

Ilmo. Sr. Pregoeiro do Município de Joinville.

Pregão Eletrônico nº 045/2020

ITEM nº 2 | ITEM nº 4 | ITEM nº 33 | ITEM nº 38 | ITEM nº 86 | ITEM nº 109 | ITEM nº 110

Prohosp Distribuidora de Medicamentos Ltda. (“PROHOSP”), pessoa jurídica de direito privado inscrita no CNPJ/MF sob o nº 04.355.394/0001-51, com endereço em Curitiba (PR), na Rua José Ferreira Barros, nº 89, Bairro Vila Fanny, CEP 81.030.320, por seu representante legal, vem com respeito e acatamento perante Vossa Senhoria para apresentar **recurso**, nos termos dos itens 12.6.1, 12.6.3 e 12.6.4 do Edital.

I. Da ilegalidade na inabilitação da PROHOSP e do dever de realização de diligências

Muito embora tenha ofertado o menor preço na fase própria do certame, a PROHOSP foi inabilitada, nos itens 02, 04, 33, 38, 86, 109 e 110, por decisão assim motivada:

“Proponente apresentou atestados de capacidade técnica sem a comprovação de quantitativo mínimo de 25%, em desconformidade com o item 10.7, alínea ‘j’ do Edital”.

Porém e com todo o respeito, a decisão de inabilitação da PROHOSP há de ser revista sob pena de consumir-se flagrante ilegalidade.

Com respeito, para fins de cumprir com a exigência descrita no item 10.7, alínea “j”, a PROHOSP apresentou 4 (quatro) atestados técnicos, todos hábeis a demonstrar sua capacidade técnica e sua experiência no fornecimento de medicamentos e produtos farmacêuticos.

Além disso, é de conhecimento desta administração pública municipal de que a PROHOSP possui capacidade técnica para o fornecimento dos itens licitados, uma vez que já celebrou contratos com este ente para o fornecimento de medicamentos ao Hospital Municipal.

Assim, de boa fé e confiante na presunção de que os atestados cumpriam a exigência editalícia, a PROHOSP apresentou os atestados para fins de comprovação de sua qualificação técnica, e isso exatamente nos termos do exigido no item 10.7, alínea “j”, do Edital.

Portanto, a inabilitação da PROHOSP pela ausência de atestados nos termos da decisão proferida, torna tal decisão ilegal e contrária à legislação aplicável e às regras editalícias.

Nesse sentido o TCU entende que *“É irregular a inabilitação de licitante em razão de ausência de informação exigida pelo edital, quando a documentação entregue contiver de maneira implícita o elemento supostamente faltante e a Administração não realizar a diligência prevista no art. 43, § 3º, da Lei 8.666/93, por representar formalismo exagerado, com prejuízo à competitividade do certame”*.¹

No caso, o Pregoeiro, antes de inabilitar a PROHOSP, **deveria** ter realizado diligências para confirmar a capacidade técnica da mesma. Isso porque a falta apontada não altera a proposta e os documentos já apresentados.

Ademais, como a PROHOSP apresentou atestados que comprovam a sua habilitação técnica e o Edital permite o envio de documentos complementares² para confirmar os exigidos no Edital, o Pregoeiro **deveria** ter realizado diligências no sentido de pugnar pelo envio de notas fiscais, por exemplo, que apontassem a quantidade de produtos entregues em cada declaração apresentada.

Sobre o assunto, o TCU já decidiu que *“Na condução de licitações, falhas sanáveis, meramente formais, identificadas na documentação das proponentes não devem levar necessariamente à inabilitação ou à desclassificação, cabendo à comissão de licitação promover as diligências destinadas a esclarecer dúvidas ou complementar o processamento do certame (art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993).”*³

¹ TCU. Acórdão 1795/2015-Plenário, j. 22.07.2015.

² Item 25.3.1 do Edital.

³ TCU. Acórdão 3340/2015-Plenário, j. 09.12.2015.

Assim, a inabilitação da PROHOSP sem que antes o Pregoeiro tenha promovido as diligências necessárias é ilegal.

Até mesmo porque, é pacífico o entendimento de que a documentação visando a comprovação da qualificação técnica deve observar o que dispõe o art. 30, da Lei Federal nº 8.666/93, o qual prevê, de forma taxativa, os documentos que podem ser exigidos para esse fim.

O TCU já se manifestou sobre o tema, pacificando seu entendimento em acórdão relatado pelo Ministro **Benjamin Zymler**, afirmando que a exigência de apresentação de atestados de comprovação de capacidade técnica “*acompanhados de cópias das respectivas notas fiscais, afronta o disposto no art. 30 da Lei 8.666/1993.*”⁴

E, nesse mesmo sentido, o Plenário do TCU, quando do julgamento do Acórdão 1385/2016, reiterou o seu entendimento, conforme decisão assim ementada: “*Não há previsão legal, para fins de qualificação técnica, da apresentação de notas fiscais para comprovação dos atestados de capacidade técnica. Contudo, é faculdade da comissão de licitação ou do pregoeiro realizar diligências para verificar a fidedignidade dos documentos apresentados pela licitante.*”⁵

Logo, na medida em que não é lícito à Administração Pública exigir documentos destinados à comprovação da qualificação técnica para além daqueles definidos no art. 30, da Lei nº 8.666/93, inabilitar a PROHOSP pela ausência de apresentação de notas fiscais enseja uma decisão ilegal e desarrazoada, a qual viola a legislação aplicável e, conseqüentemente, direito do licitante.

II. Deveres do Pregoeiro – dever de diligências

Além disso, a inabilitação da PROHOSP também violou o disposto nos itens 11.14, 25.3 e 25.3.1 do Edital, que assim dispõem:

“11.14 - No julgamento das propostas e na fase de habilitação o Pregoeiro poderá sanar erros ou falhas que não alterem a substância das propostas e dos documentos e a sua validade jurídica, mediante despacho fundamentado, registrado em ata e acessível a todos, atribuindo-lhes validade e eficácia para fins de classificação e habilitação.”

⁴ TCU. Acórdão 944/2013-Plenário, j. 17.4.2013.

⁵ TCU. Acórdão 1385/2016-Plenário, j. 01.06.2016

“25.3 - É facultado ao Pregoeiro ou à autoridade superior, em qualquer fase desta licitação, promover diligência destinada a esclarecer ou complementar a instrução do processo.”

“25.3.1 - Havendo a necessidade de envio de documentos complementares, necessários à confirmação daqueles exigidos neste Edital e já apresentados, o proponente será convocado a encaminhá-los, via sistema, sob pena de desclassificação/inabilitação, no prazo mínimo de 2 (duas) horas, conforme estabelecido pelo Pregoeiro no momento da convocação.”

E nem se alegue que o Pregoeiro poderia realizar a diligência, uma vez que não se trata de uma discricionariedade, mas sim de um dever deste realiza-las.

Acerca do dever – e não poder – de diligência no curso da licitação, **Marçal Justen Filho** leciona que *“A realização da diligência não é uma simples “faculdade” da Administração, a ser exercitada segundo juízo de conveniência e oportunidade. A relevância dos interesses envolvidos conduz à configuração da diligência como um poder-dever da autoridade julgadora”*.⁶

No mesmo sentido, confira-se a lição de **Pedro Paulo de Rezende Porto Filho**:

“A licitação não é uma corrida de obstáculos. Todos os atos administrativos têm finalidades que devem ser alcançadas de forma direta ou indireta. Não seria crível que a lei, ao atribuir ao administrador a faculdade de realizar diligências, se satisfizesse com qualquer decisão sua, razoável ou não, e que certa solução fosse acolhida pelo ordenamento jurídico, ainda que não fosse a melhor para atender o interesse público. Nessa linha, promover ou não diligência não é ato de vontade da comissão de licitação, que dependa do humor dos seus integrantes. Eles, no exercício da função pública, têm o dever de perseguir a proposta mais vantajosa e praticar todos os atos necessários para encontrar a que satisfaça o interesse público mais perfeito (no caso, com a maior amplitude possível do universo de licitantes)”.⁷

O STJ já decidiu que *“as diligências para esclarecimento no curso de procedimento licitatório visam a impor segurança jurídica à decisão a ser proferida, em homenagem aos princípios da legalidade, da igualdade, da verdade material e da guarda aos ditames do edital”*.⁸

⁶ Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 17ª ed., Revista dos Tribunais, 2016, p. 949.

⁷ O dever de diligência e o princípio da economicidade no julgamento das propostas comerciais. Revista Zênite de Licitações e Contratos, Curitiba: Zênite, n. 115, p. 777, set.2003.

⁸ MS nº 12.762-DF, Min. **José Delgado**, DJe 16.6.08.

Portanto, à luz dos itens 11.14, 25.3 e 25.3.1 do Edital e do entendimento doutrinário e jurisprudencial, é **dever** do Pregoeiro realizar diligências para esclarecer e comprovar a qualificação técnica da PROHOSP, e sua não realização não pode importar de forma alguma na inabilitação da empresa.

III. Excesso de formalismo

A inabilitação da PROHOSP do certame apenas atentou-se quanto ao aspecto *formal* da exigência contida no item 10.7, alínea "j" do Edital, ignorando por completo as declarações apresentadas.

Sob o ponto de vista *material*, as informações exigidas pelo item supracitado foram adequadamente fornecidas pela PROHOSP, vez que esta apresentou atestados que comprovam a sua qualificação técnica.

A desclassificação da PROHOSP nada mais aponta do que uma adesão a um *formalismo exacerbado*. Referido excesso de apego à *forma*, ignorando o *conteúdo* das declarações apresentadas, tem sido incessantemente combatido pelos Tribunais.

O TCU vem decidindo, reiteradamente, pela adoção do princípio do formalismo moderado e a possibilidade de saneamento de falhas ao longo do procedimento licitatório. Nesse sentido são as seguintes decisões:

“No curso de procedimentos licitatórios, a Administração Pública deve pautar-se pelo princípio do formalismo moderado, que prescreve a adoção de formas simples e suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados, promovendo, assim, a prevalência do conteúdo sobre o formalismo extremo, respeitadas, ainda, as praxes essenciais à proteção das prerrogativas dos administrados”.⁹

“Diante do caso concreto, e a fim de melhor viabilizar a concretização do interesse público, pode o princípio da legalidade estrita ser afastado frente a outros princípios”.¹⁰

“Rigor formal no exame das propostas dos licitantes não pode ser exagerado ou absoluto, sob pena de desclassificação de propostas mais vantajosas, devendo as simples omissões ou

⁹ TCU. acórdão 357/2015-Plenário, j. 4.3.15.

¹⁰ TCU, acórdão 119/2016-Plenário, j. 27.1.16.

*irregularidades na documentação ou na proposta, desde que irrelevantes e não causem prejuízos à Administração ou aos concorrentes, serem sanadas mediante diligências”.*¹¹

Portanto, a inabilitação da PROHOSP por conta de mero detalhe *formal*, que de forma alguma afeta o conteúdo *material* das declarações apresentadas, representa apego excessivo e desnecessário ao formalismo.

V. Vantajosidade da reconsideração da inabilitação da PROHOSP

Por fim, o provimento do recurso com a habilitação da PROHOSP garantirá o êxito do certame sob outro enfoque.

A proposta da PROHOSP nos **itens 2, 109 e 110** é a mais econômica, vez que a empresa ofereceu o menor valor entre os licitantes.

Por sua vez, a proposta da PROHOSP nos **itens 4 e 33** foi a única apresentada, de modo que sua desclassificação importará necessariamente o fracasso do Pregão e indubitavelmente gerará prejuízos materiais com a publicação de novo Edital e a realização de novo certame, para além de postergar o recebimento de medicamentos.

E no que se refere aos **itens 38 e 86**, todas as demais concorrentes já foram desclassificadas. Sendo que a não revisão da inabilitação da PROHOSP tornará o Pregão fracassado também para esses itens.

Portanto, na hipótese de a inabilitação da PROHOSP ser mantida, em razão de fundamentos exclusivamente formalísticos e sem a realização de diligências, a administração estará optando por onerar os cofres públicos e tornar o Pregão deserto.

VI. Conclusão

Por todo o exposto, pede que o presente recurso seja conhecido – porque cabível e tempestivo – e provido, reconsiderando-se a decisão que inabilitou a PROHOSP para que esta seja habilitada e conseqüentemente declarada vencedora dos **itens 2, 4, 33, 38, 86, 109 e 110**.

Respeitosamente,

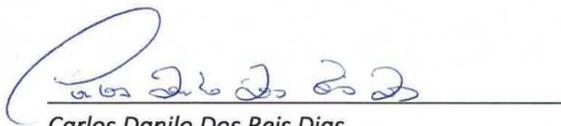
¹¹ TCU. Acórdão 2302/2012-Plenário, j. 29.8.12.

Pede Deferimento.

Curitiba para Joinville, 10 de março de 2020.

Prohosp Distribuidora de Medicamentos Ltda.

CNPJ/MF 04.355.394/0001-51



Carlos Danilo Dos Reis Dias

Analista de licitações

RG: 1.695.685 SSP-DF

CPF: 821.801.721-68

Prohosp Dist. De Medicamentos LTDA.



Ilmo. Sr. Pregoeiro do Município de Joinville.

Pregão Eletrônico nº 045/2020

ITEM nº 65 e ITEM nº 67

Prohosp Distribuidora de Medicamentos Ltda. (“PROHOSP”), pessoa jurídica de direito privado inscrita no CNPJ/MF sob o nº 04.355.394/0001-51, com endereço em Curitiba (PR), na Rua José Ferreira Barros, nº 89, Bairro Vila Fanny, CEP 81.030.320, por seu representante legal, vem com respeito e acatamento perante Vossa Senhoria para apresentar suas **razões de recurso**, conforme intenção manifestada tempestivamente e de acordo com o prazo estipulado do Edital, nos termos dos itens 12.6.1, 12.6.3 e 12.6.4 do Edital.

I. Decisão da Inabilitação da PROHOSP

I.1. Da ilegalidade na inabilitação da PROHOSP e do dever de realização de diligências

Muito embora tenha ofertado o menor preço na fase própria do certame, a PROHOSP foi inabilitada, no item 65, por decisão assim motivada:

“Proponente apresentou atestados de capacidade técnica sem a comprovação de quantitativo mínimo de 25%, em desconformidade com o item 10.7, alínea ‘j’ do Edital”.

Porém e com todo o respeito, a decisão de inabilitação da PROHOSP há de ser revista sob pena de consumir-se flagrante ilegalidade.

Com respeito, visando cumprir com a exigência descrita no item 10.7, alínea “j”, a PROHOSP apresentou 4 (quatro) atestados técnicos, todos hábeis a demonstrar sua capacidade técnica e sua experiência no fornecimento de medicamentos e produtos farmacêuticos.

Além disso, é de conhecimento desta administração pública municipal que a PROHOSP possui capacidade técnica para o fornecimento dos itens licitados, uma vez que já celebrou contratos com este ente para o fornecimento de medicamentos ao Hospital Municipal.

Assim, de boa fé e confiante de que os atestados cumpriam a exigência editalícia, a PROHOSP apresentou os atestados para fins de comprovação de sua qualificação técnica, e isso exatamente nos termos do exigido no item 10.7, alínea “j”, do Edital.

Portanto, a inabilitação da PROHOSP pela ausência de atestados nos termos da decisão proferida, torna tal decisão ilegal e contrária à legislação aplicável e às regras editalícias.

Nesse sentido o TCU entende que *“É irregular a inabilitação de licitante em razão de ausência de informação exigida pelo edital, quando a documentação entregue contiver de maneira implícita o elemento supostamente faltante e a Administração não realizar a diligência prevista no art. 43, § 3º, da Lei 8.666/93, por representar formalismo exagerado, com prejuízo à competitividade do certame”*.¹

No caso, o Pregoeiro, antes de inabilitar a PROHOSP, **deveria** ter realizado diligências para confirmar a capacidade técnica da mesma. Isso porque a falta apontada não altera a proposta e os documentos já apresentados.

Ademais, como a PROHOSP apresentou atestados que comprovam a sua habilitação técnica e o Edital permite o envio de documentos complementares² para confirmar os exigidos no Edital, o Pregoeiro **deveria** ter realizado diligências no sentido de pugnar pelo envio de notas fiscais, por exemplo, que apontassem a quantidade de produtos entregues em cada declaração apresentada.

Sobre o assunto, o TCU já decidiu que *“Na condução de licitações, falhas sanáveis, meramente formais, identificadas na documentação das proponentes não devem levar necessariamente à inabilitação ou à desclassificação, cabendo à comissão de licitação promover as diligências destinadas a esclarecer dúvidas ou complementar o processamento do certame (art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993).”*³

¹ TCU. Acórdão 1795/2015-Plenário, j. 22.07.2015.

² Item 25.3.1 do Edital.

³ TCU. Acórdão 3340/2015-Plenário, j. 09.12.2015.

Assim, a inabilitação da PROHOSP sem que antes o Pregoeiro tenha promovido as diligências necessárias é ilegal.

Até mesmo porque é pacífico o entendimento de que a documentação visando a comprovação da qualificação técnica deve observar o que dispõe o art. 30, da Lei Federal nº 8.666/93, o qual prevê, de forma taxativa, os documentos que podem ser exigidos para esse fim.

O TCU já se manifestou sobre o tema, pacificando seu entendimento em acórdão relatado pelo Ministro **Benjamin Zymler**, afirmando que a exigência de apresentação de atestados de comprovação de capacidade técnica “*acompanhados de cópias das respectivas notas fiscais, afronta o disposto no art. 30 da Lei 8.666/1993*”.⁴

E, nesse mesmo sentido, o Plenário do TCU, quando do julgamento do Acórdão 1385/2016, reiterou o seu entendimento, conforme decisão assim ementada: “*Não há previsão legal, para fins de qualificação técnica, da apresentação de notas fiscais para comprovação dos atestados de capacidade técnica. Contudo, é faculdade da comissão de licitação ou do pregoeiro realizar diligências para verificar a fidedignidade dos documentos apresentados pela licitante*”.⁵

Logo, na medida em que não é lícito à Administração Pública exigir documentos destinados à comprovação da qualificação técnica para além daqueles definidos no art. 30, da Lei nº 8.666/93, inabilitar a PROHOSP pela ausência de apresentação de notas fiscais enseja uma decisão ilegal e desarrazoada, a qual viola a legislação aplicável e, conseqüentemente, direito do licitante.

I.2. Deveres do Pregoeiro – dever de diligências

Além disso, a inabilitação da PROHOSP também violou o disposto nos itens 11.14, 25.3 e 25.3.1 do Edital, que assim dispõem:

“11.14 - No julgamento das propostas e na fase de habilitação o Pregoeiro poderá sanar erros ou falhas que não alterem a substância das propostas e dos documentos e a sua validade jurídica, mediante despacho fundamentado, registrado em ata e acessível a todos, atribuindo-lhes validade e eficácia para fins de classificação e habilitação.”

⁴ TCU. Acórdão 944/2013-Plenário, j. 17.4.2013.

⁵ TCU. Acórdão 1385/2016-Plenário, j. 01.06.2016

“25.3 - É facultado ao Pregoeiro ou à autoridade superior, em qualquer fase desta licitação, promover diligência destinada a esclarecer ou complementar a instrução do processo.”

“25.3.1 - Havendo a necessidade de envio de documentos complementares, necessários à confirmação daqueles exigidos neste Edital e já apresentados, o proponente será convocado a encaminhá-los, via sistema, sob pena de desclassificação/inabilitação, no prazo mínimo de 2 (duas) horas, conforme estabelecido pelo Pregoeiro no momento da convocação.”

E nem se alegue que o Pregoeiro poderia realizar a diligência, uma vez que não se trata de uma discricionariedade, mas sim de um dever deste realizá-las.

Acerca do dever – e não poder – de diligência no curso da licitação, **Marçal Justen Filho** leciona que *“A realização da diligência não é uma simples “faculdade” da Administração, a ser exercitada segundo juízo de conveniência e oportunidade. A relevância dos interesses envolvidos conduz à configuração da diligência como um poder-dever da autoridade julgadora”*.⁶

No mesmo sentido, confira-se a lição de **Pedro Paulo de Rezende Porto Filho**:

“A licitação não é uma corrida de obstáculos. Todos os atos administrativos têm finalidades que devem ser alcançadas de forma direta ou indireta. Não seria crível que a lei, ao atribuir ao administrador a faculdade de realizar diligências, se satisfizesse com qualquer decisão sua, razoável ou não, e que certa solução fosse acolhida pelo ordenamento jurídico, ainda que não fosse a melhor para atender o interesse público. Nessa linha, promover ou não diligência não é ato de vontade da comissão de licitação, que dependa do humor dos seus integrantes. Eles, no exercício da função pública, têm o dever de perseguir a proposta mais vantajosa e praticar todos os atos necessários para encontrar a que satisfaça o interesse público mais perfeito (no caso, com a maior amplitude possível do universo de licitantes)”.⁷

O STJ já decidiu que *“as diligências para esclarecimento no curso de procedimento licitatório visam a impor segurança jurídica à decisão a ser proferida, em homenagem aos princípios da legalidade, da igualdade, da verdade material e da guarda aos ditames do edital”*.⁸

⁶ Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 17ª ed., Revista dos Tribunais, 2016, p. 949.

⁷ O dever de diligência e o princípio da economicidade no julgamento das propostas comerciais. Revista Zênite de Licitações e Contratos, Curitiba, n. 115, p. 777, set. 2003.

⁸ MS nº 12.762-DF, Min. **José Delgado**, DJe 16.6.08.

Portanto, à luz dos itens 11.14, 25.3 e 25.3.1 do Edital e do entendimento doutrinário e jurisprudencial, é **dever** do Pregoeiro realizar diligências para esclarecer e comprovar a qualificação técnica da PROHOSP, e sua não realização não pode importar de forma alguma na inabilitação da empresa.

I.3. Excesso de formalismo

A inabilitação da PROHOSP do certame apenas atentou-se quanto ao aspecto *formal* da exigência contida no item 10.7, alínea "j", do Edital, ignorando por completo as declarações apresentadas.

Sob o ponto de vista *material*, as informações exigidas pelo item supracitado foram adequadamente fornecidas pela PROHOSP, vez que esta apresentou atestados que comprovam a sua qualificação técnica.

A inabilitação da PROHOSP nada mais aponta do que uma adesão a um *formalismo exacerbado*. Referido excesso de apego à *forma*, ignorando o *conteúdo* das declarações apresentadas, tem sido incessantemente combatido pelos Tribunais.

O TCU vem decidindo, reiteradamente, pela adoção do princípio do formalismo moderado e a possibilidade de saneamento de falhas ao longo do procedimento licitatório. Nesse sentido são as seguintes decisões:

“No curso de procedimentos licitatórios, a Administração Pública deve pautar-se pelo princípio do formalismo moderado, que prescreve a adoção de formas simples e suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados, promovendo, assim, a prevalência do conteúdo sobre o formalismo extremo, respeitadas, ainda, as praxes essenciais à proteção das prerrogativas dos administrados”.⁹

“Diante do caso concreto, e a fim de melhor viabilizar a concretização do interesse público, pode o princípio da legalidade estrita ser afastado frente a outros princípios”.¹⁰

“Rigor formal no exame das propostas dos licitantes não pode ser exagerado ou absoluto, sob pena de desclassificação de propostas mais vantajosas, devendo as simples omissões ou

⁹ TCU. acórdão 357/2015-Plenário, j. 4.3.15.

¹⁰ TCU, acórdão 119/2016-Plenário, j. 27.1.16.

*irregularidades na documentação ou na proposta, desde que irrelevantes e não causem prejuízos à Administração ou aos concorrentes, serem sanadas mediante diligências”.*¹¹

Portanto, a inabilitação da PROHOSP por conta de mero detalhe *formal*, que de forma alguma afeta o conteúdo *material* das declarações apresentadas, representa apego excessivo e desnecessário ao formalismo.

I.4. Vantajosidade da reconsideração da inabilitação da PROHOSP

Com efeito, o provimento do recurso com a habilitação da PROHOSP garantirá o êxito do certame sob outro enfoque.

Sob o ângulo da economicidade, portanto, é inegável que a proposta da PROHOSP no item 65 é a mais vantajosa, do ponto de vista do preço, vez que a empresa ofereceu o menor valor entre os licitantes.

Portanto, na hipótese de a inabilitação da PROHOSP ser mantida, em razão de fundamentos exclusivamente formalísticos e sem a realização de diligências, a administração estará optando por onerar os cofres públicos. Além disso, estará escolhendo também produto que não é de referência, optando por produto similar, o que inclusive não é permitido pela legislação aplicável – conforme será demonstrado no capítulo a seguir.

II. Da decisão de classificação de concorrente para o item 65 e 67

Ato seguinte à inabilitação da PROHOSP – a qual merece ser revista, conforme demonstrado de forma exaustiva neste recurso –, a empresa Multifarma Comercial Ltda. foi habilitada e declarada vencedora no certame. Contudo, trata-se de proposta que não atende aos termos do Edital e da legislação aplicável, ensejando sua imediata desclassificação.

O Edital prevê em seu item 11.9, alínea “c”, que serão desclassificadas as propostas “*que conflitem com a legislação em vigor*”. E, nesse mesmo sentido, dispôs o Termo de Referência ao estabelecer, em seu item 8, subitem 1, que “*a contratada deverá cumprir a legislação vigente, bem como observar o Manual de Boas Práticas de Distribuição de Medicamentos*”.

¹¹ TCU. Acórdão 2302/2012-Plenário, j. 29.8.12.

Pois bem.

O medicamento ENOXAPARINA, objeto do presente item, por se tratar de um medicamento biológico, **não** poderá ser aceito o seu similar ou genérico, nos termos do que dispõe a Resolução RDC 17/2007.¹²

Ocorre que, como se pode observar, a proposta oferecida pelo licitante Multifarma Comercial Ltda. para o item 65 (ENOXAPARINA) refere-se a produto similar – Marca Cutenox.

Cumpra-se observar que os medicamentos biológicos são aqueles medicamentos cujo princípio ativo é sintetizado a partir de um sistema biológico. A particularidade dessa classe de medicamentos advém do fato de que sua atividade terapêutica e segurança estão diretamente relacionados com a origem biológica do ativo. Ou seja, é o processo de síntese que definirá a eficiência e segurança do medicamento e não o princípio ativo considerado isoladamente.

Devido à alta complexidade da molécula da ENOXAPARINA, a garantia de qualidade no processo de sua produção é, portanto, apenas mais uma das exigências que se pode fazer na intenção de assegurar sua eficácia clínica. E, por se tratar de medicamento biológico, não é passível de bioequivalência ou biodisponibilidade (por isso da exigência do art. 18, da Resolução RDC 55/2010).¹³

Destaque-se, que dentre todos os licitantes para o item 65, a única empresa que ofereceu a marca **referência** (Clexane) foi a PROHOSP. Além do mais a PROHOSP também ofertou o melhor lance para o produto.

Assim, em caso de manutenção da desclassificação da PROHOSP o item 65 deverá ser declarado deserto, visto que nenhuma das licitantes atende com o Edital.

Logo, também neste ponto, impõe-se o provimento do presente recurso administrativo, para que a empresa Multifarma Comercial Ltda. habilitada e conseqüentemente classificada no item 65 seja desclassificada por descumprimento das exigências e condições acima indicadas e estabelecidas no Edital e na legislação aplicável.

¹² “Dispõe sobre o registro de Medicamentos Similares e dá outras providências”.

¹³ “Todas as atividades terapêuticas solicitadas no registro para o produto biológico novo ou produto biológico, devem estar documentalmente demonstradas nos relatórios dos estudos clínicos apensados ao dossiê do registro do produto, conforme estabelecido nesta Resolução.”

III. Conclusão

Por todo o exposto, pede que o presente recurso seja conhecido – porque cabível e tempestivo – e provido, reconsiderando-se a decisão que inabilitou a PROHOSP para que esta seja habilitada e conseqüentemente declarada vencedora do item 65 e 67

E, caso não seja este o entendimento – o que não se presume, com o máximo respeito, a PROHOSP pede seja o presente recurso conhecido e provido, com a inabilitação/desclassificação da empresa Multifarma Comercial Ltda. declarada vencedora no item em questão e conseqüentemente declare deserto o item 65, tendo em vista o desatendimento às exigências do Edital por todos os licitantes, conforme acima descrito.

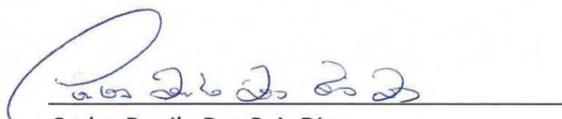
Respeitosamente,

Pede Deferimento.

De Curitiba para Joinville, 10 de março de 2020.

Prohosp Distribuidora de Medicamentos Ltda.

CNPJ/MF 04.355.394/0001-51



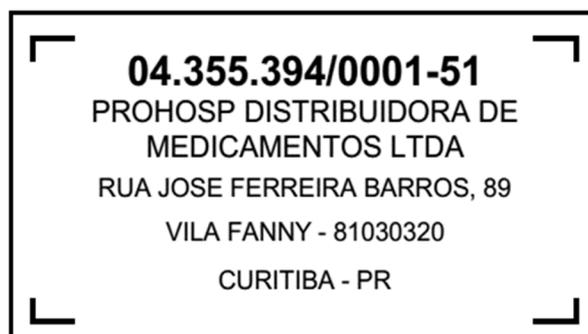
Carlos Danilo Dos Reis Dias

Analista de licitações

RG: 1.695.685 SSP-DF

CPF: 821.801.721-68

Prohosp Dist. De Medicamentos LTDA.



Ilmo. Sr. Pregoeiro do Município de Joinville.

Pregão Eletrônico nº 045/2020

ITEM nº 66

Prohosp Distribuidora de Medicamentos Ltda. (“PROHOSP”), pessoa jurídica de direito privado inscrita no CNPJ/MF sob o nº 04.355.394/0001-51, com endereço em Curitiba (PR), na Rua José Ferreira Barros, nº 89, Bairro Vila Fanny, CEP 81.030.320, por seu representante legal, vem com respeito e acatamento perante Vossa Senhoria para apresentar suas **razões de recurso**, conforme intenção manifestada tempestivamente e de acordo com o prazo estipulado do Edital, nos termos dos itens 12.6.1, 12.6.3 e 12.6.4 do Edital.

I. Decisão da Inabilitação da PROHOSP

I.1. Da ilegalidade na inabilitação da PROHOSP e do dever de realização de diligências

Muito embora tenha ofertado o menor preço na fase própria do certame, a PROHOSP foi inabilitada, no item 66, por decisão assim motivada:

“Proponente apresentou atestados de capacidade técnica sem a comprovação de quantitativo mínimo de 25%, em desconformidade com o item 10.7, alínea ‘j’ do Edital”.

Porém e com todo o respeito, a decisão de inabilitação da PROHOSP há de ser revista sob pena de consumir-se flagrante ilegalidade.

Com respeito, visando cumprir com a exigência descrita no item 10.7, alínea “j”, a PROHOSP apresentou 4 (quatro) atestados técnicos, todos hábeis a demonstrar sua capacidade técnica e sua experiência no fornecimento de medicamentos e produtos farmacêuticos.

Além disso, é de conhecimento desta administração pública municipal que a PROHOSP possui capacidade técnica para o fornecimento dos itens licitados, uma vez que já celebrou contratos com este ente para o fornecimento de medicamentos ao Hospital Municipal.

Assim, de boa fé e confiante de que os atestados cumpriam a exigência editalícia, a PROHOSP apresentou os atestados para fins de comprovação de sua qualificação técnica, e isso exatamente nos termos do exigido no item 10.7, alínea “j”, do Edital.

Portanto, a inabilitação da PROHOSP pela ausência de atestados nos termos da decisão proferida, torna tal decisão ilegal e contrária à legislação aplicável e às regras editalícias.

Nesse sentido o TCU entende que *“É irregular a inabilitação de licitante em razão de ausência de informação exigida pelo edital, quando a documentação entregue contiver de maneira implícita o elemento supostamente faltante e a Administração não realizar a diligência prevista no art. 43, § 3º, da Lei 8.666/93, por representar formalismo exagerado, com prejuízo à competitividade do certame”*.¹

No caso, o Pregoeiro, antes de inabilitar a PROHOSP, **deveria** ter realizado diligências para confirmar a capacidade técnica da mesma. Isso porque a falta apontada não altera a proposta e os documentos já apresentados.

Ademais, como a PROHOSP apresentou atestados que comprovam a sua habilitação técnica e o Edital permite o envio de documentos complementares² para confirmar os exigidos no Edital, o Pregoeiro **deveria** ter realizado diligências no sentido de pugnar pelo envio de notas fiscais, por exemplo, que apontassem a quantidade de produtos entregues em cada declaração apresentada.

Sobre o assunto, o TCU já decidiu que *“Na condução de licitações, falhas sanáveis, meramente formais, identificadas na documentação das proponentes não devem levar necessariamente à inabilitação ou à desclassificação, cabendo à comissão de licitação promover as diligências destinadas a esclarecer dúvidas ou complementar o processamento do certame (art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993).”*³

¹ TCU. Acórdão 1795/2015-Plenário, j. 22.07.2015.

² Item 25.3.1 do Edital.

³ TCU. Acórdão 3340/2015-Plenário, j. 09.12.2015.

Assim, a inabilitação da PROHOSP sem que antes o Pregoeiro tenha promovido as diligências necessárias é ilegal.

Até mesmo porque é pacífico o entendimento de que a documentação visando a comprovação da qualificação técnica deve observar o que dispõe o art. 30, da Lei Federal nº 8.666/93, o qual prevê, de forma taxativa, os documentos que podem ser exigidos para esse fim.

O TCU já se manifestou sobre o tema, pacificando seu entendimento em acórdão relatado pelo Ministro **Benjamin Zymler**, afirmando que a exigência de apresentação de atestados de comprovação de capacidade técnica “*acompanhados de cópias das respectivas notas fiscais, afronta o disposto no art. 30 da Lei 8.666/1993*”.⁴

E, nesse mesmo sentido, o Plenário do TCU, quando do julgamento do Acórdão 1385/2016, reiterou o seu entendimento, conforme decisão assim ementada: “*Não há previsão legal, para fins de qualificação técnica, da apresentação de notas fiscais para comprovação dos atestados de capacidade técnica. Contudo, é faculdade da comissão de licitação ou do pregoeiro realizar diligências para verificar a fidedignidade dos documentos apresentados pela licitante*”.⁵

Logo, na medida em que não é lícito à Administração Pública exigir documentos destinados à comprovação da qualificação técnica para além daqueles definidos no art. 30, da Lei nº 8.666/93, inabilitar a PROHOSP pela ausência de apresentação de notas fiscais enseja uma decisão ilegal e desarrazoada, a qual viola a legislação aplicável e, conseqüentemente, direito do licitante.

I.2. Deveres do Pregoeiro – dever de diligências

Além disso, a inabilitação da PROHOSP também violou o disposto nos itens 11.14, 25.3 e 25.3.1 do Edital, que assim dispõem:

“11.14 - No julgamento das propostas e na fase de habilitação o Pregoeiro poderá sanar erros ou falhas que não alterem a substância das propostas e dos documentos e a sua validade jurídica, mediante despacho fundamentado, registrado em ata e acessível a todos, atribuindo-lhes validade e eficácia para fins de classificação e habilitação.”

⁴ TCU. Acórdão 944/2013-Plenário, j. 17.4.2013.

⁵ TCU. Acórdão 1385/2016-Plenário, j. 01.06.2016

“25.3 - É facultado ao Pregoeiro ou à autoridade superior, em qualquer fase desta licitação, promover diligência destinada a esclarecer ou complementar a instrução do processo.”

“25.3.1 - Havendo a necessidade de envio de documentos complementares, necessários à confirmação daqueles exigidos neste Edital e já apresentados, o proponente será convocado a encaminhá-los, via sistema, sob pena de desclassificação/inabilitação, no prazo mínimo de 2 (duas) horas, conforme estabelecido pelo Pregoeiro no momento da convocação.”

E nem se alegue que o Pregoeiro poderia realizar a diligência, uma vez que não se trata de uma discricionariedade, mas sim de um dever deste realizá-las.

Acerca do dever – e não poder – de diligência no curso da licitação, **Marçal Justen Filho** leciona que *“A realização da diligência não é uma simples “faculdade” da Administração, a ser exercitada segundo juízo de conveniência e oportunidade. A relevância dos interesses envolvidos conduz à configuração da diligência como um poder-dever da autoridade julgadora”*.⁶

No mesmo sentido, confira-se a lição de **Pedro Paulo de Rezende Porto Filho**:

“A licitação não é uma corrida de obstáculos. Todos os atos administrativos têm finalidades que devem ser alcançadas de forma direta ou indireta. Não seria crível que a lei, ao atribuir ao administrador a faculdade de realizar diligências, se satisfizesse com qualquer decisão sua, razoável ou não, e que certa solução fosse acolhida pelo ordenamento jurídico, ainda que não fosse a melhor para atender o interesse público. Nessa linha, promover ou não diligência não é ato de vontade da comissão de licitação, que dependa do humor dos seus integrantes. Eles, no exercício da função pública, têm o dever de perseguir a proposta mais vantajosa e praticar todos os atos necessários para encontrar a que satisfaça o interesse público mais perfeito (no caso, com a maior amplitude possível do universo de licitantes)”.⁷

O STJ já decidiu que *“as diligências para esclarecimento no curso de procedimento licitatório visam a impor segurança jurídica à decisão a ser proferida, em homenagem aos princípios da legalidade, da igualdade, da verdade material e da guarda aos ditames do edital”*.⁸

⁶ Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 17ª ed., Revista dos Tribunais, 2016, p. 949.

⁷ O dever de diligência e o princípio da economicidade no julgamento das propostas comerciais. Revista Zênite de Licitações e Contratos, Curitiba, n. 115, p. 777, set. 2003.

⁸ MS nº 12.762-DF, Min. **José Delgado**, DJe 16.6.08.

Portanto, à luz dos itens 11.14, 25.3 e 25.3.1 do Edital e do entendimento doutrinário e jurisprudencial, é **dever** do Pregoeiro realizar diligências para esclarecer e comprovar a qualificação técnica da PROHOSP, e sua não realização não pode importar de forma alguma na inabilitação da empresa.

I.3. Excesso de formalismo

A inabilitação da PROHOSP do certame apenas atentou-se quanto ao aspecto *formal* da exigência contida no item 10.7, alínea "j", do Edital, ignorando por completo as declarações apresentadas.

Sob o ponto de vista *material*, as informações exigidas pelo item supracitado foram adequadamente fornecidas pela PROHOSP, vez que esta apresentou atestados que comprovam a sua qualificação técnica.

A inabilitação da PROHOSP nada mais aponta do que uma adesão a um *formalismo exacerbado*. Referido excesso de apego à *forma*, ignorando o *conteúdo* das declarações apresentadas, tem sido incessantemente combatido pelos Tribunais.

O TCU vem decidindo, reiteradamente, pela adoção do princípio do formalismo moderado e a possibilidade de saneamento de falhas ao longo do procedimento licitatório. Nesse sentido são as seguintes decisões:

“No curso de procedimentos licitatórios, a Administração Pública deve pautar-se pelo princípio do formalismo moderado, que prescreve a adoção de formas simples e suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados, promovendo, assim, a prevalência do conteúdo sobre o formalismo extremo, respeitadas, ainda, as praxes essenciais à proteção das prerrogativas dos administrados”.⁹

“Diante do caso concreto, e a fim de melhor viabilizar a concretização do interesse público, pode o princípio da legalidade estrita ser afastado frente a outros princípios”.¹⁰

“Rigor formal no exame das propostas dos licitantes não pode ser exagerado ou absoluto, sob pena de desclassificação de propostas mais vantajosas, devendo as simples omissões ou

⁹ TCU. acórdão 357/2015-Plenário, j. 4.3.15.

¹⁰ TCU, acórdão 119/2016-Plenário, j. 27.1.16.

*irregularidades na documentação ou na proposta, desde que irrelevantes e não causem prejuízos à Administração ou aos concorrentes, serem sanadas mediante diligências”.*¹¹

Portanto, a inabilitação da PROHOSP por conta de mero detalhe *formal*, que de forma alguma afeta o conteúdo *material* das declarações apresentadas, representa apego excessivo e desnecessário ao formalismo.

I.4. Vantajosidade da reconsideração da inabilitação da PROHOSP

Com efeito, o provimento do recurso com a habilitação da PROHOSP garantirá o êxito do certame sob outro enfoque.

Sob o ângulo da economicidade, portanto, é inegável que a proposta da PROHOSP no item 66 é a mais vantajosa, do ponto de vista do preço, vez que a empresa ofereceu o menor valor entre os licitantes.

Portanto, na hipótese de a inabilitação da PROHOSP ser mantida, em razão de fundamentos exclusivamente formalísticos e sem a realização de diligências, a administração estará optando por onerar os cofres públicos. Além disso, estará escolhendo também produto que não é de referência, optando por produto similar, o que inclusive não é permitido pela legislação aplicável – conforme será demonstrado no capítulo a seguir.

II. Da decisão de classificação de concorrente para o item 66

Ato seguinte à inabilitação da PROHOSP – a qual merece ser revista, conforme demonstrado de forma exaustiva neste recurso –, a empresa foi habilitada e declarada vencedora no certame. Contudo, trata-se de proposta que não atende aos termos do Edital e da legislação aplicável, ensejando sua imediata desclassificação.

O Edital prevê em seu item 11.9, alínea “c”, que serão desclassificadas as propostas “*que conflitem com a legislação em vigor*”. E, nesse mesmo sentido, dispôs o Termo de Referência ao estabelecer, em seu item 8, subitem 1, que “*a contratada deverá cumprir a legislação vigente, bem como observar o Manual de Boas Práticas de Distribuição de Medicamentos*”.

¹¹ TCU. Acórdão 2302/2012-Plenário, j. 29.8.12.

Pois bem.

O medicamento ENOXAPARINA, objeto do presente item, por se tratar de um medicamento biológico, **não** poderá ser aceito o seu similar ou genérico, nos termos do que dispõe a Resolução RDC 17/2007.¹²

Ocorre que, como se pode observar, a proposta oferecida pelo licitante para o item 66 (ENOXAPARINA).

Cumpra-se observar que os medicamentos biológicos são aqueles medicamentos cujo princípio ativo é sintetizado a partir de um sistema biológico. A particularidade dessa classe de medicamentos advém do fato de que sua atividade terapêutica e segurança estão diretamente relacionados com a origem biológica do ativo. Ou seja, é o processo de síntese que definirá a eficiência e segurança do medicamento e não o princípio ativo considerado isoladamente.

Devido à alta complexidade da molécula da ENOXAPARINA, a garantia de qualidade no processo de sua produção é, portanto, apenas mais uma das exigências que se pode fazer na intenção de assegurar sua eficácia clínica. E, por se tratar de medicamento biológico, não é passível de bioequivalência ou biodisponibilidade (por isso da exigência do art. 18, da Resolução RDC 55/2010).¹³

Destaque-se, que dentre todos os licitantes para o item 66, a única empresa que ofereceu a marca **referência** (Clexane) foi a PROHOSP. Além do mais a PROHOSP também ofertou o melhor lance para o produto.

Assim, em caso de manutenção da desclassificação da PROHOSP o item 66 deverá ser declarado deserto, visto que nenhuma das licitantes atende com o Edital.

Logo, também neste ponto, impõe-se o provimento do presente recurso administrativo, para que a empresa habilitada e conseqüentemente classificada no item 66 seja desclassificada por descumprimento das exigências e condições acima indicadas e estabelecidas no Edital e na legislação aplicável.

¹² “Dispõe sobre o registro de Medicamentos Similares e dá outras providências”.

¹³ “Todas as atividades terapêuticas solicitadas no registro para o produto biológico novo ou produto biológico, devem estar documentalmente demonstradas nos relatórios dos estudos clínicos apensados ao dossiê do registro do produto, conforme estabelecido nesta Resolução.”

III. Conclusão

Por todo o exposto, pede que o presente recurso seja conhecido – porque cabível e tempestivo – e provido, reconsiderando-se a decisão que inabilitou a PROHOSP para que esta seja habilitada e consequentemente declarada vencedora do **item 66**.

E, caso não seja este o entendimento – o que não se presume, com o máximo respeito, a PROHOSP pede seja o presente recurso conhecido e provido, com a inabilitação/desclassificação e seja declarada vencedora no item em questão e consequentemente declare deserto o item 66, tendo em vista o desatendimento às exigências do Edital por todos os licitantes, conforme acima descrito.

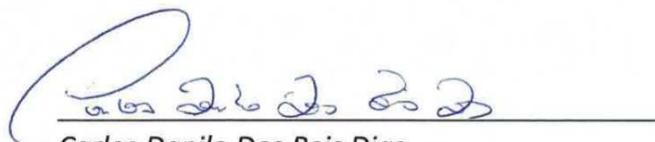
Respeitosamente,

Pede Deferimento.

De Curitiba para Joinville, 18 de março de 2020.

Prohosp Distribuidora de Medicamentos Ltda.

CNPJ/MF 04.355.394/0001-51



Carlos Danilo Dos Reis Dias

Analista de licitações

RG: 1.695.685 SSP-DF

CPF: 821.801.721-68

Prohosp Dist. De Medicamentos LTDA.