

A ILUSTRÍSSIMO(A) SR.(A) PREGOEIRO(A) E COMISSÃO DE LICITAÇÕES DA PREFEITURA MUNICIPAL DE MOCOCA.

REF.: PREGÃO ELETRÔNICO 58/2022

AMC SAÚDE COMERCIAL HOSPITALAR LTDA, inscrita no CNPJ sob o n.º 33.551.382/0001-09 com sede na Rua Gumercindo Vieira Rocha, 101 - Centro - Vinhedo/SP vem, respeitosamente, à presença de Vossa Senhoria, interpor, tempestivamente,

IMPUGNAÇÃO DE EDITAL

Em face de cláusulas e descritivos totalmente restritivos à ampla concorrência, ferindo os princípios basilares das licitações públicas.

I – DOS FATOS

O presente processo tem como objeto o Registro de preços para aquisição eventual e parcelada de curativos destinados a atender a demanda do SAD (Serviço de Atendimento Domiciliar), com o tipo de julgamento de menor preço por item.

Ocorre que, os itens 2 e 3, possuem descritivos direcionados para apenas uma marca no mercado, o que torna a disputa desses itens totalmente direcionada, e sem concorrência.

Vejamos o descritivo dos itens em questão:

Item 2 - Cobertura de **Hidrofibra** com alta capacidade de absorção, antimicrobiana, estéril, constituída por **Alginato de cálcio, carboximetilcelulose sódica (CMC)** e por Prata Iônica. **Sem adição de sódio**, embaladas individualmente contendo dados de identificação do produto, n. lote, validade e n. do registro de hidrofibra no Ministério da Saúde e ANVISA. Tamanho 10x10cm (Grifo nosso).

O descritivo completamente direcionado para a marca Coloplast. Somente ela possui as características e componentes destacados e que não justifica tê-los comparado a outras marcas que existem no mercado e até com tecnologia superior, impedindo-as de participar.

Sugerimos a seguinte descrição para o item em questão:

Curativo com Alginato de Cálcio e Prata com alta capacidade de absorção, estéril, constituída por alginato de cálcio com ou sem sódio,

carboximetilcelulose sódica e prata tamanho 10x10.

Quanto ao item 3:

Item 3 - Curativo de Hidrocolóides em placa, estéril, com bordas biseladas, flexível, com camada externa semipermeável e **grade demarcadora. Composto por carboximetilcelulose sódica e Alginato de cálcio**, embaladas individualmente contendo dados de identificação do produto, n. lote, validade e n. do registro no Ministério da Saúde e ANVISA. 10x10cm. (Grifo nosso).

O descritivo completamente direcionado para a marca Coloplast. Somente ela possui as características e componentes destacados e que não justifica tê-los comparado a outras marcas que existem no mercado e até com tecnologia superior, impedindo-as de participar.

Sugerimos a seguinte descrição para o item em questão:

Curativo de Hidrocolóide em placa estéril, flexível, com camada externa de filme de poliuretano e interna composto por apenas carboximetilcelulose sódica. Tamanho: aprox. 10x10 cm.

Os descritivos alternativos sugeridos, visam ampliar a competitividade do certame, respeitando o princípio da isonomia e garantindo maior economia para a Administração.

As alterações sugeridas não provocam qualquer prejuízo técnico ao tratamento destinado dos produtos. Pelo contrário, ao ampliar a concorrência, permite-se a participação de produtos superiores, com mais tecnologia que poderão ser mais vantajosos para a Administração.

É flagrante a restrição de competição presente no processo, sendo contrária a todas as recomendações do TCU e Ministério Público, e ferindo a lei e os princípios licitatórios, sendo necessário portanto reformar o edital para que não se desvie da lei e exponha a Administração à condução de um processo maculado.

II – DO DIREITO

A restrição do caráter competitivo no certame é totalmente contrária à lei de licitações e à Constituição Federal.

A Constituição Federal não admite que as licitações contenham cláusulas restritivas à participação dos interessados: 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 exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

Esta disposição é repetida no art. 3º, § 1º, I, da Lei n. 8.663/93:

“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, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, 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 objeto do contrato”, ressalvadas exceções (§§ 5º a 12 do artigo e art. 3º da Lei n. 8.248/91, que dizem respeito a produtos manufaturados, serviços e informática)” (Destaquei)

Como podemos notar do inc. I do § 1º do art. 3º da Lei nº 8.666/93 acima transcrito, a norma é bastante abrangente em seu dispositivo, usando nada mais que sete verbos, no infinitivo e conjugados (admitir, prever, incluir, tolerar, comprometer, restringir e frustrar), para coibir quaisquer atividades que tenham por meta direta ou indireta afetar o caráter competitivo do certame licitatório. O § 1º abriga proibição expressa ao Administrador de prever ou tolerar, nos editais, cláusulas ou condições que de qualquer forma comprometam o caráter competitivo do certame.

Toshio Mukai extrai dessa disposição o princípio da competitividade que:

“Tão essencial na matéria que, se num procedimento licitatório, por obra de conluio, faltar a competição (ou oposição) entre os

concorrentes, falecerá a própria licitação, inexistirá o instituto mesmo”. (Cf. O Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Administrativos, Ed. Saraiva, SP, 1998, p. 16).”

Ora, deve o procedimento possibilitar a disputa e o confronto entre os licitantes, para que a seleção aperfeiçoe-se da melhor forma possível, o que se traduz na seleção mais vantajosa para a Administração Pública.

“Fácil é verificar que, sem a competição, estaria comprometido o próprio princípio da igualdade, já que alguns se beneficiariam à custa do prejuízo de outros”, como bem anota José dos Santos Carvalho Filho CARVALHO FILHO, 2010, p. 227-228.

Mister faz-se ponderar que a disputa se apresenta 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 3 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 a 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) Inclusive a restrição de competição configura-se como crime previsto no artigo 90 da Lei 8.666/93: Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:

Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. “

A esse respeito o STJ se posicionou no seguinte sentido:

“Basta à caracterização do delito tipificado no artigo 90 da Lei nº 4 8.666/93 (“Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação: Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa) que o agente frustrar ou fraude o caráter competitivo da licitação, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, com o intuito de obter vantagem

decorrente da adjudicação do objeto do certame.” (STJ, HC 45.127/MG, julgado em 25/02/2008).”

Importante também recordar que o art. 83 da Lei 8.666 estabelece que:

“Os crimes definidos nesta Lei, ainda que simplesmente tentados, sujeitam os seus autores, quando servidores públicos, além das sanções penais, à perda do cargo, emprego, função ou mandato eletivo”.

Pelo Princípio da Vantajosidade e Economicidade, presume-se como sendo prerrogativa da Administração Pública a congregação do maior número possível de concorrentes, viabilizando agregar preço e qualidade aos serviços, como aspectos que interagem e se complementam, promovendo, desta forma, maior competitividade entre os participantes e opções para o órgão licitante em adequar suas possibilidades e necessidades junto ao serviço licitado. Nesse ínterim, faz-se mister 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.

III – DOS PEDIDOS

Postas estas premissas e expostas as razões de fato e de direito, postula nesta oportunidade:

a) Se digne Vossas Senhorias receberem o tempestivo pedido de impugnação ao edital, com seu regular efeito, determinando-se o seu imediato processamento;

b) Seja reformado o descritivo dos itens 2 e 3, conforme alteração sugerida pela impugnante.

c) Seja publicado o edital reformado, para andamento do processo de compras;

d) Caso a Comissão de Licitação entenda em não deferir a presente impugnação, encaminharemos a presente, para apreciação por autoridade hierarquicamente superior.

Nestes termos,
Pede deferimento.

Vinhedo, 02 de março de 2023.

Adriano Molles Nosé
Representante Legal

