

ILUSTRÍSSIMA SENHORA PREGOEIRA OFICIAL DA PREFEITURA MUNICIPAL DE GUARAPARI, ESTADO DO ESPÍRITO SANTO.

LABORATÓRIO J. LINO DA FONSECA, pessoa jurídica de direito privado, devidamente registrada no CNPJ sob o nº. 03882733000438, com sede na Av. Simão Soares, 920, Marataízes, ES – CEP: 29.345000, por seu representante legal, Dr. João Lino da Fonseca, portador do RG de nº. 510346-0/MM, devidamente inscrito no CPF sob o nº. 85691364715, com endereço para intimações no endereço da sede da empresa, com fulcro no Art. 3º da Lei Federal 8.666/93 e suas alterações c/c Art. 17, II e Art. 24 do Decreto Federal nº 10.024/2019, tempestivamente, interpor **IMPUGNAÇÃO** ao edital de Pregão Eletrônico tombado sob o nº 0131/2021, também, com base no item 14.2, pelos fundamentos fáticos e jurídicos a seguir aduzidos.

I. DA TEMPESTIVIDADE

Consoante disposição do art. 24 do Decreto Federal nº 10.024/2019, até três dias úteis antes da data fixada para recebimento das propostas, qualquer pessoa

poderá solicitar esclarecimentos, providências ou **impugnar** o ato convocatório do pregão.

Por sua vez, o edital também traz regulamentação ao instituto da impugnação, remetendo-nos ao item 14.2, de modo que dela se extrai o prazo de interposição.

14.2 DA IMPUGNAÇÃO AO EDITAL: 14.2.1 Qualquer pessoa poderá impugnar os termos do edital do pregão, por meio eletrônico, até 03 (três) dias úteis anteriores à data fixada para abertura da sessão pública.

Desta feita, interpõe a presente impugnação na data de 04/11/2021, contando que abertura aconteceria em 19/11/2021, ou seja, bem antes do dia útil que antecede a abertura dos envelopes, justamente para que a Comissão tenha tempo hábil para analisar, julgar e suspender a abertura, **respeitando os prazos legais que lhe são impostos**, pela inteligência do artigo.

II. DAS CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Oportuno registrar, que é a segunda vez que impugnamos o mesmo Edital, que, permanece com o mesmo vício.

Outrora, o Edital 0131/2021 trouxe uma exigência de limitação de quilometragem territorial para participação no certame, que foi devidamente impugnada por nós. De certo, a Comissão de Licitação agiu de maneira correta, suspendendo a licitação e remetendo o processo à Secretaria de Saúde, que, para nosso espanto, com um despacho simples da Diretora do UPA, sem qualquer embasamento legal – melhor dizendo: de forma ilegal – **manteve a mesma clausula restritiva.**

Ora, importante ponderarmos que a Diretora do UPA certamente tem formação da área de medicina, enfermagem ou correlata, não possuindo o conhecimento técnico das exigências licitatórias que pode ou não pedir, assim, máxima vênia, faltou ser orientada ou assessorada pelo setor competente, a fim de orientá-la, que a Lei de Licitações traz condição basilares de isonomia e competitividade em um Pregão.

Vejamos o que foi simplesmente despachado pela Diretora do UPA:

"Esclareço que não é possível retirar a exigência do edital, haja vista a urgência dos exames realizados nesta unidade. Além disso, devido a urgência dos casos atendidos neste UPA, e a viabilidade das amostras, caso qualquer problema nos equipamentos do laboratório interno da unidade seja necessário encaminhar as amostras para a sede do laboratório, é necessário garantir a realização do exame em tempo hábil. Sendo assim, mantemos a exigência da proximidade de filial instalada no município, a fim de manter a eficiência e qualidade do atendimento de saúde prestado pro esta UPA-24h."

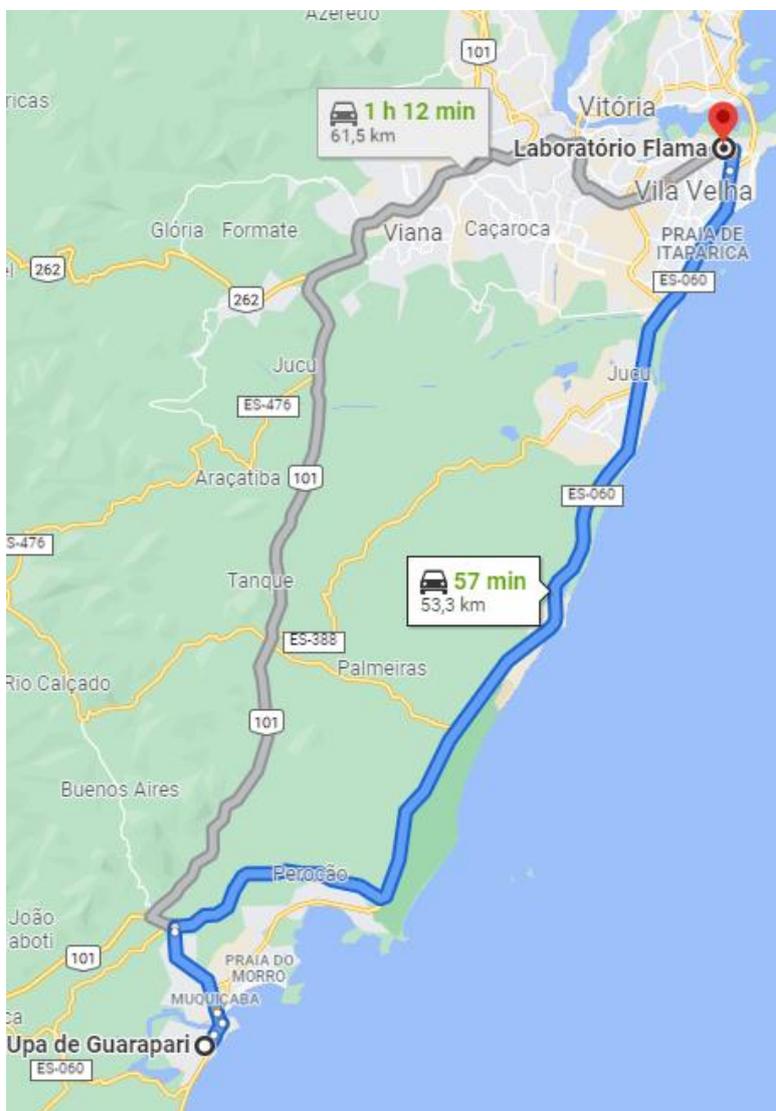
Com todo respeito, mas podemos perceber duas coisas, ou a responsável realmente não tem conhecimento das normativas que regem um Edital de Licitação, pois a exigências não se sustenta, ou há interesse da Administração Pública na manutenção do atual prestador de serviço. Preferimos acreditar na primeira hipótese.

Primeiro, qual o parâmetro foi usado na definição da quilometragem? Pois coincidentemente o atual prestador de serviço fica "quase" sob o manto dessa distância.

Segundo, nenhum edital de Guarapari de contratação desse serviço no UPA nunca trouxe tal exigência, nunca. Porque agora? Coincidentemente o atual prestador de serviços também instalou base fixa somente anos após sua contratação no UPA, basta conferir a data da abertura do CNPJ no site público da Receita Federal.

Terceiro, Guarapari não é a única cidade do Brasil que possui um UPA e precisa contratar serviços desta natureza, e pacificamente a solução habitual de segurança adotada por todos os municípios é a exigência de duplicidade de equipamentos. Todos os Prontos Socorros que precisam de exames rápidos, dada natureza da contratação, exigem que os laboratórios possuam maquinário de Stand By, ou seja, maquinário reserva, de prontidão, nas próprias dependências do Laboratório na UPA. Contudo, pelo que ficamos sabendo em conversa com médicos que trabalham nas dependências do UPA- Guarapari, é que isso não ocorre lá, pois o atual prestador de serviços conta com estrutura precária, velha e única, inclusive parte do maquinário é próprio do UPA, adquiridos em 2011 pela Secretaria de Saúde.

Ainda, importantíssimo destacar que a exigência do Edital já nasce morta, pois o próprio prestador de serviços do UPA-Guarapari não está compreendido em uma distância de 50 quilômetros, mas sim de 53,3km, conforme mostra o google maps:

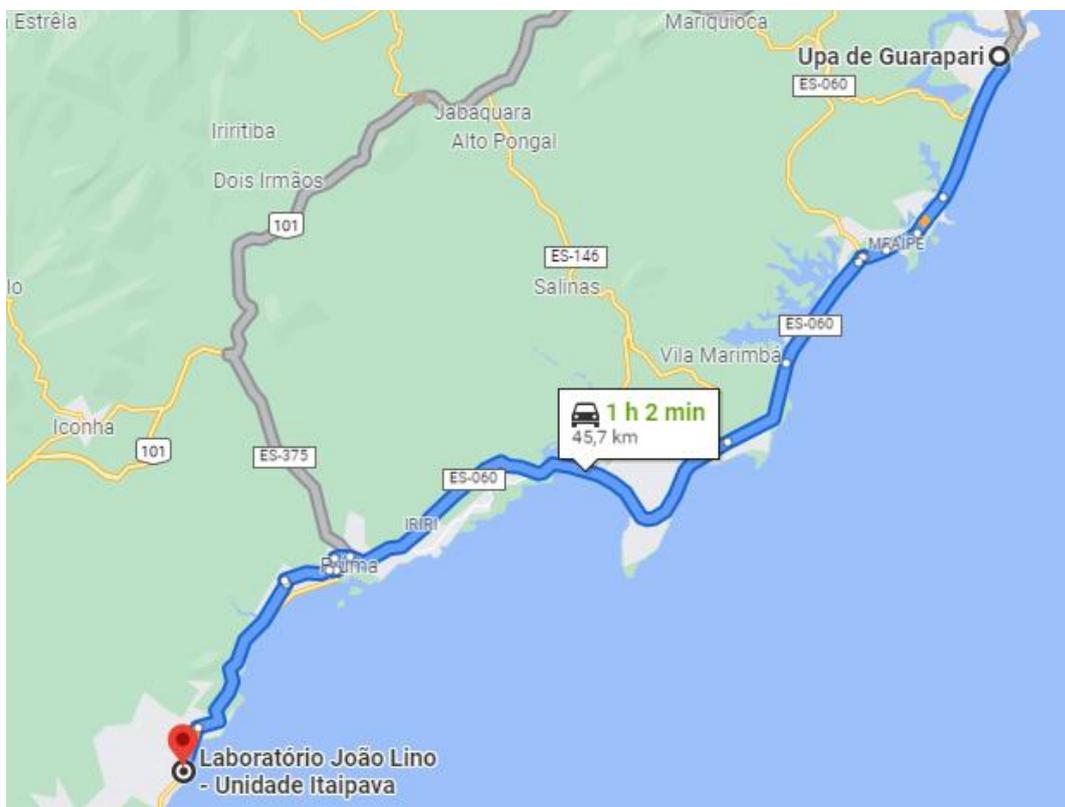


E, ainda, da mesma maneira nasce morta a exigência que a Contratada deverá possuir filial na cidade de Guarapari (como laboratório de apoio), pois na prática, a unidade filial que o atual prestador de serviços possui no Bairro Perocão/Jabarai, é apenas **posto de coleta**, trabalha com horários reduzidos e não abre final de semana. Assim, como poderia ser unidade de suporte externo do UPA? Basta conferir na imagem abaixo, e conforme diligencia interna feita por nós, onde apuramos **que não tem nenhuma central de análises**.



Desta feita, reafirmamos, qual embasamento dessa exigência (distancia em quilômetros) no Edital? Pois nem o atual prestador de serviços, que está lá desde 2013, atende.

Por outro lado, nosso laboratório até se enquadra, pois possuímos unidade há uma distância de 45,7km de distância do UPA, conforme *google maps*. Entretanto, não estamos brigando apenas para garantir nossa participação, mas pela retidão da condição de participação de todos os licitantes.



Assim, rogamos à Vossa Senhoria, que proceda à devida correção do Edital, com a retirada das cláusulas limitadoras de participação.

III. DO DIRECIONAMENTO

Trata-se de procedimento licitatório, operacionalizado na modalidade de Pregão Eletrônico, registrado sob o nº. 031/2021, cujo objeto, conforme descritivo, é a **CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA EM REALIZAÇÃO DE EXAMES LABORATORIAIS DE ANÁLISES CLÍNICAS PARA**

**ATENDER AS NECESSIDADES DA UNIDADE DE PRONTO ATENDIMENTO –
UPA 24H.**

Como dito anteriormente, a regra do procedimento (art. 3º, II, da Lei 10.520/2002), o edital deve dispor seu objeto, e suas respectivas condições e termos, com o máximo de clareza e objetividade, sendo absolutamente vedadas **quaisquer especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição.**

Constata-se que, além da clareza que deve conter um Edital, também deverá ser composto das exigências legais cabíveis e necessárias.

O legislador foi zeloso no tocante a garantir a necessidade da comprovação da capacidade técnica, precisamente, no art. 30, II, § 1º da Lei 8.666/93, que assim diz, *in verbis*:

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

I – [...]

II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

III – [...]

IV – [...]

§ 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a: (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

Pois bem, em análise ao Edital, percebe-se uma exigência limitadora de competição, exacerbada, além de veementemente combatida pelas Cortes de Contas, que é a **restrição geográfica**.

Assim diz o mazelado Edita, senão vejamos:

5.34 – A contratada deverá possuir sede em uma distância máxima de **50km (cinquenta quilômetros)** da UPA-24h e **ainda possuir ao menos uma filial instalada no município de Guarapari/ES** com estrutura para atender as demandas de exames da UPA em qualquer situação de eventualidades e/ou intercorrências, haja vista a urgência do tempo de resposta dos exames para tratamento e diagnóstico precoce dos pacientes da UPA.

Contudo, percebe-se que, **NOVAMENTE** o Edital vai à contramão da legalidade quando exige limitação geográfica para execução dos serviços, fato este que, tem sido rechaçado por ser um tema de alta complexidade.

Da mesma forma, é totalmente ilegal a exigência da licitante possuir filial na cidade de Guarapari.

Ora, como comprovado acima, **nem a própria empresa atualmente contratada pela Secretaria de Saúde para execução dos serviços objeto desse Edital se enquadra nas condições estabelecidas, qual a necessidade técnica de tal exigência?** Simplesmente restritiva (data vênia, dolosa ou culposamente).

Observe que uma cláusula como esta restringe o caráter competitivo da licitação e impede a participação de empresas, o que é proibido por lei, de acordo com o inciso I, § 1º do artigo 3º da Lei 8666/93.

Vejamos: § 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; (Grifo nosso)**

Vejamos manifestações quanto a este tipo de restrição pelo Tribunal de Contas da União (TCU):

TCU – Acórdão 2079/2005 – 1ª Câmara – “9.3.1. abstenha-se de incluir nos instrumentos convocatórios condições não justificadas que restringam o caráter competitivo das licitações, em atendimento ao disposto no art. 3º da Lei nº 8.666/93;”.

TCU – Decisão 369/1999 – Plenário – “8.2.6 abstenha-se de impor, em futuros editais de licitações, restrições ao caráter competitivo do certame e que limitem a participação de empresas capazes de fornecer o objeto buscado pela Administração Pública, consoante reza o art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/93;”

TCU- Acórdão 1580/2005 – 1ª Câmara – “Observe o § 1o, inciso I, do art. 3o da Lei 8.666/1993, de forma a adequadamente justificar a inclusão de cláusulas editalícias que possam restringir o universo de licitantes.”

O doutrinador Marçal Justen Filho explica que o edital tem de estabelecer as regras necessárias para seleção da proposta vantajosa. Se as exigências serão ou não rigorosas, isso dependerá do caso concreto. “Respeitadas as exigências necessárias para assegurar a seleção da proposta mais vantajosa, serão inválidas todas as cláusulas que, ainda indiretamente, prejudiquem o caráter “competitivo” da licitação” (in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 14º Ed, São Paulo: Dialética, 2010, p. 63).

Contudo, avalia-se até que existem objetos licitados onde a localização geográfica é indispensável para a execução satisfatória do contrato. Exemplo clássico é a contratação de uma empresa para o fornecimento de combustível, pois a localização do posto para o abastecimento é essencial para a eficácia do fornecimento. É desproporcional para a Administração contratar uma empresa, exemplificando, no Rio de Janeiro, onde o abastecimento seja em Juiz de Fora.

Mas até neste caso, o cunho geográfico deve respeitar o princípio da proporcionalidade e deve ser apresentada justificativa plausível/satisfatória para o mesmo. O STJ já se manifestou que “(...) não há o que censurar na compra dos combustíveis, quanto há um único posto de abastecimento na cidade; não poderia a Administração concordar que os veículos do Município se deslocassem a longas distâncias para efetuar o abastecimento., com visíveis prejuízos ao Erário...” (HC 88.370/RS, 5ª T., rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJ de 28.10.2008).

Em suma, deve-se analisar a real necessidade da localização geográfica. E, no caso em tela, os exames são todos manuseados e confeccionados na unidade laboratorial instalada dentro da própria UPA. E, não guarda proporcionalidade, sequer, a quilometragem trazida no Edital.

Ora, a condição restritiva “inventada” é tão gritante, que nos espanta ainda o fato da Diretoria do UPA insistir (infundadamente) em sua manutenção no Edital.

Como dito, além de não existir justificativa plausível para a cláusula que restringe a competitividade, como esta poderá ser invalidada judicialmente.

A competitividade do certame não pode ser comprometida, por isso, no momento da elaboração do edital, é indispensável que sejam obedecidos os critérios impostos pela legislação no intuito de impedir a restrição da competição entre as empresas.

No mesmo sentido sumulou o Tribunal de Contas da União, vejamos:

“Súmula nº 272/2012 TCU: No edital de licitação, é vedada a inclusão de exigências de habilitação e de quesitos de pontuação técnica para cujo atendimento os licitantes **tenham de incorrer em custos** que não sejam necessários anteriormente à celebração do contrato” **(grifo nosso)**

Assim, não restam dúvidas acerca da ilegalidade da exigência, devendo ser rechaçada o Edital em apreço.

Ainda, qual a necessidade de exigência da contratada possuir laboratório na cidade, que não seja favorecer as empresas locais? É obvio que a cláusula precisa ser retirada.

IV. DOS PRINCÍPIOS

A administração deverá guiar-se estritamente pelo princípio da Legalidade, ou seja, cumprir zelosamente a Lei.

Ainda, têm o princípio da isonomia que é outro princípio constitucional que está intrinsecamente ligado ao instituto da Licitação, estando inclusive previsto expressamente na Lei 8.666/1993. Senão, vejamos:

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)

Sobre referido princípio no âmbito licitatório, o jurista Matheus Carvalho elucida que:

Com base nesse princípio, é indispensável que seja garantido um tratamento igualitário entre os licitantes no bojo do procedimento licitatório, conforme disposição do art. 3º §1º da lei 8.666/93, não se admitindo qualquer espécie de tratamento diferenciado que vise a beneficiar ou prejudicar algum dos participante do certame.

Com efeito, não se admite que a Administração Pública exija requisitos, para participação no certame, que não estejam previamente estipulados em lei e sejam indispensáveis à realização do certame.

Ora, como visto, a igualdade de tratamento exigida pelo princípio da isonomia abrange a vedação a exigências e especificações que não sejam absolutamente necessárias à realização do certame, a fim de que nenhum licitante seja privilegiado injustamente.

IV.1 DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

“A atividade administrativa deve orientar-se para alcançar resultado de interesse público.” (6ª T. – RMS n. 5.590/95-DF – Rel. Min. Vicente Cernicchiaro, DJU 10.06.96, p. 20.396). Na visão de Paulo Modesto, determinou o constituinte originário a observância da eficiência no art. 70, o qual explicita as atribuições do Tribunal de Contas da União, quando menciona a fiscalização da legitimidade e economicidade e também no art. 71, quando possibilita a realização de auditorias operacionais.

Hely Lopes Meirelles, antes mesmo da EC 19/98, já dava importância ao chamado "dever de eficiência", que na sua visão era "o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros".

Sobre o princípio como norma de Direito, ensina Celso Antônio Bandeira de Mello em sua clássica lição:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a

intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

E reforça:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentam e alui-se toda a estrutura nelas esforçada. (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 30ª edição, 2013, p. 54.)

Ademais, não basta ao administrador o cumprimento da Lei, sendo imperioso considerar a eficiência não apenas como uma das suas facetas, mas como princípio independente. Há necessidade, além da ação ser embasada na Lei, que essa seja executada com presteza, celeridade, qualidade, precisão, perfeição, economicidade e muitos outros adjetivos decorrentes do princípio da eficiência.

Salienta Vladimir Rocha França:

A eficiência, a nosso ver, constitui sim princípio jurídico da administração pública, que, junto aos demais princípios constitucionais do regime

jurídico-administrativo, impõe o dever da boa administração. Não se pode conceber uma administração pública que não tenha a obrigação de ser diligente e criteriosa na busca e efetivação do interesse público consagrado em lei. O princípio da eficiência administrativa tem bastante relevância quando se apura o respeito à ordem jurídica quando se está diante da discricionariedade administrativa” (ROCHA FRANÇA, Vladimir. Eficiência Administrativa da Constituição Federal. Revista dos Tribunais, vol. 777, p. 743, Jul/2000.)

Vê-se, pois, que não há como admitir que a eficiência não é princípio ou é apenas uma faceta do princípio da legalidade. “Qualquer que seja a nuance escolhida, porém, a eficiência apresenta-se como princípio fundamental, ao lado dos demais já consagrados constitucionalmente.” E, portanto, sua observância é imperiosa.

V. DA RESPONSABILIZAÇÃO SOLIDÁRIA DA PREGOEIRA

De certo, a Pregoeira não é a responsável pela elaboração da fase interna do Edital, conforme inteligência da Lei e entendimento pacificado pela Corte de Contas da União e Superior Tribunal de Justiça, assim, de regra não responde pelo vícios do Termo Técnico de Referências (leia-se: especificações do objeto), contudo, essa imunidade não é absoluta, conforme entendimento do próprio Tribunal de Contas da União, senão vejamos:

Acórdão nº 1.729/2015 – 1ª Câmara:

O pregoeiro não pode ser responsabilizado por irregularidade em edital de licitação, já que sua elaboração não se insere no rol de competências que lhe foram legalmente atribuídas. No entanto, imputa-se responsabilidade a pregoeiro, quando contribui com a prática de atos omissivos e comissivos, na condução de certame cujo edital contenha cláusulas sabidamente em desacordo com as leis de licitações públicas, porque compete ao pregoeiro, na condição de servidor público, caso tenha ciência de manifesta ilegalidade, recusar-se ao cumprimento do edital e representar à autoridade superior (art. 116, incisos IV, VI e XII e parágrafo único, da Lei 8.112/90).

(GRIFO NOSSO)

Assim, resta evidenciado que a Autoridade Pregoeira, principalmente por ser um órgão autônomo e independente, ao tomar conhecimento que existe cláusula “viciada” no Edital, deve tomar as devidas providências. Logo, a imunidade que existia ao Pregoeiro por não ter participado na fase da elaboração, decai, e este, por sua vez, passa a responder solidariamente pela manutenção – consciente – da cláusula impeditiva/viciada no Edital.

O pregoeiro, além da qualificação técnica e jurídica para lidar com as exigências legais do processo licitatório, arca com a responsabilidade de conduzir processos de compra e aquisição de serviços. Além disso, a sua atividade está sujeita a fiscalização e controle, podendo ser responsabilizado em caso de fraude ou erros na condução do processo licitatório.

VII. DOS PEDIDOS

Diante de todo exposto, requer o provimento imediato da presente impugnação, para que suspenda, retifique e republique o viciado Edital, consoante à:

- a. Suspensão imediata do certame licitatório;
- b. Supressão do ilegal item 5.34 do Termo de Referência;
- c. Ou, subsidiariamente, a majoração da quilometragem trazida, respeitando as regras da proporcionalidade e razoabilidade, a fim de evitar cláusula impeditiva de direcionamento licitatório;
- d. Supressão da exigência ilegal da licitante possuir filial na cidade de Guarapari;
- e. **A adoção da solução habitual pacificada nos Editais de Contratação de laboratório de Pronto Atendimento, qual seja: a colocação de maquinário duplicado nas dependências do UPA, chamado de maquinário de prontidão;**
- f. Manifestação da Secretária de Saúde ou Autoridade equivalente.

Marataízes - ES, 04 de novembro de 2021.

LABORATÓRIO J. LINO DA FONSECA