

AO ILMO. SR. PREGOEIRO DA SECRETARIA MUNICIPAL DE CORREGO FUNDO-MG.

Ref.: PREGÃO PRESENCIAL Nº. 009/2019.
PROCEDIMENTO LICITATÓRIO Nº. 009/2019.

WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS LTDA., sociedade empresária com sede no Rio de Janeiro, inscrita no CNPJ/MF sob o n.º 35.820448/0001-36, e com filial estabelecida em Divinópolis – MG inscrita no CNPJ/MF sob o n.º 35.820.448/0137-00, vem por seu representante legal abaixo assinado, com fulcro no art. 9º da Lei n.º 10.520/02, e no art. 41, § 2º, da Lei n.º 8.666/93, apresentar.

IMPUGNAÇÃO

ao edital de licitação em epígrafe, pelas razões de fato e de direito que serão a seguir devidamente expostas:

-|-

DO CERTAME E DA TEMPESTIVIDADE DA IMPUGNAÇÃO

Nos termos do instrumento convocatório anteriormente referido, a sessão de processamento do Pregão será realizada no dia 25 de Março de 2019, às 12:30h., constituindo objeto da presente o **REGISTRO DE PREÇOS PARA FUTURA E EVENTUAL AQUISIÇÃO DE OXIGÊNIO MEDICINAL E GÁS LIQUEFEITO DE PETRÓLEO (GLP) PARA ATENDER ÀS NECESSIDADES DAS SECRETARIAS MUNICIPAIS DE CÓRREGO FUNDO/MG**, conforme especificações e quantidades contidas no Termo de Referência (ANEXO I) deste edital.



Prevê o instrumento convocatório que o presente certame será regido pela Lei Federal nº. 10.520, de 17 de julho de 2002, Lei Complementar Federal nº. 123, de 14 de dezembro de 2006,

aplicando-se, subsidiariamente, a Lei Federal nº. 8.666, de 21 de junho de 1993, com suas alterações posteriores.

“Lei n.º 10.520/02

Art. 9º Aplicam-se subsidiariamente, para a modalidade de pregão, as normas da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993.”

Portanto, de acordo com disposto no art. 41, § 2º da Lei n.º 8.666/93, esta Impugnação, apresentada hoje, dia 20 de março de 2019, é indiscutivelmente tempestiva.

“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.”** (Grifei)

-II-

DA ANÁLISE DO EDITAL PELA LICITANTE

Inicialmente viemos respeitosamente prestar nossas sinceras desculpas à V.Sas. em razão de realizarmos uma nova solicitação de modificação de vosso instrumento convocatório, porém, cumpre esclarecer que inobstante V.Sas. acertadamente terem julgado como procedente nosso pedido de impugnação anteriormente realizado, após nova análise minuciosa das condições de participação constantes deste edital e seus anexos, foi constatado, com o devido respeito, de que ainda há disposições no instrumento convocatório merecedores de adequação para que não se limite o caráter competitivo deste certame.

Portanto, visando exclusivamente que não se restrinja o número de participantes do vosso pregão e conseqüentemente que V.Sas. tenham a oportunidade de realizar o melhor preço e a melhor compra, e em homenagem ao Princípio da Legalidade, são ora questionadas os pontos que seguem abaixo:



-III-

DA IMPROPRIEDADE DO EDITAL

III.1- DO PRAZO DE ENTREGA.

O primeiro ponto que insurge-se a ora impugnante, refere-se quanto ao prazo de 12 (doze) horas para o fornecimento do produto oxigênio medicinal objeto deste certame pelas empresas licitantes, conforme indica o item 4.1 do Anexo I do vosso instrumento convocatório.

Vejamos:

4.1 O objeto do presente termo de referência será recebido parceladamente à medida das necessidades do município, pelos responsáveis de cada Secretaria com prazo não superior a 2 (dois) dias úteis após recebimento da Ordem de Fornecimento, para gás liquefeito de petróleo (GLP) 13kg e **12 horas** para oxigênio medicinal por se tratar de produto essencial para a vida humana, não podendo em nenhum caso, ocorrer atrasos nas entregas. Em havendo atrasos, a empresa responsável sofrerá todas as consequências legais cabíveis.

Ocorre, o prazo acima indicado acaba por se tornar exíguo, uma vez que o referido prazo irá favorecer somente as empresas que atuam no município de Córrego Fundo, visto que outras empresas licitantes que não atuam tão próximas de vosso município não poderão atender ao referido prazo, restringindo desta maneira, a competitividade deste certame.

Convém reforçar ainda, que o estabelecimento de prazo exíguo para atendimento pelas empresas influencia diretamente no número de participantes da licitação e nos preços ofertados, pois as empresas que se aventurarem a participar da licitação, assumindo o risco de atender a prazos reduzidos e insuficientes, **certamente transferirão o custo deste risco para seus preços**, não sendo medida satisfatória para os cofres públicos.

Ressaltamos que a Administração deve agir com bom senso e razoabilidade no estabelecimento de prazos para atendimento pelas empresas, sendo este um fator que além de contribuir para o número de empresas participantes na licitação, contribui também para a vantajosidade dos preços ofertados, afinal de contas, a seleção da proposta mais vantajosa constitui um dos objetivos 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)” (grifamos)

Ante a clara vedação prevista na lei, não há possibilidade da Administração esquivar-se de seu cumprimento, devendo agir conforme determina o mandamento legal, por força do axioma que se extrai do Princípio da Legalidade Administrativa.

Como leciona Hely Lopes Meirelles (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 30. Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.):

“a legalidade, como princípio de administração, significa que o administrador público está, em toda 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 à responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso”.

Em razão disto, a **WHITE MARTINS** pede o deferimento da presente impugnação para que, no mérito, o prazo exigido no edital seja alterado de forma com que as empresas licitantes possam realizar a entrega do produto Oxigênio Medicinal em prazo não inferior a 48 (quarenta e oito) horas.

Nesse sentido, cabe destacar ainda que **é vedada a inclusão, no texto convocatório, de “cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções” entre os potenciais proponentes**, consoante regra do artigo 3º, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/93.

Destarte, solicitamos a esta r. Comissão a modificação deste edital em função da amplitude do caráter competitivo da Licitação, para que esta Administração tenha a oportunidade de realizar o melhor preço e a melhor compra, não ficando assim, restrita a um único ou a alguns licitantes, razão pela qual requer a correção e aperfeiçoamento do edital.



III.2 – DA CAPACIDADE DOS CILINDROS.

Insurge-se a ora impugnante quanto ao fato do vosso instrumento convocatório, mais precisamente através de seu **ANEXO I – TERMO DE REFERÊNCIA**, determinar a capacidade específica dos cilindros sem permitir uma flexibilidade.

Ao restringir a capacidade dos cilindros, a Administração Pública está limitando o caráter competitivo da licitação, visto 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 capacidade específica, a Administração acaba por direcionar o resultado da licitação para fornecedor ou fornecedores específicos, restringindo o caráter competitivo da licitação, ainda que esta não seja sua intenção.

Ou seja, visto que outras empresas utilizam cilindros com capacidades diferenciadas e da mesma forma conseguem atender às necessidades da Administração, em razão destas não estarem aptas a participar do certame em virtude da restrição acima indicada, Vossa Administração acaba por diminuir o número de licitantes, e conseqüentemente a possibilidade de realizar o melhor preço e a melhor compra.

Cumpra esclarecer ainda que a utilização de cilindros com capacidade diferenciada não prejudica o fornecimento nem onera a administração.

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 da forma como atualmente se apresenta em vosso edital, se configura como restritiva.

É inevitável, por sua propriedade e contundência, citar a seguinte passagem de Celso Antônio Bandeira de Mello:

“(…) Quando a Administração restringe situação jurídica dos administrados além do que caberia, por imprimir às medidas tomadas uma intensidade ou extensão supérfluas, prescindidas, ressalta a ilegalidade de sua conduta. É que ninguém deve estar obrigado a suportar constringências em sua liberdade ou propriedade que não sejam indispensáveis à satisfação do interesse público.” (Celso Antônio Bandeira de Mello, In Curso de Direito Administrativo, 18ª ed., Malheiros, São Paulo, 2004, p. 101).

Outrossim, haverá violação ao que preleciona o art. 3, §1º, I da Lei 8.666/93, 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**.”

§ 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;

Ressaltamos ainda que a inclusão de cláusulas restritivas nos instrumentos convocatórios de processos de licitações públicas é condenada também por nossa Constituição, conforme se verifica abaixo:

“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)

Portanto, sendo mantida a especificação no dispositivo questionado, estará esta administração limitando o caráter competitivo da licitação, já que restará impossibilitado contar com a participação de empresas que utilizem cilindros com a capacidade diferente da descrita no Termo de Referência, anexo I ao vosso edital.

Ainda assim, caso esta ilustre comissão de licitação entenda que seja necessária à restrição da capacidade de cilindros, que seja dado uma margem de variação da capacidade dos cilindros para que o maior número de empresas possa participar do certame e em face do Princípio da Igualdade e da Razoabilidade.

Diante de tudo acima exposto, em não havendo impedimento técnico para a flexibilização da capacidade exigida para os cilindros, a WHITE MARTINS pede que esta Administração permita que o item 2 – Oxigênio Medicinal/Somente a Recarga de 3m³ descrito no Anexo I de vosso edital possa ser fornecido em cilindros com capacidade de 02m³ a 09 m³, o que certamente privilegiará a ampliação do caráter competitivo da licitação, justamente por permitir um maior número de empresas participantes e, conseqüentemente, aumentar as chances desta Administração realizar o melhor preço e a melhor compra, não ficando assim, restrita a um único ou a alguns licitantes.



II.3 - ATUALIZAÇÃO POR EVENTUAIS ATRASOS DE PAGAMENTO.

Outro ponto que merece vossa atenção, refere-se ao fato do edital ser omissivo quanto ao ponto obrigatório no que se refere às compensações financeiras e penalizações, por eventuais atrasos e, descontos por eventuais antecipações de pagamento, desmerecendo ao que determina a alínea “d” do inciso XIV e caput do art. 40 da Lei 8.666/93.

Portanto, a regra da forma que se apresenta se encontra viciada, pois não está clara de forma a permitir a correta elaboração das propostas.


Nesse sentido, o STJ já assentou, em diversos julgados, que “a correção monetária não constitui acréscimo do valor devido, mas mera atualização da moeda, impondo-se a sua inclusão como imperativo para coibir o enriquecimento sem causa do município.” (REsp 1164428/SP, julgado em 17/12/2009 e REsp 679.525/SC, Rel. Min. Luiz Fux, 12.5.2005, DJ 20.6.2005.).

A Administração Pública, em caso de atraso de pagamento pelos serviços efetivamente prestados, deve realizar a correção monetária destes valores com a incidência, inclusive, de juros moratórios, que devem ser legalmente estipulados na Minuta de da Ata de Registro de Preços e na eventual Minuta de Contrato, motivo pelo qual, se faz necessária a correção e aperfeiçoamento deste edital.

III. 4. DA MINUTA DO INSTRUMENTO CONTRATUAL COMO PARTE INTEGRANTE DO EDITAL.

No que tange ao instrumento contratual a ser firmado pelas partes, verifica-se que o edital possibilita a formalização da relação jurídica oriunda deste processo licitatório em contrato, contudo o edital **não apresenta minuta do termo de contrato em anexo ao edital.**

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, nos casos de compra com entrega imediata e integral dos bens adquiridos, dos quais não resultem obrigações futuras, inclusive assistência técnica.” (grifamos)

Desta forma, depreende-se que a lei permite a substituição do termo de contrato por nota de empenho, autorização de compra etc, caso o objeto compreenda o fornecimento de bem com entrega imediata e integral e que não resultem obrigações futuras, o que não é o caso do objeto deste processo licitatório.

De acordo com o ANEXO I do edital, o objeto deverá ser fornecido de forma parcelada.

Nesse diapasão, verifica-se que **a entrega do objeto não será imediata**, mas sim parcelada, motivo pelo qual, entendemos que o termo de contrato seja necessário.

Esse entendimento foi inclusive objetivo de análise e manifestação do Tribunal de Contas da União, que prolatou o seguinte entendimento:

“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.”

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 seja anexada ao edital, a fim de que as empresas interessadas em participar da licitação tenham conhecimento de suas cláusulas e condições, bem como possam exercer o direito de manifestação em relação às disposições que não guardarem conformidade com a lei.



III. 5. – DO RESPONSÁVEL TÉCNICO.

Insurge-se ainda a impugnante quanto ao fato do edital **NÃO** requerer a apresentação de **registro ou inscrição de responsável técnico** conforme estabelecido no inciso I do Artigo 30 da Lei 8.666/93, bem como estabelecido no item 4.1 da Resolução – RDC nº. 69/08, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), que exige para a liberação dos lotes fabricados profissional de Nível Superior legalmente habilitado, com conhecimento técnico sobre a produção e controle de gases medicinais. Tais profissionais devem estar registrados ou inscritos perante ao **CRQ (Conselho Regional de Química)**.

Contudo a não exigência de um dos documentos acima poderá causar danos aos pacientes que utilizarão o objeto contratado, pelo fato da Administração Pública não estar respeitando a legislação supracitada e não estar observando os critérios da ANVISA, visto que no item 4.1 da Resolução – RDC nº. 69/08, que exige para a liberação dos lotes fabricados profissional de Nível Superior legalmente habilitado, com conhecimento técnico sobre a produção e controle de gases medicinais.

Desta forma diante do acima exposto, o Edital deve ser modificado para que os licitantes apresentem o registro do responsável técnico perante ao **CRQ (Conselho Regional de Química)**, de acordo com o objeto do edital, em estrita observância ao Princípio da Legalidade (Legalidade Administrativa) e da Isonomia, para que esta administração tenha a oportunidade de realizar o melhor preço e a melhor compra.

**-IV-
DO DIREITO**

Tendo em vista a correta definição dos aspectos concernentes ao certame, a lei exige a precisa formulação das propostas por parte dos licitantes, culminando, em última análise, na satisfação do interesse público.

Em não dando luz a um termo que supra as necessidades das partes, verifica-se a ineficácia do certame. Neste caso, mister destacar, a licitação não terá cumprido seu papel.

O edital em tela, quanto ao ponto ora abordado, não é condizente com o previsto na Lei. Destarte, torna-se grande a chance de insucesso e, em consequência, de insatisfação dos administrados. Por isso é que se pede adequação destes aspectos.

**-V-
DO PEDIDO**

Esta Impugnação tem como escopo a retificação no que tange às impropriedades do instrumento convocatório, a fim de que, pela via direta, o procedimento seja eficaz e os licitantes tenham a segurança necessária para elaborarem suas propostas e, pela via oblíqua, seja garantida a segurança dos envolvidos, logo, plenamente alcançado o interesse público, indisponível.

Diante de todo o exposto, fica atingido o instrumento convocatório, devendo novo edital ser elaborado, considerando a devida adequação, e republicado, não havendo como se realizar o ato previsto no atacado edital.

Pede apreciação e manifestação.

Divinópolis – MG , 20 de Março de 2019.



WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS LTDA.

Demian Medeiros Pena

Gerente de negócios – Carteira de Identidade MG 11.158.891

CPF 040.689.116-81 - (31) 98479-7423 - Demian_pena@praxair.com