

JULGAMENTO DE IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

Referência: Pregão Eletrônico nº 029/2023

Processo Administrativo: PR2023.05/CLHO-00504

Impugnante: MAXIMED DISTRIBUIDORA MEDICA HOSPITALAR LTDA.

Objeto: Aquisição de Medicamentos, Insumos Instrumentais e Equipamentos para Atenção Básica e Atenção Odontológica, Hospital, SAMU, e UPA para atender as necessidades da Secretaria Municipal de Saúde do Município de Coelho Neto – MA.

I- DA ADMISSIBILIDADE DA IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

Trata-se de análise de **IMPUGNAÇÃO AO EDITAL** interposta pela empresa **MAXIMED DISTRIBUIDORA MEDICA HOSPITALAR LTDA**, inscrita sob o CNPJ nº 45.897.545/0001-80, situada na Av. Olavo Sampaio, Quadra 27, Lote 13, Presidente Dutra/MA, CEP: 65.760-000, em face do edital do Pregão eletrônico em epígrafe, tendo como objetivo a alteração deste.

O Decreto Federal nº 10.024/2019, em seu artigo 24, determina o prazo para impugnação do edital, vejamos:

Art. 24. Qualquer pessoa poderá impugnar os termos do edital do pregão, por meio eletrônico, na forma prevista no edital, **até três dias úteis anteriores à data fixada para abertura da sessão pública.**

A data de abertura da sessão eletrônica estava marcada para o dia 03/07/2023 e o prazo para que qualquer pessoa física ou jurídica pudesse impugnar ou solicitar esclarecimento referente ao instrumento convocatório em epígrafe era até o dia 30/06/2023.

Com efeito, tendo em vista que a impugnação foi encaminhada no dia 27/06/2023, portanto, no prazo legal, reconhece-se a tempestividade do pedido.

II- DAS IMPUGNAÇÕES APRESENTADAS

A impugnante visando a reforma do Edital aponta as supostas irregularidades conforme segue:

Trata-se de Pregão Eletrônico que tem como escolha da proposta mais vantajosa para Aquisição de Medicamentos, Insumos Instrumentais e Equipamentos para Atenção Básica e Atenção Odontológica, Hospital, Samu, e UPA para atender as necessidades da Secretaria Municipal de Saúde do Município de Coelho Neto –MA, por meio de registro de preços, conforme condições, quantidades e exigências estabelecidas neste Edital e seus anexos.

No edital em comento, **verificam-se exigências que somadas resultam num ilegal e involuntário direcionamento, o que reduzirá amplamente a competitividade, sacrificando os principais princípios constitucionais que norteiam a Administração Pública.**

O edital soma um volume de compras muito elevado, cujas condições restritivas ora impugnadas, caso não sanadas, resultarão em danos ao erário municipal, diante de um flagrante excesso de formalismo.

Existem exigências no edital que contrariam a legislação pátria, quais sejam, apresentação de licença sanitária de transportes e exigências de atestados de capacidade técnica apenas após decorrido no mínimo 01 ano de contrato, itens 9.11.3 do edital e 15.3.1 do termo de referência, respectivamente.

É imperioso afirmar que o contexto em tela é repleto de características restritivas, à medida que a licença para transporte não se mostra documento obrigatório para o regular funcionamento das empresas, assim como a exigência em referência ao item 15.3.1 exclui, por exemplo, empresas recém-criadas que desejam participar do certame licitatório. Esse cenário de flagrante formalismo restringe a competitividade e culmina em

danos ao erário. Dessa forma, a recorrente vem impugnar o presente edital para que as correções sejam realizadas, sob pena de nulidade do pregão, de pleno direito.

3. DO DESCUMPRIMENTO LEGAL

A Carta Magna vincula os atos da Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios, aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, e dispõe em seu artigo 37:

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.

Neste sentido, em consonância ao princípio da soberania constitucional, a Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos nº 8.666/93 veda de forma clara e veemente a utilização de quaisquer manobras, atos, cláusulas e/ou condições, julgamentos e decisões que discriminem ou afastem o caráter competitivo do certame, bem como estabeleçam preferências, distinções ou situações impertinentes ou irrelevantes para especificar o objeto do contrato. À vista disso, a notável Hely Lopes Meirelles disserta:

“A igualdade entre os licitantes é princípio impeditivo da discriminação entre os participantes do certame, que através de cláusulas que, no edital ou convite, favoreçam uns em detrimento de outros, quer mediante julgamento faccioso, que desiguale os iguais ou iguale os desiguais. O desatendimento a esse princípio constitui a forma mais insidiosa de desvio de poder, com que a Administração quebra a isonomia entre os licitantes, razão pela qual o Judiciário tem anulados editais e julgamentos em que se descobre a perseguição ou favoritismo administrativo, sem nenhum objetivo ou vantagem de interesse público” (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 27. Ed. Malheiros Editores. São Paulo:2002. Pg. 262).

A competitividade é um princípio fundamental da licitação e tem a devida proteção pela legislação, tipificando a ação injusta e culminando pena aos agentes que ensejaram frustrar este princípio. Neste sentido, as cláusulas constantes em edital e termo de referências afrontam veementemente esse princípio, senão vejamos:

9.11.3. Apresentar Licença Sanitária de Funcionamento para medicamentos comuns, medicamentos/portaria 344, saneantes, produtos para saúde e transporte, expedida pela Autoridade Sanitária Estadual, conforme o caso, do domicílio ou sede da empresa licitante, renovada anualmente, dentro do seu prazo de validade;

15.3.1. Comprovação de experiência e capacidade técnica, conforme características, quantidades e prazos compatíveis com a execução do objeto a ser contratado, mediante apresentação de atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado. Somente serão aceitos os atestados

expedidos após a conclusão do contrato ou se decorrido, pelo menos um ano do início de sua execução.

Essas exigências são atitudes teatrológicas, o que inviabiliza a participação de empresas, fere o princípio da ampla concorrência, o que faz eclodir a NULIDADE do certame, em manutenção das cláusulas restritivas quanto a participação, devendo tal NULIDADE ser imediatamente corrigida.

A licitação pública destina-se, conforme dispões o art. 3º da Lei nº 8.666/93, a garantir que a proposta mais vantajosa seja selecionada pela Administração. Essa seleção deve ser julgada em conformidade com o princípio da vinculação do instrumento convocatório. Durante a seleção, a comissão de licitação deverá ter cautela para não infringir os princípios licitatórios. Nesse sentido, é preciso evitar o formalismo excessivo e injustificado a fim de impedir a ocorrência de danos ao erário e valorizar a economicidade e vantajosidade da proposta.

O Tribunal de Contas da União – TCU posiciona-se veementemente contra o excesso de formalismo:

“As exigências para o fim de habilitação devem ser compatíveis com o objeto da licitação, evitando-se o formalismo desnecessário. Caberia, no máximo, por parte da instituição promotora da licitação promover a diligências destinada a esclarecer a questão, indagando da empresa a utilização ou não de menores aprendizes, o que não configuraria irregularidade, qualquer que fosse a resposta obtida. Por conseguinte, votou pelo provimento dos recursos de revisão intentados, e, no ponto, pela rejeição das justificativas apresentadas pelos responsáveis envolvidos, levando o fato em consideração para votar, ainda, pela irregularidade das contas correspondentes, sem prejuízo de aplicação de multa, o que foi aprovado pelo Plenário. Precedente citado: Acórdão nº 7334/2009 – 2ª Câmara.1

Em acórdão recente, o TCU novamente fez um alerta a respeito da necessidade de ocorrer flexibilização nas regras de editais de licitação, já que é uma medida benéfica, sem a incidência de burla à lisura do certame. Nesse sentido, por meio do Acórdão nº 342/2017 – 1ª Câmara, oriundo de representação que foi considerada prejudicada por perda de objeto em face da revogação de Tomada de Preços, foi dada ciência ao município de Itaetê/BA, de que:

[...] em razão da jurisprudência consolidada do TCU (Acórdãos 1.791/2006 e 1.734/2009-Plenário, entre outros), configura

formalismo excessivo a desclassificação de empresa participante de certame licitatório em decorrência de mero erro material no preenchimento de anexo, desde que seja possível aferir a informação prestada, sem prejudicar o andamento da sessão, situação ocorrida no julgamento das propostas das empresas na Tomada de Preços [...]

Mais uma vez, o TCU considerou um formalismo exacerbado a desclassificação da empresa. Salienta-se também que, quando há situações nesse sentido, o TCU tem como prática orientar os gestores a interpretar o edital sob a perspectiva da proporcionalidade e da razoabilidade, a fim de possibilitar o maior número possível de concorrentes.

A Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos nº 8.666/93, é clara e objetiva em seu art. 30 quanto ao caráter de exigência à qualificação técnica, *in verbis*:

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

I - Registro ou inscrição na entidade profissional competente;

II - Comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

III - comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação;

IV - Prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso.

A legislação é taxativa quanto a exigência para fins de comprovação de qualificação técnica, e como pode ser claramente observado, as exigências acima citadas, quais sejam os itens 9.11.3 do edital e 15.3.1 do termo de referência, contém exigências não previstas em lei.

É imperioso ressaltar que quem elabora o edital não pode inovar no mundo jurídico criando vedações que a lei não previu, como é no caso a exigência de licença de transportes e a limitação quanto ao atestado de capacidade técnica que deve ser apresentado.

A conduta do pregoeiro não deve ir além do que é previsto pela legislação. O agente público deve ser cuidadoso ao elaborar o instrumento convocatório, para que não cometa atos que irão ferir o caráter competitivo e culminar em danos ao erário público. Desse modo, no momento de elaboração e publicação do edital, o agente público responsável, deve sopesar a prática do ato e suas consequências, ou seja, ser razoável na sua conduta, primando pelo interesse público.

Diante do exposto, é de bom alvite, que V. Sa. Analise o caso concreto e verifique se existe a possibilidade de não descartar aquela melhor proposta de sua licitação, primando pelos princípios da legalidade, do interesse público e o da seleção da proposta mais vantajosa.

Após as razões da impugnação, passo a análise.

III- DA ANÁLISE DOS PONTOS APRESENTADOS

1. EXIGÊNCIA DE ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA COM LIMITAÇÃO TEMPORAL. ILEGALIDADE NA EXIGÊNCIA. VÍCIO INSANÁVEL. NECESSIDADE DE ALTERAÇÃO DO EDITAL.

A impugnante aponta como irregular a redação prevista na parte final do item 15.3.1 do termo de referência, conforme o texto é o que segue:

15.3.1. Comprovação de experiência e capacidade técnica, conforme características, quantidades e prazos compatíveis com a execução do objeto a ser contratado, mediante apresentação de atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado. **Somente serão aceitos os atestados expedidos após a conclusão do contrato ou se decorrido, pelo menos um ano do início de sua execução.** (grifo nosso)

Ocorre que a impugnante incorreu em um erro interpretativo ao analisar a cláusula supra mencionada, tendo em vista que, diferente do que se alega, a cláusula não possui característica restritiva, na realidade, permite maior abrangência aos licitantes.

Os atestados de capacidade técnica quando não emitidos de contratos já finalizados, poderão ser emitidos de contratos que apesar de não finalizados já estão em execução por mais de um ano, ou seja, não há que se falar em restrição quando na realidade a cláusula proporciona uma alternativa aqueles licitantes que não possuem atestados provenientes de contratos conclusos.

Ademais, a cláusula da forma que está disposta encontra respaldo legal na IN nº 5, Anexo VII, da Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, conforme abaixo:

10.8. Somente serão aceitos atestados expedidos após a conclusão do contrato ou se decorrido, pelo menos, um ano do início de sua execução, exceto se firmado para ser executado em prazo inferior

Sobre a matéria, o voto consignado nos autos do TC- 20743/026/11, em sessão de 28-04-2015 da Segunda Câmara, relator Substituto de Conselheiro MÁRCIO MARTINS CAMARGO:

“Quanto à cláusula 8.3.1.1 (permite a soma de atestados para alcançar o percentual de 50%, desde que em período de serviços simultâneos), não verifico, em seu teor, qualquer afronta aos enunciados sumulares emitidos por esta Corte (precipuamente o de nº 24, que admite tal patamar para fins de aptidão operacional), e mesmo à lei de regência, uma vez que não se mostra contrária ao que preconiza o art. 30, § 5º da Lei de Licitações. Em verdade, o que o preceito legal veda é a limitação de tempo ou época – o que não se confunde com a simultaneidade exigida.

Em outras palavras, condenável seria a cláusula caso obrigasse, ao proponente, que comprovasse a execução de atividades, por exemplo, nos dois últimos anos – hipótese que, como se vê, é totalmente distinta daquela que constou do edital.

Vale mencionar que o repertório jurisprudencial da Casa conta com vários julgados que aceitaram medida similar, como se constituem em exemplos as deliberações Plenárias tomadas nos autos do TC- 8532/026/10 (sessão de 17/3/2010), TC-006169/026/10 (sessão de 3/3/2010), e TC-014343/026/09 (sessão de 27/5/2009), contribuindo para a sua aceitação”. (grifei)

Dessa forma, como exposto acima, tanto a jurisprudência quanto a IN nº 05 da SEGES/MP dão respaldo legal para a exigência.

CONSIDERANDO os princípios que regem a Administração Pública;

CONSIDERANDO o disposto na IN nº 05 da SEGES/MP;

CONSIDERANDO a jurisprudência firmada.

Nego provimento no que diz respeito a retirada da parte final do item 15.3.1 do Termo de Referência, anexo do Edital.

2. DA EXIGÊNCIA DE LICENÇA SANITÁRIA DE FUNCIONAMENTO PARA MEDICAMENTOS, SANEANTES, PRODUTOS PARA SAÚDE E TRANSPORTE

A impugnante alega que a exigência de licença sanitária de funcionamento para medicamentos, saneantes, produtos para saúde e transporte viola o princípio da competitividade. Ocorre que, tal exigência decorre de força legal, conforme Lei Federal nº 6.360, de setembro de 1976 que definiu como sujeitos ao regramento da vigilância sanitária os medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos.

Art. 1º - Ficam sujeitos às normas de vigilância sanitária instituídas por esta Lei os **medicamentos**, as drogas, os **insumos farmacêuticos e correlatos**, definidos na Lei nº 5.991, de 17 de dezembro de 1973, bem como os produtos de higiene, os cosméticos, perfumes, saneantes domissanitários, produtos destinados à correção estética e outros adiante definidos

No artigo segundo da mesma Lei é possível verificar a necessidade de autorização para funcionamento e licenciamento por parte do órgão sanitário da Unidade Federativa onde se localizarem, vejamos:

Art. 2º - Somente poderão extrair, produzir, fabricar, transformar, sintetizar, purificar, fracionar, embalar, reembalar, importar, exportar, **armazenar** ou **expedir** os produtos de que trata o Art. 1º as empresas para tal fim autorizadas pelo Ministério da Saúde e cujos estabelecimentos hajam sido licenciados pelo órgão sanitário das Unidades Federativas em que se localizem.

Ainda na Lei Federal nº 6.360/76 consta sobre a Vigilância Sanitária:

Art. 12 - Nenhum dos produtos de que trata esta Lei, inclusive os importados, **poderá ser industrializado, exposto à venda ou entregue ao consumo** antes de registrado no Ministério da Saúde.

Art. 50. **O funcionamento das empresas** de que trata esta Lei dependerá de **autorização da Anvisa**, concedida mediante a solicitação de cadastramento de suas atividades, do pagamento da respectiva Taxa de Fiscalização de Vigilância Sanitária e de outros requisitos definidos em regulamentação específica da Anvisa.



Art. 51 - O licenciamento, pela autoridade local, dos estabelecimentos industriais ou comerciais que exerçam as atividades de que trata esta Lei, dependerá de haver sido autorizado o funcionamento da empresa pelo Ministério da Saúde e de serem atendidas, em cada estabelecimento, as exigências de caráter técnico e sanitário estabelecidas em regulamento e instruções do Ministério da Saúde, (...).”

Ora, se existem normas específicas para a venda de Medicamentos e produtos correlatos, objeto desse certame, torna-se obrigação da Comissão de Pregão deste Município segui-las. Não são normas discricionárias, mas impositivas, pois se trata da fiscalização de produtos destinados ao consumo e utilização humana.

Conforme Portaria nº 1.052 da Vigilância Sanitária de 29 de dezembro de 1998:

Art. 2º A Autorização de Funcionamento das empresas que exerçam a atividade enumerada no artigo 1º é extensiva a todos os estabelecimentos da empresa.

§ 1º A Autorização de Funcionamento de que trata este regulamento, não exclui da **obrigatoriedade da Licença de Funcionamento**, expedida pela Autoridade Sanitária onde está situado o estabelecimento.

§ 2º Para o licenciamento, pela Autoridade Sanitária Estadual/ Municipal, deverá ser exigido um guia de procedimentos sobre **os produtos a serem transportados**, a serem fornecidos pelo titular do registro ou da distribuidora contratante, principalmente para aqueles que necessitem de condições especiais.

A Resolução nº 329/99, ainda informa sobre as boas práticas a serem adotadas no transporte de medicação disponibilizando inclusive roteiro para inspeção. Nesse sentido, resta claro que os cuidados a serem tomados com o transporte de medicamentos não pode se limitar ao usual, comum, sendo necessária fiscalização e aprovação do transporte pelos órgãos reguladores.

CONSIDERANDO o disposto na Lei Federal nº 6.360, de setembro de 1976;

CONSIDERANDO o disposto na Portaria nº 1.052 de 29 de dezembro de 1998-Vigilância Sanitária;

CONSIDERANDO a Resolução nº 329/99 que institui boas práticas no transporte de medicamentos.

Ante o exposto, nego provimento quanto ao pedido de remoção da Licença Sanitária de Funcionamento para medicamentos comuns, medicamentos/portaria 344, saneantes, produtos para saúde e transporte.

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 **MAXIMED DISTRIBUIDORA MEDICA HOSPITALAR LTDA**, em razão a sua tempestividade, para no **MÉRITO, NEGAR-LHE PROVIMENTO**.

Coelho Neto - MA, 29 de Junho de 2023

Francisco Edilson Oliveira da Silva

Pregoeiro Municipal