Pró-Vida
soluções médico-hospitalares

ILUSTRÍSSIMO SR. PREGOEIRO DO CONSÓRCIO INTERMUNICIPAL DE SAÚDE – CONIMS. Pato Branco – PR (*UASG: 926782*).

Referente: **EDITAL DE PREGÃO ELETRÔNICO Nº 34/2020 - SRP**

TIPO: MENOR PREÇO POR ITEM.

Local da licitação: www.comprasgovernamentais.gov.br.

Abertura: dia 04/11/2020 as 09h00m.

Local de entrega desta impugnação: E-mail: licitacao@conims.com.br até as 17h00m.

A **PRÓ-VIDA – Comércio de Equipamentos Ltda** (representante dos produtos NUTERAL), inscrita no CNPJ nº 03.889.336/0001-45, com sede em Maringá – PR, vem mui respeitosamente perante Vossa Senhoria, interpor a presente.

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

Pelos motivos de fato e de direito que seguem.

Termos em que P. Deferimento.

Maringá, 28 de Outubro de 2020.

PRÓ-VIDA COM. DE EQUIPAMENTOS LTDA - EPP
CNPJ: 03.889.336/0001-45

Pró-Vida Comércio de Equipamentos Hospitalares Ltda-EPP
Marcelo Justus Zini
CPF: 541.655.209-34

Impugnante: PRÓ-VIDA – Comércio de Equipamentos Ltda
Impugnado: CONIMS – Pato Branco.
Objeto: **EDITAL DE PREGÃO ELETRÔNICO Nº 34/2020 – SRP**

DA TEMPESTIVIDADE DESTA IMPUGNAÇÃO

Sr. Pregoeiro e Dd. Equipe de Apoio

Inicialmente discorreremos sobre a tempestividade desta impugnação.
O edital cita que:
*"**7.1.** As impugnações ao presente Edital poderão ser feitas até as 17 horas, até 2 (dois) dias úteis anteriores a data fixada para a realização da sessão pública do Pregão, por qualquer cidadão ou licitante."*

Cita a Lei Federal n.º 8.666/93 em seu Art. 41 que:
"§ 2º Decairá do direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a Administração o licitante que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização de leilão, as falhas ou irregularidades que viciariam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso."

Sobre o tema citamos também o Decreto nº 3.555/2000, Art. 12:
"Art. 12. Até dois dias úteis antes da data fixada para recebimento das propostas, qualquer pessoa poderá solicitar esclarecimentos, providências ou impugnar o ato convocatório do pregão."

Como é possível perceber, os artigos, 41 da Lei nº 8.666/93 e 12 do Decreto n° 3.555/2000 determinam de modo expresso que o licitante deve protocolar sua impugnação ao edital **ATÉ** o segundo dia útil que anteceder a abertura do certame. Isso significa que a impugnação pode ser apresentada **inclusive durante o transcorrer do segundo dia útil anterior ao início da licitação**. A utilização do termo "até" nos comandos normativos em referência traz, evidentemente, o entendimento de que no segundo dia anterior à abertura do certame ainda se mostra possível apresentar o pedido de impugnação ao edital eventualmente contestado.

Reforçando esta afirmação, o Tribunal de Contas da União já acolheu tal entendimento e no Acórdão nº. 1/2007 (processo TC 014.506/2006-2) o TCU entendeu ser tempestiva uma impugnação apresentada em **22/11/2005** (terça-feira) em face de um pregão que teria abertura em **24/11/2005** (quinta-feira). Do mesmo modo, através do Acórdão nº. 382/2003 (processo TC 016.538/2002-2) entendeu ser tempestiva uma impugnação apresentada em **27/9/2002** (**sexta-feira**) em face de uma licitação que ocorreria em **1/10/2002** (**terça-feira**). O próprio TCU (Acórdão n°128/2010 – Plenário) já apontou a necessidade de se interpretar restritivamente a LEI n° 8.666/1993, ou seja, a Lei aponta em seu artigo 41 que o prazo é ATÉ o segundo dia útil, não havendo respaldo LEGAL para outro tipo de análise.

Sendo assim, o certame licitatório tem abertura fixada no dia **04/11/2020**, DOIS dias antes acontece no dia **29/10/2020**, sendo desta forma a presente impugnação apresenta-se totalmente **TEMPESTIVA**.

DO HISTÓRICO DO OBJETO DESTA LICITAÇÃO

Sr. Pregoeiro, o objeto deste pregão é exatamente o mesmo definido no Pregão Eletrônico 31/2020 o qual foi impugnado por nossa empresa e depois foi *anulado* pelo órgão licitante.

Este pregão atual *PE-34/2020*, traz em seu contexto a indicação do fornecimento de marcas específicas em vários itens. Esta exigência já se fazia presente no outro edital (*PE-31/2020*), sendo este o motivo de nossa impugnação referente a primeira publicação aqui citada.

A impugnação apresentada ao edital anterior (*PE-31/2020*) foi INDEFERIDA com a seguinte justificativa: *"Sobre a Indicação de marca específica, o artigo 7º, parágrafo 5º da Lei 8.666/93 estabelece que as características restritivas à ampla participação são permitidas, apesar de ser medida excepcional,* ***desde que seja estritamente necessária para atender exigências de padronização e que haja prévia justificação."***

Como este certame atual (*PE-34/2020*) possui a mesma indicação de marcas em vários itens, é certo que uma impugnação iria ter a mesma resposta já apresentada no certame anterior por nós impugnado, por isso, com a devida vênia, queremos contestar a argumentação apresentada para INDEFERIR nosso pedido de impugnação relativo ao pregão anterior que foi anulado.

DOS MOTIVOS DESTA IMPUGNAÇÃO

Tornou público o Órgão Licitante, doravante IMPUGNADO, que se encontra aberta a Licitação, na modalidade Pregão Eletrônico, com o seguinte objeto ***"FORMAÇÃO DE REGISTRO DE PREÇOS PARA AQUISIÇÃO PARCELADA DE ALIMENTOS PARA NUTRIÇÃO ENTERAL E SUPLEMENTOS NUTRICIONAIS, de acordo com as condições e especificações constantes no presente edital, inclusive em seus anexos, notadamente o Anexo I - Termo de Referência."***

O edital em referência traz 34 (*trinta e quatro*) itens com indicação de fornecimento de MARCA. Esta Relação de Produtos traz a indicação exclusiva e específica da marca do produto desejado. Com isto, somente a marca especificada poderá participar do referido certame.

Sobre este assunto, o parecer jurídico do órgão licitante em relação ao edital anterior que trazia a mesma exigência (*PE 31-2020*) pontuou que: *"Sobre a Indicação de marca específica, o artigo 7º, parágrafo 5º da Lei 8.666/93 estabelece que as características restritivas à ampla participação são permitidas, apesar de ser medida excepcional,* ***desde que seja estritamente necessária para atender exigências de padronização e que haja prévia justificação."***

A Lei das Licitações (*Lei Federal nº 8.666/93*), como padrão, veda a indicação de marcas específicas, permitindo sua utilização apenas como exceção e mesmo assim com prévia justificativa. **Mas o que seria esta "*justificativa*"?** Para entendermos este termo vamos ao texto original da Lei 8.666/93 artigo 7º,

parágrafo 5º: *"§ 5° - 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."*

O termo utilizado na LEI é "*tecnicamente justificável*". Neste ponto, o edital atual traz a seguinte explicação: *"3.1. Os itens 53-54-57-58-59-62-63-69-70-71-72-73-74-75-76-78-79-80-81-82-83-89- 90-91-92-93-94-95-96-98-99-100-101-102, possuem especificação de marcas de acordo com justificativa anexada ao processo e conforme segue:"*

Ou seja, a justificativa apresentada pelo órgão licitante é baseada em documento intitulado *"JUSTIFICATIVA PARA INDICAÇÃO DE MARCAS DE ALIMENTO PARA NUTRIÇÃO ENTERAL E SUPLEMENTO NUTRICIONAL"*. Este documento é assinado pela nutricionista do CONIMS e analisando o teor do mesmo, podemos perceber que a justificativa técnica encontra-se presente em apenas um único parágrafo o qual iremos reproduzir a seguir e efetuar nossas considerações.

Cita o documento que:
"Ressalta-se que a troca de produtos, ainda que por outros de idêntica formulação pode causar reações adversas, como por exemplo a rejeição do produto por meio de regurgitação, alergia e etc. uma vez que estamos nos referindo a pacientes, que na sua maioria, se encontram em estado alimentar deficitário, em especial lactentes."

Nossas considerações:

- Se um produto nutricional possui IDÊNTICA formulação, ele tem **exatamente** os mesmos ingredientes do produto indicado como marca desejável (*inclusive as mesmas quantidades pois eles são idênticos*), sendo assim, se um deles causa alguma reação o produto indicado como marca desejável causará a mesma reação, afinal, como o texto citou, eles são **idênticos**.

- O texto cita também a rejeição de produtos via regurgitação. Esta ação é exclusiva de um bebê, pois o adulto tem refluxo. Com isso, apenas as fórmulas indicadas para uso infantil estariam enquadradas neste requisito, ou seja, dos 34 itens que citam marca, no máximo 11 itens se enquadram nesta alegação.

- O texto cita que houve relatos de "alergia" quando do uso de alguns produtos diferentes das marcas indicadas. Neste ponto, seria essencial entender a origem desta alergia, pois normalmente elas são oriundas de Proteínas e/ou Carboidratos e também, de forma mais rara, através de corantes ou aromatizantes artificiais. Ao compreender a origem da alergia é possível o edital buscar produtos (*de várias marcas*) que não tenham em sua fórmula o ingrediente que causa a reação no paciente. Além disso, vários itens que indicam marca trazem quantidades significativas para aquisição, o que indica o uso para diversos pacientes, motivando ainda mais a busca por uma disputa entre fabricantes que proporcione economia ao CONIMS, fato este que não acontecerá com apenas uma única marca (*mesmo que diversos fornecedores ofereçam um mesmo produto ele terá certamente um preço mínimo imposto pelo fabricante que estará sem concorrência de outras marcas*).

Sr. Pregoeiro, a nossa intenção é que o CONIMS reveja sua metodologia, pois entendemos que a exigência de marcas exclusivas para aquisição de **produtos de uso contínuo** é uma exceção que poderá se tornar regra e pode motivar a escolha futura em outros editais de todos os itens por indicação de marca desejada e esta certamente não é a ideia e nem o objetivo da LEI (*que trata de compra por indicação de marca como EXCEÇÃO*). Como já dissemos anteriormente, vários itens que indicam a marca tem uma quantidade que permite afirmar o uso para vários pacientes, levantando a questão da necessidade de uma análise técnica mais aprofundada, onde possa ser realizado uma verificação do real motivo das reclamações dos pacientes (*por exemplo das alergias*). Esta análise passaria inclusive por readequação do descritivo do edital, onde seria levado em conta as necessidades individuais de alguns pacientes, não impondo a compra de grandes quantidades de produtos com indicação de marca. *Pois, se assim for, o que impede, por exemplo, futuros editais de exigir compra de medicamentos de marca específica para vários pacientes*?

Inclusive a revisão do edital parece ser extremamente necessária, pois alguns produtos indicados como marca desejada não atendem nem a descrição técnica do próprio item onde estão inseridos, **por exemplo**:

Item 70: *Alimento nutricionalmente completo para dieta enteral ou oral* ***com baixo teor de sódio*** *sem sacarose, isento de glúten. Indicado para pacientes com risco nutricional, desnutrição, anorexia. Marca Trophic Basic.*
A marca indicada para aquisição (*Trophic Basic*) possui 53mg de sódio em cada 100kcal de produto, e segundo a RDC 21/2015 da ANVISA, essa dieta não é hipossódica e não poderia nem ser adquirida para este descritivo.

Item 73: *Alimento/Nutrição em pó, especializada, enteral/oral, completa e balanceada, normocalórica,* ***normoproteica*** *e normolipídica. Indicado para atender pacientes com necessidade de controle glicêmico. Não contém glúten e lactose. Com sabor. Marca Glucerna.*
A marca indicada para aquisição (*Glucerna*) é definida pelo próprio fabricante como HIPERPROTÉICA e não normoprotéica como indicado no descritivo do edital, ou seja, também não poderia ser adquirida para este descritivo.

Item 74: *Alimento/Nutrição em pó, especializada, enteral/oral, completa e balanceada, normocalórica, normoproteica e normolipídica. Indicado para atender pacientes* ***com necessidade de controle glicêmico****. Não contém glúten e lactose. Com sabor. Marca Nutrien 1.0.*
A marca indicada para aquisição (*Nutren 1.0*) possui AÇUCAR em sua fórmula, ou seja, como um produto indicado para controle de índice glicêmico pode conter Açúcar?

Item 78: ***Nutrição completa*** *e balanceada complemento na nutrição diária, possui fibras Cálcio, Ferro, B6 e B12. Indicada para adultos e idosos seletivos e/ou inapetentes. Normocalorico, sabores variados. Marca Nutren Active.*
A marca indicada para aquisição (*Nutren Active*) não é uma nutrição completa e sim um suplemento., com isso, ele nem poderia ser adquirido neste descritivo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sr. Pregoeiro, a revisão deste edital e a consequente retirada da exigência de marcas específicas nos 34 itens indicados irá permitir uma real concorrência entre fabricantes, proporcionando ao CONIMS a aquisição de produtos por preços competitivos e além disso, *afastará do certame qualquer questionamento futuro nas esferas judiciais*, pois o Ato Administrativo do agente público em relação ao processo licitatório é um Ato Vinculado (*atos vinculados são aqueles nos quais a lei estabelece os requisitos e condições de sua realização*).

Por fim e não menos importante, o edital exige o fornecimento de marcas específicas em 34 itens, alegando em sua justificativa técnica que o fornecimento destes produtos é indispensável, sendo impossível manter o uso de outras opções. Entretanto, o mesmo edital cita que:
"5.4. Fica determinantemente proibida à troca de marca e/ou fabricante dos produtos licitados, SALVO por motivo justo decorrente de fato superveniente devidamente formalizado e justificado."

Um fato que ocorre após a licitação (*fato superveniente*) permite a troca de marca do produto licitado, entretanto, esta troca terá os mesmos impactos que foram citados como justificativa pela nutricionista para a indicação de marcas. Neste sentido, se é possível a troca depois da licitação, tecnicamente também é possível a compra de outras marcas de produto, pois os impactos serão iguais ou semelhantes, após a aquisição ou antes dela.

DOS PEDIDOS

Diante de todo o exposto solicitamos que:

O órgão licitante ANALISE a exigência de marcas específicas nos 34 itens deste edital de licitação, retirando a indicação de marca e apresentando um Descritivo Técnico onde pelo menos TRÊS fabricantes possam participar de cada item e não apenas UM fabricante como esta proposto neste certame.

Solicitamos que após a apreciação do presente recurso, a decisão seja remetida o e-mail licitacao@provida.eng.br.