

## DOCUMENTO OFICIAL FUNDAÇÃO MUNICIPAL DE SAUDE DE CANOAS

### EDITAL DE PREGÃO ELETRÔNICO Nº 012/2019

#### REGISTRO DE PREÇOS Nº 08/2019

#### ATA DE JULGAMENTO DE IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

Aos dezesseis dias do mês setembro de dois mil e dezenove, na sala de reuniões da Fundação Municipal de Saúde de Canoas (FMSC), localizada à Rua Doutor Barcelos, nº 1600, Centro, Canoas/RS, a funcionária Deise Nara dos Santos Pinheiro, designada pregoeira através da Portaria nº 24/2019, procedeu ao julgamento da IMPUGNAÇÃO DO EDITAL interposta, tempestivamente, pela empresa ALTERMED MATERIAL HOSPITALAR LTDA em onze de setembro de dois mil e dezenove (11/09/2019), a qual foi objeto de análise desta pregoeira. A documentação está apensada no processo administrativo nº 031/2019, conforme segue: *Ao Ilustríssimo Pregoeiro ALTERMED MATERIAL MÉDICO HOSPITALAR LTDA, pessoa jurídica de direito privado, CNPJ nº 00.802.002/0001-02, com sede na Estrada Boa Esperança, nº 2320, Fundo Canoas, Rio do Sul/SC por seu procurador devidamente constituído, vem perante Vossa Senhoria, apresentar IMPUGNAÇÃO AO EDITAL, conforme abaixo transcritos os fatos e fundamentos. I) DOS FATOS A empresa tem interesse na participação do processo, acontece que após a análise do edital verificou que vários de itens são de participação exclusiva de ME/EPP. Devido a isto, entendemos que o disposto acima fere o processo licitatório em seu princípio mais básico norteado pela Lei de Licitações que é o da AMPLA PARTICIPAÇÃO do maior número de licitantes e tal exigência afronta às normas que regem o procedimento licitatório, como à frente procuraremos demonstrar. Diante da ausência de comprovação dos requisitos legais, cabe a empresa pugnar pela remoção dos benefícios de exclusividade de ME/EPP para que possa participar de todos os itens/grupos do certame, inclusive os de valor inferior a R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais). II) DO DIREITO Se de um lado a lei materializou o espírito constitucional favorável às MEs, de outro, ao ponderar outros Princípios semelhante de Grandeza, não deixou de impor balizas, tais limites foram previstos no art. 49 Lei Complementar 123/2006, de modo que nenhuma benesse poderá ser concedida sem estas condições: O art. 49 da Lei Complementar nº 123/06, recentemente alterado pela LC 147/2014, proíbe a aplicação do disposto nos seus artigos 47 e 48 quando não houver um mínimo de 03 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório e quando o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não for vantajoso para a Administração ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado: Art. 49. Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando: II - não houver um mínimo de 3 (TRÊS) FORNECEDORES COMPETITIVOS enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte SEDIADOS LOCAL OU REGIONALMENTE e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório; III - o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração pública OU REPRESENTAR PREJUÍZO AO CONJUNTO OU COMPLEXO DO OBJETO A SER CONTRATADO; IV - a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, excetuando-se as dispensas tratadas pelos incisos I e II do art. 24 da mesma Lei, nas quais a compra deverá ser feita preferencialmente de microempresas e empresas de pequeno porte, aplicando-se o disposto no inciso I do art. 48. A LC 123/06 deixa clara que como requisito para a concessão dos benefícios a lei exige a comprovação da existência de no mínimo 03 (três) "fornecedores competitivos" enquadrados como MEs, e,*

*ainda, que sejam sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir com as exigências do edital. Nesse contexto, deixa clara que não é compatível com o interesse público a exclusividade de participação de empresas de menor porte, em licitação cujo valor estimado do item seja igual ou inferior à R\$ 80.000,00 sempre que a Administração verifique o risco de prejuízo para o conjunto ou complexo do objeto a ser contratado, justamente pelo fato de que as pequenas e microempresas não contam, como neste caso, em equivalência às empresas de grande e médio porte, com estruturas e capacidade técnica para atender a determinadas demandas. Ou seja, mesmo que o valor estimado do item seja inferior a R\$ 80.000,00, a Administração deve ampliar a participação para empresas de todos os portes, se houver risco de prejuízo à satisfatória execução do conjunto ou complexo do objeto. Deste modo, da leitura do inciso III, do artigo 49 é possível inferir que a Administração Pública poderá recusar a aplicação do tratamento diferenciado a MPES quando não vislumbra tal equação, de tal modo que se mostre inconveniente a não eficiente a aplicação política na aquisição, como neste caso, de produtos para saúde. A probabilidade de prejuízo já basta, não se exigindo certeza sobre a sua real dimensão, até porque esta somente seria passível de apuração ao final da execução do contrato, ou seja, quando o dano já estivesse consumado e pudesse ser avaliado em toda a sua extensão, o que, evidentemente, não teria sentido nenhum em termos de proteção ao erário e ao interesse público. Na análise dos pontos e contrapontos para adoção, ou não, da exclusividade para ME/EPPs a Administração deve ponderar, inclusive, se no caso em concreto atende mais o interesse da população, fomentar o comércio de ME/EPPs da região ou ter maior garantia de que o objeto da licitação será cumprido integralmente, principalmente por que se tratam de produtos essenciais à saúde da população. Sobre esta questão de cumprimento da legislação x vantajosidade da aquisição de alguns itens exclusivamente de ME/EPPs, em anexo junta-se o coerente entendimento desse mesmo ramo do TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ EM PREJULGADO PROCESSO Nº: 46576-1/17, que ENTENDEU QUE A EXCLUSIVIDADE DE R\$ 80.000,00 (OITENTA MIL REAIS) DEVE SER APLICADA SOMENTE PARA OS VALORES GLOBAIS DA LICITAÇÃO E NÃO UNITÁRIOS, ao que esta impugnação se remete a este e demais termos. Destarte, todo esse esforço argumentativo junto com a pesquisa técnica do prejulgado citado acima é para demonstrar que a destinação das políticas setoriais não pode servir de instrumento de aumento da despesa pública, nem como instrumento de impedimento da ampla disputa, instrumento ímpar da Lei de Licitações. O edital na forma como divulgado, impede a participação de empresas distribuidoras não enquadradas no regime tributário de Micro e Pequenas Empresas ou Empresas de Pequeno Porte, dos próprios fabricantes, e de grande parte das empresas que tem amplo espectro de negociação na aquisição dos fármacos, produtos médico-hospitalares e/ou equipamentos, para melhor competir, existem também as hipóteses de DESONERAÇÃO TRIBUTÁRIA (que não beneficiam as EPPs e MEs), sendo assim, flagrante que o preceito constitucional da MELHOR COMPRA NÃO SERÁ ATENDIDO. Há um desnivelamento de normas: em âmbito Constitucional o artigo 37 caput e inciso, XXI, que estabelecem que as despesas com a aquisição de insumos para a Administração Pública, deverá sempre observar a ECONOMICIDADE, a VANTAJOSIDADE e a MELHOR COMPRA. De outro, norma hierárquica inferior, que determina o tratamento especial setorial, às micro e pequenas empresas. Este tratamento setorial, por ser especial em relação a norma geral, deve ser observado – por expressa disposição do artigo 49 da referida LC 123/06 -, em casos em que a aplicação dos benefícios setoriais NÃO ONERE, AFASTE CONCORRENTES OU, EM ÚLTIMA ANÁLISE, ACABE POR IMPEDIR A MELHOR COMPRA, COM A MAIOR VANTAJOSIDADE EXPRESSIVA A AQUISIÇÃO. A aplicação da regra do artigo 48 da LC 123/2006, prescinde da prévia avaliação pelo Erário, de que se estará cumprindo, criteriosamente, o disposto no artigo 47, combinado com o artigo 49, da mesma LC 123/2006, para que o FOMENTO SETORIAL APRECIE AS REGIONALIDADES E ESPECIFICIDADES DE CADA LOCAL, não indistintamente. Por exemplo, QUANTAS EMPRESAS EXISTEM NO MUNICÍPIO OU NA REGIÃO, QUE POSSAM EFETIVAMENTE*

*ATENDER AOS ITENS DO CERTAME? Logo, nenhum benefício ao desenvolvimento regional e das políticas setoriais serão beneficiados, vindo a concorrer, empresas deslocadas do Município. Nesta linha, trazemos o comentário de Ivan Barbosa Rigolin: 1 Micro e Pequenas Empresas em Licitação: Modificada A LC 123/06 Pela LC 147/14 “Diante do disposto no inc. III, e apenas diante disso, já é possível concluir que jamais a Administração precisará observar os arts. 47 e 48, porque JAMAIS É VANTAJOSO PARA A ADMINISTRAÇÃO SUPRIMIR UMA PARTE DOS POTENCIAIS LICITANTES. JAMAIS É VANTAJOSO A QUEM QUER QUE SEJA REDUZIR A CONCORRÊNCIA ENTRE OS SEUS POTENCIAIS FORNECEDORES”. [...] “A LC 123 absolutamente não obriga coisa alguma nesse sentido – se revela simplesmente ilegal, porque contraria o mais alto princípio da licitação que é o da maior competitividade possível entre os licitantes, plasmado como princípio e como norma objetiva no art. 3º, § 1º, inc. I, da lei nacional de licitações” [...] “O dispositivo é bom em seu fundo de direito, mas a redação implica dificuldades significativas de aplicação isenta, devendo a autoridade apelar ao bom-senso e ao senso comum a todo tempo, sem pruridos “ [...] Desta forma, considerando que o objeto da presente licitação se trata de produtos para Saúde e que, devido a necessidade de certificações de laboratórios, controle rígido de qualidade e validade e por se tratarem de produtos que podem afetar a saúde de grande parte da população, bem como por não estar comprovado o atendimento aos requisitos legais para a inclusão da exclusividade, há clara necessidade haja a remoção da exclusividade de participação de ME/EPP de todos os itens do edital. III) DOS PEDIDOS E REQUERIMENTOS Diante das sólidas razões supra, requer que se digne vossa senhoria em receber a presente impugnação para remover a exclusividade de participação de ME/EPP, tanto por não cumprir os requisitos da legislação principalmente a necessidade de possuir 3 empresas sediadas localmente, quanto não ser economicamente viável para administração, haja vista que na permanência do processo como esta, provocará onerosidade aos cofres da administração pública, como pode ser visualizado no estudo efetuado pela unidade técnica do TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ, cuja cópia está sendo disponibilizada em anexo. 1 Artigo publicado originalmente na edição 154 da Revista Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP. Outro sim, em que pese o zelo e o empenho deste digníssimo Pregoeiro e sua Equipe de Apoio, em guardar o caráter isonômico do procedimento, respeitando os Princípios da Legalidade, da Impessoalidade, da Moralidade Administrativa, e da Supremacia do Poder Público, em face do exposto, REQUER: 1) Que seja recebida, juntada e processada a presente IMPUGNAÇÃO, na forma e modo de praxe, em regime de urgência ante a proximidade do certame; 2) Que seja provido o presente pedido de impugnação, para determinar a permissão a livre participação das empresas interessadas para todos os itens do processo, sem o limitador da exclusividade às MEs e EPPs, haja vista limitação da ampla concorrência e a clara e manifesta possibilidade de que na permanência do processo como esta, incorrer em ONEROSIDADE AOS COFRES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. 3) Sendo o caso, determinar-se a republicação do Edital, devidamente corrigido, reabrindo-se o prazo inicialmente previsto, conforme determina o § 4º do art. 21 da Lei nº 8666/93. Desta forma, não aceito a remoção da exclusividade, considerando que o objeto da presente licitação se trata de produtos que podem afetar a saúde de grande parte da população, solicita-se: 1) Foram efetuadas pesquisas de empresas que cumprem a previsão do inciso II do artigo 49 da LC 123? I - Se sim, informar método e resultado. II - Se não, justificar a falta/desnecessidade ou inaplicabilidade deste dispositivo. 2) Foram efetuadas verificações da vantajosidade, risco de prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado? I - Se sim, informar método e resultado. II - Se não, justificar a falta/desnecessidade ou inaplicabilidade deste dispositivo Por fim, lastreada nas razões recursais, requer-se que essa Comissão de Licitação reconsidere sua decisão e, na hipótese de isso não ocorrer, FAÇA ESTE SUBIR À AUTORIDADE SUPERIOR, em conformidade com o § 4º do art. 109 da Lei nº 8666/93, observando-se ainda o disposto no § 3º do mesmo artigo. Nestes termos, Pede deferimento.” Considerando as questões legais reportadas na impugnação, após*

# DIÁRIO OFICIAL



DIÁRIO OFICIAL DO MUNICÍPIO DE CANOAS - RIO GRANDE DO SUL

ANO 2019 - Edição 2101 - Data 17/09/2019 - Página 47 / 84

relatório de análise da pregoeira, o processo foi encaminhado para a Diretoria Jurídica da FMSC que se manifestou da seguinte forma: “(...) *Opino, portanto, pelo acolhimento da Impugnação interposta pela empresa Altermed Material Hospitalar Ltda., juntada n. 156-168, uma vez que estão presentes os requisitos legais que autorizam a aplicação das disposições previstas nos incisos II e III, do art. 49, da LC/123.*” Ante ao exposto, considerando a chancela da autoridade superior da FMSC no referido parecer jurídico, **julgo procedente** a impugnação interposta pela empresa ALTERMED MATERIAL HOSPITALAR LTDA. O certame está suspenso “SINE DIE” para alterações ao edital e, desta forma, será publicado, cumprindo os prazos estabelecidos em lei. A presente ata será publicada no Diário Oficial do Município de Canoas, de acordo com a Lei Municipal 5.582/2011 e Decreto Municipal 439/2012, seu extrato será publicado na mesma forma em que se deu a publicação original. Nada mais havendo digno de registro encerra-se a presente ata que vai assinada pela pregoeira. -X-X-X-X-X-X-X-X.

Deise Nara dos Santos Pinheiro