

**ILUSTRÍSSIMA COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO DO MUNICÍPIO
DE LAGOA SANTA - MG**

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL DE LICITAÇÃO
PREGÃO ELETRÔNICO RP Nº 097/2023
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 174/2023

LOCMED HOSPITALAR LTDA., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o n. 04.238.951/0001-54, com sede na Rua Herbene, nº 425, Messejana, Fortaleza - CE, por meio de seu representante legal, vem, respeitosamente perante Vossa Senhoria, nos termos do item 23.1 do edital, bem como nos termos do art. 24 do Decreto nº 10.024/2019, apresentar **IMPUGNAÇÃO AO EDITAL DO PREGÃO ELETRÔNICO Nº 097/2023**, promovido pela **PREFEITURA MUNICIPAL DE LAGOA SANTA - MG**, conforme as razões a seguir delineadas.

PRELIMINARMENTE

I - DA TEMPESTIVIDADE DA IMPUGNAÇÃO

A princípio cumpre destacar a tempestividade da impugnação apresentada, visto que a presente licitação possui data designada para início da sessão pública a partir das 09h00 do dia 12 de setembro de 2023.

Conforme previsão editalícia, a licitante possui o prazo de até 03 (três) dias úteis, antes da data fixada para abertura da sessão pública, para apresentar Impugnação, nos termos do item 15.1 do edital licitatório.

Sendo assim, tendo a empresa Impugnante apresentado em **05/09/2023** a **presente exordial, resta afastado qualquer indício de intempestividade.**

II – BREVE INTRODUÇÃO FÁTICA

Trata-se de licitação na modalidade pregão eletrônico tendo como objeto O “registro de preços para serviços de locação de aparelhos CPAP (ventilador para suporte ventilatório não invasivo), equipamento BILEVEL, (dispositivo com dois níveis de pressão, IPAP e EPAP e fornecimento de recarga de oxigênio, com comodato de cilindros”, conforme especificações contidas no edital.

Inicialmente, é importante destacar que, com o objetivo de **evitar a posterior declaração de nulidade do certame**, o que seria prejudicial aos interesses da Administração Pública e, também, ao interesse público, bem como para **preservar a busca pelo melhor interesse da Administração Pública**, faz-se necessário o oferecimento da presente impugnação para que sejam sanadas as inconsistências existentes no edital de licitação e seus anexos que, caso não analisadas, podem acabar por restringir o caráter competitivo da licitação.

No que diz respeito às exigências contidas no edital, sobretudo quanto à qualificação técnica, os itens 16.6 e 16.7 do Termo de Referência assim determinam:

- 16.6. Apresentar certidão de registro da empresa junto ao Conselho Regional de Química (CRQ) ou ao Conselho Regional de Farmácia (CRF); (Somente para recargas de oxigênio medicinal);
- 16.7. Autorização para Funcionamento expedida pela ANVISA para fabricação / envase de gases medicinais, conforme RDC 16, de 01 de abril de 2014 e RDC 32, de 5 de julho de 2011 e suas atualizações; (Somente para recargas de oxigênio medicinal);

Contudo, tal exigência se mostra manifestamente ilegal, uma vez que as atividades realizadas pela empresa e objeto do presente certame não estão sujeitas à inspeção de profissional químico ou farmacêutico, posto que se limitam tão somente à locação de equipamentos a serem manuseados por profissionais capacitados em prestar assistência técnica nos casos de manutenção dos equipamentos e o profissional fisioterapeuta ou profissional técnico para a correta adaptação dos equipamentos, sendo, pelo mesmo motivo desnecessária a AFE para gases medicinais expedida pela ANVISA.

Dessa forma, a exigência contida no edital não encontra qualquer embasamento legal, consubstanciando-se tão somente em restringir a competitividade do certame, o que vai de encontro aos princípios norteadores do procedimento licitatório.

III – DA FUNDAMENTAÇÃO

III.1 – DAS EXIGÊNCIAS APTAS A RESTRINGIR O CARÁTER COMPETITIVO DA LICITAÇÃO – VEDAÇÃO LEGAL DA RESTRIÇÃO À COMPETITIVIDADE

A princípio, dentre as exigências contidas nas condições de habilitação, há que se observar particularidades que, se não sanadas a contento, poderão frustrar o caráter competitivo da licitação, em notório prejuízo aos princípios norteadores do processo de compras públicas.

No tocante aos critérios de qualificação técnica, prevê o edital em seu item 16.7:

Autorização para Funcionamento expedida pela ANVISA para fabricação / envase de gases medicinais, conforme RDC 16, de 01 de abril de 2014 e RDC 32, de 5 de julho de 2011 e suas atualizações; (Somente para recargas de oxigênio medicinal);

Ocorre que a referida licença diz respeito tão somente às empresas que trabalham com a fabricação e envase dos gases, não sendo este o caso da impugnante que trabalha com a distribuição dos cilindros já envasados. Dessa forma, nos termos da Resolução nº 16/2014, estão isentos da necessidade de Autorização de Funcionamento Especial – AFE:

Art. 5º Não é exigida AFE dos seguintes estabelecimentos ou empresas:

I – que exercem o comércio varejista de produtos para saúde de uso leigo;

II – filiais que exercem exclusivamente atividades administrativas, sem armazenamento, desde que a matriz possua AFE;

III – que realizam o comércio varejista de cosméticos, produtos de higiene pessoal, perfumes e saneantes;

IV – que exercem exclusivamente atividades de fabricação, distribuição, armazenamento, embalagem, exportação, fracionamento, transporte ou importação, de matérias-primas, componentes e insumos não sujeitos a controle especial, destinados à fabricação de produtos para saúde, cosméticos, produtos de higiene pessoal, perfumes e saneantes; e

V – que realizam exclusivamente a instalação, manutenção e assistência técnica de equipamentos para saúde.

Portanto, a exigência da apresentação de AFE como requisito de habilitação restringe o universo de competidores tão somente às empresas fabricantes, o que não se pode admitir uma vez que a entrega do objeto e perfeito cumprimento dos termos do contrato independe da natureza da atividade da empresa, se fabricação ou distribuição dos gases.

Sendo, portanto, nítida sua inaplicabilidade às atividades desenvolvidas pela empresa licitante, qual seja, a de locação de equipamento médico, conforme todos os itens licitados.

Dessa forma, tal exigência se mostra manifestamente ilegal, uma vez que as atividades realizadas pela empresa e objeto do presente certame não estão sujeitas à expedição de AFE, posto que se limitam tão somente à

locação de equipamentos e distribuição de cilindros, sem o manuseio de gases nos procedimentos de entrega e instalação.

Nesse sentido, importante verificar a redação do §1º do artigo 3º da Lei nº 8.666/93, nos seguintes termos:

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;

Em comentário ao dispositivo, Jessé Torres Pereira Junior 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).

Neste mesmo norte assinala ToshioMukai:

[...] 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.

Fica claro, portanto, que o edital não pode trazer formalidades exacerbadas e exigências desnecessárias, que prejudiquem o caráter competitivo do certame, bem como a isonomia do procedimento licitatório,

vindo a acarretar numa escolha que não necessariamente será a mais vantajosa à Administração Pública.

Logo, tais exigências não trazem benefício técnico algum ao certame, ao contrário, apenas impossibilitam a competitividade, ferindo em absoluto o princípio constitucional e administrativo da isonomia.

Acerca da isonomia entre os participantes, verifica-se o posicionamento do mestre Marçal Justen Filho, nos termos a seguir:

A isonomia não obriga adoção de formalismo irracional. Atende-se ao princípio da isonomia quando se assegura que todos os licitantes poderão ser beneficiados por idêntico tratamento menos severo.

A competência da Administração, na fixação dos requisitos necessários à comprovação da qualificação técnica dos participantes, não pode ser utilizada para frustrar o mandamento constitucional de garantir o mais amplo acesso dos participantes ao procedimento licitatório, nem mesmo pode ser utilizada para ferir o princípio da isonomia e o da competitividade entre os licitantes.

A propósito, colhe-se da brilhante lição de Marçal:

O art. 3º sintetiza o conteúdo da Lei, no âmbito da licitação. Os dispositivos restantes, acerca da licitação, desdobram os princípios do art. 3º, que funciona como norteador do trabalho hermenêutico e de aplicação da Lei das licitações. Nenhuma solução, em caso algum, será sustentável quando colidente com o artigo 3º. Havendo dúvida sobre o caminho a adotar ou a opção a preferir, o intérprete deverá recorrer a esse dispositivo. Dentre as diversas soluções possíveis, deverão ser rejeitadas as incompatíveis com os princípios do art. 3º.

Observa-se ainda do entendimento jurisprudencial do egrégio Superior Tribunal de Justiça – STJ:

É certo que **não pode a licitação, em nenhuma hipótese, fazer exigências que frustrem o caráter competitivo do certame**, mas sim garantir ampla participação na disputa licitatória, possibilitando maior número possível de concorrentes, desde que tenham qualificação técnica e econômica para garantir o cumprimento das obrigações.” (STJ Resp. nº 474781/DF, Rel. Min. Franciulli Neto, DJ 12.05.03)

A exigência editalícia que restringe a participação de concorrente, constitui critério discriminatório desprovido de interesse público, desfigurando a discricionariedade, por consubstanciar 'agir' abusivo, afetando o princípio da igualdade. (STJ, Resp nº 43856/RS, rel Min. Milton Luiz Pereira, DJ 04.09.95).

A própria Constituição Federal preceitua com severo rigor a admissibilidade das exigências mínimas possíveis. É imperioso salientar também que a Constituição autoriza somente exigências que configurem um mínimo de segurança, não se admitindo requisitos que vão além disso. 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 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.

Nesse sentido, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça – STJ:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. ALEGADA VIOLAÇÃO DO ART. 41 DA LEI 8666/93. NÃO OCORRÊNCIA. SESSÃO PÚBLICA DE RECEBIMENTO DOS ENVELOPES. ATRASO NÃO VERIFICADO. DOUTRINA. PRECEDENTE. DESPROVIMENTO.

1 – A Administração pública não pode descumprir as normas legais, tampouco as condições editalícias, tendo em vista o princípio da vinculação ao instrumento convocatório (Lei 8666/93, art. 41).

2 – A Recorrida não violou o edital, tampouco a regra constante do art. 41 da Lei 8666/93, porquanto compareceu à sessão pública de recebimento de envelopes às 08h31min, ou seja, dentro do prazo de tolerância (cinco minutos) concedido pela própria comissão licitante. Com efeito, não houve atraso que justificasse o não-recebimento da documentação e da proposta.

3 – Rigorismos formais extremos e exigências inúteis não podem conduzir a interpretação contrárias à finalidade da lei, notadamente em se tratando de concorrência pública, do tipo menor preço, na qual a existência de interessados é benéfica, na exata medida em que facilita a escolha da proposta efetivamente mais vantajosa (Lei 8666/93, art. 3º)

4 – Recurso especial desprovido.

(REsp 797.179/MT, Rel. Ministra Denise Arruda, 1ª Turma, julgado em 19/10/2006, DJ 07/11/2006 p. 253).

MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. PROPOSTA TÉCNICA. INABILITAÇÃO. ARGUIÇÃO DE FALTA DE ASSINATURA NO LOCAL PREDETERMINADO. ATO ILEGAL. EXCESSO DE FORMALISMO. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE.

1 – A interpretação dos termos do Edital não pode conduzir a atos que acabem por malferir a própria finalidade do procedimento licitatório, restringindo o número de concorrentes e prejudicando a escolha da melhor proposta.

2 – O ato coator foi desproporcional e desarrazoado, mormente tendo em conta que não houve falta de assinatura, pura e simples, mas assinaturas e rubricas fora do local preestabelecido, o que não é suficiente para invalidar a proposta, evidenciando claro excesso de formalismo.

Precedentes.

3 – Segurança Concedida.

(MS 5.869/DF, Ministra Laurita Vaz, Primeira Seção, julgado em 11/09/2002, DJ 07/10/2002)

Portanto, as exigências aqui não configuram requisitos mínimos de habilitação e capacidade técnica, mas sim verdadeiros óbices à participação de empresas aptas e interessadas na realização dos serviços, ferindo a busca pelos melhores preços que deveria garantir o melhor interesse da Administração Pública.

II.2 – DA ILEGALIDADE DA EXIGÊNCIA DE PROFISSIONAL QUÍMICO OU FARMACÊUTICO – INAPLICABILIDADE DA RDC Nº 69/08 DA AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA A ATIVIDADES DE LOCAÇÃO DE EQUIPAMENTO MÉDICO

Prevê ainda o Termo de Referência no item 16.6:

16.6. Apresentar certidão de registro da empresa junto ao Conselho Regional de Química (CRQ) ou ao Conselho Regional de Farmácia (CRF); (Somente para recargas de oxigênio medicinal);

Dito isto, cabe pontuar que o edital licitatório fundamenta sua exigência na Resolução RDC nº 69/08 da Agência Nacional De Vigilância Sanitária, a qual destina-se a:

1. OBJETIVO

1.1 Estabelecer os requisitos mínimos a serem observados na **produção industrial de gases medicinais**, que deve cumprir com as exigências básicas das Boas Práticas de Fabricação de gases medicinais.

Sendo, portanto, nítida sua inaplicabilidade às atividades desenvolvidas pela empresa licitante, qual seja, a de locação de equipamento médico.

Dessa forma, não há que se falar na exigência de autorizações e licenças não vinculadas à atividade básica desenvolvida pelo licitante, conforme precedentes do TCU:

[...] 5.4. Com efeito, o fato de o art. 58 da Lei 13.303/2006 tratar dos parâmetros de qualificação técnica (restrita a parcelas do objeto técnico ou economicamente relevantes) não elide a irregularidade contida na alínea 'a' do subitem 5.1.1 do edital da licitação eletrônica 180/ADLI-3/SBHT/2020 (peça 20, p. 8), uma vez que tal alínea apresentou vício ao indevidamente exigir registro no CREA da licitante na habilitação, sem demonstrar motivos que justifiquem tal necessidade.

5.5. Em que pese à criticidade dos serviços objeto da licitação, tem-se que tal situação, por si só, não justifica as exigências da alínea 'a' do subitem 5.1.1 do edital da licitação eletrônica 180/ADLI-3/SBHT/2020 (peça 20, p. 8). Ora, **não resta claro nos autos em que medida a prova de inscrição ou registro** da LICITANTE e dos seus Responsáveis Técnicos junto ao Conselho Regional de Engenharia e Agronomia (CREA) da localidade da sede da LICITANTE **seriam condições sinequa non para a realização dos serviços contratados**. (ACÓRDÃO n. 741/2022 – PLENÁRIO, Rel. Min. AUGUSTO NARDES, DATA DA SESSÃO: 06/04/2022).

A exigência de registro ou inscrição na entidade profissional competente, para fins de comprovação de qualificação técnica (art.30, inciso I, da Lei 8.666/93), deve se limitar ao conselho que fiscalize a atividade básica ou o serviço preponderante da licitação. (Licitação. Habilitação técnica. Conselho de fiscalização profissional. Boletim de Jurisprudência 77/2015).

A exigência de atestado de capacidade técnico-operacional registrado em conselho de fiscalização profissional requer a demonstração, no processo licitatório, que tal requisito é indispensável à garantia do cumprimento das obrigações contratuais, em respeito ao art. 3º da Lei 8.666/1993 e ao princípio da razoabilidade, previsto no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal. (Licitação. Qualificação técnica.

Conselho de fiscalização profissional. Atestado de capacidade técnica. Boletim de Jurisprudência 151/2016).

Vale ressaltar que é a segunda vez que esta Municipalidade dá início a processo licitatório com vistas à contratação do objeto em comento, tendo o item “RECARGA DE OXIGENIO PURO MEDICINAL 0,7M³ A 1M” sido cancelado justamente em razão das exigências restritivas aqui pontuadas. Dessa forma, as exigências apontadas, acaso mantidas, restringem a competitividade do certame de tal modo que poderão ocasionar severos prejuízos à continuidade da prestação dos serviços públicos, dada a inexistência de concorrentes aptos a atender tais requisitos. Conforme segue abaixo:

14/07/2023 - 09:49:27

124,40 23.643.895/0001-88 - SUPERARMED EQUIPAMENTOS MEDICOS E HOSPITALRES LTDA - ME

Cancelado - ** Não apresentou o solicitado no subitem 15.3. Termo de Referência do Edital - Licença Sanitária emitida pela Secretaria de Estado de Saúde ou Secretaria Municipal de Saúde, quando Gestão Plena, para as empresas que fabricam, armazenam e distribuem produtos de saúde e de interesse da saúde;

** Não apresentou o solicitado no subitem 15.6. Termo de Referência do Edital - Apresentar registro da ANVISA ou Ministério da Saúde para todos os equipamentos e seus acessórios comercializados;

** Não apresentou o solicitado no subitem 15.8. Termo de Referência do Edital - Apresentar certidão de registro da empresa junto ao Conselho Regional de Química (CRQ) ou ao Conselho Regional de Farmácia (CRF). (somente para oxigênio medicinal). 14/07/2023 11:24:04

14/07/2023 - 09:50:44

115,00 04.238.951/0001-54 - LOCMED HOSPITALAR LTDA

Cancelado - Não apresentou o documento solicitado no subitem 15.8. do Edital - Certidão de registro da empresa junto ao Conselho Regional de Química (CRQ) ou ao Conselho Regional de Farmácia (CRF). (somente para oxigênio medicinal). 14/07/2023 10:51:03

Pontua-se, ainda, que a empresa ora Impugnante possui atualmente contrato vigente com a prefeitura de Lagoa Santa, através da ata de registro de preços n° 020/2022, tendo por objeto o fornecimento de oxigênio medicinal, onde vem prestando há mais de 01 (um) ano os serviços contratados com zelo, primando pela qualidade de seus serviços, sem quaisquer falhas ou irregularidades que lhe possam ser imputadas, razão pela qual se demonstra que as exigências contidas no edital se tratam de excesso de formalismo.

IV - DOS PEDIDOS

Isto posto, a Impugnante espera que as razões ora invocadas sejam detidas e criteriosamente analisadas, para que sejam realizadas as

devidas alterações e nova publicação do instrumento convocatório, devendo a Administração Pública sanar as falhas constantes no edital, com as seguintes providências:

- Exclusão do item 16.6 do Termo de Referência, que versa acerca da exigência de profissional responsável técnico inscrito no conselho regional de química (CRQ) ou certificado de registro de farmácia (CRF), como condição de participação no certame, posto que a exigência não guarda qualquer relação com os serviços a serem efetivamente prestados pela empresa contratada, que deverão ser manuseados exclusivamente por profissional técnicos e fisioterapeuta;
- Exclusão do item 16.7 do Termo de Referência, que versa acerca da apresentação de AFE para gases e correlatos, posto que a exigência não guarda qualquer relação com os serviços a serem efetivamente prestados pela empresa contratada, que consiste na entrega de cilindros já envasados, não havendo qualquer tipo de manuseio de gases.

Não havendo a reabertura do prazo para designar uma nova sessão, roga-se pela nulidade do presente processo licitatório, devendo ser **JULGADOS PROCEDENTES** os pedidos formulados, para alterar o edital no item pontuado em sede de impugnação.

Termos em que,
Pede Deferimento.

Fortaleza, 05 de setembro de 2023.

LOCMED HOSPITALAR LTDA
04.238.951/0001-54