

Resposta à Impugnação	
PREGÃO ELETRÔNICO SRP (SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS) Nº 09/2021	
PROCESSO	Nº 001.2021.230
OBJETO	Registro de Preços , pelo prazo de 12 (doze) meses, destinado à futura e eventual aquisição de insumos para o tratamento do Diabetes, em atendimento das demandas da Secretaria Municipal de Saúde de São Cristóvão, Sergipe, conforme termos e condições constantes no presente Edital e seus anexos.
ABERTURA DA SESSÃO	Data: 19/05/2021 (dezenove de maio de dois mil e vinte e um) Hora: 09:00h (nove horas) Local: www.comprasgovernamentais.gov.br Não havendo expediente ou ocorrendo qualquer fato superveniente que impeça a realização do certame na data marcada, a sessão será automaticamente transferida para o primeiro dia útil subsequente, no mesmo horário e endereço eletrônico, salvo comunicação do Pregoeiro em sentido contrário.
TELEFONE	(79) 9.9825-7291
ENDEREÇO	Praça Getúlio Vargas, nº. 328, Centro, São Cristóvão, Sergipe
FORMA DE FORNECIMENTO	SRP (SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS)
UASG DA PROMOTORA	928057
CNPJ	11.370.658/0001-01
E-MAIL	licitacao.saude@saocristovao.se.gov.br

A Pregoeira e Equipe de Apoio da Secretaria Municipal de Saúde do Município de São Cristóvão, Sergipe, designados pela Portaria no 44 de 1º de dezembro de 2020, torna pública Resposta à Impugnação protocolada, TEMPESTIVAMENTE, pela empresa MEDLEVENSOHN COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES DE PRODUTOS HOSPITALARES LTDA., inscrita no CNPJ sob o nº 05.343.029/0001-90, segundo o que será exposto, a seguir:

I- DAS ALEGAÇÕES

A Empresa MEDLEVENSOHN COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES DE PRODUTOS HOSPITALARES LTDA., inscrita no CNPJ sob o nº 05.343.029/0001-90, alega, *ipsi literes* que:

CONSIDERAÇÕES INICIAL

Ao analisar o edital é possível direcionamento do item 1 para as marcas : GLUCO LEADER/HMB BIOMEDICAL, configurando grave ilegalidade. Portanto, a reforma do edital é medida de lei.

DIRECIONAMENTO DE MARCA. ILEGALIDADE

A lei de licitações veda expressamente a escolha da marca do produto licitado em DOIS dispositivos legais: os artigos 7º, §5º e 15º, §7º, a saber: “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, o direcionamento para um produto específico, afronta a lei de licitações, a lei de pregões, além de diversas jurisprudências já pacificadas, inclusive no Tribunal de Contas da União. Vejamos:

O Tribunal de Contas da União já decidiu de forma pacífica: “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](#). Julgado em 06/06/2007) “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.). “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. (...)” (TC de Santa Catarina. Processo CON-04/03646740. Parecer COG-268/04).” (g. n.) Para o Superior Tribunal de Justiça: “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).

Para o ilustre Administrativista Marçal Justem Filho:

“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.” (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 13ª ed., p.84. g. n.) Como se sabe, a única forma de uma menção à marca ser considerada legal, permitida por lei, são os casos em que a marca é citada como REFERÊNCIA, ou seja, quando a Administração menciona a marca apenas com intuito de facilitar o entendimento do descritivo do produto, sendo aceitas as marcas similares. Entretanto, claramente, não é o que ocorre nesse edital. Portanto, não restam dúvidas de que a definição de marca nos editais é terminantemente proibida, não apenas por afronta os mais comezinhos princípios que regem os certames, mas por afrontar diretamente diversos dispositivos legais, doutrina e jurisprudência, como os acima transcritos.

PRINCIPAL OBJETIVO DOS PROCESSOS LICITATÓRIOS

Certamente essa r. municipalidade sabe que o principal objetivo dos processos licitatórios é a busca da proposta mais vantajosa para a Administração e os cofres Públicos. Por isso, a Administração está vedada a realizar qualquer exigência editalícia que restrinja a competitividade, especialmente nos casos em que a Administração escolha um produto em detrimento de outro. Principalmente se tal escolha onera os gastos da Administração, nos termos do art. 3º, §1º da Lei de Licitações (8.666/1993). Do mesmo modo, o art. 3º da Lei de Pregões também determina que são vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição. É por isso que, o mestre Marçal Justen Filho ensina que, nos processos licitatórios a maior vantagem ocorre quando a Administração decide realizar a prestação menos onerosa aos cofres Públicos, o que somente ocorrerá mediante a promoção da competitividade entre as licitantes. Portanto, considerando que as exigências impugnadas não agregam qualidade ao produto, sendo, pois, mero diferencial comercial, serve a presente para requerer a reforma do edital a fim de ampliar o rol de licitantes.

PEDIDO

Diante de todo o exposto, requer seja excluída a marca do item 1, podendo a Administração exigir da licitante vencedora o fornecimento gratuito dos aparelhos compatíveis com as tiras. Na remota hipótese dessa impugnação ser indeferida, requer sua imediata remessa à Autoridade Superior competente e à Assessoria Jurídica desse município para que sejam analisados os apontamentos realizados quanto à vedação de direcionamento de marca em processos licitatórios. Em anexo, seguem algumas decisões publicadas por outros órgãos se dignaram de alterar o edital em prol da isonomia, da competitividade e da obtenção da proposta mais vantajosa para os cofres Públicos.

II- DA ANÁLISE

É sabido que, seja qual for a modalidade licitatória escolhida para realizar a contratação pública, a Administração, na fase de planejamento, após detectar as necessidades, irá qualificar o objeto a ser contratado. A descrição do objeto da contratação, por determinação legal, necessita ser precisa, suficiente e clara, sob pena de não conseguir acudir a necessidade e satisfazer a prestação do serviço ao público.

As especificações serão contempladas no termo de referência ou no projeto básico, cuja descrição e características, do objeto ou do serviço, correspondem ao planejado, sem que seja exigido determinada marca, conforme o art. 15º, §7º, I, da Lei n. 8.666/93, com proibição expressa a exigência de marca:

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.

Sabemos, portanto, que a regra é pela vedação, significando dizer que, em caso de especificações de produto ou serviço cuja descrição e características correspondem ou direcionam à determinado modelo, fabricante, ou prestador, sem que haja justificativas técnicas, estará claramente em afronta aos arts. 3º, caput e §1º e 7º, §5º e 15, §7º, I da Lei nº 8.666/93 c/c art. 9º da Lei nº 10.520/02.

O grifo acima é que aqui se pretende discutir. O próprio art. 7, §5º da Lei nº 8.666/93, em seu texto literal, excetua os casos onde for tecnicamente justificável.

Nesse sentido, é preciso advertir que, a indicação de marca não é o mesmo que exigência de marca. No primeiro caso, ocorrerá a indicação de marca como mera referência em editais, como visto em recente julgado no TCU[1], pela aceitação da menção das expressões do tipo “ou equivalente”, “ou similar”, “ou de melhor qualidade” como indicador de desempenho, qualidade e produtividade. Em segundo caso, a expressão “exigência de marca” se difere pelo fato de tratar de ocasião em que a Administração Pública irá indicar expressamente a marca de determinado produto ou adequação do serviço.

Diferentemente das situações esboçadas anteriormente, haverá hipóteses em que a Administração Pública poderá especificar marca, desde que, para atendimento de padronização prevista no art. 15, inciso I da Lei nº 8.666/93 e desde que haja justificativa técnica prévia. Aqui estamos diante do caso de padronização, termo comumente utilizado quando a Administração utiliza da previsão do art. 15, I, da Lei nº 8.666/93, nos casos em que a escolha de marca terá condão de permitir a compatibilidade técnica e de desempenho, princípio da continuidade e da eficiência, como basilares.

Nos casos de uniformização nas compras públicas, um padrão predeterminado terá de ser indicado pela Administração, conduzindo a contratação. Vejamos o que nos diz o Professor Marçal Justen Filho:

“a padronização pode resultar na seleção de um produto identificável através de uma marca. Logo, o resultado será a escolha pela Administração de uma ‘marca’ determinada, a qual será utilizada posteriormente para identificar os objetos que serão contratados. Isso não se traduz em qualquer tipo de atuação reprovável, não inflige a Constituição nem viola a Lei 8.666/93. O que se veda é a preferência subjetiva e arbitrária por um produto, fundada exclusivamente na marca. Não há infringência quando se elege um produto (serviço, etc.) em virtude de qualidades específicas, utilizando-se sua marca apenas como instrumento de identificação. No caso, não há preferência pela marca, mas pelo objeto. A marca é, tão-somente, o meio pelo qual se individualiza o objeto que se escolheu[3]”

Esclarecemos que a pré-aprovação da marca GLUCO LEADER/HMB BIOMEDICAL não se trata de vontade ou livre arbítrio da administração. As descrições e requisitos do objeto da pretensão contratual, notadamente, no processo de padronização, ocorre em razão de que as tiras de glicemia e os aparelhos glicosímetros já disponibilizados aos usuários, fruto de licitações anteriores, são da marca supracitada. A padronização é meio de evitar entraves no atendimento à população assistida, já que otimiza a continuidade dos

serviços, mesmo com a possibilidade de troca do fornecedor, por meio de nova aquisição.

Entretanto, as alegações da Impugnante merecem certa guarida. Ocorre, que o Edital foi silente quanto à possibilidade de, caso o item seja arrematado com marca diferente da pré - aprovada, o fornecedor deverá trocar os aparelhos já em uso pela SMS, no prazo máximo estabelecido para entrega dos materiais, a fim preservar o atendimento prestado aos usuários, sem interrupção.

Desta forma, com o fito de preservar a competitividade do certame, bem como manter resguardado o perfeito atendimento aos usuários, reconheço da Impugnação para lhe dar **PARCIAL PROVIMENTO, a fim de fazer constar no instrumento editalício a possibilidade de aceitação de marca diversa da pré-aprovada, desde que o fornecedor efetive a troca de todos os aparelhos já em uso, no prazo máximo estabelecido para a entrega das tiras de glicemia, a fim de preservar o atendimento prestado aos usuários, sem interrupção.**

Ficam mantidas todas as demais determinações editalícias, inclusive a data e o horário de abertura da sessão inaugural.

Publique-se como errata ao Edital.

São Cristóvão, 13 de maio de 2021.

Thayse Ribeiro Santana de Assis

Pregoeira.

[1] TCU, ACÓRDÃO 113/2016 – PLENÁRIO.

[2] Súmula/TCU nº 270, “em licitações referentes a compras, inclusive de softwares, é possível a indicação de marca, desde que seja estritamente necessária para atender exigências de padronização e que haja prévia justificção”.

[3] JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Marçal Justen Filho, 7ª ed., Editora Dialética, 2001.