



DESPACHO DO PREGOEIRO

Pregão E-136/2023 - Processo nº 44652/2023.

Objeto: Registro de Preços para a “Aquisição Parcelada de Medicamentos”.

Trata-se de PEDIDO DE IMPUGNAÇÃO solicitado pela empresa CRISTÁLIA PRODUTOS QUÍMICOS FARMACÊUTICOS LTDA (fls. 805/823), protocolado, conforme Edital, no Portal de Licitações “Compras BR”, em **03/05/2024**, parte integrante deste despacho.

Em síntese, a impugnante insurge-se contra os termos do edital quanto ao **critério de julgamento de menor preço por lote**. Em suas críticas, alega:

[...] a prevalecer a modalidade de licitação por lotes, os participantes [...] não poderão apresentar propostas para a maior parte dos 30 (trinta) lotes, pois muitos deles contêm **itens diferentes e com características diversas** [...]

[...] pelos lotes estarem classificados conforme sua classe terapêutica, tal divisão favorece apenas os distribuidores, pois será difícil que um mesmo laboratório trabalhe com o número de itens de cada lote [...]

[...] é imprescindível [...] que **o agrupamento de diversos itens que formará o lote guarde compatibilidade entre si**, observando-se, inclusive regras de mercado para a comercialização de produtos [...] **Essa compatibilidade, no entanto, não está presente em muitos dos itens incluídos no mesmo lote**. Por exemplo, os itens constantes do Lote 04, classificado como “soluções”, possuem as mais diversas características, tais como água destilada, água oxigenada e bicarbonato de sódio. No Lote 11, classificado como “antissépticos”, está incluído o hidratante corporal Neutrogena, que, por óbvio, não é antisséptico e sim hidratante. No Lote 16, estão reunidos diversos antivirais, que certamente se destinam a combater vírus das mais diversas naturezas, e não apenas e tão somente um deles. No Lote 23, classificado como “saúde da mulher”, há uma diversidade de itens, dentre eles cremes vaginais e implante intradérmico que não possuem as mesmas características, a não ser que são de uso feminino. O Lote 26 está classificado como “soluções intravenosas”, e seus itens – cloreto de sódio, glicose, vaselina – não guardam relação entre si, a não ser o modo de sua utilização. No Lote 30, classificado como “específicos”, constam itens tais como cafeína e solução de iodo, que são completamente diferentes entre si.

[...] apesar da apresentação do documento “Estudo Técnico Preliminar” no qual, há um capítulo intitulado “Justificativa do Parcelamento”, **não há, tanto neste documento e como no Edital e seus Anexos, uma única linha que justifique, com clareza e de forma inequívoca, a padronização que foi adotada para compor um mesmo lote com diversos itens** [...].

Conclui-se [...] estar-se-á restringindo indevidamente a competição [...]



Prefeitura Municipal de Taboão da Serra

ESTADO DE SÃO PAULO

[...] a justificativa apresentada é genérica e inconclusiva [...] não há como se concluir pela viabilidade técnica e econômica de uma contratação de tal natureza.

Em seu pedido, requer “[...] que seja adotada a modalidade de licitação por itens que garantirá uma maior participação de licitantes e a obtenção de melhor preço ou, alternativamente, que haja uma ampliação do número de lotes, para que sejam incluídos medicamentos rigorosamente compatíveis entre si [...]” (grifos nossos).

À impugnante temos a informar que, instada, a **Secretaria da Saúde - SMS, que é quem detém a competência técnica para elaboração Estudo Técnico Preliminar e do Termo de Referência do objeto em epígrafe**, respeitando o princípio da segregação de funções disposto no § 1º do Art 7º da Lei Federal nº 14.133/2021, através de **e-mail de 08/05/24**, manifestou-se, na íntegra, nos seguintes termos:

Segue resposta, após análise da equipe técnica, referente ao pedido de impugnação da empresa CRISTÁLIA PRODUTOS QUÍMICOS FARMACÊUTICOS LTDA:

Conforme questionamento ofertado a esta Municipalidade, diante de representação intentada contra o edital do Pregão Eletrônico nº E-136/2023, cujo objeto é o REGISTRO DE PREÇO DE MEDICAMENTOS, de acordo com as especificações constantes no ANEXO, e Especificações, deste Edital.

Diante dos fatos trazidos à baila pela empresa CRISTÁLIA PRODUTOS QUÍMICOS FARMACÊUTICOS LTDA, pessoa jurídica, inscrita no CNPJ sob o nº 44.734.671/0022-86, segue manifestação da administração no que diz respeito aos questionamentos ofertados a municipalidade:

1.Primeiramente, cumpre ressaltar que, ainda na fase interna do certame compete à Administração proceder estudo detalhado sobre as características do objeto, modo de comercialização e preços praticados no mercado, a fim de delimitar os procedimentos que serão desenvolvidos na licitação. Quando a Administração concluir pela necessidade de instauração de licitação deve verificar a possibilidade técnica e econômica de dividir o objeto em vários itens/lotes, permitindo que um número maior de interessados participe da disputa, o que, em decorrência, aumenta a competitividade e viabiliza a obtenção de melhores propostas. O Tribunal de Contas da União recomenda que a licitação seja procedida por itens/lotes sempre que econômica e tecnicamente viável, cabendo a Administração, justificadamente, demonstrar a vantajosidade da opção feita.

2.No caso concreto a Administração Pública fez uma opção legítima por determinada forma de aquisição dos materiais. A opção feita – registro de preços por lote – é legalmente aceita, segundo Art 40, § 2º, A jurisprudência também admite, desde que adequadamente justificado. Ainda, segundo Marçal Justen Filho, mencionado pela autora, em sua obra de Comentários à Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (2021), p. 1169, defende que “Embora a



Prefeitura Municipal de Taboão da Serra

ESTADO DE SÃO PAULO

licitação tenha sido promovida por lotes, admite-se a contratação por item integrante do lote. Ainda assim, essa solução deverá ser precedida de prévia pesquisa de mercado para comprovar a economicidade da contratação, com a demonstração da vantajosidade da solução". Vê-se que, para o autor, é possível que se prossiga com a contratação de item integrante do lote, desde que comprovada sua vantajosidade e economicidade. E essa vantajosidade e economicidade foram devidamente comprovadas na fase interna da licitação.

No caso concreto que se examina, a adjudicação por itens, para além do prejuízo para a população há ainda prejuízo financeiro para o Município, que se optasse pelo processo por item, teria o custo de administrar mais de 400 atas, além do risco de recorrentes ações judiciais – constantemente obrigado e efetuar compras de emergência que são mais custosas que as compras normais." (grifo nosso).

3.No mais, o edital em seu Anexo I , apresenta Estudo técnico preliminar , onde elenca todas as medidas adotadas antes da decisão do certame na forma em que se encontra.

Sendo assim, conheço do recurso por ser TEMPESTIVO, porém, no mérito, NEGOLHE PROVIMENTO, mantendo-se a aquisição no tipo MENOR PREÇO POR LOTE.

Em face do acima exposto, conheço a **IMPUGNAÇÃO** interposta pela empresa CRISTÁLIA PRODUTOS QUÍMICOS FARMACÊUTICOS LTDA por ser tempestiva e, com **base na manifestação da SMS**, que é **quem detém a competência técnica para elaboração Estudo Técnico Preliminar e do Termo de Referência** do objeto em epígrafe, **INDEFIRO** a impugnação, mantendo INALTERADO o edital suprarreferido, cuja data de abertura do certame está marcada para o dia **09/05/2024, às 09h00min.**

Taboão da Serra, 08 de maio de 2024.

Documento assinado digitalmente
gov.br EVERTON ANTONIO MOREIRA LIMA
Data: 08/05/2024 11:32:42-0300
Verifique em <https://validar.iti.gov.br>

Everton Antonio Moreira Lima
Pregoeiro

Re: PEDIDO DE IMPUGNAÇÃO - 094-24 DESPACHO E-136-23 Aq Parc de Medicamentos - Pedido de Impugnacao - CRISTÁLIA

 **De** JULIANA DOS SANTOS PRATES <juliana.csantos@taboaodaserra.sp.gov.br>
Para Everton Lima <everton.lima@taboaodaserra.sp.gov.br>
Cópia Rosângela <rosangela.lima@taboaodaserra.sp.gov.br>, SMS <assistencia.farmaceutica@taboaodaserra.sp.gov.br>, Yasmin Miranda <yasmin.miranda@ts.sp.gov.br>, Suprimentos <suprimentos.sms@taboaodaserra.sp.gov.br>, Josealbertotarifa <josealbertotarifa@gmail.com>, Sms <sms@taboaodaserra.sp.gov.br>
Data 08/05/2024 10:10

Prezados, bom dia!

Segue resposta, após análise da equipe técnica, referente ao pedido de impugnação da empresa CRISTÁLIA PRODUTOS QUÍMICOS FARMACÊUTICOS LTDA:

Conforme questionamento ofertado a esta Municipalidade, diante de representação intentada contra o edital do Pregão Eletrônico nº E-136/2023, cujo objeto é o REGISTRO DE PREÇO DE MEDICAMENTOS, de acordo com as especificações constantes no ANEXO, e Especificações, deste Edital.

Diante dos fatos trazidos à baila pela empresa CRISTÁLIA PRODUTOS QUÍMICOS FARMACÊUTICOS LTDA, pessoa jurídica, inscrita no CNPJ sob o nº 44.734.671/0022-86, segue manifestação da administração no que diz respeito aos questionamentos ofertados a municipalidade:

1.Primeiramente, cumpre ressaltar que, ainda na fase interna do certame compete à Administração proceder estudo detalhado sobre as características do objeto, modo de comercialização e preços praticados no mercado, a fim de delimitar os procedimentos que serão desenvolvidos na licitação. Quando a Administração concluir pela necessidade de instauração de licitação deve verificar a possibilidade técnica e econômica de dividir o objeto em vários itens/lotos, permitindo que um número maior de interessados participe da disputa, o que, em decorrência, aumenta a competitividade e viabiliza a obtenção de melhores propostas. O Tribunal de Contas da União recomenda que a licitação seja procedida por itens/lotos sempre que econômica e tecnicamente viável, cabendo a Administração, justificadamente, demonstrar a vantajosidade da opção feita.

2.No caso concreto a Administração Pública fez uma opção legítima por determinada forma de aquisição dos materiais. A opção feita – registro de preços por lote – é legalmente aceita, segundo Art 40, § 2º, A jurisprudência também admite, desde que adequadamente justificado. Ainda, segundo Marçal Justen Filho, mencionado pela autora, em sua obra de Comentários à Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (2021), p. 1169, defende que “Embora a licitação tenha sido promovida por lotes, admite-se a contratação por item integrante do lote. Ainda assim, essa solução deverá ser precedida de prévia pesquisa de mercado para comprovar a economicidade da contratação, com a demonstração da vantajosidade da solução”. Vê-se que, para o autor, é possível que se prossiga com a contratação de item integrante do lote, desde que comprovada sua vantajosidade e economicidade. E essa vantajosidade e economicidade foram devidamente comprovadas na fase interna da licitação.

No caso concreto que se examina, a adjudicação por itens, para além do prejuízo para a população há ainda prejuízo financeiro para o Município, que se optasse pelo processo por item, teria o custo de administrar mais de 400 atas, além do risco de recorrentes ações judiciais – constantemente obrigado e efetuar compras de emergência que são mais custosas que as compras normais.” (grifo nosso).

3.No mais, o edital em seu Anexo I , apresenta Estudo técnico preliminar , onde elenca todas as medidas adotadas antes da decisão do certame na forma em que se encontra .

Sendo assim, conheço do recurso por ser TEMPESTIVO, porém, no mérito, NEGOU-LHE PROVIMENTO, mantendo-se a aquisição no tipo MENOR PREÇO POR LOTE.

Juliana

Em 2024-05-06 09:43, Everton Lima escreveu:

DESPACHO DO PREGOEIRO

Pregão E-136/2023 - Processo nº 44652/2023.

Objeto: Registro de Preços para a “Aquisição Parcelada de Medicamentos”.

À Secretaria Municipal de Saúde

Trata-se de PEDIDO DE IMPUGNAÇÃO solicitado pela empresa CRISTÁLIA PRODUTOS QUÍMICOS FARMACÊUTICOS LTDA (fls. 805/823), protocolado, conforme Edital, no Portal de Licitações “Compras BR”, em 03/05/2024, parte integrante deste despacho.

Em síntese, a impugnante insurge-se contra os termos do edital quanto ao critério de julgamento de menor preço por lote. Em suas críticas, alega:

“[...] a prevalecer a modalidade de licitação por lotes, os participantes [...] não poderão apresentar propostas para a maior parte dos 30 (trinta) lotes, pois muitos deles contêm itens diferentes e com características diversas [...]” .

“[...] pelos lotes estarem classificados conforme sua classe terapêutica, tal divisão favorece apenas os distribuidores, pois será difícil que um mesmo laboratório trabalhe com o número de itens de cada lote [...]”.

“[...] é imprescindível [...] que o agrupamento de diversos itens que formará o lote guarde compatibilidade entre si, observando-se, inclusive regras de mercado para a comercialização de produtos [...] Essa compatibilidade, no entanto, não está presente em muitos dos itens incluídos no mesmo lote. Por exemplo, os itens constantes do Lote 04, classificado como “soluções”, possuem as mais diversas características, tais como água destilada, água oxigenada e bicarbonato de sódio. No Lote 11, classificado como “antissépticos”, está incluído o hidratante corporal Neutrogena, que, por óbvio, não é antisséptico e sim hidratante. No Lote 16, estão reunidos diversos antivirais, que certamente se destinam a combater vírus das mais diversas naturezas, e não apenas e tão somente um deles. No Lote 23, classificado como “saúde da mulher”, há uma diversidade de itens, dentre eles cremes vaginais e implante intradérmico que não possuem as mesmas características, a não ser que são de uso feminino. O Lote 26 está classificado como “soluções intravenosas”, e seus itens - cloreto de sódio, glicose, vaselina - não guardam relação entre si, a não ser o modo de sua utilização. No Lote 30, classificado como “específicos”, constam itens tais como cafeína e solução de iodo, que são completamente diferentes entre si”.

“[...] apesar da apresentação do documento “Estudo Técnico Preliminar” no qual, há um capítulo intitulado “Justificativa do Parcelamento”, não há, tanto neste documento e como no Edital e seus Anexos, uma única linha que justifique, com clareza e de forma inequívoca, a padronização que foi adotada para compor um mesmo lote com diversos itens [...]”.

“Conclui-se [...] estar-se-á restringindo indevidamente a competição [...]”.

“[...] a justificativa apresentada é genérica e inconclusiva [...] não há como se concluir pela viabilidade técnica e econômica de uma contratação de tal natureza”.

Em seu pedido, requer “[...] que seja adotada a modalidade de licitação por itens que garantirá uma maior participação de licitantes e a obtenção de melhor preço ou, alternativamente, que haja uma ampliação do número de lotes, para que sejam incluídos medicamentos rigorosamente compatíveis entre si [...]” (grifos nossos).

Prezados, solicitamos, por gentileza, que o referido pedido de impugnação, que será enviado por e-mail, seja analisado, na íntegra, e respondido, DE MANEIRA PORMENORIZADA E ITEM A ITEM, impreterivelmente, até o dia 08/05/2024, nos termos do parágrafo único do art. 164 da lei federal nº 14.133/2021, sob pena de suspensão do pregão E-136/2023 que está com sessão marcada para dia 09/05/2024, às 09h00min.

Taboão da Serra, 06 de maio de 2024.

Everton Antonio Moreira Lima
Pregoeiro

--

Juliana dos Santos
Prefeitura Municipal de Taboão da Serra
Secretaria Municipal de Saúde
Diretora de Compras
Tel.: (11) 4788-5612/5649
Email: Juliana.csantos@taboaodaserra.sp.gov.br

Ilmo. Sr. Pregoeiro responsável pelo Pregão Eletrônico nº **E-136/2023**, Processo Administrativo nº **44.652/2023**, da Prefeitura Municipal de Taboão da Serra, Estado de São Paulo

CRISTÁLIA PRODUTOS QUÍMICOS FARMACÊUTICOS LTDA., pessoa jurídica de direito privado, com sede na Rodovia Itapira/Lindóia, km 14, na Cidade de Itapira-SP, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 44.734.671/0001-51, com registro estadual nº 374.007.758.117, por seu representante legal, vem, respeitosamente, nos termos do artigo 164 da Lei nº 14.133/2021, apresentar **IMPUGNAÇÃO AO EDITAL** do pregão acima referido, nos termos das razões de fato e de direito abaixo deduzidas.

TEMPESTIVIDADE E INTERESSE DE AGIR

Inicialmente, esclareça-se que a presente impugnação é tempestiva, dado que está sendo apresentada em conformidade com o item 3.1. da Cláusula 3 do Edital, que prevê a possibilidade de impugnar seus termos em até **3 (três) dias úteis** antes da data da abertura do pregão designada para o próximo dia **09/05/2024**.

Além da impugnação ser tempestiva, o Cristália tem interesse e capacidade para apresentar propostas para muitos dos itens que compõem os lotes aos quais está habilitado, o que quer dizer que ao ser aceita a presente impugnação, a ela será conferido o direito de oferecer propostas para diversos dos itens pretendidos, com preços competitivos capazes e em proveito do interesse público. Isto porque oferecerá medicamentos demandados no certame que são de sua fabricação própria, de tal sorte que, sem a participação de intermediários, seus preços serão menores.

Ainda que não tivesse interesse de agir, o que se admite para efeitos de argumentação, ao perceber que a irregularidade na adoção da licitação por lotes poderá lhe trazer prejuízos pelas razões abaixo demonstradas, a própria Administração tem o poder/dever de se retratar e corrigir a irregularidade, mormente quando o ato impugnado ainda não produziu efeitos, dado a fase em que se encontra a licitação.¹ Ou seja, antes do recebimento de propostas.

¹ STF Súmula 473: *A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.*

DOS FATOS

O Edital em comento tem por objeto o *Registro de Preços para Aquisição Parcelada de Medicamentos* para suprir as necessidades do abastecimento dos estabelecimentos de saúde do Município de Taboão da Serra, SP. As condições para participação no certame constam, além do Edital, de seus Anexos.

Verifica-se no Anexo I – “Proposta Comercial”, que a licitação está dividida em 30 (trinta) lotes de medicamentos, contendo, no total, 404 (quatrocentos e quatro) itens. E fundamenta-se tanto as razões da licitação, como, em tese, justificar-se a adoção do parcelamento no documento intitulado “Estudo Técnico Preliminar – Lei nº 14.133/2021, disponibilizado aos participantes.

No item 9 do citado documento – “Justificativa do Parcelamento”, além da transcrição dos dispositivos legais aplicáveis, traz, inclusive e especialmente, a regra do inciso III do § 1º do artigo 47 da lei em questão, nos seguintes termos:

Art. 47

§ 1º - Na aplicação do princípio do parcelamento deverão ser considerados:

[...]

III – o dever de buscar a ampliação na competição e de evitar a concentração no mercado.

Esta regra, aliás, de ampliação na competição, consta expressamente do **item 21.5. do Edital**, como segue:

21.5. – As normas disciplinadoras da licitação serão sempre interpretadas em favor da ampliação da disputa entre os interessados, desde que não comprometam os interesses da Administração, o princípio da isonomia, a finalidade e a segurança da contratação.

Ora, não obstante regras e disposições legais e contratuais tão claras no Edital, que conferem à licitação ampla competição e isonomia entre os participantes, além dos princípios basilares do procedimento licitatório, consta, no item 9 “Justificativa do Parcelamento” do “Estudo Técnico Preliminar”, em contradição às normas supracitadas, a seguinte conclusão:

Considerando que tais normas são para a fase preparatória da licitação, tem-se que a conclusão de que gestores públicos precisam, realmente, atentar para a particularidade de solicitar cotações de preços ou buscar contratos similares com ou sem aglutinação de itens, porque se a pesquisa de preços já tiver sido direcionada previamente e tão somente para itens aglutinados os resultados pode ser fictícios e não realistas, não

demonstrando a verdadeira vantajosidade para a Administração, ou seja, dentro de uma avaliação “com ou sem” aglutinação de objetos.

Em outras palavras, nem mesmo a Administração conseguiu justificar o aglutinamento de itens em um mesmo lote, pois além de nenhuma justificativa plausível, mas meras conjecturas, está na dúvida se a vantajosidade seria viável **“com ou sem” aglutinação de objetos**. Tudo isto, repita-se, ao mesmo tempo em que entende serem aplicáveis os princípios que devem reger uma licitação, dentre eles o da ampliação na competição e isonomia entre os participantes.

Em suma, a prevalecer a modalidade de licitação por lotes, os participantes, como é o caso do Cristália, não poderão apresentar propostas para a maior parte dos 30 (trinta) lotes, pois muitos deles contêm **itens diferentes e com características diversas**, fato esse que, é flagrante, frustra a um só tempo o objetivo maior do procedimento licitatório, que visa a aquisição de bens pelo preço mais em conta, e o direito à ampla participação dos licitantes no certame.

Como se este fato não fosse o suficiente, temos que, pelos lotes estarem classificados conforme sua classe terapêutica, tal divisão favorece apenas os distribuidores, pois será difícil que um mesmo laboratório trabalhe com o número de itens de cada lote, sendo mais fácil para o primeiro compor o lote com o fornecimento de vários fabricantes. O que, é claro, demonstra uma violação à ampla participação e isonomia entre os participantes.

A verdade é que a licitação por lotes não garante que a participação seja a mais ampla possível, tanto para garantir o maior número de participantes e a igualdade entre eles, como para garantir preços melhores e mais adequados, tudo isso, aliás, **contrariamente à disposição expressa contida no próprio Edital, em seu item 21.5.** acima transcrito.

Sendo assim, ao adotar a modalidade de licitação por lotes, o limite à efetiva participação de empresas é flagrante, o que fere frontalmente os mais elementares princípios de direito, tanto da Constituição Federal como da própria Lei nº 14.133/2021, como se verá mais adiante.

PARCELAMENTO: LICITAÇÃO POR LOTES OU ITENS

A nova lei de licitações - Lei nº 14.133/2021 estabelece em seu artigo 40, inciso V, alínea "b", como regra a ser observada, dentre outras, a do parcelamento, "**quando**

for tecnicamente viável e economicamente vantajoso". E assim estabelece em seus parágrafos segundo e terceiro:

Art. 40

[...]

§ 2º. Na aplicação do princípio do parcelamento, referente às compras, deverão ser considerados:

I — **a viabilidade da divisão do objeto em lotes;**

II — o aproveitamento das peculiaridades do mercado local, com vistas à **economicidade**, sempre que possível, desde que atendidos os parâmetros de qualidade;
e

III — **o dever de buscar a ampliação da competição** e de evitar a concentração de mercado.

§3º. O parcelamento **não** será adotado quando:

I — a economia de escala, a redução de custos de gestão de contratos ou a maior vantagem na contratação recomendar a compra do item do mesmo fornecedor;

II — o objeto a ser contratado configurar sistema único e integrado e houver a possibilidade de risco ao conjunto do objeto pretendido;

III — o **processo de padronização ou de escolha de marca levar a fornecedor exclusivo**.

Verifica-se que as regras estabelecidas na Lei nº 14.133/2021 podem parecer, à primeira vista, meras repetições da Lei nº 8.666/93. No entanto, muito ao contrário, a doutrina ensina que isso está longe de acontecer, pois

*“a renovação das mesmas matérias evidencia a sua relevância, **cabendo aos gestores públicos a observância das mesmas linhas jurisprudenciais contra o aglutinamento indevido e que alertam para o fato de que pesquisas de preços formuladas com essa base errada contaminam todo o processo**. A nova lei, basicamente, veio trazer uma disciplina **mais detalhada**, com parâmetros que vão auxiliar na **segurança jurídica** da tomada de decisão e na análise de controle dos processos licitatórios, quanto à temática de aglutinar ou parcelar objetos, de mesma natureza ou de natureza distinta” (grifa-se) (Jonas Lima, <https://www.conjur.com.br/2021-dez-17/licitacoes-contratos-lei-141332021-indevida-aglutinacao>).*

O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, ao comentar o citado parágrafo 2º do artigo 40 da Lei nº 14.133/2021, assim esclarece:

*“O parcelamento consiste na divisão do objeto a ser contratado **em frações menores, o que amplia o universo de possíveis interessados em participar do certame licitatório, na medida em que permite que licitantes que não tenham condições de fornecer a totalidade do objeto disputem itens ou lotes menores**. Outro fator é a redução das exigências de habilitação, que serão proporcionais à dimensão dos lotes. **Com o***

aumento no número de licitantes tem-se uma ampliação da competitividade, o que pode resultar na diminuição dos preços ofertados.

Atende-se, dessa forma, aos **princípios da isonomia, eficiência e economicidade**.

Há, todavia, situações em que o parcelamento do objeto acaba por descaracterizá-lo, tornando a medida tecnicamente inviável (inc. I) . Nesses casos, tal opção deve ser descartada” (grifa-se) (www.tce.sp.gov.br/legislacao-comentada/lei-14133-1o-abril-2021).

E no tocante ao parágrafo 3º do artigo 40, o mesmo Tribunal ensina que:

“Assim como o impedimento de natureza técnica previsto no inciso I do parágrafo anterior, podem também ocorrer fatores de natureza econômica que inviabilizem a adoção do parcelamento.

Uma delas é a perda da economia de escala. Como, em regra, o aumento das quantidades a serem adquiridas conduz a uma redução nos preços unitários, **o parcelamento do objeto pode acarretar um aumento nos preços unitários**. Nesse caso, **essa opção deverá ser descartada**, pois restaria frustrado um dos principais objetivos da licitação, que é **a obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração**.

Outro aspecto a ser considerado é a possibilidade de elevação dos custos de gestão contratual em razão da multiplicação das contratações. Como o objetivo do parcelamento é a obtenção de maiores vantagens econômicas, **sua adoção não é recomendada quando implicar num aumento do ônus para a Administração”** (grifa-se) (www.tce.sp.gov.br/legislacao-comentada/lei-14133-1o-abril-2021).

Conclui-se, portanto, já à primeira vista, que para a adoção da licitação por lotes há que serem observadas inúmeras regras, não podendo tal escolha ser feita aleatoriamente – como é o presente caso, no qual não há qualquer justificativa plausível – pois sempre haverá o risco de se restringir a participação de diversos fornecedores. E, conseqüentemente, de não se obter a economicidade determinada pela lei. Com efeito, quanto menos participantes no processo menor será a competitividade e menor a possibilidade de obtenção de preços módicos.

A vantagem de se proceder à licitação por itens – e não por lotes!!! – está em que o objeto pode ser dividido em partes específicas, cada qual representando um bem de forma autônoma. Com isso se aumenta a competitividade do certame, pois possibilita a participação de vários fornecedores. Muitos deles que são, como é o caso do Cristália, o próprio fabricante dos medicamentos e **cujos preços não são acrescidos pela participação de intermediários que se remuneram com o sobrepreço** – fato que, notoriamente, acaba incorrendo no aumento do preço. Na verdade, ao preço do produto, o intermediário terá que incluir seus custos e o sobrepreço sem o qual a operação não fará sentido econômico.

Por outro lado, na modalidade por lotes é imprescindível para a regularidade do edital que o agrupamento de diversos itens que formará o lote **garde compatibilidade entre si**, observando-se, inclusive, as regras de mercado para a comercialização dos produtos, de modo a manter a competitividade necessária à disputa.

Essa compatibilidade, no entanto, não está presente em muitos itens incluídos no mesmo lote. Por exemplo, os itens constantes do **Lote 04**, classificado como “*soluções*”, possuem as mais diversas características, tais como água destilada, água oxigenada e bicarbonato de sódio. No **Lote 11**, classificado como “*antissépticos*”, está incluído o hidratante corporal Neutrogena, que, por óbvio, não é antisséptico e sim hidratante. No **Lote 16**, estão reunidos diversos antivirais, que certamente se destinam a combater vírus das mais diversas naturezas, e não apenas e tão somente um deles. No **Lote 23**, classificado como “*saúde da mulher*”, há uma diversidade de itens, dentre eles cremes vaginais e implante intradérmico que não possuem as mesmas características, a não ser que são de uso feminino. O **Lote 26** está classificado como “*soluções intravenosas*”, e seus itens – cloreto de sódio, glicose, vaselina – não guardam relação entre si, a não ser o modo de sua utilização. No **Lote 30**, classificado como “*específicos*”, constam itens tais como cafeína e solução de iodo, que são completamente diferentes entre si.

Em suma, basta uma simples leitura de todos os lotes para se concluir, mesmo que sem grandes conhecimentos de medicina ou farmacologia, que **vários dos agrupamentos não respeitam a compatibilidade que a lei exige**.

Mesmo que haja sido observada, na composição de cada lote, **o que se admite para argumentar**, a padronização prevista no artigo 43 da Lei nº 14.133/2021, há alguns requisitos que devem ser observados, o que, ao que tudo indica, **não ocorre no presente caso**. Confira-se:

Art. 43. O processo de padronização deverá conter:

I – parecer técnico sobre o produto, considerados especificações técnicas, e estéticas, desempenho, análise de contratações anteriores, custo e condições de manutenção e garantia;

II – despacho motivado de autoridade superior, com a adoção do padrão;

III – síntese da justificativa e descrição sucinta do padrão definido, divulgadas em sítio eletrônico oficial.

Ora, apesar da apresentação do documento “Estudo Técnico Preliminar” no qual há um capítulo intitulado “Justificativa do Parcelamento”, não há, tanto neste documento e como no Edital e em seus Anexos, uma única linha que justifique, com clareza e de forma inequívoca, a padronização que foi adotada para compor um

mesmo lote com diversos itens; e que, repita-se, não possuem, de forma alguma, características e finalidades semelhantes.

Sendo assim, **a falta de qualquer informação a esse respeito no Edital é motivo mais do que suficiente para que ele seja revisto.**

A respeito do tema e ao comentar o citado artigo 43, o ilustre administrativista Marçal Justen Filho assim se manifesta:

“A padronização é um instrumento de racionalização da atividade administrativa, com redução de custos e otimização de recursos. A padronização elimina as variações tanto no tocante à seleção de produtos no momento da contratação como também na sua utilização, conservação etc. [...]”

O primeiro risco da padronização é a inadequação. A solução padrão deverá ser suficientemente adequada para adaptar-se às características do caso concreto. Mas há limites para tanto. É possível ocorrer situação dotada de características próprias, em que a solução padronizada não é satisfatória e deverá ser afastada.

O segundo risco da padronização é a restrição indevida da competição. Ao definir um padrão, a Administração predetermina os contornos das futuras contratações. Portanto, todos aqueles que não estejam em condições de executar o objeto padronizado serão automaticamente excluídos de todas as contratações futuras” **(grifa-se)** (“Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas”, RT, 2021, p. 566 e ss).

E para finalizar, no tocante à falta de informação clara e precisa que justifiquem e fundamentem a razão pela qual Vossas Senhorias tenham decidido restringir ao máximo o número de eventuais participantes, há que se observar o que determina o **parágrafo 1º do artigo 82** da Lei nº 14.133/2021, nos seguintes termos:

Art. 82.

*§ 1º O critério de julgamento de menor preço por grupo de itens somente **poderá ser adotado quando for demonstrada a inviabilidade de se promover a adjudicação por item** e for evidenciada a sua vantagem técnica e econômica, e **o critério de aceitabilidade de preços unitários máximos deverá ser indicado no edital.***

Conclui-se, facilmente que, tanto pela falta de qualquer informação a respeito da adoção da licitação por lotes, como pela inadequação e numerosa quantidade dos itens que compõem os **30 (trinta) lotes**, não há como não se afirmar que, a prevalecerem os termos do Edital e seus documentos anexos, estar-se-á restringindo indevidamente a competição, o que não é possível aceitar. E pior: tudo em prejuízo do objetivo da licitação!

Assim sendo, **é quanto a escolha injustificada da modalidade de licitação por lotes que se volta a presente impugnação**, dado que essa escolha de Vossas Senhorias, no caso, viola diversos princípios que devem pautar uma licitação, dentre os quais o da isonomia, competitividade e economicidade.

PRINCÍPIOS: COMPETITIVIDADE/ISONOMIA

O processo licitatório tem como um dos princípios básicos a isonomia entre os licitantes, objetivando a competitividade entre as empresas, visando a obtenção do preço mais favorável e vantajoso ao interesse público.

No entanto, como já se disse, o modelo adotado pelo Edital contraria o princípio da competitividade cujo escopo é justamente o de se ampliar a concorrência e **permitir a participação do maior número possível de licitantes**. Este princípio – da competitividade, dentre outros não menos importantes, está expressamente incluído tanto **no próprio Edital em seu item 21.5**. acima transcrito, como no rol do artigo 5º da Lei nº 14.133/2021:

Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

A respeito da matéria, Marçal Justen Filho assim afirma:

*“A competitividade significa a adoção de regras editalícias (abrangendo inclusive a modelagem contratual) **que assegurem a mais ampla participação de possíveis interessados e fomentem a disputa mais intensa possível**” (grifa-se) (op. cit., p. 117).*

A ideia de fomento à competitividade é, evidentemente, conectada ao princípio da economicidade. Quanto maior o número de licitantes, maiores as chances de adquirir o bem ou o serviço a preços menores. A respeito do tema, Flávio Amaral Garcia leciona:

“O princípio da competitividade se traduz na ideia de que o objetivo da licitação é sempre a busca da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, conforme

expressamente previsto no art. 3º, § 1º, I, da Lei” (Licitações e Contratos Administrativos: casos e polêmicas. SP, Malheiros, 2018, 5ª edição).

Por essa razão, os editais de licitação não podem admitir, prever, incluir ou tolerar cláusulas ou condições que comprometam ou restrinjam o caráter competitivo. Ao contrário, devem ser evitadas medidas que limitem a participação dos licitantes interessados no certame.

A competitividade é um princípio que instrumentaliza o interesse público primário da sociedade e o da Administração Pública:

*“O edital é um instrumento de chamamento, e deve servir para trazer pessoas, e não para **impedir que pessoas que efetivamente poderiam contratar se afastem da licitação**. O edital não pode conter cláusulas que representem **barreira impeditivas de participação** no procedimento, a quem realmente tem condições de participar ou a quem realmente esteja disposto a se instrumentar para participar” (grifa-se) (Adilson Abreu Dallari, “Aspectos Jurídicos da Licitação”).*

E a competitividade fica comprometida quando se opta pela modalidade **excepcional** da licitação por lotes como acima já demonstrado.

Sendo a finalidade precípua da licitação a obtenção da proposta mais vantajosa, o certame não pode ser maculado por exigências desarrazoadas e que desfavoreçam a competição e, conseqüentemente, o atendimento do interesse público.

Essa limitação ilegal da competição, no caso, decorre do fato da adoção da licitação por lotes, desnecessária para a execução do objeto, dado que restringe indevidamente o universo de participantes. Com efeito, a falta de compatibilidade entre os itens agrupados, **como é o caso**, mostra que o Edital está afastando licitantes que são produtores de fármacos e privilegiam a participação de intermediários. O que desfavorece a competitividade e a obtenção de preços módicos que é o objetivo da licitação.

Não por outra razão que Alexandre Santos de Aragão (“Curso de Direito Administrativo”, 2ª ed., Forense, RJ) leciona que o princípio da competitividade acaba por funcionar como verdadeiro guia hermenêutico, *“de maneira que, diante de diversas interpretações em tese possíveis em determinada situação, se deve optar pela que mais competitividade trouxer (in dubio pro competitionem)” (grifa-se).*

Pois bem, vis a vis à restrição contida no Anexo I ao Edital – Proposta Comercial, que limita a participação no certame a 30 (trinta) lotes, sem expor ou

motivar a razão da discriminação, contrária, também, como consequência, o princípio da economicidade e da isonomia.

E, no mesmo compasso, têm-se que os lotes foram agrupados por “classe terapêutica”, dificultando a participação dos laboratórios/fabricantes de forma individual, pois tal classificação dos lotes favorecem, de forma inequívoca, a participação de distribuidores, pois estes podem ofertar cada um dos itens de um fabricante específico abrangendo todos os itens do lote. E, como sabe-se, sempre que há intermediário no processo, o preço dos itens tende a ser superior, onerando a compra pela administração, contrariando, assim, o princípio da economicidade.

Com efeito, restringindo-se o número de participantes elegíveis para participar de um certame, não há garantia de que se alcançará a proposta mais vantajosa para a Administração Pública, não se assegurando, ademais, “*tratamento isonômico entre os licitantes, bem como a justa competição*” (Lei 14.133/2021, artigo 11, inciso II).

COMPATIBILIDADE DOS ITENS: IMPRESCINDIBILIDADE

Não fora apenas pela absoluta falta de informação a respeito da adoção da modalidade de licitação por lotes, não obstante a existência do documento “Estudo Técnico Preliminar”, no qual, no entanto, a justificativa apresentada é genérica e inconclusiva, há também outro aspecto de suma importância que não foi observado.

Com efeito, como acima já anotado, na modalidade por lotes, **os itens agrupados/padronizados devem guardar compatibilidade entre si**, observando-se, inclusive, as regras de mercado para a comercialização dos produtos, de modo a manter a competitividade necessária à disputa.

Nesse sentido, o inciso VIII do parágrafo 1º do artigo 18 da Lei nº 14.133/2021 assim determina:

Art. 18

§ 1º. O estudo técnico preliminar a que se refere o inciso I do caput deste artigo deverá evidenciar o problema a ser resolvido e sua melhor solução, de modo a permitir a avaliação da viabilidade técnica e econômica da contratação, e conterá os seguintes elementos:

[...]

VIII – justificativas para o parcelamento, ou não da contratação; ...

Ora, como o estudo técnico não conseguiu, nem mesmo aleatoriamente, apresentar uma única justificativa para demonstrar a viabilidade de se incluir em um mesmo lote um punhado de medicamentos cujas características não são compatíveis

entre si, é evidente que não há como se concluir pela viabilidade técnica e econômica de uma contratação de tal natureza. Nesse sentido, o já citado Marçal Justen Filho assim se manifesta:

“Em regra, o parcelamento somente será admissível se for viável tecnicamente e economicamente. Logo, cabe à Administração, ao elaborar estudo técnico preliminar, expor os motivos da decisão sobre o tema, quando a questão se apresentar” (grifa-se) (op. cit., p. 357).

A respeito da compatibilidade dos diversos itens que compõem um mesmo lote, as decisões administrativas e judiciais que aceitam, **em tese**, a licitação por lotes, mesmo que proferidas sob a égide da lei anterior, fazem ressalvas expressas quanto ao tema:

“De início, no que tange à crítica ao critério de julgamento adotado, impende consignar que a jurisprudência majoritária da Casa tende a afirmar a possibilidade de reunião de produtos por lotes, desde que possuam características afins” (Processo TC 023880.989.21-5, Rel. Cons. Silvia Monteiro).

“Sem embargo deste posicionamento, a jurisprudência desta Corte tem admitido, excepcionalmente a adoção do menor preço por lote, desde que na sua composição seja observada a afinidade entre os produtos afins. Dessa forma, caso a Municipalidade pretenda manter o critério de julgamento de menor preço global por lote, deverá alterar a composição dos lotes de maneira que sejam formados por itens afins” (TCESP, TC 4839.989.14-2, Rel. Cons. Cristiana de Castro Moraes).

DO RISCO DE FRAUDE

Como é notório e intuitivo, as chances de se obter um melhor preço na aquisição de qualquer produto é maior quando o fornecedor é o próprio fabricante. E as chances de obtenção de um preço mais vantajoso diminuem quando o fornecedor é um terceiro/intermediário, como é o caso de uma distribuidora.

Ora, é sabido que nem todos os laboratórios farmacêuticos fabricam todos os itens que compõem os **30 (trinta) lotes**, até porque, repita-se, **muitos destes itens não guardam qualquer compatibilidade entre si!** Assim, um dos concorrentes que poderia fornecer boa parte dos itens demandados nessa licitação não poderá apresentar proposta, caso prevaleça a modalidade de licitação por lotes.

Só esse fato – **que implicará na redução da competitividade e no descumprimento dos objetivos da licitação quanto às questões de vantajosidade, isonomia e economicidade** – já justificaria a alteração do Edital para que a licitação seja realizada na modalidade por itens.

Nesse sentido, **o risco de fraude é patente**, pois somente determinados fornecedores – leia-se grandes distribuidoras! –, estarão aptas a participar do certame.

Daí porque o artigo 155 da Lei nº 14.133/2021 caracteriza como fraude **“praticar atos ilícitos com vistas a frustrar os objetivos da licitação” (inciso IX), e “praticar ato lesivo previsto no art. 5º da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013” (inciso XII).**

Por sua vez, o artigo 5º da Lei nº 12.846, prevê na letra “a” do inciso IV que **“no tocante a licitações e contratos”, caracterizam-se como atos lesivos à Administração Pública “frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público.”**

Diferente não é a jurisprudência do TCE/SP, segundo a qual se considera que a **“adoção de critério adjudicatório de menor preço por lote fere o princípio da norma, no que tange a obtenção de melhores preços”:**

*“Quanto ao mérito do questionamento, não vejo como discordar do posicionamento adotado pela ATJ e pelo Ministério Público de Contas no sentido de que **a adoção de critério adjudicatório de menor preço por lote fere os princípios da norma, no que tange a obtenção de melhores preços por parte da Administração, em especial a previsão contida no § 1º, do artigo 23 da Lei n.º 8666/93. Como bem ressaltado pelo MPC, a composição de lotes com aproximadamente 50 (cinquenta) medicamentos, possibilita a prática do indesejado “jogo de planilhas”, dando ensejo ao superfaturamento de alguns itens mascarado pelo subfaturamento de outros que compõe o mesmo lote. As justificativas apresentadas pela Administração, baseadas na alegação de divisão dos lotes pelas enfermidades a serem tratadas pelos medicamentos a serem adquiridos não são capazes de afastar o risco de se adquirir medicamento por valor nominal muito acima daqueles praticados no mercado.”**”²*

Assim sendo, o Cristália vê-se no dever de alertar Vossas Senhorias para o risco de, sendo mantida a licitação por lote com seus incontáveis itens, vir a ser questionada a lisura e validade de todo o procedimento licitatório.

² TCE/SP – Expediente nº 1146.989.13-2. Representação contra o edital do Pregão Presencial nº 025/2013, da Prefeitura Municipal de Suzano. Tribunal Pleno. Seção de 26/06/2013.

ORIENTAÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

Antes de concluir esta manifestação, o Cristália pede licença para reproduzir o alerta contido no documento de orientação elaborado pelo TCU acerca das justificativas para o parcelamento, ou não, como forma de chamar a atenção de Vossas Senhorias com vistas a atender ao escopo da lei:

Justificativas para o parcelamento ou não da solução³

Usar método de parcelamento inadequado

4. Risco: Usar o método de parcelamento do objeto inadequado, levando a não integração das partes da solução, com conseqüente não atendimento da necessidade que originou a contratação ou a necessidade de realizar nova contratação para integração das partes da solução.

5. Sugestão de controle interno: A equipe de planejamento da contratação deve avaliar todas as formas de parcelamento possíveis para escolher a que melhor se adequa a contratação pretendida.

6. Consideração: Há 4 métodos para proceder o parcelamento do objeto da licitação:

a) realização de licitações distintas, uma para cada parcela do objeto (parcelamento formal);

b) realização de uma única licitação, com cada parcela do objeto sendo adjudicada em um lote (ou grupo de itens) distinto (parcelamento formal);

c) realização de uma única licitação, com todo o objeto adjudicado a um único licitante, mas havendo permissão para que as licitantes disputem o certame em consórcios (parcelamento material);

d) realização de uma única licitação, com todo o objeto adjudicado a um único licitante, mas havendo permissão para que a licitante vencedora subcontrate uma parte específica do objeto (parcelamento material).

CONCLUSÃO E PEDIDO

Em face do exposto, conclui-se que a licitação por lotes deve observar determinados requisitos, dentre os quais **(a)** informação expressa e transparente sobre a justificativa da adoção da licitação por lotes, bem como demonstração inequívoca da compatibilidade entre os itens por fazerem parte de uma mesma classificação ou categoria; **(b)** que a reunião em lotes atenda ao interesse da Administração de obter melhores preços, preservando a economia de escala; e **(c)** sem prejuízo da competitividade, garantir a isonomia entre os licitantes, dentre outros princípios.

³ Justificativas para o parcelamento ou não da solução (tcu.gov.br)

Em outras palavras, independentemente do fato da Administração Pública ter optado pela licitação vir a ser realizada por item ou lote, essa decisão há que ter em mente que deve haver **a ampliação da competitividade**, de forma a não ferir as regras e princípios da Lei nº 14.133/2021 e, como já anotado, **do próprio Edital em seu item 21.5**.

A título de colaboração com Vossas Senhorias, o Cristália anexa à presente impugnação recente decisão proferida pela Prefeitura de Francisco Morato, SP, em caso envolvendo licitação por lotes e na qual foi revista a sistemática inicialmente adotada, alterando-se, em consequência, o critério de julgamento de menor preço por lote para menor preço por item, acolhendo-se integralmente o recurso apresentado por este laboratório naquela oportunidade (**DOC. ANEXO**).

Assim sendo, o Cristália pede e espera que seja acolhida a presente impugnação ao Edital, para que seja adotada a modalidade de licitação por itens que garantirá uma maior participação de licitantes e a obtenção de melhor preço ou, alternativamente, que haja uma ampliação do número de lotes, para que neles sejam incluídos medicamentos rigorosamente compatíveis entre si.

E, ao assim proceder, se evitará que esse ato administrativo possa vir a ser questionado perante o Ministério Público e Tribunais de Contas.

P. Deferimento.

Itapira, 3 de maio de 2024

CRISTÁLIA PRODUTOS QUÍMICOS FARMACÊUTICOS LTDA.

ADRIANO GOMES
DOS
SANTOS:281036848
13

Assinado de forma digital
por ADRIANO GOMES DOS
SANTOS:28103684813
Dados: 2024.05.03 16:46:31
-03'00'