
JULGAMENTO DE IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

Referência: Licitação Eletrônica nº 102/2022 - CSL/EMSERH

Processo Administrativo nº: 209.564/2021 - EMSERH

Licitações - e nº 929032

Impugnante: GERALDO CÉSAR PRASERES DE SOUZA

Objeto: Contratação de empresa especializada para fornecimento consignada de OPME - Órteses Próteses e Materiais Especiais (Neurocirurgia), necessários para atender as necessidades do HOSPITAL DA ILHA, administrado pela EMSERH.

I – DA ADMISSIBILIDADE

Trata-se de análise de **IMPUGNAÇÃO AO EDITAL** interposta pela empresa **GERALDO CÉSAR PRASERES DE SOUZA** devidamente qualificado na peça inicial acostada aos autos, em face do edital da **Licitação Eletrônica nº 102/2022** que objetiva alteração deste.

A doutrina aponta como pressuposto dessa espécie de recurso administrativo, cuja existência concreta deve ser preliminarmente aferida: a manifestação tempestiva, a inclusão de fundamentação e o pedido de reforma do instrumento convocatório.

De acordo com o subitem 5.1, 5.1.1 e 5.2 do Edital, os pedidos de impugnação referentes ao processo licitatório deverão ser enviados a Comissão de Licitação e/ou Agente de Licitação, em até 5 (cinco) dias úteis anteriores à data fixada para abertura da sessão pública.

Dessa forma, o Regulamento Interno de Licitações e Contratos da EMSERH no §3º do art. 65 assim disciplinou:

Art. 65. (omissis)

§3º Decairá do direito de impugnar ou solicitar esclarecimentos nos termos do edital de licitação perante a EMSERH, o licitante que não o fizer até o 5º (quinto) dia útil que anteceder a abertura da licitação, apontando as falhas ou irregularidades que viciariam esse edital, hipótese em que a comunicação não terá efeito de recurso.

No mesmo sentido, dispõe o subitem 5.1 do instrumento convocatório impugnado, senão vejamos:

5.1. Qualquer pessoa, física ou jurídica, é parte legítima para

impugnar ou solicitar esclarecimentos ao Edital de licitação, por irregularidade, protocolizando o pedido até 05 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura da licitação, devendo a EMSERH julgar e responder à impugnação, em até 03 (três) dias úteis antes da realização da sessão.

A data de abertura da sessão pública está marcada para o dia **20/04/2022 às 08h30min** e o prazo para que qualquer pessoa física ou jurídica possa impugnar ou solicitar esclarecimento referente ao instrumento convocatório em epígrafe é **até às 18h00min do dia 11/04/2022, horário em que se encerra o expediente da EMSERH.**

Com efeito, tendo em vista que a impugnação foi encaminhada no dia 11/04/2021, portanto, no prazo legal, reconhece-se a tempestividade do pedido.

II – DAS RAZÕES

Em apertada síntese, a empresa impugnante alega que o edital, ao se tratar de LOTE ÚNICO, restringe a participação de microempresas e empresas de pequeno porte no certame. Vejamos:

A Impugnante é parte legítima para participação no certame em comento, que tem como objeto a contratação de empresa especializada para fornecimento consignada de OPME - Órteses Próteses e Materiais Especiais (Neurocirurgia), necessários para atender as necessidades do HOSPITAL DA ILHA.

Ora, é ilegítimo o impedimento feito pela impugnada, visto que, à princípio, a EXIGÊNCIA RESTRITIVA contida no TIPO DE LICITAÇÃO, ou seja, MENOR PREÇO POR LOTE e a NÃO PREVISÃO DE COTAS DE ATÉ 25% PARA MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE, afetam diretamente a competitividade do respeitoso certame.

Como trata-se de lote único, com previsão de um subitem em regime de COMODATO, o Edital restringe a participação de microempresas, que contenha UM ou ALGUNS ITENS deste edital.

A licitação por itens, nas precisas palavras de Marçal Justen Filho, *"consiste na concentração, em um único procedimento, de uma pluralidade de certames, de que resultam diferentes contratos. A licitação por itens corresponde, na verdade, a uma multiplicidade de licitações, cada qual com existência própria e dotada de autonomia jurídica, mas todas desenvolvidas conjuntamente em um único procedimento, documentado nos mesmos autos"*. Continua ensinando que *"a licitação por itens deriva do interesse em economizar tempo e recursos materiais da Administração Pública, agilizando a atividade licitatória"*.

EMPRESA MARANHENSE DE SERVIÇOS HOSPITALARES
COMISSÃO SETORIAL DE LICITAÇÃO

Nesse ponto, resta claro que o legislador presume que os princípios da isonomia e da competitividade, tão caros à Administração, se coadunam mais com esse tipo de licitação, o qual deve ser a regra, deixando a licitação por lote único como exceção. Para Jessé Torres Pereira Júnior, ao comentar acerca do parcelamento do objeto, o dispositivo quer “ampliar a competitividade no âmbito do mesmo procedimento licitatório, destinado à compra da integralidade do objeto. A ampliação adviria da possibilidade de cada licitante apresentar-se ao certame para cotar quantidades parciais do objeto, na expectativa de que tal participação formasse mosaico mais variado de cotações de preço, barateando a compra, de um lado, e proporcionando maior acesso ao certame a empresas de menor porte, de outro”. O mesmo autor ensina que, existindo a possibilidade de parcelamento do objeto, esse é dever da Administração, sob pena de descumprir princípios específicos da licitação, tal como o da competitividade.

Observe que esta cláusula está restringindo o caráter competitivo da licitação que é proibido por lei, de acordo com o inciso I, § 1º do artigo 3º da Lei 8666/93. Vejamos:

§ 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)

Tal cláusula só seria cabível se expressa sua justificativa no processo licitatório, ou seja, uma explicação do porquê da obrigação de LOTE ÚNICO, com ainda, poucos itens.

Portanto, ao se licitar por lote único, deve o administrador analisar por meio dos setores técnicos acerca da viabilidade técnica e econômica de dividir-se o objeto licitatório, pois segundo Justen Filho, *“a obrigatoriedade do fracionamento respeita limites de ordem técnica e econômica. Não se admite o fracionamento quando tecnicamente isso não for viável ou, mesmo, recomendável. O fracionamento em lotes deve respeitar a integridade qualitativa do objeto a ser executado. (...) a unidade do objeto a ser executado não pode ser destruída através do fracionamento”*.

Diante de objetos complexos, distintos ou divisíveis cabe, como regra e conforme o caso concreto justificar, a realização de licitação por lotes, que está prevista no art. 23, §1º, da Lei n.º 8.666/93 1, de modo a majorar a competitividade do certame. Anote-se que a adjudicação dos objetos deve ser procedida por itens, nos termos da Súmula n.º 247 do Tribunal de Contas da

EMPRESA MARANHENSE DE SERVIÇOS HOSPITALARES
COMISSÃO SETORIAL DE LICITAÇÃO

União, devido ao fato de cada item/lote corresponder a uma licitação autônoma:

“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.” (grifou-se).

Na licitação por itens, o objeto é dividido em partes específicas, cada qual representando um bem de forma autônoma, razão pela qual aumenta a competitividade do certame, pois possibilita a participação de vários fornecedores.

Ademais, segundo ensina Sidney Bittencourt, *o ato convocatório deve estabelecer, portanto, regras para o certame, respeitando as exigências necessárias para assegurar a proposta mais vantajosa, sendo inválidas todas que maculem o caráter competitivo da licitação, uma vez que, nos casos de competição inviável, há a autorização legal de contratação direta.*

Outra questão é a lesão ao princípio da Igualdade/Isonomia garantida pela Lei de licitações no art. 3º da Lei 8.666/93 e o art. 5º da Lei 14.133/21, visto que, este princípio existe para gerar tratamento igual a todos os interessados na licitação, para garantir o menor preço e melhor competitividade na hora da administração pública contratar.

Como se não bastasse essa exigência, as empresas que pretendem participar do certame ficam cerceadas, diante da restrição por LOTE imposta arbitrariamente, haja vista não haver qualquer motivação. Sabidamente, é dever da Administração exigir na licitação a documentação e requisitos indispensável para execução do contrato e o que for fundamental para verificar a idoneidade e a capacidade das licitantes, mas, nesse caso, entende-se que a Comissão Permanente de Licitação da EMSEHR-MA está limitando a disputa.

Tal cláusula é absolutamente restritiva de competição e representa o que é de pior na licitação, ou seja, o afastamento de empresas interessadas e aptas a prestarem os serviços. Para tanto, mister relembrarmos sobre o que o TCU comenta, senão vejamos:

Evite a inclusão de itens que restringem injustificadamente o caráter competitivo do certame e contrariam, dessa forma, o art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993. Portanto, pelo exposto, mostra-se

EMPRESA MARANHENSE DE SERVIÇOS HOSPITALARES
COMISSÃO SETORIAL DE LICITAÇÃO

temerária uma escolha doutrinária que estabeleça abstratamente, entre a licitação por itens e a licitação em lote único, o critério que melhor atende ao interesse público. Torna-se relevante ressaltar que o administrador não pode perder de vista que a análise deve ser sempre prévia, in concreto, baseada na viabilidade técnica e econômica e juntada aos autos do procedimento de licitação. Acórdão 1631/2007 Plenário (Sumário)

Com efeito, é imperioso destacar que a Lei Complementar 123/2006, em seu artigo 48, reza o seguinte:

Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública: III - deverá estabelecer, em certames para aquisição de bens de natureza divisível, cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para contratação de microempresas e empresas de pequeno porte. (grifo nosso)

Trata-se de um descumprimento do diploma legal acerca das licitações, sendo que sequer existe uma justificativa plausível que impeça a participação de outras empresas senão as mencionadas na licitação em discussão.

Logo, além da licitação ser do tipo "menor preço por lote", não foi verificada a previsão do benefício para ME's e EPP's, no quesito COTA DE PARTICIPAÇÃO.

É importante lembrar frustrar ou fraudar o caráter competitivo do processo licitatório é crime, previsto no art. 337-F do Código Penal, in verbis:

Art. 337-F. Frustrar ou fraudar, com o intuito de obter para si ou para outrem vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação, o caráter competitivo do processo licitatório: Pena - reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa.

O presente dispositivo legal tem por objetivo de viabilizar a escolha da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, a fim de que esta cumpra a sua função de zelar pela satisfação do interesse da coletividade.

Dessa forma, comete o crime supra aquele que, com o intuito de obter para si ou para outrem vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação, frustrar ou fraudar esse caráter competitivo que é inerente ao processo licitatório.

Portanto, mostra-se temerária uma escolha doutrinária que estabeleça abstratamente, entre a licitação por itens e a licitação em lote único, o critério que melhor atende ao interesse público. Torna-se relevante ressaltar que o administrador não pode perder de vista que a análise deve ser sempre prévia, in concreto, baseada na viabilidade técnica e econômica e juntada aos autos do procedimento de licitação.

EMPRESA MARANHENSE DE SERVIÇOS HOSPITALARES
COMISSÃO SETORIAL DE LICITAÇÃO

Diante do exposto, considerando todas as orientações do Tribunal de Contas da União aqui demonstradas e os princípios norteadores das licitações, conclui-se ser impossível dar continuidade ao certame, ante a ausência de motivação, guardadas as proporções com sua dimensão e complexidade do objeto a ser licitado.

III. DOS PEDIDOS:

Assim sendo, diante de tudo o que foi exposto à saciedade nos parágrafos anteriores, a impugnante, requer a Vossa Senhoria:

- a) O devido recebimento e processamento desta impugnação editalícia, posto que legalmente prevista e tempestivamente apresentada, remetendo o mesmo ao ilustre agente de licitação da entidade licitante com as seguintes providências;
- b) A suspensão imediata dos trâmites licitatórios até decisão acerca dos temas apontados na presente impugnação;
- c) Caso sejam mantidas as cláusulas e condições ora atacadas, sejam os autos remetidos à superior instância administrativa para devido e necessário pronunciamento;
- d) No mérito, sejam acolhidas todas as impugnações aqui lançadas sobre o edital, levando à renovação de todo o procedimento e retificação do item impugnado alterando assim o tipo de licitação de menor preço por lote, para MENOR PREÇO POR ITEM, bem como, a previsão de cota de participação para microempresas e empresas de pequeno porte em até 25%(vinte e cinco por cento) de cada item, alargando assim a participação de empresas, republicando o edital com obediência ao prazo mínimo estabelecido pela lei, após proceder a alteração nos itens impugnados, vez que tratam de itens de suma importância e que muitos deles afetam diretamente a apresentação ou formulação das propostas.
- e) Reserva-se no direito de adoção de demais medidas visando o resguardo do interesse público, como representação ao Ministério Público e Tribunais de Contas competentes.

Ante o exposto, a impugnante requer que seja conhecida e acolhida a presente impugnação para que o edital seja modificado.

III – DO JULGAMENTO

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 **impeçoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, da economicidade, do desenvolvimento nacional sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório, da obtenção de competitividade e do julgamento objetivo**. (art. 31 da lei nº 13.303/16).

Convém esclarecer que a **vinculação ao ato convocatório**, princípio fundamental das licitações, determina que os atos sucessivos do certame acordem com os dispositivos do edital.

EMPRESA MARANHENSE DE SERVIÇOS HOSPITALARES
COMISSÃO SETORIAL DE LICITAÇÃO

Em sendo lei, o Edital com os seus termos atrela tanto a Administração, que estará estritamente subordinada aos seus próprios atos, quanto às concorrentes – sabedoras do inteiro teor do certame.

Por conseguinte, a Administração e as licitantes ficam restritas ao disposto no **Edital**, quanto ao procedimento, à documentação, às propostas, ao julgamento e ao contrato. Todos os atos decorrentes do procedimento licitatório, por óbvio, vincular-se-ão ao contrato.

Na percepção de Diógenes Gasparini, “submete tanto a Administração Pública licitante como os interessados na licitação, os proponentes, à rigorosa observância dos termos e condições do edital”.

As leis e princípios que cingem os processos licitatórios, bem como a contratação, neste caso especialmente o da vinculação ao instrumento convocatório, ressalvam a liberdade para a administração definir suas condições, entretanto, concomitantemente, estrutura-lhes de modo a restringir a discricionariedade a determinadas etapas.

É sabido que a EMSERH, pautado pelo princípio da legalidade e da supremacia do interesse público, deve sempre buscar a proposta mais vantajosa, sob pena de violação constitucional caso desclassifique a proposta que atenda aos dispositivos do edital, bem como que se mostre economicamente vantajosa no cumprimento do interesse público.

Desta forma, é como também ensina Hely Lopes Meirelles: “Licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse visa a propiciar iguais oportunidades aos que desejam contratar com o Poder Público, dentro dos padrões previamente estabelecidos pela Administração, e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos”.

Nesse sentido, entende-se que as disposições inseridas no edital, não possuem o objetivo de restringir a participação das empresas fornecedoras do objeto, mas tão somente atender as necessidades da administração pública, **sobretudo na validade da proposta.**

O referido procedimento licitatório em questão é regido pelo Edital de Licitação Eletrônica nº 102/2022, fundamentado pelo Regulamento Interno de Licitações e Contratos da EMSERH e Lei Federal nº 13.303/16, **e em seu item 9.1.1 estabelece os lances deverão ser ofertados pelo MENOR PREÇO POR LOTE, sendo vencedor nesta fase o licitante que auferir o MENOR PREÇO POR LOTE.**

Desta forma, considera-se que o agrupamento dos referidos itens em um mesmo lote não restringiria o caráter competitivo do procedimento licitatório, tendo em vista que o licitante que estiver habilitado para fornecer um dos itens especificados também terá habilidade e capacidade técnica para assumir o lote em sua totalidade,

levando-se em consideração que são compostos por itens de uma mesma natureza, sem prejuízo para a Administração.

Além disso, oportunamente, justifica-se a contratação por LOTE ÚNICO, considerando que o agrupamento dos itens no mesmo lote seria mais atrativo para os eventuais fornecedores, haja vista as regras do mercado para comercialização dos produtos necessários para o fornecimento dos itens, objetivando assim o melhor aproveitamento dos recursos disponíveis e a preservação da economia de escala, além da viabilização de melhores propostas para a Administração Pública, dentro da seara econômica e técnica.

Portanto, considerando os argumentos invocados pelo impugnante, o pedido NÃO será acatado.

IV – CONCLUSÃO

Ante o exposto, em respeito ao instrumento convocatório e em estrita observância aos princípios que regem os procedimentos licitatórios, **CONHEÇO** a impugnação apresentada pela empresa **GERALDO CÉSAR PRASERES DE SOUZA**, em razão da sua tempestividade, para no **MÉRITO, NEGAR PROVIMENTO** ao pleito formulado.

Na oportunidade, permanecem inalteradas as demais cláusulas editalícias e a data de abertura da Licitação Eletrônica nº 102/2022 **FICA REMARCADA** para **às 08h30min do dia 16/05/2022.**

São Luís - MA, 18 de abril de 2022.

Francisco Assis do Amaral Neto
Agente de Licitação da CSL/EMSERH
Matrícula nº 536

Renaldo Uliana Júnior
Analista Jurídico da CSL/EMSERH
Matrícula nº 9.381

Eduardo Henrique de Melo Santos
Presidente Substituto da CSL/EMSERH
Matrícula nº 5.332