

## JULGAMENTO DE IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

**PROCESSO ADMINISTRATIVO nº 127.845/2022 – EMSERH**  
**LICITAÇÃO ELETRÔNICA nº 062/2023 – CL/EMSERH**  
**Licitações – e nº 986038**

**OBJETO:** Contratação de empresa especializada no fornecimento de KITS/REAGENTES MALÁRIA/SÍFILIS para triagem sorológica dos doadores de sangue da Hemorrede do Estado do Maranhão – HEMOMAR.

### I – DA ADMISSIBILIDADE

Trata-se de análise de **IMPUGNAÇÃO**, em face do edital da **Licitação Eletrônica nº 062/2023** que objetiva alteração deste.

A doutrina aponta como pressuposto dessa espécie de recurso administrativo, cuja existência concreta deve ser preliminarmente aferida: a manifestação tempestiva, a inclusão de fundamentação e o pedido de reforma do instrumento convocatório.

De acordo com o subitem 5.1, 5.1.1 e 5.2 do Edital, os pedidos de impugnação referentes ao processo licitatório deverão ser enviados a Comissão de Licitação e/ou Agente de Licitação, em até 5 (cinco) dias úteis anteriores à data fixada para abertura da sessão pública.

Dessa forma, o Regulamento Interno de Licitações e Contratos da EMSERH no §3º do art. 65 assim disciplinou:

Art. 65. (omissis)

§3º Decairá do direito de impugnar ou solicitar esclarecimentos nos termos do edital de licitação perante a EMSERH, o licitante que não o fizer até o 5º (quinto) dia útil que anteceder a abertura da licitação, apontando as falhas ou irregularidades que viciariam esse edital, hipótese em que a comunicação não terá efeito de recurso.

No mesmo sentido, dispõe o subitem 5.1 do instrumento convocatório impugnado, senão vejamos:

5.1. Qualquer pessoa, física ou jurídica, é parte legítima para impugnar ou solicitar esclarecimentos ao Edital de licitação, por irregularidade, protocolizando o pedido até 05 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura da licitação, devendo a EMSERH julgar e responder à impugnação, em até 03 (três) dias úteis antes da realização da sessão.

A data de abertura da sessão pública estava marcada, inicialmente, para ocorrer no dia **27/02/2023 às 09h00min** e o prazo para que qualquer pessoa física ou jurídica pudesse impugnar ou solicitar esclarecimento referente ao instrumento convocatório em epígrafe findaria dia **20/02/2023**.

**Com efeito, tendo em vista que a impugnação foi encaminhada dia 14/02/2023, reconhece-se a TEMPESTIVIDADE do pedido.**

### II – DAS RAZÕES

A empresa impugnou o seguinte:

“(…)

II – DOS FATOS E DO DIREITO

A Empresa Maranhense de Serviços Hospitalares, realizará a licitação em referência, do tipo menor preço por lote.

É sabido que a licitação objetiva 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 do maior número possível de concorrentes.

A Lei nº 8.666, de 1993, ao regulamentar o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, estabeleceu normas gerais sobre licitações e contratos administrativos no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Este, por sua vez, estabelece:

Art. 37. (...) XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (grifo nosso).

Não restam dúvidas que além da licitação ter como princípio basilar a isonomia entre os licitantes, buscando ainda a máxima competitividade, com o fim de alcançar a proposta mais vantajosa à Administração Pública, é vedada exigências editalícias que apenas impedem a participação de empresas na licitação, ferindo o princípio da isonomia, conforme ensina o professor Marçal Justen Filho:

"Não se admite, porém, a discriminação arbitrária, produto de preferências pessoais e subjetivas do ocupante do cargo público". "A licitação consiste em um instrumento jurídico para afastar a arbitrariedade na seleção do contratante". "Assim, o ato convocatório viola o princípio da isonomia quando: a) estabelece discriminação desvinculada do objeto da licitação; b) prevê exigência desnecessária e que não envolve vantagem para a Administração; c) impõe requisitos desproporcionados com necessidades de futura contratação; d) adota discriminação ofensiva de valores constitucionais ou ilegais." "Veda-se cláusula desnecessária ou inadequada, cuja previsão seja orientada não a selecionar a proposta mais vantajosa, mas a beneficiar particulares. (...) A incompatibilidade poderá derivar de a restrição ser excessiva ou desproporcionada às necessidades da Administração. Poderá, também, decorrer da inadequação entre a exigência e as necessidades da Administração."

Neste mesmo sentido, também nos ensina Adilson Abreu Dallari que com relação à elaboração dos editais "o essencial é que não se incluam cláusulas de favorecimentos ou de discriminação em favor ou contra determinados interessados." E mais adiante, o ilustre autor pontua:

"O edital é um instrumento de chamamento, e deve servir para trazer pessoas, e não para impedir que pessoas que efetivamente poderiam contratar se afastem da licitação. O edital não pode conter cláusulas que representem barreiras impeditivas de participação no procedimento, a quem realmente tem condições de participar ou a quem realmente esteja disposto a se instrumentar para participar".

Esse é o entendimento dominante nos Tribunais, conforme acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

“Visa à concorrência pública fazer com que o maior número de licitantes se habilite para o objetivo de facilitar aos órgãos públicos a obtenção de coisas e serviços mais convenientes a seus interesses. Em razão deste escopo, exigências demasiadas e rigorismos inconstitucionais com a boa exegese da lei devem ser arredados.” (RDP 14:240)

Por tudo isso que as normas que disciplinam as licitações públicas devem ser interpretadas em favor da ampliação da disputa entre os interessados, desde que não comprometam o interesse da administração, o princípio da isonomia, a finalidade e a segurança da contratação.

**Não obstante todo o exposto observamos que os dois itens licitados e que compõem um único lote desse certame se tratam de produtos completamente distintos entre si, inviabilizando totalmente a participação de um maior número de concorrentes ao certame no intuito de atender a finalidade precípua do pregão – alcançar o menor preço possível para a Administração Pública - além de transgredir diversos dispositivos legais que regem todo o procedimento licitatório.**

Como informado, não há qualquer critério técnico plausível que justifique a disposição dos produtos - item 01 - KIT REAGENTE ANTI TREPONEMA - VDRL Reagentes para pesquisa de anticorpos da sífilis; e item 02 - KIT REAGENTE PARA PESQUISA DE Plasmodium sp: Conjunto reagente para detecção da presença de parasitas plasmodiais de malária por sistema de ensaio qualitativo e/ou quantitativo para testar, in vitro, a presença dos antígenos Plasmodium falciparum (P.f.), Plasmodium vivax (P.v.), Plasmodium malariae (P.m.) e Plasmodium ovale (P.o.) em lote.

Assim, caso permaneça a redação do Edital utilizando do critério de disputa pelo menor preço por LOTE, não restará dúvida que ocorrerá uma limitação dos números de participantes do certame, o que pode inclusive caracterizar seu direcionamento, inviabilizando desse modo não só a ampliação da competitividade, como ainda a possibilidade de obter melhores preços por item licitado.

A possibilidade de interpretação de direcionamento do objeto da licitação, além de ferir diretamente o princípio da igualdade, alicerce de todo procedimento licitatório, caracteriza-se injustiça infundada. Não pode toda a licitação e a competição ter sua eficácia frustrada por exigência restritiva que abra flanco para acobertar o favorecimento de apenas uma empresa que atenda todo o lote, uma vez que diversas empresas podem oferecer os produtos, desde que o critério da licitação adotado fosse o menor preço por item e se assim se mantiver diversos fornecedores ficam impedidos de ao menos terem suas propostas avaliadas.

De acordo com Marçal Justen Filho, “o fracionamento é, de regra, obrigatório. Os objetos contratados pela Administração deverão ser divididos em tantas parcelas quantas se revelem convenientes, de molde a ampliar a competitividade.” (“Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos”, Ed. Dialética, 2009, p. 153).

Ainda mais quando o objeto é divisível como no caso ora em análise, por se tratarem de testes inclusive de metodologias diferentes (VDRL x ENSAIO QUALITATIVO E/OU QUANTITATIVO), para detecção de

doenças completamente distintas (SÍFILIS X MALÁRIA), respectivamente.

Resta claro e evidente que não foi feita nenhuma avaliação nem tampouco adotado um critério de avaliação sério das características técnicas peculiares de cada produto para a composição do lote, e tal assertiva pode ser comprovada pelas razões expostas acima. E, como bem observa o doutrinador Marçal Jus ten Filho, atualmente, a Administração Pública vem adotando a "licitação por itens" por que ela "consiste na concentração, em um único procedimento, de uma pluralidade de certames, de que resultam diferentes contratos." (op. cit.pág. 266).

Há que se levar em consideração também o Princípio da Impessoalidade e da Razoabilidade. Não há margem de liberalidade para a Administração Pública. Sua atitude tem que ser sempre impessoal. Não pode se falar em injustiça ou até mesmo em concessão de benefícios à particulares e em contrariedade aos preceitos legais.

No caso específico do instituto licitatório, e, na licitação em referência, não há outra solução senão o fracionamento da licitação para julgamento por itens. Tanto é mais vantajoso para a Administração Pública a realização do certame a cotação e licitação por item e não por preço global, que o Tribunal de Contas da União, por meio da Súmula 247 assim já se pronunciou:

"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." (grifo nosso).

Desse modo, assim como consta a orientação da Súmula 247 do TCU, deve a Administração Pública adequar-se a essa divisibilidade, alterando, pois as exigências contidas no Edital, sob pena de restar maculado os princípios basilares que orientam o processo licitatório, tal como, por exemplo, o previsto no artigo 3º, § 1º, inciso I da Lei nº 8.666/93, onde é vedado aos agentes públicos, admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo. Vale ainda mencionar que em 22 de fevereiro de 2017 este mesmo Órgão licitou somente o item 02 (KIT REAGENTE PARA PESQUISA DE Plasmodium sp) em um pregão por item, reforçando a argumentação que não faz qualquer sentido esse formato disposto em lote.

Apresentamos, ainda, o link da Ata da sessão pública (documento este de consulta pública e disponível no Portal de Compras Governamentais) que comprova tal afirmativa, onde na oportunidade é possível auferir que houve a apresentação de propostas por 08 (oito) concorrentes/licitantes, além da ampla disputa de lances sucessivos, assegurando assim a aquisição de fato pelo menor preço:

III - DO PEDIDO

Isso posto, requer a ora impugnante, à V.Sas. que seja DADO PROVIMENTO a **Impugnação em referência, julgando-a procedente com a devida republicação do edital modificando a exigência contida em seu item 9.1.1**, adequando a sua redação à Lei de Licitações (artigos, 3º, §1º, inciso I c/c art. 23, §1º da Lei 8.666/93) e todo regramento que norteia as compras públicas, PASSANDO O REFERIDO CERTAME DE MENOR PREÇO POR LOTE PARA MENOR PREÇO POR ITEM, ampliando, assim, a competitividade e, conseqüentemente, trazendo uma maior economia para os Cofres Públicos.”

Ante o exposto, a empresa requer que seja conhecido e acolhido os presentes apontamentos para que o edital seja reformado.

### **III – DA ANÁLISE DOS PONTOS APRESENTADOS**

Inicialmente cumpre ressaltar que o presente edital está regido pelas disposições da Lei Federal nº 13.303/16 e Regulamento Interno de Licitações e Contratos da EMSERH.

Ademais, para responder ao questionamento, tendo em vista ser relacionado ao objeto, os autos foram remetidos ao setor requisitante, Gerência de Serviços em Saúde, o qual possui expertise no assunto. **Assim, a decisão aqui proferida se fundamenta na manifestação do referido setor.**

A referida Gerência, através do Despacho Administrativo colacionado às fls. 170/172, consignou a seguinte manifestação:

“(…)

a. Questiona em fls. 154 esclarecimento quanto a forma de julgamento do pregão:

**Resposta: A proposta deve ser apresentada por ITEM e não por lote. Os itens licitados neste processo não possuem dependência metodológica; são distintos nos seus procedimentos e interpretações.”**

Sabe-se que nas compras da Administração Pública é primordial priorizar a competitividade e a busca pelo menor preço, dentro dos parâmetros técnicos do objeto a ser licitado. Por outro viés, é na fase interna que o agente público deve determinar as diretrizes do certame, dentro do limite de discricionariedade.

Assim, é nesse momento que deve ser definido os critérios de competição, apontando se a proposta de preço será apresentada por item ou lote, a depender da possibilidade de divisibilidade do objeto.

Sobre o assunto o Tribunal de Contas da União direciona a Administração Pública. Vejamos:

**SÚMULA TCU 247: 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.

No entanto, embora o objeto seja divisível, pode ser licitado por lote, hipótese que será imprescindível apontar as necessidades administrativas e operacionais ou, ainda, os prejuízos ao ente público decorrentes da multiplicidade de contratos:

“Acórdão nº 2796/2013 – TCU – Plenário.

(...) 3. A adjudicação por grupo ou lote não é, em princípio, irregular. A Administração, de acordo com sua capacidade e suas necessidades administrativas e operacionais, deve sopesar e optar, motivadamente, acerca da quantidade de contratos decorrentes da licitação a serem gerenciados”.

*In casu*, por tratar-se de objeto divisível e o setor técnico optar por a proposta de preço ser apresentada por item, não há razão para seguir com o edital da forma como se apresenta. **Assim, informa-se que fora verificada a necessidade de divulgação de novo edital, dada a razoabilidade e legalidade do pedido.**

#### **IV – CONCLUSÃO**

Ante o exposto, em respeito ao instrumento convocatório e em estrita observância aos princípios que regem os procedimentos licitatórios, **CONHEÇO** a impugnação apresentada, em razão da sua tempestividade, para no **MÉRITO, DAR PROVIMENTO** ao pleito, conforme manifestação da Gerência de Serviços em Saúde e por ser medida de direito.

Informa-se que nova data para abertura da Licitação Eletrônica nº 062/2023 será publicada no sítio eletrônico da EMSERH e no sistema utilizado para realização dos atos pertinentes ao procedimento, qual seja, “Licitações-e”, bem como nos meios oficiais.

São Luís - MA, 18 de janeiro 2024.

**Edynaira Fernandes Rocha de Oliveira**

Agente de Licitação da CL/EMSERH

Matrícula nº 12.754

#### **De acordo:**

Francisco Assis do Amaral Neto

**Presidente da CL/EMSERH**

Matrícula nº 536