



RESPOSTA À IMPUGNAÇÃO DO EDITAL

REFERÊNCIA: PROCESSO Nº 019/2017 /PREGÃO PRESENCIAL Nº 012/2017

OBJETO: Registro de Preços para futura e eventual aquisição de cargas de oxigênio medicinal.

IMPUGNANTE: WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS LTDA., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o n.º 35.820.448/0001-36, com filial estabelecida na cidade de Divinópolis, Minas Gerais.

A PREFEITURA MUNICIPAL DE ITAPEÇERICA - MG, neste ato representada por sua pregoeira, designada pela Portaria nº 076/ 2017, em face de impugnação ao Ato Convocatório da licitação em epígrafe, interposta pela empresa acima qualificada, recebeu as razões da IMPUGNANTE e vem através da presente decisão manifestar-se nos seguintes termos:

I DA ADMISSIBILIDADE DO PEDIDO

A doutrina aponta como pressuposto dessa espécie de recurso administrativo, cuja existência concreta deve ser preliminarmente aferida, a tempestividade, a fundamentação e o pedido de reforma do instrumento convocatório.

A peça de impugnação aportou nesta Diretoria de Licitações e foi protocolada no Protocolo Geral do Município em 06/03/2017 às 16h45 sob o número 1247/17. Como a sessão pública para abertura da licitação está agendada para o dia 08/03/2017 às 12h30 e conforme descrito no subitem 5.1 do edital até 02 (dois) dias úteis antes da data marcada para abertura da sessão qualquer pessoa poderá impugnar o ato convocatório do Pregão, assim, conclui-se que a petição foi interposta em tempo hábil, razão pela qual houve reconhecimento de sua TEMPESTIVIDADE.

Ressalta-se, entretanto, que a impugnante não preencheu todos os requisitos exigidos no edital, uma vez que esta ao protocolar sua peça recursal não a instruiu com a documentação comprobatória dos poderes de seu subscritor para representá-la perante este órgão público, fato que contraria o disposto no subitem 5.3.1, alínea d, que assim prescreve:

5.3.1 As impugnações poderão ser interpostas através do e-mail: licitacao@itapecerica.mg.gov.br, ficando os licitantes obrigados a apresentar os originais no prazo previsto no subitem 5.1 (...), atendendo obrigatoriamente, sob pena de desconhecimento dos mesmos, às seguintes exigências:

(...)

d) se PESSOA JURÍDICA, a petição deverá ser firmada por sócio, pessoa designada para a administração da sociedade ou procurador. Se sócio, vir acompanhada do contrato social e suas posteriores alterações, se houver; se administrador, do ato de designação deste; se procurador, de documento que comprove poderes do outorgante por meio de um dos documentos retrocitados. No instrumento de mandato deverá constar poderes específicos para interpor recursos e, caso a procuração não seja pública, será necessário o



reconhecimento, por cartório competente, da firma de seu subscritor.

A não apresentação da procuração pública original/autenticada da Impugnante resulta na não comprovação da legitimidade de representação desta, isto é, não restou comprovado que o subscritor da manifestação está apto para o ato. Tal fato torna a impugnação apócrifa e impede seu conhecimento, justamente por ser vedado à Administração Pública descumprir o disposto no edital e com base na vinculação ao instrumento convocatório esta não pode sequer, ser conhecida.

Entretanto, esta pregoeira em observância ao Princípio da Autotutela da Administração Pública e visando uma correção de possíveis falhas no instrumento convocatório, conhece da impugnação interposta para ao final decidir quanto à pertinência das alegações apresentadas.

II DAS ALEGAÇÕES

A Impugnante insurge-se contra o edital do pregão, alegando em síntese que "após analisar com a minúcia apropriada as condições de participação nele constantes, constatou inadequações, as quais serão questionadas, em homenagem ao princípio da legalidade".

Inicialmente afirma que identificou uma omissão no edital, que este não contém a previsão da obrigatoriedade da apresentação do CBPF – Certificado de Boas Práticas de Fabricação ou de seu protocolo dentro do prazo previsto na RDC 69. Afirma ainda que "com a RDC 69 alguns gases medicinais receberão tratamento de medicamento, mediante uma série de procedimentos até então utilizados".

Diante disso, assevera a Impugnante:

a omissão da exigência da CBPF viola os Princípios da Segurança Jurídica, Legalidade, Razoabilidade, Indisponibilidade do Interesse Público e da Supremacia do Interesse Público, haja vista a probabilidade de prejuízo para Administração ao contratar com empresas sem a segurança devida e risco de qualidade do produto.

Em seguida, solicita a alteração do instrumento convocatório, com a inclusão do referido documento ou de seu protocolo de requerimento dentro do prazo previsto pela RDC 69 no rol de Documentos para Habilitação, para que assim seja garantida a qualidade do produto e que a vida dos pacientes beneficiados não seja colocada em risco. Requer ainda que no caso de revendedores, seja apresentada a CBPF do fabricante juntamente com a declaração do fabricante autorizando a comercialização de seus produtos.

Ademais a Impugnante insurge-se quanto à previsão no edital de Cota Reservada de 25% para participação exclusiva de MPes. Assegura que ao limitar a participação exclusiva para MPes estará a Administração diminuindo o caráter competitivo do certame, prejudicando dessa forma, os licitantes e a si mesma, e frustrando o principal objetivo da licitação que é obter o maior número de participantes para assim, obter o menor preço, melhor produto com melhor qualidade. Ressalta ainda que é notório que tal exclusividade restringe totalmente o caráter competitivo do certame, devendo, portanto, a Administração, ampliar a competitividade, e caso esta seja mantida, estarão sendo violadas diversas disposições legais.

Após o explanado, solicita a reforma do edital com a ampliação da participação das empresas de grande porte, em função da amplitude do caráter competitivo e a estrita observância



aos Princípios da Legalidade e da Isonomia, e caso entenda-se que a restrição seja necessária, que seja então previsto no edital que não havendo um mínimo de 3 (três) fornecedores enquadrados como MPE e capazes de cumprir as exigências editalícias, que as de grande porte possam concorrer, e assim, um maior número de empresas possa participar do certame.

Ao final a Impugnante conclui que o edital em tela não é condizente com o previsto em Lei e grande chance tem de insucesso e de insatisfação dos administrados, por isso é que se pede sua adequação nos aspectos abordados e que novo edital seja elaborado e republicado, não havendo como se realizar o ato previsto no atacado edital.

III DA ANÁLISE

Primeiramente salienta-se que foge a competência do pregoeiro avaliar a questão técnica aduzida na impugnação impetrada, assim a fim de subsidiar sua decisão, considerando que parte de seu teor refere-se a aspectos eminentemente técnicos, os autos foram remetidos à área demandante (Secretaria de Saúde) para manifestação quanto à procedência do pedido de reforma do edital, com a inclusão do Certificado de Boas Práticas de Fabricação. Após análise das alegações da Impugnante, a Secretária, Sra. Lara Dias, assim se manifestou:

Não há que se exigir das empresas interessadas em participar do certame tal documentação, haja vista que a exigência deste certificado provoca restrição da competitividade, considerando que algumas empresas fabricantes ainda não estão obrigadas a emitir o Certificado de Boas Práticas de Fabricação, pois conforme determina a lei, somente após 24 meses a partir da data de emissão da AFE, será obrigatória a obtenção de CBPF, e que algumas empresas já peticionaram à ANVISA, mas ainda encontra-se em andamento o processo para certificação ou já possuem relatório favorável à certificação, mas ainda não lhes foi concedido o Certificado. Verifica-se também que ainda não há legislação que atribua às empresas revendedoras de gases, a obrigatoriedade de obterem a Autorização de Funcionamento, tampouco, da Certificação de Boas Práticas de Fabricação de Gases Medicinais, dessa forma, delibero por não ser realizada alteração no instrumento convocatório.

No intuito de melhor balizar sua decisão, esta pregoeira decidiu pelo encaminhamento dos autos a Secretaria Jurídica deste Município para análise e emissão de parecer, a qual se posicionou em síntese que não assiste razão a Impugnante em relação à alteração do edital com a inclusão do CBPF, visto que "se fosse exigida a referida certificação não teria sido observado o princípio da legalidade, pois o art. 30 da Lei 8.666/93 enumera os documentos que poderão ser exigidos para fins de comprovação da qualificação técnica, não incluindo os certificados de qualidade". Acrescenta que "caso considerasse legal a exigência do CBPF, ela não atenderia, no caso concreto, ao princípio da proporcionalidade".

Sobre a alegação da Impugnante de estar o edital restringindo totalmente o caráter competitivo do certame com a participação exclusiva das MPEs na Cota Reservada de 25% a Secretaria Jurídica destacou em seu parecer que "não é uma discricionariedade do gestor, visto que de acordo com a nova redação introduzida pela LC 147/2014, há a obrigatoriedade da reserva de cota ou licitação exclusiva, conforme o caso". Destaca ainda que "A reserva não frustra o caráter competitivo, mas estabelece condições para que as MPEs possam negociar seus produtos com a



PREFEITURA MUNICIPAL DE ITAPEÇERICA

ADM 2013/2016

Rua Vigário Antunes, 155 – Centro – 35.550-000 – Tel. (37)3341-8500

Administração, que certamente não teriam condições de disputar com igualdade com grandes conglomerados, caso da Impugnante”.

Com base no parecer exarado pela Secretaria Jurídica, no posicionamento da Secretária demandante, analisado o teor extraído da peça impugnatória e com base nos princípios da razoabilidade, eficiência, competitividade e supremacia do interesse público entre outros, esta pregoeira passa a analisar os fundamentos apresentados pela Impugnante.

No caso em tela, a Impugnante insurge-se contra o edital e solicita a sua adequação com a inclusão da exigência no rol dos “Documentos de Habilitação” do Certificado de Boas Práticas de Fabricação e, no caso de revendedores (Distribuição, Transportes e Importação de Gases Medicinais), que seja apresentado o CBPF juntamente com a declaração do fabricante informando que o revendedor está autorizado a comercializar os seus produtos. Embasa seu pleito na RDC 069 da ANVISA, mas não fundamenta suas alegações, não transcreve e nem sequer indica incisos, artigos que possam embasar sua fundamentação legal. Assim, sem embasamento legal não há razão ao pedido da Impugnante, o que seria uma ilegalidade inserida no edital, bem como prejudicaria o caráter competitivo do certame.

A exigência de apresentação do Certificado de Boas Práticas de Fabricação como cumprimento da qualificação técnica seria uma ilegalidade, visto que, tal exigência não esta elencada expressamente no artigo 30 da Lei 8666/93, devendo o instrumento convocatório limitar-se as estabelecidas naquele dispositivo. Seria tal exigência uma afronta ao Princípio da Legalidade, visto que qualquer previsão infralegal que aumente o rol taxativo do supracitado artigo também será ilegal por se tratar de matéria que compete exclusivamente à união legislar.

Sobre o tema, colaciona-se o que diz o jurista Marçal Justen Filho “O elenco dos arts. 28 a 31 deve ser reputado como máximo e não mínimo. Ou seja, não há imposição legislativa a que a Administração, a cada licitação, exija comprovação integral quanto a cada um dos itens contemplados nos referidos dispositivos. O edital não poderá exigir o mais do que ali previsto. Mas poderá demandar menos.” (In Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 11ª Ed, São Paulo: Dialética, 2005, p. 306).

O Tribunal de Contas da União defende o entendimento que para o registro do produto no Ministério da Saúde o fabricante teve que demonstrar boas práticas de fabricação, tornando-se assim, desnecessária a apresentação do CBPF nas licitações. Observe a seguir recente manifestação do TCU quanto ao assunto:

Pregão para registro de preços: 1 - A exigência de certificado de boas práticas de fabricação não se coaduna com os requisitos de habilitação previstos na Lei 8.666/1993

Em face de representação, o Tribunal tomou conhecimento de potenciais irregularidades no Pregão nº 208/2010, realizado pelo Ministério da Saúde – MS, para registro de preços, e cujo objeto consistiu na aquisição de kits de testes de quantificação de RNA viral do HIV-1, em tempo real, no total de 1.008.000 unidades, a serem distribuídos para as 79 unidades que compõem a Rede Nacional de Laboratórios (com previsão de mais quatro a serem instaladas), em todos os estados da Federação. Dentre tais irregularidades, constou exigência, para o fim de qualificação técnica, de certificado de boas práticas de fabricação, o qual, na visão da representante, estaria em contrariedade à ordem jurídica. Para o relator, assistiria razão à representante, em razão da ausência de previsão legal para a exigência em questão. Para ele, “o art. 30 da Lei nº 8.666/93 enumera os documentos que poderão ser exigidos para fim de comprovação da qualificação técnica, entre os quais não se incluem certificados de qualidade”. Assim, não haveria sido observado o princípio da legalidade. Além disso, ainda para o



PREFEITURA MUNICIPAL DE ITAPEÇERICA
ADM 2013/2016

Rua Vigário Antunes, 155 – Centro – 35.550-000 – Tel. (37)3341-8500

perante o Ministério da Saúde". Por conseguinte, votou, e o Plenário aprovou, por que se determinasse ao Ministério da Saúde a exclusão do edital do Pregão nº 208/2010 da exigência do certificado de boas práticas de fabricação, por absoluta falta de amparo legal, bem como por não se mostrar indispensável à garantia do cumprimento das obrigações a serem pactuadas. (Acórdão n.º 392/2011-Plenário, TC-033.876/2010-0, rel. Min. José Jorge, 16.02.2011).

Com relação à alegação da Impugnante de que a Cota Reservada de 25% para participação exclusiva de MPES estará diminuindo o caráter competitivo do certame, prejudicando dessa forma, os licitantes e a própria Administração, e ainda, frustrando o principal objetivo da licitação que é obter o maior número de participantes para assim, obter o menor preço, cumpre observar que a Administração Pública deve sempre ter como princípio basilar para a contratação, o da legalidade. Desse modo, verifica-se que esta Administração está cumprindo rigorosamente o que determina a LC 147/2014.

Como as MPES encontram-se em situação de desequilíbrio real na competição com as médias e grandes empresas, o legislador pretendeu estabelecer normas diferenciadas a fim de permitir que estas pudessem concorrer de forma equilibrada com as demais empresas. Com a implementação da LC 147/2014 tornou-se obrigatório, no âmbito da administração pública, a adoção da destinação exclusiva das licitações à participação de MPES nas contratações cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais). Assim traz o art. 48 da referida Lei:

Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública poderá realizar processo licitatório:

- I - destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);
- II - em que seja exigida dos licitantes a subcontratação de microempresa ou de empresa de pequeno porte, desde que o percentual máximo do objeto a ser subcontratado não exceda a 30% (trinta por cento) do total licitado;
- III - em que se estabeleça cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte, em certames para a aquisição de bens e serviços de natureza divisível.

Recentemente a Advocacia-Geral da União editou a Orientação Normativa nº 47, recomendando a adoção da participação exclusiva de MPE ou Sociedade Cooperativa em relação aos itens ou grupos de itens cujo valor seja igual ou inferior a R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).

Diante de todo o exposto, verifica-se que inexistente qualquer afronta à legalidade por parte desta Administração, trata-se apenas da aplicação da LC 147/2014 e não uma mera faculdade do gestor. É certo que a exclusividade concedida às MPES não estará provocando a restrição da competitividade. Por conseguinte, a inclusão no instrumento convocatório da exigência de apresentação do Certificado de Boas Práticas restringirá o caráter competitivo da licitação, o que é vedado por lei, de acordo com o inciso I, § 1º do artigo 3º da Lei 8666/93.

IV DA DECISÃO



PREFEITURA MUNICIPAL DE ITAPEÇERICA
ADM 2013/2016
Rua Vigário Antunes, 155 – Centro – 35.550-000 – Tel. (37)3341-8500

Feitas todas as considerações, após devida análise impugnação interposta verifica-se não haver sentido no pedido da Impugnante de adequação e elaboração de novo edital, assim em razão de interesse público e para ampliar a competitividade do certame, com abrangência de um maior número de licitantes, esta pregoeira decide **CONHECER** a impugnação interposta *pela empresa WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS LTDA* e diante de todo o exposto **NEGAR-LHE PROVIMENTO**, mantendo-se inalterado o edital em todos os seus termos.

Dê ciência à Impugnante, após divulgue-se esta decisão no site www.itapeçerica.mg.gov.br, bem como se procedam às demais formalidades de publicidade determinadas em lei. Junte-se aos autos do Processo nº 019/2017.

Itapeçerica, 07 de março de 2017.


Andréa Vilano Guimarães
Pregoeira Municipal