

Do: Setor de Licitações e Contratos
Para: Procuradoria Jurídica
Data: 23/08/2019

MEMORANDO Nº039/2019

Encaminhamos o pedido de impugnação apresentado pela empresa MEDLEVENSOHN COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES DE PRODUTOS HOSPITALARES LTDA, ao edital de Pregão Presencial nº 020/2019, protocolado sob o nº 3462/2019, bem como o pedido de desmembramento, apresentado pela empresa FUFAMED COM IMP MED HOSP EIRELI ao mesmo processo, para análise por essa Procuradoria.

Obs.: O processo licitatório já está com a Procuradoria Jurídica para análise de impugnação, encaminhado pelo Memorando 038/2019.

Alessandra Reis da Silveira
Agente Administrativo

RESTAM PREJUDICADOS
AS ANÁLISES DA IMPUGNAÇÃO
EM ANEXO, UMA VEZ QUE
JÁ FOI DETERMINADO ATRAVÉS
DO PARCELAR N. 323/2018, A ANTECEDENTE
EDITAL PARA TODOS ITENS.

Marcos P. N. Freitas
OAB/RS 47.583
Assessor Jurídico

24/08/2019



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PREFEITURA MUNICIPAL DE TAQUARI

EDITAL DE PREGÃO PRESENCIAL Nº 020/2019

Ilmo. Sr. Adair Alberto Oliveira de Souza, Secretário Municipal da Fazenda,

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

1. ADMISSIBILIDADE E LEGALIDADE

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

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

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

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

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

2. TEMPESTIVIDADE

O pregão está previsto para ocorrer no próximo dia 28.08.

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

Sendo assim, considerando que o dia 27.08 é o primeiro dia útil anterior à data de abertura das propostas e, dia 26.08 é o segundo, encerrando-se o prazo em 23.08. Portanto, tempestiva a presente impugnação.

3. PRAZO DE RESPOSTA

Sabe-se que, via de regra, a impugnação ao edital não possui efeito suspensivo ao andamento do processo licitatório. Entretanto, é obrigação do Sr. Pregoeiro respondê-la no prazo máximo de 24hrs (vinte e quatro horas), contados da data de sua interposição junto à Administração Pública.

É o que determina o art. 12, §1º 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.**” (Grifo nosso).

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).

Como se vê, resta bem delimitado o prazo de 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 edital estabelece que o critério de julgamento das propostas será por **LOTE**. Ocorre que, com o devido respeito, a organização dos itens nestes moldes, com diferentes descrições e aplicações em um único lote, e com o pressuposto de alcance do “Menor Preço por Lote” materializa-se como exigência-de caráter restritivo e atenta contra a economicidade do certame.

Isso, por si, fere dentre tantos, o princípio da competitividade e o da economicidade, impossibilitando que a Administração encontre e selecione a proposta mais vantajosa.

Nesse contexto, se mantido o agrupamento dos itens em lotes, dificilmente será possível alcançar o menor preço para cada item, afinal, somente aqueles que possuam todos os itens constantes do lote estarão aptos a participar da disputa.

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

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

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

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

“Em compras, a divisão do objeto em itens torna-se quase obrigatória, a não ser que fique comprovado prejuízo para o conjunto. Geralmente são comprados itens distintos de materiais de expediente, de móveis, de equipamentos, de suprimentos etc. A divisão do objeto em lotes ou grupos como se itens individuais fossem, deve ser vista com cautela pelo agente público, porque pode afastar licitantes que não possam habilitar-se a

fornecer a totalidade dos itens especificados nos lotes ou grupos, com prejuízo para a Administração. (Brasil. Tribunal de Contas da União. Licitações e Contratos: orientações básicas / Tribunal de Contas da União – 3. ed. rev. Atual. E ampl. Brasília. TCU. Secretaria de Controle Interno. 2006. G.n.).

E ainda:

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

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

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

Noutro giro, aquele Tribunal decidiu:

“(...) efetue estudos avaliando, dentre outros aspectos julgados pertinentes, o resultado das licitações realizadas (por lotes e por item)

em relação aos preços finais propostos, a execução contratual, a situação do mercado local e regional e a necessidade ou oportunidade de compra de câmaras frigoríficas, **objetivando identificar, a partir dos elementos objetivos colhidos, a melhor opção** para a aquisição de gêneros alimentícios com foco em fatores técnicos e econômicos.” (Processo TC-025.557/2009-4, Acórdão n° 501/2010-Plenário – TCU. G.n.)

Como se vê, há vários julgados que demonstram o entendimento do TC pelo julgamento do pregão como menor preço por item.

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

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

“Divida o objeto da licitação em lotes, licitando tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se dessa forma com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e a ampliação do competitividade, sem perda de economia de escala, nos termos do art. 23 da Lei 8.666/1993.” (Acórdão TCU 383/2010 Segunda Câmara – Relação).

Todas as peculiaridades envolvidas devem ser avaliadas.

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

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

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

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

À título de exemplo, esta impugnante toma a liberdade de analisar os itens agrupados no lote 2, sendo possível encontrar itens como **(a)** Carbamazepina, **(b)** Lanceta e **(c)** Sonda.

Como se vê, tratam-se de produtos claramente distintos, sem qualquer semelhança entre si, de modo que – em sua maioria – são fabricados por empresas de ramos distintos.

Com efeito, esta impugnante se atreve a dizer que dificilmente uma empresa que comercializa lancetas (equipamento), também comercializará Carbamazepina, já que trata-se de **medicamento**.

Portanto, sempre com o devido respeito, seja qual for o aspecto a ser analisado, **é inegável que os itens acima não guardam qualquer relação entre si.** Portanto, dificilmente será possível encontrar uma mesma empresa que venda todos esses produtos.

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

Nesse contexto, importa frisar que, o objetivo pretendido com essa impugnação não é sugerir a impossibilidade da Administração em estabelecer a licitação com tipo menor preço global/lote. Afinal, esse tipo de licitação é perfeitamente permitido pela legislação vigente.

Entretanto, é inegável que o tipo Menor Preço Por Item permite o maior número de participantes na licitação, ampliando a disputa de preços sem, com isso, comprometer o interesse da Administração, a finalidade e a segurança da contratação.

5. FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

Como já dito alhures, a Lei de Licitações em seu art. 23 prevê a possibilidade da Administração dividir o objeto licitado em tantas parcelas quantas bastem, a fim de promover a competitividade e a economicidade, em prol da Administração, do Erário e do interesse Público (aqui inclui o licitante).

Esse é exatamente o disposto no art. 23, §1º, da Lei 8.666/93:

“Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior, serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação: (...)

§1º **As obras, serviços e compras efetuadas pela Administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos** disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala.” (G.n.)

O Tribunal de Contas de Santa Catarina também já decidiu:

“2. (...) **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. (...)" (Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina. Processo CON-04/03646740. G. n.)

Na mesma linha, Marçal Justen Filho nos ensina:

"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.**" (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 13^a edição. São Paulo: Dialética, 2009, p. 84. g. n.)

Não é o que se percebe do edital ora impugnado.

Isso pois, de acordo com o art. 15, inc. I, da Lei 8.666/93, não basta a Administração Pública, simplesmente inserir as características pretendidas no edital, elas precisam visar a ampliação do rol de licitantes de modo a alcançar o principal objetivo dos processos licitatórios - ou seja - encontrar a proposta mais vantajosa para a Administração.

Portanto, como enfaticamente demonstrado, a manutenção do critério de julgamento **por Lote** trará prejuízos incalculáveis ao Erário e aos interesses Públicos, até porque, trata-se de regra de caráter subjetivo (escolha da Administração), sem qualquer justificativa e motivação que a sustente.

6. PROPOSTA MAIS VANTAJOSA

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

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

“art. 3º - **A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração** e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos.” (g.n.)

Nessa esteira, nos ensina o mestre Marçal Justen Filho:

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

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

E ainda:

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

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

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

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

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

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

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

Em suma, a **MEDLEVENSOHN**, anseia e requer que seja revisto o presente edital, pois não há robustez de amparo nas razões técnicas que ensejam a manutenção do tipo de critério de julgamento escolhido por esta municipalidade: **menor preço por lote.**

Sendo assim, mais uma vez com o devido respeito, é imperioso que a Administração altere a regra editalícia que define o julgamento em LOTES, alterando-o para "Vencedora por **ITEM**", já que não há justificativa nem motivação da Administração que sustente tal escolha.

Afinal, trata-se de critério impeditivo para a Administração selecionar a proposta mais vantajosa.

7. PEDIDO

Inicialmente, cumpre ressaltar que, em momento algum esta impugnante sugere que a Administração agiu de forma irregular ao definir o tipo de licitação por Lote. Ao contrário, trata-se, pois, de vertente vez ou outra praticada pelos órgãos públicos.

Do mesmo modo, não se pretende aludir que tal definição tornará o certame deserto, não é o caso já que é sabida a existência de outras licitantes que eventualmente poderão dispor de todos os itens do lote, e mais, ter interesse no presente certame.

Entretanto, é inegável que o tipo de licitação escolhido por essa Administração reduzirá o rol de licitantes e, nesse contexto, trará prejuízos para a Administração. Afinal, sabe-se que quanto maior o rol de licitantes, maior a disputa de preços e, conseqüentemente, maiores são os benefícios da Administração em encontrar e selecionar a proposta mais vantajosa.

Nessa seara é que vem a impugnante, com o devido respeito, requerer seja o edital alterado para “**menor preço por item**”, de modo a ampliar o número de empresas interessadas a participar do certame e, com efeito, homenagear a disputa de lances.

Somente assim essa r. Administração está promovendo um certame dentro dos preceitos legais que regem os processos licitatórios, promovendo a competitividade.

Termos em que,

Pede e espera deferimento.

Serra/ES, 21 de agosto de 2019.

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





**AO ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DA PREFEITURA MUNICIPAL
DE TAQUARI**

93.305.910/0001-63
FUFAMED COM. E IMP. MÉDICO
HOSPITALAR EIRELI
Rua São Nicolau. 1088
Passo D'Areia - CEP: 91.030-230
PORTO ALEGRE - RS

**FUFAMED COM IMP MED HOSP
EIRELI**, inscrita no CNPJ
93.305.910/0001-63, neste ato
representada por sua procuradora
LEANDRA PASQUALOTTO RG
4063000683, CPF 00311402038, vem
perante esta douta comissão com fulcro
no art. 109 e incisos da Lei 8.666/93 e
Lei 10520 interpor tempestivamente

PEDIDO DE DESMEMBRAMENTO

Face ao edital de Pregão Presencial nº
020/2019, pelos fatos e motivos que
passa a expor:

I – DOS FATOS

Trata-se de Pregão Presencial nº 020/2019, com abertura prevista para o
dia 28 de agosto do corrente ano.

Ocorre que, os produtos estão agrupados por lotes. A empresa possui
interesse em participar de dois itens do lote 2 do presente certame.

Entretanto, não trabalha com os demais itens e portanto fica
impossibilitada de ofertar proposta.

Desde forma, a Administração acaba que, involuntariamente restringindo
a competitividade, diminuindo consideravelmente o número de licitantes aptos a
disputar.





Outrossim é importante salientar ainda que, dentro do mesmo lote tem material médico hospitalar e medicamento o que dificulta ainda mais a disputa por lote.

Assim, a empresa requer, gentilmente, que seja permitida a disputa por item e não apenas por lote a fim de que possamos participar e ofertar produtos de excelente qualidade!

Termos em que, pede deferimento.

Porto Alegre, 21 de Agosto de 2019


Leandra Pasqualotto
Licitações
RG 4063000683
CPF 00311402038

93.305.910/0001-63
FUFAMED COM. E IMP. MÉDICO
HOSPITALAR EIRELI
Rua São Nicolau. 1088
Passo D'Areia - CEP: 91.030-230
PORTO ALEGRE - RS

