

ILMO (A) SR. (A) PREGOEIRO (A) DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO DA PREFEITURA MUNICIPAL DE AMÉRICO BRASILIENSE

REF.: EDITAL DE PREGÃO PRESENCIAL Nº 0009/2023
PROCESSO Nº 0017/2023
TIPO DE LICITAÇÃO: MENOR PREÇO GLOBAL
DATA DA SESSÃO: 10/03/2023
HORÁRIO: 09h30min

WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS LTDA, empresa privada, com matriz na Avenida Pastor Martin Luther King Jr., nº126, Bloco 10, Ala A, Sala 401, Del Castilho, Rio de Janeiro - RJ, inscrita no CNPJ sob o nº 35.820.448/0001-36 e com filial em Sertãozinho, doravante denominada “WHITE MARTINS”, vem à presença de V.Sa., por intermédio de seu procurador que ao final subscreve, apresentar a sua:

IMPUGNAÇÃO

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

I – ADMISSIBILIDADE

Nos termos do instrumento convocatório anteriormente referido, a abertura da sessão ocorrerá às 09h30min do dia 10 de março de 2023, na licitação pela modalidade Pregão Presencial, objetivando a **“LOCAÇÃO DE CONCENTRADORES PARA OXIGENOTERAPIA E EQUIPAMENTOS DE TERAPIA RESPIRATÓRIA, MONITORAMENTO E ASSISTÊNCIA INCLUINDO FORNECIMENTO DE OXIGÊNIO (RECARGA) PARA USO DE PACIENTES CADASTRADOS NA UNIDADE HOSPITALAR “DR. JOSÉ NIGRO NETO”**, sob o regime de execução por menor preço global.

Portanto, de acordo com o disposto no §2º do artigo 41, da Lei nº 8.666/93 e também conforme o referido Edital, esta Impugnação, apresentada hoje, é indiscutivelmente tempestiva.

II - DA ANÁLISE DO EDITAL PELA SOLICITANTE

Interessada e apta a participar da licitação epigrafada, veio a Impugnante a adquirir o Edital regulador do certame e examinar as condições de participação nele constantes com a minúcia apropriada, necessária à percepção das diversas particularidades e nuances do objeto da licitação.

Desse acurado exame, resultou a constatação, com o devido respeito, de que há disposições no instrumento convocatório merecedoras de adequações, razão pela qual, em homenagem ao Princípio da Isonomia, da Razoabilidade e da Vinculação ao Instrumento Convocatório, são ora questionadas:

III - DAS DISPOSIÇÕES MERECEDORAS DE ESCLARECIMENTO E/OU CORREÇÃO

III.1 - REAJUSTAMENTO DE PREÇOS E ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA.

Na análise pormenorizada do Edital, sobretudo a Minuta Contratual, se observa a previsão de prorrogação do prazo de vigência do contrato para período além de 12 (doze) meses de vigência, não bastasse isso, quanto ao critério de reajuste, sendo certo que seu indexador deve constar desde o edital, nos termos do art. 40, XI, e art. 55, III, da Lei 8.666/93.

Ainda, tendo em vista que o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal determina a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos firmados com a Administração Pública, a Lei n.º 8.666/93 disponibilizou instrumentos aptos a recompor o eventual desequilíbrio entre as vantagens e os encargos originalmente pactuados. Nesse contexto, a Lei Federal nº 8.666/93 assim estabelece sobre o reajuste, in verbis:

“Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

[...]

III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;”

“Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

[...]

“XI - critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela”.

Vale esclarecer que o reajuste de preços é instituto que se diferencia da revisão contratual prevista no art. 65 da Lei Federal nº 8.666/93. A revisão (ou melhor, reequilíbrio econômico-financeiro) decorre de fatos imprevisíveis, caso de força maior, caso fortuito, fato do príncipe ou álea econômica extraordinária, ao passo que o reajuste de preços tem por finalidade a recomposição dos preços praticados de acordo com a realidade existente, ou seja, **apenas sua atualização em razão da incidência inflacionária.**

Sabe-se que ao longo do tempo, ocorre a gradual elevação dos custos de execução, que torna necessário o recálculo dos valores da remuneração do contratado para restauração do

equilíbrio inicial fixado na proposta. Para tanto, são aplicados os índices setoriais de preços, que permitem a recomposição da proposta frente aos efeitos da inflação.

Assim, pede-se que V.Sas. insiram no contexto do edital e de seus instrumentos, os critérios que serão considerados para reajustamento dos preços, na hipótese do contrato ser prorrogado para além de 12 (doze) meses de vigência, tendo em vista o que determina a legislação vigente e o entendimento de nossos Tribunais sobre o tema.

Assim, o Edital e a minuta do contrato, devem ter seus termos equalizados, estipulado o reajuste, transcorridos 12 meses após a apresentação da proposta e fixando o índice a ser utilizado.

III.2 AUSÊNCIA DA EXIGIBILIDADE DA AUTORIZAÇÃO DE FUNCIONAMENTO PELA ANVISA.

O objeto licitado compreende o fornecimento de gases para aplicação na saúde, produtos estes que receberam tratamento especial pelos órgãos sanitários no país, os quais regulam todas as atividades que envolvam tais produtos. Partindo deste princípio, a Vigilância Sanitária, no exercício de suas funções, fiscaliza ativamente as empresas para garantir a qualidade do oxigênio medicinal que chega ao consumidor final.

Entretanto, deverá o edital deixar claro que, além da Licença Sanitária, a Autorização de Funcionamento para correlatos deverá ser obrigatória, isso porque, considerando o objeto da licitação em epígrafe, deve-se observar a regulamentação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária — ANVISA sobre o tema desde o início do processo.

Desta forma, as empresas que atuam no ramo de fornecimento de produtos 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 autorização de funcionamento para fornecimento de gases e correlatos expedida pela ANVISA às empresas participantes da licitação, situação essa que vai de encontro com o 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.

[...]

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.

[...]

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.

Da análise dos dispositivos legais aqui colacionados, é possível confirmar que a obtenção da licença sanitária para fornecimento de gases para a saúde emitida pela vigilância sanitária bem como a autorização de funcionamento expedida pela ANVISA é **condição *sine qua non*** para atuação no mercado, dada a sua essencialidade.

Em se tratando de produto essenciais à manutenção da vida, não se deve poupar esforços para contratar apenas empresas que estejam devidamente regulares para exercício da atividade.

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

Na condição de responsável legal dos munícipes, 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 licenciamento sanitário e autorização de funcionamento ainda durante a fase de habilitação do processo.

A comercialização de produtos para a saúde por empresas irregulares perante os órgãos sanitários no país é tão grave que o legislador incluiu tal tipificação no Código Penal Brasileiro, com as alterações introduzidas pela Lei Federal nº 9.677/1998, considerando crime a conduta de quem vende produtos para fins terapêuticos sem autorização/licenciamento/registro no órgão de vigilância sanitária competente bem como adquiridos em estabelecimento sem licença de autoridade sanitária competente, constituindo estas mais algumas razões que tornam imperiosa a exigibilidade destes comprovantes (licença sanitária compatível com o objeto e autorização de funcionamento expedida pela ANVISA) no instrumento convocatório deste processo.

A sua não exigibilidade no instrumento convocatório, para fins de qualificação técnica de empresas, acaba por violar o comando legal e, conseqüentemente, o axioma que se extrai do Princípio da Legalidade. Por conseguinte, data vênua ao entendimento de V.sas., o edital deverá ser retificado para exigir que as licitantes apresentem:

- **Autorização de Funcionamento para gases expedida pela ANVISA (AFE).**

III.3 AUSÊNCIA DA EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE IMPORTANTES COMPROVANTES PARA VERIFICAÇÃO DA QUALIFICAÇÃO TÉCNICA DE EMPRESAS NO CERTAME.

Para efeitos de qualificação técnica, a lei prevê a possibilidade de se exigir a apresentação de comprovante de registro em conselho, tanto da empresa, quanto de seu responsável técnico, como medida a verificar a experiência de empresas na execução do objeto, além do atestado de capacidade técnica que comprova a experiência de empresas para o atendimento do objeto.

Ocorre que, para esta licitação, não estão sendo exigidos os respectivos comprovantes. Considerando que o objeto da licitação contempla o fornecimento de produtos essenciais para a saúde e atividades hospitalares, o mais apropriado seria que a Administração, por cautela, verificasse a aptidão anterior de empresas que participarem da licitação, a fim de confirmar a capacidade para execução de objeto essencial para o suporte à vida.

Vale destacar que o objeto licitado tem por condão a Aquisição de Oxigênio Medicinal, ou seja, seu escopo **demand a contratação de empresa experiente, idônea, de reconhecida capacidade técnico-operacional no mercado**, para atender aos pacientes que serão beneficiados com o tratamento terapêutico da oxigenoterapia.

Nesse diapasão, pede-se que V.Sa. incluam exigência relacionada à comprovação de aptidão anterior para fornecimento do objeto, por meio dos seguintes documentos:

- **Prova de registro da empresa e de seu responsável técnico no Conselho Profissional Competente para gases medicinais, por meio da apresentação de registro no Conselho Regional de Farmácia OU de Química;**

Por fim, tendo em vista que os gases medicinais objeto do certame são destinados à pacientes da rede pública, essa exigência deve ser imposta, sob pena de colocar em risco a saúde da população atendida.

III.4 NECESSÁRIA FLEXIBILIZAÇÃO DA CAPACIDADE EXIGIDA PARA OS CILINDROS.

Dentre as condições previstas no Edital, se insere o acondicionamento dos gases em cilindros com capacidades específicas, nos seguintes termos:

6	SV	100,00	- RECARGA DE OXIGÊNIO MEDICINAL EM CILINDRO BACKUP DE 8M ³ A 10 M ³ , conforme Anexo II – Termo de Referência do Edital.
---	----	--------	--

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, o que impede a participação das demais concorrentes, que fornecem os mesmos tipos de gases, contudo em cilindros de dimensões aproximadas e, conseqüentemente, restringe o caráter competitivo da licitação, **ainda que não seja sua intenção.**

Neste prisma, não se pode tratar a dimensão dos cilindros como instrumento diferenciador entre as empresas participantes. Desta forma, não havendo impedimento técnico para a flexibilização da capacidade exigida para os cilindros, pois isso daria uma margem maior de aproveitamento conforme a linha de produção de cada empresa licitante.

Portanto, 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 06 – Cilindro de 8m³ a 10m³:** Pede-se flexibilizar a capacidade exigida, de modo a permitir o acondicionamento do produto em cilindros com capacidade compreendida entre 7m³ a 10m³.

Tais providências certamente privilegiarão a ampliação do caráter competitivo da licitação, justamente por permitir um maior número de empresas participantes e, conseqüentemente, aumentará as chances da Administração de obter proposta mais vantajosa.

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 de V.Sa. na apreciação e deferimento do presente pedido.

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.

III.5 DOS PRAZOS PARA ATENDIMENTO DAS SOLICITAÇÕES

O edital e seus anexos determinam os prazos em que empresa vencedora deverá fornecer os objetos da licitação.

Data vênua ao entendimento de V.sas., a Administração deve agir com ponderação na fixação de prazos para cumprimento pelas empresas e deve determiná-lo levando em consideração todas as eventuais singularidades envolvidas com a entrega. Devem ser consideradas as possíveis dificuldades inerentes ao trânsito, liberação dos equipamentos, emissão de nota fiscal, e ainda tempo hábil para acondicionar os produtos no veículo para que sejam transportadas até o local de destino. Junte-se ao fato de que as empresas deste segmento não trabalham com logística de pronta entrega e sim com sistema de logística de rotas programadas.

Outrossim, máxima vênua, no caso em tela, os prazos concedidos são reduzidos e seu cumprimento se mostra inexecutável, pois há de ser considerado ao menos o tempo de

logística. Convém reforçar que, o estabelecimento de prazo reduzido 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.

Melhor dizendo, a permanência da forma como encontra-se redigido o texto atual, poderá elevar os custos do transporte e interferir nos preços a serem propostos, prejudicando a Administração Pública que terá aumento, desnecessário, de despesas, afinal todo e qualquer aumento de preço com a logística frente a fixação de um prazo reduzido para a entrega, será transportado para a proposta.

Ainda, para que o objeto licitado possa ser atendido na integralidade, com a regular e competente prestação dos serviços de assistência técnica nos equipamentos, sem que haja qualquer problema futuro quanto a eventual impossibilidade de cumprimentos dos prazos de atendimento, pede-se que seja retificado o edital com a dilação do prazo.

Veja, a exigência retratada conforme o disposto atualmente, afronta a competitividade e a razoabilidade, sendo contrária, portanto, aos princípios insculpidos no artigo 3º da Lei nº. 8.666/93, senão vejamos:

“Lei nº. 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.”

Em razão disto, data vênia, a WHITE MARTINS pede o deferimento da presente impugnação para que, no mérito, o prazo exigido no edital seja alterado da seguinte forma:

- **Prazo para recolha dos equipamentos:** Requer seja alterado para “**96 (noventa e seis) horas**”. Assim os objetivos propostos podem ser plenamente alcançados sem problemas futuros que impossibilitem o cumprimento dos prazos.
- **Prazo para recarga dos gases:** Requer seja alterado para “**48 (quarenta e oito) horas**”, de forma a permitir que o maior número de interessados tenha condições de participar da licitação, garantindo a ampla concorrência e a isonomia entre as licitantes.

III.5.1 AUSÊNCIA DE PRAZO PARA MIGRAÇÃO DE FORNECEDOR

Data vênia ao entendimento de V.sas., não se observa no edital a definição de prazo para migração de fornecedores, 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 equipamentos em todos os locais e residências) e mobilização do novo fornecedor (o que conta com a instalação de equipamentos em todos os locais estabelecidos pela Contratante, incluindo residências de pacientes).

Desta forma, para que todo o processo ocorra sem danos aos pacientes, faz-se mister a concessão de prazo exequível para sua realização, prazo este que não pode ser inferior à **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.

Portanto, para isso solicitamos a retificação do edital para a devida definição de prazos para fornecimento do objeto licitado em caso de migração dos produtos e materiais nos locais indicados, no caso do processo licitatório ter como licitante vencedora uma empresa que não

seja a atual fornecedora.

Assim, a WHITE MARTINS pede o deferimento da presente impugnação para que, no mérito, a Administração preveja prazo para migração de fornecedores, o qual não poderá ser inferior à 30 (trinta) dias, a contar da assinatura do contrato ou emissão de ordem de fornecimento.

III.6 ESCLARECIMENTOS NECESSÁRIOS

Para um melhor dimensionamento da proposta, aproveita-se o oportuno para pedir esclarecimento conforme abaixo segue:

- Em análise ao item 01, o Edital solicita ventilação invasiva e não invasiva, mas requer somente como acessório não invasivo, o circuito. Os demais acessórios de ventilação invasiva (máscara para traqueostomia, espaço morto, porta de enriquecimento de O2, por exemplo) não serão necessários?

- Os pedidos de recolhimentos serão realizados pelo próprio órgão ou o paciente deverá entrar em contato diretamente com a empresa responsável para fazer a requisição?

IV – DO PEDIDO

Ante o exposto, pugna a WHITE MARTINS:

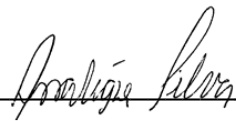
- a) Pelo recebimento, apreciação e integral deferimento da presente impugnação, para que, no mérito, todas as alterações aqui evidenciadas sejam providenciadas.

- b) Na hipótese da pedido ora formulado ser indeferido, que seja emitido parecer técnico fundamentando seu indeferimento.

Nestes termos,

Pede apreciação e manifestação.

Sertãozinho, 03 de março de 2023.



WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS LTDA.

Nome: Analigia da Silva

Cargo: Gerente Nacional Contas Públicas

RG: 077583300 IFPRJ

CPF: 003.791.977-66