

PROCESSO LICITATÓRIO nº: 057/2020

PREGÃO nº: 011/2020

IMPUGNANTE: IRINEU VALENTIM TONELOTTO

**IMPUGNADO: DEPARTAMENTO MUNICIPAL AUTÔNOMO DE ÁGUA E ESGOTO
DE OURO FINO /MG**

1. DECISÃO:

O Pregoeiro do DMAAE, diante das razões expostas, decide:

Conhecer da impugnação interposta pela empresa **IRINEU VALENTIM TONELOTTO**, posto que tempestiva, **para, no mérito, negar-lhes provimento, decidindo pela manutenção das condições estabelecidas no Edital.**

2 – DAS ALEGAÇÕES DAS IMPUGNANTE

Em síntese alega a Impugnante que a exigência contida no item 7.1.4.2 do Edital “Comprovação de Autorização de Funcionamento da empresa licitante (AFE) expedido pela ANVISA” é genérica, não abrangendo as empresas cujo comércio varejista de saneantes e cosméticos está dispensado do documento solicitado.

Que o artigo 5º da RDC nº 16 de 1º de abril de 2014, é claro e, especifica ao narrar que as empresas que exercem o comércio varejista de cosméticos, produtos de higiene pessoal, perfumes e saneantes estão desobrigadas de possuir o referido documento.

Segue discorrendo que própria ANVISA determina que os estabelecimentos devem ser Licenciados na Unidade Federativa em que se localizam, é claro que fabricantes e atacadistas devem possuir a Licença (AFE) e varejistas ficam dispensados, já que efetivamente comercializam produtos fiscalizados através de seus fabricantes e distribuidores, que obrigatoriamente devam possuir AFE e , ainda sobre o posicionamento do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, para ao final requerer a inclusão da ressalva para apresentação da AFE da ANVISA às empresas cujo ramo de atividade seja dispensada para os itens saneantes e cosméticos.

3. DO MÉRITO

Cuida-se de **IMPUGNAÇÃO AO EDITAL DE LICITAÇÃO** interposta pela empresa **IRINEU VALENTIM TONELOTTO**.

De início temos que, a Administração é a gestora dos interesses da coletividade, sendo assim, qualquer prejuízo relacionado à execução do objeto licitado, estará diretamente relacionado com um prejuízo do interesse público.

Referindo-se às exigências contidas no edital ora impugnado os requisitos, vale transcrever o art. 3º, § 1º, I, da Lei 8.666/93 que veda aos agentes públicos *“admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato”*.

Nota-se, assim, uma proibição à restrição da competitividade que não seja conveniente e coerente com o objeto em disputa.

Assim, ao formular o edital, a Administração além de respeitar os requisitos legais e os princípios das contratações públicas, não poderá estabelecer preferências ou distinções que restrinjam a competitividade, a não ser por alguma circunstância relevante devidamente justificada.

Seguindo os ensinamentos de Marçal Justen Filho, em seu comentário ao art. 3º, § 1º, I, da Lei de Licitações:

“O dispositivo não significa, porém, vedação a cláusulas restritivas da participação. Não impede a previsão de exigências rigorosas nem impossibilita exigências que apenas possam ser cumpridas por específicas pessoas. Veda-se cláusula desnecessária ou inadequada, cuja previsão seja orientada não a selecionar a proposta mais vantajosa, mas a beneficiar alguns particulares. Se a restrição for necessária para atender ao interesse público, nenhuma irregularidade existirá em sua previsão. Terão de ser analisados

conjugadamente a cláusula restritiva e o objeto da licitação. Aliás, essa interpretação é ratificada pelo previsto no art. 37, XXI, da Constituição da República (...). (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 9a ed., São Paulo: Dialética, 2009.)

Toda e qualquer restrição deve ter como fundamento razões de ordem jurídica, técnica e/ou econômica que visem o bem do interesse público, pois, caso contrário, tal justificativa será entendida como ilegal.

Desse modo, existem casos em que, dependendo do objeto da licitação, é possível a exigência de condições mais rigorosas ou tecnicamente mais adequadas ao interesse público, como no caso em tela.

Dito isto, temos que assinalar que os municípios mineiros estão sob fiscalização do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, que por sua vez tem posicionamento diametralmente oposto ao do Tribunal do Estado de São Paulo sobre a matéria, “ex vi” da decisão do autos da Denúncia nº 1007383 cujos excertos colacionamos para o deslinde da questão:

EMENTA

DENÚNCIA. PREFEITURA MUNICIPAL. PREGÃO PRESENCIAL. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA VISANDO O FORNECIMENTO DE MATERIAL DE LIMPEZA, HIGIENIZAÇÃO, COPA, COZINHA E DESCARTÁVEIS. ALEGAÇÃO DE INDÍCIOS DE IRREGULARIDADE. IMPROCEDÊNCIA. ARQUIVAMENTO.

A exigência de Autorização de Funcionamento (AFE) concedido pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA às empresas participantes do certame, na fase de Habilitação, não restringe a competitividade, porquanto tem o objetivo de garantir que o produto a ser licitado atenda às exigências técnicas necessárias.

[...]

Prosseguindo em seu entendimento, esclareceu o Órgão Técnico que alguns tipos de empresas necessitam da Autorização de Funcionamento concedido pela ANVISA, por força do art. 2º, inciso VI da Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 16, de 1º de abril de 2014, ANVISA, (f. 52-v/53), vejamos:

Art. 2º - Para efeitos desta Resolução são adotadas as seguintes definições:

(...)

*VI - distribuidor ou comércio atacadista: compreende o comércio de medicamentos, insumos farmacêuticos, produtos para saúde, cosméticos, produtos de higiene pessoal, perfumes e saneantes, em quaisquer quantidades, **realizadas entre pessoas jurídicas** ou a profissionais para o exercício de suas atividades; (grifou-se)*

Destacou a Unidade Técnica, fl. 53, que em se tratando de contrato de fornecimento de produtos entre a administração pública e empresa fornecedora do ramo, fica configurado o comércio por atacado, por estar sendo realizado entre pessoas jurídicas, conforme aludido no inciso VI, art. 2º, da Resolução ANVISA nº 16/2014.

Observou o Órgão Técnico que a empresa Denunciante tem por objeto social o comércio atacadista e varejista dos itens elencados à fl. 02/03 dos autos², dentre eles os produtos de higiene e saneantes. Nesse sentido, ressaltou o Órgão Técnico que referidos produtos estão sob o crivo das normas da vigilância sanitária, em especial da Lei 6.360, de 23 de setembro de 1976.

Concluiu o Órgão Técnico, fl. 53-v, que os produtos saneantes de uso profissional ou de venda restrita a empresa especializada, somente poderão ser comercializados por empresas detentoras da referida Autorização, nos seguintes termos:

Importante ressaltar que o controle imposto pela ANVISA para a comercialização de produtos saneantes de uso profissional propõe-se a minimizar os riscos à saúde. A forma de apresentação desses produtos, a toxicidade ou seu uso específico requerem maior cuidado e qualificação técnica para seu manuseio e aplicação. Portanto, os produtos saneantes de uso profissional ou de venda restrita a empresa especializada, somente poderão ser comercializados por empresas detentoras da referida Autorização, que só será concedida mediante comprovação do devido cumprimento das condições e controles adequados para o exercício da atividade.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, esta Unidade Técnica entende que a solicitação de Autorização de Funcionamento concedida pela ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária constante da Cláusula VIII – Documentação de Habilitação, subitem 1.18 do Pregão Presencial – Registro de Preços nº 004/2017 está correta, condizente com a legislação acima exposta que regulamenta o assunto, não restringindo a participação de interessados ao certame e não se constituindo em ilegalidade.

[...]”

Referida decisão vai bem mais além ao tratar o assunto e sua íntegra poderá ser consultada no site do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, sendo suficiente os excertos supratranscritos para subsidiar a decisão deste Pregoeiro em manter a exigência de apresentação da AFE.

Por todo o exposto resta demonstrado que a exigência, além de justificadas e amparada em normativo específico mesmas não representa restrição à competitividade sendo certo que caso a Impugnante queira participar de certames no Estado de Minas Gerais deverá promover as adequações necessárias.

4. CONCLUSÃO

Diante do todo exposto, conheço da Impugnação, posto que tempestiva, para no mérito **NEGAR-LHE PROVIMENTO**, decidindo pelo prosseguimento do certame nos moldes como estabelecido no Edital.

Intime-se e registre-se.

Ouro Fino, 30 de julho de 2020.

Antônio Alexandre de Carvalho
Pregoeiro do Departamento Autônomo de Água e Esgoto de Ouro Fino – DMAAE