



PREFEITURA MUNICIPAL DE VITÓRIA DA CONQUISTA

Secretaria de Saúde
www.pmvc.ba.gov.br

Processo Administrativo nº. 27.020/2020

Ref.: Pregão Eletrônico - SRP nº. 025/2020 - SMS

Impugnante: JS COMERCIAL LTDA, CNPJ Nº 08.718.953/0001-00.

Trata-se de resposta à impugnação apresentada pela pessoa jurídica **JS COMERCIAL LTDA, CNPJ Nº 08.718.953/0001-00.**

Em Resposta ao Pedido de Impugnação acima referido formulada por esta empresa, recebido através do e-mail: licitacaosaudevc2017@gmail.com no dia 27 de julho de 2020 e protocolado sob o número de processo 34.026/2020, de forma tempestiva no dia 27 de julho do corrente ano, no tocante à alegação na composição do Edital.

O Município de Vitória da Conquista/BA agendara para o dia 05 de agosto de 2020, licitação - modalidade Pregão Eletrônico SRP - sob o nº **025/2020 SMS**, para **MENOR PREÇO POR LOTE** para seleção da proposta mais vantajosa visando o **REGISTRO DE PREÇO PARA CONTRATAÇÃO FUTURA DE PESSOA JURÍDICA OBJETIVANDO FORNECIMENTO DE MATERIAIS DE LIMPEZA DIVERSOS PARA ATENDIMENTO AS DEMANDAS DOS VARIADOS SETORES DA SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE DE VITÓRIA DA CONQUISTA – BAHIA**. Interessada em participar do certame a empresa **JS COMERCIAL LTDA**, apresentou impugnação ao edital, por entender na espécie, que o instrumento convocatório contém “vícios” restringindo à participação dos licitantes interessados em participar da licitação, colocando as empresas concorrentes em condições desiguais por apresentar descrição de exigências equivocadas”.

DO EXAME DOS ATOS IMPUGNADOS

Com efeito, argui a impugnante que o edital exige Autorização de Funcionamento (AFE), expedida pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA na Qualificação Técnica 9.11. no item 9.11.15 e Termo de Referência 4 e item 4.5; no lote 29 do edital nos itens 29.1, 29.2, 29.3 e 29.4 consta exigência “Embalagem contendo marca do fabricante, identificação do produto e certificação do IN METRO” no Anexo do Termo de Referência e no Anexo VII – Da Relação de Lotes”.

Diante do exposto, a pessoa Jurídica, **JS COMERCIAL LTDA** requer **retificação do edital** retirando a exigência de Autorização de Funcionamento da Empresa (AFE), emitida pela ANVISA e reformulando o texto do lote 29, itens 29.1 a 29.4, com vista à ampliação da concorrência e à busca da melhor proposta e em respeito aos princípios norteadores da lei 8.666/93.

DOS FATOS

Segundo a empresa impugnatória o instrumento convocatório contém vícios nos seguintes pontos: 1) exigência de Autorização de Funcionamento (AFE), expedida pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, para as empresas atacadistas, independentemente da atividade econômica que exerçam, porém a mesma afirma que a ANVISA não exige tal documento de empresas, ainda que atacadistas, de acordo com as atividades exercidas, 2) exigência injustificada de Certificado do INMETRO, para o lote 29, referente a sacos para lixo. Alega a impugnante que exigência que não encontra amparo legal, conforme as razões abaixo aduzidas.

DO MÉRITO

Alega a empresa **JS COMERCIAL LTDA** que:



PREFEITURA MUNICIPAL DE VITÓRIA DA CONQUISTA

Secretaria de Saúde
www.pmvc.ba.gov.br

1 – DA EXIGÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO DE FUNCIONAMENTO DA EMPRESA (AFE) - o edital licitatório prevê, ao item 9.11.15, como exigência à participação no certame, a apresentação de Autorização de Funcionamento da Empresa (AFE) para as empresas atacadistas participantes da licitação. Afirma a impugnante que não falta razão à prefeitura exigir apresentação de AFE para empresas fornecedoras de produtos saneantes, domissanitários, cosméticos e demais itens que apresentem risco à saúde; porém, alguns itens do edital não são materiais de tal natureza, nem tem qualquer relação com a saúde da população, como é o caso do lote 29, que solicita sacos para lixo comum. Alega ainda que a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, agência reguladora responsável pela emissão do documento em questão, não exige a todas as empresas, mesmo que atacadistas, limitando a exigência apenas a fornecedoras de determinados produtos, de acordo com a atividade econômica exercida.

Sendo, que a Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) Nº 16, publicada pela ANVISA em 1º de Abril de 2014, com especial atenção ao art. 3º, da sessão III, que estabelece:

A AFE é exigida de cada empresa que realiza as atividades de armazenamento, distribuição, embalagem, expedição, exportação, extração, fabricação, fracionamento, importação, produção, purificação, reembalagem, síntese, transformação e transporte de **medicamentos e insumos farmacêuticos destinados a uso humano, cosméticos, produtos de higiene pessoal, perfumes saneantes e envase ou enchimento de gases medicinais**. (grifos da impugnante). Deve-se levar em consideração também, o disposto ao art. 1º da lei 6.360, de 23 de setembro de 1976, o qual dispõe sobre os produtos sujeitos às normas de vigilância sanitária, *in verbis*: Art. 1º - Ficam sujeitos às normas de vigilância sanitária instituídas por esta Lei **os medicamentos, as drogas, os insumos farmacêuticos e correlatos, definidos na Lei nº 5.991, de 17 de dezembro de 1973**, bem como os **produtos de higiene, os cosméticos, perfumes, saneantes domissanitários, produtos destinados à correção estética e outros adiante definidos**. (grifos da impugnante).

A impugnante diz que as empresas que trabalham com sacos para lixo comum, como é o caso, sejam elas atacadistas ou varejistas, pela própria natureza do material e por sua utilização, não estão sujeitas à autorização da ANVISA para funcionamento. A resolução e a lei mencionadas não fazem qualquer menção a produtos como sacos para lixo, que é o caso do lote 29 do processo licitatório em questão, o qual é de interesse de participação da impugnante. E afirma ainda que à lei 8.666/1993, que estabelece as regras para todas as licitações instauradas pela Administração Pública no país, pontua, em caráter taxativo que todos os documentos necessários à participação de empresas em licitações, não estando previsto, no rol de documentos obrigatórios, constante nos artigos 27 a 32, Autorização de Funcionamento da Empresa (AFE). O diploma legal em questão demanda ainda, ao art. 30, inciso IV, que poderá ser exigido prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso.

2- DA EXIGÊNCIA DE CERTIFICAÇÃO JUNTO AO INMETRO - o edital exige apresentação de certificação do INMETRO para os itens do lote 29 – sacos para lixo. Segundo a impugnante a exigência de tal certificação para sacos de lixo não possui embasamento legal, uma vez que o produto é dispensado de certificação do INMETRO, como é verificável na lista de produtos com certificação compulsória constante no site do próprio instituto, não havendo ainda nenhuma portaria que obrigue as fabricantes de sacos para lixo a certificar seus produtos naquela instituição.

Assim, ocorre que o fato de possuir selo do INMETRO é apenas um diferencial do qual as empresas podem dispor, caso julguem válido aos interesses da empresa, porém, não deve ser exigido para compras de órgãos públicos, uma vez que estes devem seguir estritamente o que está previsto em legislação, atendendo ao Princípio da Legalidade. Da mesma forma, tendo em vista que possuir certificação do produto junto ao INMETRO não é indispensável à garantia do cumprimento das obrigações de fornecimento e coloca as empresas concorrentes em condições desiguais, limitando a participação às empresas certificadas junto ao INMETRO, verifica-se que a



PREFEITURA MUNICIPAL DE VITÓRIA DA CONQUISTA

Secretaria de Saúde
www.pmvc.ba.gov.br

solicitação de certificação junto ao instituto em questão atenta contra o disposto no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal: *“ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”*. (grifos da impugnante).

Segundo a empresa impugnante, a exigência de certificação do INMETRO coloca as licitantes em situação desigual de participação, visto que, em não havendo previsão legal que obrigue as empresas a certificarem-se, estas a fazem como mero diferencial, porém é cediço que, às empresas de maior porte e melhores condições financeiras é mais viável certificar-se que às empresas com menos recursos. Diante disso, é verificável que tal requisito restringe a participação de empresas, atentando contra o princípio de livre concorrência assegurado pelo art. 170 da Constituição Federal, bem como fere o instituto do art. 20, inciso I, da Lei 8.884/1994, ao limitar participação de empresas no processo licitatório, podendo caracterizar possível direcionamento do certame a empresa determinada. Cabendo citar a instrução dada ao Banco do Brasil, pelo Tribunal de Contas da União – TCU (acórdão 545/2014), em caso análogo, quanto à exigência de certificação do INMETRO:

[...] dar ciência ao Banco do Brasil de que a exigência de certificação na forma da Portaria Inmetro 170/2012, como ocorrido no Pregão Eletrônico 2013/18715, não encontra amparo na legislação vigente, devendo, portanto, abster-se de fazê-la em futuros certames.

Bem como o acórdão 1338/2006 da mesma corte de contas:

2. Os produtos industrializados cuja certificação de qualidade é compulsória são aqueles definidos em atos normativos do poder público, editados pela entidade governamental legalmente incumbida, bem assim aqueles definidos pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial - CONMETRO;

Alega a mesma que através de consulta ao site oficial do INMETRO, que sacos para lixo não são listados como produto de certificação compulsória. Levando em conta ainda, o entendimento do jurista brasileiro Marçal Justen Neto: *“o exercício de determinadas atividades ou o fornecimento de certos bens se encontram disciplinados em legislação específica. Assim, há regras acerca da fabricação e comercialização de alimentos, bebidas, remédios, explosivos etc. Essas regras tanto podem constar de lei como estar explicitadas em regulamentos executivos. Quando o objeto do contrato envolver bens ou atividades disciplinadas por legislação específica, o instrumento convocatório deverá reportar-se expressamente às regras correspondentes”*.

A impugnante ainda declara que o edital em questão não reporta a nenhuma regra, regulamento ou lei, uma vez que não existem normativas que exijam certificação do INMETRO para sacos de lixo. A exigência feita em edital ocorre de forma arbitrária, sem embasamento legal e de forma inconstitucional, conforme abaixo.

3- DA INCONSTITUCIONALIDADE DAS EXIGÊNCIAS – afirma a impugnante que a exigência de certificação do INMETRO, bem como a exigência de Autorização de Funcionamento (AFE), fere o princípio constitucional da legalidade. Sendo que a Constituição Federal de 1988 ao dispor sobre os direitos fundamentais, art. 5º preceitua no inciso II, o Princípio da Legalidade, isto é: *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*. Sendo pacífico o entendimento de que os direitos fundamentais, arrolados no art. 5º da Magna Carta, têm por titulares tanto as pessoas físicas quanto as pessoas jurídicas, que só estão obrigadas a fazer aquilo que a lei determina, sendo-lhes então permitido tudo que não expressamente proibido por lei.

E questiona e afirma, se não há exigência legal de que as empresas fabricantes e/ou revendedoras (atacadistas e varejistas) de sacos para lixo comum disponham de AFE e



PREFEITURA MUNICIPAL DE VITÓRIA DA CONQUISTA

Secretaria de Saúde
www.pmvc.ba.gov.br

certificado do INMETRO e, se as instituições responsáveis por tais certificações não a exigem de tais empresas, fere o princípio da legalidade a previsão infralegal, via edital, feita por este Município.

Sugere que se deve analisar outra face do mesmo princípio: se, por um lado, aos particulares (pessoas naturais ou jurídicas), permite-se tudo que não proíbe a lei, o princípio ora citado é mais rigoroso com a Administração Pública – a esta cabe tão somente fazer o que cominado em lei, não sendo lícito ao administrador público tomar qualquer atitude que não expressamente prevista em legislação, vez que este, diferentemente do administrador de coisa particular, não é dono da coisa pública e por isso está totalmente subordinado à vontade popular, expressa por seus representantes em lei. Sobre esse tema, ensina o Professor Henrique Savonitti Miranda: O administrador privado conduz seu empreendimento com *dominus*, agindo com os poderes inerentes à propriedade em toda a sua extensão. Assim, tudo o que não é proibido, é permitido ao gestor privado. [...] O gestor público não age como “dono”, que pode fazer o que lhe pareça mais cômodo. Diz-se, então, que **ao Administrador Público só é dado fazer aquilo que a lei autorize, de forma prévia e expressa** (grifos da impugnante). No mesmo sentido, entende o jurista Hely Lopes Meirelles: Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, **na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza**. (grifos da impugnante)

DOS REQUERIMENTOS

Ante o exposto, requer a empresa **JS COMERCIAL LTDA**:

1 – **A retificação do edital**, efetuando-se as seguintes alterações:

- a) A reformulação do texto do item 9.11.15, retirando a exigência de Autorização de Funcionamento da Empresa (AFE), emitida pela ANVISA, para as empresas não enquadradas na RDC 16/2014.
- b) A supressão da exigência de certificação do INMETRO, em todos os itens do lote 29.

2 – Resposta quanto ao mérito desta impugnação, no prazo de **dois dias úteis**, conforme prescreve § 1º do art. 24, do Decreto 10.024/2019.

DA ANÁLISE

O ordenamento jurídico pátrio estabelece que a Administração Pública, em matéria de licitação, encontra-se afeta, dentre outros, ao princípio da isonomia, estatuído no art. 3º da Lei 8.666/93.

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do **princípio constitucional da isonomia**, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Nesse sentido é o art. 3º, §1º, I, da Lei 8.666/93, “*litteris*”:

§1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da



PREFEITURA MUNICIPAL DE VITÓRIA DA CONQUISTA

Secretaria de Saúde
www.pmvc.ba.gov.br

sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato.

Passando a análise da alegação contida na peça impugnante, temos a esclarecer que, por se tratar, de uma questão de ordem técnica, o assunto foi submetido à apreciação da técnica. Elucidando os questionamentos apresentados pela empresa autora

É O RELATÓRIO. PASSO A DECIDIR.

Tenho que se fazem presentes os pressupostos de admissibilidade, forte nestas razões CONHEÇO da presente IMPUGNAÇÃO AO EDITAL.

Passo a enfrentar as razões da impugnante baseado nas decisões da Equipe Técnica.

O ordenamento jurídico pátrio estabelece que Administração Pública em matéria de licitação, encontra-se afeta, dentre outros, ao princípio da isonomia, estatuído no art. 3º da Lei 8.666/93.

Pelas razões de fato e de direito acima aduzida, esta pregoeira baseada na decisão da Técnica julga **PROCEDENTE** a impugnação apresentada pela empresa **JS COMERCIAL LTDA**, atendendo parcialmente ao requerido pela impugnante, retificando o edital reformulando o texto no que se refere a exigência da Autorização de Funcionamento (AFE), expedida pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA na Qualificação Técnica 9.11. item 9.11.15 e Termo de Referência 4 e item 4.5; e no lote 29 do edital nos itens 29.1, 29.2, 29.3 e 29.4 no qual, consta exigência “Embalagem contendo marca do fabricante, identificação do produto e certificação do IN METRO” no Anexo do Termo de Referência e no Anexo VII – Da Relação de Lotes” no Anexo do Termo de Referência e no Anexo VII – Da Relação de Lotes reformulando a redação, dentro das condições legais vinculadas ao produto, conforme retificação a ser publicada e acostada aos autos.

Ademais, considerando que a modificação não influencia na elaboração da proposta de preço, o edital será retificado e será mantida a data original para abertura do certame.

Vitória da Conquista - BA, 28 de julho de 2020.

Zilmária Pereira dos Santos
Pregoeira
Mat. **07-07164-7**