

São Bernardo do Campo, 04 de dezembro de 2023.

AO

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DA PREFEITURA MUNICIPAL DE NAZARÉ PAULISTA

SOMA/SP PRODUTOS HOSPITALARES LTDA, pessoa jurídica de Direito Privado devidamente inscrita no CNPJ sob o nº 05.847.630/0001-10, sediada na Estrada Samuel Aizemberg, nº 1100, Alves Dias, São Bernardo do Campo/SP, CEP: 09.851-550, telefone: (11) 4122-9800, e-mail: licitacao.sp@somahospitalar.com.br, juridico.mg@somahospitalar.com.br, por intermédio de seu procurador, subscrito ao final, vem, com o devido respeito, a presença de Vossa Senhoria apresentar **IMPUGNAÇÃO AO EDITAL DO PREGÃO ELETRÔNICO Nº 52/2023** pelos fatos a seguir expostos.

I. DA TEMPESTIVIDADE

Quanto ao prazo para apresentação de impugnação, o edital de licitação estabelece o prazo de até 03 (três) dias úteis antes da data fixada para abertura da sessão pública.

Considerando o estabelecido no artigo 110 da Lei n.º 8.666/93, bem como que a licitação em epígrafe tem sua abertura agendada para o dia 08 de dezembro de 2023, exclui-se esta data e inclui-se o último dia do prazo, de forma que é tempestiva a impugnação apresentada até o 05 de dezembro de 2023, terceiro dia útil.

Nesse sentido define a Doutrina¹:

(...) se o parágrafo segundo do artigo 41 da Lei nº 8666/93 determina de modo expreso que o licitante deve protocolar sua impugnação ATÉ o segundo dia útil que anteceder a abertura do certame, isso significa que o documento pode ser apresentado inclusive durante o transcorrer do segundo dia útil anterior ao início da licitação. A utilização do termo “até” nos comandos normativos em referência traz, evidentemente, o entendimento de

¹NEVES, Ricardo Silva. Impugnação ao edital: tempestividade. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/14918/impugnacao-ao-edital-tempestividade>

que no segundo dia anterior à abertura do certame ainda se mostra possível apresentar o pedido de impugnação ao edital eventualmente contestado (...)

Ademais, importante ressaltar que legislação é clara ao estabelecer o prazo para impugnação em dias, não horas, de forma que qualquer limitação de hora por parte do agente público será ilegal. O tema dispensa maiores debates, inclusive, já foi alvo de discussão, a exemplo do ACÓRDÃO 969/2022 - PLENÁRIO.

Pelo exposto, deve ser a presente impugnação considerada plenamente tempestiva.

II. DO MÉRITO

O instrumento convocatório objetiva o *“Registro de preços para eventual e futura aquisição de medicamentos para abastecimento da Farmácia Municipal, com entregas parceladas, pelo período de 12 meses”*, com critério de julgamento do tipo menor preço por lote.

Ocorre que o critério de julgamento escolhido revela condição grave de direcionamento, uma vez que apresenta afronta aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, aos quais a Administração Pública está vinculada, conforme mandamento constitucional.

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.

Assim, a presente impugnação pretende afastar exigência que resulta num ilegal e involuntário direcionamento, o qual reduzirá a competitividade, sacrificando os principais princípios constitucionais que norteiam a Administração Pública.

Neste sentido, a Lei nº 8.666/93 veda de forma clara e veemente a utilização de quaisquer manobras, atos, cláusulas e/ou condições, julgamentos e decisões que discriminem ou afastem o caráter competitivo do certame, bem como estabeleçam preferências.

Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração 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 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.

Em primeiro lugar, cumpre esclarecer que apesar de possível, a aquisição de itens diversos em lotes é **exceção à regra**.

Neste ponto, o artigo 15, IV da Lei nº 8.666/93, categoricamente determina que as compras, sempre que possível, **deverão ser subdivididas em tantas parcelas quantas necessárias** com vistas a aproveitar as peculiaridades do mercado, objetivando a economicidade.

A matéria ora tratada é questão pacífica no âmbito do Tribunal de Contas da União:

SÚMULA N. 247. É obrigatória a admissão da adjudicação por item e não por preço global, nos editais das licitações para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, cujo objeto seja divisível, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala, tendo

em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequar-se a essa divisibilidade.

Não há dúvidas: a escolha da divisão em lotes exige cautela e **RAZOABILIDADE** por parte da Administração quando da definição dos itens que integrarão cada um dos lotes, através de **CRITÉRIOS OBJETIVOS**. Neste interim, vale destacar, **A MERA SIMILARIDADE ENTRE OS ITENS NÃO É CAPAZ DE FUNDAMENTAR A OPÇÃO DA DIVISÃO EM LOTES**.

38. Embora não fosse necessário, por ser evidente, devo observar que **a mera similaridade entre itens não é critério hábil para fundamentar a formação de grupos/lotos**. (TCU. ACÓRDÃO 2.977/2012. PLENÁRIO.)

Em suas orientações, o TCU² já determinou que quando escolhido o critério de menor preço por lote, é dever da Administração justificar e fundamentar a **NECESSIDADE** e **VANTAJOSIDADE DA JUNÇÃO** de forma robusta, inclusive, para fins de controle.

Em compras, a divisão do objeto em itens torna-se quase obrigatória, a não ser que fique comprovado prejuízo para o conjunto (...) A divisão do objeto em lotes ou grupos como se itens individuais fossem, deve ser vista com cautela pelo agente público, porque pode afastar licitantes que não possam habilitar-se a fornecer a totalidade dos itens especificados nos lotes ou grupos, com prejuízo para a Administração.

Data máxima vénia, indubitável a ausência de razoabilidade no critério de julgamento determinado pela Administração. Nota-se que **não há nos autos do edital qualquer justificativa da necessidade e/ou vantajosidade do agrupamento**, ao contrário, o que se observa é que a junção dos diversos itens em lotes exclui, automaticamente, a participação de qualquer fabricante, o que certamente resulta em preços bem menos competitivos.

Sobre mesmo tema, destaca-se o voto do Ministro Benjamin. Zymler no Acórdão nº 2.901/2016 – Plenário:

² Brasil. Tribunal de Contas da União. Licitações e Contratos: orientações básicas / Tribunal de Contas da União. – 3. ed, rev. atual. e ampl. Brasília: TCU, Secretaria de Controle Interno, 2006.

26. Consoante o Relatório de Auditoria 189854 da CGU, relativo às contas da (...) do exercício de 2006, ao distribuir os 138 itens de medicamentos em quatro lotes distintos, sem especificar os critérios de tal alocação, e ao definir que seriam desclassificadas as propostas que não contemplassem todos os itens e seus respectivos quantitativos constantes em cada lote, ocorreu restrição à participação de empresas fabricantes de medicamentos, inclusive dos laboratórios públicos, sendo que, em decorrência disso, somente empresas distribuidoras teriam apresentado propostas de preços para o Pregão 10/2006. 27. O critério adotado para adjudicação – menor preço por lote – afastou da concorrência os fabricantes de medicamentos, porquanto não conseguiriam cotar preços para todos os itens de determinado lote. Igual situação ocorreria para o caso de haver distribuidor exclusivo para um ou mais itens de um mesmo lote, o que ensejaria o afastamento de outras empresas da disputa do respectivo lote e, conseqüentemente, a falta de competição para os itens remanescentes. Ou seja, tal critério de adjudicação causou a oferta de preços mais elevados. 28. Essa irregularidade é agravada pelo fato de se tratar de uma licitação para registro de preços. (...) a jurisprudência do Tribunal considera que, nas licitações para registro Adjudicação por item registro de preços, é obrigatória a adjudicação por item como regra geral, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes e seleção das propostas mais vantajosas. A adjudicação por preço global ou lote deve ser vista como medida excepcional, que necessita de robusta motivação, por ser incompatível com a aquisição futura por itens.

Ademais, o critério escolhido dificultará a ampla participação das empresas interessadas, que são obrigadas a apresentar proposta para todos os itens constantes em cada um dos lotes, alguns contendo até 31 (trinta e um) itens, apesar de **AUTÔNOMOS E DIVISÍVEIS**. Vale destacar, em grande maioria, as empresas licitantes dedicam-se à comercialização de apenas determinados produtos, justamente com o fim de oferecer para estes os melhores preços.

Enfim, a matéria tratada é clara e não exige maior debate. O certame em referência, embora eivado de vício, pode ser sanado pelo agente administrativo através do desmembramento dos lotes, sob pena de haver um edital direcionado e viciado.

Por fim, importante lembrar que os agentes administrativos que praticarem ato em desacordo com os preceitos da Lei de Licitações, sujeitam-se, além das penalidades administrativas, à responsabilidade criminal, conforme artigo 337-F do Código Penal.

III. DOS PEDIDOS

Diante de todo exposto, requer-se:

- a) o acolhimento da presente Impugnação;
- b) o desmembramento dos lotes, a fim de conferir o caráter competitivo do certame para fins de participação da impugnante;
- c) Caso não seja este o entendimento de Vossa Senhoria, requer desde logo, que seja a presente Impugnação submetida à apreciação da Autoridade Superior competente, para que delibere sobre seus termos, conforme legislação em vigor.

Assim, por ser justo e totalmente razoável, espera-se por um parecer favorável quanto a pretensão requerida.

Nestes termos,
Pede deferimento.

SOMA/SP PRODUTOS HOSPITALARES LTDA.

Diego de Jesus da Silva
Coordenador de Licitação
CPF: 330.678.278-56
RG: 42.453.039-9