



DECISÃO

PREGÃO ELETRÔNICO Nº 014/2022

OBJETO: AQUISIÇÃO DE 02 (DOIS) CONCENTRADORES DE OXIGÊNIO TIPO ESTACIONÁRIO, CAPACIDADE 5 LITROS, PARA ATENDER A PROPOSTA Nº 13765.401000/12010-01, FIRMADO ENTRE MINISTÉRIO DA SAÚDE E O FUNDO MUNICIPAL DE SAÚDE DE VERÍSSIMO.

IMPUGNANTE: AIR LIQUIDE BRASIL LTDA

1. Da Admissibilidade

O ato convocatório no **capítulo 20** regulamenta a possibilidade de impugnação até o segundo dia útil que anteceder à data de realização do Pregão.

20.1. Os esclarecimentos deverão ser formalizados por meio de requerimento endereçado à(s) Autoridade(s) subscritora(s) do Edital, devendo ser protocolado no prazo de até 02 (dois) dias úteis anteriores à data fixada para recebimento das propostas, no Setor de Licitação, localizado à Praça Vereador Fernando Silva Melo s/n - Centro, Veríssimo/MG, das 12h às 18:00h, podendo também ser efetuado através do e-mail: licitacao1@verissimo.mg.gov.br.

Consoante ao Instrumento Convocatório é a Lei Federal 8.666/93, nos termos do art. 41 § 2º, vejamos:

Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

(...)

§ 2º Decairá do direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a administração o licitante que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização de leilão, as falhas ou irregularidades que viciariam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

Motivo pelo qual, este Pregoeiro Oficial, recebe os presentes pedidos de impugnação e passa a analisá-los.

2. Da Solicitação

Insurge-se a impugnante contra o edital, a fim de corrigir vícios contidos no ato convocatório que comprometem o caráter competitivo do procedimento licitatório em tela, nos termos e nas razões apresentadas.

Alega que o edital fez exigência inexecutável, uma vez que não há no mercado nenhum equipamento disponível com alimentação bivolt.

Fundamenta em sua peça impugnatória que a exigência frustra e restringe o caráter competitivo da licitação em face do descritivo técnico.



3- DA FUNDAMENTAÇÃO

Primeiramente, é importante informar que essa análise é compartilhada pelo Pregoeiro e Equipe de Apoio e tem pleno amparo na legislação e na melhor doutrina que dispõe sobre licitação na modalidade Pregão.

Cabe ressaltar que todos os procedimentos adotados em relação ao Pregão Eletrônico nº 14/2022, estão em consonância com as Leis de nº 8.666/93 e 10.520/2002, e com os Decretos de nº 3.555/2000 e 5.450/2005, Decreto Municipal e teve como sua primeira referência norteadora o disposto no Art. 3º da lei 8666/93, *verbis*:

Insta salientar que a licitação se destina para obtenção da proposta mais vantajosa à Administração, ou seja, aquela que preencha os requisitos mínimos de **qualidade** e desempenho, com o melhor preço possível, e sempre através de competição ampla e isonômica, que permita o ingresso de toda a pluralidade de produtos e fornecedores aptos a promover o atendimento das exatas necessidades da Administração, em prestígio à eficiência da despesa pública.

Quanto maior e mais complexa o objeto a ser licitado, maiores deverão ser as exigências da Administração.

No caso em tela a exigência destoa do estritamente necessário à obtenção do objeto desejado pelo Poder Público, bem como apresenta falhas quanto aos critérios técnicos.

Conforme esclarece o autor Marçal Justen Filho, a Lei nº 8.666/93 buscou ***“evitar que as exigências formais e desnecessárias acerca da qualificação técnica constituam-se em instrumento de indevida restrição à liberdade de participação em licitação. (...) A regra geral é sempre a mesma: não poderão ser impostas exigências excessivas ou inadequadas.”***

No âmbito das licitações a regra é de proibição ao direcionamento do edital para determinada marca ou modelo, conforme se vê no art. 7º, parágrafo 5º da Lei 8666/93:

§ 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.

O art. 15 § 7º da Lei 8666/93 prevê ainda que:

§ 7º Nas compras deverão ser observadas, ainda: I - a especificação completa do bem a ser adquirido sem indicação de marca.

No mesmo sentido, a jurisprudência do TCU indica a necessidade de o gestor apontar as razões que motivam a decisão de restringir a disputa a determinadas marcas:



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. (Acórdão 113/16 – Plenário).

A restrição quanto à participação de determinadas marcas em licitação deve ser formal e tecnicamente justificada nos autos do procedimento licitatório. (Acórdão 4476/16 – 2ª Câmara).

Mas o presente caso não envolve a necessidade de padronização e finalmente não houve prévia justificativa. Assim, totalmente descabida a aplicação da súmula 270 do TCU. Logo, como não cabe a exceção, cabe a regra prevista na Lei de Licitações que veda o direcionamento editalício.

No presente caso, em que pese não ter sido indicada a marca do bem, o detalhamento excessivo constante na especificação técnica, tende para o fato de que não há marcas com a referida característica no mercado.

Ocorre que o instrumento convocatório fez uma exigência que vai de encontro à própria essência da licitação que é garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, de maneira a assegurar oportunidade igual a todos os interessados e possibilitar o comparecimento ao certame ao maior número possível de concorrentes.

Exigências desarrazoadas não podem ser legitimadas sob o argumento de que a Administração necessita de segurança maior do que a efetivamente necessária à execução do objeto a ser contratado, sob pena de ofensa ao texto constitucional, que autoriza apenas o mínimo de exigências, sempre alicerçadas em critérios razoáveis. Conforme citado acima, o amplo espectro quanto a ser a prática a melhor forma de satisfazê-lo ou não.

Aliás, os Tribunais de Contas têm jurisprudência uníssona no sentido de que as exigências do edital devem estar voltadas à seleção da proposta mais vantajosa, sem, no entanto, restringir injustificadamente a competitividade:

“o ato convocatório há que estabelecer as regras para a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, não se admitindo cláusulas desnecessárias ou inadequadas, que restrinjam o caráter competitivo do certame... a verificação de qualificação técnica não ofende o princípio da isonomia. Tanto é que o próprio art. 37, inciso XXI, da CF, que estabelece a obrigatoriedade ao Poder Público de licitar quando contrata, autoriza o estabelecimento de requisitos de qualificação técnica e econômica, desde que indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. No entanto, o ato convocatório há que estabelecer as regras para a seleção da proposta mais vantajosa para administração, sem impor cláusulas desnecessárias ou inadequadas que restrinjam o caráter competitivo do certame. Por outras palavras, pode-se afirmar que **fixar requisitos excessivos ou desarrazoados iria de encontro à própria sistemática constitucional acerca da universalidade de participação em licitações**, porquanto a Constituição Federal determinou apenas a admissibilidade de exigências mínimas possíveis. Dessarte, se a Administração, em seu poder discricionário, tiver avaliado



indevidamente a qualificação técnica dos interessados em contratar, reputando como indispensável um quesito tecnicamente prescindível, seu ato não pode prosperar, sob pena de ofender a Carta Maior e a Lei de Licitações e Contratos.” TCU - AC-0423- 11/07-P Sessão: 21/03/07 Grupo: I Classe: VII Relator: Ministro Marcos Bemquerer Costa - FISCALIZAÇÃO - REPRESENTAÇÃO - <https://contas.tcu.gov.br>, acesso em 01 março de 2010.

Diante da descrição de tal item, e da restrição à competitividade, que este provoca, torna-se imperioso que se destaque a grande afronta ao princípio da Isonomia.

Sendo assim, a Descrição restritiva de tal item, fere o teor do artigo 3º da Lei 8.666/93. Senão vejamos:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para 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 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 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; (Grifos Nossos)

Diante de tal disposição legal, disserta o Professor Marçal Justen Filho:

“É certo que a Administração deverá obter a proposta mais vantajosa, mas selecionar a proposta mais vantajosa não é suficiente para validar a licitação. A obtenção da vantagem não autoriza violar direitos e garantias individuais. Portanto, deverá ser selecionada a proposta mais vantajosa, mas, além disso, têm de respeitar-se os princípios norteadores do sistema jurídico, em especial o da isonomia. Por mais vantajosa que fosse a proposta selecionada, não seria válida licitação que violasse direitos e garantias individuais.” (Filho, Marçal Justen. Comentários à Lei de Licitação e Contratos Administrativos. 10ª Edição, São Paulo, 2004. Pag. 49

Nos termos do art. 40, I, da Lei 8.666/93, o edital deverá conter o “objeto da licitação de forma sucinta e clara”, já nos termos do art. 3º na fase preparatória do pregão, traz os pontos que devem ser observados, entre eles temos o inc. II com a seguinte redação: “a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, (...)” Tal exigência visa assegurar o tratamento isonômico entre os participantes e, ainda, garantir a eficiência da atuação administrativa. É através da definição clara e precisa do objeto da licitação que se poderá verificar a adequação da proposta ao que a Administração Pública busca contratar. Destacase, ainda, que somente assim é que se garante um julgamento objetivo por parte do ente licitante.

Marçal Justen Filho, ao tratar deste requisito, esclarece que:



“(...) o ato convocatório deve descrever o objeto de modo sumário e preciso. A sumariedade não significa que possam ser omitidas do edital (no seu corpo e nos anexos) as informações detalhadas e minuciosas relativamente à futura contratação, de modo que o particular tenha condições de identificar o seu interesse em participar do certame e, mais ainda, elaborar a proposta de acordo com as exigências da Administração [iii].”

Nesse mesmo diapasão, encontramos mais uma vez a manifestação de Marçal Justen Filho:

“(...) não é possível a Administração invocar algum tipo de presunção de legitimidade de atos administrativos para transferir ao particular o ônus de prova extremamente complexa. Assim o é porque foi a Constituição que determinou a admissibilidade apenas das exigências as mais mínimas possíveis. Portanto, quando a Administração produzir exigências maiores, recairá sobre ela o dever de evidenciar a conformidade de sua conduta em face da Constituição. Mas há outro motivo para isso. É que, se a Administração impôs exigência rigorosa, fê-lo com base em alguma avaliação interna. Em última análise, a discricionariedade na fixação das exigências de qualificação técnicooperacional não significa que a Administração possa escolher as que bem entender. A escolha tem de ser resultado de um processo lógico, fundado em razões técnico-científicas. Portanto, o questionamento do particular conduz, em primeiro lugar, à Administração revelar publicamente os motivos de sua decisão. Depois, conduz à aplicação da teoria dos motivos determinantes. Ou seja, se a Administração tiver avaliado mal a realidade, reputando como indispensável uma experiência que tecnicamente se revela dispensável, seu ato não pode prevalecer.” (in “Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos”, Dialética, 7ª edição, p.337).

Mister faz-se ponderar que a disputa apresenta-se como fundamental ao procedimento licitatório, sendo que a ausência de competitividade acarreta a revogação do certame convocatório. Neste sentido, quadra trazer a lume o entendimento cristalizado pelo Superior Tribunal de Justiça, no que concerne ao tema, consoante é extraído do aresto coligido:

Ementa: Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. Administrativo. Licitação. Modalidade de pregão eletrônico. Revogação. Ausência de competitividade. Possibilidade. Devido processo legal. Observância. Recurso desprovido. [...] 5. A revogação do certame é ato administrativo, exigindo, portanto, a devida fundamentação e motivação (justo motivo para seu desfazimento), assim como o cumprimento das disposições legais. 6. O art. 49 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos prevê a possibilidade de revogação do procedimento licitatório, em caso de interesse público, "decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta". Por sua vez, o art. 18, caput, do Decreto 3.555/2000, o qual regulamenta a modalidade de licitação denominada pregão, dispõe que "a autoridade competente para determinar a contratação poderá revogar licitação em face de razões de interesse público, derivadas de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por



ilegalidade, de ofício ou por provocação de qualquer pessoa, mediante ato escrito e fundamentado". 7. No caso em exame, o Governador do Estado do Paraná revogou o pregão eletrônico, de forma fundamentada e com supedâneo nos referidos dispositivos legais e em parecer da Assessoria Jurídica da Casa Civil, entendendo pela ausência de competitividade no certame, na medida em que houve a participação efetiva de apenas uma empresa, o que impossibilitou a Administração Pública de analisar a melhor oferta e dar cumprimento ao princípio da proposta mais vantajosa. 8. A participação de um único licitante no procedimento licitatório configura falta de competitividade, o que autoriza a revogação do certame. Isso, porque uma das finalidades da licitação é a obtenção da melhor proposta, com mais vantagens e prestações menos onerosas para a Administração, em uma relação de custo-benefício, de modo que deve ser garantida, para tanto, a participação do maior número de competidores possíveis. 9. "Falta de competitividade que se vislumbra pela só participação de duas empresas, com ofertas em valor bem aproximado ao limite máximo estabelecido" (RMS 23.402/PR, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe de 2.4.2008). [...] 11. Recurso ordinário desprovido. (Superior Tribunal de Justiça - Primeira Turma/ RMS 23.360/PR/ Relatora: Ministra Denise Arruda/ Julgado em 17.12.2008).

Neste sentido citamos deliberação do TCU:

Observe rigorosamente as disposições contidas no art. 37, caput, da Constituição Federal de 1988 c/c o art. 3º da Lei 8.666/1993, obedecendo aos princípios constitucionais da publicidade, da igualdade, da isonomia e da impessoalidade, de modo a impedir restrições à competitividade. (grifo nosso)

Nesse ínterim, deve-se assinalar que o legislador, mediante o artigo 3º, § 1º, inc. I, da Lei nº 8.666/93, prescreve, também, a observância do princípio da competitividade, por considerá-lo, sem dúvida, essencial em certames da espécie de que se cogita, porquanto se faltar a competição entre os que deles participam, a própria licitação perderá sua razão de ser, que é a de conseguir para o Poder Público a proposta que lhe seja mais vantajosa.

Citando as sábias palavras de Hely Lopes Meirelles:

"A legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37, caput), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeitos aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso".

Celso Antônio Bandeira de Mello ensina que:



“A Administração não poderá proibir ou impor comportamento algum a terceiro, salvo se estiver previamente embasada em determinada lei que lhe faculte proibir ou impor algo a quem quer que seja. Vale dizer, não lhe é possível expedir um regulamento, instrução, resolução, portaria ou seja lá que ato for para coartar a liberdade dos administrados, salvo se em lei já existir delineada a contenção ou imposição que o ato administrativo venha a minudenciar”.

Deste modo, necessário se faz que o Administrador quando da aplicação da Lei de Licitação não só busque a aplicação pura e direta do dispositivo legal, mas também conjugá-lo com todos os princípios norteadores em busca da solução que melhor prestigie o interesse público e os fins buscados pelos procedimentos licitatórios.

DA DECISÃO

Assim, nesta ordem de ideias, tendo em vista os argumentos de fato e direito, bem como **prestados os devidos esclarecimentos**, sem mais nada evocar e que as questões levantadas e apresentadas pela empresa AIR LIQUIDE BRASIL LTDA, ora impugnante, entendemos pelo **PROVIMENTO ao recurso de Impugnação ao Edital**, devendo o instrumento convocatório ser revidado e concluídas as alterações republique-se nos termos do art. 4º incisos I e V da Lei 10.520/02.

Veríssimo/MG, 01 de julho de 2022.

FERNANDA DA SILVA COSTA
PREGOEIRA OFICIAL