

**À
ILMO(A) SENHOR(A) PRESIDENTE DA
COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO E
EQUIPE DE APOIO DA PREFEITURA MUNICIPAL
DE SÃO CARLOS**

Ref.: **Pregão Presencial n.º 40/2019**
Processo Administrativo nº 1034/2019
Tipo: Menor preço Por Lote

**Fresenius Kabi
Brasil Ltda.**

Av. Marginal Projetada, 1652
- G1
06460-200 Barueri - SP
Brasil
T. (11) 2504-1400
F. (11) 2504-1600
www.fresenius-kabi.com.br

FRESENIUS KABI BRASIL LTDA., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ nº 49.324.221/0001-04, com sede na Av. Marginal Projetada, n.º 1652, G. 01 a 08, bairro Tamboré, na Cidade de Barueri, Estado de São Paulo, por seu procurador infra-assinado, vem, tempestiva e respeitosamente, a presença de V. Sa., com fundamento no § 2º, do artigo 41, da Lei 8.666/1993 que regulamenta o pregão, e do subitem 12.2, do ato convocatório do pregão em epígrafe, apresentar **IMPUGNAÇÃO** a fim de apontar vícios contidos nos termos do Edital, que comprometem a legalidade do processo licitatório pelos motivos que passa a expor:

I – DISPOSITIVOS IMPUGNADOS: Lotes 2 e 3 do Anexo VI do Edital.

A presente licitação tem por objeto o **REGISTRO DE PREÇOS PARA AQUISIÇÃO DE MEDICAMENTOS DA REMUME – NAS FORMAS FARMACÊUTICAS LÍQUIDAS: EMULSÕES, SOLUÇÕES E SUSPENSÕES II PARA ATENDIMENTO DAS DEMANDAS DA SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE**, em conformidade com as disposições do Edital e Anexos do Pregão em epígrafe.

Considerando que o tipo do Pregão em epígrafe, estabelece que a licitação para registro de preços dos objetos citados, seja o Menor Preço por Lote e não por Item, o que impede que a Impugnante e demais empresas fabricantes participarem do presente processo licitatório, em especial para os Lotes 2 e 3, do Anexo VI, do Edital.



Considerando que vício acima apontado beneficia e direciona o aludido processo licitatório apenas para empresas que atua na Distribuição de Medicamentos, e, com isso, as empresas fabricantes de medicamentos, que possuem condições de oferecer menores preços, ficam automaticamente impedidas de participar do processo supracitado.

II - INFRAÇÃO AOS DISPOSITIVOS LEGAIS E AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E DAS LICITAÇÕES

Considerando que, caso não seja corrigido o tipo da licitação de "Menor preço por Lote" para "Menor preço por Item", a fim de corrigir os direcionamentos ilegais para que mais empresas licitantes possam participar do presente processo licitatório, este r. órgão público estará ferindo frontalmente o inciso XXI, artigo 37, da Constituição Federal, o § 5º, do artigo 30, o artigo 3º, ambos da Lei 8.666/93, o artigo 5º, do Decreto n.º 5.450/2005, entre outros, em razão de estabelecerem condições não previstas na legislação que regulamenta este medicamento e, por esse motivo, estaria impossibilitando a participação no certame da empresa impugnante e de outras, atentando contra os Princípios da Legalidade, Igualdade, da Isonomia, Ampla Competitividade e Moralidade.

As disposições supracitadas devem ser analisadas à luz do disposto no inciso XXI, do artigo 37, da Constituição Federal, abaixo transcrito:

"Art. 37. A Administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

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."

Tal necessidade significa, portanto, mínimo grau de exigência possível, em prol da máxima amplitude da competição.

Permitir as exigências ora combatidas, estaria atentando contra os princípios constitucionais disciplinados no artigo 37 da Constituição Federal, e no artigo 3º, da Lei 8.666/93 e artigo 5º, do Decreto n.º 5.450/2005, entre eles o princípio da igualdade, o qual implica não somente o tratamento isonômico entre todos os interessados em participar da licitação, mas também na oportunidade de disputar quaisquer interessados, sem preferência ou distinção, bem como sem exigências desnecessárias ou desproporcionais com as necessidades da futura contratação.

Ademais, pelo princípio da ampliação da disputa ou ampla competitividade, com fundamento no próprio inciso XXI, do artigo 37, da Constituição Federal e no § 1º, do artigo 3º, da Lei n.º 8.666/93, **é vedado que o edital inclua condições que restrinjam ou frustrem o caráter competitivo da licitação, considerando-se que a Administração deve buscar a ampliação da disputa de modo a obter a proposta mais vantajosa.**

Destarte, neste caso, a tal restrição ou frustração de caráter competitivo da licitação em comento, poderá possibilitar a interpretação que a tipificação legal prevista no art. 90 da Lei de Licitações nº 8.666 de 1993, in verbis:

"Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:

Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa".

Bem de se ver que, como amplamente demonstrado, não cabe ao órgão licitante, no corpo do Edital – ressalte-se, instrumento inferior a lei – estabelecer exigência que exceda os limites essenciais para comprovação da aptidão licitante, contrariando a lei e a Constituição Federal ou indo além do que elas permitem, sob pena de nulidade.

De fato, nos procedimentos licitatórios, **o interesse público se realiza com a obtenção da proposta mais vantajosa, sendo que a obtenção da proposta mais vantajosa está diretamente relacionada ao número de interessados participantes do processo.**

Quanto ao interesse público, Maria Helena Diniz, em seu Dicionário Jurídico, assim expressa a sua noção:

"1. Aquele que se impõe por uma necessidade coletiva, devendo ser perseguido pelo Estado, em benefício dos administrados. 2. Relativo a toda a sociedade personificada no Estado. É o interesse

✓

geral da sociedade, ou seja, do Estado enquanto comunidade política e juridicamente organizada (Milton Sanseverino). 3. **Finalidade da administração pública.** 4. Interesse coletivo colocado pelo Estado entre seus próprios interesses, ao assumi-lo sob regime jurídico de direito público (José Cretella Jr.).¹

A propósito do tema, Fábio Medina Osório² vai além, assinalando que:

"(...) na ausência do interesse público a Administração, em nossos dias, não poderia atuar, em face do desaparecimento de seu único, porém suficiente, suporte justificatório."

Não restando dúvida de que a atuação da licitante está adstrita à realização do interesse público, exsurge, correlatamente, o direito da coletividade de obter da licitante a atuação conducente à satisfação do interesse público, repudiando qualquer proceder que o prejudique ou dessirva. A licitante tem, pois, o poder-dever de agir unicamente para a concretização do interesse da coletividade, como bem ensina Hely Lopes Meirelles:

"O poder tem para o agente público o significado de dever para com a comunidade e para com os indivíduos, no sentido de que quem o detém está sempre na obrigação de exercitá-lo. Nem se compreenderia que uma autoridade pública – um Governador, p. ex. – abrisse mão de seus poderes administrativos, deixando de praticar atos de seu dever funcional. O poder do administrador público, revestindo ao mesmo tempo o caráter de dever para a comunidade, é insuscetível de renúncia pelo seu titular."³

Tem-se, assim, que a atuação estatal não pode perder de vista, por um instante sequer, o interesse público como norte. Nessa linha, se **nos procedimentos licitatórios o interesse público se verifica com a obtenção da proposta mais vantajosa e a obtenção desta proposta está diretamente relacionada com o número de proponentes no certame, cabe à licitante permitir a participação do maior número possível de interessados nos procedimentos licitatórios que realiza.**

Nesse sentido, o entendimento jurisprudencial, citando-se, como exemplo, o voto n.º 13.600 de lavra do Relator da Apelação Cível n.º 121.874-5/9 e adotado pela Sexta Câmara Direito Pública de Férias "Janeiro/2001" do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, do qual se extrai, por elucidativo, o seguinte trecho:

¹ Maria Helena Diniz, *Dicionário Jurídico*, vol. 2, Editora Saraiva, São Paulo, 1998, p. 880.

² *Existe supremacia do interesse público sobre o privado no Direito Administrativo Brasileiro?*, em Revista Trimestral de Direito Público, 28:32, citando Luís de la Morena y de la Morena, "Derecho Administrativo e interés público: correlaciones básicas", Revista de Administración Pública 100-102:847 e ss.

³ Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, 26 ed., Malheiros Editores, 2001, pp. 97 e 98.

"Não se pode esquecer que a regra geral na licitação é a participação de maior número possível de licitantes, assim proibidas condições desarrazoadas, que criam restrições indevidas e ferem o princípio da competição em termos de igualdade."

No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça do Rio Grande Sul decidiu com muita propriedade:

"Visa a concorrência a fazer com que o maior número de licitantes se habilite para o objetivo de facilitar aos órgãos públicos a obtenção de coisas e serviços mais convenientes a seus interesses. Em razão desse escopo, exigências demasiadas e rigorismos inconstitucionais com a boa exegese da lei devem ser arredados."
(RDP 14/240)

À vista do exposto, fica evidente que as disposições editalícias contidas nos Lotes 2 e 3 do Anexo VI, do Edital, são nulas, circunstâncias que reclamam as imediatas correções.

III – DO PEDIDO

Diante do exposto, a IMPUGNANTE pautada nos princípios da legalidade, da razoabilidade, da proporcionalidade e da boa-fé, requer seja a presente impugnação julgada inteiramente procedente, para o fim de que sejam alterado o tipo de licitação de "Menor preço por Lote" para "**Menor preço por Item**", pois, na forma que se encontra, é fato impeditivo para que demais empresas licitantes possam participar do aludido processo licitatório. Caso contrário, não haverá outra alternativa, a não ser a IMPUGNANTE buscar ajuda no judiciário.

Requer-se ainda que seja determinada a republicação do Edital e a reabertura dos prazos inicialmente estabelecidos, conforme determina o § 2º, do artigo 18 do Decreto n.º 5.450/2005.

Termos em que,

Pede e **Espera Deferimento.**

Barueri/SP, 16 de setembro de 2019.

FRESENIUS KABI BRASIL LTDA.
Por: Verônica Sampaio dos Santos
Procurador(a)

Verônica S Santos

49.324.221/0001-04

FRESENIUS KABI BRASIL LTDA

Av. Marginal Projetada, 1652 / G. 1 à 8
Tamboré - CEP 06460-200
BARUERI - SP