

■ Visualização de Recursos, Contrarrazões e Decisões

RECURSO :

À SENHORA PREGOEIRA ELIZA SOUZA MACHADO E À EQUIPE DE APOIO DO MUNICÍPIO DE NOVA FRIBURGO/RJ

Processo Administrativo nº 11384/2023
Pregão Eletrônico nº 165/2023

ABBOTT LABORATÓRIOS DO BRASIL LTDA. ("Abbott"), sociedade empresária de responsabilidade limitada, inscrita no CNPJ sob o nº 56.998.701/0034-84, com filial em Rua Vereador Germano Luiz Vieira, nº 500, Arm 3.PT.BPMI.SB.P.3S Itaipava – 88316701, Itajaí/SC, vem, com fulcro no artigo 4º, XVIII, da Lei 10.520/2002 ("Lei do Pregão"), e Item 22 do Edital, apresentar RECURSO contra a r. decisão da Sra. Pregoeira e Equipe de Apoio que habilitou a licitante DROGARIAS SERRANA2 DE MACUCO LTDA para os Itens 1 e 2 do Pregão em desacordo com o Edital.

I – TEMPESTIVIDADE

1. Segundo o item 22.2 do Edital do Pregão ("Edital"), será concedido o prazo de 3 (três) dias úteis para encaminhamento das razões do recurso por meio do sistema eletrônico. Considerando que a Abbott apresentou intenção de recorrer em 14.09.2023, e que essa intenção foi aceita em 15.09.2023, o prazo para apresentação das razões iniciou-se no dia útil seguinte, dia 18.09.2023, e se encerra em 20.09.2023, conforme indicado na Ata da Sessão, de forma que o presente recurso é apresentado tempestivamente.

II – RETROSPECTIVA DO CERTAME

2. A Abbott, ora Recorrente, participa do Pregão Eletrônico nº 165/2023 do Município de Nova Friburgo/RJ para aquisição de leitores (Item 1) e sensores (Item 2) para monitoramento de glicose, visando suprir as necessidades da Subsecretaria de Atenção Básica – em conjunto, "Itens".

3. A empresa DROGARIAS SERRANA2 DE MACUCO LTDA ("Drogarias Serrana"), ora Recorrida, apresentou o melhor lance para os Itens no dia 14.09.2023, conforme a Ata da Sessão Pública, sendo posteriormente habilitada. Em sua proposta, a Recorrida ofertou produtos da marca FreeStyle Libre, que são fabricados pela Abbott ("Produtos").

4. Conforme a Abbott passa a demonstrar, a r. decisão de habilitação da Drogarias Serrana deve ser anulada e a empresa deve ser inabilitada, pois não cumpre as exigências do Edital em relação à qualificação técnica. Nesse sentido, a Abbott, enquanto fabricante dos Produtos, não tem ciência sobre a forma como a Drogarias Serrana adquiriu os Produtos e, por isso, não pode atestar sua procedência e segurança. Além disso, há importantes indícios de que a proposta da Drogarias Serrana é inexequível.

III – RAZÕES RECURSAIS

I – Descumprimento dos requisitos de qualificação técnica (itens 21.1, 21.3)

5. A Drogarias Serrana não apresentou "Cópia da Licença Sanitária Estadual ou Municipal, para a atividade desenvolvida pela empresa", exigida pelo item 21.3 do Edital.

6. Além de desatender o Edital, a não apresentação da cópia de licença sanitária traz riscos relevantes de saúde pública aos pacientes do Município que receberão os Itens, considerando que a licença sanitária assegura que o estabelecimento segue práticas adequadas de higiene e segurança, o que ajuda a prevenir a propagação de doenças, e é fiscalizado nesse sentido. Ora, sem uma licença sanitária, não é possível averiguar se a Recorrida atende aos padrões de higiene e segurança locais.

7. A Recorrida não apresentou atestados de capacidade técnica que atendessem ao item 21.1 do Edital, visto que os documentos apresentados não indicam claramente "a execução de objeto compatível ou com complexidade superior ao especificado no TERMO DE REFERÊNCIA – ANEXO I deste Edital, com clara menção do produto e execução bem-sucedida, quanto ao cumprimento de prazos, especificações e qualidade dos mesmos. A documentação apresentada deverá conter informações que permitam contatar a empresa atestante para fins de aferição".

8. Dois dos atestados de capacidade técnica apresentados fazem referência a produtos que não são "compatíveis" ou de "complexidade superior" aos Itens. Em realidade, os atestados referem-se a "medicamentos" e fraldas, o que impede a aceitação desses como comprovante de capacidade técnica para o objeto licitado: fornecimento de leitores e sensores para monitoramento de glicose.

9. Os Itens são Equipamentos Médicos, definidos como "todos os equipamentos de uso em saúde com finalidade médica, odontológica, laboratorial ou fisioterápica, utilizados direta ou indiretamente para diagnóstico, terapia, reabilitação ou monitorização de seres humanos e, ainda, os com finalidade de embelezamento e estética" – conforme site da Anvisa.

10. Evidente, portanto, que os Itens não se confundem com “medicamentos” (muito menos com “fraldas”), de modo que os atestados de capacidade técnica apresentados são irrelevantes para o objeto licitado. Ademais, o atestado emitido pela Prefeitura de Quissamã não possui informações que permitam o contato com esse órgão, impedindo eventual diligência.

11. Destaque-se, ainda, que os Itens são classificados como Equipamentos Médicos de Classe III (conforme registros na Anvisa), o que significa que eles possuem “alto risco ao indivíduo e ou médio risco à saúde pública”. Justamente por terem “alto risco”, é fundamental que a empresa a ser contratada pelo Município de Nova Friburgo atenda inteiramente os requisitos de qualificação técnica do Edital.

12. Tampouco deve ser aceito como comprovante de capacidade técnica o atestado que comprova o fornecimento de “Tiras Oncall Plus” e “Aparelho Medidor Oncall Plus”, visto que esses produtos não são “compatíveis” ou de “complexidade superior” aos Produtos, tratando-se de produto distintos, ainda que também sirvam para a medição glicêmica.

13. Assim, como nenhum dos atestados apresentados pela Drogarias Serrana atende devidamente ao item 21.1, a empresa não atendeu a essa exigência de qualificação técnica, o que deve ser avaliado pela Sra. Pregoeira e Equipe de Apoio. Destaca-se que a ausência de comprovação de capacidade técnica traz risco ao Município de a empresa presentemente habilitada, caso contratada, possa não cumprir satisfatoriamente suas obrigações contratuais.

14. Conforme visto, a Recorrida (i) não apresentou licença sanitária estadual ou municipal, exigido no item 21.3 e (ii) não apresentou atestados de capacidade técnica de acordo com o item 21.1. Dessa forma, a Recorrida não atende aos critérios de qualificação técnica exigidos pelo Edital, o que deve levar à sua inabilitação.

II – A fabricante dos Produtos desconhece a procedência dos equipamentos ofertados pela Recorrida

15. A Abbott, fabricante dos Produtos ofertados pela empresa Recorrida, estabelece contratos comerciais com empresas as autorizando a atuar como distribuidores ou como representantes comerciais da marca FreeStyle Libre (“Marca”), inclusive em licitações públicas, conforme os arts. 710 e seguintes do Código Civil.

16. Apesar de a Recorrida ofertar os Produtos fabricados pela Abbott, a Abbott não possui qualquer relação comercial com a Drogaria Serrana e desconhece por completo a procedência dos Produtos que seriam fornecidos, de modo que não garante ou atesta sua procedência.

17. Nesse contexto, a eventual contratação da Recorrida pode resultar na aquisição de Produtos que não cumprem as especificações técnicas esperadas dos Produtos da Marca e não atendem ao rígido controle de qualidade instituído pela Abbott na distribuição dos Produtos no mercado.

18. Um exemplo da importância de se garantir que a empresa fornecedora dos Produtos siga integralmente o rígido controle de qualidade instituído pela Abbott consiste na necessidade de conservação do Sensor FreeStyle Libre em temperatura entre 4°C e 25°C, e em umidade de 10 a 90%, sob risco de sua inutilização ou de medições imprecisas. Considerando que a Recorrida não está sob fiscalização da Abbott por força contratual, não é possível à fabricante impor tais condições de conservação, acondicionamento e transporte dos Produtos, e, muito menos, se responsabilizar por eventuais irregularidades.

19. Vê-se que, além de a procedência dos Produtos ser desconhecida – inexistindo até mesmo garantias de que se trata de itens verdadeiramente fabricados pela Abbott –, tampouco as condições mínimas de higiene, conservação, acondicionamento e transporte que assegurem a integridade e a segurança dos Produtos podem ser devidamente atestadas por este nobre Município no caso de fornecimento por empresa não autorizada pela Abbott.

20. Com isso, a Administração Pública incorre no risco de aquisição de Produtos cuja qualidade, integridade e segurança não sigam o rígido controle de qualidade instituído pela Abbott na distribuição dos Produtos no mercado, o que, por via reflexa, ocasiona graves riscos à saúde pública.

21. Tais riscos são corroborados pelo fato de a Recorrida não ter apresentado cópia de licença sanitária, e não ter apresentado atestados de capacidade técnica compatíveis com o objeto licitado. Ademais, ressalte-se que os Produtos são classificados pela Anvisa como de “alto risco ao indivíduo e ou médio risco à saúde pública” – agravando ainda mais o fato de os Produtos terem origem desconhecida.

22. Cumpre ressaltar que os Produtos são utilizados para a medição de glicemia de pacientes com diagnóstico de diabetes, de modo que a garantia de precisão da medição é imprescindível para assegurar o tratamento correto dos pacientes. A partir de eventuais resultados de Produtos de procedência e qualidade desconhecidas que sejam inconsistentes com o quadro clínico real, os pacientes correrão o risco de administrar quantidades inadequadas de insulina, o que pode ocasionar graves consequências para a saúde e, inclusive, levar os pacientes a óbito.

23. Nesse contexto, eventual aquisição dos Produtos com providência desconhecida violaria os princípios da legalidade e da probidade administrativa, e também violaria os princípios da eficiência e da seleção da melhor proposta, que exigem que as aquisições públicas satisfaçam as necessidades da Administração Pública adequadamente e ao menor custo ao erário.

24. No caso em tela, considerando que a Recorrida não apresentou documentos que comprovem a qualidade, a integridade e a segurança de Produtos oferecidos, eventual contratação da empresa pode não satisfazer as necessidades deste Município.

25. Diante do desconhecimento por parte da Abbott da procedência dos Produtos ofertados pela Recorrida, considerando ser a Abbott a fabricante deles, e diante da inexistência de documentos que comprovem a qualidade, integridade e a segurança de Produtos, a Drogarias Serrana deve ser inabilitada do certame.

26. Caso esta nobre Comissão de Licitação entenda de maneira diferente, deve-se, no mínimo, realizar diligência

para que a Recorrida possa comprovar que a procedência de seus Produtos é lícita e regular, inclusive fiscalmente. Para tal, a Recorrida deve apresentar documentos como nota fiscal de compra que identifique o distribuidor autorizado e comprove que os Produtos foram adquiridos lícitamente, obedecendo todas as exigências fiscais e sanitárias.

III – A Recorrida não possui Autorização de Funcionamento de distribuição

27. Outro ponto que merece ser avaliado pela Sra. Pregoeira e Equipe de Apoio é quanto à irregularidade da venda por parte da Recorrida para outra pessoa jurídica (caso deste Município), caracterizando-se, portanto, como uma distribuidora, visto que a venda não é destinada ao consumidor final.

28. Explica-se: conforme observa-se nos documentos apresentados pela Drogarias Serrana (Inscrição nas Fazendas Municipal, Estadual e Federal; Alteração Contratual), a empresa possui descrição da atividade econômica de comerciante varejista: “4771701 – COMÉRCIO VAREJISTA DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS, SEM MANIPULAÇÃO DE FÓRMULAS” e “4772500 – COMÉRCIO VAREJISTA DE COSMÉTICOS, PRODUTOS DE PERFUMARIA E DE HIGIENE PESSOAL”.

29. Ou seja, a Recorrida não possui em seu objeto social e inscrição de atividade econômica CNAE a atividade de distribuição ou venda para atacado.

30. Considerando que a Recorrida não possui autorização para a atividade de distribuição, a empresa apresentou “Autorização de Farmácia/Drogaria”, que não se confunde com a Autorização de Funcionamento para Distribuidora de Produtos para Saúde.

31. A concessão da Autorização de Funcionamento (“AFE”) de Farmácia/Drogaria que a Recorrida apresentou é regulada pela Resolução da Diretoria Colegiada - RDC nº 275/2019, que não compreende a atividade de distribuição.

32. A concessão da AFE para atividade de distribuição é regulada por outra RDC, a Resolução da Diretoria Colegiada-RDC ANVISA nº 16/2014 (“RDC 16”).

33. Segundo a RDC 16, o comércio varejista “compreende as atividades de comercialização de produtos para saúde de uso leigo, em quantidade que não exceda a normalmente destinada ao uso próprio e diretamente a pessoa física para uso pessoal ou doméstico”, ao passo que o distribuidor ou comércio atacadista comercializa produtos para saúde (e outros) “entre pessoas jurídicas” ou “a profissionais para o exercício de suas atividades”.

34. Ou seja, o comércio varejista, segundo regulação da ANVISA, apenas compreende venda a pessoa física, ao passo que a atividade de distribuição e comércio atacadista permite a venda para pessoa jurídica (como esse Município) e a profissionais de saúde.

35. A Recorrida, como é uma farmácia, apenas poderia vender ao Município caso apresentasse a AFE competente, que é a de Distribuição de Produtos para Saúde, nos termos do art. 41, §§ 3º e 4º da Resolução da Diretoria Colegiada-RDC nº 222/2006.

36. Conforme consta no art. 28 da RDC 16, para concessão da AFE de Distribuidora de Produtos para Saúde devem ser observados, entre outros, os seguintes requisitos: (i) possuir CNPJ coerente com a atividade econômica pleiteada, e (ii) atender aos Requisitos Técnicos Para Importadores, Distribuidores, Armazenadores, Transportadores, Exportadores e Fracionadores, o que inclui “instalações, equipamentos e aparelhagem técnica necessários e em condições adequadas”, “recursos humanos qualificados e devidamente capacitados”, “condições de higiene, armazenamento e operação adequadas às necessidades do produto, de forma a reduzir o risco de contaminação ou alteração de suas características”, “programa de autoinspeção”, “área separada, identificada e de acesso restrito para o armazenamento de produtos ou substâncias sujeitas a controle especial” e muitas outras exigências.

37. Ora, considerando que a Recorrida não possui a AFE que a considere apta a distribuir produtos para saúde, ela não teve de comprovar perante a ANVISA o atendimento a todas as exigências jurídicas e técnicas requeridas na RDC 16. Assim, a Recorrida pode não atender aos padrões que a ANVISA estabeleceu para que um estabelecimento possa realizar essas atividades, o que expõe os Produtos a riscos de armazenamento, transporte e outros, o que consequentemente pode gerar risco aos pacientes que receberão os Produtos.

38. Assim, em caso de eventual contratação, a Recorrida estaria agindo como distribuidora, violando a regulação sanitária, e a sua eventual contratação pelo Município, além de expor os pacientes a riscos, violaria o princípio constitucional da legalidade e beneficiaria comportamento irregular de fornecedor perante as autoridades sanitárias.

IV – Proposta possivelmente inexecutável

39. O art. 48, II da Lei de Licitações impõe à Administração o dever de desclassificar as propostas com preços inexecutáveis, considerados aqueles que “não venham a ter demonstrada sua viabilidade através de documentação que comprove que os custos dos insumos são coerentes com os de mercado e que os coeficientes de produtividade são compatíveis com a execução do objeto do contrato”.

40. Considerando a expertise da Abbott quanto ao comércio dos Produtos, na medida em que é sua fabricante, a Abbott entende que a proposta comercial da Recorrida foi extremamente agressiva, considerando os custos de importação, impostos e logística de transporte dos Produtos, o que levanta dúvidas sobre a exequibilidade da proposta durante a execução contratual.

41. Assim, a Abbott entende que deve ser realizada diligência de exequibilidade, para que haja a demonstração de que os valores ofertados são coerentes com os custos e não constituem proposta antieconômica.

V – Descumprimento ao Edital e aos princípios que regem as licitações públicas

42. O Edital estabelece que as empresas aptas a participarem do Pregão são aquelas que atendem às condições exigidas no Edital (item 6.1). Segundo o item 10.19 do Edital, até a data marcada para a abertura da sessão, as licitantes deveriam ter inserido na plataforma os documentos de habilitação “sendo esta possibilidade automaticamente inviabilizada logo após findado este período”. Assim, a Recorrida deveria ter inserido todos os documentos de habilitação que não estavam no SICAF na plataforma até às 10h do dia 14.09.2023, o que não foi feito, causando a preclusão dessa possibilidade.

43. O dever de alimentar o sistema com os documentos de habilitação é reforçado no item 17.2.1, segundo o qual é dever do licitante atualizar previamente as comprovações constantes do SICAF “ou encaminhar, em conjunto com a apresentação da proposta, a respectiva documentação atualizada”.

44. Como consequência, a não apresentação de documentação tempestivamente implica na inabilitação do licitante, conforme o item 17.2.2 do Edital, e conforme art. 43, §4º, do Decreto 10.024/2019 (“Decreto do Pregão Eletrônico”), segundo o qual caso o licitante da proposta vencedora não atender às exigências para habilitação, o pregoeiro deverá examinar a proposta subsequente.

45. Destaca-se que a não apresentação de documentos aptos a comprovar a qualificação técnica da Recorrida não pode ser suprida em eventual diligência da Sra. Pregoeira e Equipe de Apoio, em vista do art. 43 da Lei nº 8.666/1993 (“Lei de Licitações”), que veda a inclusão posterior de documento que deveria constar originariamente da proposta:

“Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:
(...)”

§ 3º É facultada à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta.”

46. Nesse mesmo sentido, o art. 47 do Decreto do Pregão Eletrônico permite ao pregoeiro sanar erros ou falhas “que não alterem a substância das propostas, dos documentos e da sua validade jurídica, mediante decisão fundamentada”. Ora, a inclusão de documento inteiramente novo não é autorizada pelo dispositivo, e eventual pretensão nesse sentido confrontaria a previsão legal.

47. Ademais, eventual diligência que permitisse a inclusão de documento posterior, além de afrontar ao art. 43 supra, violaria os princípios da vinculação ao Edital, do julgamento objetivo e da isonomia, presentes no art. 3º da Lei de Licitações.

48. Sabe-se que o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, previsto no art. 41. da Lei de Licitações, aplicável subsidiariamente a este Pregão, determina que a “administração não pode descumprir as normas e condições do Edital ao qual se acha estritamente vinculada”. Isto é, o Edital tem força de lei para as licitantes e comissão de licitação e não pode ser descumprido sob pena de macular a legalidade do Pregão.

49. Por sua vez, o princípio do julgamento objetivo, previsto no art. 45 da Lei de Licitações e no artigo 4º, X, da Lei do Pregão, determina que o julgamento das propostas deve se guiar por critérios previamente definidos, evitando que o julgamento se faça por critérios desconhecidos, ou que seja feito à mercê da subjetividade do julgador.

“Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

X - para julgamento e classificação das propostas, será adotado o critério de menor preço, observados os prazos máximos para fornecimento, as especificações técnicas e parâmetros mínimos de desempenho e qualidade definidos no Edital;”

50. Tendo em vista que o Edital traz disposições claras quanto à documentação a ser ofertada, o desatendimento destas disposições não pode ser aceito, pois importaria em violação ao dever de a Administração Pública emitir atos vinculados ao Edital, e de realizar julgamento objetivo. Assim, as violações ao Edital mencionadas devem levar à inabilitação da empresa.

51. Caso a Recorrida não seja inabilitada, o Edital estaria sendo descumprido. Tal fato consistiria em tratamento favorável à Recorrida, que, sem pleno atendimento ao Edital, seria declarada vencedora, o que consequentemente prejudicaria a isonomia e competitividade do certame – princípios previstos no art. 3º da Lei de Licitações, e no Decreto nº 10.024/2019 (“Decreto do Pregão Eletrônico”), que devem ser obrigatoriamente observados nas aquisições públicas.

52. Assim, o não atendimento aos parâmetros de qualificação técnica exigidos nos itens 21.1 e 21.3 do Edital, a não comprovação da procedência dos Produtos ofertados, e a não comprovação da exequibilidade da proposta devem levar à inabilitação da Drogarias Serrana, em respeito aos princípios da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo, da isonomia e da competitividade.

IV – PEDIDOS

53. Conforme demonstrado:

- i. A Recorrida não apresentou “Cópia da Licença Sanitária Estadual ou Municipal, para a atividade desenvolvida pela empresa”, exigida pelo item 21.3 do Edital;
- ii. A Recorrida não apresentou atestados de capacidade técnica que atendessem ao item 21.1 do Edital;
- iii. A Abbott – fabricante – desconhece por completo a procedência dos Produtos ofertados pela Recorrida, de modo que não garante ou atesta sua procedência, o que ocasiona riscos à saúde pública;
- iv. Os Produtos são Equipamentos Médicos de Classe III (conforme registros na Anvisa), o que significa que eles possuem “alto risco ao indivíduo e ou médio risco à saúde pública”;

v. A Recorrida não possui Autorização de Funcionamento para atividade de distribuição, e devido a isso não pode fornecer Produtos ao Município (pessoa jurídica), de forma que em caso de eventual contratação, haveria violação à regulação sanitária e possível exposição de pacientes a riscos;
vi. O baixo valor da proposta da Recorrida traz risco de inexecução.

54. Diante de todo o exposto, a Abbott respeitosamente requer que seja declarada a INABILITAÇÃO da licitante DROGARIAS SERRANA2 DE MACUCO LTDA.

55. Subsidiariamente, em caso de não declaração de inabilitação – o que se argumenta hipoteticamente – a Abbott respeitosamente requer que a Sra. Pregoeira e Equipe de Apoio diligenciem junto à empresa DROGARIAS SERRANA2 DE MACUCO LTDA para que essa comprove documentalmente de forma pública (i) a procedência lícita e regular dos Produtos que ofertou, (ii) que possui Autorização de Funcionamento (AFE) da ANVISA coerente com o objeto do Pregão e (iii) que sua proposta é exequível através de apresentação de documentação que comprove que os custos dos insumos são coerentes com os valores propostos e que os coeficientes de produtividade são compatíveis com a execução do objeto do contrato.

56. Requer ainda que em caso de diligência, posteriormente seja aberto prazo para manifestação da Abbott, para produção de contraditório.

57. Por fim, a Abbott expressa seus votos de respeito pela Sra. Pregoeira e Equipe de Apoio do Município de Nova Friburgo, e permanece à disposição para eventuais esclarecimentos.

Termos em que pede deferimento.

De Itajaí/SC para Nova Friburgo/RJ em 20 de setembro de 2023.

ABBOTT LABORATÓRIOS DO BRASIL LTDA.

Cassia Maria da Silva

RG n.º 36.761.983-0

CPF/MF nº 377.088.288-13

Coordenadora de Licitações - Advogada

Fechar