

À

PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO VICENTE

LICITAÇÃO DE AMPLA PARTICIPAÇÃO E RESERVA DE COTA PARA ME/EPP/MEI

PROCESSO Nº 10709/24

EDITAL PREGÃO ELETRÔNICO Nº 167/24

A/C: Pregoeiro responsável pelo presente certame será o Sr. Israel Carvalho dos Santos, nomeado através da Portaria nº 04 – SEP.

FANEM LTDA., pessoa jurídica de direito privado inscrita no CNPJ/MF SOB Nº 61.100.244/0001-30, com sede em Guarulhos, no Estado de São Paulo, na Rua Arthur Carl Schmidt, Nº 186, por seu representante legal, nos autos do procedimento licitatório em referência, vem, respeitosamente à presença de Vossa Senhoria, com fulcro na Lei Federal nº 14.133/21, do Decreto Municipal nº 62.100/2022, Decreto Municipal nº 56.475/2015 e da Complementar nº 123/2006, alterada pela Lei Complementar nº 147/2014, e das demais normas complementares aplicáveis, vêm tempestivamente e respeitosamente oferecer sua, pelas razões de fato e de direito que passa a expor:

Impugnação ao Edital

I – DOS FATOS

- 1.1.** Ata de Registro de Preço, para aquisição de EQUIPAMENTOS ELETRÔNICOS HOSPITALARES, para as Diretorias da Secretaria da Saúde do Município de São Vicente, conforme especificações contidas no presente Termo de Referência, pelo período de 12 (doze) meses.

1. OBJETO

2.

MODALIDADE LICITATÓRIA SUGERIDA: Pregão Eletrônico

CRITÉRIO DE JULGAMENTO: Menor preço por lote

FORMA DE CONTRATAÇÃO: Ata de Registro de Preço

Constitui objeto da presente licitação a formação de Ata de Registro de Preço, para aquisição de **EQUIPAMENTOS ELETRÔNICOS HOSPITALARES**, para as Diretorias da Secretaria da Saúde do Município de São Vicente, conforme especificações contidas no presente Termo de Referência, pelo período de 12 (doze) meses.

Interessada em participar do pregão em referência, a impugnante obteve cópia do Edital, mas notou que dentre as inúmeras condições para a participação, havia a obrigatoriedade de apresentar proposta de preços **por lote**.

Ao dispor das indigitadas condições, o Edital reduziu drasticamente o caráter competitivo do certame, o que acaba por direcionar o processo licitatório a um número reduzido de empresas habilitadas para o cumprimento integral desses requisitos.

Na prática, o procedimento licitatório perdeu o seu caráter subjetivo e impessoal, já que o órgão público deixou de sustentar uma posição de neutralidade, despendo-se de toda e qualquer imparcialidade.

Estamos diante de restrição de competitividade, entendendo que o critério de julgamento adotado por este r. Órgão pode acarretar prejuízos à Administração Pública, visto que não amplia a disputa e que a simples modificação de lote por item aumentará substancialmente o número de proponentes.

Em resumo, a condição imposta por este Edital (**por lote**) caracteriza o cerceamento do direito de participação de outras empresas concorrentes, inviabilizando a escolha de uma proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

Com fulcro no acima exposto, a manutenção de tal exigência, traz-nos a presença de vícios ilegais, capazes de anular o referido certame, como restará amplamente demonstrado, na presente peça impugnatória.

A seguir, veremos o que diz O Direito a respeito da matéria abordada na presente impugnação:

II - DO CARÁTER VINCULANTE DO EDITAL

O princípio da vinculação ao edital tem por objetivo garantir que a Administração, bem como os licitantes, não se afaste dos ditames fixados no ato convocatório, conforme artigo 3º da Lei nº 8.666/93, abaixo transcrito:

"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, 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." (grifos nossos)

Indique-se que referido princípio foi mantido pela Nova Lei de Licitações, Lei nº 14.133/2021, *in verbis*:

*Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, **da vinculação ao edital**, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).*

Pelo princípio da vinculação, como o próprio nome faz supor, indica-se que não se pode descumprir as normas previstas no edital regulador do processo licitatório ou criar normas não especificadas.

Significa dizer que a Administração e os licitantes devem obedecer a dois diplomas normativos: as leis que regulam a atividade administrativa e o edital da licitação, que, por estabelecer normas pertinentes a todo o procedimento, é o documento que sempre deve ser observado quando as licitações forem realizadas.

II.I - Da não observância ao Princípio da Competitividade do Procedimento Licitatório e da Isonomia.

O objetivo primordial da licitação é a escolha da proposta mais vantajosa à Administração Pública. Com este intuito, as licitações devem propiciar a participação do maior número possível de proponentes, com vistas a que o Poder Público possa efetivamente selecionar a proposta mais conveniente ao interesse comum, dentre o maior número possível de ofertas.

Nesse sentido, deve a licitação desenvolver-se com base no princípio da competitividade, sendo vedadas quaisquer condições que de qualquer forma infrinjam esse preceito. O artigo 3º, §1º, inciso I, da lei 8.666/93, expressamente veda aos agentes públicos:

"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.” (grifos nossos)

Ora, a exigência de propostas elaboradas **por lote** e não **por item**, compromete o caráter competitivo do certame, pois exclui desmotivadamente, inúmeros proponentes que detenham condições técnicas e econômicas para oferecer os produtos objeto do procedimento licitatório em tela.

A doutrina brasileira é pacífica ao afirmar que, com base na lei de licitações, é expressamente proibido estabelecer qualquer condição estranha ao objeto do contrato que limite a competição do procedimento licitatório, vedando-se a inclusão de *"cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão de **circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato**"*¹

No caso em pauta, deve prevalecer o princípio da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, com base no caráter competitivo do certame:

"competência discricionária não pode ser utilizada para frustrar a vontade constitucional de garantir o mais amplo acesso de licitantes". (grifos nossos)

Pode-se, inclusive, vislumbrar a existência de favoritismo administrativo, visto que o Edital expressamente privilegiou restrito rol de empresas que possam apresentar propostas "POR LOTE". Segundo Hely Lopes Meirelles, o desatendimento ao princípio da igualdade tem sido combatido pelo Judiciário que "tem anulado editais e julgamentos em que se descobre a perseguição ou o

¹ Carlos Ari Sundfeld, in Licitação e Contrato Administrativo, 2ª edição, 1994, Ed. Malheiros.

favoritismo administrativo, **sem nenhum objetivo ou vantagem de interesse público**²"

Cabe ressaltar que a observância do princípio constitucional da isonomia e o propósito de selecionar a proposta mais vantajosa para Administração Pública são os princípios basilares do procedimento licitatório, conforme disposto no *caput* do artigo 3º da Lei Federal de Licitações:

Artigo 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 lhe são correlatos. (grifos nossos)

Sobre a igualdade dos administrados em face da Administração, já disse Celso Antônio Bandeira de Mello que esse princípio "*firma a tese de que esta [a Administração] não pode desenvolver qualquer espécie de favoritismo ou desvalia em proveito ou detrimento de alguém. Há de agir com obediência ao princípio da impessoalidade. (...) A exigência de licitação para a realização de negócios com os particulares não traduz apenas o desejo estatal de obter o melhor produto ou serviço com menores ônus. Implica, também, a obrigação de oferecer aos particulares, que se dispõem a fornecer o bem ou o serviço, a oportunidade de disputar em igualdade de condições. Assim, o instituto da licitação não tem em mira, apenas, os cômodos do Estado, mas também, encarece interesses dos particulares em face dele. Não basta, portanto, que a Administração possa demonstrar que realizou operação, em tese, vantajosa para o Estado.*

² Hely Lopes Meirelles, in Direito Administrativo Brasileiro, 18ª edição, 1993, Ed. Malheiros.

Importa que demonstre, ainda, ter oferecido oportunidades iguais a todos os particulares. Só assim se evidenciarão o tratamento isonômico a que fazem jus e a ausência de favoritismo na utilização de poderes ou na dispensa de benefícios dos quais a Administração é depositária e curadora, em nome de terceiro, por se tratar de interesses públicos.³

Conforme já ressaltado, a exigência de apresentação de propostas “POR LOTE”, contempladas no Edital supra referendado, configura justamente esse tipo de cláusula instituidora de limitação e restrição à licitação, com a consequente implementação da desigualdade entre iguais.

Afinal, não há outra razão para a inclusão de tal obrigação, a não ser a limitação de participantes no certame. É inquestionável que tal exigência discrimina empresas sem qualquer fundamentação de interesse público, acabando por penalizá-las em razão desse critério ilegal.

Evidenciado está, pois, que a restrição ilegítimamente introduzida não reflete o melhor ajuste à Administração na medida em que a competitividade do certame foi claramente prejudicada.

Nesse sentido, vejamos o que o Exmo. Ministro do Supremo Tribunal de Justiça, José Delgado, enquanto relator do Recurso especial n.º 104.993 – AM consignou na ementa do v. acórdão da 1ª Turma do Colendo STJ que manteve a anulação de procedimento licitatório:

*“Os Princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, transparência e **igualdade**, entre outros, devem gerir o procedimento licitatório.” (grifos nossos)*

³ Op. Cit., pp.43/46.

Como se não bastasse o já acima exposto, a previsão desse tipo de cláusula no edital, ao restringir o caráter competitivo do certame e ferir flagrantemente o princípio da isonomia entre os licitantes, viola o disposto na Constituição Federal de 1988, que dispõe:

Art. 37 (...)

*XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure a **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 econômicas indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.*

Assim, é lição escoreita no Direito Administrativo que o **“princípio da igualdade”** constitui um dos alicerces da licitação, na medida em que esta visa, não apenas permitir à Administração a escolha da melhor proposta, como também assegurar igualdade de direitos a todos os interessados em contratar. **Esse princípio, que hoje está expresso no artigo 37, XXI, da Constituição, veda o estabelecimento de condições que impliquem preferências em favor de determinados licitantes em detrimento dos demais.**⁴

Ora, a exigência do Edital ora impugnado, representa pura e simplesmente a limitação da competitividade uma vez que, infringindo o princípio da isonomia, prevê condição restritiva que não encontra respaldo em nosso ordenamento jurídico.

⁴ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, in Direito Administrativo, 10ª edição, 1999, Ed. Atlas.

Resta cristalino, pois, a intenção da legislação em negar a admissão de cláusulas ou condições no edital que comprometam, restrinjam ou frustem o caráter competitivo da licitação e o princípio da isonomia.

Também fica demonstrada a violação ao princípio da legalidade, com base no qual a Administração Pública só pode exercer suas atividades na mais estrita consonância com os termos legais. Assim, de acordo com os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Melo, o "*princípio da legalidade é a completa submissão da Administração às leis*⁵".

O **princípio da legalidade** para a Administração Pública se traduz na estreita relação que limita a atuação do agente público aos termos da lei.

No dizer da doutrina:

"a) Legalidade

É agora uma prescrição jurídica expressa no capítulo da licitação, que limita a possibilidade de arbítrio do poder discricionário da Administração Pública, sendo que a finalidade do ato, dentro da razoabilidade, deve conformar-se com os ditames legais" (Antônio Roque Citadini, Comentários e Jurisprudência sobre a Lei de Licitações Públicas, 3ª edição, Ed. Max Limonad, pg. 39 – destacamos).

"É o fruto da submissão do Estado à lei. É em suma: a consagração da idéia de que a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que, de conseguinte, a atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal, consistente na expedição de comandos complementares à lei"

⁵ Celso Antônio Bandeira de Mello, in Curso de Direito Administrativo, 12ª edição, 2000, Ed. Malheiros.

(Celso Antônio Bandeira de Mello, Curso de Direito Administrativo, 11ª edição, Ed. Malheiros, pg. 58 - grifamos).

A legalidade, como princípio de administração (Constituição Federal, 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.

(...)

"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" (Hely Lopes Meirelles, Direito Administrativo Brasileiro, 20ª edição, Ed. Malheiros, pg. 82 – grifos nossos).

Conclui-se, portanto, que a Administração Pública deve agir em conformidade com o que dispõe a legislação vigente.

Não é o que denota-se, todavia, na licitação em comento, posto que houve a efetiva restrição do direito de participação, com a publicação de edital convocatório cujos requisitos poderiam ser atendidos por poucos concorrentes.

Deparamo-nos, outrossim, com a afronta ao outro princípio basilar da contratação pública, qual seja: **Princípio da Igualdade.**

Note-se que referido princípio, atualmente inserido na Constituição Federal – **artigo 37, inciso XXI** – veda o estabelecimento de condições de tratamento distintos aos participantes do processo de licitação, vale dizer, proíbe

categoricamente a preferência em favor de determinado proponente em detrimento dos demais, inclusive no que tange às exigências de qualificação técnica. 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 da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:*

(...)

XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienação 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 econômicas indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

(...)"

Disso, aliás, decorrem **outros dois princípios: o da competitividade** que, como mencionado acima, também não foi observado, bem como o da **impessoalidade** que, em síntese, proíbe "*favoritismos ou discriminações impertinentes, sublinhando o dever de que, no procedimento licitatório, sejam todos os licitantes tratados com absoluta neutralidade.*"⁶

Ao que tudo indica, nenhum dos princípios apontados foram observados no certame objeto desta Impugnação.

⁶ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, 11ª edição, Malheiros Editores, pág. 378.

III. CONCLUSÃO E REQUERIMENTOS:

Assim sendo, requer a impugnante seja a presente impugnação⁷ ACOLHIDA POR VOSSAS SENHORIAS, PARA O FIM DE:

(I) RE-RATIFICAR O EDITAL, POR INFRINGÊNCIA A NORMA DE ORDEM PÚBLICA, PUBLICANDO-SE A RE-RATIFICAÇÃO EM TEMPO HÁBIL, PARA A MANTENÇA DESTE CERTAME, VIABILIZANDO A APRESENTAÇÃO DE PROPOSTAS POR **ITEM**; OU

(II) ANULAR OU REVOGAR REFERIDO EDITAL, PROMOVENDO-SE EM OUTRA OPORTUNIDADE NOVO ATO CONVOCATÓRIO, DESTA FEITA, VIABILIZANDO A APRESENTAÇÃO DE PROPOSTAS POR **ITEM**.

Salienta-se que a inobservância da matéria abordada nesta Impugnação, com a continuidade do certame sem a adoção das medidas acima elencadas, sujeitará a adoção das medidas judiciais cabíveis, nos termos da legislação vigente.

Por tudo o que apresentamos que é a expressão da verdade, requeremos que nossa impugnação seja deferida como medida de irrestrita justiça.

Nestes termos,

Pede deferimento.

Guarulhos, 12 de fevereiro de 2025.

⁷ com fulcro nos argumentos apresentados e na Constituição Federal, artigo 37, XXI; Lei 8.666/93, artigos 27, II, 30, IV, 41, § 1º e 49; Lei 6.360/76; Decreto 79.094/77; Lei 9.782/99 e Resolução RDC 59/2000 – ANVISA/MS