

ILUSTRÍSSIMO(A) SENHOR(A) PREGOEIRO(A) DO MUNICÍPIO DE XANXERÊ/SC.

REF: PREGÃO ELETRÔNICO Nº 0052/2023.
SESSÃO EM 15-01-2024, ÀS 9h.

WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS LTDA, sociedade empresária limitada com Matriz estabelecida na Av. Pastor Martin Luther King Jr., nº 126 – Bloco 10 – Ala A – Sala 401, Del Castilho, Rio de Janeiro/RJ, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 35.820.448/0001-36, com filial estabelecida em Joinville/SC, na Rua Albano Schmidt, nº 2850, bairro Boa Vista, inscrita no CNPJ sob o nº 35.820.448/0107-94, doravante denominada “WHITE MARTINS”, vem, por seu representante legal abaixo assinado, com fulcro no disposto no art. 4º, inciso XVIII da Lei n.º 10.520/2002 e no item 11.4 do edital, interpor:

RECURSO ADMINISTRATIVO

contra a decisão que declarou VENCEDORA e HABILITADA a empresa **NANDIS - COMERCIO DE GASES ATMOSFERICOS LTDA EM RECUPERACAO JUDICIAL**, doravante denominada PRIMEIRA RECORRIDA, situada em Chapecó/SC, na Rua Xavantina, nº 223, Letra D, Bairro Eldorado, CEP 89810-200, inscrita no CNPJ sob o nº 01.959.495/0001-43, em relação aos itens 01 a 04 no Pregão Eletrônico nº 0052/2023, bem como contra decisão que declarou HABILITADA a empresa **CRM GASES E EQUIPAMENTOS LTDA.**, doravante denominada SEGUNDA RECORRIDA, situada em Chapecó/SC, na Rua Ernani Sander, nº 740, Letra E, Parque das Palmeiras, CEP 89.803-805, inscrita no CNPJ sob o nº 11.738.706/0001-71, igualmente no que tange aos referidos itens do certame, requerendo seja o presente recurso recebido e, após analisado, seja reformada a decisão proferida ou faça-o subir à Autoridade Superior, pelos fatos e fundamentos a seguir delineados:

I – TEMPESTIVIDADE E CABIMENTO DO RECURSO ADMINISTRATIVO:

Inicialmente, observa-se que a ora recorrida manifestou tempestivamente sua

intenção de recurso, seja diante do teor do art. 4º, inciso XVIII da Lei n.º 10.520/2002¹, seja frente ao que dispõe o item 11.4 do instrumento convocatório, abaixo transcrito:

11.4 Ao final da sessão, o proponente que desejar recorrer contra decisões do Pregoeiro poderá fazê-lo, através do seu representante, manifestando sua intenção com registro da síntese das suas razões, sendo-lhes facultado juntarem memoriais no prazo de 03 (três) dias. Os interessados ficam, desde logo, intimados a apresentar contrarrazões em igual número de dias, que começarão a correr do término do prazo do recorrente.

Desse modo, denota-se que o presente recurso é tempestivo, bem como cumpre os requisitos de admissibilidade, inexistindo óbice para conhecimento e análise quanto ao mérito, com ulterior acolhimento da inconformidade pelas razões a seguir declinadas.

II – MOTIVOS QUE ENSEJARAM A INTERPOSIÇÃO DO PRESENTE RECURSO E DA INABILITAÇÃO DAS EMPRESAS RECORRIDAS:

In casu, a recorrente destaca que a presente manifestação tem estrita vinculação à interpretação objetiva dos fatos do procedimento licitatório e se destina apenas à preservação do seu direito e da legalidade do presente certame, não constituindo medida que tenha por objetivo perturbar o regular andamento do processo licitatório.

Nesse sentido, como se depreende do histórico constante na ata do pregão – e no que aqui interessa, tendo em vista a participação da recorrente nos itens 01 a 04 do certame –, a empresa **NANDIS - COMERCIO DE GASES ATMOSFERICOS LTDA EM RECUPERACAO JUDICIAL** sagrou-se classificada, habilitada e vencedora do certame, ao passo que a empresa **CRM GASES E EQUIPAMENTOS LTDA.** classificou-se em segundo lugar, restando igualmente habilitada.

Ocorre que a classificação/habilitação das RECORRIDAS, em que pese o zelo de seu prolator, permissa vênua, deve ser reformada, seja porquanto a primeira delas se encontra em *concurso de credores* – sequer sendo admitida sua participação no certame, por força do disposto no instrumento convocatório –, seja porque ambas deixaram de atender às exigências formuladas no edital em relação à documentação a ser apresentada, tudo conforme fatos e fundamentos a seguir declinados.

II(A) – DA DESCLASSIFICAÇÃO/INABILITAÇÃO DA EMPRESA NANDIS - COMERCIO DE GASES ATMOSFERICOS LTDA EM RECUPERACAO JUDICIAL:

II(A.1) – DA VEDAÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM *CONCURSO DE CREDITORES*:

¹ Art. 4 (...) XVIII - declarado o vencedor, qualquer licitante poderá manifestar imediata e motivadamente a intenção de recorrer, quando lhe será concedido o prazo de 3 (três) dias para apresentação das razões do recurso, ficando os demais licitantes desde logo intimados para apresentar contrarrazões em igual número de dias, que começarão a correr do término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos autos.

Inicialmente, depreende-se da mais breve leitura do instrumento convocatório que a participação da empresa elevada à condição de *vencedora* do certame sequer deveria ter sido admitida, na medida em que o item 4.4 do edital assim dispõe:

4.4. Não poderá participar da licitação a empresa que estiver sob falência, concordata, **concurso de credores**, dissolução, liquidação ou que tenha sido declarada inidônea por órgão ou entidade da administração pública direta ou indireta, federal, estadual, municipal ou Distrito Federal ou que esteja cumprindo período de suspensão no âmbito da administração municipal.

É que, no presente caso, a PRIMEIRA RECORRIDA se encontra em recuperação judicial – instituto regido por meio da Lei nº 11.101/2005, submetendo-se os credores à classificação de crédito prevista no art. 83 e seguintes –, conforme se verifica da mais recente consolidação de seu contrato social, registrada em 25-10-2023 e apresentada para fins de habilitação na licitação, senão vejamos:

NANDIS COMÉRCIO DE GASES ATMOSFÉRICOS LTDA – EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL
CNPJ Nº. 01.959.495/0001-43
NIRE Nº. 42202366744
CHAPECÓ – SC

Acresça-se aqui que a empresa NANDIS sequer empreendeu esforços para fins de questionar a vedação prevista no instrumento convocatório, tampouco visando a comprovar que, *apesar* de se encontrar em recuperação judicial, possui inequívoca viabilidade econômica para a execução do objeto, tendo apresentado documentação vencida há anos – o que será abordado a seguir –, de modo que não há de se admitir o prosseguimento da licitante no certame, mormente considerando que a pretensão posta por essa Administração na licitação em epígrafe é o fornecimento de produto essencial para o suporte à vida de inúmeros pacientes atendidos pelo Município de Xanxerê.

Portanto, mostra-se de rigor a desclassificação da empresa NANDIS - COMERCIO DE GASES ATMOSFERICOS LTDA EM RECUPERACAO JUDICIAL, tendo em vista a vedação constante no item 4.4 do edital.

II(A.2) – DA APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS COM PRAZO DE VALIDADE VENCIDOS E/OU EMITIDOS EM PRAZO SUPERIOR A 60 (SESSENTA) DIAS:

Não obstante, pois, a questão atrelada à própria participação da PRIMEIRA RECORRIDA no certame, denota-se que a documentação apresentada para fins de habilitação não atende às exigências formuladas no instrumento convocatório, porquanto – à exceção de seu contrato social, da *prova de regularidade unificada com a Secretaria da Receita Federal e a Dívida Ativa da União* e das *declarações* – **todos** os documentos se encontram com prazo de validade vencidos e/ou foram emitidos com prazo superior a 60 (sessenta) dias da data de recebimento das propostas, designada para 15 de janeiro de 2024. Veja-se:

- Comprovante de Inscrição no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ) emitido em 06-11-2023:

Emitido no dia **06/11/2023 às 17:19:21** (data e hora de Brasília).

- Certidão Negativa de Débitos Estaduais vencida em 07-11-2020:

CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITOS ESTADUAIS	
Nome (razão social):	NANDIS - COMERCIO DE GASES ATMOSFERICOS LTDA
CNPJ/CPF:	01.959.495/0001-43
<p>Ressalvando o direito da Fazenda Estadual de inscrever e cobrar as dívidas que vierem a ser apuradas, é certificado que não constam, na presente data, pendências em nome do contribuinte acima identificado, relativas aos tributos, dívida ativa e demais débitos administrados pela Secretaria de Estado da Fazenda.</p>	
Dispositivo Legal:	Lei nº 3938/66, Art. 154
Número da certidão:	200140108465643
Data de emissão:	08/09/2020 11:43:20
Validade (Lei nº 3938/66, Art. 158, modificado pelo artigo 18 da Lei n 15.510/11.):	07/11/2020
<p>A autenticidade desta certidão deverá ser confirmada na página da Secretaria de Estado da Fazenda na Internet, no endereço: http://www.sef.sc.gov.br</p>	

- Certidão Positiva de Débitos Municipais, com efeitos de negativa, vencida em 23-10-2020:

CERTIDÃO POSITIVA DE TRIBUTOS MUNICIPAIS COM EFEITOS DE NEGATIVA		
NÚMERO CERTIDÃO:	DATA DA EMISSÃO:	DATA DA VALIDADE:
65285 / 2020	23/09/2020	23/10/2020
CPF / CNPJ:	NOME / RAZÃO SOCIAL:	
01.959.495/0001-43	NANDIS - COMERCIO DE GASES ATMOSFERICOS LTDA	

- Alvará Sanitário, vencido em 31-03-2023:

ESTADO DE SANTA CATARINA PREFEITURA MUNICIPAL DE CHAPECÓ SECRETÁRIA DA SAÚDE		ALVARÁ SANITÁRIO	
			
Número da ordem:	Verificado em:	Valido até:	Data de emissão:
3545	2022	31/03/2023	10/03/2022
<p>A prefeitura de Chapecó, por força da Lei Municipal 3496/92 regulamentada pelo Decreto Municipal 3064/93 e conforme Lei Estadual 6320/83, concede o presente alvará sanitário à:</p>			
RAZÃO SOCIAL		CNPJ	
7011 - NANDIS - COMERCIO DE GASES ATMOSFERICOS LTDA		01.959.495/0001-43	

- AFE - Autorização de Funcionamento, expedida pela ANVISA, emitida em 28-07-2022:

28/07/2022 14:50 Consultas - Agência Nacional de Vigilância Sanitária

Consultas / Funcionamento de Empresa Nacional / Resultado / Detalhamento

Dados da Empresa Nacional

Razão Social	CNPJ
NANDIS - COMERCIO DE GASES ATMOSFERICOS LTDA	01.959.495/0001-43
Nome Fantasia	
NANDIS	

Com isso, é evidenciado o desatendimento ao que dispõe o Anexo 02, item 1.7, do edital, *verbis*:

1.7. Os documentos de habilitação deverão estar em plena vigência e, na hipótese de inexistência de prazo de validade expresso no documento, deverão ter sido emitidos há menos de 60 (sessenta) dias da data estabelecida para o recebimento das propostas.

E, como consequência, há de se reputar descumprida a obrigação de apresentação dos documentos se encontram com prazo de validade vencidos e/ou emitidos com prazo superior a 60 (sessenta) dias da data de recebimento das propostas, assim elencados no mesmo Anexo 02 ao instrumento convocatório:

1.2 DOCUMENTOS DE HABILITAÇÃO

1.2.1 Habilitação Jurídica (...)

c) Prova de inscrição no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ).

(...)

1.2.2. Regularidade Fiscal e Trabalhista

b) Prova de regularidade fiscal para com a Fazenda Estadual do domicílio ou sede da licitante, expedida pelo órgão competente;

c) Prova de regularidade fiscal para com a Fazenda Municipal do domicílio ou sede da licitante, expedida pelo órgão competente;

(...)

1.2.3 Outros documentos:

a) Alvará de Licença Sanitária em vigência;

b) AFE - Autorização de Funcionamento, expedida pela ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária) em vigência, das empresas fabricantes e envasadoras de gases medicinais, conforme RDC 32/2011;

Ora, é oportuno destacar, pois, que tal vício é insanável, na medida em que "A falta de quaisquer dos documentos exigidos no Edital implicará inabilitação da licitante, sendo vedada, sob qualquer pretexto, a concessão de prazo para complementação da

documentação exigida para a habilitação", conforme expressamente dispõe o item 1.5 do Anexo 02, ao passo que, em que pese facultada a realização de diligências, pelo Pregoeiro, é cediço que é "vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta", conforme disposição expressa constante no art. 43, §3º, da Lei nº 8.666/1993.

Assim – e acaso não seja de logo *desclassificada* a PRIMEIRA RECORRIDA –, impõe-se seja provido o presente recurso administrativo, fins de reformar a decisão recorrida e inabilitar a empresa NANDIS - COMERCIO DE GASES ATMOSFERICOS LTDA EM RECUPERACAO JUDICIAL diante do desatendimento ao item 1.7 do Anexo 02 do edital e, como consequência, descumprimento das exigências constantes nos itens 1.2, alínea "c", 1.2.2, alíneas "b" e "c" e 1.2.3, alíneas "a" e "b", todos igualmente do Anexo 02 do instrumento convocatório.

II(A.3) – DA AUSÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA APTO A COMPROVAR A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PERTINENTES E COMPATÍVEIS COM O OBJETO DESTA LICITAÇÃO:

Não suficiente o já exposto, verifica-se que a empresa NANDIS igualmente deixou de comprovar sua qualificação técnica, na medida em que o atestado apresentado não se presta ao atendimento da exigência prevista no item 1.2.3, alínea "c", do Anexo 02 do edital, que assim dispõe:

1.2.3	Outros documentos:
a)	Alvará de Licença Sanitária em vigência;
b)	AFE - Autorização de Funcionamento, expedida pela ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária) em vigência, das empresas <u>fabricantes e envasadoras</u> de gases medicinais, conforme RDC 32/2011;
c)	Um ou mais <u>atestado(s) de capacidade técnica</u> , em nome da licitante, fornecidos por pessoa jurídica de direito público ou privado comprovando a <u>prestação de serviços pertinentes e compatíveis com o objeto desta licitação</u> .

É que, no presente caso – e no que aqui interessa –, o Anexo 01-A especifica os itens 01 a 04 do certame da seguinte forma em relação à descrição e quantitativo:

ITEM	DESCRIÇÃO	UNI	QTD	PREÇO UNI MÁX
01	Carga/recarga de oxigênio medicinal 7 m ³	UND	200	R\$ 300,67
02	Carga/recarga de oxigênio medicinal 3 m ³	UND	350	R\$ 276,67
03	Carga/recarga de oxigênio medicinal 1m ³	UND	350	R\$ 223,33
04	Carga/recarga de ar comprimido 3 m ³	UND	50	R\$ 236,67
05	Carga/recarga de nitrogênio líquido para equipamento de criocautério dermatológico de nitrogênio líquido	UND	30	R\$ 30,00

Contudo, o atestado de capacidade técnica apresentado pela NANDIS limita-se a indicar de forma GENÉRICA o fornecimento de "oxigênio medicinal de todos os tamanhos", sem especificar quais seriam esses *tamanhos* – ou seja, a capacidades dos cilindros – e/ou quaisquer quantitativos, como se vê de seu teor:

ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA

A empresa CRM GASES E EQUIPAMENTOS LTDA, inscrita no CNPJ sob o nº 11.738.706/0001-71, sediada no Acesso Ernani Sander, 740-E, Parque das Palmeiras, Chapecó – SC, ATESTA que a empresa NANDIS COMÉRCIO DE GASES ATMOSFÉRICOS LTDA, inscrita no CNPJ sob o nº 01.959.495/0001-43, sediada à Rua Xavantina, 223-D, Bairro Eldorado, na cidade de Chapecó/SC, fornece sem restrições Oxigênio Medicinal de todos os tamanhos com qualidade e pontualidade, bem como de forma satisfatória.

Com isso, dada a ausência de indicação a contento dos gases e capacidade dos cilindros, não é possível aferir da documentação juntada pela PRIMEIRA RECORRIDA a devida compatibilidade com o objeto desta licitação, como exigido no item 1.2.3, alínea "c", do Anexo 02 do edital.

Ora – e modo especial em se tratando do fornecimento de gases medicinais para suporte à vida dos pacientes atendidos no âmbito dos entes públicos –, é evidente a relevância da comprovação da capacidade técnica pelas licitantes, impondo-se à Administração Pública acentuado zelo na análise da documentação apresentada pelos licitantes.

No ponto, é o entendimento do TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO:

A exigência de documentos que comprovem a qualificação técnica e a capacidade econômico-financeira das licitantes, desde que compatíveis com o objeto a ser licitado, não é apenas uma faculdade, mas um dever da Administração, devendo ser essa exigência a mínima capaz de assegurar que a empresa contratada estará apta a fornecer os bens ou serviços pactuados. (Acórdão 891/2018-Plenário – Relator JOSÉ MUCIO MONTEIRO) (Grifamos)

E, oportuno destacar, a *compatibilidade* entre a aptidão a ser comprovada pelas licitantes e o objeto da licitação encontra previsão expressa na legislação, assim dispendo o art. 30, inciso II, da Lei nº 8.666/1993:

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; (Grifamos)

Dessa forma, não se pode admitir a manutenção da habilitação da empresa NANDIS, calhando destacar que, em situações semelhantes, já decidiu o egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, conforme assentado por sua 21ª Câmara Cível, nos autos da AC nº 70085202281 (julgado em 17-08-2021), de relatoria do Desembargador MARCO AURÉLIO HEINZ, *verbis*:

APELAÇÃO CÍVEL. LICITAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. DESCLASSIFICAÇÃO DE PROPOSTA. PREGÃO PRESENCIAL. ATESTADO DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA QUE NÃO CUMPRE REQUISITO CONSTANTE EM EDITAL. O ato convocatório, no item 7.1. letra 'K' do Pregão Presencial n. 92/2019 exige, para comprovação da qualificação técnica operacional, apresentação de atestado expedido por pessoa jurídica de direito público ou privado, que comprove a execução de serviços compatíveis com o licitado. Para tanto, refere especificamente "que executou satisfatoriamente contrato com objeto compatível com o licitado", que é reforma paisagística de praça ou outro logradouro público. O atestado exibido pela apelante é genérico, refere apenas que 'possui capacidade técnica', não trazendo qualquer informação relacionada com a obra ou serviço compatível com a execução de projeto paisagístico. Evidente, portanto, que a concorrente Alderino Zanchet & Cia. Ltda. não cumpriu o requisito do edital, devendo sua proposta financeira ser desclassificada. O art. 41 da Lei n. 8.666/1993 determina que a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, o qual se acha estritamente vinculada. Desta forma, não podia a Comissão de Licitação acolher outro documento senão o exigido no ato convocatório, o qual se encontra vinculada estritamente. Significa dizer, que todos os critérios e todas as exigências constantes no edital devem ser cumpridas pelos licitantes, sob pena de inabilitação. Correta, portanto, a sentença em conceder a ordem, desclassificando a proposta de Alderino Zanchet & Cia. Ltda. Apelação desprovida. (Grifamos)

Por fim, repita-se que tampouco tal vício é passível de *correção*, sendo certo que toda e qualquer documentação para fins de habilitação deve ser apresentada no momento oportuno, tal como previsto no edital, vedada a inclusão posterior.

Portanto, resulta inarredável o acolhimento do presente recurso administrativo e a reforma da decisão recorrida, com a inabilitação da empresa NANDIS - COMERCIO DE GASES ATMOSFERICOS LTDA EM RECUPERACAO JUDICIAL pela ausência de comprovação de sua qualificação técnica, tendo deixado de atender à exigência constante no item 1.2.3, alínea "c", do Anexo 02 do edital.

II(B) – DA INABILITAÇÃO DA EMPRESA CRM GASES E EQUIPAMENTOS LTDA.:

II(B.1) – DA APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTO COM PRAZO DE VALIDADE VENCIDO:

Ultrapassada a análise atrelada à participação da empresa NANDIS, conduzindo à sua desclassificação/inabilitação, aplica-se o disposto no item 6.19 do edital, que assim dispõe:

6.19 Se a proposta ou o lance de menor valor não for aceitável, ou se o fornecedor desatender às exigências habilitatórias, o Pregoeiro examinará a proposta ou o lance subsequente, verificando a sua compatibilidade e a habilitação do participante, na ordem de classificação, e assim sucessivamente, até a apuração de uma proposta ou lance que atenda o Edital. Também nessa etapa o Pregoeiro poderá negociar com o participante para que seja obtido preço melhor.

Daí que, no ponto, logrou-se como *segunda colocada* a empresa CRM GASES E EQUIPAMENTOS LTDA. que, todavia, tampouco atende às exigências de habilitação, cumprindo primeiramente destacar que a referida licitante apresentou Certificado de Regularidade de Situação com o FGTS com prazo de validade já expirado, senão vejamos:

Certificado de Regularidade do FGTS - CRF	
Inscrição:	11.738.706/0001-71
Razão Social:	CRM GASES E EQUIPAMENTOS LTDA EPP
Endereço:	R NILSO BRAUN 451 E / PARQUE DAS PALMEIRA / CHAPECO / SC / 89803-604
<p>A Caixa Econômica Federal, no uso da atribuição que lhe confere o Art. 7, da Lei 8.036, de 11 de maio de 1990, certifica que, nesta data, a empresa acima identificada encontra-se em situação regular perante o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS.</p> <p>O presente Certificado não servirá de prova contra cobrança de quaisquer débitos referentes a contribuições e/ou encargos devidos, decorrentes das obrigações com o FGTS.</p>	
Validade: 12/12/2023 a 10/01/2024	

Nesse sentido, incorreu a empresa CRM em descumprimento ao disposto no já transcrito item 1.7 do Anexo 02 do edital, por meio do qual determinou essa Administração que "*Os documentos de habilitação deverão estar em plena vigência*", daí decorrendo o desatendimento à exigência de apresentação do correspondente documento já vencido, qual seja:

- 1.2.2. Regularidade Fiscal e Trabalhista
(...)
- d) Certificado de Regularidade de Situação com o FGTS;

Com isso, não pode a Administração Pública dar guarida à habilitação da SEGUNDA RECORRIDA, a qual deixou de atender aos estritos termos do instrumento convocatório quando da apresentação da documentação, sob pena de incorrer em violação aos princípios da impessoalidade, da publicidade e da vinculação ao instrumento convocatório.

II(B.2) – DA AUSÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE AUTORIZAÇÃO DE FUNCIONAMENTO DE EMPRESA (AFE):

De outra sorte, verifica-se da documentação colacionada pela empresa CRM a ausência de Autorização de Funcionamento de Empresa (AFE) expedida pela ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária), exigência prevista no item 1.2.3, alínea “b”, do Anexo 02 do edital:

1.2.3 Outros documentos:

(...)

b) AFE - Autorização de Funcionamento, expedida pela ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária) em vigência, das empresas fabricantes e envasadoras de gases medicinais, conforme RDC 32/2011;

No ponto, limitou-se a licitante a apresentar *declaração*, dando conta de que não se trata de *fabricante* dos gases, mas de *revendedora* e que, por tal razão não se sujeita à exigência formulada por essa Administração, senão vejamos:

DECLARAÇÃO

A empresa CRM GASES E EQUIPAMENTOS LTDA, CNPJ nº 11.738.706/0001-71, sediada no AC ERNANI SANDER, 740E – PARQUE DAS PALMEIRAS, CHAPECÓ/SC, doravante representada por SIDNEI BARP inscrito no CPF sob nº 526.091.549-68, DECLARA, para os devidos fins, que não é fabricante dos gases medicinais e sim revendedora, não estando sujeita, portanto, à autorização de funcionamento da ANVISA.

Contudo, a mera *substituição* do documento por *declaração*, seja por qualquer justificativa, não se presta ao atendimento da exigência, na medida em que cabia à licitante impugnar o instrumento convocatório no prazo legal para fins de que, em assim entendendo, passasse a ser prevista tal exigência. Não tendo o feito, é evidente que a empresa deve se sujeitar às determinações contidas no edital em sua integralidade, igualmente rendendo-se às consequências por eventual descumprimento, dentre estas sua inabilitação.

E, nesse sentido, não se pode olvidar de que a exigência de Autorização de Funcionamento de Empresa (AFE) expedida pela ANVISA encontra guarida no inciso IV do artigo 30 da Lei nº 8.666/1993, que assim estabelece:

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.

É de destacar que a obtenção da tal documento é *condição sine qua non* para atuação no mercado, sendo certo que, em se tratando de certame que visa à aquisição de produto *essencial* de suporte à vida de pacientes, não se deve poupar esforços para contratar apenas empresas que estejam devidamente regulares para exercício da atividade.

Isso porque, lamentavelmente, no segmento de gases e equipamentos para a saúde, **são inúmeras as empresas aventureiras**, que funcionam de forma irregular e comercializam produtos não apropriados para a aplicação, provocando danos aos pacientes, danos estes que, por vezes, podem vir a ser irreversíveis. E, na condição de responsável legal pela saúde de tais pacientes, a Administração Pública deve agir com a devida cautela na seleção de empresas para fornecimento do objeto licitado, **exigindo que estas comprovem sua regularidade perante a legislação sanitária, o que inclui a apresentação de Autorização de Funcionamento de Empresa (AFE) ainda durante a fase habilitatória do processo.**

Além disso, acresça-se que, mesmo que possível fosse *eximir* a empresa CRM da apresentação do referido documento por tratar-se de revendedora – o que não se mostra viável frente à ausência de expressa previsão editalícia –, caberia à licitante a apresentação de Autorização de Funcionamento de Empresa expedida em nome da pessoa jurídica *fabricante* com a qual possui vínculo, acompanhada da comprovação de tal vínculo, o que tampouco foi providenciado no presente caso. E aqui, mais uma vez, aplica-se o disposto no item 1.5 do Anexo 02 do edital, em que “vedada, sob qualquer pretexto, a concessão de prazo para complementação da documentação exigida para a habilitação”.

Daí, pois, deve ser provido o presente recurso e **inabilitada** a empresa CRM GASES E EQUIPAMENTOS LTDA. igualmente pelo descumprimento da exigência prevista no item 1.2.3, alínea “b”, do Anexo 02 do edital.

II(B.3) – DA AUSÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA APTO A COMPROVAR A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PERTINENTES E COMPATÍVEIS COM O OBJETO DESTA LICITAÇÃO:

Ainda no que tange à qualificação técnica, verifica-se que – tal como a NANDIS – a empresa CRM tampouco logrou êxito em comprovar “a prestação de serviços pertinentes e compatíveis com o objeto desta licitação”, tal como exigido no item 1.2.3, alínea “c”, do Anexo 02 do edital, na medida em que apresentou atestado que assim dispõe:

ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA

Atestamos para os devidos fins que a CRM GASES E EQUIPAMENTOS LTDA-ME, inscrita no CNPJ sob o número 11.738.706/0001-71, fornece regularmente a esse estabelecimento **Oxigênio Medicinal, Nitrogênio Especial, bem como cilindros de alta pressão para acondicionamento dos respectivos gases.**

Declaramos, ainda, que a empresa cumpre fielmente com os prazos de entrega e demais condições estabelecidas, não havendo nada que desabone até a presente data.

Veja-se, assim, que o documento limita-se a indicar **genericamente** o fornecimento de oxigênio medicinal – no que aqui interessa aos itens 01 a 04 do certame – e “*cilindros de alta pressão para acondicionamento dos respectivos gases*”, sem a especificação de quantidades, tamanhos, prazos, etc., tornando impossível aferir a compatibilidade com o objeto da licitação em epígrafe, ainda que minimamente.

Calha renovar, e ainda que exaustivamente, a relevância da comprovação da capacidade técnica pelas licitantes especialmente frente à pretensão posta por essa Administração no presente caso, consistente no fornecimento de gases medicinais que serão utilizados para **suporte à vida** dos pacientes atendidos no Município de Xanxerê.

Não há, assim, que se *flexibilizar* os termos do instrumento convocatório, daí decorrendo a impositiva **inabilitação da empresa CRM**, de modo que, ao analisar situação semelhante, o egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, pela 21ª Câmara Cível, nos autos do AgIn nº 70078205648 (julgado em 26-09-2018), tendo como relator o Desembargador MARCO AURÉLIO HEINZ, decidiu:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. LICITAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. LIMINAR. HABILITAÇÃO DE CONCORRENTE COM A EXCLUSÃO DOS DEMAIS. ATESTADO DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA. A recorrente não preenche o requisito para figurar no competitivo que visa à contratação de empresa para a execução de serviço de recuperação de área degradada com aterro sanitário. O ato convocatório no item 5.5.4 exige para comprovação da qualificação técnica operacional apresentação de atestado expedido por pessoa jurídica de direito público ou privado, que comprove a execução de serviços compatíveis com o licitado. O atestado exibido pela recorrente não demonstra a execução de serviço compatível com as características, quantidade e prazos do serviço licitado já que não esclarece o aporte de recursos humanos ou o maquinário empregado pela licitante. A decisão administrativa encampada pela autoridade apontada como coatora também consigna o desatendimento pela agravante da comprovação de capacidade técnica uma vez que não identificou o tipo ou natureza da obra realizada. Neste contexto, evidente que direito invocado pela recorrente não se mostra manifesto na sua existência e delimitado na sua extensão para a concessão de provimento liminar, mantendo a licitante no competitivo. Não há comprovação também de que os demais concorrentes descumpriram requisitos previstos no ato convocatório. Ausente o requisito da relevante fundamentação para a concessão da liminar pretendida pela agravante. Agravo desprovido. (Grifamos)

De rigor, com isso, seja **inabilitada** a empresa CRM GASES E EQUIPAMENTOS LTDA. diante do desatendimento da exigência constante no item 1.2.3, alínea “c”, do Anexo 02 do edital.

III – DO DIREITO - DEVER DE OBSERVÂNCIA À ESTRITA LEGALIDADE E À VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO:

Conforme verifica-se da fundamentação aqui expendida, é de clareza solar que ambas as RECORRIDAS **não cumpriram** ao disposto no instrumento convocatório, motivo pelo qual a habilitação das empresas NANDIS e CRM enseja em afronta direta e frontal aos princípios que regem a atuação da Administração Pública, modo especial ao dever de

observância à estrita legalidade e à vinculação ao instrumento convocatório. No ponto, assim preconiza o art. 3º, *caput* e §1º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993:

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.

§ 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;

Da mesma forma, eventual e remota manutenção da decisão recorrida viola os lides do art. 41 da Lei de Licitações, que dispõe:

Art. 41 A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

No mesmo sentido, em comentários ao dispositivo, leciona o doutrinador MARÇAL JUSTEN FILHO:

Sob um certo ângulo, o edital é o fundamento de validade dos atos praticados no curso da licitação, na acepção de que a desconformidade entre o edital e os atos administrativos praticados no curso da licitação se resolve pela invalidade destes últimos. Ao descumprir normas constantes do edital, a Administração Pública frustra a própria razão de ser da licitação. (*in* Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 15ª ed. Dialética, São Paulo: 2012, p. 657)

Ainda, precisa e aplicável a lição de JOSÉ CRETELLA JUNIOR:

O edital vincula a Administração e o administrado. Desse modo, a Administração tem de seguir à risca o estabelecido no edital (“suporta as regras que editaste”), o que significa que o poder público não pode alterar ‘as regras do jogo’ durante as sucessivas fases do procedimento prévio seletivo. (*in* Das Licitações Públicas, 15ª ed., Forense, 1998, p. 142)

Com isso, não pode a Administração Pública – sob pena de agir em contrariedade aos princípios da estrita legalidade e da vinculação ao edital, bem como de chancelar atos contrários ao interesse público – dar guarida à habilitação das recorridas, as quais deixaram de atender aos termos do instrumento convocatório quando da apresentação da documentação.

Relembra-se que, notada e precisamente em relação à empresa NANDIS - COMERCIO DE GASES ATMOSFERICOS LTDA EM RECUPERACAO JUDICIAL, sequer haveria de ser admitida

sua participação no certame, dada a vedação presente no item 4.4 do edital, de modo que, previamente à sua *inabilitação*, impõe-se seja desclassificada.

De rigor, assim, seja provido o recurso administrativo interposto pela WHITE MARTINS, com a conseqüente reforma da decisão proferida e a desclassificação da empresa NANDIS - COMERCIO DE GASES ATMOSFERICOS LTDA EM RECUPERACAO JUDICIAL e/ou sua inabilitação, bem como a inabilitação da empresa CRM GASES E EQUIPAMENTOS LTDA., tudo em relação ao objeto especificado nos itens 01 a 04 do certame, uma vez que devidamente demonstrado que ambas não atenderam ao disposto no instrumento convocatório e à legislação.

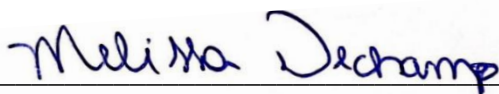
IV – DO PEDIDO:

Isso posto, ante aos argumentos acima expostos, a RECORRENTE requer seja provido o presente recurso, com a conseqüente reforma da decisão proferida e desclassificação/inabilitação da empresa NANDIS - COMERCIO DE GASES ATMOSFERICOS LTDA EM RECUPERACAO JUDICIAL, bem como a inabilitação da empresa CRM GASES E EQUIPAMENTOS LTDA., prosseguindo-se nos termos do item 6.19 do edital em relação ao objeto descrito nos itens 01 a 04 do certame.

Pede provimento e manifestação.

Joinville/SC, 18 de janeiro de 2024.

White Martins Gases Industriais LTDA.



Melissa Dechamp da Silva
Gerente de Negócios – SC
RG: 9473881-4 SSP/PR
CPF: 066.379.769-11
White Martins Gases Industriais Ltda.