

Brasília/DF, 10 de maio de 2023

N e s t a

Prezado Senhor (a),

Trata-se da análise ao pedido de Impugnação interposta por empresa ao Edital do processo licitatório Pregão Eletrônico nº. 14/2023, cujo objeto é a contratação de empresa especializada para o fornecimento de itens personalizados para utilização em eventos esportivos e/ou institucionais do Sesc-AR/DF.

O Sesc é instituição com personalidade jurídica de direito privado, criada pelo Decreto Lei n. 9.853/46, regido por regulamentos próprios, formalmente aprovados pelos Decretos nº 60.344/67, nº 61.836/67 e pelos demais que vieram complementá-los e/ou alterá-los. A Instituição não tem fins lucrativos e não utiliza recursos federais.

Portanto, no âmbito dos processos licitatórios que realiza, não se reporta diretamente à Lei Federal de Licitações, mas, especificamente, à Resolução Sesc nº 1.252/12, instituída para nortear tais certames.

Quanto à impugnação encaminhada por e-mail em 04/05/2023, às 08h24, esta segue de forma TEMPESTIVA, conforme disposto em Edital.

A requerente, em suma, alega que não há previsão em edital, de que a futura contratada deverá apresentar, ou junto à proposta comercial na forma de anexo no momento de inseri-la no Portal de Compras Eletrônicas, ou na entrega das amostras, laudo comprovando a realização de ensaios demonstrando que os squeezes que serão fornecidos atendem, entre outras, às Resoluções de Diretoria Colegiada – RDC's N°s 51, 52 e 56, provando o cumprimento dos limites de migração aceitáveis de metais pesados, de limites aceitáveis de PVC, de ftalatos e de BPA.

Também alega que o Sesc-AR/DF, ao distribuir os squeezes, estaria assumindo a postura de fornecedor e que a ausência de laudo eventualmente poderia conduzir ao entendimento de que houve omissão e negligência do Sesc-AR/DF

A impugnação foi submetida à Coordenação de Esporte e Lazer – Codel, área técnica da presente demanda, a qual teceu o seguinte parecer:

De acordo com os documentos instrutórios, a contratação em comento objetiva a aquisição de alguns itens, dentre eles os squeezes, que comporão kits de entrega para os inscritos em nos eventos de corrida, bem como serão distribuídos em outros eventos esportivos e institucionais, denotando-se como uma estratégia de gestão da marca da instituição e firmando a identidade visual dos eventos e da instituição nos ambientes externos e de lazer, atendendo assim aos projetos institucionais propostos.

Nesse sentido, e imperioso salutar que o Sesc-AR/DF adquirirá tais squeezes para entrega em eventos e ações institucionais e não para atividade mercantil. Logo, pela teoria subjetivista, que é a mais aceita no Direto do Consumidor, determina-se que o **consumidor final, tradicionalmente, não utiliza o produto ou serviço final para**

produzir algo, nem mesmo de modo indireto, ele apenas o consome, ou seja, para ser considerado consumidor final não se deve ter fins lucrativos ou, se possui, **a atividade econômica não deve ter relação com o produto ou serviço final**, o que se enquadra na presente questão, dado que consoante exposto não se utilizará o item para produção de algo, mas apenas o seu consumo com destinação final.

Assim, com a devida vênia, **não se pode colocar o Sesc-AR/DF como fornecedor de squeeze, dado que a aquisição que se pretende realizar será para compor kit a ser utilizado em atividades institucionais**, ou seja, no caso estamos envoltos em uma relação finalística de cadeia, visto que não se enquadra nos objetivos desta Entidade a utilização mercantil desse item. Ademais, quando o Código de Defesa do Consumidor – CDC determina que fornecedor é pessoa física ou jurídica que desenvolve a atividade de distribuição, se trata do processo de cadeia de produção, que envolve a distribuição das mercadorias com viés logístico, **não podendo ser confundido com a distribuição que será dada nos itens a serem adquiridos que é a ação de disponibilizar e oferecer**.

Por conseguinte, é cediço que a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa é responsável por criar normas e regulamentos que dão suporte para todas as atividades da área no país, sendo publicadas Resolução da Diretoria Colegiada - RDC, que são regulamentações técnica propostas a estabelecer processos regulatórios, práticas e padrões de qualidade para produtos e serviços, **que são de cunho obrigatório pelas empresas fornecedoras que se propõem aquela determinada atividade empresarial**.

Assim, conforme exposto pela impugnante, as RDC nº 51 de 26/11/2010, nº 52 de 26/11/2010 e nº 56 de 16/11/2012 dispõem, em síntese, sobre materiais e embalagens plásticos destinados a entrar em contato com alimentos, no qual se enquadram o squeezes a serem adquiridos, **devendo as empresas fornecedoras observarem tais determinações em suas atividades, dado que consoante informado, tais regulamentações técnicas são de cunho obrigatório**, e que, em caso de disponibilização de produtos em desatendimento das normas sanitárias estariam sendo colocados a comercialização itens “clandestinos”. Estas regulamentações estão vigentes em todo o território nacional desde o exercício de 2010, ou seja, mais de 13 anos, sendo presumível que as empresas do ramo estejam adequadas as determinações sanitárias, logo, parte-se do pressuposto de que os produtos disponibilizados no comércio atendem a tais exigências.

Em contraponto, também é sabido que há empresas que se escusam de obedecer às legislações pertinentes, disponibilizando produtos prejudiciais a saúde e de baixa qualidade, **tanto é assim que incluiu-se no Termo de Referência (subitem 6.1.1) e na Minuta de Contrato (Cláusula Quarta, Parágrafo Sétimo e Cláusula Quinta, alínea “a”), anexos ao Edital em epígrafe, como obrigação da licitante e futura contratada, a observância das normas de qualidade determinadas por legislação própria vigente, a fim de garantir o fiel cumprimento do objeto a ser contratado, tendo condão de trazer clareza e meios de que a Entidade adquira produtos bons e de qualidade**.

Nesse diapasão, o inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal determina que somente se admitirá exigências de qualificação técnica e econômica quando indispensável a garantia do cumprimento das obrigações, tendo o egrégio Tribunal de Contas da União – TCU, em diversos julgados, reafirmado que exigências além das determinadas nas legislações devem ser ressalvadas em casos imprescindíveis, devidamente justificados e motivados de forma expressa e pública, todos objetivando a garantia do objeto.

Ocorre que a busca pela qualidade não pode ocorrer em prejuízo da economicidade e da ampliação da competitividade das licitações, devendo ser avaliado em cada caso se as exigências e condições estabelecidas são pertinentes em relação ao objeto licitado, inclusive no intuito de garantir que o produto a ser fornecido tenha a qualidade desejada. É exatamente nesse ponto que reside a importância de haver a adequada motivação de todos os requisitos a serem cumpridos pelos produtos a serem adquiridos, **o que não se verifica como sendo imprescindível no âmbito da licitação em tela, dado que a contratação de squeeze atenderá a necessidade desta Entidade em montar kits a serem utilizados em suas ações institucionais, sendo uma prática recorrente e que não se tem nenhum registro quanto a eventuais intercorrências de produtos não aderentes às legislações sanitárias**.

Assim, em suma, uma a licitação, por si só, já exige necessariamente, algum tipo de restrição, pois, quando se define a especificação do produto desejado, afasta-se a possibilidade de participação no certame das empresas que não detêm os bens com as características estipuladas. No entanto, **o que não se admite, é o**

estabelecimento de condições que restrinjam o caráter competitivo das licitações em razão de circunstância impertinente ou demasiadas para o específico objeto da contratação, o que poderia ocorrer na presente situação caso haja a exigência de laudos técnicos no certame.

Para analisar as características do objeto a ser fornecido e sua adequação à necessidade da Entidade, já se solicitou na contratação que fossem apresentadas amostras dos produtos para análise e aprovação, sendo cediço que tal exigência traduz-se em um eventual custo à participação no certame. Assim, caso também se exija a apresentação de laudo técnico dos produtos teremos um novo custo a se considerado na licitação, tendo o TCU já se manifestado quando a observância em não onerar desnecessariamente as licitantes antes da celebração do contrato, a exemplo dos Acórdãos 1.677/2014, 538/2015, 1.624/2018 e 2.129/2021, todos do Plenário, bem como de seu entendimento já consolidado, *in verbis*:

“Súmula nº 272/2012 TCU

No edital de licitação, é vedada a inclusão de exigências de habilitação e de quesitos de pontuação técnica para cujo atendimento os licitantes tenham de incorrer em custos que não sejam necessários anteriormente à celebração do contrato”.

Tendo tais aspectos em mente, **entendemos que a exigência do laudo técnico pleiteado pela impugnante somente poderia ser tolerado, em casos excepcionais, quando se revelar imprescindível à execução do objeto, situação que não vemos presente no caso, dado que não se tem histórico anteriores de empresas que não atendam a legislação sanitária, bem como o fato de que há disposição nos documentos da contratação que determinam a obrigação da contratada em respeitar as normas correlatas, matéria que deve ser respeitada durante toda a vigência da execução.**

Em que pese a impugnante ter colacionado outras duas decisões em certames ocorridos anteriormente, é forçoso esclarecer que tais fatos não se traduzem como fonte de direito aplicáveis a todos os casos similares, dado que, segundo já debatido, todos os atos tomadas no âmbito administrativo imprescindem da devida motivação e são eivados de discricionariedade dos gestores.

Posto isto, diante das razões aqui expostas, **entendemos pela manutenção das disposições editalícias**, objetivando, sobretudo, que não haja inserção de requisito restritivo à competitividade e que tenham o cordão de trazer ônus excessivo às licitantes.

Em razão do exposto e em auxílio ao Pregoeiro, conhecemos da impugnação interposta e, no mérito, solicitamos negativa de provimento, mantendo na íntegra o Edital e seus Anexos, ora impugnados.

Diante dos fundamentos apresentados pela empresa, a impugnação foi conhecida e não provida por este Sesc-AR/DF.

Por fim, reiteramos a data de abertura do certame, qual seja dia **15/05/2023**, às 10h, no portal Comprasnet (www.gov.br/compras).

Fábio Zacarias de Souza
Comissão Permanente de Licitação – CPL
Sesc-AR/DF