

AO

MUNICÍPIO DE RIO GRANDE/RS**Objeto: Impugnação ao Instrumento Convocatório**

Pregão Eletrônico n.º 73/2019

IMPUGNANTE: CIAMED - Distribuidora de Medicamentos Ltda.

CIAMED DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS LTDA, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF sob n.º 05.782.733/0001-49, com sede à Rua Severino Augusto Pretto, n.º 560, Bairro Santo Antão, Município de Encantado/RS, por sua representante que esta subscreve, vem, respeitosamente, apresentar **IMPUGNAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO**, nos termos dos itens **5** e **5.1**, do Edital, pelos fatos e fundamentos jurídicos doravante expostos.

I – DO RESUMO FÁTICO

A Impugnante é empresa que realiza comércio atacadista de *medicamentos e drogas de uso humano* – empresa distribuidora de medicamentos, sendo que, nesta condição participa de licitações nas três esferas administrativas de todo o território nacional.

No entanto, objetivando participar do Edital de **Pregão Eletrônico 73/2019**, constatou que vossa administração solicita, nos **itens 5** e **5.1**, *in verbis*:

“5. DO JULGAMENTO DA PROPOSTA FINANCEIRA

5.1. O julgamento obedecerá ao critério de **menor preço por item**, observando-se o disposto no Art. 4º, X, da Lei nº 10.520/02;”

Entretanto, ao estabelecer a aquisição do medicamento *Lactulose 667mg/ml* – Apresentação: SOLUÇÃO ORAL FRS C/**120ML**, vossa Administração restringe a competitividade do certame, em detrimento de outros fabricantes e licitantes que possuem a apresentação Lactulose 667mg/ml **200ml**.

Dúvidas não restam que supracitada reivindicação é desproporcional, visto que mitiga a participação de empresas como a Impugnante, razão pela qual se faz necessário o presente Recurso Administrativo, a fim de sanar tais ilegalidades.

Portanto, não são razoáveis as exigências editalícias, ora impugnadas, pois representam impedimento à participação para vários concorrentes, implicando em afronta aos princípios da isonomia entre os concorrentes e da ampla competitividade, buscando a proposta mais vantajosa para a administração.

II – DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Pretende este conceituado órgão, adquirir medicamentos conforme especificações no Termo de Referência/SMS, conforme segue:

– ITEM 26: LACTULOSE 667MG/ML 120ML

Com a devida vênia, existindo no mercado várias dosagens na apresentação FRASCO, o **critério julgamento por ML** o universo de licitante ampliaria de sobremaneira, sendo que o certame poderá dispor de vários fabricantes e potenciais licitantes no mercado.

Convém destacar que os órgãos reguladores do país, de competência exclusiva, Ministério da Saúde, através da ANVISA, ao expedir o Registro de Medicamentos, após criteriosa e demorada avaliação, os tornam aptos a serem produzidos, comercializados e utilizados por órgãos públicos e privados em todo o território nacional, não cabendo legitimidade à outras Autoridades por mais respeitáveis que sejam, e o são, introduzir exigências que ultrapassem os limites de suas competências legais, de forma especial no que diz respeito às aquisições públicas, que devem ser permeadas pelos princípios da **escolha mais vantajosa** para a Administração, da **isonomia** e do **julgamento objetivo**.

Ainda nesta baila, cumpre destacar que o medicamento que a ora Impugnante oferta ou pretende ofertar, trata-se de produto tido como referência ou inovador, sendo inquestionável a restrição da participação do medicamento de referência no certame em prol de outros tidos como genéricos ou similares.

Destarte, a adjudicação do item na forma apresentada no edital, que demandará valor mais alto na compra para Administração em razão da restrição de fornecedores no mercado aptos a fornecerem na forma apresentada, prejudica a isonomia e a impessoalidade do processo de compra, em razão de ter sido dada preferência, sem motivo legítimo, à forma de aquisição menos vantajosa, não se coadunando tal ato aos preceitos e ficando *in casu* o descumprimento dos preceitos dos arts. 3º, 41 e 43, IV e VI e § 3º, da Lei 8.666/93, os quais seguem abaixo:

“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 sustentável 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.

§ 1º É **vedado** aos agentes públicos:

*I – admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, **restringam 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; (...)*

“Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.”

“Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:

(...)

IV – verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos do edital e, conforme o caso, com os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente, ou ainda com os constantes do sistema de registro de preços, os quais deverão ser devidamente registrados na ata de julgamento, promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis;

V – julgamento e classificação das propostas de acordo com os critérios de avaliação constantes do edital; (...)

No mesmo sentido, segue o art. 4º, da Lei 10.520/02, *in verbis*:

“Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

(...)

X – para julgamento e classificação das propostas, será adotado o critério de menor preço, observados os prazos máximos para fornecimento, as especificações técnicas e parâmetros mínimos de desempenho e qualidade definidos no edital; (...)

Ao estabelecer a apresentação **120ml** tal como descrito no edital, vossa Administração estará direcionando o procedimento e restringindo a disputa de lances e melhores valores, de modo que ao determinar a forma de **juízo por ml** (admitindo todos os frascos, inclusive de **120ml** e **200ml**) a Administração possui diversas opções de fabricantes e distribuidoras, o que trará maior competitividade para o certame e, como consequência, melhor preço de aquisição.

Desta feita, por se mostrar mais interessante para a Administração, o critério de contratação pública por MILILITRO, como já exposto, tem sido o modelo padrão utilizado por diversos entes do país, dentre os quais se incluem o **Hospital das Clínicas Faculdade de Medicina de Botucatu – HCFMB** e **vários outros órgãos**, conforme se pode verificar em importantes editais **anexos** com parecer favorável à ampla concorrência.

Não há, inclusive, indicação técnica nos autos do processo de compra que possa legitimar a restrição ora apresentada.

A respeito do tema nos ensina Rafael Carvalho Rezende de Oliveira:

“O caráter competitivo da licitação justifica-se pela busca da proposta mais vantajosa para a Administração, motivo pelo qual é vedado admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu competitivo (art. 3º, § 1º, I, da Lei 8.666/93).

O referido princípio deve servir, ainda, como norte interpretativo das cláusulas editalícias, de maneira a aumentar o universo de competidores. Afinal, quanto maior a competição, maior será a chance de se encontrar a melhor proposta. Exemplos: exigir a compra de editais ou restringir a participação às empresas que possuem sede no território do Ente Federado licitante frustram a competitividade. Por esta razão, o art. 4º, III, da Lei 4.717/1965 (Lei da Ação Popular), estabelece a nulidade dos editais de licitação que contenham cláusulas restritivas da competição.”

A respeito do princípio da economicidade e da ampla competitividade, estão previstos expressamente no art. 70 da Constituição Federal de 1988 e representa, em síntese, a promoção de resultados esperados com o menor custo possível. É a união da qualidade, celeridade e menor custo na prestação do serviço ou no trato com os bens públicos.

Dessa maneira, no intuito de garantir o princípio da economicidade, a celeridade e transparência nos processos licitatórios, a ora requerente pugna para que seja aceito o critério de juízo por ml, fato que proporcionará a ampla concorrência no processo licitatório e a aquisição mais vantajosa para a administração.

Reitera-se que o **item 26 (LACTULOSE 667MG/ML SOLUÇÃO ORAL FRS C/120ML)** do supracitado edital malferir os princípios básicos da Administração Pública como competitividade, justo preço, economicidade, não se justificando de nenhuma forma.

O princípio da competitividade é considerado pela doutrina, como um dos princípios cardiais da licitação, tanto que se existirem conluíus ou de qualquer forma faltar a competição, o instituto da Licitação é inexistente.

Dos ensinamentos do mestre Adilson Abreu Dallari, destacamos o seguinte:

“(...) interessa para a administração receber o maior número de proponentes porque, quanto maior a concorrência, maior será a possibilidade de encontrar condições vantajosas”¹.

Sinala-se que a doutrina administrativa, de maneira uniforme, preleciona nesse sentido, de modo que, a exemplo, colaciona-se entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello, veja-se:

“Licitação visa alcançar duplo objetivo: proporcionar às entidades governamentais possibilidade de realizarem o negócio mais vantajoso (pois a instauração de competição entre os ofertantes preordena-se a isto) e assegurar aos administrados ensejo de disputarem a participação nos negócios que as pessoas governamentais pretendem realizar com os particulares.” Em seguida, conclui o administrativista: “Destarte, atendem-se três exigências públicas impostergáveis: proteção aos interesses públicos e recursos governamentais – ao se procurar a oferta mais satisfatória; respeito aos princípios da isonomia e impessoalidade (previsto nos arts. 5º e 37, caput) – pela abertura de disputa do certame; e finalmente, obediência aos reclamos de probidade administrativa, imposta pelos arts. 37, caput, e 85, V, da Carta Magna brasileira.”²”

Na mesma esteira é o entendimento de José dos Santos Carvalho Filho, quando destaca que os preceitos constitucionais impõem observância aos princípios da moralidade administrativa e igualdade de oportunidades àqueles interessados em contratar: Outro fundamento da licitação foi a necessidade de proporcionar igualdade de oportunidades a todos quantos se interessam em contratar com a Administração. A se permitir a livre escolha de determinados fornecedores pelo administrador, estariam alijados todos os demais, o que seria de lamentar, tendo em vista que, em numerosas ocasiões, poderiam eles apresentar à Administração melhores condições de contratação. Cumpre, assim, permitir a competitividade entre os interessados, essencial ao próprio instituto da licitação.³

¹ ABREU DALARRI, Adilson. Aspectos Jurídicos da Licitação. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 116

² Celso Antônio Bandeira de Mello. Curso de Direito Administrativo, 17ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 485).

³ José dos Santos Carvalho Filho. Manual de Direito Administrativo, 12ª ed., Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005, pp. 228/229.

Cabe destacar, ainda, que o Legislador, no art. 3.º, da Lei n.º 8.666/93, esculpiu como fundamento básico da licitação a seleção de proposta mais vantajosa à Administração Pública, veja-se a redação:

*“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 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. (grifo nosso).”*

Por fim, apenas em relação à necessidade de que o critério de julgamento faça a análise do item com relação ao menor preço por ml e não por frasco, ressalta-se que este decorre do corolário da isonomia, eis que não pode ser usado como parâmetro *in casu* apenas preço, sem se observar o quantitativo de cada frasco cotado, sob pena de, mais uma vez, ser dado tratamento beneficiário aos fornecedores da forma de **120ml**.

Assim, de qualquer seja a forma analisada, fato é que a apresentação do produto sob **120ml** prejudica de sobremaneira a Administração, razão pela qual se impõe, em face dos dispositivos legais principiologicos já apresentados, a alteração da forma de apresentação do produto em questão, com a alteração do **item 26 (LACTULOSE 667MG/ML SOLUÇÃO ORAL FRS C/120ML)** do edital.

Como se vê, o julgamos por MENOR PREÇO POR ITEM, restringe a melhor proposta à aquisição da Administração Pública.

Por tal e derradeira razão, a exigência não deve permanecer no edital, pois caso contrário obstruirá a participação de inúmeras empresas no certame telado, além de impedir a competitividade e, conseqüentemente, desperdiçar propostas mais vantajosas à Administração Pública.

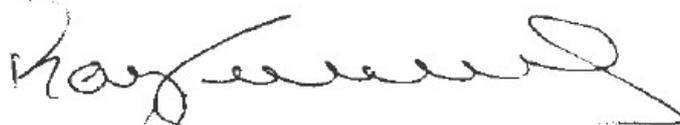
Finalizando, cabe destacar que as razões são plenas para acarretar a modificação do instrumento convocatório.

III – DOS PLEITOS FINAIS

Ante todo o exposto e na melhor forma em direito admitida, requer-se o quanto segue:

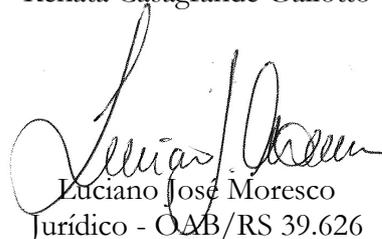
- a) Seja reconhecida e acolhida a presente Impugnação ao Edital de **Pregão Eletrônico 73/2018**, corrigindo os vícios apontados ao ato convocatório, na forma da lei;
- b) Seja a presente impugnação analisada pelo procurador/assessor jurídico do **MUNICÍPIO DE RIO GRANDE/RS**;
- c) Seja concedido o efeito suspensivo do presente edital de aquisição de medicamentos, a fim de extrair tal exigência contida nos **itens 5 e 5.1**, conforme fundamentação retro, pois se encontra em desacordo com a Lei de Licitações e Contratos Administrativos, bem como com a Constituição Federal;
- d) Seja deferida a presente impugnação, para que seja efetuada a alteração na apresentação do medicamento do item **26 – Lactulose 667mg/ml – Apresentação: FRASCO 120ml**, para **26 – Lactulose 667mg/ml apresentação FRASCO, com critério de julgamento de menor preço por ml.**
- e) A produção de todas as provas admitidas em Direito;
- f) Seja emitido parecer pela Comissão de Licitações;
- g) Seja realizado julgamento da presente impugnação pelo Senhor Prefeito Municipal, **para o efeito de retificar o edital** pelas razões expostas no presente petítório.

Pelo deferimento, Encantado/RS, 13 de fevereiro de 2019.



CIAMED DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS LTDA.

Renata Casagrande Galiotto



Luciano José Moresco
Jurídico - OAB/RS 39.626