

**GABINETE DO PREFEITO**  
**ASSESSORIA JURÍDICA**  
**PARECER JURÍDICO**

**Encaminhamento:** Setor de Licitações e Contratos do Município de Xanxerê.

**Interessado:** AIR LIQUIDE BRASIL LTDA

**EMENTA:** AQUISIÇÃO DE OXIGÊNIO MEDICINAL. DIVERSAS IMPUGNAÇÕES. ENTREGA IMEDIATA. DESCRIÇÃO CORRETA DO OBJETO. ETC. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. PROCEDÊNCIA PARCIAL DO RECURSO.

**RELATÓRIO**

O Setor de Licitações do Município de Xanxerê encaminha solicitação de parecer, informando que a empresa AIR LIQUIDE BRASIL LTDA., apresentou impugnação em diversos itens do **Processo Licitatório nº 0040/2017, Pregão Presencial nº 0026/2017.**

A impugnação apresentada sustenta-se, em síntese, que o objeto não foi descrito de forma clara para receber as propostas, há a exigência de entrega imediata do referido produto, a ausência de relação dos locais de entrega, a obrigação de empréstimo do regulador e umidificador completo, unidade de medida adotada para os gases, entre outras.

O processo licitatório aportou à Assessoria Jurídica para parecer e julgamento do recurso.

É o breve relatório.



## PARECER

Inicialmente cumpre informar que o processo licitatório n.º 0040/2017, pregão presencial n.º 0026/2017, tem por objeto a contratação de empresa para aquisição de cargas de oxigênio medicinal e locação de concentradores de oxigênio destinado aos pacientes do Município de Xanxerê, Unidades Básicas de Saúde e ao Serviço Móvel de Urgência (SAMU), Unidade de Saúde 24 horas, conforme especificações constantes no edital e seus anexos.

Importante frisar que o recurso foi recebido pelo Setor de Licitações, em razão de que tanto o protocolo eletrônico, quanto o protocolo manual estavam em manutenção pela empresa Betha. Dessa forma, recebe o presente recurso.

Pois bem.

A empresa AIR LIQUIDE BRASIL LTDA apresentou impugnação em face dos seguintes pontos: a) exigência de entrega imediata; b) ausência de relação dos locais de entrega; c) obrigação de empréstimo do regulador e umidificador completo; d) restrição de competitividade provocada pela previsão de capacidades fixas para os cilindros; e) unidade de medida adotada para os gases; f) exigência para que a contratada mantenha representante na cidade; g) da capacidade exigida para o cilindro backup; e h) do concentrador portátil.

As impugnações devem prosperar, em parte, conforme as seguintes razões:

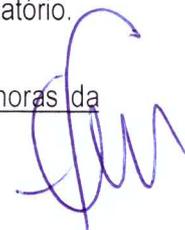
### a) **Da exigência de entrega imediata:**

A empresa impugnante afirma que o prazo imediato de entrega do produto é inexecutável para cumprimento pelas empresas do ramo de gases.

Considerando o relato, entende-se esta Assessoria Jurídica de que é possível a alteração de tal item, para assim, possibilitar mais empresas a participarem do processo licitatório.

Assim, altera-se a redação da cláusula 18 para 24 (vinte e quatro) horas da SOLICITAÇÃO expedida pela Secretaria Municipal de Saúde.

Portanto, acolhe-se a presente impugnação.



**b) Da ausência de relação dos locais de entrega:**

O edital tem o seguinte objeto: aquisição de cargas de oxigênio medicinal e locação de concentradores de oxigênio destinado aos pacientes do Município de Xanxerê, Unidades Básicas de Saúde, ao Serviço Móvel de Urgência (SAMU), Unidade de Saúde 24 horas.

Assim, diferentemente do que consta na impugnação apresentada pela empresa, o município elencou os locais para a entrega do produto: unidades de saúde, SAMU, Pronto Atendimento 24 horas, além dos pacientes que utiliza referido material.

Entretanto, não constou no presente Edital o endereço de cada unidade de saúde, apenas o do SAMU. Assim, considerando ser útil aos participantes desta licitação, a comissão irá apresentar a relação de tais endereços. Frisa-se, igualmente, que todos os locais pertencem ao município de Xanxerê.

Outro ponto impugnado, mas não há razão é a relação dos locais de entrega AOS PACIENTES em razão de que é muito relativo o uso do material. O Município tem conhecimento dos pacientes que fazem uso atualmente, mas é constantemente mutável tal relação.

Ora, pode ser que hoje há um número exato de pacientes que utilizam o produto, mas posteriormente pode ocorrer alguma alteração, como por exemplo, a inclusão de novos usuários.

Dessa forma, fazer constar a relação dos locais de entrega referente aos pacientes impossibilita o próprio município de, após a realização do processo licitatório, fazer alterações.

Logo, em anexo a presente decisão, há o endereço das unidades de saúde.

**c) Da obrigação de empréstimo do regulador e umidificador completo:**

A impugnante afirma que as fornecedoras não têm por prática comercial realizar o empréstimo destes materiais, pois são acessórios frágeis.



Tal manifestação não merece prosperar.

Já é a 5ª (quinta) licitação lançada pela Secretaria Municipal de Saúde e sempre se fez constar o empréstimo do regulador e do umidificador completo para cada unidade de saúde, mediante o Termo de Compromisso emitido pelo fornecedor.

Além disso, o fornecedor deverá entregar no setor de compras o termo de recebimento de carga de oxigênio, assinado pelo paciente e/ou recebedor, para conferência e posterior faturamento.

Assim, a empresa saberá para quem emprestou o material e o tempo de utilização. Lembrando que, terá um responsável pela guarda e conservação do material emprestado.

Dessa forma, permanecem inalterados os itens 19.1.11 e 19.1.13 (letras "c" e "d" da presente impugnação).

**e) Da restrição de competitividade provocada pela previsão de capacidades fixas para os cilindros:**

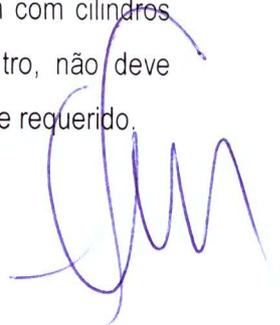
Não há razão a empresa impugnante.

A Secretaria Municipal de Saúde descreveu o objeto da presente licitação fazendo constar o volume de 1m<sup>3</sup>, 3m<sup>3</sup> e 7m<sup>3</sup> cuja cotação de preço variou de R\$ 140,00 (cento e quarenta reais) a R\$ 90,00 (noventa reais).

Logo, a informação de que os fornecedores de gases trabalham com cilindros em que suas capacidades variam em torno de 1m<sup>3</sup> de um fornecedor para outro, não deve prosperar, eis que 06 (seis) empresas do ramo realizaram cotação do preço do volume requerido.

**f) Da unidade de medida adotada para os gases:**

Também não há razão tal impugnação.



Ora, a Secretaria Municipal de Saúde requer unidades de gases, ou seja, a quantidade de cilindros, como por exemplo, o item 1 da presente licitação: 400 (quatrocentas) unidades de carga de oxigênio medicinal de 7m<sup>3</sup>, sendo assim, 400 (quatrocentos) cilindros de 7m<sup>3</sup>.

Logo, tal requisito permanece no presente edital conforme sua descrição.

**g) O volume de oxigênio que deverá ser fornecido a pacientes domiciliares:**

A empresa diz: considerando que parte do volume previsto para o gás oxigênio medicinal deverá ser fornecido (SIC) a pacientes domiciliares, a IMPUGNANTE pede que, considerando as peculiaridades deste fornecimento, **que se informe no edital o quantitativo do oxigênio medicinal que deverá ser destinado a esta finalidade, para que as empresas tenham conhecimento e possam considerar essa diferença na formulação de suas propostas.** (grifo no original)

Razão não lhe assiste.

Nem a própria Secretaria Municipal de Saúde saberá informar tal questionamento, eis que o oxigênio medicinal será utilizado conforme a recomendação médica e conforme a necessidade do paciente.

Ademais, fazer a “separação” entre pacientes domiciliares e SAMU é humanamente impossível, tendo em vista que cada usuário possui suas peculiaridades e prescrições médicas.

**h) Da exigência para que a contratada mantenha representante no Município de Xanxerê:**

Consta no presente edital: A Contratada deverá ter representante no município de Xanxerê-SC, disponível 24 (vinte e quatro) horas por dia, 07 (sete) dias por semana, inclusive feriados, para a entrega dos cilindros imediatamente após solicitação.



A empresa impugnante afirma que tal exigência é excessiva, além de ser expressamente vedada na lei de licitações.

Razão assiste à impugnante.

Dessa forma, restringem-se participantes que não possuem representatividade no município de Xanxerê.

Logo, considerando tal premissa, esta Assessoria Jurídica é do parecer favorável, alterando-se a redação para ter um representante disponível num raio de 50 (cinquenta) quilômetros de distância de Xanxerê, favorecendo-se assim empresas do ramo de gases medicinais de toda a nossa região.

**i) Da capacidade exigida para o cilindro Backup:**

O edital, no item 19.1.6., requereu que a empresa vencedora dos concentradores de oxigênio deverá fazer em comodato: o concentrador de oxigênio, cilindro Back-Up de 1m<sup>3</sup>, regulador de cilindro com fluxômetro.

A empresa impugnante sugere que a exigência de cilindro backup seja de 4m<sup>2</sup>, pois possibilita o fornecimento de oxigênio por tempo razoável até que a operação via concentrador de oxigênio seja retomada.

Em contato com a fiscal do processo licitatório, a mesma informou que é possível acatar a presente impugnação e requerer a utilização do cilindro de aproximadamente até 4m<sup>3</sup>.

Sendo assim, acata-se a presente impugnação.

**j) Do concentrador portátil:**

A impugnante faz o seguinte questionamento: por qual motivo a Administração exige que o concentrador seja portátil?



Entretanto, a Comissão de Licitação informou que realizou uma nota de esclarecimento, ou seja, foi corrigida a descrição do item 4 do Anexo I, do Edital, fazendo constar locação mensal de concentrador estacionário de oxigênio medicinal, para uso domiciliar [...].

Assim, resta prejudicado o presente questionamento.

É bom frisar que o artigo 3º da Lei de Licitações preleciona que tanto a Administração Pública como os interessados ficam obrigados à observância dos termos e condições previstos no Edital.

Por sua vez, o Instrumento Convocatório deve ser claro ao elencar o objeto e seus anexos para a participação de qualquer interessado no processo licitatório em questão.

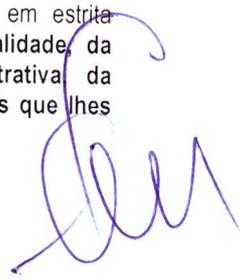
Não se olvida que o edital é a lei interna do certame e vincula as partes. Como ensina Diógenes Gasparini<sup>1</sup>: “[...] estabelecidas às regras de certa licitação, tornam-se elas inalteráveis a partir da publicação do instrumento convocatório e durante todo o procedimento”.

Também é a lição de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO<sup>2</sup>:

O edital constitui-se no documento fundamental da licitação. Habitualmente se afirma, em observação feliz, que é a sua lei interna. Com efeito, abaixo da legislação pertinente à matéria, é o edital que estabelece as regras específicas de cada licitação. A Administração fica estritamente vinculada às normas e condições nele estabelecidas, das quais não pode se afastar (art. 41).

Na delimitação dos serviços e compras a serem realizadas, deve a Administração Pública descrever o objeto da maneira que lhe seja mais vantajosa, observando o princípio da isonomia, previsto no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal e disposto no art. 3º da lei 8.666/93:

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.** (grifei)



<sup>1</sup> GASPARINI, Diogenes. Direito Administrativo. 13ª edição. Editora Saraiva. 2008, p. 487.

<sup>2</sup> Curso de Direito Administrativo. 29ª edição. Malheiros. 2012, p. 594-595.

Ainda neste dispositivo, verificamos em seu parágrafo primeiro a vedação estabelecida à Administração Pública de frustrar o caráter competitivo da licitação:

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinja 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;

No caso em tela, há alguns itens que devem ser revistos pela comissão de licitação para não frustrar o caráter competitivo entre os participantes.

Os princípios da **isonomia** e da **competitividade** na licitação têm por escopo possibilitar o **maior número possível de participantes**, para que a Administração Pública possa selecionar a **proposta mais vantajosa**. Neste sentido, encontramos na jurisprudência:<sup>3</sup>

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. TOMADA DE PREÇO. ENTREGA EXTEMPORÂNEA DO COMPROVANTE DE GARANTIA. ATRASO DE UM DIA. EXCESSO DE FORMALISMO. NÃO SE DECRETA NULIDADE SEM PREJUÍZO. INOCORRÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE E DA VINCULAÇÃO AO EDITAL. 1 - Na hipótese, pode-se ver claramente que a apresentação da garantia fora do prazo estabelecido pelo item 2.6 do Edital **não causou nenhum prejuízo para a administração**, tanto mais porque, não obstante o atraso, a licitante comprovou o requisito de qualificação econômico-financeira para participar da licitação, nos termos do art. 31/III da Lei nº 8.666/93. 2 - **O princípio da igualdade entre as licitantes não foi desrespeitado porque a inobservância do prazo não afetou a participação das demais concorrentes**, nem mesmo causou atraso no andamento do processo licitatório. **Acrescente-se que na aplicação do princípio da igualdade na licitação, deve-se levar em conta que o objetivo é a participação do maior número de concorrentes, e não de limitar esse número**. Finalmente, porque mais importante do que o prazo, houve a apresentação da garantia, como exigido das demais licitantes, a qual foi criada para afastar do certame empresas sem compromisso ou aventureiros' (fl. 192). 3 - Apelação e Remessa Oficial improvidas.

Desta forma, imperioso é que a Administração Pública siga as determinações contidas no edital, visando à segurança jurídica bem como legalidade do processo licitatório, realizando as pequenas alterações propostas por esta Assessoria Jurídica.

<sup>3</sup> TRF-1 - AMS: 116335 DF 1999.01.00.116335-5, Relator: JUIZ JIRAIR ARAM MEGUERIAN, Data de Julgamento: 23/10/2000, SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: 22/04/2002 DJ p.42

Ademais, a Lei nº 8.666/93 estabelece que toda licitação deve resguardar o interesse público, utilizando-se, para tanto, **a garantia da participação total, ampla e irrestrita das pessoas que se fizerem interessadas.**

Isso quer dizer, ressalvado interesse na preservação do erário público, **a licitação deve ser conduzida de modo a ampliar a participação do particular**, oportunizando de forma igualitária que aqueles detentores de capacitação elementar à execução do objeto licitado, possam concorrer para a satisfação daquele interesse público.

Sabe-se que o gestor responsável por licitações públicas deve ampliar o universo de licitantes, incentivar a competitividade do certame e selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública, sem jamais afastar-se dos princípios insculpidos no art. 3º, § 1º, da Lei nº 8.666/93.

Desse modo, resta patente que ao não acolher algumas das impugnações apresentadas afrontaria os princípios da isonomia e da seleção da proposta mais vantajosa, bem como a competitividade do certame.

**Posto isso**, considerando as disposições legais acerca do tema, considerando os princípios da isonomia, considerando que o processo licitatório deve abranger o maior número de concorrentes possível em busca da proposta mais vantajosa para a administração pública, considerando a inexistência de prejuízo, **o PARECER é pela procedência parcial do recurso apresentado pela empresa AIR LIQUIDE BRASIL LTDA, na forma da exposição supra.**

É o parecer.

Xanxerê/SC, 13 de abril de 2017.

  
**FERNANDO JOSÉ DE MARCO**  
Assessor Jurídico do Município de Xanxerê  
OAB/SC 12.157

## **JULGAMENTO:**

Considerando o parecer jurídico retro, o qual passa a fazer parte integrante deste julgamento, acolho a recomendação **e julgo PARCIALMENTE PROCEDENTE o recurso apresentado pela empresa AIR LIQUIDE BRASIL LTDA no Processo Licitatório nº 0040/2017, Pregão Presencial nº 0026/2017.**

Encaminhe-se, intime-se, cumpra-se.

Xanxerê/SC, 13 de abril de 2017.

  
**AVELINO MENEGOLLA**  
Prefeito Municipal