



ESTADO DE SERGIPE
PREFEITURA MUNICIPAL DE ITABAIANA
FUNDO MUNICIPAL DE SAÚDE DE ITABAIANA

Julgamento de Recurso Administrativo

Ementa: Edital nº. 004/2019, licitação visando contratação de empresa especializada para prestação de serviço de locação e manutenção de cilindros, concentradores e equipamentos para oxigenoterapia, abastecimento de gases medicinais envasados objetivando o atendimento domiciliar aos usuários do Fundo Municipal de Saúde de Itabaiana/SE.

O presente relatório trata da análise e julgamento de Recurso Administrativo impetrado pela empresa White Martins Gases Industriais NE Ltda. devidamente registrada no CNPJ nº. 24.380.578/0041-76 contra o resultado final do Pregão Presencial n. 004/2019, que foi conduzido pelo Pregoeiro no exercício de suas atribuições neste Fundo Municipal de Saúde de Itabaiana, no Estado de Sergipe.

I. Do Recurso Administrativo:

A recorrente invoca o fundamento presente no Decreto Nº. 04/2006 de 02 de janeiro de 2006, Art. 7º, inciso XXIII para apresentar Recurso Administrativo de forma tempestiva insurgindo-se contra o resultado final da licitação, que consagrou como vencedora do certame a empresa CR Oxigênio e Equipamentos Ltda., registrada no CNPJ sob o nº. 04.292.445/0001-43.

O recurso administrativo visa demonstrar incompatibilidade da documentação apresentada oportunamente pela empresa na fase de habilitação de fornecedores na sessão pública do supracitado pregão presencial.

II. Da Tempestividade:

Como a empresa recorrente White Martins Gases Industriais NE Ltda. entregou seu recurso em 26/03/2019 (vinte e seis de março de dois mil e dezenove), portanto, dentro do prazo de 03 (três) dias úteis preconizado no subitem 10.1 do Edital, é tempestiva a peça recursal interposta. Assim, o Pregoeiro dessa Equipe de Pregão CONHECE o Recurso Administrativo ora apresentado.

Registramos que na data de 29/03/2019 (vinte e nove de março de dois mil e dezenove), houve tempestivamente o protocolo das contrarrazões da licitante CR Oxigênio e Equipamentos Ltda., declarada como vencedora provisória do certame.

Odinei Braga de Menezes
Fundo Municipal de Saúde de Itabaiana/SE
Pregoeiro Oficial



ESTADO DE SERGIPE
PREFEITURA MUNICIPAL DE ITABAIANA
FUNDO MUNICIPAL DE SAÚDE DE ITABAIANA

III. Da Licitação:

O Pregão Presencial nº. 004/2019 foi conduzido em consonância com a legislação vigente e obedecendo ao devido processo legal, tendo como resultado final a seleção da melhor proposta para o Fundo Municipal de Saúde de Itabaiana/SE.

A fase interna e externa do procedimento licitatório transcorreu com a incidência de impugnações ao Edital, no que se referia ao julgamento da licitação e na disposição dos itens no Termo de Referência (ANEXO I), para os itens dispostos na habilitação técnica não houve pedidos de impugnação, do qual se concluiu, portanto, o aceite dos participantes às regras estabelecidas.

IV. Dos atos praticados:

A presente impugnação aplica-se somente ao ato da Administração do Fundo Municipal de Saúde de Itabaiana de habilitar a licitante na sessão pública do Pregão Presencial, culminando na escolha da empresa com a melhor proposta para este órgão de saúde pública. Nada mais, portanto, a recorrente discordou quanto aos demais atos praticados ou regras estabelecidas no certame.

V. Das Regras do Edital:

O Edital fora disponibilizado a todos os interessados através do site do município (<https://itabaiana.se.gov.br/>), obedecendo aos trâmites legais.

O Edital define claramente as regras de participação no certame, além de todas as especificações do objeto da licitação dispostas no Anexo I – Termo de Referência. As regras para apresentação e aceitabilidade da documentação de habilitação estão disciplinadas no item 4 do Edital.

Já o item 8.8, do respectivo edital, apresenta exigências adicionais para a aceitabilidade da documentação de habilitação, visando verificar a qualificação da empresa, de forma técnica.

VI. Do critério utilizado para análise da habilitação dos licitantes:

Para julgar a adequação da habilitação das licitantes com as necessidades requeridas pelo serviço, a Administração do Fundo Municipal de Saúde de Itabaiana, através do setor técnico responsável especificou critérios objetivos conforme estabelecidos no item 8.8 do Edital, mais especificamente para o caso concreto o subitem 8.8.4 que transcrevemos abaixo:

Odinei Braga de Menezes
Fundo Municipal de Saúde de Itabaiana/SE
Pregoeiro Oficial



ESTADO DE SERGIPE
PREFEITURA MUNICIPAL DE ITABAIANA
FUNDO MUNICIPAL DE SAÚDE DE ITABAIANA

8.8.4. Autorização de Funcionamento – AFE, expedida pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) da sede ou filial relativo à empresa fabricante de gases medicinais;

VII. Da análise do recurso:

A empresa White Martins Gases Industriais NE Ltda. recorre a esta Administração visando reverter a decisão de habilitação da empresa CR Oxigênio e Equipamentos Ltda. na sessão do Pregão Presencial supracitado.

a. Requer a Recorrente (no qual se transcreve):

- i. A recorrida violou o Edital, já que a empresa apresentou AFE (Autorização de Funcionamento) de terceiro (fabricante LINDE), ao invés de apresentar AFE em seu nome, já que a recorrida possui CNAE como empresa fabricante de gases. Aliás, o Edital exige que os documentos devem ser do CNPJ da licitante e que o fabricante apresente AFE. Ainda, ficou claro que a recorrida vai subcontratar o objeto, o que é vedado pela Lei 8.666/93 e pelo contrato;
- ii. Não foi apresentado CNAE pertinente ao objeto do certame (comercialização de gases).

b. Quanto a apresentação da AFE

Passamos, agora, a relatar os apontamentos da recorrente, bem como a análise da área técnica. O primeiro argumento nas razões da recorrente diz respeito a ausência de apresentação da AFE nominal à empresa CR Oxigênio e Equipamentos Ltda. nos documentos de habilitação.

O fundamento utilizado pela recorrente para propor a desclassificação da sua concorrente no certame foi que a segunda não inseriu nos documentos de habilitação a AFE da distribuidora, como também por suposta subcontratação e "violação aos dispositivos do edital e a diversos princípios".

A Administração do Fundo Municipal de Saúde de Itabaiana vem trabalhando com afinco para desenvolver mecanismos e soluções para viabilizar avaliação e seleção da melhor proposta que atenda às necessidades dos serviços a serem contratados, e evitar as restrições competitivas que são desnecessárias para a licitação. Visando viabilizar essa seleção, a conduta exigida das licitantes que expressamente aderiram às condições estabelecidas no Edital, é apresentar toda a documentação na forma prevista no instrumento convocatório.

A falta de documentação obrigatória ou a sua incompatibilidade com as necessidades do serviço acarreta a imediata recusa da proposta e/ou inabilitação da licitante como meio de resguardar o interesse público.



ESTADO DE SERGIPE
PREFEITURA MUNICIPAL DE ITABAIANA
FUNDO MUNICIPAL DE SAÚDE DE ITABAIANA

Descartamos tal medida, pois a empresa vencedora apresentou a documentação necessária para a correta avaliação de sua capacitação visando a prestação dos serviços.

Tomemos por base as disposições apresentadas no Parecer Técnico nº. 001/2019, emitido pelo setor de Vigilância Sanitária deste órgão, no qual se compõe de profissionais devidamente capacitados para a emissão do mesmo.

Vale lembrar que a AFE (Autorização de Funcionamento de Empresa), é devidamente emitida, fiscalizada e controlada pela ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária), esta por sua vez, é uma agência reguladora, sob a forma de autarquia de regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde.

(...) A agência exerce o controle sanitário de todos os produtos e serviços (nacionais ou importados) submetidos à vigilância sanitária, tais como medicamentos, alimentos, cosméticos, saneantes, derivados do tabaco, produtos médicos, sangue, hemoderivados e serviços de saúde. (https://pt.wikipedia.org/wiki/Ag%C3%A2ncia_Nacional_de_Vigil%C3%A2ncia_Sanit%C3%A1ria)

Continuando com as informações apresentadas no Parecer Técnico nº. 001/2019 em que a ANVISA órgão regulador e emissor das AFEs, conceitua que a mesma como **ato de competência da ANVISA**, que permite o funcionamento de empresas ou estabelecimentos, instituições e órgãos, mediante o cumprimento dos requisitos técnicos e administrativos constantes no Art. 2º. Inciso II, da Resolução da Diretoria Colegiada-RDC Nº 16, de 1º de abril de 2014.

A empresa que não tiver a autorização de funcionamento do órgão sanitário competente cometerá infração sanitária e estará sujeita a pena de advertência, interdição, cancelamento de autorização e de licença e/ou multa. (Lei nº 6.437/1977).

Como informado no próprio parecer técnico e com entendimento dos Artigos 3º e 5º da RDC Nº. 16/2014, temos a obrigatoriedade de exigência da AFE no procedimento licitatório em questão, uma vez que o mesmo se refere produtos medicinais.

Ao solicitar no edital do Pregão Presencial nº. 004/2019, mais especificadamente no item 8.8.4., a Autorização de Funcionamento – AFE, expedida pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) da sede ou filial relativo à empresa **fabricante de gases medicinais** (grifo nosso), pois, levou-se em conta que gases medicinais obedecem a Legislações/Normas particulares, que é o caso das RDC Nº. 69/2008 e RDC Nº. 70/2008 e havendo nessa regulação o questionamento que a notificação dos Gases Medicinais se encontra suspensa, assim todas as empresas que fabricam ou envasam gases medicinais permanecem na obrigatoriedade de possuir a Autorização de Funcionamento, além de cumprir com os requerimentos de Boas Práticas de fabricação, já para as empresas que realizam as etapas de distribuição, armazenamento e transporte de gases medicinais, estão dispensadas da necessidade da AFE para funcionamento.



ESTADO DE SERGIPE
PREFEITURA MUNICIPAL DE ITABAIANA
FUNDO MUNICIPAL DE SAÚDE DE ITABAIANA

Com base no parágrafo anterior podemos concluir que a ANVISA dispensa a emissão de AFE para as empresas comercializadoras e distribuidoras de gases medicinais, assim seria impossível exigir da empresa CR Oxigênio e Equipamentos Ltda. que a mesma apresenta a devida documentação nos documentos de habilitação.

Assim, como no parecer técnico, rerepresentamos as informações dispostas no site da ANVISA:

1. O que são gases medicinais? ▾

2. Os gases medicinais são regulados pela Anvisa? ▾

3. Quais são as normas da Anvisa relacionadas aos gases medicinais? ▾

4. As empresas que fabricam gases medicinais são reguladas pela Anvisa? ▲

Sim. Todas as empresas que participam das etapas de produção de gases medicinais, tais como síntese química, compressão ou separação de gases e qualquer tipo de envase são reguladas pela ANVISA.

Assim, embora a notificação dos Gases Medicinais esteja suspensa, todas as empresas que fabriquem ou envasem gases medicinais devem obrigatoriamente possuir a Autorização de Funcionamento – AFE, expedida pela ANVISA e cumprir com os requerimentos de Boas Práticas de Fabricação, estabelecida pela RDC N. 69/2008, alterada pela RDC 9, de 04 de março de 2010.

A concessão de AFE é orientada pelas Resoluções RDC 16, de 01 de abril de 2014 e RDC 32, de 5 de junho de 2011, que abrangem empresas fabricantes e envasadoras de Gases Medicinais.

Considerando o impacto regulatório no mercado de gases medicinais e as especificidades do setor, a ANVISA ainda não estabeleceu os requisitos com a concessão de AFE para as empresas que realizam as etapas de distribuição, armazenamento e transporte de gases medicinais e, portanto, essas empresas não necessitam de AFE para seu funcionamento.

Os estados e municípios, com base em legislações próprias, podem expedir Licença Sanitária para empresas distribuidoras, armazenadoras e transportadoras de Gases Medicinais.

FIGURA 01: Pesquisa realizada dia 19 de março de 2019, aproximadamente às 11:30 am, no endereço <http://portal.anvisa.gov.br/registros-e-autorizacoes/medicamentos/produtos/gases-medicinais/informacoes-gerais> (grifo nosso)

Outro fato importante que merece ser citado pelos responsáveis técnicos, se refere que ao se exigir a AFE do fabricante, pois assim, amplia-se a competitividade no procedimento licitatório, uma vez que, na realização da pesquisa de mercado, numa das fases preparatórias para a realização da licitação, observou-se que há na região empresas que trabalham com todo o procedimento para a realização dos serviços necessário ao Fundo Municipal de Saúde de Itabaiana, mas não fabricam o devido gás.

Assim, a recorrente ao afirmar que a contratação da recorrida é temerária e que colocaria em risco a coletividade, principalmente pela incerteza da qualidade do produto que será entregue não tem sustento.

Com base no que já fora relatado é indubitável que não podemos discordar de uma documentação que é de inteira responsabilidade da ANVISA, uma vez que no ato de apresentação dos envelopes de Proposta de Preços e Habilitação, e conseqüentemente após



ESTADO DE SERGIPE
PREFEITURA MUNICIPAL DE ITABAIANA
FUNDO MUNICIPAL DE SAÚDE DE ITABAIANA

as aberturas dos primeiros, ficou evidente na proposta de preços da empresa CR Oxigênio e Equipamentos Ltda. que os gases a serem fornecidos serão da marca do fabricante Linde Gases Ltda., sendo assim, é de se esperar que a AFE a ser inserida nos documentos de habilitação fosse da empresa Linde Gases Ltda., como fora devidamente apresentado.

Quanto a subcontratação, informada pela empresa White Martins Gases Industriais NE Ltda. em seu recurso administrativo transcrevemos o que diz a Lei 8.666/93:

Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:

[...]

II - Serviço - toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou **trabalhos técnico-profissionais**;

III - Compra - toda aquisição remunerada de bens para fornecimento de uma só vez ou parceladamente;

Analisemos agora os itens contados no Termo de Referência do Pregão Presencial nº. 004/2019:

Item	Descrição dos Serviços
1	Serviços de fornecimento de oxigênio medicinal – Pureza de 99,5%, fornecido em cilindro com capacidade de 2,0 a 10 m ³ .
2	Serviços de fornecimento de oxigênio medicinal – Pureza de 99,5%, fornecido em cilindros com capacidade de 0,3 a 1,0 m ³ .
3	Locação de cilindros para acondicionamento de gases medicinais. (cilindro c/ cap. de 0,3 a 10 m ³).
4	Locação de equipamentos para oxigenoterapia. Composto de: 01 - suporte para cilindro; 01 - regulador de pressão c/ fluxômetro com escala 0-15l/min para oxigênio medicinal; 01 - máscara para oxigenoterapia ou cateter nasal tipo óculos; 01 - umidificador plástico; 01 - extensão de silicone.
5	Locação de concentrador de oxigênio. Com cap. Max de fluxo de 5l/min, concentração min de 87% de oxigênio na vazão máxima. Composto de: 01 - cilindro de oxigênio (cap. 0,3 a 10 m ³); 01 - suporte para cilindro; 01 - regulador de pressão c/ fluxômetro com escala 0-15l/min para oxigênio medicinal; 01 - máscara para oxigenoterapia ou cateter tipo óculos; 01 - umidificador; 01 - extensão de silicone.

Tabela 01 – Edital PP nº. 004/2019

A formalização do termo de referência nestas proposições atentou-se ao fato que a empresa vencedora deve realizar a recarga/troca no domicílio do paciente (Item 3.2 do Termo de Referência – Anexo I do Edital n. 004/2019), uma vez que o Fundo Municipal de Saúde de Itabaiana não possui estrutura para acondicionamento e manuseio e nem profissional técnico para a realização dessas tarefas, assim, nos serviços de troca de gases medicinais está incluso já o Gás Oxigênio, que por sua vez, tem marca, em virtude de se tratar de um produto.

Odilene Braga de Menezes
Fundo Municipal de Saúde de Itabaiana/SE
Prefeiteira Oficial



ESTADO DE SERGIPE
PREFEITURA MUNICIPAL DE ITABAIANA
FUNDO MUNICIPAL DE SAÚDE DE ITABAIANA

Lembramos que de acordo com a Lei 8.666/93, em seu Art. 15, § 7º, Inciso I, o instrumento convocatório deve apresentar especificação completa do bem a ser adquirido sem indicação de marca, mas na proposta de preços dos participantes a mesma deve vir especificada, pois é daí que o órgão saberá se a mesma é compatível com o que está sendo licitado.

Assim, a recorrente confunde fornecimento com subcontratação ao afirmar que, ao aceitar a habilitação da empresa com melhor oferta, o Fundo Municipal de Saúde estará conveniente com uma subcontratação vetada pela Lei nº 8.666/93 e com a minuta do contrato do Pregão n. 004/2019.

A recorrente sustenta também que a recorrida é fabricante de gases, e assim, deveria apresentar AFE em seu nome, mas a própria recorrente não cita que a empresa recorrida é fabricante de gases industriais, e não fabricante de gases medicinais, uma vez que a própria ANVISA faz diferenciação entre ambos, e que esta situação já fora abordada no parecer técnico no qual repetimos abaixo:

1.1 Qual a diferença de gases medicinais e outros gases, como os industriais?

Um mesmo gás, como por exemplo o oxigênio, tem aplicações medicinais e industriais.

Todavia, de acordo com a destinação de uso do gás existem diferentes critérios de pureza e qualidade. Os gases medicinais, em geral, atendem aos critérios estabelecidos na Farmacopeia Brasileira ou outros compêndios internacionais. Além disso, devem ser produzidos por empresas licenciadas e autorizadas pelas autoridades sanitárias competentes e que cumpram as Boas Práticas de Fabricação de gases medicinais, conforme normativas vigentes da Anvisa.

Para melhor diferenciação entre gases medicinais e industriais, o INMETRO estabelece cores de cilindros específicas para cada gás e destinação. Dessa forma, o oxigênio medicinal deve ser acondicionado em cilindros verdes, enquanto o oxigênio industrial deve ser comercializado em cilindros pretos, por exemplo.

FUGURA 02: Pesquisa realizada dia 19 de março de 2019, aproximadamente às 11:30 am, no endereço <http://portal.anvisa.gov.br/registros-e-autorizacoes/medicamentos/produtos/gases-medicinais/informacoes-gerais>

Além de não fazer menção que a recorrida é fabricante de gases industriais, a recorrente também não se atém ao objeto licitado, que é contratação de empresa especializada para **prestação de serviço de locação e manutenção de cilindros, concentradores e equipamentos para oxigenoterapia, abastecimento de gases medicinais envasados** objetivando o atendimento domiciliar aos usuários do Fundo Municipal de Saúde de Itabaiana/SE.

Assim, apresentar uma AFE de autorização de fabricação de gases industriais, como afirma a recorrente, acarretaria na inabilitação da recorrida, uma vez que esse documento não estaria de acordo com o objeto licitado.

A recorrente também apresenta em seu relatório de recurso administrativo uma interpretação hermenêutica das RDC's da ANVISA, e ressalta um entendimento que a RDC n. 69 da ANVISA exige a AFE até mesmo para distribuidor no caso de comercialização de gases



ESTADO DE SERGIPE
PREFEITURA MUNICIPAL DE ITABAIANA
FUNDO MUNICIPAL DE SAÚDE DE ITABAIANA

medicinais, e conclui que o devido regulamento se aplica não somente à empresa que produz o gás medicinal, mas todas aquelas que, sem realizar o processo completo, participam do controle, da elaboração de alguma etapa do processo, do fracionamento, do acondicionamento, da distribuição, do transporte e da importação do gás medicinal, mas mesmo assim a recorrente não se atém ao fato que a ANVISA dispõe em site próprio que, *ainda não estabeleceu os requisitos com a concessão de AFE para as empresas que realizam as etapas de distribuição, armazenamento e transporte de gases medicinais e, portanto, essas empresas não necessitam de AFE para seu funcionamento.* (Transcrição das informações constadas no site da ANVISA e na Tabela 01 deste julgamento)

Quanto ao fato que a recorrente alega que os documentos apresentados no certame devem ser da pessoa jurídica participante do certame, e que todos os documentos de habilitação devem ser apresentados em nome e CNPJ da empresa participante, dispomos a seguir:

A partir do parágrafo anterior, a Administração Pública não pode trabalhar com a totalidade dessas informações e não dar a devida atenção às exceções, uma vez que a mesma pode solicitar documentos de responsabilidade e em nome de terceiros, desde que para isso tenha amparo legal. É o caso de aquisição de medicamentos, em que se deve exigir Certificado de Boas Práticas de Fabricação e Controle por linha de produção/produtos, emitido pela Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde, pois tal certificado é emitido em nome do produto e não da empresa fornecedora, e encontra amparo legal na art. 5º, III da Portaria nº. 2.814/GM/98, alterada pela Portaria nº. 3.765/MS/98.

Continuando o raciocínio, e de maneira exemplificada, caso a Administração exigisse que o Certificado de Boas Práticas de Fabricação e Controle fosse em nome das empresas participantes, acarretaria na participação apenas de laboratórios, ficando de fora os fornecedores, o que acarretaria na violação do princípios da competitividade, e estaria, conseqüentemente, comprometendo decisivamente o caráter competitivo do certame.

Com base no exemplo, podemos deduzir que ao solicitar que a AFE a ser apresentada fosse do fabricante do gás medicinal, estamos assim, ampliando a competitividade, pois a sua exigência encontra respaldo legal, onde mais uma vez, como citado na Figura 01, as empresas que realizam as etapas de distribuição, armazenamento e transporte de gases medicinais não necessitam de AFE para seu funcionamento, e ao apresentar AFE do fabricante, ter-se-ia a comprovação das boas procedências do produto.

Ao aceitar que somente empresas fabricantes de gases medicinais participassem do processo licitatório, estaríamos restringindo o caráter competitivo, que para o objeto licitado não há mercado amplo para a prestação desses serviços no Estado de Sergipe.

Constam nos autos do processo licitatório, documentos encaminhados ao setor técnico (no ato de coleta de orçamentos para a elaboração de preço estimado) de empresas regionais que não trabalham com o objeto licitado em sua totalidade, e documentos de

Odinei Braga de Menezes
Fund. Municipal de Saúde de Itabaiana/SE
Fiscal Oficial



ESTADO DE SERGIPE
PREFEITURA MUNICIPAL DE ITABAIANA
FUNDO MUNICIPAL DE SAÚDE DE ITABAIANA

empresas informando a inviabilidade de apresentar uma proposta, quanto a pesquisa de preços, em virtude da não atuarem na região.

Já a declaração apresentada pela empresa CR Oxigênio e Equipamentos Ltda. em que a mesma é revendedora da LINDE, e que a recorrente informa que não ficou provado que a declaração é verdadeira, e que a recorrida deveria apresentar declaração do fabricante acompanhada de contrato da relação comercial, procuração e atos constitutivos/contrato social do fabricante, podemos contar que a **jurisprudência do Tribunal de Contas da União – TCU assenta que os requisitos de habilitação dos licitantes, elencados nos Arts. 27 a 31 da Lei nº 8.666/93, devem ser interpretados restritivamente** (Acórdãos do TCU nº 1.405/2006 e nº 354/2008 — ambos do Plenário; Acórdão nº 949/2008 — 2ª Câmara; e Acórdão nº 566/2006 — Plenário), onde busca-se obstar limitações à ampla competitividade e à isonomia, e que encontra amparo no art. 3º, § 1º, inc. I, da Lei nº 8.666/1993, que obsta ao agente público:

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

Nessa linha de raciocínio, o Superior Tribunal de Justiça deliberou que “o interesse público reclama o maior número possível de concorrentes, configurando ilegalidade a exigência desfilhada da lei básica de regência e com interpretação de cláusulas editalícias impondo condição excessiva para a habilitação” (Superior Tribunal de Justiça. MS nº 7814/DF — 1ª Seção. Relator: ministro Francisco Falcão. Brasília, 28 e agosto de 2002. Diário da Justiça Eletrônico [do] Superior Tribunal de Justiça, 21 out. 2002, p. 267.)

Para o edital prever pontuação técnica diferenciada ao licitante que apresentar carta de solidariedade em licitações, deve-se realizar o procedimento por tipo “técnica e preço”, pois o mesmo não se trata de requisito de habilitação, mas de critério de qualidade para fins de pontuação em licitações deste tipo. (Acórdãos do TCU nos 1.670/2003 e 1.729/2008, ambos do Plenário)

O próprio TCU registra que a Administração no intuito de garantir a qualidade do serviço ou do produto em casos cuja licitação não seja do tipo “técnica e preço” pode, por exemplo, impor apresentação de atestados de capacidade técnica, nos termos do art. 30, inc. II, em harmonia com o disposto no art. 30, § 1º, inc. I, ambos da Lei nº 8.666/1993, documentação que fora devidamente apresentada na conformidade com o item 8.8.1. do Edital nº. 004/2019.

Vale lembrar que o Supremo Tribunal Federal – STF, já se manifestou em ação direta de inconstitucionalidade, em assuntos de similaridade:

O Tribunal deferiu medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade para suspender a eficácia do § 3º do art.



ESTADO DE SERGIPE
PREFEITURA MUNICIPAL DE ITABAIANA
FUNDO MUNICIPAL DE SAÚDE DE ITABAIANA

5º da Portaria 2.814/98, do Ministério da Saúde, que exige que, nas compras e licitações públicas de medicamentos, realizadas pelos serviços próprios, e conveniados pelo SUS, as **empresas distribuidoras apresentem declaração do seu credenciamento como distribuidora junto à empresa detentora do registro dos produtos, bem como termo de responsabilidade emitido pela distribuidora, garantindo a entrega dos mesmos em prazo e quantidade estabelecidos na licitação.**

[...] Em seguida, entendeu-se que as exigências constantes do dispositivo analisado, em princípio, **limitariam a concorrência no certame, configurando verdadeiro aditamento da Lei de Licitações (Lei 8.666/93), em dissonância com o previsto no art. 37, XXI, da CF. (STF. Pleno. ADI 4105 MC/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 17.3.2010. Informativo STF nº 579. O mesmo assunto foi analisado pelo TCU por meio do Acórdão 1.350/2010, 1ª Câmara, rel. Min. Weder de Oliveira) [Grifo Nosso]**

c. Não foi apresentado CNAE pertinente ao objeto do certame

Para essa questão, fazemos, mais uma vez, uso do parecer técnico apresentado em sessão pública.

No contrato social da empresa CR Oxigênio Gases e Equipamentos Ltda., Cláusula Quinta, tem-se as denominações do objeto social, dos quais dispomos:

(...) fabricação de gases industriais, **comércio atacadista de oxigênio**, acetileno, gás carbônico, nitrogênio, argônio, óxido nítrico, hélio, misturas, máquinas e equipamentos industriais suas partes e peças e comércio varejista de equipamentos de segurança, maçaricos para solda, produtos abrasivos, ferragens, ferramentas; comércio atacadista de produtos odontológicos; comércio atacadista de máquinas, aparelhos e equipamentos odonto-médico-hospitalar, aluguel de compressores de ar e bombas de vácuo medicinais. Serviços de manutenção em equipamentos de medida; **locação de equipamentos hospitalares e odontológicos, cilindros, equipamentos industriais (sistemas centralizados de gases);** reparação comercial de produtos odontológicos; instalação; **alteração, manutenção e reparo de rede para distribuição de gases e fluidos diversos;** instalação, manutenção e reparo de equipamentos odontológicos e hospitalares, manutenção e reparação e manutenção de compressores, **transporte rodoviário de gases de todos os tipos** e serviços de engenharia na elaboração e gestão de projetos. (grifo nosso)

Mas a recorrente, alega de que o CNAE da recorrida possui comércio de produtos químicos não é compatível com o objeto do certame, pois no mesmo se deve constar a comercialização de gases.

Tal fato que a recorrente alega se encontra no cartão de CNPJ da empresa com melhor oferta, não estando atenta ao objeto social da recorrida.

Odinei Braga de Menezes
Fund. Municipal de Saúde de Itabaiana/SE
Prefeiro Oficial



ESTADO DE SERGIPE
PREFEITURA MUNICIPAL DE ITABAIANA
FUNDO MUNICIPAL DE SAÚDE DE ITABAIANA

O subsubitem do edital 8.2.2. informa, dentre muitos, que o Contrato Social, apresentado deverá estar contemplado, dentre os objetos sociais, a execução de atividade da mesma natureza **ou compatíveis com o objeto da licitação**. Assim, vejamos, primeiramente, o significado de compatível, de acordo com as dicções do Dicionário Aurélio:

Compatível

Adjetivo de 02 gêneros

1. Que pode existir simultaneamente ou ser exercido com outro ou outros; conciliável.

A habilitação do proponente tem respaldo nos incisos do Art. 27 da Lei Federal N. 8.666/93:

Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

I - habilitação jurídica;

II - qualificação técnica;

III - qualificação econômico-financeira;

IV - regularidade fiscal e trabalhista;

V - cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

Sistemática semelhante adota o inciso XIII do art. 4º da Lei 10.520/02:

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;

Os requisitos de habilitação jurídica nas licitações em geral, estão previstos no Art. 28 da Lei n. 8.666/93:

Art. 28. A documentação relativa à habilitação jurídica, conforme o caso, consistirá em:

I - cédula de identidade;

II - registro comercial, no caso de empresa individual;

III - ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor, devidamente registrado, em se tratando de sociedades comerciais, e, no caso de sociedades por ações, acompanhado de documentos de eleição de seus administradores;

IV - inscrição do ato constitutivo, no caso de sociedades civis, acompanhada de prova de diretoria em exercício;

V - decreto de autorização, em se tratando de empresa ou sociedade estrangeira em funcionamento no País, e ato de registro ou autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente, quando a atividade assim o exigir.

Quanto ao inciso III do referido Art. 28, urge mencionar o entendimento de José de Menezes Niebuhr, no sentido de que, **“as exigências de habilitação jurídica servem para verificar se os licitantes gozam ou não de capacidade jurídica para celebrar contrato**

Odilene Braga de Menezes
Fundaçãõ Municipal de Saúde de Itabaiãna-SE
Fiscal Oficial



ESTADO DE SERGIPE
PREFEITURA MUNICIPAL DE ITABAIANA
FUNDO MUNICIPAL DE SAÚDE DE ITABAIANA

administrativo, isto é, se eles podem, aos olhos do Direito, participar de negócios jurídicos. Nesse sentido, a administração averigua quem é o licitante, como ele foi constituído, se ele está em situação regular e quem o representa". Continua o autor dizendo, "a lei 8.666/93, pelo menos no que tange a habilitação jurídica, não exige que o documento constitutivo preveja expressamente que o licitante se dedique especificamente à atividade correspondente ao objeto da licitação. No entanto, as pessoas jurídicas não devem atuar em atividades estranhas ao seu objeto social, que sejam compatíveis como ele. Dessa sorte, a Administração deve verificar se apenas as atividades desempenhadas pelos licitantes como dispostas em seus documentos constitutivos são compatíveis, em linha geral, com o objeto da licitação. Licitante deve ser inabilitado apenas se houver incompatibilidade. Repita-se que os documentos constitutivo não precisa dispor expressa e especificamente sobre o objeto da licitação."

(Joel de Menezes Niebuhr, *Licitação Pública e Contratos administrativos*, ZENITE)

Nessa mesma linha, Marçal Justen Filho, em comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, diz o seguinte: "**o problema do objeto social compatível com a natureza da atividade prevista no contrato se relaciona com qualificação técnica. Se uma pessoa jurídica apresenta experiência adequada e suficiente para o desempenho de certa atividade, a ausência de previsão dessa mesma atividade em seu objeto social não poderia ser empecilho a sua habilitação.**" (Marçal Justen Filho, *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 11ª ed.)

Com relação ao objeto social, o que se precisa averiguar, portanto, é se a natureza jurídica da pessoa permite a prática da atividade.

Após às análises anteriores, constata-se que o objeto social da empresa declarada vencedora da licitação enquadra-se perfeitamente na atividade da licitação.

Não se pode esquecer que o CNAE tem por objetivo categorizar empresas, instituições públicas, organizações sem fins lucrativos e até mesmo profissionais autônomos em códigos de identificação, nos quais, códigos, padronizados em todo o país, são utilizados nos cadastros e registros da administração federal, estadual e municipal, com foco em proporcionar melhorias na gestão tributária e conseguir controlar ações fraudulentas.

Assim os registros do CNAE contribuem e dão suporte às decisões dos órgãos públicos a fim de aprimorar a legislação tributária, facilitando o enquadramento da empresa nos múltiplos órgãos tributários no Brasil.

De outro lado, além dessa conclusão, não se pode esquecer que o ato convocatório não apresenta exigências quanto ao CNAE empresarial, pelo que não poderia a ausência deste específico comprovante, acarretar a exclusão da Recorrida do certame, até mesmo porque o contrato social é o instrumento idôneo para verificação do Ramo de Atuação da empresa, enquanto o CNAE é uma formalidade cadastral.

Entendimento do TCU:

Odirlei Braga de Menezes
Fund. Municipal de Saúde de Itabaiana/SE
Pregoeiro Oficial



ESTADO DE SERGIPE
PREFEITURA MUNICIPAL DE ITABAIANA
FUNDO MUNICIPAL DE SAÚDE DE ITABAIANA

“não há como admitir exigências não previstas no edital, por configurar violação ao princípio da vinculação aos instrumento convocatório.” (Acórdão n.º 2.993/06, 2ª C.)

Ao examinar a questão, a unidade técnica compreendeu que a representante fora impedida de participar apenas porque seu cadastro na Receita Federal do Brasil apontava atividade não exatamente igual à atividade licitada, embora houvesse grande proximidade entre ambas, sendo certo, para a unidade instrutiva, tratar-se de transportes de pessoas e cargas. Para ela, “o cadastro de atividades na Receita Federal do Brasil não é motivo suficiente para impedir a participação da empresa, ainda mais que tal cadastro não era totalmente discrepante do objeto do certame (...). É certo que esse cadastro é uma imposição legal e deve estar atualizado, porém em nenhum momento há previsão legal de impedir uma empresa de participar em virtude de uma discrepância desse cadastro”. Para o relator, “em princípio, até parecia razoável a exigência fixada no edital, no sentido de que somente poderiam participar do pregão empresas legalmente estabelecidas e especializadas no respectivo ramo”. Todavia, não haveria, na espécie, qualquer indicação no edital de que o cadastro de atividades junto à Receita Federal seria utilizado como o meio de identificação do ramo de atuação dos licitantes, o que significou, conforme o relator, “ampliação não prevista do poder do pregoeiro de decidir quem participaria do certame”. Nesse quadro, ainda para o relator, “não havia razão jurídica ou administrativa para conferir-se arbitrariamente tamanha proeminência à formalidade da anotação cadastral”. Além disso, existiriam outros fatores que indicavam a aptidão da licitante em participar da licitação e em oferecer propostas que aumentariam a competitividade do certame, tal como um contrato firmado anteriormente com a própria Suframa, na qual a representante já houvera provido a instituição com serviços de transporte. Em consequência, votou o relator pela procedência da representação, bem como pelo encaminhamento de determinação à Suframa para que se abstinhasse de prorrogar o contrato decorrente do Pregão n.º 05/2008, e, caso houvesse por parte da instituição em contratar os mesmos serviços, realizasse nova licitação, o que foi acolhido pelo Plenário. (Acórdão n.º 1203/2011-Plenário, TC-010.459/2008-9, rel. Min. José Múcio Monteiro, 11.05.2011)

O objeto licitado é *para contratação de empresa especializada para prestação de serviço de locação e manutenção de cilindros, concentradores e equipamentos para oxigenoterapia, abastecimento de gases medicinais envasados objetivando o atendimento domiciliar aos usuários do Fundo Municipal de Saúde de Itabaiana/SE e o objeto social da empresa CR Oxigênio e Equipamentos Ltda., informa que a mesma tem atividade em comércio atacadista de oxigênio, (...) locação de equipamentos hospitalares e odontológicos, cilindros, equipamentos industriais (sistemas centralizados de gases); (...) instalação; alteração, manutenção e reparo de rede para distribuição de gases e fluidos diversos (...), transporte rodoviário de gases de todos os tipos. Portanto, não assiste razão à recorrente.*

Odirlei Braga de Menezes
Fundo Municipal de Saúde de Itabaiana/SE
Pregoeiro Oficial



ESTADO DE SERGIPE
PREFEITURA MUNICIPAL DE ITABAIANA
FUNDO MUNICIPAL DE SAÚDE DE ITABAIANA


Ademias sugere-se recordar ainda, a precisa lição de Adilson de Abreu Dallari, em sua obra "Aspectos Jurídicos da Licitação", ed. Saraiva:

"... claro que para um participante interessa excluir outro. Quem faz licitação sabe que, nesse momento, há uma guerra entre os participantes, mas a Administração não pode deixar-se envolver pelo interesse de um proponente (que é adversário dos outros proponentes) e não pode confundir esse interesse com o interesse público. Este esta na amplitude do cotejo, na possibilidade de verificação do maior número de propostas."

VIII. Conclusão:

Isto posto, com fulcro no item 10.5. do Edital, sem nada mais a considerar, conhecemos do recurso interposto para negar provimento ao pedido da Recorrente, no sentido de MANTER a mesma classificação da licitante anunciada na ATA DE SESSÃO PÚBLICA PARA RESULTADO DE ANÁLISE TÉCNICA E ABERTURA DO PRAZO RECURSAL.

Itabaiana/SE, 05 de abril de 2019.


Odirlei Braga de Menezes
Pregoeiro Oficial
Odirlei Braga de Menezes
Fundo Municipal de Saúde de Itabaiana/SE
Pregoeiro Oficial

Ratifico em:

12 / 04 / 2019


Mara Rúbia do Nascimento Melo
Secretária Municipal de Saúde