

MUNICÍPIO DE DOIS CÓRREGOS
ESTADO DE SÃO PAULO



RESPOSTA À IMPUGNAÇÃO DO PREGÃO PRESENCIAL Nº 10/2020

EDITAL DE LICITAÇÃO Nº: 16/2020
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº: 31-2020
PREGÃO PRESENCIAL Nº: 10/2020
COM COTA RESERVADA PARA ME E EPP
TIPO: MENOR PREÇO POR ITEM

Trata-se de resposta à impugnação ao edital referente ao Pregão supramencionado, apresentada pela empresa AIR LIQUIDE BRASIL LTDA, pessoa jurídica inscrita no CNPJ sob nº 00.331.788/0062-30, com sede na Rua Joaquim Marques de Figueiredo, nº 2-71, Quadra PI2 Industrial, Bauru/SP.

SÍNTESE DA LICITAÇÃO SUPRAMENCIONADA

O Pregão Presencial nº 10/2020, tem por objeto o o Registro de Preços para eventual aquisição de oxigênio medicinal e industrial, de acordo com as necessidades do Município, conforme as especificações e quantidades constantes no Termo de Referência, pelo período de 12(doze) meses.

A sessão pública de abertura dos envelopes contendo as propostas e os documentos relativos à habilitação está prevista para acontecer no dia 02/03/2020 às 14 horas.

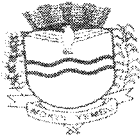
DA TEMPESTIVIDADE

De início cumpre salientar que a impugnação é tempestiva, pois apresentada no dia 21/02/2020.

DOS FATOS ALEGADOS PELA IMPUGNANTE

Alega a impugnante que o Município não exigiu os documentos obrigatórios para a presente licitação, conforme artigo 30, inciso IV da Lei nº 8.666/93.

Alega a necessidade de exigência de Autorização de Funcionamento para Fabricação de gases medicinais expedida pela ANVISA e Licença Sanitária para gases medicinais, fundamentando que a não exigência viola a legislação pertinente, em afronta ao Princípio da legalidade, e por consequência, é passível



MUNICÍPIO DE DOIS CÓRREGOS ESTADO DE SÃO PAULO



de nulidade por caracterizar vício insanável. Expõem nas razões da impugnação, as seguintes Leis: nº 6.360/76 e 9.782/99.

Alega ainda que, mesmo que a licitante seja exclusivamente distribuidora, deve apresentar Autorização de Funcionamento para fabricação de gases medicinais expedida pela ANVISA de titularidade da empresa fabricante ou envasadora; Comprovação de vínculo jurídico com empresa fabricante de gases medicinais, através de cópia do contrato firmado entre a distribuidora e a fabricante com firma reconhecida; Declaração da fabricante autorizando a empresa a comercializar os seus gases e a dispor e utilizar seus documentos; e Licença Sanitária para gases.

Impugna também a cláusula que diz respeito ao prazo de entrega, alegando ser exíguo. Pede que seja revista a cláusula, modificando o prazo para 48 (quarenta e oito) horas.

DA ANÁLISE

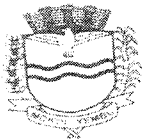
Tendo em vista que a contratação envolve pagamento por parte do Município, necessária se faz a realização de procedimento licitatório, seguindo o que dispõe o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal:

"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:[...]

XXI- Ressalvados os casos específicos 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".

Todo contrato de obra, serviço, compras e alienações, bem como concessão e permissão de serviços públicos, em regra, deve ser precedido de um procedimento licitatório.

"Estão obrigados a licitação os órgãos da Administração Pública direta, os fundos sociais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios (DI PIETRO, Maria Sylvania, Direito Administrativo, 24ª edição, 2011, pág. 369)".



MUNICÍPIO DE DOIS CÓRREGOS ESTADO DE SÃO PAULO



A licitação é regulada pela Lei ordinária nº 8.666/93, que visa proporcionar a melhor contratação possível para o Poder Público, de forma sistemática e transparente.

"Licitação é um procedimento administrativo destinado à seleção da melhor proposta dentre as apresentadas por aqueles que desejam contratar com a Administração Pública. Esse instrumento estriba-se na ideia de competição a ser travada, isonomicamente, entre os que preenchem os atributos e as aptidões, necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir" (MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 4. ed. Niterói: Impetus, 2010, p. 315).

Além da Lei nº 8.666/93, necessária a observância também da Lei Federal nº 10.520/02, que institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências.

Não bastasse as Leis supramencionadas, deve a Administração Pública seguir uma série de princípios que regem o tema, tais como os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, vinculação ao instrumento convocatório, razoabilidade e proporcionalidade, competitividade, julgamento objetivo, sigilo das propostas.

Deve o certame ser conduzido de modo a garantir a lisura da contratação.

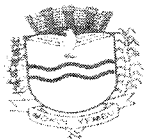
Importante salientar que as exigências à habilitação das proponentes não de ser sempre compatíveis com o objeto e o vulto da contratação pretendida, o que exigirá sempre bom senso e razoabilidade por parte dos gestores públicos.

Aliás, a adoção de exigências restritivas sem justificativas técnicas ou incompatíveis com a natureza do objeto provocam impugnações ao instrumento convocatório, quer no âmbito da própria administração, quer por meio de ações judiciais ou ainda através de Representação ofertada perante o TCE/SP, que poderá ser processada como Exame Prévio de Edital, resultando eventualmente na suspensão do andamento do certame.

Merece uma atenção especial o dispositivo do inciso XXI do Artigo 37 da Constituição Federal, com as orientações seguintes:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de





MUNICÍPIO DE DOIS CÓRREGOS ESTADO DE SÃO PAULO



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. (grifo nosso)

A Administração, dessa forma, não tem liberdade para impor maiores exigências quando a atividade a ser executada não apresentar complexidade nem envolver graus mais elevados de aperfeiçoamento.

A imposição de exigências, no tocante à habilitação das licitantes, no presente caso, não se mostra razoável, pois não há uma complexidade que justifique um rigor maior na habilitação, proporcionando, dessa forma, possibilidade de participação de um número maior de interessados.

Obviamente que a Administração Pública precisa tomar os devidos cuidados, para que não contrate com empresas inidôneas, de má-fé, e que entregue produtos irregulares.

Para isso, o edital é claro ao dispor que os itens cotados devem estar em conformidade com as normas técnicas a eles incidentes (item 08.07). Além do mais, no modelo de proposta, o licitante deve declarar que o item ofertado atende plenamente o descritivo bem como as normas técnicas pertinentes.

Em caso de não oferecimento de item que atenda as normas técnicas, haverá responsabilização da empresa.

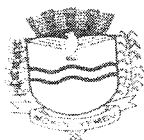
Exigir documentação não prevista em Lei seria ferir o princípio da legalidade, que rege a Administração Pública. Sobre tal princípio, leciona o saudoso Hely Lopes Meirelles¹:

A legalidade, como princípio da administração (CF, art. 37, caput), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.

A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da Lei e do Direito. (...)

Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza.

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 25. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 82.



MUNICÍPIO DE DOIS CÓRREGOS ESTADO DE SÃO PAULO



Sendo assim, é possível afirmar que as exigências a título de habilitação nos procedimentos licitatórios que transbordem os limites estabelecidos em lei são consideradas ilegais e que restringem a competitividade.

Marçal Justen Filho², ao analisar os dispositivos da Lei 8.666/93 que se referem aos documentos de habilitação assim se manifestou:

O elenco dos requisitos de habilitação está delineado em termos gerais nos arts. 27 a 32 da Lei de Licitações. É inviável o ato convocatório ignorar os limites legais e introduzir novos requisitos de habilitação, não autorizados legislativamente.

Não é outro o entendimento do TCU³ ao afirmar:

"É vedada a inclusão, em editais de licitação, de exigências não previstas em lei, que tragam ônus desnecessários para os participantes ou restrinjam o caráter competitivo do certame".

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 e devem obrigatoriamente possuir a Autorização de Funcionamento (AFE) e cumprir com os requerimentos de Boas Práticas de Fabricação (BPF), 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 16/2014 e RDC 32/2011, que abrangem empresas fabricantes e envasadoras de Gases Medicinais.

Sendo assim, empresas que se enquadrem nessa situação (produção de gases medicinais, tais como síntese química, compressão ou separação de gases e qualquer tipo de envase) devem apresentar a autorização de funcionamento, não com fundamento previsto no artigo 30, inciso IV da Lei nº 8.666/93, mas com base no artigo 28, inciso V, segunda parte, do mesmo diploma legal, que diz:

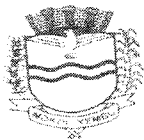
Art. 28. A documentação relativa à habilitação jurídica, conforme o caso, consistirá em:

(...)

V - decreto de autorização, em se tratando de empresa ou sociedade estrangeira em funcionamento no País, e ato de registro ou autorização

² JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 537.

³ TCU. Acórdão 533/2011. Plenário.



MUNICÍPIO DE DOIS CÓRREGOS ESTADO DE SÃO PAULO



para funcionamento expedido pelo órgão competente, quando a atividade assim o exigir.

E esta exigência o edital prevê, como requisito de habilitação jurídica, no item 09.02, I, alínea "e".

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.

Dessa forma, se a empresa realiza a etapa de distribuição, armazenamento e transporte dos gases medicinais, não há que se exigir a autorização de funcionamento.

Também não é caso de inserir as exigências que a impugnante apresentou, pois o edital estaria violando o que dispõe a Súmula 15 do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo que assim dispõe:

SÚMULA Nº 15 - Em procedimento licitatório, é vedada a exigência de qualquer documento que configure compromisso de terceiro alheio à disputa⁴.

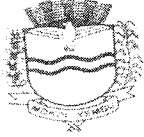
Conclui-se, portanto, que se a empresa licitante participar das etapas de produção de gases medicinais, tais como síntese química, compressão ou separação de gases e qualquer tipo de envase, deverá apresentar a autorização de funcionamento emitida pela ANVISA, fato este já previsto no edital como habilitação jurídica.

Se a empresa licitante exercer as atividades de distribuição, armazenamento e transporte dos gases medicinais, não haverá exigência de apresentação da mencionada autorização, sendo improcedente a impugnação quanto a esta alegação.

No que diz respeito ao alegado prazo exíguo, também não merece prosperar a impugnação.

A licitação visa a contratação mais vantajosa ao ente público, desde que obedecidos os parâmetros estabelecidos no edital. Tais parâmetros devem estar de acordo com as necessidades do órgão licitante.

⁴ <https://www.tce.sp.gov.br/legislacao/resolucao/atualiza-e-aperfeicoa-repertorio-sumulas-jurisprudencia>



MUNICÍPIO DE DOIS CÓRREGOS ESTADO DE SÃO PAULO



No presente caso, o edital estabelece que as entregas deverão ser realizadas durante 07 (sete) dias por semana, durante 24 (vinte e quatro) horas por dia. Depois da solicitação, a adjudicatária deverá fazer a recarga em até 04 (quatro) horas após o pedido.

O prazo mais curto que o normal se justifica pela especificidade do item que está sendo licitado, oxigênio medicinal.

É necessário que prevaleça o interesse público no presente caso. É o interesse daquele que necessita fazer uso de oxigênio medicinal para sobreviver.

Tal fato justifica o fato de tal cláusula estipular o prazo de 04 horas para a entrega a partir da requisição.

Não deve prevalecer o argumento da ampla competitividade ao argumento da necessidade urgente daquele que necessita do oxigênio.

Pelo princípio da competitividade deve compreender que a disputa entre os eventuais interessados possibilita à administração alcançar um melhor resultado no certame, auferindo uma proposta vantajosa. Enquanto princípio do processo licitatório, a competitividade nem sempre pode ser concebida de forma absoluta, sendo permitido, por vezes, sua relativização em detrimento de outro princípio, no presente caso, pelos princípios do interesse público, da razoabilidade e da proporcionalidade.

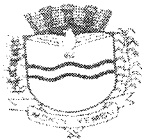
A título de esclarecimento, entendemos os princípios da razoabilidade e proporcionalidade devem ser observados pelo aplicador do direito, sobretudo nas relações relativas às contratações públicas. Isso porque, muitas vezes, a rigidez legalista imposta ao gestor o coloca em situações nas quais interpretações literais de dispositivos normativos ou cumprimentos automáticos de rotinas administrativas podem confrontar com o próprio interesse público tutelado. A jurisprudência pátria tem, de forma efetiva, obrado o respeito a esses princípios.

Ademais, o prazo de 04 horas, que já fora estipulado em licitação anterior, permite que empresas de diversas cidades consigam atender ao pedido, sem que exista restrição.

Obviamente que uma empresa localizada em outro Estado provavelmente não conseguirá atender tal prazo, mas ampliar o prazo de entrega pode prejudicar aquele que necessita do item.

Trata-se de situação excepcionalíssima, mas que deve ser mantida para realização de uma licitação vantajosa (no caso, de nada adianta dezenas de





MUNICÍPIO DE DOIS CÓRREGOS ESTADO DE SÃO PAULO



propostas, mas que não consigam atingir o objetivo, que é fornecer o oxigênio medicinal no prazo).

Dessa forma, não é caso de alteração do instrumento convocatório para alteração da exigência formulada pela impugnante.

DECISÃO

Diante do exposto, conheço da impugnação apresentada pela empresa AIR LIQUIDE BRASIL LTDA, para, no mérito, **negar-lhe provimento**, nos termos da fundamentação supra.

Dois Córregos, 26 de fevereiro de 2020.

Leonardo Gasparoto Gamba
Pregoeiro