



155  
Cp

Novo Hamburgo/RS, 01 de março de 2016.

**IMPUGNAÇÃO AO EDITAL 09/2016**

**PROCESSO Nº 2015.52.1203527PA**

**PREGÃO PRESENCIAL Nº 04/2016**

O INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA DOS SERVIDORES MUNICIPAIS DE NOVO HAMBURGO – IPASEM-NH, através de sua Pregoeira, considerando diligência junto à ANVISA, parecer do IGAM – Instituto Gamma de Assessoria à Órgãos Públicos, parecer da Assessoria Jurídica e ratificação da Diretora-Presidente, reporta-se ao pedido de impugnação apresentado TEMPESTIVAMENTE pela empresa AMANDA COMÉRCIO DE PAPÉIS E EMBALAGENS LTDA., contra o Edital do Pregão Presencial nº 04/2016 que visa a **AQUISIÇÃO DE MATERIAL DE LIMPEZA E PRODUTOS DE HIGIENIZAÇÃO**, tendo a expor o que segue:

**DA ALEGAÇÃO**

A impugnante alega:

*“Este Órgão Público, visando a contratação de empresa para fornecimento de material de consumo (saneantes/domissanitários), instaurou procedimento licitatório, sob a modalidade de **Pregão Presencial nº 04/2016**, nele tendo interesse esta Empresa que ora impugna o edital.*

*Os item 04, é classificado como “saneantes domissanitários” e os itens 03, 05, são classificados como “cosmético”, todos os itens aqui relacionados são regidos por legislação específica (ANVISA) para fabricação, comercialização, armazenagem, distribuição e expedição, etc.*

*Destacamos a Lei 6.360 de 23 de setembro de 1976:*

*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 número 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. (grifei)*

*Art. 2º Somente poderão extrair, produzir, fabricar, transformar, sintetizar, purificar, fracionar, embalar, reembalar, importar, exportar, armazenar ou expedir os produtos de que trata o Art.1 as empresas para tal fim autorizadas*

**pelo Ministério da Saúde e cujos estabelecimentos hajam sido licenciados pelo órgão sanitário das Unidades Federativas em que se localizem.** (grifei)

Art. 3º Para os efeitos desta Lei, além das definições estabelecidas nos incisos I, II, III, IV, V e VII do Art. 4 da Lei número 5.991, de 17 de dezembro de 1973, são adotadas as seguintes:

[...]

VII - **Saneantes Domissanitários:** Substâncias ou preparações destinadas à **higienização, desinfecção ou desinfestação domiciliar, em ambientes coletivos e/ou públicos**, em lugares de uso comum e no tratamento da água compreendendo: (...). (grifei)

Ocorre que o edital, diferente do que determina a legislação, está autorizando a participação de empresas que não estão autorizadas pela ANVISA a executar as atividades inerentes ao objeto licitado.

Quando esta Recorrente verificou a discrepância com a legislação vigente, lançou mão da impugnação ao edital, para demonstrar claramente as exigências legais que devem ser cumpridas pelas empresas que queiram participar do certame.

Neste tocante vale destacar que o edital aqui discutido tem o cunho de adquirir os produtos "saneantes-domissanitários" ou "cosméticos" em grande escala, **por atacado**, e a entrega dos produtos deve ser efetuada no depósito da contratante, ou seja, o licitante interessado no certame armazenará a mercadoria e a expedirá, e para isso a empresa interessada deverá estar autorizada, e o documento pertinente para tanto é a Autorização de Funcionamento da Empresa – AFE, emitido pela ANVISA.

Tanto é assim que a ANVISA e a própria Vigilância Sanitária do Estado de Santa Catarina já se manifestaram a respeito da venda destes produtos por **atacado**, vejamos:

[...] Em atenção a sua solicitação, informamos que:

Para o comércio varejista de saneantes não é necessária autorização de funcionamento – AFE, concedida pela Anvisa. **No entanto, a situação descrita trata-se de comércio atacadista e para esse tipo de atividade é necessária autorização de funcionamento.** Orientamos para que, caso identifique algum tipo de irregularidade acerca dessas empresas realize uma denúncia, por meio do site (...) (doc anexo) (grifei)

A mesma resposta foi dada pela Vigilância Sanitária do Estado de Santa Catarina:

[...]

Mediante o exposto acima, as distribuidoras, **as quais realizam venda no atacado, requerem a concessão da Autorização de Funcionamento de Empresa** junto à Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Salientamos que as empresa, as quais apresentam em seus contratos sociais "**comércio varejista**" **não incluem em suas atividades o ato de armazenar e distribuir.** Ressaltamos ainda que a venda no varejo se caracteriza pela **comercialização de pequenas quantidades.** Caso a empresa, específica "varejista", realizar comércio de produtos em atacado, **estas devem ser denunciadas junto a Vigilâncias Sanitárias locais, visando à adequação das mesmas para o comércio atacadista.** (Doc. anexo) (grifei)

Com isso, verifica-se a necessidade da **RETIFICAÇÃO** do edital, pois uma vez a empresa sendo varejista não poderá efetuar atividades de atacadista, para fazê-lo, deverá adequar seu contrato social e conseqüentemente adequar-se junto a Vigilância Sanitária, obtendo para tanto a devida autorização de

grifei

funcionamento (AFE), sem a qual não estará autorizada às atividades de comercialização dos produtos saneantes-domissanitários por ATACADO (em grandes quantidades).

Como a característica do edital é a compra por atacado, e os produtos licitados são controlados pela ANVISA, o edital somente poderá permitir a participação de empresas aptas a realização do objeto, pois permitindo a participação de empresas que não estão autorizadas, que não podem atender ao objeto, estará incorrendo em erro grave, e prejudicando aquelas empresas que atendem integralmente a legislação, ou seja, beneficiará algumas empresas em detrimento de outras.

Além disso, vale ressaltar que este Órgão comprará a mercadoria licitada no edital em grande quantidade, as entregas serão feitas de forma parcelada, fato este que deve ser levado em consideração para vedar a participação de empresas varejistas.

Neste norte, manifestou-se através de parecer o Ministério Público de Santa Catarina, em Mandado de Segurança interposto contra o Secretário de Estado da Administração, relativo a Pregão Presencial com o mesmo objeto aqui debatido:

Ante o exposto, opino:

a) [...]

b) sucessivamente, **pela concessão da ordem a fim de reconhecer a nulidade da cláusula editalícia que permite a participação de empresas que exploram atividade exclusivamente varejista** dos produtos cuja tomada de preço constitui objeto do certame. (Parecer em MS 2012.005626-2 – MP Processo nº 08.2012.00068355-3) Extraído de [http://portal.mp.sc.gov.br/portal/webforms/frame.aspx?secao\\_id=447](http://portal.mp.sc.gov.br/portal/webforms/frame.aspx?secao_id=447) em 03/09/12) (grifei)

Apesar do Mandado de Segurança acima destacado estar pendente de julgamento de mérito, o parecer do MP é enfático e claro, opinando pela nulidade das cláusulas que permitam a participação de empresa varejistas neste tipo de objeto.

Logo, verifica-se que a posição do Ministério Público é exatamente a mesma da impugnação aqui apresentada, empresas exclusivamente varejistas não podem participar de licitação cujo objeto é aquisição de produtos saneantes/domissanitários ou cosméticos, vendidos em grandes quantidades (por atacado), pois carecem de habilitação do órgão competente (ANVISA) para tanto.

Assim, o edital deve ser reformado para exigir AFE (autorização de funcionamento) e Alvará de Saúde de todos os interessados no certame, não há outra forma legal ao caso.

Cabe ressaltar ainda que além da alteração para exigência da AFE para todos os participantes, é necessária a exigência dos registros e/ou notificações dos produtos licitados, uma vez que tais materiais somente poderão ser produzidos, expostos a venda ou entregues se estiverem devidamente registrados ou notificados junto a ANVISA, portanto é necessária a exigência de tal comprovação para cada tipo de produto, nos moldes da Lei 6360 (ANVISA), de 23/09/1976, Título II Art. 12.

Ou seja, os produtos ofertados pelos licitantes devem estar devidamente registrados ou notificados, salvo aqueles isentos de registro ou notificação, o que também deve ser exigido para todos os licitantes.



A própria Lei Geral de Licitações, Lei 8.666/93, traz no tocante a qualificação técnica, a exigência da comprovação de requisitos contidos em leis especiais, vejamos:

Art. 30 A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

(...)

IV – prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso. (grifei).

No caso em tela, a lei especial exige que as empresas que armazenem, expeçam ou distribuam produtos saneantes/domissanitários/cosméticos, sejam autorizadas pela ANVISA para tal finalidade, o que deve ser comprovado através da AFE, e no mesmo sentido, devendo ser comprovados os registros e notificações, que também são tratados pela mesma lei especial.

Logo, é fundamental que o Edital em questão exija tais comprovações, para que evite desta forma que empresas que não estejam autorizadas pelo órgão competente venham a participar do certame e ofertar produtos sem autorização legal.

Com isso, conforme determinado pela legislação vigente, é de fundamental importância a exigência da AFE (Autorização de Funcionamento) e do Alvará de Saúde emitido por Vigilância Municipal ou Estadual para todos os interessados neste Pregão, exigindo-se também a comprovação dos o registros ou notificações dos produtos classificados como saneantes/domissanitários (item 04) e para cosméticos (itens 03, 05).

Sendo o que tínhamos, pedimos o deferimento dos pedidos acima e a respectiva **RETIFICAÇÃO** do edital, para que surtam os efeitos legais e seja garantido o atendimento a legislação vigente que trata da matéria. Evitando com isso a via judicial para solução do impasse criado pela falta de exigências legais no edital aqui impugnado.”

## DA ANÁLISE

Considerando a diligência feita perante a ANVISA, por contato telefônico, através do Protocolo nº 2016098906, a fim de verificar a legislação informada na referida impugnação e ainda verificar demais legislações pertinentes, após análise das mesmas, observou-se que nos preceitos legais não há qualquer exigência de que referidas comprovações devam ser feitas em processos licitatórios, nos documentos de habilitação, sendo sua aplicação e conferência de competência do órgão fiscalizador, e de responsabilidade da empresa. A exigência de comprovação de referidos documentos junto ao órgão fiscalizador não se faz necessária no procedimento licitatório, tratando do regramento a ser observado pelas licitantes frente aos órgãos de fiscalização, não estendendo a exigência às licitações públicas.



É sabido que a finalidade principal de uma licitação é a escolha da proposta mais vantajosa para a Administração pública. A lei determina que o licitante demonstre à Administração Pública, através de prova documental, a sua habilitação jurídica, a qualificação técnica, a qualificação econômico-financeira e a regularidade fiscal. Contudo, a Administração dispõe de discricionariedade na escolha dos requisitos para habilitação dentro dos limites previstos na Lei 8.666/93. A obrigatoriedade dos documentos destacados pode restringir, injustificadamente, o caráter competitivo do certame, impedindo a participação de potenciais interessados.

Neste sentido, o Tribunal de Contas da União, em decisão nº TC/6.029/95-7, já manifestou que:

*"...Na fase de habilitação a Comissão de Licitação não deve confundir o procedimento formal inerente ao processo licitatório com o formalismo, que se caracteriza por exigências inúteis e desnecessárias, e cujo desatendimento, por sua irrelevância, não venha a causar prejuízo à Administração".(Min. Adhemar Paladini Ghisi, 13.09.95)*

Por esta razão, entende-se serem suficientes os documentos exigidos na habilitação, solicitados no instrumento convocatório. Assim, a exigência de autorização de funcionamento emitida pelo Ministério da Saúde e demais documentos mencionados pela impugnante, em nome das empresas licitantes, representa um formalismo excessivo e injustificado. Corroborando tal entendimento, cita-se o Acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (APELAÇÃO CÍVEL Nº 0013952-43.2009.8.19.0061):

*"A exigência contida no item 5.3.3.2 do edital nº065/2009, se bem que direcionada a todos os concorrentes, é ilegal, porquanto desproporcional ao escopo do contrato. Não soa razoável que uma empresa para vender álcool em gel e pano para limpeza tenha que ter licença da Anvisa. O apelado invoca aplicação da Lei nº 9782/99, em especial, seu art. 8º que dispõe incumbir à agência reguladora regulamentar, controlar e fiscalizar produtos e serviços que envolvam risco à saúde. Daí exsurge com clareza que o controle e fiscalização se fazem sobre os produtos e serviços, e também sobre as instalações físicas onde*



são os produtos e bens que envolvam risco à saúde pública produzidos. É certo que a agência reguladora pode interditar qualquer estabelecimento no qual sejam estocados, comercializados produtos que exponham o público a risco, desde que reconhecida a situação de risco, o que se insere em seu poder de polícia. Mas, isso **não quer dizer que uma empresa seja obrigada a ter licença da Anvisa, tão apenas porque tem em suas instalações produtos que já receberam, por sua vez, a fiscalização do órgão, se não atua no processo de produção dos mesmos**". (grifei)

Exigências de habilitação excessivamente rígidas e desnecessárias representariam afronta ao Art.30 da lei nº 8.666/93, que visa a limitar as exigências de qualificação técnica em prol da maior competitividade do certame, objetivando-se obter a proposta mais vantajosa para a Administração Pública em cumprimento ao princípio da eficiência. Nesse sentido, a exigência de tais documentos infringiria o princípio da economicidade e ampla concorrência, uma vez que diversas empresas seriam desclassificadas por não possuírem referidos documentos, embora a empresa FABRICANTE a detivesse. Ademais, referidos documentos em questão, embora não exigidos no Edital, da mesma forma não estão vedados, de forma que os licitantes que os possuírem não estão impedidos de concorrer com as demais empresas em igualdade de condições.

É notório que a exigência de requisitos excessivos ou não previstos em lei causa prejuízos à coisa pública, podendo inclusive cercear a competitividade e prejudicar a escolha da proposta mais vantajosa, situações intoleráveis pela Administração Pública.

Deve-se ressaltar que o procedimento licitatório, no âmbito da Administração Pública, deve ser analisado de forma consensual com os princípios vigentes nos âmbitos Constitucional e do Direito Administrativo.

**Não se pode transferir para a Administração Pública, no âmbito de um processo licitatório, o ônus de garantir eficácia de ATIVIDADES FISCALIZATÓRIAS, típicas de Poder de Polícia, ao ponto de se estabelecer uma nova função para a documentação de habilitação, que extrapole aquela constitucionalmente prevista, qual seja, de "garantir o cumprimento das obrigações contratadas" (Art 37, XXI da CRFB), e ainda, ao ponto de se criar um verdadeiro entrave ao regular funcionamento da "máquina administrativa", em sua atividade de contratações/aquisições.**

Vale ressaltar que, se considerarmos que por força do supramencionado dispositivo constitucional restringem-se as exigências de habilitação à “garantia do cumprimento das obrigações” (e não a garantir eficácia de atividades de fiscalização), não podendo a lei dispor de forma diversa, poder-se-ia detectar, a priori, uma verdadeira inconstitucionalidade nas referidas exigências.

Vejamos o parecer da Assessoria Jurídica do Instituto:

*“Vem a esta assessoria jurídica, para parecer, impugnação ao Edital de Pregão Presencial 04/2016, formulado pela empresa AMANDA COMÉRCIO DE PAPÉIS E EMBALAGENS LTDA., afirmando que, para fins de fornecimento do objeto licitado (material de limpeza e produtos de higienização) se faz necessário a exigência de AFE (Autorização de Funcionamento) e do Alvará de Saúde emitido pela Vigilância Municipal ou Estadual.*

*A disposição invocada pela impugnante (art. 30, IV da Lei de Licitações) não se aplica no presente caso, uma vez que a Leis Federais 6.360/76 e 5.991/73 tratam do regramento a ser observado pela empresa frente aos órgãos de fiscalização, e não estende a exigência a participação em licitações públicas.*

*A Administração, ao promover o procedimento licitatório, possui poder discricionário ao estabelecer as exigências para participação no certame, dentro dos limites da legislação.*

*A aquisição do material através do Pregão Presencial 04/2016 não traz justificativas a exigir a documentação elencada pela impugnante, sendo dever das licitantes o cumprindo das exigências contidas na legislação federal FRENTE AOS ÓRGÃOS DE FISCALIZAÇÃO.*

*Pelo exposto, com a finalidade de propiciar a universalidade de participação, esta assessoria opina pela manutenção das exigências (mínimas) constantes no edital, eis que não se trata de compra de grande vulto e complexidade, e se dará mediante entrega imediata e não continuada. É o parecer.”*

No mesmo sentido se manifesta o Instituto Gamma de Assessoria à Órgãos Públicos – IGAM em relação ao presente pedido de impugnação:



**“Orientação Técnica IGAM nº 3.988/2016.**

I. O Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores do Município de Novo Hamburgo, RS, por meio de sua servidora Juliana Almeida, Coordenadora de Gestão, solicita orientação acerca de exigência de qualificação técnica em licitação pública, modalidade pregão, para aquisição de saneantes e produtos de higiene. A consulta está assim formulada:

Conforme Contato telefônico segue anexo o Pedido de Impugnação ao edital referente ao Pregão Presencial nº 04/2016. Não foi exigida qualificação técnica nos documentos de habilitação pelo fato de se tratar de materiais/produtos com entrega imediata e total. Para os itens papel higiênico e papel toalha foram solicitadas amostras. O questionamento da impugnante é quanto à qualificação técnica, devendo a empresa possuir Autorização de Funcionamento emitida pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), Alvará de saúde, em plena validade, expedido pela Unidade Competente da esfera Estadual ou Municipal e ainda registro do produto para os itens sabonete líquido, álcool 70% e álcool gel para mãos. Solicito orientação técnica quanto à presente impugnação e urgência, conforme Parágrafo Primeiro da Cláusula Primeira do Contrato nº 10-1/2015, e ainda por se tratar de pedido de impugnação ao Edital.

II. No que refere às exigências de qualificação técnica, a Lei nº 8.666 estabelece limites, deixando ao livre arbítrio da Administração impor maior ou menor grau de exigência. O poder discricionário da Administração, entretanto, não é absoluto. Neste mesmo sentido, o disposto no art. 4º, inciso XIII, da Lei Federal nº 10.520, de 2002, aplicável a modalidade pregão:

Art. 4º. [...]

XIII - a habilitação far-se-á com a verificação de que o licitante está em situação regular perante a Fazenda Nacional, a Seguridade Social e o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, e as Fazendas Estaduais e Municipais, quando for o caso, com a comprovação de que atende às exigências do edital quanto à habilitação jurídica e qualificações técnica e econômico-financeira;

A licitação pública tem um objetivo material específico, que é a busca da proposta mais vantajosa. A obtenção desse desiderato, ao menos em tese, se dá pela interpretação das normas em favor da ampliação da disputa. Ou seja, laborando no sentido de permitir a participação do maior número de licitantes no certame.



A maior ou menor exigência editalícia deverá ser proporcional à maior ou menor complexidade do objeto da licitação, assim como ao maior ou menor risco do investimento dos recursos públicos (contratos de despesa) ou mesmo à hipótese de não haver investimento do Poder Público (contratos de receita).

Esse entendimento encontra suporte na parte final do inc. XXI, do art. 37 da Constituição da República:

XXI - 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.** (Grifou-se)

Especificamente acerca do objeto da consulta, o Tribunal de Contas da União, ao analisar caso semelhante acerca de contratação realizada por instituição hospitalar do Rio de Janeiro, assim manifestou-se:

REPRESENTAÇÃO. HOSPITAL FEDERAL DA LAGOA/RJ. PREGÃO ELETRÔNICO. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE LIMPEZA E CONSERVAÇÃO HOSPITALAR. INDÍCIOS DE IRREGULARIDADES. EDITAL. CLÁUSULAS RESTRITIVAS. OITIVA DO RESPONSÁVEL E DA EMPRESA CONTRATADA. JUSTIFICATIVAS INSUFICIENTES PARA AFASTAR A TOTALIDADE DAS IRREGULARIDADES. EXIGÊNCIAS PARA HABILITAÇÃO DESNECESSÁRIAS. CONTRATAÇÃO PELO MENOR PREÇO. AUSÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO. JURISPRUDÊNCIA DO TCU. NÃO-CARACTERIZAÇÃO DA TUTELA DO INTERESSE PÚBLICO. CONHECIMENTO. REPRESENTAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. DETERMINAÇÕES. ARQUIVAMENTO.

[...]

2.3 Quanto à exigência apresentação de documento impertinente ao objeto licitado, foram tecidas considerações no sentido de que o item 59.6 do edital trata da necessidade de apresentação de uma licença de funcionamento que seria emitida pela Anvisa (Peça 3, p. 10)., apesar de a licença regulada pelo Decreto 79.074/1977 destinar-se a fabricantes e grandes armazenadores de saneantes domissanitários e assemelhados, entendimento corroborado por consulta realizada pelo pregoeiro ao Sr. Marcos Antônio Ferreira Gomes, da Gerência Geral de Inspeção e Controle de Insumos, Medicamentos e Produtos – GGIMP/Anvisa.

[...]

5.6 Análise Técnica

5.6.1 O item objeto de audiência diz respeito ao fato de as



informações prestadas pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária - Anvisa, por meio do Sr. Marcos Antônio Ferreira Gomes, serem no sentido de que a licença de funcionamento emitida por tal entidade aplica-se a fabricantes e distribuidores de saneantes; o que permite inferir que a mesma não é aplicável à empresa a ser contratada (Peça 10, p. 9). O próprio comércio varejista está dispensado de tal autorização, segundo a resposta do Sr. Marcos Antônio Ferreira Gomes.

[...]  
(grifo nosso)

Assim, não se mostra razoável exigir tais documentos, como necessário para habilitação quanto aos requisitos técnicos das participantes, no que se refere a contratações singelas, de baixa complexidade tecnológica, haja vista que se tratam de bens de entrega imediata, e como tal, as empresas não se enquadram nem como fabricantes, bem como distribuidores, mas sim, comércio varejista.

III. Diante do exposto, conclui-se que o objeto da impugnação da empresa, quanto aos requisitos de ordem técnica, não deve prosperar, haja vista que o grau de exigência não coaduna, nem com a natureza dos participantes, nem com a complexidade do objeto da licitação. O IGAM permanece à disposição.”

Por derradeiro, cabe ressaltar ainda que o Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do SUL – TCE/RS tem o mesmo entendimento, pois em processo licitatório recente, cuja sessão pública ocorreu em 06 de outubro de 2015, Edital nº 29/2015, Processo nº 8625-0200/15-2, tendo como objeto fornecimento de papel higiênico e sabonete líquido, não solicitou referida qualificação técnica nos documentos de habilitação, ou seja, não solicitou Autorização de Funcionamento e Alvará de Saúde, tampouco comprovação dos registros ou notificações dos produtos que segundo a impugnante se aplicaria no caso do sabonete líquido. O Edital do TCE-RS foi utilizado como instrução no presente processo licitatório e pode ser verificado no site do referido Tribunal.

ge

## DA CONCLUSÃO

Pelo exposto, considero improcedente a impugnação apresentada e concluo pelo indeferimento dos pedidos, mantendo-se na íntegra as disposições editalícias.

Atenciosamente,



Juliana Almeida

Pregoeira