



SANDI & OLIVEIRA

ADVOGADOS

AOS CUIDADOS DO PREGOEIRO DA LICITAÇÃO PREGÃO NA FORMA ELETRÔNICA Nº 0009/2020 DO MUNICÍPIO DE XANXERÊ

ALTERMED MATERIAL MÉDICO HOSPITALAR LTDA, pessoa jurídica de direito privado, inscrito no CNPJ nº 00.802.002/0001-02, sediada na Estrada da Boa Esperança, 2320, Fundo Canoas, CEP 89163-554, Rio do Sul (SC), por seu sócio administrador e advogados devidamente constituídos, vem perante Vossa Senhoria, apresentar **CONTRARRAZÕES AO RECURSO ADMINISTRATIVO**, conforme abaixo transcritos os fatos e fundamentos.

DOS MOTIVOS PARA MANUTENÇÃO DA CLASSIFICAÇÃO DA CONTRARRAZOANTE

A contrarrazoante participou da licitação PREGÃO NA FORMA ELETRÔNICA Nº 0009/2020 que tinha por objeto aquisição de Rouparias e Enxovais (itens 01 ao 21), Materiais e Insumos de Enfermagem (itens 22 ao 64) para as Unidades de Saúde e aquisição de Materiais para a realização de Curativos Especiais (itens 65 ao 81). Ocorre que a empresa recorrente solicita a desclassificação da contrarrazoante por suposto descumprimento das especificações técnicas do edital, não assiste razão à recorrente.

A atitude do pregoeiro em declarar vencedora a contrarrazoante deve ser mantida, visto que os produtos cotados atendem as necessidades da Administração e possuem valor extremamente inferior.

Entender de forma diversa enquadraria a Administração, mesmo que não intencionalmente, nas proibições de direcionamento para determinada marca/produto, na medida em que as especificações técnicas assim como descritas no edital, levam a cotação exclusiva da marca DBS, pois somente esta utiliza os óleos de Melaleuca e Copaíba.

É proibido abrir licitação que levem à cotação exclusiva de determinada marca, contrariando o art. 7º, § 5º, da Lei 8.666/93, que prevê:

Art. 7º

[...]

§ 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.



SANDI & OLIVEIRA

ADVOGADOS

Portanto, se a Administração julgar as especificações técnicas de forma restritiva desrespeitará a jurisprudência do Tribunal de Contas da União:

Abstenha-se de definir as especificações dos produtos a serem adquiridos a partir das características de marcas específicas em atendimento ao disposto no art. 7º, § 5º e 15, § 7º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993. (Acórdão 295/2008 Plenário).

Observe com rigor, em todos os processos licitatórios, as normas pertinentes e que, ao especificar produtos, faça-o de forma completa, porém sem indicar marca, modelo, fabricante ou características que individualizem um produto particular. (Acórdão 1034/2007 Plenário).

A especificação, no edital, de produto ou bem cuja descrição e características correspondem a modelo exclusivo de determinado fabricante, sem que haja justificativas técnicas, afronta o disposto nos artigos 3º, caput e § 1º, e 7º, § 5º, da Lei 8.666/1993 c/c o art. 9º da Lei 10.520/2002. (2387/2013 – Plenário)

A reprodução de especificações técnicas mínimas idênticas às de equipamento de informática de determinada marca, em edital de licitação visando à aquisição desse item, restringe o caráter competitivo do certame, viola o princípio da isonomia e compromete a obtenção da proposta mais vantajosa. (2005/2012 – Plenário)

O estabelecimento de especificações técnicas idênticas às ofertadas por determinado fabricante, da que resultou a exclusão de todas as outras marcas do bem pretendido, sem justificativa consistente, configura afronta ao disposto no art. 15, § 7º, inciso I, da Lei 8.666/1993. (1861/2012 - Primeira Câmara)

A Administração deve abster-se de estabelecer restrições que implicitamente correspondam à fixação de marca exclusiva, tal como a não aceitação de cartuchos e outros suprimentos de informática, compatíveis, similares aos originais dos equipamentos, em obediência ao art. 3º, § 1º, I, art. 7º, § 5º, e art. 15, § 7º, I, da Lei 8.666/1993. (696/2010 – Plenário) Por todo exposto, resta evidente que a administração deve manter sua decisão de aceitar o produto cotado pela contrarrazoante, ou anular o edital, especificando o produto de uma forma que outros fabricantes do mercado poderiam atender.

Desta maneira, observando o cumprimento do edital e primando pela igualdade, legalidade, impessoalidade e moralidade de condições a todos os concorrentes do certame, requer-se a manutenção da declaração de vencedora da ALTERMED MATERIAL MÉDICO HOSPITALAR LTDA.

DO DIREITO

DO FORMALISMO MODERADO

O pregoeiro se decidir acatar as argumentações da recorrente acabará por dar mais ênfase à forma do que o conteúdo, excedendo-se no formalismo. São frequentes as decisões do Tribunal de Contas da União que prestigiam a adoção do princípio do formalismo moderado e a possibilidade de saneamento de falhas ao longo do procedimento licitatório:



SANDI & OLIVEIRA

ADVOGADOS

É irregular a inabilitação de licitante em razão de ausência de informação exigida pelo edital, quando a documentação entregue contiver de maneira implícita o elemento supostamente faltante e a Administração não realizar a diligência prevista no art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993, por representar formalismo exagerado, com prejuízo à competitividade do certame. (Acórdão 1795/2015 – Plenário Data da sessão 22/07/2015 Relator JOSÉ MÚCIO MONTEIRO)

Falhas formais, sanáveis durante o processo licitatório, não devem levar à desclassificação da licitante. No curso de procedimentos licitatórios, a Administração Pública deve pautar-se pelo princípio do formalismo moderado, que prescreve a adoção de formas simples e suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados, promovendo, assim, a prevalência do conteúdo sobre o formalismo extremo, respeitadas, ainda, as praxes essenciais à proteção das prerrogativas dos administrados. (Acórdão 357/2015 – Plenário Data da sessão 04/03/2015 Relator BRUNO DANTAS)

O disposto no caput do art. 41 da Lei 8.666/1993, que proíbe a Administração de descumprir as normas e o edital, deve ser aplicado mediante a consideração dos princípios basilares que norteiam o procedimento licitatório, dentre eles o da seleção da proposta mais vantajosa. (Acórdão 3381/2013 – Plenário Data da sessão 04/12/2013 Relator VALMIR CAMPELO)

A inabilitação de licitantes por divergência entre assinaturas na proposta e no contrato social deve ser considerada formalismo exacerbado, uma vez que é facultada à comissão, em qualquer fase do certame, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo. (Acórdão 5181/2012 - Primeira Câmara Data da sessão 28/08/2012 Relator WALTON ALENCAR RODRIGUES)

Pedidos de reexame questionaram deliberação da Primeira Câmara, mediante a qual o colegiado, ao apreciar representação acerca de irregularidades em licitações promovidas pelo Núcleo de Hospital Universitário da Fundação Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, aplicou aos recorrentes a multa do art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992, face a exigência de características dos produtos (equipos para bomba de infusão) que direcionaram as aquisições a um único fornecedor. Em preliminar, lembrou o relator as circunstâncias que levaram a Administração a desfazer um dos certames, por suposto vício de legalidade, após provimento judicial da pretensão de uma das concorrentes, que teve sua proposta desclassificada junto com as demais participantes do certame, exceto a licitante vencedora. Nesse ponto, entendeu o relator que a CPL, “ao anular o certame, não especificou onde estaria a suposta falha nem em que ela consistiria”. Lembrou também a posterior anulação de outras licitações, nas quais a mesma empresa sagrou-se vencedora após a reprovação de amostras dos primeiros classificados. Prosseguindo, registrou informação da unidade instrutiva sobre possível superioridade qualitativa dos produtos ofertados pela empresa vencedora dos certames, ponderando, contudo, na forma salientada pelo relator a quo, que “a licitação não tem por objetivo, necessariamente, a escolha do produto ou serviço de melhor qualidade disponibilizado no mercado”. No caso concreto, “nenhum dos processos licitatórios se fez acompanhar de justificativa técnica que demonstrasse que as exigências postas se faziam necessárias para suprir, de forma adequada e suficiente, a demanda do núcleo hospitalar. Não foram oferecidas razões que indicassem serem os produtos dos Laboratórios [...] os únicos capazes de atender satisfatoriamente à demanda do órgão licitante”. Ademais, prosseguiu, “embora se tenha notícia da ocorrência, em outros hospitais, de possíveis falhas em equipamentos distintos dos oferecidos pela empresa Laboratórios [...], isso não permite concluir, forçosamente, que tecnologias diferentes das especificadas no edital seriam insuficientes para os fins pretendidos”. Em conclusão, anotou o relator, “ainda que se possa reconhecer a boa intenção em garantir a aquisição de aparelhos de melhor qualidade (fato certamente sopesado pelo relator a quo no momento da dosimetria das multas), a jurisprudência consolidada desta Corte é no sentido de que a indicação ou preferência por marca em procedimento licitatório só é admissível se restar comprovado que a alternativa adotada é a mais vantajosa e a única que atende às necessidades do órgão ou entidade”. Nesses termos, adotou o Plenário a proposta da relatoria para, entre outros comandos, negar provimento aos recursos conhecidos. Acórdão 559/2017 Plenário, Pedido de Reexame, Relator Ministro Benjamin Zymler.



SANDI & OLIVEIRA

ADVOGADOS

Resumidamente, o formalismo moderado se relaciona a ponderação entre o princípio da eficiência e o da segurança jurídica, ostentando importante função no cumprimento dos objetivos descritos no art. 3º da lei de licitações: busca da proposta mais vantajosa para a Administração, garantia da isonomia e promoção do desenvolvimento nacional sustentável:

No curso de procedimentos licitatórios, a Administração Pública deve pautar-se pelo princípio do formalismo moderado, que prescreve a adoção de formas simples e suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados, promovendo, assim, a prevalência do conteúdo sobre o formalismo extremo, respeitadas, ainda, as praxes essenciais à proteção das prerrogativas dos administrados. (ACÓRDÃO Nº 357/2015 – TCU – Plenário)

Nota-se que sua utilização não significa desmerecimento ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório ou negativa de vigência do caput do art. 41 da lei 8.666/93 que dispõe sobre a impossibilidade de a Administração descumprir as normas e condições do edital. Trata-se de solução a ser tomada pelo intérprete a partir de um conflito de princípios:

Diante do caso concreto, e a fim de melhor viabilizar a concretização do interesse público, pode o princípio da legalidade estrita ser afastado frente a outros princípios. (Acórdão 119/2016- TCU - Plenário)

Ao contrário do que ocorre com as regras/normas, os princípios não são incompatíveis entre si. Diante de um conflito de princípios (p. ex., vinculação ao instrumento convocatório x obtenção da proposta mais vantajosa), a adoção de um não provoca a aniquilação do outro. Como exemplo, esse raciocínio pode ser percebido nas seguintes decisões do Tribunal de Contas da União:

Rigor formal no exame das propostas dos licitantes não pode ser exagerado ou absoluto, sob pena de desclassificação de propostas mais vantajosas, devendo as simples omissões ou irregularidades na documentação ou na proposta, desde que irrelevantes e não causem prejuízos à Administração ou aos concorrentes, serem sanadas mediante diligências. (Acórdão 2302/2012-Plenário)

O disposto no caput do art. 41 da Lei 8.666/1993, que proíbe a Administração de descumprir as normas e o edital, deve ser aplicado mediante a consideração dos princípios basilares que norteiam o procedimento licitatório, dentre eles o da seleção da proposta mais vantajosa. (Acórdão 8482/2013-1ª Câmara)

Nessas hipóteses, a análise deve considerar a importância de cada princípio no caso concreto, e realizar a ponderação entre eles a fim de determinar qual prevalecerá, sem perder de vista os aspectos normativos. Por esse motivo, as soluções não respeitam fórmulas prontas, podendo variar de um caso para outro.

Vale lembrar que o certame licitatório não representa um fim em si mesmo, mas um meio que busca o atendimento das necessidades públicas. Nas palavras do professor Adilson Dallari: a “licitação não é um concurso de destreza, destinado a selecionar o melhor cumpridor de edital”.



SANDI & OLIVEIRA

ADVOGADOS

Desta forma, demonstra-se que a decisão do pregoeiro em declarar vencedora a contrarrazoante é correta e deve ser mantida.

DOS PEDIDOS

Receber a manifestação de contrarrazões ao recurso administrativo e, ao final, seja mantida a declaração de vencedora da contrarrazoante.

Nestes termos pede deferimento.

Rio do Sul (SC), 28 de maio de 2020.

Tiago Sandi
OAB/SC 35.917

Bruna Oliveira
OAB/SC 42.633