagear os mais comezinhos princípios que regem os processos licitatórios, especialmente o da competitividade.

Termos em que,

Pede e espera deferimento.

Serra/ES, 22 de julho de 2019.



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