

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DO MUNICÍPIO DE SÃO MARTINHO/RS.

EDITAL DE PREGÃO ELETRÔNICO Nº 03/2021

Objeto: Registro de preços para futura aquisição de Fraldas Descartáveis.

FARMAMED PRODUTOS HOSPITALARES LTDA - EPP, pessoa jurídica de direito privado, com domicílio na cidade de Santa Rosa/RS, na Av. Rio Grande do Sul nº 480, Centro, CEP: 98.900-000, inscrita no CNPJ sob o nº 92.037.480/0001-83, neste ato representada pelo sócio **FLÁVIO LUIS MERGEN** portador do RG nº 5027966182 expedida pela Secretaria de Segurança Pública do Rio Grande do Sul, inscrito no CPF sob o nº 356.994.180-91, futura licitante do processo à epígrafe, vem à presença de V. Sa., respeitosamente, pela presente, apresentar **IMPUGNAÇÃO AO EDITAL**, nos termos a seguir expostos:

1 - DOS FATOS

O Município de São Martinho/RS instaurou processo licitatório na modalidade Pregão Eletrônico nº 03/2021 visando futura aquisição de Fraldas descartáveis, com abertura prevista para o dia 31/03/2021.

Tendo em vista algumas omissões e potenciais ilegalidades no instrumento convocatório, a futura licitante respeitosamente se utiliza do meio legal para ver sanados tais vícios.

O edital prevê a impugnação até 03 (três) dias úteis, portanto demonstrada tempestividade do recurso:

19. PEDIDOS DE ESCLARECIMENTOS E IMPUGNAÇÕES

19.1. *Os pedidos de esclarecimentos referentes ao processo licitatório e os pedidos de impugnações poderão ser enviados ao pregoeiro, até três dias úteis anteriores à data fixada para abertura da sessão pública, por meio dos seguintes endereços de e-mail: admsmartinho@gmail.com ou administração@saomartinho.rs.gov ou por meio do sistema do pregão eletrônico.*

2. DO MÉRITO

Cumpre destacar preliminarmente, que a Impugnante é fabricante de fraldas descartáveis infantis e geriátricas, realizando entregas a diversos órgãos públicos, sendo que não há, em todos esses anos, nenhuma mácula que venha a desaboná-la quanto a qualidade dos produtos entregues.

Isso porque, os produtos produzidos pela Impugnante obedecem todos os padrões de qualidade exigidos pelos órgãos competentes, é detentora da **AFE (Autorização de Funcionamento) da ANVISA**, seus laudos de absorção são satisfatórios e homologados, logo, atendem as exigências da **Portaria nº 1480 de 31 de Dezembro de 1990**, que regulamenta os requisitos de qualidade aplicáveis aos produtos absorventes higiênicos descartáveis, destinados ao asseio corporal.

Dito isto, passa apresentar as razões do presente recurso, com objetivo de ter esclarecidas omissões, e sanar potenciais ilegalidades no instrumento convocatório

2.1. DO TERMO DE REFERÊNCIA – DOS PARÂMETROS DE PESO E MEDIDAS DAS FRALDAS.

As especificações de medidas inseridas no edital, **não são padrão dos fabricantes** e nada contribuem para a melhora na qualidade do produto, indo na contramão dos princípios da competitividade e interesse público.

As referidas especificações de medidas, poderão ocasionar, ainda que, não intencionalmente o direcionamento do objeto, afastando potenciais licitantes, como esta fabricante de fraldas, que fornece para diversos órgãos públicos, além de fabricantes de outras marcas.

A Impugnante também é conhecedora dos produtos de outras fabricantes e observou que as especificações acrescentadas na Edital quanto a indicação de peso e medidas das fraldas adultas, não é padrão de mercado, ou seja, não são essas exigências que poderão trazer qualquer qualidade ao produto almejado.

Ao solicitar os tamanhos das Fraldas Geriátricas (P – M - G – GG), a administração pública já consegue receber o tamanho ideal, sendo desarrazoado exigir parâmetros de medidas , pior ainda quando essas exigências não atendem aos padrões dos fabricantes.

Noutro ponto, o termo de referência trás a exigência de peso mínimo de capacidade de absorção, sem informar os critérios que serão utilizados para aferir o peso indicado.

Ressalta que é princípio estabelecido por lei, a garantia da igualdade das empresas na participação do certame e seu objetivo é sempre a proposta mais vantajosa, não podendo criar critérios que dificultem a competitividade, salvo se necessário ao objeto, previsão estabelecida pela Lei geral de licitações - Lei 8.666/93:

Nesse mesmo sentido, estabelece a Lei 10.520/02, que institui a modalidade de pregão: Art. 3º A fase preparatória do pregão observará o seguinte:

II - a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição;

É também este o entendimento do Superior Tribunal de Justiça: "As regras do edital de procedimento licitatório devem ser interpretadas de modo que, sem causar qualquer prejuízo à administração e aos interessados no certame, possibilitem a participação do maior número possível de concorrentes, a fim de que seja possibilitado se encontrar, entre várias propostas, a mais vantajosa".

Por certo, que os produtos fornecidos pela futura licitante detêm a qualidade necessária para atender a Administração Pública, uma vez que comercializa produtos que se revestem com a mesma eficiência e qualidade requerida pela Secretaria de Saúde.

Contudo a descrição adotada no edital nº 03/2021, traz característica referencial que limita e restringe o universo de licitantes e a oportunidade de obtenção de melhor preço, resultando na perda de economicidade almejada pelo poder público.

Nesse sentido, a futura licitante respeitosamente pugna que seja retificado o edital, incluindo uma variável percentual de 10%, na indicação de medidas das fraldas, assim os critérios de aferição do peso da capacidade de absorção, possibilitando assim a participação de um maior número de empresas licitantes.

2.2. DA INDICAÇÃO DE REFERENCIAL DE MARCA EM EDITAL

O edital trás como referencial a marca HIGIFRAL CONFORT. As disposições da Lei n. 8.666/93 sobre a indicação de marca na definição do objeto da licitação, a palavra **marca** aparece três vezes na Lei n. 8.666/93: em duas é vedada a sua indicação e apenas em uma é admitida, mas **como exceção**:

Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão:

[...]

§ 7º Nas compras deverão ser observadas, ainda:

*I — a especificação completa do bem a ser adquirido **sem indicação de marca**;*

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

*I — para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, **vedada a preferência de marca**, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;*

Art. 7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte sequência:

[...]

*§ 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).*

Assim, a única justificativa para indicação de marca, conforme o § 5º do art. 7º da Lei de Licitações, que a autoriza, deve estar amparada em razões de **ordem técnica**, motivada e documentada, observando a impessoalidade. Ademais, o valor de referência do edital, não é compatível com o preço da marca de referência, visto que o valor, é superior a indicação no edital.

O essencial é que a Administração demonstre que a adoção da marca busca apenas atender o interesse público, afastadas as predileções ou aversões pessoais do administrador.

Em resumo, o art. 15 da Lei n. 8.666/93, diz que as compras devem, sempre que possível, ser realizadas sem indicação de marcas, e, também, de que a vedação da Lei de Licitações refere-se à preferência subjetiva e arbitrária de um produto sobre outro, sem rigor técnico ou econômico, sendo, no entanto, possível à Administração Pública indicar marcas para fins de padronização, se tal indicação for calcada em razões de ordem técnica e constantes do processo licitatório.

3. DO DIREITO

É cediço, o objetivo da licitação é possibilitar a participação do maior número de licitantes de todo território nacional. Dessa forma, o edital deve estabelecer condições razoáveis para possibilitar a concorrência como forma de ser respeitado o Princípio da Livre Concorrência.

Os procedimentos licitatórios devem respeitar regras e princípios, com destaque para o da competitividade e igualdade, para que a administração pública possa, posteriormente, selecionar a proposta mais vantajosa, ao teor do art. 3º da Lei 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.

§ 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;

ARTS. 44, §1.º - VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO JULGAMENTO OBJETIVO DAS PROPOSTAS:

Art. 44. No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei.

§ 1º É vedada a utilização de qualquer elemento, critério ou fator sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado que possa ainda que indiretamente elidir o princípio da igualdade entre os licitantes.

Com relação ao tema, colacionam-se os ensinamentos de HELY LOPES

A igualdade entre os licitantes é princípio impeditivo da discriminação entre os participantes do certame, quer através de cláusulas que, no edital ou convite, favoreça, uns em detrimento de outros, quer mediante julgamento faccioso, que desiguala os iguais ou iguale os desiguais (art. 3º, §1º). Desse princípio decorrem os demais princípios da licitação, pois estes existem para assegurar a igualdade [...].

O desatendimento a esse princípio constitui a forma mais insidiosa de desvio de poder, com que a Administração quebra a isonomia entre os licitantes [...] (Direito Administrativo Brasileiro, 38 ed., São Paulo: Malheiros, 2012, p. 293).

Jessé Torres Pereira Junior, em comentário ao dispositivo, elucida:

"A nenhum servidor da Administração Pública é dado, por qualquer modo, violar o caráter competitivo da licitação. Este é da sua essência, é a razão de existir do instituto. Deveria figurar entre os princípios referidos no caput do art. 3º, embora se possa presumir sua presença entre os correlatos, tanto que será inexigível a licitação 'quando houver inviabilidade de competição' (art. 25)" (Comentários à lei de licitações e contratações da administração pública. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 56.) E arremata esse doutrinador: "Licitação sem competição é fraude ou não licitação." (ob. cit., p. 57)".

Para Toshio Mukai, a norma contempla o princípio da competitividade: "[...] tão essencial à matéria que, se num procedimento licitatório, por obra de conluio, faltar a competição (ou oposição) entre os concorrentes, falecerá a própria licitação, posto que esta é sinônimo de competição" (Curso avançado de licitações e contratos públicos. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000. p. 9/10)

Nesse sentido, são precedentes do Superior Tribunal de Justiça: "A exigência editalícia que restringe a participação de concorrentes, constitui critério discriminatório desprovido de interesse público, desfigurando a discricionariedade, por consubstanciar 'agir' abusivo, afetando o princípio da igualdade." (REsp. n. 43856/RS, rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ 04.09.95) "É certo que não pode a Administração, em nenhuma hipótese, fazer exigências que frustrem o caráter competitivo do certame, mas sim garantir ampla participação na disputa licitatória, possibilitando o maior número possível de concorrentes, desde que tenham qualificação técnica e econômica para garantir o cumprimento das obrigações." (REsp. n. 474781/DF, rel. Min. Franciulli Neto, DJ 12.05.03)

No que tange a proposta mais vantajosa a administração pública, por determinação contida no art. 37, XXI da CF, só podem ser impostas exigências indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações:

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 as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.*

Logo, as exigências contidas no Termo de Referência do Edital, no tocante a parâmetros medidas, são dessarazoadas, especialmente quando estes, não são padrão de mercado.

Para não ferir o princípio da isonomia entre os licitantes, a indicação de marca na identificação do objeto da licitação conforme o único dispositivo da Lei de Licitações que a autoriza, art. 7º, § 5º, deverá amparar-se em motivos de **ordem técnica**, sem influências pessoais, e que tenham um fundamento científico.

Ademais, em momentos de crise como o atual, com escassez de recursos, os processos de compra devem possibilitar a participação do maior número de licitantes possíveis, visando selecionar a melhor proposta e o menor preço.

De tal modo, em razão das ilegalidades apontadas, requer a suspensão do referido edital, para as correções que se fizerem necessárias, através das omissões que frustram o caráter competitivo do certame.

4. DOS PEDIDOS

Ante o exposto, a Impugnante requer e aguarda o total acolhimento da presente RETIFICAÇÃO AO EDITAL DE LICITAÇÃO, pois tais exigências comprometem os princípios da concorrência e competição, bem como os demais princípios acima citados, portanto, dotado de plena ilegalidade, sendo assim requer:

a) Seja recebida a presente impugnação, eis que tempestivamente protocolizada, **preliminarmente concedida a suspensão do processo licitatório.**

b) Seja provida a presente impugnação com o fim de:

1) Retificar o Termo de Referência do Edital, excluindo os parâmetros de

medida nas fraldas ou alternativamente incluir uma variável de 10%, evitando ainda que, não intencionalmente, ocasionar licitação direcionada, assim como proporcionar o maior número de empresas, assim salvaguardando o interesse público.

2) Retificar o edital, excluindo o referencial de capacidade de absorção do produto ou alternativamente informando os critérios que serão utilizados para aferir a exigência.

3) Reiterar o edital, excluindo o referencial de marca do objeto ou alternativamente, justificar tecnicamente a indicação, afastando qualquer cunho de pessoalidade por parte da administração pública.

Nestes termos, pede e espera deferimento.

Santa Rosa/RS, 25 de março 2021.

FARMAMED PRODUTOS HOSPITALARES LTDA - EPP