ILMO (A). SR (A). PREGOEIRO (A) DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO DA PREFEITURA MUNICIPAL DE XANXERÊ DO ESTADO DE SANTA CATARINA.

REF.: PREGÃO ELETRÔNICO Nº 0004/2020
PROCESSO LICITATÓRIO Nº 0041/2020
DATA DA SESSÃO: 03/03/2020
HORÁRIO: 09h00min

WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS LTDA, sociedade empresária, com matriz estabelecida no Rio de Janeiro/RJ, CNPJ/MF nº 35.820.448/0001-36 e filial localizada em Joinville/SC inscrita no CNPJ/MF nº 35.820.448/0107-94, doravante denominada "WHITE MARTINS", vem, tempestivamente, por seu representante legal abaixo assinado, com fundamento no mandamento legal constante do § 2º do art. 41 da Lei Federal nº 8.666/93, apresentar

IMPUGNAÇÃO CUMULADA COM PEDIDO DE ESCLARECIMENTOS

ao **edital do pregão em referência**, pelas razões fáticas, técnicas e jurídicas a seguir delineadas, tendo em vista os vícios verificados no edital, que se não sanados poderão contaminar os atos sucessivos e, consequentemente, o processo poderá ter sua nulidade decretada até mesmo perante o Judiciário.

I. TEMPESTIVIDADE DESTA IMPUGNAÇÃO.

Aplicando de forma subsidiária a Lei nº 8.666/93 a situação em tela, o referido diploma legal assim estabelece:

> "Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.
>
> (...)
>
> § 2o Decairá do direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a administração o licitante que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização de leilão, as falhas ou irregularidades que viciariam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)"

O aludido diploma legal também instituiu o seguinte mandamento:

> "Art. 110. Na contagem dos prazos estabelecidos nesta Lei, excluir-se-á o dia do início e incluir-se-á o do vencimento, e considerar-se-ão os dias consecutivos, exceto quando for explicitamente disposto em contrário."

Neste sentido, excluindo da contagem o dia da sessão pública (02/03/2020), o prazo-limite para impugnar findar-se-á no término do expediente do dia 27/02/2020, razão pela qual, esta impugnação, apresentada hoje, é plenamente tempestiva.

Convém ressaltar que o Tribunal de Contas da União já se manifestou sobre a forma de contagem do prazo-limite para apresentação de impugnação. No Acórdão nº. 1/2007 (processo TC 014.506/2006-2), o TCU entendeu ser tempestiva uma impugnação apresentada em 22/11/2005 (terça-feira) em face de um pregão que teria abertura em 24/11/2005 (quinta-feira).

Da mesma forma, através do Acórdão nº. 382/2003 (processo TC 016.538/2002-2), a referida Corte entendeu ser tempestiva uma impugnação apresentada em 27/9/2002 (sexta-feira) em face de uma licitação que ocorreria em 1/10/2002 (terça-feira).

Ante o exposto, não há dúvidas sobre a tempestividade da presente impugnação.

II – MOTIVOS QUE ENSEJARAM A APRESENTAÇÃO DA PRESENTE IMPUGNAÇÃO.

A WHITE MARTINS teve conhecimento da abertura do processo licitatório em referência, que tem por OBJETO **"A LOCAÇÃO DE CONCENTRADORES DE OXIGÊNIO E CARGAS/RECARGAS DE OXIGÊNIO MEDICINAL DOMICILIAR DESTINADO AOS PACIENTES DA SECRETÁRIA MUNICIPAL DE SAÚDE, DO SERVIÇO MÓVEL DE URGÊNCIA (SAMU), AMBULÂNCIA MUNICIPAL, UNIDADE DE PRONTO**

ATENDIMENTO E UNIDADES BÁSICAS DE SAÚDE" e, na condição de interessada em participar da disputa para o atendimento deste objeto, analisou os termos do edital. Após acurada leitura, foram identificadas exigências que necessitam ser revistas, para que os atos do processo ocorram de acordo com a lei.

III – AUSÊNCIA DA MINUTA DO INSTRUMENTO CONTRATUAL COMO PARTE INTEGRANTE DO EDITAL.

O objeto licitado compreende a locação de equipamentos e o fornecimento de gases medicinais, ou seja, contempla o fornecimento parcelado de produtos.

> **"12. FORMALIZAÇÃO DO PROCESSO**
>
> 12.1. **O prazo de vigência do processo será de 12 meses após a homologação."**

De acordo com o previsto lei, em se tratando de objeto cuja entrega ocorra de forma parcelada, a relação decorrente da licitação, **deve ser formalizada por meio de TERMO DE CONTRATO.**

Aplicando de forma subsidiária o disposto na Lei Federal nº 8.666/93 ao processo em questão, esta assim estabelece sobre a formalização de instrumento contratual em processos licitatórios:

> "Art. 62. O instrumento de contrato **é obrigatório** nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos preços estejam compreendidos nos limites destas duas modalidades de licitação, e facultativo nos demais em que a Administração puder substituí-lo por outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço.
>
> **§ 1º A minuta do futuro contrato integrará sempre o edital ou ato convocatório da licitação.**
>
> (...)
>
> § **4º É dispensável o "termo de contrato" e facultada a substituição prevista neste artigo, a critério da Administração e independentemente de seu valor, <u>nos casos de compra com entrega imediata e integral dos bens adquiridos</u>, dos quais não resultem obrigações futuras, inclusive assistência <u>técnica</u>."** (grifamos e sublinhamos)

Da mesma forma, assim endossa o disposto no art. 63 da Lei nº 8.666/93:

> **"Art. 63.** É permitido a qualquer licitante o conhecimento dos termos do contrato e do respectivo processo licitatório e, a qualquer interessado, a obtenção de cópia autenticada, mediante o pagamento dos emolumentos devidos."

Frise-se que **se esta Instituição objetiva a entrega parcelada e/ou não imediata do produto,** entendemos que o termo de contrato não poderá ser substituído por autorização de fornecimento ou documento congênere **e que a minuta do contrato de fornecimento deve acompanhar o instrumento convocatório.**

Esse entendimento foi inclusive objeto de análise e manifestação do Tribunal de Contas da União, que assim entendeu:

> "A contratação deve ser formalizada obrigatoriamente por meio de termo de contrato sempre que houver **obrigações futuras decorrentes do fornecimento de bens e serviços**, **independentemente da modalidade de licitação sua dispensa ou inexigibilidade**, conforme preconizado no art. 62, § 4º, da Lei nº 8.666/1993." (grifamos)

Por derradeiro, a **WHITE MARTINS** invoca o disposto no § 1º do art. 62 e caput do art. 63 da Lei Federal nº 8.666/93, para requerer que a minuta do contrato de fornecimento seja anexada ao edital, a fim de que as empresas interessadas em participar da licitação tenham conhecimento de suas cláusulas e condições, tais como, **a cláusula que dispõe sobre o critério para reajustamento de preços**, **sobre a vigência e prorrogação da avença**, bem como possam exercer o direito de manifestação em relação às disposições que não guardarem conformidade com a lei.

IV –AUSÊNCIA DE PRAZO PARA MIGRAÇÃO DE FORNECEDOR.

1. Prazo para migração entre fornecedores (PARA O ITEM 01).

Sobre o prazo para entrega do objeto da licitação, dispõe o edital que:

> **"13. PRAZOS E CONDIÇÕES DE ENTREGA DO OBJETO:**
> 13.1. O objeto será recebido e aceito após sumária inspeção pelos órgãos técnicos da Prefeitura, podendo ser rejeitado, caso a qualidade e especificações não atendam ao que foi licitado e às condições de recebimento e aceitação do (s) produto (s) e deverá ser substituído pelo fornecedor, no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas, sem ônus para o Município, sob pena de suspensão da empresa de participar de licitação, de acordo com a legislação vigente." (grifamos)

Verifica-se assim prazo de 24 (vinte e quatro) horas para entrega do objeto. **Contudo, o edital não**

apresenta prazo para migração de fornecedor, ou seja, caso a empresa vencedora do certame não seja a atual fornecedora, será necessário tempo hábil para desmobilização do antigo fornecedor (o que inclui a desinstalação de produtos em todos os locais designados, dentre os quais, a residência de pacientes) e mobilização do novo fornecedor (o que conta com a entrega/instalação de cilindros em todos os locais estabelecidos pela Contratante, incluindo residências de pacientes).

Desta forma, para que todo o processo de desmobilização e mobilização ocorra sem danos aos pacientes inseridos no Programa de Oxigenoterapia, faz-se mister a concessão de prazo exequível para sua realização, **prazo este que não pode ser inferior a 30 (trinta) dias**, a contar da assinatura do contrato ou emissão de ordem de serviço, **além da elaboração de cronograma por parte da Contratante**, contendo a programação de como ocorrerá o processo de migração de fornecedor.

V – FLEXIBILIZAÇÃO DA CAPACIDADE EXIGIDA PARA OS CILINDROS.

O objeto ora licitado contempla o fornecimento de gases medicinais em cilindros. E, para tais reservatórios, o ato convocatório estabeleceu sua capacidade, senão vejamos:

Item	Código	Unid	Especificação	Preço Unit. Máximo	Quantidade	Marca Oferecida	Preço Unitário	Preço Total
1	1146644	UN	LOCAÇÃO DE CONCENTRADOR ESTACIONARIO DE OXIGENIO MEDICINAL, PARA USO DOMICILIAR COM PRESSÃO DE SAÍDA DE 0 A 5 LITROS DE OXIGÊNIO POR MINUTO ALIMENTADO POR ENERGIA ELETRICA COM FUNCIONAMENTO 24 HS POR DIA - ACOMPANHA COPO UMIDIFICADOR. (1-1-46644)	340,0000	320,000			
2	1114756	UN	CARGA/RECARGA DE OXIGÊNIO MEDICINAL 7M³ (1-1-14756)	125,0000	100,000			
3	1117964	UN	CARGA/RECARGA DE OXIGÊNIO MEDICINAL 1 M³ (1-1-17964)	100,0000	50,000			
4	1117966	UN	CARGA/RECARGA DE OXIGÊNIO MEDICINAL 3 M³ (1-1-17966)	115,0000	50,000			
5	1136584	UNI	CARGA/RECARGA DE AR COMPRIMIDO 3M (1-1-36584)	158,0000	5,000			

Oportuno esclarecer que, em se tratando de capacidade de cilindros, há uma certa variação entre os diversos fornecedores no mercado, de forma que, ao se exigir o fornecimento em cilindro com capacidades específicas, a Administração acaba por direcionar o resultado da licitação para fornecedor ou fornecedores específicos, restringindo o caráter competitivo da licitação, ainda que não seja sua intenção.

Desta forma, em não havendo impedimento técnico para a flexibilização da capacidade exigida para os cilindros, **a WHITE MARTINS pede que esta Administração permita o fornecimento do produto em cilindros com capacidades aproximadas para mais e para menos em relação as que estão sendo exigidas no edital, ou, alternativamente, que preveja um intervalo maior na capacidade exigida para os cilindros, conforme**

sugestão abaixo:

- Item 04 – Oxigênio medicinal – Cilindros com capacidade entre 3 m³ e 4 m³;
- Item 05 – Ar comprimido - Cilindros com capacidade entre 1 m³ e 3 m³.

Tal providência certamente **privilegiará a ampliação do caráter competitivo da licitação**, justamente por permitir uma maior número de empresas participantes e, consequentemente, aumentar as chances da Administração de obter proposta mais vantajosa.

Caso ainda assim V.Sa. decida por manter a especificidade do cilindro, a **WHITE MARTINS** **pede que seja apresentado parecer técnico hábil a justificar tal medida**, que se configura restritiva e, portanto, não encontra espeque legal.

É conveniente lembrar que a inclusão de cláusulas restritivas em editais de licitações públicas é repudiada até mesmo por nossa Carta Magna, que assim preconiza:

> **"Art. 37.** A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)
>
> **(...)**
>
> **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."**(Regulamento)

Como já deve ser de Vosso conhecer, a Lei Federal nº 8.666/93 também veda a inclusão de exigências desnecessárias em editais de licitações públicas para não comprometer o caráter competitivo da licitação, senão vejamos:

> "Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010) (Regulamento) (Regulamento) (Regulamento)

§ 1º **É vedado aos agentes públicos:**

I - **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, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991; (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010)" (grifamos)

Por derradeiro, não se identifica uma justificativa plausível para se fixar a capacidade exigida para os cilindros, constituindo tal medida uma barreira a um dos principais objetivos da licitação que é a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, fundamento este em que se embasa a **WHITE MARTINS**, para requerer compreensão e bom senso de V.Sa. na apreciação e deferimento do presente pedido.

VI - NÃO EXIGÊNCIA DA AUTORIZAÇÃO DE FUNCIONAMENTO PARA COMERCIALIZAÇÃO DE EQUIPAMENTOS PARA A SAÚDE (CORRELATOS).

O objeto licitado compreende o fornecimento de produtos para a saúde (concentradores), produtos este que receberam tratamento especial pelos órgãos sanitários no país, os quais regulam todas as atividades que envolvam tais produtos.

Desta forma, as empresas que atuam no ramo de produção e comercialização de equipamentos para a saúde somente podem exercer tais atividades se devidamente licenciadas e autorizadas pelos órgãos sanitários para tanto.

Da leitura dos termos do edital, depreende-se a ausência da exigibilidade de apresentação de de autorização de funcionamento expedida pela ANVISA às empresas participantes da licitação, situação essa que vai de encontro ao mandamento legal, senão vejamos:

O inciso IV do artigo 30 da Lei nº 8.666/93 assim estabeleceu:

"**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."

A **Lei nº 6.360 de 23 de setembro de 1976**, dispõe sobre vigilância sanitária sujeita a medicamentos, drogas, insumos farmacêuticos, correlatos, cosméticos, saneantes e outros e instituiu o seguinte comando:

> "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."(g/n)
>
> (...)
>
> "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."(g/n)**
>
> (...)
>
> **"TÍTULO VIII**
>
> **Da Autorização das Empresas e do Licenciamento dos Estabelecimentos.**
>
> Art. 50. O funcionamento das empresas de que trata esta Lei dependerá de autorização do Ministério da Saúde, à vista da indicação da atividade industrial respectiva, da natureza e espécie dos produtos e da comprovação da capacidade técnica, científica e operacional, e de outras exigências dispostas em regulamento e atos administrativos pelo mesmo Ministério.
>
> Parágrafo único. A autorização de que trata este artigo será válida para todo o território nacional e deverá ser renovada sempre que ocorrer alteração ou inclusão de atividade ou mudança do sócio ou diretor que tenha a seu cargo a representação legal da empresa.
>
> Art. 51. O licenciamento, pela autoridade local, dos estabelecimentos industriais ou comerciais que exerçam as atividades de que trata esta Lei, **dependerá de haver sido autorizado o funcionamento da empresa pelo Ministério da Saúde** e de serem atendidas, em cada estabelecimento, as exigências de caráter técnico e sanitário estabelecidas em regulamento e instruções do Ministério da Saúde, inclusive no tocante à efetiva assistência de responsáveis técnicos habilitados aos diversos setores de atividade."(g/n)

Da análise dos dispositivos legais aqui colacionados, é possível confirmar que a obtenção da licença sanitária para produtos para a saúde emitida pela vigilância sanitária e a autorização de funcionamento junto a Anvisa **é condição *sine qua non* para atuação no mercado,** dada a sua essencialidade.

Em se tratando de produto essencial para a manutenção da vida (produtos aplicados no segmento da saúde, em especial nas atividades de hospitais e tratamento terapêutico a pacientes), **não se deve poupar esforços para contratar apenas empresas que estejam devidamente regulares para exercício da atividade.**

No mercado de equipamentos para a saúde, **são inúmeras as empresas aventureiras,** que funcionam de forma irregular e comercializam produtos não apropriados para a aplicação no segmento da saúde, provocando danos à saúde de pacientes, danos estes que podem ser irreversíveis.

Na condição de responsável legal pela saúde de pacientes, a Administração deve agir com a devida cautela na seleção de empresas para fornecimento do objeto licitado, **exigindo que tais empresas comprovem sua regularidade perante a legislação sanitária, o que inclui a comprovação de possuir autorização de funcionamento válida ainda durante a fase de habilitação do processo.**

A não exigibilidade destes documentos no instrumento convocatório, para fins de qualificação técnica de empresas, acaba por violar o comando legal e, consequentemente, o axioma que se extrai do Princípio da Legalidade.

Por conseguinte, o edital deverá ser retificado para exigir que as licitantes apresentem:

- Autorização de funcionamento para correlatos expedida pela ANVISA.

VII - NÃO EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA.

Não se observa no edital, a exigência de comprovação de qualificação econômico-financeira. Como garantia de que o futuro fornecedor possui a saúde financeira necessária para execução do contrato, é salutar que a Administração se antecipe e adote as cautelas previstas em lei para tal verificação, a fim de evitar surpresa ao longo da execução do contrato.

O art. 31 da Lei Federal nº 8.666/93 enumera os comprovantes que podem ser exigidos pela Administração Pública para efeitos de verificação da qualificação econômico-financeira de empresas, dentre os quais, a certidão de falência e recuperação judicial.

Por tal razão, requer-se que V.Sas. considerem incluir tal exigência no edital, consoante o apregoado na Lei 8.666, que assim determina:

> "Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:
> (...)
> II - certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física;" (grifamos)

VIII - NÃO EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA QUALIFICAÇÃO TÉCNICA POR MEIO DE ATESTADOS DE CAPACIDADE TÉCNICA.

Assim como a qualificação econômico-financeira, a verificação da capacidade técnica de licitantes também constitui medida essencial para a Administração ter a garantia de que está contratando empresa idônea e capacitada para atender ao objeto.

Por tal razão, sugere-se incluir, conforme possibilita a Lei Federal nº 8.666, em seu art.30, inciso II, a exigência de apresentação de atestado de capacidade técnica por parte de licitantes, que comprovem aptidão anterior na execução de objeto compatível com o licitado.

> "Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:
>
> (...)
>
> II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;"

IX - ESCLARECIMENTOS NECESSÁRIOS.

Aproveita-se o oportuno para pedir esclarecimentos sobre os seguintes aspectos:

1) Qual a voltagem que o equipamento previsto no item 01 deverá atender: 110 V ou 220 V?
2) Qual a quantidade de pacientes domiciliares é atualmente atendido pelo Município?

X – PEDIDO.

Por todo o exposto, reputando o esclarecimento solicitado como de substancial mister para o correto desenvolvimento do certame, aguardamos um pronunciamento por parte de V.Sa. com a brevidade que o assunto exige.

Nestes termos, p. Deferimento.

Joinville/SC, 21 de fevereiro de 2020.

White Martins Gases Industriais Ltda.
Claudiomar Nascimento
RG. 5.972.513-0 CPF 018.820.889-56
Gerente de Negócios - Licitações
Fone: (41) 3641-7053 Celular (41) 9290-4347
E-mail: Claudiomar_Nascimento@praxair.com