

AO ILUSTRÍSSIMO (A) PREGOEIRO (A)

PREFEITURA MUNICIPAL DE CONCEIÇÃO DOS OUROS

REF: PREGÃO ELETRÔNICO Nº069/2021

A empresa **Comercial SM Hospitalar LTDA**, inscrita sob CNPJ sob nº 26.313.494/0001-58, sito à Rua Côrrea Neto, 671, Centro, na cidade de Poços de Caldas, Minas Gerais, CEP: 37701/016, vem, respeitosa e tempestivamente, à presença de V. Sra., com fulcro no artigo 41, §1º e Art. 109, inciso I, alínea “b”, da Lei nº 8666/93, c.c Lei 10.520/02 interpor a presente.

IMPUGNAÇÃO

Ao Edital de Pregão Eletrônico nº 069/2021, pelas relevantes razões a seguir expostas:

I – DOS FATOS

A Prefeitura Municipal de Conceição dos Ouros publicou edital licitatório, modalidade **PREGÃO ELETRÔNICO 069/2021 – PROCESSO 122/21**.

A presente licitação tem como objeto a contratação de Empresa para Fornecimento de Leites Especiais e Farinhas Enriquecidas em Pó para Dietas Enterais para Distribuição a Crianças Carentes de Baixo Peso e Doentes Oncológicos do Município de Conceição dos Ouros - MG.

A impugnante possui interesse em participar do Certame, todavia, ao analisarmos as informações do Edital, contidas nos descritivos, observamos que a descrição do item 14 está com as informações direcionando os produtos para marcas específicas, impossibilitando os demais concorrentes de participarem dos lances, sendo que só um poderá participar de cada item.

Verificamos que possuímos um produto que atende as especificação do descritivo do edital, com algumas ressalvas.

No Edital é solicitado:

ITEM	DESCRIPTIVO DO EDITAL
14	FORMULA PARA NUTRIÇÃO ORAL E ENTERAL HIPERPROTEICA, HIPERCALÓRICA ATENDENDO AS NECESSIDADES DE VÁRIOS PACIENTES. RICA EM VITAMINAS E MINERAIS COM EXCELENTE PERFIL LIPÍDICO. PODENDO TER FIBRAS OU NÃO . ISENTO DE GLÚTEN E SACAROSE. EMBALAGEM MÍNIMA DE 300G. SEM SABOR

NO DESCRITIVO É SOLICITADO “HIPERCALÓRICA..” DESSA FORMA, DIRECIONA PARA O PRODUTO NUTRIDRINK PROTEIN, DA MARCA DANONE.

PORÉM O PRODUTO NUTRIDRINK PROTEIN, NÃO CONSTA QUE PODE SER UTILIZADO VIA ENTERAL.

AINDA, É SOLICITADO “SEM SABOR” E PRODUTOS ISENTO DE SABOR SÃO GERALMENTE INDICADOS PARA ADIÇÃO EM PREPARAÇÕES DOCES E SALGADAS, QUE TENHAM MELHOR ACEITAÇÃO. COMO NOS DEMAIS ITENS JÁ É SOLICITADO DIETA ENTERAL, NÃO HÁ NECESSIDADE DE ADMINISTRAR UMA DIETA SEM SABOR POR SONDA, POIS O PACIENTE NÃO SENTE GOSTO E CHEIRO.

O PRODUTO QUE A EMPRESA COMERCIAL SM HOSPITALAR TEM A OFERECER É O **BIOSEN NUTRIR, DA MARCA NUTRISENIOR**.

BIOSEN NUTRIR É UM SUPLEMENTO ALIMENTAR, COM ALTO TEOR DE PROTEÍNAS, DESENVOLVIDO ESPECIALMENTE PARA ADULTOS E IDOSOS QUE NECESSITAM DE SUPLEMENTAÇÃO ALIMENTAR. É FORMULADO COM UM MIX DE PROTEÍNAS, FIBRAS E POSSUI 25 VITAMINAS E MINERAIS. SUA APRESENTAÇÃO SEM SABOR É IDEAL PARA SER ADICIONADO EM PREPARAÇÕES DOCES E SALGADAS. ISENTO DE SACAROSE. EMBALAGEM 400G.

II- DO DIREITO

Como dito anteriormente, o princípio da igualdade entre os licitantes, previsto no inciso I, §1º, artigo 3º da Lei de Licitações, descrito abaixo, deve ser totalmente observado pela Instituição que pretenda licitar utilizando-se da Lei de Licitações 8.666/93 para que não haja vício insanável no procedimento em tela, e nem que haja favorecimento de algum participante em detrimento de outros, ferindo as determinações legais e tornando nulo o processo.

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 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.**

Quanto ao princípio da isonomia, temos a acrescentar que, conforme Marçal Justen Filho (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 3ª Edição, pg. 26), seria um equívoco supor que a isonomia veda diferenciação entre os particulares para contratação com a Administração, pois esta, para realizar seus fins, necessita daqueles, logo, deve escolher contratante e proposta, o que acarreta uma diferenciação entre os particulares.

Portanto, claro está **que não é lícito privilegiar apenas um concorrente mantendo descritivo que apenas uma marca atenda por completo em detrimento de outro.**

Não se admite, porém, a discriminação arbitrária, produto de preferências pessoais e subjetivas. A licitação consiste em um instrumento jurídico para afastar a arbitrariedade na seleção do contratante. Portanto, o ato convocatório deverá definir de modo objetivo, as diferenças que são reputadas relevantes para a Administração. A isonomia significa o tratamento uniforme para situações uniformes, distinguindo-o na medida em que exista diferença.

As diferenciações constantes do ato convocatório devem atentar para os limites acima indicados. Será inválida a discriminação contida no ato convocatório se não ajustar ao princípio da isonomia. Será esse o caso quando a discriminação for incompatível com os fins e valores consagrados no ordenamento, por exemplo. O ato convocatório só pode conter discriminações que se refiram à "proposta mais vantajosa".

Quando define o "objeto da licitação", estabelece concomitantemente os limites para qualquer discriminação. Assim, o ato convocatório viola o princípio da isonomia quando: (a) estabelece discriminação desvinculada do objeto da licitação; (b) prevê exigência desnecessária e que não envolve vantagem para a Administração; (c) impõe requisitos desproporcionados com as necessidades da futura contratação; (d) adota discriminação ofensiva de valores constitucionais ou legais.

dações.

A Lei 8.666/93 refere-se à vedação da escolha de marca ou indicação de bens com características exclusivas em dois momentos. No art. 7º, § 5º, ao referir-se a obras e serviços, e no art. 15, § 7º, inc. I, relativo às compras.

Art. 7º. § 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.

Art. 15. § 7º Nas compras deverão ser observadas, ainda:

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

Destarte, embora o legislador vede a indicação de marca nas compras, impõe que a Administração dê preferência ao princípio da padronização (art. 15, inc. I). Ora, padronizado o material utilizado pelo órgão público, a partir de procedimento específico, as aquisições supervenientes só serão viáveis se houver a indicação da marca padronizada, sem que, nessa hipótese, qualquer ilegalidade seja cometida.

A proibição de que a Administração dirija o procedimento licitatório de forma a escolher determinada marca é corolário do princípio da igualdade, assegurado pela Constituição Federal, art. 37, inc. XXI, e previsto na Lei 8.666/93, art. 3º. Ademais, do próprio texto do legislador ordinário extrai-se que é vedada a inclusão nos instrumentos convocatórios de licitação de cláusulas que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo do certame (art. 3º, § 1º, inc. I).

No entanto, é importante atentar que a vedação atinge a escolha imotivada de marca, posto que, nesse caso, o administrador estará violando o direito de todos em iguais condições de atender a necessidade estatal, e que, com a escolha de marca específica, têm frustrado seu direito de participar do procedimento licitatório.

Não obstante, se a Administração necessita de um bem determinado, com características tais que somente determinada marca é capaz de atender, não existe, *a priori*, pluralidade de potenciais licitantes, vez que apenas aquela marca atende às necessidades do órgão público.

Ressalte-se, no entanto, que deve haver uma justificativa sólida para essa preferência – o que, de acordo com as alegações da consulente, não é o caso. Justificativas genéricas não são suficientes, por si só, para autorizar que a Administração inclua em seu instrumento convocatório a preferência por tal ou qual marca. É necessário que a justificativa demonstre que só aquela marca ou bem com características exclusivas atende às necessidades específicas da Administração, perfeitamente individualizadas e demonstradas.

Não havendo tal justificativa, o edital deverá ser impugnado, pois a Lei 8.666, de 21 de junho de 1993 proíbe a realização de exigências que, injustificadamente, limitem a competição, pois a finalidade da licitação é a obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração. Vejamos.

Art. 3º (...)

§ 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;

Oportunamente, convém citar explanação sem retoques elaborada por Maria Silvia Zanella Di Pietro:

“O objetivo primeiro da licitação é selecionar a melhor proposta. Tirar da Administração essa possibilidade é revestir o procedimento de um rigor desnecessário (...)”.^[ii]

Por este motivo, os administradores públicos devem sempre adotar uma postura imparcial, velando pela participação do maior número de proponentes possível. Afinal, conforme assevera Toshio Mukai, **“a disputa entre os proponentes é 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”.**^[iii]

Esta solicitação em nada prejudica a Instituição, pois abrindo esta possibilidade, a Administração ampliará o número de participantes idôneos, bem como, contribuirá para acirrar a disputa, e propiciar que a Administração Pública obtenha uma proposta mais vantajosa.

III- DO PEDIDO

Solicita-se que a descrição seja revisada, e se possível modificada, assim ampliando a concorrência do processo licitatório não ficando restrito para apenas uma marca.

ITEM	DESCRIPTIVO DO EDITAL
14	FORMULA PARA NUTRIÇÃO ORAL E ENTERAL HIPERPROTEICA, HIPERCALÓRICA ATENDENDO AS NECESSIDADES DE VÁRIOS PACIENTES. RICA EM VITAMINAS E MINERAIS COM EXCELENTE PERFIL LIPÍDICO. PODENDO TER FIBRAS OU NÃO. ISENTO DE GLÚTEN E SACAROSE. EMBALAGEM MÍNIMA DE 300G. SEM SABOR

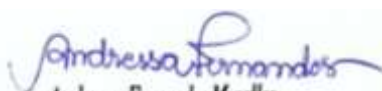
SUGESTÃO DE DESCRITIVO:

FORMULA PARA NUTRIÇÃO ORAL NORMOCALORICA A HIPERCALÓRICA, COM TEOR ELEVADO DE PROTEÍNAS, ATENDENDO AS NECESSIDADES DE VÁRIOS PACIENTES. RICA EM VITAMINAS E MINERAIS COM EXCELENTE PERFIL LIPÍDICO. **PODENDO TER FIBRAS OU NÃO.** ISENTO DE GLÚTEN E SACAROSE. EMBALAGEM MÍNIMA DE 300G. SEM SABOR

Ainda, solicita-se a suspensão temporária do certame, até a decisão do julgamento pelo corpo técnico e jurídico, e posterior validação do processo sem que haja direcionamentos para uma marca especifica.

P. deferimento!

Poços de Caldas, 21 de outubro de 2021.



Andressa Fernandes Moraes
Nutricionista
CRN9 22563/P

COMERCIAL SM HOSPITALAR LTDA

CNPJ: 26.313.494/0001-58