

Estado de Mato Grosso

Prefeitura Municipal de Primavera do Leste

PREGÃO PRESENCIAL Nº 055/2019 – SRP

PROCESSO Nº 721/2019

Ilmo. Sr. Cristian dos S. Perius, Pregoeiro Municipal,

MEDLEVENSOHN COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES DE PRODUTOS HOSPITALARES LTDA., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ 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 **I M P U G N A Ç Ã O**, 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 d. 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.

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 é o primeiro dia útil anterior à data de abertura das propostas e, dia 28 é o segundo, encerrando-se o prazo em 27/05, 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 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.**

§ 2º Acolhida a petição contra o ato convocatório, será designada nova data para a realização do certame.” (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.**

§2º Acolhida a impugnação contra o ato convocatório, será definida e publicada nova data para realização do certame.” (Grifo nosso).

Não obstante o item 5.3 do edital estabelece:

“Caberá ao (à) Pregoeiro (a), auxiliado (a) pelo setor responsável pela elaboração do Termo de Referência, decidir, **no prazo de 48 (quarenta e oito) horas**, sobre a impugnação interposta, bem como prestar os esclarecimentos na forma solicitada” (G.n.)

Desta forma, espera-se que esta r. Administração se digne de responder a presente impugnação em, no máximo, 2 (dois) dias uteis conforme prevê o item acima.

4. DESCRITIVO DO EDITAL

O Termo de Referência, do edital estabelece as características dos produtos que esta laboriosa Administração pretende adquirir, sendo:

Item 2 – **“Lanceta para coleta de sangue capilar – Lanceta para coleta capilar micro container contat actividad confeccionado em plástico rígido, contem protetor plástico e dispositivo de segurança. Agulha de 21g com 8mm de profundidade. Retratil e estéril, cx com 200 unid. Marca sugerida G tech, BD ou Acc Check (Grifamos).**

Item 4 – **“Tira p/ Teste Glicemia Accu Check Active – Fornecer 1 aparelho de medidor a cada 20 frascos com 50 unidades de tira. – Frasco com 50 unidades de tiras, a cada 20 frascos de tiras terá que ser fornecido um aparelho medidor de glicemia.”**

Da simples análise dos trechos acima cotejados é possível identificar exigências desnecessárias, descabidas e que possuem como único condão reduzir o rol de licitantes e restringir a competitividade do certame: (1) definição da combinação de gauge e profundidade das agulhas, (2) quantidade de unidades por caixa e (3) direcionamento de marca.

Por meio deste instrumento, esta licitante interessada demonstrará que tais exigências, da forma como constam no edital, são restritivas ao caráter competitivo do certame, trazendo prejuízos incalculáveis ao Erário e aos interesses Públicos.

5. EXIGÊNCIAS TÉCNICAS

5.1. EXIGÊNCIA DE LANCETAS COM 21G E 8MM

O edital estabelece que as agulhas das lancetas possuam 21G e 8mm de profundidade.

Ocorre que a exigência de lancetas com estas medidas exigidas no edital limitará consideravelmente rol de licitantes, já que se trata de **combinação pouco praticada no mercado atual**, além de **não ensejar qualquer benefício para esta Administração**, o Erário e os interesses Públicos.

Portanto, há que se ponderar acerca da importância e vantagens que serão obtidas pela Administração ao alterar o descritivo do objeto licitado, flexibilizando o gauge e a profundidade das lancetas

Caso contrário, haverá afronta direta ao princípio da competitividade e a dispositivos legais correlatos.

Neste ponto, é bem de ver que os produtos ofertados por esta impugnante para atender às necessidades desta r. Administração no certame em tela estão disponíveis em diversas combinações (espessura x profundidade):

A – Calibre 26G, profundidade 1,8mm – Fluxo Normal



B – Calibre 28G, profundidade 1,6mm – Fluxo Micro



C – Calibre 21G, profundidade 2,2mm



Como se vê, esta impugnante dispõe de um amplo rol de produtos, com combinações variadas, todas aptas a atender às necessidades a Administração.

Ademais cumpre frisar que, essa característica do produto (gauge e profundidade) não é previamente definida por nenhum órgão regulador – como a ANVISA, por exemplo – de modo que as fabricantes possuem a liberdade de fabricarem o produto com os atributos que entenderam melhor ao consumidor.

Por fim, frise-se que, para este produto, a informação **mais relevante diz respeito ao fluxo** que se espera obter com a punção, que varia em função do tipo de teste que será realizado.

Notadamente, não existem motivos para que a impugnante seja limada previamente do certame, visto que possui produtos aptos a atender, com

excelência, às necessidades desta Administração, oferecendo proposta vantajosa – com preços competitivos.

Com efeito, a ampliação do rol de licitantes trará a tão almejada economicidade aos cofres públicos, o que certamente também é objetivo desta doura Administração.

Por esse motivo, requer esta r. Administração se digne de flexibilizar o **gauge** e a **profundidade** das lancetas.

Somente assim esta Administração possibilitará a ampliação do número de fornecedores aptos a participar do certame e, por consequência, conseguirá selecionar – de fato – a proposta mais vantajosa.

5.2 CAIXA COM 200 UNIDADES

Essa exigência, como se vê, não traz consigo qualquer vantagem para a Administração, apenas prejudica esta laboriosa municipalidade com a restrição de licitantes.

Aqui, importa provocar a reflexão desta r. Administração acerca dos benefícios obtidos com essa exigência tão descabida, afinal, **quais as vantagens que a Administração terá se as caixas tiverem 200 unidades?**

Frise-se, desde que a licitante vencedora se comprometa a entregar a quantidade total de lancetas previstas no edital, a quantidade de unidades por caixa não trará impacto no certame.

Com efeito, trata-se de exigência completamente desnecessária, que não traz consigo qualquer benefício ou vantagem, seja para a Administração, seja para o paciente.

Daí porque a alteração do descritivo como consta no edital é medida que se impõe, sob pena de trazer prejuízos incalculáveis para esta municipalidade, o Erário e para o interesse Público.

Por oportuno, cumpre ressaltar que as orientações do Egrégio Tribunal de Contas da União vedam exatamente a impossibilidade das especificações técnicas restringirem a participação de um maior número de interessados no procedimento licitatório.

Eis excerto do referido:

“(...) 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.**” (grifo nosso)

Veja-se, mesmo diante do *art. 15, inc. I, da Lei 8.666/93*, não basta a dita Administração Pública, simplesmente inserir as características pretendidas no edital.

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.

Diante do exposto, conclui-se tudo que demais desborda destes lindes normativos há de ser reputado à uma restrição excessiva, com impactos profundamente deletérios para os Administrados.

Na prática, esta Administração acabará por inabilitar dezenas de produtos/fabricantes, capazes de fornecer produtos de igual e até superior qualidade.

Notadamente, não existem motivos para que a impugnante seja limada previamente do certame licitatório, visto que tem aptidão para ofertar proposta muito vantajosa à Administração, trazendo a tão almejada economicidade aos cofres públicos, o que certamente também é objetivo desta dita Administração.

Por esse motivo, requer que a esta r. Administração se digne de alterar o texto do edital, flexibilizando o descritivo e, com efeito, ao retirar a exigência de que as caixas contenham 200 (duzentos) unidades de lanceta, ampliando assim o rol de licitantes e por consequência promovendo a competitividade do certame.

Afinal, o produto a ser ofertado pela impugnante, assim como praticamente todos os fabricantes existentes no segmento, tem seus produtos

aconicionados em embalagens com **100 unidades**, o que em termos de espaço físico e distribuição do produto **não representa diferencial relevante ao ponto de limitar a disputa.**

5.3. DIRECIONAMENTO DE MARCA

O edital estabelece que as licitantes deverão ofertar tiras para teste de glicemia da fabricante **ROCHE**, com o produto **Accu-Chek Active**.

Portanto, é solar o direcionamento do certame!

Primeiro porque a licitante vencedora entregará em regime de **comodato** – sem nenhum custo adicional – os aparelhos (glicosímetros) necessários e em quantidade proporcional à quantidade de tiras licitadas. Não apenas porque é uma prática habitual do mercado nos processos licitatórios para esse tipo de objeto, mas também, porque é a exigência estabelecida pelo próprio instrumento convocatório.

Segundo porque 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.

Nessa esteira, está caracterizado flagrante direcionamento do certame, afrontando diretamente o princípio básico da competitividade e impedindo que a Administração encontre preços vantajosos.

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

Isso, por si só, **(1)** ceifaria do certame todas as demais fabricantes que também estão aptas a participar do certame, além de **(2)** impediria a Administração de encontrar e selecionar a proposta de fato mais vantajosa para a Administração, o Erário e os interesses Públicos.

Como se vê, com o devido respeito, não há razão que justifique a exigência desta laboriosa Administração do Edital sob análise!

Daí porque a reforma do descritivo e a exclusão do direcionamento identificado e ora apontado é de lei.

Com a devida vênia, a manutenção da descrição nestes moldes afronta não apenas a legislação que rege os processos licitatórios, como também todos os princípios norteadores da licitação!

Sabe-se que o principal objetivo da Administração em realizar processos licitatórios para suas compras de produtos e serviços é justamente promover a igualdade entre os licitantes e, com isso, selecionar a proposta mais vantajosa para o Erário.

Ademais, é expressamente **vedado por lei** 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 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.

§ 1º **É vedado** aos agentes públicos:

I - **admitir, prever, incluir ou tolerar**, nos atos de convocação, **cláusulas** ou condições que comprometam, **restringam ou frustrem o seu caráter competitivo**, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, **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, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991;

II - **estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial**, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamentos, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais, ressalvado o disposto no parágrafo seguinte e no art. 3º da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991.

No caso sob análise, a especificação do fabricante descredencia inequivocamente todos os outros fabricantes dos produtos (fitas reativas e glicosímetros) 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.**

Neste cotejo, torna-se indispensável esclarecer que, nas licitações para aquisição de Tiras de Glicemia (fitas reagentes), **a licitante vencedora fornecerá em comodato - sem qualquer custo adicional** - o quantitativo de aparelhos (glicosímetros), de acordo com a demanda/necessidade do órgão licitador.

Sendo assim, não há que se falar em compatibilidade entre a tira licitada e o aparelho que – em tese – a Administração possua.

De mais a mais, deve-se ressaltar que a distribuição dos novos aparelhos é medida incapaz de onerar a Administração, vez que os usuários ou os agentes arrecadadores e distribuidores deverão retirar, indubitavelmente, as tiras reagentes para consumo. Desta forma, havendo a necessidade de troca dos aparelhos, o único ônus seria o de, além de levar as mencionadas tiras, também levar um aparelho glicosímetro novo.

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.

Configura-se, por certo, uma inexorável afronta aos desígnios constitucionais talhados, também, no artigo 37 e seguintes da Carta Maior pensar que o simples fato de já existirem aparelhos glicosímetros disponibilizados aos necessitados é capaz o bastante de frustrar uma licitação de tamanha envergadura, sobretudo ante a solução acima alinhavada.

Nesse sentido, o mestre Marçal Justem Filho:

“(…) **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 aquela exatamente 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)

Por fim, para colmatar toda esta controvérsia e, ao mesmo tempo, trazer ainda mais subsídios para esta Administração alterar o Edital ora fustigado, a Impugnante assume, desde já, o compromisso de disponibilizar a este Ente, nos moldes acima propagados – **comodato** –, todo o equipamento necessário referente, bem como treinamento e manutenção para os seus usuários, repise-se, **sem qualquer custo adicional à Administração**.

6. PEDIDO

Uma vez demonstrados tempestivamente os fundamentos impeditivos de se manter o descritivo naqueles moldes, ceifando empresas licitantes e desprezando melhores ofertas a esta Administração, a ora impugnante espera e requer que esta Administração promova sua revisão, em especial seu caráter restritivo.

Diante do exposto, **como não se pode transigir quanto à legalidade dos atos administrativos praticados no curso de uma licitação, sobretudo quando os seus reflexos importam em prejuízos de dezenas de licitantes**, é que se requer que esta r. Administração Pública se digne de:

1. Flexibilizar a determinação de gauge e profundidade das lancetas;
2. Excluir a exigência de quantidade de unidades por caixa;
3. Excluir todas as especificações de fabricante e direcionamento de marca.

Somente assim, esta r. Administração não frustrará a concorrência, alcançando a busca da proposta mais vantajosa para o Erário, observando os mais comezinhos princípios dos processos licitatórios.

Por fim, a **MEDLEVENSOHN** se coloca ao inteiro dispor desta douda Autoridade para prestar todo e qualquer esclarecimento adicional.

Outrossim, na hipótese desta r. Administração entender de forma diversa do que ora se expõe, o que se argumenta por mero debate, solicita desde já, cópia da íntegra dos autos para fundamentar denúncia no Tribunal de Contas.

Termos em que,

Pede e espera deferimento.

Serra/ES, 15 de maio de 2019



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