## RESPOSTA A IMPUGNAÇÃO

**TERMO:** Decisório.
**ASSUNTO/FEITO**: Julgamento de Impugnação ao Edital – **Pregão Eletrônico nº 011/2021-SRP**
**OBJETO:** Seleção de melhor proposta para registro de preços visando futuras e eventuais aquisição de cadeiras odontológicas destinadas à manutenção das atividades do Centro de Especialidades Odontológicas Dr. Nestor de Paula Pessoa mantido pelo Consórcio Público de Saúde da Microrregião de Acaraú.
**IMPUGNANTE**: DENTEMED EQUIPAMENTOS ODONTOLÓGICOS LTDA, inscrita no CNPJ sob o nº 07.897.039/0001-00.
**IMPUGNADO:** PREGOEIRA.

**DAS INFORMAÇÕES:**

A Pregoeira do Consórcio Público de Saúde da Microrregião de Acaraú - CPSMA, vem encaminhar o resultado do julgamento de impugnação ao edital supra, impetrado pela pessoa jurídica **DENTEMED EQUIPAMENTOS ODONTOLÓGICOS LTDA.**, inscrita no **CNPJ** sob o nº **07.897.039/0001-00**, aduzimos que a presente impugnação foi interposta dentro do prazo previsto no art. 24 do Decreto Federal nº 10.024/2019.

Podemos concluir desta forma pelas recomendas no Decreto Federal 10.024/2019, senão vejamos:

> Art. 24. Qualquer pessoa poderá impugnar os termos do edital do pregão, por meio eletrônico, na forma prevista no edital, **até três dias úteis anteriores à data fixada para abertura da sessão pública**.
> § 1º **A impugnação não possui efeito suspensivo** e caberá ao pregoeiro, auxiliado pelos responsáveis pela elaboração do edital e dos anexos, decidir sobre a impugnação no prazo de dois dias úteis, contado da data de recebimento da impugnação.
> § 2º A concessão de efeito suspensivo à impugnação é medida excepcional e deverá ser motivada pelo pregoeiro, nos autos do processo de licitação.
> § 3º Acolhida a impugnação contra o edital, será definida e publicada nova data para realização do certame.

Preliminarmente há que se esclarecer que a referida impugnação não tem efeito de recurso, portanto não há que se falar em suspensão das etapas do certame, tampouco sua remessa a autoridade superior, tem a Pregoeira nesta fase processual, todos os poderes para averiguação de quaisquer contestações que se façam ao texto editalício, decidindo sobre cada caso, conforme determina o art. 17 do Decreto Federal nº 10.024/2019:

> Art. 17. Caberá ao pregoeiro, em especial:
> [...]
> II - **receber, examinar e decidir as impugnações** e os pedidos de esclarecimentos ao edital e aos anexos, além de poder requisitar subsídios formais aos responsáveis pela elaboração desses documentos;

O Art. 24, § 1º alhures é taxativo, a comunicação de impugnação do edital não terá natureza de recurso, portanto, não haverá efeito suspensivo.

**DOS FATOS:**

No bojo de suas alegações, a impugnante questiona sobre o Termo de Referência do Objeto, especificações do item 01 (cadeira odontológica).

Segue aduzindo que o produto que atende as exigências editalícias é fornecido por apenas 01 (uma) empresa no mercado, ocasionando dessa forma a inviabilidade da ampla competição, conforme *in verbis*:

> *"Preclara Pregoeira, da forma que estão dispostas as características do item nº 2, Termo de Referência do Objeto, o descritivo importa em indicação da marca MODELO HF630M/HF800M, da fabricante LOTUS INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA., com registro na ANVISA sob o nº 80123860005, vejamos: APARELHO de RAIOS-X - FIXO, modelo HF500M/HF630M/HF800M, COM (...) Certo que somente esta seria a vencedora do certame a empresa que atender de maneira integral as exigências editalícias, e apesar de existir a participação de outra fabricante ou existirem produtos similares, o certame está direcionado para esta marca sem nenhuma justificativa plausível conforme prevê a legislação."*

Ao final, requereu a retificação do edital no tocante ao Termo de Referência do Objeto, especificações do item 01 (cadeira odontológica), bem como as demais especificações pertinentes ao produto, de modo a ampliar a competitividade no certame.

É o relatório fático.

**DO DIREITO:**

É cediço que a Administração Pública deve obediência aos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, entre uma série de outros que marcam o regime jurídico administrativo. Conforme disciplinado no Art. 37, XXI da nossa Carta Maior:

> **Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:**
> **(...)**
> **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. (grifamos).**

Um dos mais importantes é o Princípio da Isonomia, que vem para assegurar um tratamento igualitário a todos os licitantes com vistas a ampliar o rol de interessados e obter, assim, a proposta mais vantajosa a administração pública. Esse princípio vem estabelecido no art. 3º da Lei nº 8.666/93, a saber:

> Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do **princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração** e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável **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. (grifo nosso). [...]

É mister salientar que a Lei nº 8.666/93, em seu art. 3º, caput, tratou de conceituar licitação, em conformidade com os conceitos doutrinários estabelecendo os princípios do julgamento objetivo e igualdade como estritamente relevantes no julgamento das propostas:

> **"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 lhes são correlatos."**

Quanto ao item impugnado, qual seja, o Termo de Referência do Objeto, especificações do item 01 (cadeira odontológica), passamos a análise a seguir.

Cumpre destacar que, acerca da temática debatida, o Tribunal de Contas da União se posicionou no sentido de que a especificação do produto a ser licitado não pode interferir na ampla pesquisa de mercado, sob pena de incorrer no direcionamento de licitação, nos termos que seguem:

> **"1. No planejamento de suas aquisições de equipamentos, a Administração deve identificar um conjunto representativo dos diversos modelos existentes no mercado que atendam completamente suas necessidades antes de elaborar as especificações técnicas e a cotação de preços, de modo a caracterizar a realização de ampla pesquisa de mercado e evitar o direcionamento do certame para modelo específico pela inserção no edital de características atípicas.**
> Representação autuada a partir de manifestação encaminhada à Ouvidoria do TCU noticiara possíveis irregularidades ocorridas em pregão eletrônico realizado pelo Instituto Federal de Educação Ciência e Tecnologia do Mato Grosso do Sul (IFMS). O certame tinha por objeto o registro de preços para aquisição de equipamentos de TI. Em sua instrução inicial, a unidade técnica

consignou haver indícios de "restrição à competitividade e ao princípio da isonomia, nos termos do art. 3º da Lei nº 8.666/1993, com indicação disfarçada de marca nas especificações técnicas, em afronta inclusive ao teor da Súmula TCU nº 270, uma vez que na forma em que foram definidos os itens componentes do Edital, especialmente no seu Termo de Referência, houve restrição da participação de outros concorrentes no certame, pois as especificações limitaram o fornecimento de equipamentos a um único fabricante". Realizadas audiências dos gestores, a unidade instrutiva concluiu que as alegações apresentadas foram insuficientes para elidir a falha, mas propôs o acolhimento parcial das razões de justificativas, considerando que a conduta dos responsáveis não teria causado prejuízo ao erário. O relator concordou com a procedência parcial da Representação, mas por outros fundamentos. Observou que não restaram devidamente comprovados "o detalhamento excessivo da especificação técnica, o direcionamento da licitação a fornecedores específicos e a preferência injustificada por determinada marca, ao contrário do que aduz a unidade instrutiva". Explicou o relator que "o direcionamento da licitação pode ocorrer, por exemplo, mediante a utilização de critério subjetivo, o favorecimento a alguma empresa, a preferência inadequada por determinada marca, a ausência do devido parcelamento ou o estabelecimento de exigências excessivas/limitadoras. **O direcionamento na descrição do objeto caracteriza-se pela inserção, no instrumento convocatório, de características atípicas dos bens ou 2 serviços a serem adquiridos**". Acrescentou que "para mitigar tal risco, é indispensável atentar para a lição contida no Acórdão 2.383/2014-TCU-Plenário, no sentido de que, **em licitações para aquisição de equipamentos, havendo no mercado diversos modelos que atendam completamente as necessidades da Administração, deve o órgão licitante identificar um conjunto representativo desses modelos antes de elaborar as especificações técnicas e a cotação de preços, de modo a evitar o direcionamento do certame para modelo específico e a caracterizar a realização de ampla pesquisa de mercado**". Nesse contexto, ressaltou o relator que, no caso em exame, "o Diretor de Gestão da TI do IFMS logrou êxito em esclarecer que modelos de outros fabricantes teriam sido analisados à época da elaboração do termo de referência para a composição da configuração solicitada, sendo que seis fabricantes teriam condições de atender ao que foi especificado para cada item". Por fim, concluiu que "a descrição do objeto de forma a atender às necessidades específicas da entidade promotora do certame não configura direcionamento da licitação, mormente quando não há no edital a indicação de marca específica e quando se verifica no mercado a existência de outros modelos que poderiam atender completamente as especificações descritas no edital". O Tribunal, endossando a proposta da relatoria, acolheu, no ponto, as justificativas apresentadas, e julgou a Representação parcialmente procedente em razão da ocorrência de outras impropriedades. Acórdão 2829/2015-Plenário, TC 019.804/2014-8, relator Ministro Bruno Dantas, 04.11.2015."

No mais, para fins de sanar qualquer tipo de dúvida sobre o tema, foi editado, pela mesma Corte de Contas, a Súmula nº. 270, dispondo sobre a indicação de marca nos certames licitatórios podendo ocorrer somente com justificativa plausível da autoridade competente, ips literis:

"SÚMULA DO 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 justificação**. "

Em análise ao dispositivo acima descrito podemos concluir que é plenamente viável indicar determinada marca sem que haja a aplicação da restrição à competitividade, contudo, com a devida justificativa, ocasião esta que nota-se que não foi colacionado ao edital e seus anexos qualquer argumento que embasasse a escolha pela cadeira odontológica correspondente as especificações apontadas no Termo de Referência constante no edital.

Ocorre que equivocadamente o produto a ser adquirido foi descrito no edital de modo que a leitura e interpretação do termo de referência desse a entender que tratava-se de determinada marca, ocasionando uma possível delimitação no campo de licitantes, haja vista que poucos fornecedores no mercado possuem o equipamento em questão.

Nesse sentido, ao observar minuciosamente as disposições do edital e seus anexos, bem como a impugnação interposta, identificamos de forma clara e notória a necessidade de retificação do Termo de Referência do Objeto - **CADEIRA ODONTOLÓGICA:** 3 posições de trabalho programáveis; Posição de cuspir; Volta a zero automático; Botão stop de emergência; Cabeceira multiarticulada; Braço direito escamoteável; Caixa de conexões incorporada com mangueiras embutidas; Posição de emergência (-5º do encosto); Estofamento soft injetado; Articulação do assento e encosto na linha do acetábulo; Dois motores, isento de óleo. **EQUIPO:** Acoplado ou kart; Braço flex com travamento pneumático e sensor capacitivo; 1 Seringa tríplice; 1 terminal para alta rotação borden;1 terminal para baixa rotação borden com refrigeração por spray; Ultrassom piezoelétrico com luz de led; Sistema touch; Bandeja única ou bandeja dupla em inox; Pedal progressivo para acionamento das pontas; Sistema antirrefluxo, válvula antirretração; Filtro para resíduos sólidos no reservatório de água dos instrumentos. **REFLETOR CONCEPT LED:** Intensidade de 6.000 a 30.000 Lux; On/Off no pedal; Puxador bilateral; Espelho multifacetado com proteção frontal transparente de policarbonato; Braço balanceado com mola. **UNIDADE AUXILIAR:** Rebatível em 90°; Cuba Translúcida removível; Acionamento da água da cuba no pedal com timer. **MÓDULO AUXILIAR:** 2 Sugadores Venturi com Ø6,5mm e Ø9,5mm para cânula descartável; 1 Fotopolimerizador acoplado led (com fio), com ponteira coerente e três dentes; 1 sistema de profilaxia com jato de bicarbonato. **MOCHO:** Mocho sincronizado, uma vez que consideramos que a escolha do produto correspondente a especificação destacada interfere diretamente na ampla concorrência do certame.

O certame em sua integralidade deverá basear-se pela razoabilidade, em todas as suas etapas e procedimentos, devendo a Administração Pública optar sempre pelas condições que atendam tanto a necessidade pública quanto a razoabilidade das exigências editalícias, **respeitando também o Princípio da Competitividade.**

**O professor Joel Niebhur1, apresenta o seguinte ensinamento sobre o princípio da competitividade:**

> **"É no âmbito do princípio da competitividade que operam em licitação pública os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Ocorre que tais princípios oferecem os parâmetros para decidir se determinada exigência ou formalidade é compatível ou não com o princípio da competitividade. Sobretudo, deve-se atentar ao bom senso, bem como à proporção entre as exigências a serem realizadas e o objeto licitado, especialmente no momento de se definir as exigências para a habilitação."**

A Corte de Contas exara o seguinte posicionamento acerca da definição da razoabilidade e igualdade administrativa nas licitações, conforme texto extraído do sítio https://www.tce.ba.gov.br/images/o_principio_da_isonomia_nas_licitacoes_publicas.pdf :

> "Vê-se, portanto, que o princípio da razoabilidade faz uma imperativa e inarredável parceria com o princípio da isonomia. À vista da constatação de que legislar, em última análise, consiste em discriminar situações e pessoas por variados critérios, a razoabilidade é o parâmetro pelo qual se vai aferir se o fundamento da discriminação é aceitável e se o fim por ela visado é legítimo.
>
> A esse respeito, Ferraz e Figueiredo tecem as seguintes considerações:
>
> Na verdade, se a lei desiguala, se a sentença desiguala, deflui necessariamente do princípio constitucional da igualdade; a desigualdade não é repelida, o que repele é a desigualdade injustificada. Tudo está, portanto, em lançar com nitidez a razão de ser para um fator diferencial; e essa parece ser uma só: são válidas as eleições discriminatórias, quando signifiquem o caminho possível, de conexão lógica, para a realização do fim jurídico buscado, desde que esse fim, por seu turno, tenha agasalho no ordenamento jurídico.10 "

Assim sendo, não se pode, por amor à competição, deixar de prever requisitos que sejam *legais, pertinentes* e *relevantes* ao atendimento do objeto perseguido, à luz do interesse público, porque não é essa a *ratio legis*.

O renomado Marçal Justen Filho, diz em relação ao art. 3º, §1º da Lei em tela:

> "O dispositivo não significa, porém, vedação à cláusulas restritivas da participação. Não impede a previsão de exigências rigorosas. Nem impossibilita exigências que apenas possam ser cumpridas por específicas pessoas. **Veda-se cláusula desnecessária ou inadequada,** cuja previsão seja orientada não a selecionar a proposta mais vantajosa, mas a beneficiar alguns particulares. Se a restrição for necessária para atender ao interesse público, nenhuma irregularidade existirá em sua previsão. Terão de ser analisados conjuntamente a cláusula restritiva e o objeto da licitação. A inviabilidade não reside na restrição em si mesma, mas na incompatibilidade dessa restrição com o objeto da licitação. Aliás, essa interpretação é ratificada pelo previsto no art. 37, inc. XXI, da CF (´... o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações')".

Um pouco mais adiante diz:

> "O ato convocatório tem de estabelecer as regras necessárias para seleção da proposta vantajosa. Se essas exigências serão ou não rigorosas, isso dependerá do tipo de prestação que o particular deverá assumir"

**DECISÃO:**

Analisadas as razões impugnadas apresentadas pela empresa, a Pregoeira do Consórcio Público de Saúde da Microrregião de Acaraú - CPSMA, **RESOLVE** considerá-las **PROCEDENTES** no mérito, dando justo e legal **PROVIMENTO** a impugnação ora em comento, haja vista a análise procedida com minúcia nos textos apresentados, de modo que realmente se devem considerar os argumentos da impetrante, referente ao pedido de alteração do Termo de Referência do Objeto – especificações do item 01 (cadeira odontológica) .

Determinando as seguintes alterações ao edital em epígrafe, através de termo de adendo ao edital, para melhor adequação técnica:

- Correção do Termo de Referência do Objeto, item 1 – **CADEIRA ODONTOLÓGICA**.

- **A data de abertura do certame sofrerá alteração, conforme exigido no art. 21, § 4º da Lei nº 8.666/93, tendo em vista que a modificação acima exposta, afeta a formulação das propostas.**

Acaraú/CE, 22 de outubro de 2021.

**MARIA TALLYTA ROCHA DA CRUZ**
Pregoeira Oficial do Consórcio Público de Saúde da Microrregião de Acaraú - CPSMA

**DE ACORDO:**

**LUIZ DIEGO LOIOLA FERREIRA**
Secretário Executivo