

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO DO MUNICÍPIO DE SÃO JOSE DO VALE DO RIO PRETO

Processo Licitatório n.º 829/2022

Pregão Presencial nº 34/2022

BIOHOSP PRODUTOS HOSPITALARES S.A., sociedade por ações, inscrita no CNPJ/ME sob o nº 18.269.125/0001-87, com sede na cidade de Contagem, Estado de Minas Gerais, à Avenida Sócrates Mariani Bittencourt, nº 1080, Bairro Cinco, CEP 32.010-010, por seu representante legal, adiante assinado, com fulcro no Art. 9º da Lei nº 10.520/02, Art. 41, §2º, da Lei nº 8.666/92 e Item 15.4 do Edital em referência, vem apresentar **IMPUGNAÇÃO** ao instrumento convocatório, pelas razões de fato e de direito que serão a seguir expostas:

I – DAS RAZÕES DA IMPUGNAÇÃO

I.1 – VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E COMPETITIVIDADE

A Prefeitura Municipal de São José do Vale do Rio Preto, tornou público o processo administrativo em epígrafe, para realização de sessão pública de licitação na modalidade Pregão Presencial, **do tipo menor preço unitário POR ITEM**, para fornecimento de medicamentos REGISTRO DE PREÇOS PARA FUTURA E EVENTUAL AQUISIÇÃO DE MEDICAMENTOS DE ORDEM JUDICIAL.

E, ao analisar o referido Edital, observou-se a existência de vedações que restringem a competitividade e legalidade do processo licitatório, a serem retificados, para tornar esta uma aquisição vantajosa, livre de favoritismos indevidos, respeitando os princípios constitucionais básicos que regem a Administração Pública e outros relativos ao procedimento licitatório.

Pois bem. A Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei 8.666/1993) traz em seu bojo as afirmações de que a licitação “destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia” (Art. 3º) e de que o procedimento não será sigiloso “salvo quanto ao conteúdo das propostas” (Art. 3º, § 3º).

Segundo Nery Junior¹, dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades.

Ocorre que, o Item II, subitem 2.4.9. do edital, vem de encontro aos princípios da isonomia, legalidade, moralidade e da competitividade, ao ponto de prejudicar à própria administração contratante e aos interessados no certame, sendo que, é de todo conveniente e interesse da Administração

¹ NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo civil na constituição federal. 5ª edição, rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 42

que compareça à disputa o maior número possível de interessados, para que a proposta mais vantajosa seja encontrada em um universo mais amplo, senão vejamos:

2.4. Não poderão concorrer neste pregão as empresas:

2.4.9 Sociedades integrantes de um mesmo grupo econômico, assim entendidas aquelas que tenham diretores, sócios ou representantes legais comuns, ou utilizem recursos materiais, tecnológicos ou humanos em comum, exceto se demonstrado que não agem representando interesse econômico em comum;

(Grifo nosso)

No caso em tela, o ato de impedir a participação dessas empresas – integrantes do mesmo grupo econômico, na mesma licitação é essencial para prestigiar o sigilo das propostas, a isonomia e a moralidade, contudo, **desde que tal restrição seja limitada na disputa pelo mesmo ITEM ou LOTE.**

Tal exegese foi expressamente prevista no Decreto n.º 5.450/2005 segue a orientação trazida pela Lei 8.666/1993 de sigilo das propostas, *in verbis*:

Art. 3º (...)

§ 3º. A licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, **salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura.**

(Grifo nosso)

Logo, percebe-se que o ato de duas empresas com os mesmos sócios, integrantes do mesmo grupo econômico, participarem da mesma licitação e “disputarem” o mesmo objeto, de per si, desequilibra a disputa, tornando-a anti-isonômica, contudo, desde que a disputa ocorra para o mesmo ITEM, razão pela qual defendemos que o subitem 2.4.9 do Edital seja alterada, para fazer constar a referida vedação extensiva apenas para o mesmo ITEM, conforme sugestão abaixo:

2.4. Não poderão concorrer neste pregão as empresas:

2.4.9 Sociedades integrantes de um mesmo grupo econômico, assim entendidas aquelas que tenham diretores, sócios ou representantes legais comuns, ou utilizem recursos materiais, tecnológicos ou humanos em comum, exceto se demonstrado que não agem representando interesse econômico em comum, **NO MESMO ITEM do Anexo I – Termo de Referência do Edital;**

Isso porque, o objeto da presente licitação foi dividido em partes específicas, ou seja, **por ITEM**, tal como consta no anexo V – Termo de referência, onde cada qual representa uma parte autônoma, o que aumenta a competitividade do certame, pois possibilita a participação de vários fornecedores.

V - DOS CRITÉRIOS DE JULGAMENTO E ADJUDICAÇÃO

- 5.1. A presente licitação é do tipo menor preço unitário, para Registro de Preços, sendo que o julgamento das propostas será realizado de conformidade com as quantidades, especificações, detalhamentos e condições estabelecidas no presente Edital e seus anexos, levando-se em conta que será considerado vencedor o proponente que oferecer o menor preço unitário..

Na licitação processada por ITEM, há a concentração de diferentes objetos em um único procedimento, que podem representar, cada qual, em certame/contrato distinto. Desse modo, está-se realizando diversas licitações em um só processo, em que cada ITEM, com características próprias, é julgado como se fosse uma licitação em separado e de forma independente.

No âmbito jurisprudencial, a questão já foi por diversas vezes apreciada, sendo certa a impossibilidade de se tratar como uno objeto notoriamente divisível, senão vejamos:

“CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO LICITAÇÃO REGISTRO DE PREÇOS PREGÃO ELETRÔNICO LICITANTES EMPRESAS DE UM MESMO GRUPO ECONÔMICO DESCLASSIFICAÇÃO ILEGALIDADE. 1. Inexiste vedação legal à participação de empresas de um mesmo grupo econômico em procedimento licitatório. Inadmissibilidade de interpretação ampliativa a normas legais restritivas de direitos dos administrados. 2. Não podem ser impedidas de participar individualmente em licitação empresas pertencentes a um mesmo grupo econômico, presentes elementos comprobatórios de sua plena qualificação pessoal (personalidade jurídica, capacidade técnica e idoneidade financeira próprias), ausente prova de fraude ou conluio para frustrar o caráter competitivo do certame. Desclassificação considerada ilegal. Pedido procedente. Sentença mantida. Recurso desprovido².”

“LICITAÇÃO – Requisitos – Mandado de segurança, impetrado por empresa impedida de participar de procedimento licitatório, ora agravante, com pretensão de se suspender os efeitos de pregão licitatório que tem por objeto dois serviços distintos: o de monitoramento eletrônico à distância, com instalação de equipamentos nas dependências das unidades do Conselho Regional de Saúde Norte, e o de vigilância patrimonial desarmada; serviços, esses, licitados de forma conjunta – Hipótese – Circunstância em que não se pode vincular no edital, à mesma empresa licitante, a prestação de serviços que, malgrado complementares, são totalmente distintos nas suas características e na especialização que exigem para o seu desempenho, restringindo, demasiadamente, o número de licitantes, contrariando o interesse público – Ocorrência – Recurso provido³.”

Nas palavras de Marçal Justen Filho⁴, a licitação por itens “*consiste na concentração, em um único procedimento, de uma pluralidade de certames, de que resultam diferentes contratos*”. Segue o mencionado jurista explicando que na licitação por itens, cada ITEM corresponde a uma licitação própria, dotada de autonomia jurídica, mas que, em seu conjunto, se desenvolve em um só procedimento,

TJSP; Apelação Cível 0022483-50.2009.8.26.0053; Relator (a): Décio Notarangeli; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Público Foro Central -Fazenda Pública/Acidentes - 1ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 13/08/2014; Data de Registro: 13/08/2014

² Agravo de instrumento nº 635.534-5/0-00 – São Paulo – 4a Câmara de Direito Público – Relator: Thales do Amaral – 29.03.07 – V.U. – Voto nº 6.142

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 13ª edição, Dialética: São Paulo, p. 266



PRODUTOS HOSPITALARES

documentado nos mesmos autos. Partindo, pois, da premissa de que cada item consiste em uma licitação distinta, não encontramos óbice legal a que duas empresas, com um ou mais sócios em comum, ofereçam propostas a dois itens distintos.

Com efeito, o Edital concentrou, em uma única licitação, diversos itens distintos, e como tal, cada ITEM (medicamento) representa um certame distinto, ainda que reunidos em um só processo.

Portanto, o Ato Convocatório, deve estar em conformidade com a doutrina e jurisprudência, que só veda a participação de empresas do mesmo grupo econômico e/ou distintas que tenham o mesmo sócio na participação/disputa do mesmo objeto (ITEM), o que não é o caso em análise.

Ademais, para fins de apuração de conduta reprovável, necessária se faz a comprovação da intenção de fraudar o certame, pois há vedação legal à participação de empresas com identidade de sócios no mesmo certame licitatório.

Para isso, as regras da licitação determinadas no Edital devem permitir a participação do maior número possível de participantes, impondo somente as condições necessárias para que as propostas se adequem às necessidades da Administração Pública.

O princípio da competitividade é princípio atinente somente à licitação, e está diretamente ligado ao princípio da isonomia. Ora, manter as condições para que haja uma competição isenta de dirigismos, preferências escusas ou interesses dissociados da coisa pública é, em primeira instância, cuidar para que essas condições de participação do certame sejam equânimes para todos os interessados.

Simplemente, podemos afirmar que não há competição sem isonomia e não há isonomia sem competição. O artigo § 1º do 3º da Lei nº 8.666/93, preconiza que:

§ 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 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)

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:

BIOHOSP PRODUTOS HOSPITALARES S/A

CNPJ: 18.269.125/0001-87 * INSCRIÇÃO ESTADUAL 002163182.00-79 * INSCRIÇÃO MUNICIPAL 72095278-0

Av. Sócrates Mariani Bittencourt 1.080 Cinco – Cep: 32.010-010– Contagem –MGTelefone: (31) 2536-

0333 - 3071-0667 e-mail: editais@biohosp.com.br

“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”⁵.

Ora, deve o procedimento possibilitar a disputa e o confronto do maior número de licitantes, para que a seleção se aperfeiçoe da melhor forma possível, o que se traduz na seleção mais vantajosa para a Administração Pública.

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 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).

Assim, qualquer exigência no edital deve ser aplicada em conformidade com os princípios de razoabilidade e proporcionalidade, inerentes à Administração Pública, buscando seu único fim, qual seja, a participação ampla das interessadas nos processos licitatórios promovidos pela Administração Pública, e não restringir esta participação.

⁵ Cf. O Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Administrativos, Ed. Saraiva, SP, 1998, p. 16

Ademais, agindo em desconformidade com o ordenamento jurídico, além de ofensa a legalidade, outros princípios correlatos são atingidos, como a competitividade, a busca pela proposta mais vantajosa, bem como a isonomia.

Ou seja, não há supedâneo jurídico para impedir a participação de empresas do mesmo grupo econômico, notadamente quanto a ITEM distintos, pelo motivo único da identidade dos quadros societários assim entendido aquelas sociedades empresárias que sejam controladoras, coligadas ou subsidiárias entre si, qualquer que seja sua forma de constituição, ou que tenham diretores, sócios ou representantes legais comuns, ou, ainda, que se utilizem de recursos materiais ou humanos em comum.

II - DO PEDIDO

Diante do exposto, para garantir o atendimento aos princípios norteadores do processo licitatório, requer seja dado provimento à presente impugnação, a fim de que sejam realizadas as alterações formais e substanciais acima requeridas, acolhendo-a e promovendo as alterações necessárias nos termos do edital e seus anexos, com sua consequente republicação e retificação na forma requerida.

Nesses termos,

Pede deferimentos

Contagem/MG, 12 de setembro de 2022.

BIOHOSP PRODUTOS HOSPITALARES S.A.