

AO ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DA SECRETARIA DE ESTADO DE SAÚDE DE MATO GROSSO

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

Pregão Eletrônico n.º. 006/2022

Processo n.º. 380328/2021

UASG n.º. 926289

N.º. comprasnet 62022

G L PRADO REPRESENTAÇÕES E DISTRIBUIDORA COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA, com nome fantasia **L3 COMÉRCIO SERVIÇOS E EQUIPAMENTOS**, pessoa jurídica de direito privado inscrita no CNPJ sob o n.º. 32.713.483/0001-68, sediada na Rua Ernesto Marinho, n.º. 343, Bairro Centro, CEP: 62.010-110, na cidade de Sobral/CE, vem, tempestivamente, perante este Ilustrado Órgão, por intermédio de seu representante legal que ao final assina, apresentar **IMPUGNAÇÃO AO EDITAL do PREGÃO ELETRÔNICO N.º. 006/2022 DA SECRETARIA DE ESTADO DE SAÚDE DE MATO GROSSO**, pelo que expõe, para ao final requerer, o seguinte:

1. DOS FATOS

Como é cediço, a Secretaria de Estado de Saúde de Mato Grosso publicou, por intermédio de seu Pregoeiro e equipe de apoio, o edital do Pregão Eletrônico n.º. 006/2022, que tem por objeto o “*Registro de Preços visando a futura e eventual aquisição de “Instrumental Cirúrgico” para atender as necessidades das Unidades vinculadas a Secretaria de Estado de Saúde de Mato Grosso, segundo o anexo do termo de referência denominado – INSTRUMENTAL AVULSO – LISTA 03*”, conforme detalhamentos, especificações e condições, quantidades e exigências estabelecidas neste Edital e seus anexos.

Ocorre que a impugnante, ao analisar as exigências feitas no instrumento convocatório, percebeu neste a existência de vícios que afrontam os princípios que regem os atos administrativos, conforme se demonstrará a seguir.

2. DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Douto Pregoeiro, após uma breve análise das exigências do instrumento convocatório a título de habilitação das empresas licitantes, viu-se que o edital traz requisitos desnecessários, que acabam por restringir a competitividade do certame e afrontam a legalidade do torneio.

Nesta toada, há que se destacar o subitem 11.8.11 do edital, que trata da exigência de documento para fins de habilitação:

11.8.10 Declaração do fabricante dos produtos, comprovando que o licitante é Fabricante, distribuidor ou Revendedor Autorizado no Brasil, para fornecer os materiais objeto deste Pregão Eletrônico. (Modelo – anexo IV).

11.8.11 Quando se tratar de Distribuidor ou Revendedor Autorizado, o mesmo deverá apresentar a carta de credenciamento do respectivo Fabricante dos materiais.

11.8.11.1 A exigência de apresentação das documentações supracitadas (Declaração do Fabricante dos Produtos e Carta de Credenciamento) é cabível para garantir a segurança quanto à procedência e ao armazenamento da mercadoria a ser entregue.

Ocorre, Douto Pregoeiro, que nem todas as empresas, que distribuem ou revendem instrumental cirúrgico, detêm vínculos administrativos e comerciais para com o fabricante do produto, ao passo de apresentarem carta de credenciamento destes.

Em decorrência disso, diversas empresas interessadas em participar do certame, as quais possuem amplas condições para fornecerem os produtos licitados, deixarão de concorrer, frente à impossibilidade de se sagrarem vencedoras, uma vez que não conseguirão apresentar o documento ora em discussão.

A verdade é que a Administração está praticamente obrigando as licitantes a deterem vínculos administrativos e comerciais com os fabricantes de instrumentais cirúrgicos, o que é completamente desnecessário para que revendam ou distribuam tais produtos.

Com o máximo de respeito, a referida exigência direciona o certame somente às empresas que são fabricantes de instrumentais cirúrgicos e as que são credenciadas a estas, que são exatamente as únicas que possuem condições de apresentar Declaração do Fabricante dos Produtos e Carta de Credenciamento.

Nesta toada, Ilmo. Pregoeiro, é inquestionável que a exigência ora vergastada mitiga a competitividade do certame, posto que empresas possivelmente interessadas em participar do procedimento licitatório aqui discutido, ao se depararem com tal exigência impossível de ser cumprida, acabariam por não participar.

Saliente-se que a própria jurisprudência do Tribunal de Contas da União – TCU coaduna com o entendimento de que exigir das licitantes carta de credenciamento é restringir indevidamente e desnecessariamente o caráter competitivo do certame. Senão, vejamos:

“Não se deve exigir em editais que a licitante seja credenciada, autorizada, eleita, designada, ou outro instituto similar, pelo fabricante, para fornecer, instalar, dar suporte e configurar os

equipamentos que constituam objeto da licitação, tendo em vista tratar-se de condição que restringe indevida e desnecessariamente o caráter competitivo do certame.”

(TCU. Acórdão n.º. 4.300/2009. 2ª. Câmara)

“A exigência de que empresa licitante apresente declaração lavrada por fabricante atestando que está por ele credenciada para fornecimento do produto pretendido extrapola os limites para habilitação contidos nos arts. 27 a 31 da Lei 8.666/1993.”

(TCU – Acórdão n.º 847/2012-Plenário, Processo n.º. TC 036.819/2011-5, rel. Min. José Jorge, 11.4.2012)

Conforme se verifica acima, em absoluta divergência ao edital, o entendimento pacificado do TCU é expresso ao determinar que os editais de licitação não devem exigir que as licitantes sejam credenciadas, autorizadas, eleitas, designadas, ou outro instituto similar, pelo fabricante, para fornecer, instalar, dar suporte e configurar os equipamentos que constituam objeto da licitação, tendo em vista tratar-se de condição que restringe indevida e desnecessariamente o caráter competitivo do certame.

Com o objetivo de contratar a proposta mais vantajosa, cumpre ao Administrador incrementar a competitividade do torneio, possibilitando, assim, a participação do maior número de licitantes. A redução da competitividade pela cláusula restritiva em comento certamente afeta diretamente na participação das licitantes, afrontando a competitividade e desviando a real finalidade do instrumento convocatório.

A própria Constituição Federal, prescreve que os processos de licitação pública devem assegurar igualdade de condições a todos os concorrentes, permitindo somente as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações, senão vejamos:

“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.”

Desta sorte, faz-se mister citar novamente o posicionamento do Tribunal de Contas da União – TCU, agora versando sobre as cláusulas editalícias que restringem à competitividade, proferiu o seguinte aresto:

“REPRESENTAÇÃO. LICITAÇÃO. RESTRIÇÃO À COMPETITIVIDADE. PROCEDÊNCIA PARCIAL. ANULAÇÃO.

A inadequação das exigências editalícias, que atentam contra o princípio da isonomia, da legalidade, da competitividade e da razoabilidade, insculpidos no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988, e no art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei de Licitações e Contratos, conduz à anulação do processo licitatório.”

(TCU 00132820070, Relator: VALMIR CAMPELO, Data de Julgamento: 06/06/2007)

(...) “abstenha-se de exigir, para habilitação em processo licitatório, documentos além daqueles previstos nos artigos 28 A 31 da Lei 8.666/93, caracterizando restrição ao caráter competitivo do certame.”

(TCU. Processo nº. TC-425.106/1996-9. Decisão nº 22/1997 – 28ª Câmara)

No que tange ao princípio da competitividade, torna-se imprescindível trazer ao lume o escólio do Douto José dos Santos Carvalho Filho. Veja-se:

“[...] princípio da competitividade, correlato ao princípio da igualdade. Significa que a Administração não pode adotar medidas ou criar regras que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo da licitação. Em outras palavras, deve o procedimento possibilitar a disputa e o confronto entre os licitantes, para que a seleção se faça da melhor forma possível. 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. Encontramos o princípio no art. 3º, § 1º, I, do Estatuto.”

(CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, p. 223, 2007)

Assim, resta evidenciado que a manutenção do item 11.8.11 do edital com a redação atual ocasionará prejuízos à vantagem do certame, porquanto será indevidamente vedado o acesso de licitantes com amplas condições de ofertar a proposta mais vantajosa. Nesse sentido ensina Carlos Pinto Coelho Motta:

“Como é sabido e exaustivamente reiterado na legislação, o princípio constitucional da economicidade é a própria razão de ser do instituto da licitação, figurando com destaque no art. 3º da Lei nº 8.666/93 e exigindo que o procedimento represente vantagem concreta da Administração na contratação do bem ou serviço. Destarte, o processo competitivo não tem validade intrínseca, constituindo apenas um instrumento de melhoria do gasto público. Quando, por qualquer motivo, deixa de ser vantajoso para o órgão ou entidade licitadora, perde seu núcleo instrumental e torna-se ineficaz. Cumpre, então,

eliminar todo elemento que não favoreça o epílogo necessário do certame – ou seja, a contratação do objeto exato pelo melhor preço.”

(MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Apontamentos ao regulamento licitatório das microempresas e empresas de pequeno porte – Decreto nº. 6.204/2007. Revista Zênite de Licitações e Contratos – ILC. ed. 166. Brasília. Zênite. Dez/2007, p. 1179)

Fundamental destacar ainda que a supra mencionada exigência de habilitação simplesmente não consta do rol taxativo da Lei 8.666/93, a título de qualificação técnica, senão vejamos:

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

I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;

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 - comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação;

IV - prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso.

Veja-se que a lei é explícita ao trazer a expressão “LIMITAR-SE-Á”, ou seja, trata-se de rol taxativo e obrigatório, o qual não prevê a hipótese de se exigir carta de credenciamento do Fabricante dos materiais a título de qualificação técnica.

Ainda, tampouco existe qualquer lei específica que trate sobre o assunto, determinando a obrigatoriedade de tal documento para a distribuição/revenda do produto, de modo que tal cláusula é realmente indevida.

Assim, diante de tudo o que restou acima exposto, caso o edital não seja alterado, este estaria maculado de ilegalidade, ferindo de morte o que é disposto na Lei das Licitações. Veja-se que o edital, devido ao Princípio da Legalidade, **não pode ir de encontro ao que é definido na legislação vigente.**

Conforme é sabido por todos, todas as atitudes da Administração devem ser consubstanciadas na estrita observância da legalidade. Assim, frente a uma ilegalidade em seus atos, tem como seu dever corrigir tal vício.

Faz-se *mister* ressaltarmos o texto legal e constitucional, segundo o que já foi mencionado, de forma a demonstrar que tais princípios foram devidamente positivados em nosso ordenamento jurídico:

Lei nº. 8.666/93:

*“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.”*

Constituição Federal:

*“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:”*

Em igual direção, cumpre mencionarmos a doutrina pátria sobre o assunto:

“A legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37, caput), significa que o administrador público está, em toda a 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 a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso. A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da lei.

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. A lei para o particular significa ‘pode fazer assim’; para o administrador público significa ‘deve fazer assim’

As leis administrativas são, normalmente, de ordem pública e seus preceitos não podem ser descumpridos, nem mesmo por acordo de vontade conjunta de seus aplicadores e destinatários, uma vez que contêm verdadeiros poderes-deveres, irrelegáveis pelos agentes públicos. Por outras palavras, a natureza da função pública e a finalidade do Estado impedem que seus agentes deixem de exercer os poderes e de cumprir os deveres que a lei lhes impõe. Tais poderes, conferidos à Administração Pública para serem utilizados em benefício da coletividade, não podem ser renunciados ou descumpridos pelo administrador sem ofensa ao bem comum, que é o supremo e único objetivo de toda ação administrativa.”

(MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 20ª Edição. Editora Malheiros, p. 82-83)

Destaque-se que, para a Administração Pública, o princípio da legalidade não é a mera observância à legislação, mas sim uma verdadeira *submissão* aos ditames legais. É o que ensina Odete Medauar:

“Para a Administração, o princípio da legalidade traduzia-se em submissão à lei. No conjunto dos poderes do Estado traduzia a relação entre poder legislativo e poder executivo, com a supremacia do primeiro; no âmbito das atuações exprimia a relação entre lei e ato administrativo, com a supremacia da primeira”

(MEDAUAR, Odete. O direito administrativo em evolução. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992; grifamos)

Sobre o assunto, é imprescindível trazer à lume os ensinamentos de José Afonso da Silva:

“[...] a palavra lei, para a realização plena do princípio da legalidade, se aplica, em rigor técnico, à lei formal, isto é, ao ato legislativo emanado dos órgãos de representação popular e elaborado de conformidade com o processo legislativo previsto na Constituição (arts. 59 a 69). Há, porém, casos em que a referência à lei na Constituição, quer para satisfazer tão-só as exigências do princípio da legalidade, quer para atender hipóteses de reserva (infra), não exclui a possibilidade de que a matéria seja regulada por um “ato equiparado”, e ato equiparado à lei formal [...]”

(SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 32ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2009; grifamos)

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, a Administração está vinculada não somente à lei em sentido estrito, mas também a eventuais normas que possam existir, decorrentes da lei, produzidas pela própria Administração para regulamentar seus comportamentos posteriores. Segundo o entendimento do doutrinador:

“[...] a expressão ‘legalidade’ deve, pois, ser entendida como ‘conformidade à lei e, sucessivamente, às subseqüentes normas que, com base nela, a Administração expeça para regular mais estritamente sua própria descrição’, adquirindo então um sentido mais extenso [...]”

(MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 20ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006)

Ou seja, **a Administração deve observar não só a legislação *stricto sensu*, mas também as normas emitidas para regular seu próprio poder discricionário.** Em razão disso, no presente caso, deve a Administração cumprir com o que é disposto expressamente tanto na legislação vigente, como também nas jurisprudências do TCU. Saliente-se que, fazendo em contrário, **a Administração Pública estará incorrendo em descumprimento ao que é determinado pelo princípio constitucionalmente protegido da legalidade.**

Assim, o edital deve ser alterado, respeitando a legislação vigente, conforme já sobejamente demonstrado.

3. DO PEDIDO

Ex positis, a empresa ora impugnante requer que V. Sa. realize as modificações necessárias no edital do **PREGÃO ELETRÔNICO Nº. 006/2022 da SECRETARIA DE ESTADO DE SAÚDE DE MATO GROSSO**, em virtude dos vícios acima elencados nesta peça. Por fim, realizadas as devidas correções, requer que seja reaberto o prazo estabelecido no início do procedimento licitatório.

Nestes termos,
Pede deferimento.

Fortaleza, 03 de fevereiro de 2022.

**G L PRADO REPRESENTAÇÕES E DISTRIBUIDORA COMÉRCIO E
SERVIÇOS LTDA**
REPRESENTANTE LEGAL