



ESTADO DE MATO GROSSO
PREFEITURA MUNICIPAL DE VÁRZEA GRANDE



DATA: 05/05/2017 **HORA:** 14:25 **Nº PROCESSO:** 448291/17

REQUERENTE: DELTA MED COMERCIO DE PRODUTOS HOSPITALAR LTDA - EPP

CPF/CNPJ: 08835955000170

ENDEREÇO: RUA 34 Nº 209 QDA 35LOTE 01 BAIRRO SETOR SANTOS DUMONT CIDADE GOIANIA UF GO

TELEFONE: 65-9263-7492

DESTINO: PREFEITURA DE VÁRZEA GRANDE - SECRETARIA DE SAÚDE - SUPERITENDENCIA DE GESTÃO

LOCAL ATUAL: PREFEITURA DE VÁRZEA GRANDE - SECRETARIA DE SAÚDE - SUPERITENDENCIA DE GESTÃO

ASSUNTO/MOTIVO:
ENCAMINHA DOCUMENTO PREGÃO ELETRÔNICO 017/2017 PARA CONHECIMENTO E PROVIDENCIAS

OBSERVAÇÃO:

DELTA MED COMERCIO DE PRODUTOS
HOSPITALAR LTDA - EPP

NIVALDO MONTEIRO MAGALHÃES

Informações sobre o andamento do processo, somente, poderão ser fornecidas mediante recibo.

Recibo - 05/05/2017 . 15:48

Francisca

SENHOR PREGOEIRO OFICIAL DA COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO DA PREFEITURA MUNICIPAL DE VÁRZEA GRANDE- MT.

Referência: Pregão Eletrônico nº 017/2017

Assunto: Registro de Preço para aquisição de medicamentos para suprir as necessidades da rede municipal de saúde de várzea grande, conforme Edital e anexos..

DELTA MED COMÉRCIO DE PRODUTOS HOSPITALARES LTDA, pessoa jurídica de direito privado, CNPJ nº 08.835.955/0001-70 sediada em Goiânia, Estado de Goiás à Rua Yanomamis, 351 CEP: 74.460-721 por seu representante legal infra-assinado vem, com fulcro no § 2º, do art. 41, da Lei nº 8.666/93, item 3.1 do edital a presença de vossa senhoria, com fundamento no art. 5º, LV, da CF, apresentar **PEDIDO DE IMPUGNAÇÃO** aos termos do edital em referência, pelos fatos e fundamentos a seguir articulados.

I - DOS FATOS:

A ora impugnante tendo interesse em participar do certame licitatório supramencionado, adquiriu o respectivo edital.

Ao verificar as condições para participação no pleito em tela, deparou-se que alguns itens seriam exclusivos a participação de Microempresas e EPP's, porém sem qualquer regulamento no Edital.

Além da presente exigência prejudicar imensamente o impugnante, trás enormes prejuízos aos cofres públicos, conforme será amplamente comprovado.

II - DA TEMPESTIVIDADE:

Conforme consta no edital, a data de abertura do pregão eletrônico se dará em 10/05/2017, e considerando o item 3.1 do mesmo diploma legal, o participante declara seu interesse em impugnar parte deste instrumento, e o faz em tempo hábil.

III - DO FUNDAMENTO

a) DA ILEGALIDADE DA EXCLUSIVIDADE DE MICRO-EMPRESAS, EPP E MEI

Inicialmente, esclarecemos que a exclusividade do procedimento licitatório para Micro-empresas, seja parcialmente ou totalmente a licitação, as EPP's e MEI é absolutamente ILEGAL, pois vai de encontro as normas do art. 170, IV, da CF; o art. 3º, § 1º, I e art. 90 da Lei nº 8.666/93; art. 49, III, da LC nº 123/2006; art. 9º, II e IV do Dec. nº 6.204/07.

Desta forma, e para melhor interpretação da norma aqui apontada pelo Administrador para fundamentar o objeto da licitação, ou seja, tornar o certame exclusiva a participação de Micro e EPP, eis o teor da norma.

Art. 47. *Nas contratações públicas da administração direta e indireta, autarquia fundacional, federal, estadual e municipal, deverá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as Micro e EPP objetivando a promoção e desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo a inovação e tecnologia.*

Parágrafo único. *No que diz respeito às compras públicas, enquanto não sobrevier legislação estadual, municipal ou regulamento específico de cada órgão mais favorável à microempresa e empresa de pequeno porte, aplica-se a legislação federal.*

Art. 48. *Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta LC, a administração pública:*

I - deverá realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresa e empresa de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).

ILUSTRE, se a legislação permite o administrador público dar tratamento diferenciado as micro-empresas, EPP e MEI, não há que se falar em exclusividade, haja vista que o presente ato somente traria prejuízos aos cofres públicos, pois ocorreria uma limitação da participação de empresas que possuem maior poder de compra com os grandes laboratórios, possibilitando assim na redução do preço de aquisição.

A intenção do legislador infraconstitucional, seria o incentivo ao crescimento das referidas empresas, porém a exclusividade direcionada a todo fornecimento de materiais e medicamentos do município trás enormes prejuízos aos cofres público, haja vista que empresas que não se encaixam no perfil de Micro-empresas e EPP's deixam de participar da fase de lances de alguns itens, no qual poderiam atender ao princípio básico da licitação, qual seja, aquisição pelo menor preço.

A presente licitação além de perder a oferta de preços por Distribuidoras grandes, inviabiliza a participação de laboratórios e fabricantes que poderiam apresentar preços bem inferiores as denominadas empresas que estão resguardadas pela Lei Complementar n. 123.

Evidente assim, que a referida exclusividade entra em descompasso com o Princípio da Ampla Concorrência dos procedimentos licitatórios e o Princípio da Economicidade, que trata-se da previsão imposta pelo Art. 3º da Lei de Licitações.

DA OFENSA AO PRINCÍPIO DA ECONOMIA DOS ATOS PÚBLICOS

Quando o constituinte de 1988 normatizou o art. 146, III, "d", 170, IX e 179 da CF, para determinar tratamento diferenciado a ME e EPP, buscou uma condição de equilíbrio nas licitações, a fim de que todas as empresas pudessem competir igualdade de condições.

Todavia, jamais o legislador quis romper o princípio da livre concorrência, uma vez que, em se tratando de processo licitatório e recursos públicos o que interessa é qual empresa vai ofertar a proposta mais

vantajosa ao Poder Público e assim garantir também o princípio da economicidade.

A Lei nº 8.666/93, está estribada nos princípios da isonomia e na seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, conforme se abstrai adiante.

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 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. (Grifos nossos).

Cumpre observar também a previsão do art. 49 da LC nº 123/2006, que prevê a inexigibilidade da referida exclusividade, quando não for vantajoso a administração pública, no qual pede vênias para sua transcrição:

Art. 49 - Não se aplica o disposto nos artigos 47 e 48 desta Lei Complementar quando:

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. (Grifos nossos).

Excelência, a exclusividade de 95% do procedimento licitatório as Micro-empresas e EPP's, não trás nenhuma vantagem ao município, pelo contrário, somente trás prejuízos aos cofres públicos, haja vista que limita o número de participantes, incluindo os próprios fabricantes e laboratórios, no qual possuem descontos maiores na fase de lances.

Na crise econômica que nosso país está sofrendo, seria de enorme valia a participação de todas as empresas, pois isso aumentaria a concorrência e influenciaria no preço final de aquisição dos itens.

Senhor Julgador, a exclusividade do Art. 48 da Lei Complementar n. 123/2006 afronta diretamente o caput do art. 37 da CF, o item I do § 1º, do art. 3º e art. 90 da Lei nº 8.666/93, combinado com a posição ampla da doutrina e da jurisprudência, como adiante veremos.

Para a doutrina é pacífica a tese do princípio da legalidade, como veremos o brilhante doutrinador Hely Lopes Meireles, que assevera:

*“Na administração pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, **na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza**”.*

Ilustríssimo, toda licitação visa a aquisição pelo menor preço, sendo possível somente com o maior número de concorrentes, que irão apresentar preços compatíveis com o interesse da Administração Pública.

Com a abertura do procedimento licitatório a todos os concorrentes, porém dando tratamento diferenciado e simplificado as Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, esta administração estará causando grande impacto aos cofres públicos, pois acarretará 2 (dois) benefícios diretos, qual seja, incentivar o desenvolvimento das referidas empresas e economizaria na aquisição dos itens licitados.

Na presente crise que a saúde pública passa, o gestor público deve se utilizar da lei complementar n. 123/2006 de uma forma que impacte positivamente nos cofres Públicos, que no presente caso, seria através da ampliação do rol de concorrentes, porém com tratamento diferenciado para as Microempresas e Empresas de Pequeno Porte.

Trata-se de um raciocínio, respaldado em raciocínio lógico, também expresso nas linhas de Marçal Justen Filho, no qual expõe o seguinte: “... Não basta honestidade e boas intenções para validação de atos administrativos. A economicidade impõe adoção da solução mais conveniente e eficiente sob o ponto de vista da gestão dos recursos públicos”. (Justen Filho, 1998, p.66)

Visando assim, a obediência ao princípio da ECONOMICIDADE, REQUER que seja ALTERADO o presente edital, retirando dos termos editalícios a previsão atinente a participação exclusiva das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, sendo apenas previsto tratamento diferenciado para as mesmas, atendendo assim os objetivos empregados pela Lei Complementar n. 123/2006, ao princípio da Livre Concorrência e ao princípio pela aquisição dos itens pelo menor preço possível.

DA FALTA DE REGULAMENTAÇÃO DO EDITAL

A) ESPECIFICAÇÃO DA REGIÃO E A PREVISÃO DE NO MÍNIMO 3 MICRO-EMPRESAS OU EPP'S

Na improvável hipótese deste município quanto ao não acatamento da RETIRADA da EXCLUSIVIDADE, devemos ressaltar quanto ao equívoco referente a interpretação da Lei Complementar n. 123/2006.

Consta no Art. 49 da Lei Complementar 123/2006 o seguinte:

Art. 49 - Não se aplica o disposto nos artigos 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;

O Art. 10 do Decreto n. 8.538/2015 esclarece o seguinte:

Art. 10 – Não se aplica o disposto nos art. 6º ao Art. 8º quando:
I – Não houver o mínimo de três fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresa de pequeno porte sediadas local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório;

Note que em diversos trechos da Lei Complementar 123/2006 teria sido previsto a EXCLUSIVIDADE com o intuito de beneficiar as microempresas e EPP's que estejam situados próximo aos órgãos licitantes, com o intuito de desenvolver aquela região, produzindo maior número de empregos e fazendo a economia girar.

A lei claramente não se aplica a empresas que não estejam sediadas no município ou na região, porém não deixa claro os critérios regionais a serem aplicados na licitação.

Pois bem! Por critério de transparência do procedimento licitatório, seria necessário que constasse no edital o critério regional a ser utilizado na presente licitação, haja vista que não poderia beneficiar todas as micro-empresas e EPP's do país, conforme previsto literalmente na lei complementar n. 123/2006.

Exemplificando, o município de Rondonópolis elaborou o Decreto nº 7.668 de 07 de agosto de 2015 que regulamenta o tratamento diferenciado e simplificado concedido pela Lei Complementar 123/2016, deixando claro que tal exclusividade não seria aplicada as empresas fora da região do raio de 100 km, conforme se verifica logo abaixo;

O PREFEITO MUNICIPAL DE RONDONÓPOLIS, ESTADO DE MATO GROSSO, no uso de suas atribuições legais...
DECRETA:

Art. 1º - Para fins de aplicação no disposto no artigo 48 da LC 123/2006 aplica-se o seguinte:

§1º Cada lote do certame caracteriza uma licitação autônoma.

I - No caso dos lotes compostos por itens divisíveis deve ser aplicado exclusivamente o artigo 48, III da lei complementar 123/2006.

II - Nos casos em que não couber a aplicação do inciso anterior aplica-se o artigo 48, I da lei complementar 123/2006.

Art. 2º - Para fins de aplicação dos benefícios da LC 123/2006, define-se local o Município de Rondonópolis e Região o raio de 100 km da cidade de Rondonópolis-MT, compreendendo as cidades de Jaciara, Dom Aquino, Pedra Preta, Poxoréo, São José do Povo, São Pedro da Cipa e Juscimeira.

Art. 3º - Entende-se por melhor preço, no caso específico do pregão, o menor preço verificado após a fase de lances. Nas demais modalidades licitatórias entende-se por melhor preço, o menor preço constante na proposta escrita.

§1º - as microempresas e empresa de pequeno porte, sediadas local ou regionalmente, poderão, justificadamente, ser contratadas com preços superiores em até 10% do melhor preço.

I - o limite de 10% (dez por cento) do melhor preço nunca poderá ser excedido, mas poderá ser inferior.

Parágrafo Único: Não se aplica o disposto neste artigo

Art. 4º - Não se aplica o benefício constante no artigo 48 da LC 123/2006 se não estiver presente na sessão pública, no mínimo, 3 (três) fornecedores enquadrados na LC 123/2006, com sede no local ou na região. Nesse caso, os lotes e/ou cotas com participação exclusiva serão imediatamente destinados a ampla concorrência.

Parágrafo Único: A não aplicação do disposto no art. 48 não libera a administração da aplicação do benefício constante do artigo 44, §§ 1º e 2º da LC 123/2006.

Art. 5º - Nos casos de dispensa de licitação, com fundamento no artigo I e II do artigo 24 da lei 8666/93, poderá ser aplicado o disposto no artigo 48, I da LC 123, sem prejuízo da observância do procedimento fixado no artigo 26 da lei 8666/93.

Parágrafo Único: Nos demais casos de dispensa ou inexigibilidade não se aplica o artigo 48 da LC 123/2006.

Art. 6º Este Decreto entra em vigor na data de publicação.

A empresa impugnante do edital busca contribuir para o bom andamento do processo licitatório, em respeito aos princípios que norteiam o certame, buscando já correções nos itens que poderiam acarretar na anulação do processo licitatório, maculando a Administração Pública e levando a perda

de tempo, pois toda a licitação poderia ter que ser refeita no futuro, causando prejuízos a sociedade.

O Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso através da Resolução de Consulta n. 17/2015 estabeleceu que deve haver pesquisa mercadológica quanto a possíveis micro's que estejam sediada na região, conforme se verifica abaixo:

"(...) 3) Na fase interna da licitação, a Administração licitante deve aferir se existem no mínimo três fornecedores competitivos enquadrados como MPE's, sediados no local ou regionalmente, e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório. Não existindo, aplica-se a regra excludente prevista no inciso II do art. 49 da LC 123/2006. (...)"

Diante disso, não sendo DEFERIDA a retirada do edital quanto a previsão de EXCLUSIVIDADE das Micro-Empresas, REQUER que seja incluso no edital o critério objetivo da região, como atendimento ao princípio da transparência e o da vinculação aos termos do edital, deixando claro que não havendo o credenciamento no item de no mínimo 03 empresas no critério regional, será aberto os lances a todas as empresas participantes.

B) FALTA DE 3 MICRO-EMPRESAS E EPP'S POR ITEM

Ilustre, ao analisar o Edital verificamos que BOA PARTE dos itens se encontram abaixo do valor de R\$80.000,00, dificultando assim a participação da IMPUGNANTE, tirando quaisquer chances de apresentação de um preço menor.

Notório que o INTERESSE PÚBLICO é a aquisição dos itens pelo PREÇO mais justo para a Administração Pública, sendo que a

exclusividade garantida pela Lei Complementar n. 123/2006 acaba por ir de encontro a isso, haja vista que limita a participação de empresas de grande porte.

Sabidamente a Lei Complementar n. 123/2006, através do inciso III do Art. 49 permitiu que o Administrador Público não aplique a exclusividade quando esta não seja vantagem a Administração Pública.

No mesmo sentido o inciso II do Art. 10 do Decreto 8.538/2015:

Art. 10 - Não se aplica o disposto nos arts. 6º ao art. 8º quando:

(...)

II - o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e as empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou ao complexo do objeto a ser contratado, justificadamente;

Diante tal permissivo, seria conveniente a licitação que todas as empresas possam cadastrar a proposta, sendo que na hipótese de não possuir 3 Micro-empresas e/ou EPP's, a CPL deverá optar pela abertura da fase de lances as empresas de GRANDE PORTE.

Para Maria Silva Zannela Di Pietro:

“A própria licitação constitui um princípio a que se vincula a Administração Pública. Ela é decorrência do princípio da indisponibilidade do interesse público e que se constitui em um restrição à liberdade administrativa na escolha do contratante; a Administração terá que escolher aquele cuja proposta melhor atenda ao interesse público.”(Di Pietro, 1999, p.294)

Note ilustríssimo, que ao permitir que a CPL opte pelo preço da GRANDE EMPRESA quando não ocorra a participação das Micro's e EPP's que

atendam ao critério regional, o município atenderá ao interesse público, que é a aquisição pelo menor preço possível os itens da saúde.

Nesse sentido, REQUER que seja elaborada CLÁUSULA no Edital, permitindo o cadastro de proposta de TODAS empresas participantes, sendo que na hipótese não haver 03 (três) empresas que atenda aos critérios regionais, será aberta a fase de lances as empresas de GRANDE PORTE.

C) DO PRAZO DE ENTREGA DOS PRODUTOS

Nota-se no item 16.2 edital, que a Administração Municipal prevê prazo de entrega muito curto.

Vejam, o que determina os subitens em referência, *in verbis*:

“16.2 . Os produtos deverão ser entregues no CADIM – Centro de Distribuição de Medicamentos da Secretaria Municipal de Saúde em até 10 (dez) dias após o recebimento da ordem de fornecimento emitida pela Secretaria Municipal de Saúde, sendo que o prazo para substituição de medicamentos, caso seja necessário, será de 05 (cinco) dias, sob pena de desclassificação da empresa e aplicação de penalidade.”

Como se observa, o Edital exige que a contratada realize entregas dos produtos no prazo máximo de 10 (dez) dias, contados da data de recebimento da Nota de Empenho.

A esse propósito, a empresa contratada estaria sob o risco de sofrer sanções no caso de atraso na entrega, podendo ocorrer a rescisão contratual, além de medidas administrativas, seja a suspensão, atestado de inidoneidade, multa, etc...

Assim, importante ressaltar que para o mercado corporativo, as entregas dos produtos, principalmente pela região onde se localiza o órgão licitante, a entrega no prazo de 10 (dez) dias seria impossível para empresas que não estejam localizadas no município ou que não possuem todos itens em estoque.

Isso porque, medicamentos, materiais e equipamentos hospitalares são oriundos de fabricantes localizados em outros Estados da Federação e são transportados em sua maioria por logísticas/transportador, que estão sujeitos a fato superveniente, de conseqüências imprevisíveis e inevitáveis, fora do alcance e do controle das distribuidoras.

Obviamente, não se trata de questionar a idoneidade do Administrador Público, mas sua faculdade, considerando que qualquer contratação fora das formalidades legais (e isso não significa nenhuma presunção de má-fé, necessariamente) sujeita o licitante às sanções previstas na lei 8666/1993.

Isso sem considerar que as empresas devem contratar e comprometer-se contratualmente com prazos factíveis, de forma que o Administrador não seja surpreendido com desgastes na morosidade ou na impossibilidade de entrega nos prazos estabelecidos pelo órgão.

Portanto, é sempre melhor que o contrato reflita a realidade, desde que não seja abusiva. Assim, com alusão ao princípio da razoabilidade, requer seja alterado referido prazo para 15 (quinze) dias úteis ou 30 (trinta) dias úteis, data que inclusive, justificaria mais facilmente, a aplicação de sanção administrativa.

Como resta demonstrado, a alteração do edital é medida que garantirá a legalidade da licitação, possibilitando ao município a correção das incoerências aqui apontadas, bem como a fim de garantir o caráter equânime e competitivo da licitação e a aplicação dos princípios da legalidade e da justa competição.

IV - DOS PEDIDOS

Requer, que seja acolhida a presente impugnação para suprimir a EXCLUSIVIDADE conferida as Micro-empresas, EPP's e MEI, pois

trata-se de um requisito de participação que vai de encontro aos preceitos da Lei de Licitações, Constituição Federal, entendimentos jurisprudenciais, pareceres jurídicos e normativas.

Nesse sentido, REQUER o CANCELAMENTO/ ADIAMENTO do procedimento licitatório, sendo realizada as modificações do EDITAL, garantindo a participação de todos os licitantes na fase de LANCES, sendo previsto apenas o tratamento diferenciado das EPP's e Micro-empresas previstos na Lei Complementar nº 123/2006.

REQUER que seja incluso no edital o critério a ser utilizado pela CPL para classificar o limite de região que poderá beneficiar as empresas

participantes do procedimento licitatório, como atendimento a Lei Complementar 123/2006, ao princípio da transparência e o da vinculação aos termos do edital, bem como, contenha previsão de que a exclusividade somente será aplicada as 03 microempresas e/ou EPP's que atendam ao critério regional.

Solicita que ocorra alteração do edital, contendo previsão que não havendo o preenchimento das exigências do Art. 48 da Lei Complementar 123/2006, que a fase de lances seja aberta as Grandes Empresas e Micro-empresas que não atendam ao critério regional.

Finalizando, deseja a ampliação do prazo de entrega, passando de 10 (dez) dias para um prazo mais razoável e proporcional, no qual não dificulte a entrega por empresas fora da região do município.

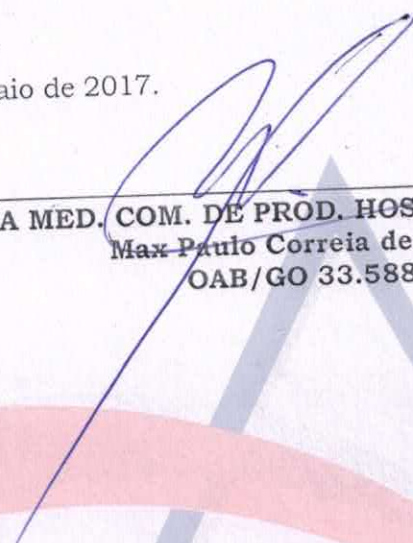
Caso não seja julgado procedente os pedidos constantes na presente impugnação, não restando outra alternativa, ensejar-se-á à licitante a buscar amparo perante o Judiciário.

Aproveitando o ensejo, salientamos que uma cópia da presente impugnação será encaminhada ao MP para que o mesmo se mantenha ciente dos prejuízos aos cofres públicos, caso essa licitação permaneça inalterada.



DELTA MED

Nesses termos,
Pede deferimento.
Goiânia, 03 de maio de 2017.



DELTA MED, COM. DE PROD. HOSPITALARES LTDA.
Max Paulo Correia de Lima
OAB/GO 33.588



DELTA MED



COMUNICAÇÃO INTERNA

DA: Superintendência de Gestão	PARA: Assessoria Jurídica	DATA: 05/05/2017	CI Nº 274/2017
--	-------------------------------------	----------------------------	----------------

Encaminho solicitação de impugnação do pregão Eletrônico nº17/2017 da **Empresa Delta Med Comércio de Produtos Hospitalares Ltda**, inscrita no CNPJ sob nº **08.835.955/0001-70**, para análise e parecer.

Do pedido:

- 1-Exclusividade de Microempresas, Epp.
- 2-Falta de 03 microempresas e Epp's por item
- 3-Do prazo de entrega dos produtos.

Sem mais para o momento, colocamos- nos a inteira disposição para maiores esclarecimento.

Atenciosamente,



**Francisca Luzia de Pinho
Pregoira.**



Daniela Cristine Silva Leal
OAB/MT: 21.434
16.14