

FUNDAÇÃO DE APOIO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL - FAURGS

Ref.: Seleção Pública de Fornecedores

Pregão Eletrônico

Edital nº 039/2023

Fundação de Apoio da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – FAURGS

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 44.734.671/0022-86, com inscrição estadual nº 374.076.430.117, vem, por intermédio do seu Representante Legal, apresentar

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

em face dos itens 1.3, 5.5.2, 8.3 e 13.1 do instrumento convocatório e dos itens 3 e 3.1 do seu termo de referência, os quais estabelecem indevida adjudicação do objeto por **lotes**, pelos fatos e fundamentos a seguir expostos.

DA TEMPESTIVIDADE

De início, verifica-se que a data prevista para início da sessão é o dia 02/06/2023. Logo, o termo final para impugnação de até 3 (três) dias úteis antes da data designada para abertura da sessão, de acordo com o item 2.6 do Edital, será o dia 30/05/2023. Portanto, a **presente impugnação é evidentemente tempestiva.**

A PREVISÃO EDITALÍCIA OBJETO DA PRESENTE IMPUGNAÇÃO

No dia 26/05/2023, a Fundação de Apoio da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – FAURGS deu início à Seleção Pública de Fornecedores por meio de Pregão Eletrônico do

Edital nº 39/2023. O instrumento convocatório traz em seus itens 1.3, 5.5.2, 8.3 e 13.1 e o Termo de Referência fixa em seus itens 3 e 3.1 **a sistemática da adjudicação do objeto da licitação por lotes.** Confira-se:

“Edital:

1.3 Nesta licitação, as propostas serão julgadas pelo **menor valor global de cada lote.** [...]

5.5.2 **A proposta de preços deverá ser cadastrada considerando o valor global de cada lote,** respeitando o valor máximo aceitável conforme o Termo de Referência. Propostas cadastradas com valor superior ao valor máximo aceitável do Termo de Referência poderão ser desclassificadas.[...]

8.3 **A classificação das propostas será pelo critério de menor preço global por lote,** e levará em consideração os valores máximos aceitáveis constantes do Termo de Referência anexo a este Edital; ou seja, os valores unitários e totais ofertados pelo proponente-arrematante terão como limite de aceitação os valores unitários e totais correspondentes do Termo de Referência. [...]

13.1 **Homologada a Seleção Pública com a adjudicação do lote em favor da empresa vencedora do certame,** será formalizado, com a FAURGS, o Termo de Compromisso de Fornecimento, em documento assinado por representantes da FAURGS e da empresa. O documento será encaminhado via e-mail para as partes interessadas, indicando, assim, o início da celebração do Termo de Compromisso de Fornecimento. [...]

Termo de Referência:

3. **Lotes de Aquisição** (o que será comprado ou serviço a ser realizado, discriminado por grupo de produto/serviço). [...]

3.1 **A proposta de preços deverá ser cadastrada considerando o valor global de cada lote,** respeitando o valor máximo aceitável conforme o Termo de Referência. Propostas cadastradas AO SISTEMA (Licitações-e) com valor superior ao valor máximo aceitável do Termo de Referência poderão ser desclassificadas.” (grifamos)

Os itens, no entanto, merecem ser alterados, na medida em que o edital não observou a diretriz no sentido da necessidade de promover-se a **licitação por itens**, em clara contrariedade à jurisprudência consolidada do Tribunal de Contas da União, causando, ainda, evidente restrição à competitividade. É cristalina a **divisibilidade do objeto**,

É o que se passa a demonstrar.

DA NECESSÁRIA REALIZAÇÃO DE LICITAÇÃO POR ITENS E NÃO POR LOTES

Os itens 1.3, 5.5.2, 8.3, 13.1 do edital e o item 3.1 do Termo de Referência demandam a observância do menor valor global a ser ofertada pelo licitante em suas propostas e lances com vistas à aquisição de um ou mais dos 12 lotes elencados no item 3 do Termo de Referência do Edital, que agruparam os mais variados medicamentos da linha humana, saneantes e soluções parentais.

O objeto da licitação é claramente divisível, não existindo fundamento válido para o pretendido agrupamento por lotes. Os diversos medicamentos agrupados por lotes podem ser tecnicamente fornecidos de maneira individualizada, prestigiando-se a **competitividade** e a **economicidade**, parâmetros constitucionais que agentes públicos envolvidos não podem desconsiderar, sob pena de potencial produção de dano ao erário.

Para que não restem dúvidas, cumpre destacar **a Súmula 247 do Tribunal de Contas da União - TCU, segundo a qual é obrigatória adjudicação da licitação por item e não por preço global nos certames “para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, cujo objeto seja divisível, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala”¹**.

A pluralidade de medicamentos passíveis de fornecimento individualizado – segundo práticas consolidadas no mercado farmacêutico – não justifica a opção por lotes, afastando-se, de plano, qualquer possível fundamento econômico ou técnico que porventura venha a ser apresentado.

Veja-se: o mercado farmacêutico encontra-se amplamente estruturado para o fornecimento de bens por itens, sem que isso acarrete qualquer prejuízo econômico ou administrativo para o Poder Público. A licitação por lotes, ao contrário, representa um

¹ Conforme disposto pela Súmula nº 247 do TCU: “É obrigatória a admissão da adjudicação por item e não por preço global, nos editais das licitações para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, cujo objeto seja divisível, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequar-se a essa divisibilidade”.

completo desvirtuamento de práticas mercadológicas amplamente empregadas em contratações públicas e privadas.

Acrescente-se que como justificativa para a obrigatoriedade da licitação por itens, o TCU, com precisão, assenta que tem por objetivo **“propiciar a ampla participação de licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequar-se a essa divisibilidade”**.²

É assim que a adjudicação por item e não por preço global passa a ser obrigatória nas licitações cujo objeto seja divisível, para fins de viabilizar **“uma maior participação de licitantes que embora não dispondo de capacidade para o fornecimento da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas.”**³.

Nos termos das Orientações e Jurisprudência do TCU acerca de Licitações e Contratos elaboradas pela própria Corte de Contas⁴:

“Licitação em lotes ou grupos, como se itens fossem, deve ser vista com cautela pelo agente público, porque pode afastar licitantes que não possam habilitar-se a fornecer a totalidade dos itens especificados nos lotes ou grupos, com prejuízo para a Administração.”.

A doutrina também acompanha a orientação consolidada do TCU, na linha das precisas lições de RAFAEL CARVALHO REZENDE DE OLIVEIRA⁵:

“De acordo com o entendimento consagrado na Súmula 247 do TCU, a licitação por item (e não por preço global) deve ser a regra quando o objeto da licitação for divisível.”⁹⁴ A licitação por grupos ou lotes, quando há o agrupamento de diversos itens por grupo ou lote, deve ser utilizada em situações excepcionais, que demonstrem a

² Nos termos da Súmula nº 247 do TCU.

³ TCU, Acórdão nº 122/2014, Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler, Sessão em 29/01/2014.

⁴ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU. – 4. ed. rev., atual. e ampl. – Brasília: TCU, Secretaria-Geral da Presidência: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010, p. 239.

⁵ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Licitações e contratos administrativos: teoria e prática. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 73.

inviabilidade técnica ou econômica da licitação por itens, bem como a ausência de risco à competitividade.⁹⁵”

A excepcionalidade da aquisição de bens por lote em detrimento do julgamento por item, portanto, deve ser acompanhada da respectiva demonstração da inviabilidade técnica e econômica da aquisição ser realizada por item e da ausência de risco à competitividade⁶. A licitação por lote sem o respectivo cumprimento destas exigências caracteriza restrição à competitividade do certame⁷.

O caso concreto revela que o objeto do certame, porquanto claramente divisível, não poderia ter sido agrupado em lotes, em evidente contrariedade às melhores práticas no campo das contratações públicas.

Na verdade, nos termos em que modelado, o certame certamente excluirá licitantes que, em regime de competição ampliada, poderiam apresentar propostas técnica e economicamente mais vantajosas ao Poder Público. O prosseguimento da licitação, sem as modificações necessárias, representa grave risco de dano concorrencial, em claro prejuízo aos cofres públicos.

EVIDENTE RESTRIÇÃO À COMPETITIVIDADE

Na esteira dos que ensina a doutrina⁸, a licitação é um procedimento administrativo disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio, o qual prevê critérios objetivos de seleção de proposta da contratação mais vantajosa, com observância do princípio da isonomia, conduzido por um órgão dotado de competência específica.

Nesse sentido, conforme a matriz constitucional contida no art. 37, inciso XXI, o procedimento licitatório visa a garantir a igualdade de participação entre os licitantes, de

⁶ TCU, Acórdão nº 1879/2015, Plenário, Rel. Min Bruno Dantas, Sessão em 29/07/2015.

⁷ TCU, Acórdão nº 1.913/2013, Plenário, Rel. Min. José Mucio Monteiro, Sessão em 24/07/2013.

⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Editora Fórum, 7ª ed. 2011.

forma que se obtenha a proposta mais vantajosa, o que só se torna possível através de um amplo incentivo à competitividade do certame.

No caso concreto, a adjudicação da licitação por lotes, além de expressamente contrariar a consolidada jurisprudência do TCU e lições basilares da doutrina, traz indevida restrição da competitividade relativamente aos licitantes que estão aptos ao eficiente fornecimento de medicamentos, mas são inviabilizados de participar do procedimento em razão do indevido agrupamento com outros medicamentos.

O **princípio da competitividade** visa a assegurar que o interesse público, materializado na obtenção da melhor proposta, será validamente atendido. A respeito do tema, FLÁVIO AMARAL GARCIA⁹ destaca que:

“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.

Os editais de licitação não podem admitir, prever, incluir ou tolerar cláusulas ou condições que comprometam ou restrinjam o caráter competitivo. Assim, devem ser evitadas cláusulas que se revelem impertinentes ou irrelevantes para o específico objeto do contrato.

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

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

Essa limitação ilegal da competição na licitação pode ocorrer, em tese, por meio da inclusão no edital de cláusulas com exigências que não sejam necessárias para a execução do objeto, ou com especificações técnicas não justificadas, que restrinjam indevidamente o universo de participantes.” (grifamos)

No mesmo sentido MARÇAL JUSTEN FILHO¹⁰ destaca que:

“O ato convocatório da licitação deve estabelecer condições que assegurem a seleção da

⁹ GARCIA, Flávio Amaral. Licitações e Contratos Administrativos: casos e polêmicas. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 86-86.

¹⁰ FILHO, Marçal Justen. Comentário à Lei de Licitações e Contratos Administrativos [livro eletrônico]: Lei 8.666/1993. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. RL-1.2.

proposta mais vantajosa (de acordo com a concepção da vantajosidade adotada), com observância do princípio da isonomia. É essencial que a licitação seja um procedimento orientado por critérios objetivos, sendo ilícita a adoção de cláusulas ou quaisquer práticas que, de modo parcial ou total, restrinjam, afetem ou dificultem ilegitimamente a competição.

A regra do art. 3º, § 1º, I significa que todos os possíveis interessados devem ser admitidos a participar e que a vitória de um deles deve resultar da apresentação da proposta mais vantajosa. **São inválidas condutas ativas ou omissivas adotadas pela Administração Pública, formalmente constantes do ato convocatório ou não, que distorçam a competição. Nenhum licitante pode obter vantagens injustificáveis ou enfrentar desvantagens indevidas na competição.**

Os competidores devem ser tratados com igualdade, o que significa a vedação a benefícios ou encargos reservados a apenas alguns dos licitantes. Mais ainda, não se admitem cláusulas que, previstas para aplicação generalizada, criam efeitos de distorção da competição." (grifamos)

Como não poderia deixar de ser, a jurisprudência do TCU também está consolidada no sentido de que a Administração Pública deve se abster de incluir nos instrumentos convocatórios exigências que possam frustrar o caráter competitivo do certame, considerada a legislação aplicável. Confira-se:

"Abstenha-se de incluir em instrumentos convocatórios exigências não justificadas que restrinjam o caráter competitivo das licitações, em observância ao art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal e em atendimento aos dispositivos legais que vedam cláusulas editalícias restritivas da competitividade, em especial o art. 3º, § 1º, inciso I, o art. 30, § 1º, inciso I, e § 5º, da Lei nº 8.666/1993."

(TCU, Acórdão 1312/2008, Plenário, Rel. Min. Marcos Vinicius Vilaça, Sessão em 02/07/2008)

Nesta toada, para assegurar a obtenção da proposta mais vantajosa, vedam-se exigências desarrazoadas que restrinjam a participação de licitantes. **No presente certame, a adjudicação por lotes instala uma exigência inconstitucional e desarrazoada ao limitar injustificadamente a participação de licitantes, com o claro potencial de elevar os preços ofertados à Administração Pública.**

CONCLUSÃO E PEDIDO

Ante o exposto, o CRISTÁLIA PRODUTOS QUÍMICOS FARMACÊUTICOS LTDA requer que **prontamente alterada a adjudicação por lotes dos itens 1.3, 5.5.2, 8.3 e 13.1 do Edital Pregão Eletrônico nº 039/2023 e itens 3 e 3.1 do seu Termo de Referência, bem como seja prontamente implementada a adjudicação por itens**, considerando, em especial, que **(i)** a adjudicação da licitação por itens é obrigatória nos certames cujo objeto seja divisível, como o fornecimento de medicamento da presente licitação; e **(ii)** representa grave restrição da competitividade, prejudicando a obtenção de propostas mais vantajosas para o Poder Público.

Espera e confia o CRISTÁLIA que a presente impugnação será acolhida, a bem do interesse público, evitando que sejam acionados os **controles externos** necessários para correção da **flagrante ilegalidade**.

Pede deferimento.

São Paulo, 30 de maio de 2023.

CRISTÁLIA PRODUTOS QUÍMICOS FARMACÊUTICOS LTDA.

Representante Legal