

**ILUSTRÍSSIMA SRA PREGOEIRA DA SUPERINTENDÊNCIA DE AQUISIÇÕES E CONTRATOS
- SECRETARIA DE ESTADO DE SAÚDE - GOVERNO DO ESTADO DE MATO GROSSO.**

REF.: EDITAL DO PREGÃO ELETRÔNICO N° 096/2022 - 2ª RETIFICAÇÃO
PROCESSO ADMINISTRATIVO N° SES-PRO-2022/24571

A empresa **SISNAC PRODUTOS PARA SAÚDE LTDA.**, pessoa jurídica de direito privado, devidamente inscrita no CNPJ/MF sob o n.º 10.444.624/0001-51, com sede na Rua José Ramon Urtiza, n.º 206, Setor "A", Vila Andrade, CEP: 05.717-270, São Paulo/SP, vem, mui respeitosamente, à vossa presença, por intermédio de sua procuradora, Sra. Rosane de Andrade Gomes Oliveira, portadora da Cédula de Identidade RG n.º 32.083.232-6 e inscrita no CPF sob o n.º 261.838.798-86, apresentar

IMPUGNAÇÃO POR DIRECIONAMENTO DE LICITAÇÃO

aos termos do Edital de Pregão Eletrônico supracitado, com fundamento no item 24.1 do Edital respectivo, o que o faz pelos fatos e fundamentos que passa a expor:

1) DA TEMPESTIVIDADE DA IMPUGNAÇÃO

Conforme item 24.1 do Edital de Pregão Eletrônico supracitado:

"24.1 Até 03 (três) dias úteis antes da data fixada para sessão de abertura das propostas, qualquer pessoa poderá solicitar esclarecimentos e/ou impugnar o edital e seus anexos, mediante requerimento escrito fundamentado ao(a) Pregoeiro(a), encaminhado para o e-mail pregao02@ses.mt.gov.br, como arquivo anexo, digitalizado e contendo assinatura em todas as vias, ou protocolado na administração do órgão, direcionado para Coordenadoria de Aquisições da SES/MT, em horário de expediente sendo: 08:00 às 12:00 e 14:00 às 18:00 horas;"

A data da abertura da sessão pública da presente licitação está marcada para o próximo **dia 28/06/2023, às 09h30min.**

Lembrando que, conforme artigo 224 do Código de Processo Civil e item 25.8 do Edital, *"Na contagem dos prazos estabelecidos neste Edital e seus Anexos, excluir-se-á o dia do início e incluir-se-á o do vencimento. Só se iniciam e vencem os prazos em dias de expediente na Administração."*

E, ainda, conforme o posicionamento do Prof. Jacoby, que até apresenta um exemplo para essa contagem:

"(...) O dia 19 foi fixado para a realização da sessão e, na forma da contagem geral de prazos, não se computa o dia do início. O primeiro dia na contagem regressiva é o dia 18; o segundo, o dia 17. Portanto, até o dia 16, último minuto do encerramento do expediente no órgão, poderá o licitante e qualquer cidadão impugnar o edital ou requerer esclarecimentos." (FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Sistema de Registro de Preços e Pregão Presencial e Eletrônico - 6. ed. Belo Horizonte : Editora Fórum, 2015. p. 472)

Logo, a presente impugnação se mostra tempestiva, pelo que deve ser conhecida.

2) DOS FATOS

Esta Secretaria de Estado de Saúde - SES-MT republicou pela segunda vez o Edital de Pregão Eletrônico nº 096/2022 - Processo de Compras nº SES-PRO-2022/24571, agora como versão 2ª RETIFICAÇÃO, através do qual pretende registrar preços para futura e eventual aquisição de bens permanentes, EQUIPAMENTOS HOSPITALARES - LISTA 2, incluindo entrega, montagem, instalações, treinamento assistência técnica e garantia.

Conforme já expusemos em nossas outras impugnações, a empresa impugnante é uma licitante séria, reconhecida na área de produtos médico-hospitalares, tanto no que se refere à qualidade dos seus produtos, quanto pela sua competitividade comercial, portanto, uma concorrente que é desejada pela Administração Pública em todas as licitações nas quais o objetivo é a conquista da proposta mais vantajosa para o Estado.

Nessa condição, esta empresa impugnante analisou mais uma vez o Edital em comento e vislumbrou, novamente, na descrição técnica referente ao **item 14 - Máquina Unitarizadora de Medicamentos**, exigências direcionadoras a uma única marca de equipamento, qual seja, marca **OPUSPAC**, bem como a existência de exigências que não se comprovam claras e objetivas a ponto de servirem de critério de julgamento de uma licitação pública.

Com relação às nossas primeira e segunda impugnações, sequer esta Secretaria se dignou a nos fornecer as decisões respectivas, se é que existem, o que configura violação aos Princípios da Transparência, Publicidade, Competitividade, Interesse Público, dentre outros.

Ocorre que, ainda assim, nessa segunda republicação, tal qual na versão original e na primeira republicação, o Edital continua apresentando condições direcionadoras e impeditivas à ampla competitividade e, também, não foram apresentadas justificativas técnicas para a manutenção de tais imperfeições técnicas que comprometem a lisura e a ampla concorrência neste certame.

Assim, de novo, pretendendo buscar uma disputa séria, legal e idônea e, especialmente, que resulte numa proposta vantajosa para esta Secretaria de Estado de Saúde, nos vimos obrigados a, novamente, impugnar os termos do Edital em análise, a fim de que possa ser restabelecida a isonomia, a objetividade e a legalidade na presente contratação, sob pena, inclusive, dos Órgãos de Controle ou do próprio Poder Judiciário determinarem que o faça, aplicando as sanções cabíveis.

Pois, se, pela terceira vez consecutiva sendo alertados, se não forem tomadas medidas administrativas saneadoras desta vez, buscaremos o Poder Judiciário, o Ministério Público e os Órgãos de Controle para que definitivamente medidas sejam adotadas a fim de estabelecer a legalidade neste certame.

Pois, 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. **Quanto mais num mercado restrito e identificável como o de fabricantes de máquinas unitarizadoras de medicamentos cuja disputa ultimamente se resume a não mais que 03 (três) empresas.**

Inclusive, não é demais lembrar que a própria Lei nº 8.666/93 está carregada de tópicos de preocupação, acerca da responsabilização de eventuais responsáveis da disputa por: a) imposição de restrições indevidas à ampla concorrência; b) elaboração imprecisa de editais e c) inclusão de cláusulas que denotam o direcionamento do procedimento licitatório.

Dando respaldo a esse poder de cautela, o art. 82 da Lei nº 8.666/93 ordena que os agentes administrativos que praticarem atos em desacordo com os preceitos da lei de licitações, além das sanções próprias administrativas previstas, **"sujeitam-se à responsabilidade civil e criminal"**.

Acrescente-se, por adequado, que restrições indevidas e preferências injustificáveis podem ser enquadradas criminalmente no novel artigo 178 do Estatuto Licitatório (Lei nº 14.133/2021) que acresceu ao Código Penal o artigo Art. 337-F: "**Frustrar ou fraudar, com o intuito de obter para si ou para outrem vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação, o caráter competitivo do processo licitatório: Pena - reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa.**" (grifo nosso)

3) DO MÉRITO

A Licitação é um procedimento administrativo, ou seja, uma série de atos sucessivos e coordenados voltada, de um lado, a atender ao interesse público pela escolha da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, e de outro, a garantir a Legalidade e a Isonomia, princípios de fundamental importância para que os particulares possam disputar entre si, de forma justa, a participação em contratações que as pessoas jurídicas de direito público entendam realizar.

Desta forma, como retro mencionado, a Licitação, objetivando selecionar a melhor proposta, deve obedecer ao Princípio da Isonomia entre os concorrentes, para que se obtenham condições que permitam sindicar a observância dos princípios da Legalidade, da Vinculação ao Edital, da Impessoalidade, da Moralidade e da Probidade Administrativa, sem o que restam comprometidas a validade da própria Licitação e a consecução de seus objetivos, como definido no *caput* do art. 3º da Lei nº 8.666/93, *in verbis*:

*"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.**" (...)*

*"§ 1º **É vedado aos agentes públicos:***

*I - **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 específico objeto do contrato,** ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991;" (grifo nosso)*

E também no Decreto nº 10.024/19, *ipsis literis*:

*"Art. 2º O **pregão, na forma eletrônica,** é condicionado aos **princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade,** da publicidade, da eficiência, **da probidade administrativa,** do desenvolvimento sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório, **do julgamento objetivo, da razoabilidade, da competitividade,** da proporcionalidade e aos que lhes são correlatos.*

Art. 3º Para fins do disposto neste Decreto, considera-se: (...)

XI - termo de referência - documento elaborado com base nos estudos técnicos preliminares, que deverá conter:

a) os elementos que embasam a avaliação do custo pela administração pública, a partir dos padrões de desempenho e qualidade estabelecidos e das condições de entrega do objeto, com as seguintes informações:

1. a definição do objeto contratual e dos métodos para a sua execução, vedadas especificações excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, que limitem ou frustrem a competição ou a realização do certame; (grifo nosso)

Dos enunciados acima, inclusive, Toshio Mukai extrai o princípio da competitividade que, segundo ele:

“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”. (O Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Administrativos, Ed. Saraiva, SP, 1998, p. 16)

Além disso, disserta o Professor Marçal Justen Filho:

“É certo que a Administração deverá obter a proposta mais vantajosa, mas selecionar a proposta mais vantajosa não é suficiente para validar a licitação. A obtenção da vantagem não autoriza violar direitos e garantias individuais. Portanto, deverá ser selecionada a proposta mais vantajosa, mas, além disso, têm de respeitar-se os princípios norteadores do sistema jurídico, em especial o da isonomia. Por mais vantajosa que fosse a proposta selecionada, não seria válida licitação que violasse direitos e garantias individuais.” (Filho, Marçal Justen. Comentários à Lei de Licitação e Contratos Administrativos. 10ª Edição, São Paulo, 2004. Pag. 49) (grifo nosso)

Com fulcro em tais preceitos legais, é de se saber que os princípios se apresentam como o alicerce das normas que regem os atos administrativos e devem ser obedecidos irrestritamente, sob pena de restar frustrada a validade e eficácia da licitação pública.

Ademais é imperioso se destacar que o Princípio da Legalidade encontra-se intrínseco a todo o procedimento licitatório de tal feita que caso qualquer disposição legal seja desrespeitada, em especial as constantes do instrumento convocatório, tal feito acarretará nulidade total da Licitação e consequente nulidade do contrato que decorra da mesma, uma vez que a nulidade atinge os efeitos do ato.

Nas palavras do professor Hely Lopes Meirelles, in “Licitação e Contrato Administrativo”, 10ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 28: *“a legalidade, como princípio de administração, significa que o administrador público está, em toda sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei, e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso”.* E continua: *“Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza”.*

Nessa toada, faz a seguinte e elucidativa comparação: *“O administrador privado conduz seu empreendimento com dominus, agindo com os poderes inerentes à propriedade em toda a sua extensão. Assim, tudo o que não é proibido, é permitido ao gestor privado. Diga-se, ainda, que o administrador privado pode inclusive conduzir ruinosamente seu empreendimento sem que muito possa ser feito por terceiros (...) O gestor público não age como “dono”, que pode fazer o que lhe pareça mais cômodo. Diz-se, então, que ao Administrador Público só é dado fazer aquilo que a lei autorize, de forma prévia e expressa. Daí decorre o importante axioma da indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos.”.*

Dentro do procedimento licitatório é fundamental que se mantenha a transparência, a probidade, a moralidade e os princípios éticos, em especial o Princípio da Isonomia que exige tratamento e julgamento iguais ofertados a todas as licitantes que participam do certame.

Um processo desprovido do mais fundamental de todos os princípios é nulo de pleno direito e pode ser comparado a um teatro de fantoches, promovido somente com o escopo de ludibriar os dispositivos legais e legitimar uma irregularidade evidente.

A Carta Magna, com clareza e cristalinidade, exige o Princípio da Isonomia para os procedimentos licitatórios em seu art. 37, *caput* e inciso XXI, *ipsis literis*:

*“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.” (grifou-se)*

De forma absoluta e ainda trazendo o entendimento de mestres magnânimos, colacionam-se os ensinamentos do brilhante jurista e doutrinador Antonio Roque Citadini, em sua obra “Comentários e Jurisprudência sobre a Lei de Licitações Públicas”, 3ª Ed., São Paulo: Editora Max Limonad, 1999, pp. 45 a 47:

*“**A igualdade de todos os licitantes diante da Administração é princípio de máximo relevo, que decorre do princípio constitucional da igualdade dos administrados, segundo o qual estes estão perante a Administração em situação de equiparação, vedados quaisquer privilégios ou distinções.** Tal princípio é dogma constitucional, como pode ser verificado pelo inciso XXI, do artigo 37 da Constituição Federal, e preceito legal que já estava presente no Decreto Lei nº 2.300/86, revogado. Diz Hely Lopes Meirelles que ‘a igualdade entre os licitantes é o princípio **impeditivo da discriminação entre os participantes do certame, que através de cláusulas que, no edital ou convite, favoreçam uns em detrimento de outros**, quer mediante julgamento faccioso, que desigule os iguais ou iguale os desiguais’. A constituição Federal é veemente nesse ponto, segundo o Prof. José Afonso da Silva, ao dizer que ‘a mesma confere a igualdade perante a lei, sem distinções de qualquer natureza’. Assim, não se justifica qualquer discriminação promovida pela Administração direta ou indireta, em detrimento de eventual licitante. **Impõe que todos os interessados acudam ao certame licitatório sem qualquer restrição que os desigule perante a Administração Pública**, visando a contratação de obras, serviços, compras, locações e alienações, cumprindo ressalvar que deve ficar assegurada a execução contratual, apresentadas as garantias mínimas legais que sustentem a idoneidade do concorrente.” (sem grifo no original)*

Não há que se discutir, portanto, a supremacia dos Princípios da Legalidade e da Isonomia nos procedimentos licitatórios, cabendo à Administração primar pelo seu certame para que nele sejam respeitados os princípios basilares das concorrências públicas, velando-se por um procedimento reto e igualitário, sem a concessão de benesses individualizadas.

Ademais, em se tratando do Princípio da Impessoalidade, significa dizer que esta Secretaria de Estado de Saúde deve adotar na presente licitação critérios objetivos e pré-estabelecidos no Edital para as suas decisões. Ou seja, deve aplicar critérios imparciais entre todos os participantes e não pode ser subjetivo nas suas decisões e em seus procedimentos.

A impessoalidade dos atos e decisões administrativas é pressuposto da supremacia do interesse público. Quebrada a isonomia no tratamento com os particulares, o agente deixa de observar o interesse público, bem maior e objeto principal do Direito Administrativo.

Hely Lopes Meirelles afirma que:

"(...) o princípio da impessoalidade, referido na Constituição de 88 (art. 37, caput), nada mais é que o clássico princípio da finalidade, o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para o seu fim legal. E o fim legal é unicamente aquele que a norma de Direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, de forma impessoal." **(MEIRELLES, Hely Lopes. Licitação e Contrato Administrativo, 10ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p.85)**

No que concerne ao Princípio da Moralidade, esse se constitui em importante norte para o agente público, pois a Administração não pode tomar postura que desabone a boa conduta de seus atos.

Celso Antônio Bandeira de Mello define tal princípio da seguinte forma:

"O princípio da moralidade significa que o procedimento licitatório terá de se desenrolar na conformidade de padrões éticos presáveis, o que impõe, para a Administração e licitantes, um comportamento escorreito, liso, honesto, de parte a parte." **(MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 28ª edição – São Paulo: Malheiros, 2011, p. 541)**

Aliás, é tão clara a separação entre legalidade e moralidade que, sendo o ato atentatório ao princípio da moralidade, mesmo que esteja revestido de legalidade, este não deve ser tomado pela Administração e é passível de anulação, pois a moralidade representa pressuposto de validade do próprio ato.

Ademais, temos o Princípio da Economicidade que também deve ser observado no presente caso. Sendo o fim da licitação a escolha da proposta mais vantajosa, deve o agente estar incumbido de honestidade ao cuidar da coisa pública, não dispendendo, ao seu talante, recursos desnecessários. Relaciona-se intimamente com o Princípio da Moralidade, sobre o qual discorreremos acima, e também com o Princípio da Eficiência.

Marçal Justen Filho, no tocante ao Princípio da Economicidade, aduz que:

"(...) Não basta honestidade e boas intenções para validação de atos administrativos. A economicidade impõe adoção da solução mais conveniente e eficiente sob o ponto de vista da gestão dos recursos públicos." **(JUSTEN FILHO. Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 8ª ed. São Paulo: Dialética, 2000, p.66)**

Com efeito, para assegurar a isonomia e a impessoalidade na fixação e avaliação dos critérios de julgamento previstos no instrumento convocatório, bem como garantir a sua estrita observância, há o Princípio do Julgamento Objetivo, consignado no art. 40, VII da Lei 8.666/93:

*"Art. 40. O edital conterà no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte: (...)
VII - critério para julgamento, com disposições claras e parâmetros objetivos;"*

O julgamento na Licitação é a indicação da proposta vencedora. Julgamento objetivo significa que este deve ser norteado pelo critério previamente fixado no instrumento convocatório, observadas todas as normas a respeito, neste caso, todas as especificações técnicas exigidas.

Tal princípio impõe que o julgamento da licitação se proceda mediante a análise de requisitos objetivos e claros, previamente definidos no instrumento convocatório da licitação, à luz da Lei de Licitações e demais legislações aplicáveis. Assim, em quaisquer atos praticados pelo órgão licitante em que exista alguma espécie de julgamento e, portanto, de onde resultem efeitos seletivos entre os licitantes, em benefício de alguns, todos esses atos não podem ser ditados por apreciação subjetiva, que dão margem à discricionariedade, nem por critérios variáveis, a apontar cada momento em uma direção.

Vislumbra-se o que dispõe o art. 45 da Lei nº 8.666/93:

"Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle."

Outro princípio, o da Vinculação ao Instrumento Convocatório, possui extrema relevância, na medida em que vincula não só a Administração, como também os administrados às regras estipuladas no Edital.

Dessa feita, em se tratando de regras constantes de instrumento convocatório, deve haver vinculação a elas. É o que estabelecem os artigos 41 e 55, XI, da Lei n 8.666/1993, *in verbis*:

"Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

(...)

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam: (...)

XI - a vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor;"

E também a doutrina pátria:

"O edital é a lei interna da licitação e "vincula inteiramente a Administração e os proponentes". (Hely Lopes Meirelles, "Direito Administrativo Brasileiro", 30ª ed., SP: Malheiros, p. 283).

Maria Sylvania Zanella Di Pietro também traz um ponto muito importante:

"Quando a Administração estabelece, no edital ou na carta-convite, as condições para participar da licitação e as cláusulas essenciais do futuro contrato, os interessados apresentarão suas propostas com base nesses elementos; ora, se for aceita proposta ou celebrado contrato com desrespeito às condições previamente estabelecidas, burlados estarão os princípios da licitação, em especial o da igualdade entre os licitantes, pois aquele que se prendeu aos termos do edital poderá ser prejudicado pela melhor proposta apresentada por outro licitante que os desrespeitou." (PIETRO, Maria Sylvania Zanella Di. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2001)

Ademais, devemos fazer a seguinte reflexão: as normas como um todo, e não só as normas editalícias, não se bastam em si mesmas; elas existem para cumprir um propósito, uma finalidade, a fim de que lhe seja atribuída sua máxima efetividade e seu objetivo seja de fato alcançado. A isso se dá o nome de interpretação teleológica, ou teleologia das normas.

Isso deve ser entendido, portanto, como uma necessária atuação de acordo com “o que é requisitado” no Edital, mas também **“para quê é requisitado”**. Não existem regras inúteis e, dessa forma, em conjunto com uma interpretação literal, deve ser realizada também uma interpretação teleológica sobre as exigências e documentos apresentados.

A interpretação teleológica supera a lógica formal e dirige sua atenção para o bem jurídico tutelado pela norma, isto é, para o fim que a norma procura alcançar. A conclusão interpretativa deve estar afeiçãoada à preservação desse valor bem jurídico, o que extrapassa o âmbito da lógica formal para introduzir no método jurídico um elemento material.

Ao contrário do que pode parecer, o excesso de especificações é um problema, e não uma solução; é o excesso que restringe, que direciona e que torna ilegal o presente Edital!!!!

Ao exigir características técnicas específicas de determinada marca, no presente caso, da marca **OPUSPAC**, deixando de aceitar a participação no certame de todas as demais marcas do mercado, somente por tais critérios e sem qualquer justificativa técnica para tanto, esta Secretaria de Estado de Saúde contraria toda e qualquer normativa legal, jurisprudencial e doutrinária pátrias, cometendo flagrante ilegalidade, *ipsis literis*:

“Lei nº 8.666/1993.

Art. 3º.

§1º. **É vedado aos agentes públicos:**

I - 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 específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5o a 12 deste artigo e no art. 3o da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991;

(...)

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.” (grifo nosso)**

(...)

Súmula 177 do Tribunal de Contas da União - TCU: “A definição precisa e suficiente do objeto licitado constitui regra indispensável da competição, até mesmo como pressuposto do postulado de igualdade entre os licitantes, do qual é subsidiário o princípio da publicidade, que envolve o conhecimento, pelos concorrentes potenciais das condições básicas da licitação, constituindo, na hipótese particular da licitação para compra, a quantidade demandada uma das especificações mínimas e essenciais à definição do objeto do pregão.” (grifo nosso)

É importante que o ato convocatório da Licitação defina claramente critérios de análise dos produtos ofertados, os quais deverão levar em conta fatores de qualidade, durabilidade, funcionalidade e desempenho, dentre outros julgados necessários. O que a Lei de Licitações veda e os Tribunais de Contas condenam, especialmente o Tribunal de Contas da União - TCU, é a preferência por determinada marca ou indicação sem devida justificativa técnica nos autos, *in verbis*:

“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.” (TCU. Acórdão nº 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.” (TCU. Acórdão nº 1034/2007 - Plenário)

“Qualquer restrição em relação ao objeto da licitação deve ter como fundamento razões aptas a justificarem que a finalidade e o interesse público reclamam por tal exigência de forma irremediável. Sem tal justificativa a restrição deve ser tomada por ilegal (art. 3º, § 1º, inc. I).” (...) “Direcionar o edital de uma compra com as características de determinado conjunto de fornecedores não tem nenhuma convergência com o trabalho de especificar corretamente o objeto pretendido para um determinado processo de licitação.” (TCU. Acórdão nº 641/2004 - Plenário)

“As exigências editalícias devem limitar-se ao mínimo necessário para o cumprimento do objeto licitado, de modo a evitar a restrição ao caráter competitivo do certame.” (TCU. Acórdão nº 110/2007 - 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 arts. 3º, caput e § 1º, e 7º, §5º, da Lei 8.666/93 c/c o art. 9º da Lei 10.520/02.” (TCU. Acórdão nº 2387/2013 - Plenário) (grifo nosso)

Nesse sentido, a exigência de caracterização precisa e completa do objeto da Licitação não se confunde com uma especificação exagerada ou excessiva. O TCU frequentemente determina que se evite o detalhamento excessivo do objeto, para não direcionar a Licitação ou restringir o seu caráter competitivo. 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”*.

Conforme ensina José Afonso da Silva (*in SILVA, J. A. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2001*), *“eficiência é um conceito econômico e não jurídico; não qualifica normas, qualifica atividades. Destarte, o referido princípio constitucional orienta a atividade administrativa no sentido de conseguir os melhores resultados com os meios escassos de que se dispõe e a menor custo. Rege-se, pois, pela regra da consecução do maior benefício com o menor custo possível. Portanto, o princípio da eficiência administrativa tem como conteúdo a relação meios e resultados.” (grifo nosso)*

Numa empresa privada, a eficiência é instrumento fundamental para a obtenção do lucro, algo que é perseguido o tempo inteiro e que sem dúvida, é legítimo. Na Administração Pública, temos outros valores. A axiologia é outra. A maior vantagem possível é auferida pela conjugação de dois aspectos inter-relacionados. Um dos ângulos relaciona-se com a prestação a ser executada por parte da Administração; o outro vincula-se à prestação a cargo do particular. E a maior vantagem apresenta-se quando a **Administração assumir o dever de realizar a prestação menos onerosa e o particular se obrigar a realizar a melhor e mais completa prestação**. Fica configurada, portanto, uma relação custo-

benefício. A maior vantagem corresponde à situação de menor custo e maior benefício para a Administração, com vistas à satisfação dos interesses mais desejados dos seus administrados.

Marçal Justen Filho (*in* JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**, 15ª.Ed. São Paulo: Dialética, 2012, p.61) entende que: “O Estado tem recursos limitados para o seu custeio e de suas atividades, bem como a realização de investimentos. E passa a ser *dever do Estado a melhor contratação da proposta mais vantajosa sob o ponto de vista da economicidade.*” (grifo nosso)

Pois bem.

Ultrapassada toda essa questão principiológica e legal, embasada pela melhor doutrina pátria conhecida, temos que conectar as exigências do Edital com a condição fática do mercado fornecedor e assim tecer mais alguns comentários pertinentes que tecnicamente embasam a presente impugnação. Assim, vejamos:

O mercado fornecedor de máquinas unitarizadoras de medicamentos ultimamente se resume a não mais que 03 (três) empresas. Ou seja, a disputa no presente caso girará em torno de apenas 03 (três) concorrentes aptos a ofertar proposta e disputar na fase de lances.

Isso nos leva a uma primeira conclusão: é fácil analisar todas as especificações do mercado, conforme exige a lei e o Tribunal de Contas da União – TCU, e, assim, elaborar no Termo de Referência uma especificação que seja atendida por todo o mercado fornecedor, ampliando ao máximo a disputa, que já é naturalmente exígua, e, em especial, não restringindo a participação de nenhum fornecedor, evitando o direcionamento do certame.

Nesse sentido, exigências muito específicas e sem qualquer justificativa técnica acabam por macular o certame e eivar de vícios a presente licitação. Reafirmamos:

A DESCRIÇÃO TÉCNICA ESTÁ DIRECIONADA A UMA ÚNICA EMPRESA: OPUSPAC!!!!!!

Primeiramente, nos referimos à exigência de “SELAR HERMETICAMENTE SEM AR INTERNO”.

Tal exigência restringe a participação de empresas que possuem tecnologia superior e que, através de outra solução tecnológica, garante o perfeito fechamento e segurança da embalagem e de seu conteúdo, garantido ainda que não se forme uma “bolsa” com o excesso de ar no seu interior.

Nesse ponto, a exigência deve se limitar ao atendimento à norma RDC 80, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, editada em 11 de maio de 2006, e que regulamenta as atividades de fracionamento de medicamentos, *“a partir de embalagens especialmente desenvolvidas para esta finalidade”*, condicionando a prática à garantia das características asseguradas no produto original.

Essa norma elenca algumas definições que merecem ser evocadas para o momento, a saber:

“1. Embalagem original: acondicionamento aprovado para fins de registro pelo órgão competente do Ministério da Saúde, destinado à proteção e manutenção das características de qualidade, segurança e eficácia do produto, compreendendo as embalagens destinadas ao fracionamento.

2. Embalagem primária: acondicionamento que está em contato direto com o produto e que pode se constituir de recipiente, envoltório ou qualquer outra forma de proteção, removível ou não, destinado a envasar ou manter, cobrir ou empacotar matérias-primas, produtos semi-elaborados ou produtos acabados.

3. *Embalagem primária fracionada: menor fração da embalagem primária fracionável que mantenha os requisitos de qualidade, segurança e eficácia do medicamento, os dados de identificação e as características da unidade farmacotécnica que a compõe, sem o rompimento da embalagem primária.*
4. *Embalagem primária fracionável: acondicionamento adequado à subdivisão mediante a existência de mecanismos que assegurem a presença dos dados de identificação e as mesmas características de qualidade, segurança e eficácia do medicamento em cada unidade da embalagem primária fracionada.*
5. *Embalagem secundária: acondicionamento que está em contato com a embalagem primária e que constitui envoltório ou qualquer outra forma de proteção, removível ou não, podendo conter uma ou mais embalagens primárias.*
6. *Embalagem secundária para fracionados: acondicionamento para dispensação de medicamentos fracionados ao usuário que está em contato com a embalagem primária fracionada, e que constitui envoltório ou qualquer forma de proteção para o produto.*
7. *Embalagem original para fracionáveis: acondicionamento que contém embalagens primárias fracionáveis ou embalagens primárias fracionadas.”*

O artigo 15º da referida RDC estabelece ainda que “*apenas pode ser fracionada a apresentação do medicamento, a partir de sua embalagem original para fracionáveis, para possibilitar um atendimento exato da prescrição ou das necessidades terapêuticas dos consumidores e usuários de medicamentos (...).*”

Levando em consideração que o objetivo final da aquisição é embalar os medicamentos para sua proteção, a garantia de atendimento à norma RDC 80 – ANVISA traz essa comprovação e essa segurança a esta Secretaria de Estado de Saúde.

Agindo assim, a embalagem primária se mantém intacta, tornando impossível o contato do medicamento direto com o ar e a embalagem secundária, evitando contaminação.

Logo, a exigência “**SELAR HERMETICAMENTE SEM AR INTERNO**” é totalmente desnecessária e irrelevante uma vez que o medicamento é unitarizado dentro do blister, o qual já é hermético. Esta característica apenas é necessária para unitarizações de comprimidos fora do blister, o que não é o caso. Explicamos:

O sistema de unitarização dos comprimidos com embalagens que não possuem grau médico e/ou barreira física com certificação pela ANVISA não são adequadas para este Sistema que esta Secretaria de Estado de Saúde está adquirindo na presente licitação. No sistema de unitarização, ora licitado, serão entregues por todos os competidores deste Pregão embalagens em plástico que não possuem qualquer certificação para esta atividade tratada como hermética, que é algo bem mais complexo e com regulamentação própria, inclusive exigindo testes de submersão em azul de metileno para esta comprovação da hermeticidade da embalagem.

Portanto, as unitarizações dos comprimidos se dão dentro do blister, em embalagem primária e obviamente as ampolas e frascos ampolas também o são em sua embalagem primária.

Vale lembrar que a unitarização fora do blister, além de um insumo especial e apropriado, requer uma preparação específica com ambiente específico para atender às RDC's da ANVISA. Então, o processo de unitarização, ora licitado, não visa a hermeticidade da embalagem; basta lembrar que até a introdução e aquisição da presente tecnologia, o trabalho de unitarização é manual e humano e a dispensação, em muitos dos casos, é realizada em saquinhos plásticos selados manualmente e que oferecem riscos ao paciente, o que ainda é a realidade de muitos hospitais brasileiros e que é permitido pela ANVISA.

Além disso, um processo de cortes de blister manual, combinado à selagem também manual, oferece imenso risco ao paciente e também traz insegurança no processo de rastreabilidade do medicamento.

Ou seja. A presente contratação visa, sim, e acima de tudo, a melhoria da rastreabilidade e segurança precisa de uma embalagem inviolável, com ótima aderência de impressão para leitura e conferência dos códigos de barras, inclusive a posteriori. Logo, não precisa sequer ser hermética ou vedada.

Quanto à eliminação do excesso de ar das embalagens para que não fiquem almofadadas, esse é o objetivo, embalagens que depois de fechadas não mantenham ar em excesso dentro delas e que garantam o bloqueio de entrada e/ou saída de ar das mesmas.

Em outro ponto, o Termo de Referência exige que seja ofertado um **“EQUIPAMENTO COMPACTO EM AÇO INOX”**; ou seja, o equipamento deve ser integralmente constituído de apenas aço inox. O que é outra desnecessidade e que acaba por direcionar o certame a uma única marca que, por conta própria e interesse próprio, fabrica seu equipamento integralmente em aço inox, sem qualquer justificativa técnica que fundamente essa opção.

Isso, porque, **devem ser em aço inox somente as partes do equipamento que entram em contato direto com o medicamento**. E não o equipamento todo.

Nosso equipamento, por exemplo, utiliza alumínio e aço inox, e possui em seu processo estrutural e construtivo a aplicação de chapas de alumínio, peças de inox e aço carbono, que são devidamente tratados para eliminar o processo de oxidação e pintados por processo de pintura a pó com tinta epóxi de alta qualidade, o que atende integralmente todos os requisitos para o trabalho no ambiente hospitalar, inclusive preparado e prático para o processo de limpeza e desinfecção que é premissa básica para estes equipamentos.

Ressalvado, como já dissemos, que todas as áreas de contato com o medicamento em nosso equipamento são em aço inox, pois a qualidade de nossos produtos, aliada à segurança dos pacientes e operadores dos hospitais, são nossos maiores lemas e pontos de atenção.

Não existe nenhuma obrigatoriedade técnica para que o equipamento seja integralmente fabricado especificamente em aço inoxidável; pode ser fabricado, por exemplo, em alumínio, aço fosfotizado, etc. Esta obrigação específica indica direcionamento para equipamento e fabricante em particular da marca **OPUSPAC**.

A constante menção a este material em específico denota direcionamento a fabricante/fornecedor único, já que existem vários tipos de aço inoxidáveis e outros como aço fosfotizado que são apropriados para a fabricação deste tipo de equipamento, inclusive utilizamos aço inoxidável em todas as partes do equipamento onde existe contato com as embalagens primárias dos medicamentos.

O direcionamento e ilegalidade estão na limitação ao material exigido e aceito sem qualquer justificativa técnica para tanto. Inclusive, tais limitações se transformam numa verdadeira barreira tecnológica, afinal, por exemplo, por tais regras editalícias é vedada a oferta de um equipamento integralmente em carbono, reconhecido e comprovadamente mais leve e resistente que o alumínio e o aço.

Assim, a preocupação e necessidade desta Secretaria de Estado de Saúde devem se limitar à oferta de um equipamento durável e de qualidade, resistente a oxidações e corrosões, sem, entretanto, definir o material especificamente, mas sim se ater às suas propriedades e características.

No mais, impugnamos as seguintes exigências editalícias que se mostram apenas como subterfúgios ao direcionamento, sem qualquer justificativa capaz de fundamentá-las:

➤ **“NO MÍNIMO 12 ALARMES”**

Solicitação desnecessária e direcionadora, o Edital solicita no mínimo 12 (doze) alarmes, sem qualquer justificativa técnica para tanto, sendo que não há necessidade de restringir a participação

de outras empresas por conta de número de alarmes que o equipamento possui, cada equipamento possui seu funcionamento e seus sistema de alarmes para cada ação, o que não afeta o objetivo final, que deve ser possuir alarme de aviso para todas as ações defeituosas do equipamento ou do operador, independente dos seus modos e quantitativos.

➤ **“TROCA DO FORMATO DE EMBALAGEM DE NO MÁXIMO 2 MINUTOS”**

Não há como limitar uma ação que depende exclusivamente da habilidade do operador que está usando o equipamento, e não do equipamento em si. Nenhum fornecedor pode garantir qualquer tipo de prazo nesse sentido. Como isso será mensurado e comprovado neste certame?

➤ **“HAVER UMA SETA INDICATIVA DO LOCAL CORRETO DE ABERTURA”**

Cada fornecedor possui o seu tipo de embalagem e indicação de abertura, que não necessariamente é uma “seta”, ou seja, outra solicitação desnecessária que restringe a nossa participação sem qualquer justificativa técnica.

➤ **“MEDICAMENTOS FOTOSENSÍVEIS DEVERÃO TER BLOQUEIO DE LUZ DE, NO MÍNIMO, 97%, PERMITINDO PASSAR NO MÁXIMO 3% DE LUZ”**

Com base em que teste é definido a solicitação de tal porcentagem (?), essa é uma solicitação implantada pela empresa **OPUSPAC**, para a qual nem ela mesma possui comprovação, e da qual se utiliza somente para protelar o processo com recursos administrativos. Como isso será mensurado e comprovado neste certame?

➤ **“COMPATÍVEL COM APROXIMADAMENTE 90% DAS CARTELAS DE MEDICAMENTOS DISPONÍVEIS NO MERCADO”**

Como a empresa vai comprovar que atende 90% das cartelas do mercado? Esta Secretaria possui o conhecimento de todas as cartelas existentes no mercado? Apenas mais um quesito desnecessário, para gerar recurso das concorrentes e protelar o certame. Como isso será mensurado e comprovado neste certame?

Todas essas infundadas e diversas solicitações são realizadas única e exclusivamente com o objetivo de direcionamento do item 14 deste certame à empresa **OPUSPAC**; excesso de detalhamento, esse, que restringe a participação das outras duas concorrentes do mercado, dentre elas a nossa empresa, e que em nada se relacionam à principal função do equipamento que é cortar blister e unitarizar os medicamentos.

Façam o correto, o que é probo e o que se espera de qualquer gestor público sério: especifiquem o mínimo necessário ao atendimento da necessidade desta Secretaria e deixem os concorrentes disputarem entre si um fornecimento justo, legal e vantajoso a esta Administração Pública. Não procurem criar ainda mais artifícios para direcionar o certame a uma marca já escolhida e definida sem qualquer justificativa técnica e muito menos econômica!!!!!!!

Novamente alertamos: **o excesso de especificações é um problema, e não uma solução; é o excesso que restringe, que direciona e que torna ilegal o presente Edital!!!!!!**

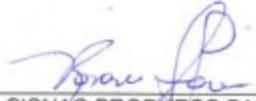
4) DOS PEDIDOS

Ante todo o exposto, requer-se seja a presente impugnação recebida e conhecida e, no mérito, julgada totalmente procedente, para o fim de retificar os termos do **Edital do Pregão Eletrônico nº 096/2022 - 2ª RETIFICAÇÃO - Processo de Compras nº SES-PRO-2022/24571**, mais precisamente do seu **item 14 - Máquina Unitarizadora de Medicamentos**, retirando-se ou se alterando as especificações técnicas restritivas e direcionadoras ao equipamento da marca **OPUSPAC**.

Caso não seja este o entendimento desta Secretaria de Estado de Saúde - SES-MT em reformar o descritivo e possibilitar uma ampla participação e concorrência neste certame, antecipamos que é procedimento da nossa Procuradoria Jurídica a análise e encaminhamento de denúncia ao Ministério da Saúde, à Controladoria Geral da União - CGU, aos órgãos de controles internos desta Secretaria da Saúde e do Estado de Mato Grosso, às Corregedorias e Controladorias, além do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso, ao Tribunal de Contas da União - TCU, à Polícia Federal, Ministério Público Estadual e Federal e à Receita Federal, que detém competência para proceder à análise e solução da questão, com fulcro na Lei nº 13.460/2017, Lei nº 12.846/2013 - Lei Anticorrupção, Lei de Improbidade Administrativa - Lei nº 8.429/1992, Lei nº 8.666/1993, e Lei nº 14.133/2021.

Termos em que, pedimos e esperamos por deferimento.

São Paulo/SP, 22 de junho de 2023.


SISNAC PRODUTOS PARA SAÚDE LTDA
Rosane de Andrade Gomes Oliveira
Representante Legal
(RG) nº 32.083.232-6 v(CPF) nº. 261.838.798-86

10.444.624/0001-51

SISNAC PRODUTOS PARA SAÚDE LTDA

Rua José Ramon Urtiza, 206
Vila Andrade - CEP: 05717-270
São Paulo - SP