



Interlab Farmacêutica Ltda.

laerciojunior @ interlab.com.br

São Paulo, 27 de julho de 2016.

A

Prefeitura Municipal de Pilar do Sul

Secretaria Municipal de Saúde

Referente pregão presencial n° 42/2016

PREFEITURA MUNICIPAL DE PILAR DO SUL

Protocolo N°

3247/16

01 AGO. 2016

Eliane

Prezados Senhores:

Interlab Farmacêutica Ltda., estabelecida na capital de São Paulo, à Av. Agua Fria n° 981/985, inscrita no CNPJ sob o n° 43.295.831/0001-40, representada neste ato por seu sócio o Sr. Laercio Verissimo dos Santos Junior, vem mui respeitosamente solicitar esclarecimentos referente ao pregão acima citado pelas razões abaixo expostas:

Das Leis

É certo que a Lei complementar n° 123/2006 alterada pela LC n° 147/2014, garante a ME e EPP vantagens em relação às empresas limitadas e as sociedades anônimas.

Nos pregões eletrônicos os gestores públicos utilizam uma vantagem para a ME e EPP de 5% sobre as demais empresas, ou seja, se a ME ou a EPP tiverem seu preço ofertado superior aos preços das demais empresas em até 5%, ela será vencedora no desempate.

Com a publicação da LC n° 147/2014, essa vantagem se ampliou, ficando estabelecido no inciso I do artigo 48 que a administração pública **deverá** realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de ME e EPP nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).

(Redação dada pela Lei Complementar n° 147, de 2014)

E ficou estabelecido no inciso III do artigo 48 III que a administração pública **deverá** estabelecer, em certames para aquisição de bens de natureza divisível, cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte. (Redação dada pela Lei Complementar n° 147, de 2014)

Nota-se aqui que tanto o inciso I e o inciso III se utiliza a palavra **deverá**, ou seja, a primeira vista parece que a Lei 123/2006 alterada pela LC n° 147/2014, estabelece obrigações diferentes para a administração pública.

Mas na nossa singela interpretação, o inciso I faria referencia a bens não divisíveis, por exemplo a compra de um veiculo para a administração, e se esse veiculo, na pesquisa de preços realizada, indicar um valor menor que R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) fica claro que não poderá ser dividida a licitação entre ME/EPP e empresas maiores (limitadas e S/As), uma vez que não pode uma empresa oferecer 75% do carro e a outra oferecer 25% do mesmo carro, ficando assim reservada essa licitação para a ME/EPP.



Mas quando se trata de bens divisíveis, e medicamentos e material médico hospitalar são divisíveis, a Lei nº 123/2006, alterada pela Lei Complementar nº 147/2014 deixa claro no seu inciso III que a administração "**deverá** estabelecer, em certames para **aquisição de bens de natureza divisível**, cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte." (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014), fica claro aqui que a Lei exige que se estabeleça uma cota de 25% para as ME e EPPS e uma cota de 75% para as demais empresas (ampla participação).

No edital em epigrafe, a título de exemplo, os itens ficariam assim:

No Item nº 36 150 frascos de Insulina Lantus Glargina 100 um/ml 10 ml., deveria, segundo o inciso III do artigo 48 da Lei nº 123/2006 e da Lei complementar nº 147/2014 ficar assim;

cota principal 112 frascos (aproximadamente 75%) para ampla participação e

cota reservada 38 frascos (aproximadamente 25%) para ME e EPPS.

E essa mesma lógica seria aplicada a todos os itens do edital, com o devido arredondamento se necessário.

Todo esse pacote de benevolência se destina a permitir o acesso da ME e EPP ao mercado público.

Mas esse acesso não pode e não deve passar por cima de outras legislações e princípios que não podem ser esquecidas quando da aquisição com dinheiro público,

A Lei nº 8666/93 a Lei nº 10.520/02, e os princípios que norteiam a lei 8666/93 (isonomia, razoabilidade, etc.),

Além de legislação própria da **ANVISA** órgão que regula o registro dos produtos e das empresas e a **CMED** que controla, autoriza e determina o preço dos medicamentos desde o preço máximo ao consumidor, o preço de fábrica, até o preço CAP (coeficiente de adequação de preços para compras de determinados produtos pertencentes aos programas federais e as compras para atendimento a mandatos judiciais).

A Câmara de Regulação de Medicamentos - CMED, do Conselho de Governo, tem por objetivos a adoção, implementação e coordenação de atividades relativas à regulação econômica do mercado de medicamentos, voltados a promover a assistência farmacêutica à população, por meio de mecanismos que estimulem a oferta de medicamentos e a competitividade do setor;



Compete à CMED, dentre outros atos necessários à consecução dos objetivos da regulação econômica do mercado de medicamentos:

- definir diretrizes e procedimentos relativos à regulação econômica do mercado de medicamentos;
- monitorar, para os fins deste Decreto, o mercado de medicamentos, podendo, para tanto, requisitar informações sobre produção, insumos, matérias-primas, vendas e quaisquer outros dados que julgar necessários ao exercício desta competência, em poder de pessoas de direito público ou privado;
- decidir sobre a aplicação de penalidades previstas na Medida Provisória nº 123, de 26 de junho de 2003, e, relativamente ao mercado de medicamentos, aquelas previstas na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, sem prejuízo das competências dos demais órgãos do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor;

A CMED será composta pelos seguintes Ministros de Estado, que, em conjunto, formarão o Conselho de Ministros:

- I - da Saúde, que o presidirá;
- II- Chefe da Casa Civil da Presidência da República;
- III- da Justiça;
- IV- da Fazenda.
- V- do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. (Incluído pelo Decreto nº 5.022, de 2004).

O Conselho de Ministros será o órgão de deliberação superior e final da CMED.

Compõem o Comitê Técnico-Executivo:

- I- o Secretário de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos do Ministério da Saúde, que o coordenará;
- II- o Secretário-Executivo da Casa Civil da Presidência da República;
- III- o Secretário de Direito Econômico do Ministério da Justiça;
- IV- o Secretário de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda.
- V- o Secretário do Desenvolvimento da Produção do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. (Incluído pelo Decreto nº 5.044, de 2004).

A Secretaria-Executiva da CMED será exercida pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA.

A CMED estabeleceu que o preço máximo a ser praticado nas vendas a órgãos públicos será o preço de fábrica, menos para as aquisições para atender mandatos judiciais ou de medicamentos constantes da lista dos programas federais do ministério da saúde, onde é obrigatória a aplicação do CAP (coeficiente de adequação de preços), que hoje esta em 18,00%, ou seja, o preço a ser praticado será o preço de fábrica menos 18,00%. (grifo nosso)



Além disso, o artigo 49 da Lei nº 123/2006, determina que: “**não se aplica o disposto nos artigos 47 e 48 desta Lei complementar quando** (grifo nosso)

I – revogado

II- **Não Houver um mínimo de 3 (três)** fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte **sediados local ou regionalmente** e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório;

III- O tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte **não for vantajoso para a administração pública** ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto contratado; (grifo nosso)

IV- a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos artigos 24 e 25 da Lei nº 8666/93, excetuando-se as dispensas tratadas pelos incisos I e II do artigo 24 da mesma Lei, nas quais a compra deverá ser feita preferencialmente de microempresas e empresas de pequeno porte, aplicando-se o disposto no inciso I do artigo 48.

Dos fatos

Como participamos de pregões presenciais e eletrônicos dentro do Estado de São Paulo, em vários municípios percebemos que os gestores agem de diversas maneiras para atender a Lei nº 123, por exemplo:

- Alguns abrem editais específicos para ME e EPP;

- Alguns abrem editais específicos para ME e EPP, mas abrem outro edital para participação ampla com os mesmos produtos em quantidades maiores (separando as cotas e editais);

- Outros abrem editais mistos e com itens numerados 1 e 1a, 2 e 2a e assim por diante, em que o item 1 é a cota principal (75%) e o item 1a é a cota reservada (25%).

- Outros abrem editais exclusivos para ME e EPP com itens em que o CAP é obrigatório;

- Em fim, os gestores abrem editais de todas as formas para tentar atender as Leis vigentes: 8666/93 a Lei do Pregão, a Lei nº 123 e demais decretos e leis municipais estaduais e federais, mas para muitos itens licitados o resultado acaba sendo insatisfatório para o gestor, pois acaba comprometendo o seu trabalho porque para atender a uma Lei acaba descumprindo outra ou acaba atropelando a legislação da CMED para atender a Lei da Microempresa (Lei 123/2006 alterada pela 147/2014).



As ME e EPP, na maioria das vezes acaba não aplicando o CAP quando se trata de medicamento de referencia e de alto custo, no qual o desconto normal concedido pelo fabricante é insuficiente para atender ao CAP quando a ME ou EPP não solicita autorização ao fabricante, ou não é credenciada para este tipo de fornecimento.

Em produtos genéricos ou similares em que o desconto dado pela indústria é maior, o CAP pode até ser aplicado, mas o problema passa a ser o preço praticado no mercado que não é respeitado na maioria das vezes, pois se comparado aos pregões que são realizados com ampla participação de empresas (S/As e Limitadas) o preço obtido acaba sendo muito superior aos praticados quando o Edital é aberto para ampla participação ou estabelece cotas como exige a Lei, pois neste caso o lote de ampla participação sinaliza o preço mercado na maioria das vezes.

Acreditamos também que uma ampla pesquisa de preços, que por força de lei tem que ser realizada antes do pregão, deveria ser levada em consideração, para não permitir abusos; além disso, o histórico de aquisições anteriores serve de referencia ao gestor para as futuras aquisições.

Como prevê a própria legislação da ME e EPP, o máximo de diferença de preço que deveria ser aceito como vantagem para a ME / EPP na modalidade de pregão seria de 5% (cinco por cento).

A ideia de privilegiar as ME e EPP no âmbito municipal e regional, ou seja, estabelecer uma vantagem para uma empresa situada no município ou na macro região em que esse município se encontra é muito importante e deve ser estimulada tanto para permitir o acesso das MEs e EPPs ao mercado público, quanto para a geração de empregos locais. O Objetivo é privilegiar uma empresa local ou regional com curto alcance de área de atuação e que, portanto, deve ser protegida pelo poder publico local, por gerar empregos locais ou regionais.

Solução

Alguns órgãos públicos têm aberto pregões, com cotas de ampla participação e cotas reservadas, pregoando primeiro a cota principal e à utilizam de referencia para a cota reservada da ME/EPP, ou seja cumprindo a Lei 123 na sua integra, inclusive o artigo 49 da mesma.

Aceitam de 5% a 10% acima do preço da cota de ampla participação dependendo do modelo de licitação (pregão ou Convite, tomada de Preços ou concorrência), salvo se o valor ultrapassar o preço de fabrica estabelecido pela CMED ou ultrapassar o valor do Coeficiente de adequação de preços, CAP, no caso de atendimento a mandatos Judiciais.



Quando não podem aceitar o preço da ME/EPP e a ME/EPP não consegue reduzir até o nível de preço aceitável (que seria até 5% a maior no caso de pregões), abrem a cota para todos participarem, ou fracassam a cota reservada para não descumprir a CMED ou a pesquisa de preços.

Em resumo o gestor precisa adquirir o medicamento para atender ao seu munícipe, mas para isso não pode ferir a Lei de licitações, a CMED, nem a própria Lei 123 e nem os princípios que norteiam as aquisições com dinheiro publico.

É logico e certo que o direito a vida e a saúde precede a questão financeira ou administrativa, mas quando for extremamente necessário e imprescindível adquirir "fora da cobertura da Lei", o gestor deve informar isso no processo de licitação e assim que for consumada a compra, denunciar ao Ministério Publico Federal, Estadual, e a CMED, justificando a sua necessidade maior.

Mas se o gestor estiver bem preparado ele pode cumprir a Lei da ME/EPP sem ferir as demais Leis e princípios aplicáveis à matéria.

Do Pedido

Gostaríamos de saber:

- 1) Por que o edital foi aberto exclusivamente para ME/EPP com itens que são claramente divisíveis, sem deixar cotas para ampla participação como manda o inciso III da Lei nº 123/2006, alterada pela LC nº 147/2014?
- 2) Caso não haja comparecimento de 3 (três) empresas ME/EPP, locais ou regionais, a administração aplicará o artigo 49 da Lei nº 123, alterada pela LC nº 147?
- 3) Caso compareçam o mínimo de 3 (três) empresas locais ou regionais, e o preço ofertado for acima do preço CMED (Preço de fabrica) ou acima da pesquisa ampla de preços realizada antes da abertura do pregão em questão, a administração aplicará o artigo 49 da Lei nº 123 alterada pela LC nº 147?

Atenciosamente



Esclarecimento 01

Pregão Presencial n.º 42/2016

De acordo com o protocolo n.º 3247/2016 feito pela empresa INTERLAB FARMACEUTICA LTDA, esclarecemos que:

- 01) **Pergunta:** Por que o edital foi aberto exclusivamente para ME/EPP com itens que são claramente divisíveis, sem deixar cotas para ampla participação como manda o inciso III da Lei n.º 123/2016, alterada pela LC n.º 147/2014?
Resposta: O edital foi elaborado de acordo com o artigo 48, inciso I, onde a estimativa por ITEM de contratação não ultrapassa valor de R\$ 80.000,00.
- 02) **Pergunta:** Caso não haja comparecimento de 3 (três) empresas ME/EPP, locais ou regionais, a administração aplicará o artigo 49 da Lei n.º 123, alterada pela LC n.º 147/2014?
Resposta: Sim. Não havendo no mínimo 03 empresas participantes enquadradas na condição ME/EPP, poderá participar as demais empresas, respeitando o disposto na Lei Complementar n.º 123/2016.
- 03) **Pergunta:** Caso compareçam o mínimo de 03 (três) empresas locais ou regionais, e o preço ofertado for acima do preço CMED (preço de fábrica) ou acima da pesquisa ampla de preços realizada antes da abertura do pregão em questão, a administração aplicará o artigo 49 da Lei n.º 123 alterada pela LC 147?
Resposta: Caso o preço final ofertado no momento de negociação for superior a pesquisa de preços realizada antes do pregão, o item será fracassado e reaberto em outro processo licitatório com ampla concorrência entre todas as empresas interessadas.

Pilar do Sul, 01 de agosto de 2016.


Edi Nelson Rodrigues dos Santos
Encarregado de Licitações