

ILMO (A) SR. (A) PREGOEIRO (A) DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO DA PREFEITURA MUNICIPAL DA
ESTÂNCIA DE SOCORRO

REF.: PROCESSO N° 123/2022/PMES
PREGÃO PRESENCIAL SRP N° 059/2022
TIPO DE LICITAÇÃO: MENOR PREÇO POR LOTE
DATA DA SESSÃO: 28/12/2022
HORÁRIO: 09:30H00MIN

WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS LTDA, empresa privada, com matriz na Avenida Pastor Martin Luther King Jr., nº126, Sala 301, Bloco B, Del Castilho, Rio de Janeiro - RJ, inscrita no CNPJ sob o nº 35.820.448/0001-36 e com filial em Vinhedo, 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 28 de dezembro de 2022, na licitação pela modalidade Pregão Presencial, objetivando o "Registro de preços para locação de equipamento de oxigênio domiciliar (concentrador de oxigênio), CAP pressão fixa e ventilador pulmonar e fornecimento do oxigênio para recarga, pelo período de 12 meses", sob o regime de execução por menor preço por lote. A princípio, destaca-se que a presente impugnação é tempestiva, tal mecanismo é reforçado no ato convocatório onde se fez constar:

PREFEITURA MUNICIPAL DA ESTÂNCIA DE SOCORRO
A(o) Licitação
para os devidos fins.
Em 23 de 12 de 2022

24.1 – Até 03 (três) dias úteis antes da data fixada para recebimento das propostas (art. 10 do Decreto Municipal nº 2914/2011), qualquer pessoa, física ou jurídica, poderá encaminhar pedidos de esclarecimento do ato convocatório deste Pregão mediante petição a ser enviada para o endereço eletrônico licitacao@socorro.sp.gov.br.

Em face do exposto, deve ser a presente Impugnação considerada, nestes termos, 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 EXIGÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Observa-se dos itens 7.1.13 e 18.1.13 do Edital e os anexos que o compõe, a previsão de aplicabilidade das disposições do Código de Defesa do Consumidor “CDC”:

7.1.13 - A licitante está sujeita as normas do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), nas situações aplicáveis à esta prestação de serviços.

Ocorre que os contratos administrativos submetem-se ao regime jurídico administrativo, onde o ente público coloca-se numa posição privilegiada em relação aos particulares na relação jurídica. Nos contratos administrativos, o órgão contratante coloca-se, na relação, com inegável superioridade jurídica, sempre como forma de proteger o interesse público, assim, neste tipo de regime jurídico não há como sustentar a aplicabilidade do CDC, diploma legal que tem como intuito proporcionar o equilíbrio entre as partes contratantes.

Sob tal aspecto, Marçal Justen Filho nos ensina (in Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 13ª ed., São Paulo: Dialética, 2009, pág. 796), com muita propriedade, quanto a aplicação do Código de Defesa do Consumidor nos contratos administrativos:

“Alguém poderia defender a aplicação subsidiária do Regime da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), no tocante à responsabilidade por vício do produto ou do serviço. Isso é inviável, porquanto à Administração é quem define a prestação a ser executada pelo particular, assim como as condições contratuais que disciplinarão a relação jurídica. Ainda que pudesse caracterizar a Administração como “consumidor”, não haveria espaço para incidência das regras do CDC, estando toda a matéria subordinada às regras da Lei de Licitações, do ato convocatório e do contrato. (...)”.

Outrossim, pode-se perceber a sujeição do Contratado em face do órgão licitante. Enquanto, o CDC preocupa-se em limitar o “poder” do fornecedor em impor o contrato ao consumidor, nas relações regidas pelo direito público, o contratado está sujeito aos termos do edital de licitação. Desta forma, percebe-se que seria incongruente permitir que as normas protetivas do CDC determinem ônus adicionais ao particular que já está sujeito aos termos contratuais fixados unilateralmente pela contratante.

Portanto, como medida de extrema segurança jurídica e equilíbrio da prestação contratual,

requer-se exclusão da previsão de aplicação do Código de Defesa do Consumidor na relação entre o órgão licitante e a licitante vencedora do certame.

III.2 – RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR/CONTRATADA.

A Impugnante destaca o item 18.1.5 do Edital, bem como o item 7.1.5 da Ata de Registro De Preços, uma vez que estão em desconformidade com o que dita a Lei de Licitações e Contratos administrativos, Lei Federal nº 8.666/1993.

7.1.5 – Responder, integralmente, por perdas e danos que vier a causar ao Município ou a terceiros, em razão de ação ou omissão dolosa ou culposa, sua ou dos seus prepostos, independentemente de outras cominações contratuais ou legais a que estiver sujeita;

A disposição contida nos dispositivos acima colacionados atribui à Contratada a responsabilidade **integral** por e perdas e danos. Data vênia, insta esclarecer que a previsão contida nos referidos itens são desproporcionais na medida em que amplia a responsabilidade da Contratada para além dos danos causados diretamente por ela.

Segundo o ordenamento jurídico brasileiro, a Contratada somente deverá arcar com o ressarcimento no limite de sua responsabilidade, ou seja, caso o prejuízo ou dano seja decorrentes **diretamente** de sua culpa ou dolo, é o que diz a lei 8.666/93, in verbis:

Art. 70. O contratado é responsável pelos danos causados diretamente à Administração ou a terceiros, decorrentes de sua culpa ou dolo na execução do contrato, não excluindo ou reduzindo essa responsabilidade a fiscalização ou o acompanhamento pelo órgão interessado.

A redação do artigo 70 exclui quaisquer outros danos que não forem diretos. Por esta razão, não acerta o edital e respectivos anexos quando estabelecem que a Contratada deve

responder integralmente por todos os possíveis danos e prejuízos causados ao Contratante ou a terceiros, advindos da prestação dos serviços contratados.

Dito de outra forma, a lei de regência determina que a responsabilidade civil da empresa contratada, ou seja, seu dever de reparar um dano causado, estará restrita tão somente aos danos que ela diretamente causar. Assim, por expressa disposição legal, excluem-se do dever de reparar da Contratada, perdas e danos eventualmente sofridos pelo Órgão contratante e por terceiros. Por isso, ao determinar que a Contratada será responsável integralmente por todos os danos e prejuízos causados, está fazendo uma interpretação extensiva, quando a lei quis restringir a aplicação da norma somente aos casos de danos diretos.

Repisa-se que, ao estabelecer que a Contratada assumirá o ônus por quaisquer perdas e danos, o órgão promotor da licitação faz uma ampliação, não permitida pela norma legal, da aplicação do dispositivo a todos os casos de danos e prejuízos. Isso faz com que a Contratada assumira por danos que a lei não a obrigue.

Posto isto, em razão dos riscos associados à atribuição do compromisso para ressarcimento pela Contratada à Contratante, a participação na licitação torna-se arriscada, motivo pelo qual a Administração poderá não ter fornecedores interessados em participar da licitação e firmar contratos assumindo os riscos associados.

Ora, é evidente que a limitação da responsabilidade da Contratada somente aos danos diretos e decorrentes de sua culpa ou dolo, em nada diminui o dever desta de prestar o serviço licitado adequadamente e de forma responsável, e estrita conformidade com as condições do instrumento convocatório. Tal limitação visa, tão somente, evitar que a Contratada seja responsabilizada por danos aos quais não deu causa.

Portanto, é evidente que somente surgirá o dever de a Contratada indenizar se ficar comprovado que o dano foi causado diretamente à Administração ou a terceiros. Veja, os

poderes conferidos à Administração Pública devem ser utilizados em benefício da coletividade, pois o bem comum é a finalidade que toda ação administrativa deve objetivar.

Nesse contexto, é nítido que a regra do edital de licitação não pode desafiar a lógica do razoável e em última análise, afasta esta Administração da trilha da obtenção da melhor proposta, finalidade ulterior deste e de todos os certames licitatórios.

Ainda, é possível perceber uma provável contradição dos dispositivos mencionados aos itens 7.1.31 e 18.1.31 do Edital. Razão pela qual pede-se a supressão dos itens 18.1.5 e 7.1.5, uma vez que estendem a responsabilidade da vencedora do certame, permanecendo somente as **cláusulas que conferem à contratada responsabilidade unicamente aos danos diretos**, pela força do artigo 70 da Lei de Licitações.

III.3 DOS PRAZOS PARA ATENDIMENTO DAS SOLICITAÇÕES

O edital e seus anexos determinam os prazos em que empresa vencedora deverá fornecer os objetos da licitação. De início, ressalta-se que a Administração deve agir com razoabilidade no estabelecimento de prazos para cumprimento pelas empresas e deve determiná-lo considerando todas as peculiaridades envolvidas com a entrega e manutenção.

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.

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 assistência técnica:** requer seja alterado para “48 (quarenta e oito) horas”.

III.3.1 PRAZO PARA MIGRAÇÃO DE FORNECEDOR

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.4 DA AUSÊNCIA DA CAPACIDADE VOLUMÉTRICA DE CILINDROS NECESSÁRIOS EM COMODATO.

Conforme descrição contidas no Ato Convocatório e seus Anexos, tem-se que a redação tal como disposta atualmente, gera dúvidas quanto aos dos cilindros que serão objetos de comodato no decorrer da execução contratual. Isso porque, o Edital olvidou-se de mencionar quanto a quantidade/volume aproximados dos cilindros comodatários, vejamos:

1.2. O fornecimento do Oxigênio Medicinal comprimido em cilindros se dará por meio da cessão gratuita (comodato) dos cilindros de armazenamento da CONTRATADA.

Haja vista, que para a correta e efetiva apresentação das propostas, quanto para o provimento do objeto supramencionado, se faz necessárias as determinações aproximadas deste, a fim de satisfazer as necessidades dessa Administração, com o intuito de permitir a possível e justa viabilidade do material contratado em concordância com o mercado atual.

Necessário se faz que o edital seja claro, a fim de não gerar dúvidas e futuros problemas com o fornecimento. Além disso no art. 40, da Lei 8.666/93, em seu inciso I, é explicitado a necessidade de ser clara e sucinta a descrição do objeto.

“Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em 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:

I - objeto da licitação, em descrição sucinta e clara;"

Portanto, requer seja especificada a capacidade de cilindros a serem comodatados, com a finalidade de os licitantes apresentarem propostas eficientes, e o vencedor conseguir cumprir de forma adequada o contrato.

Tal previsão, ainda que de forma aproximada, é de substancial importância para que as empresas possam adequar sua estrutura para atendimento de vossa demanda e, data vênia, da forma como consta em vosso edital, somente após a emissão da nota de autorização de fornecimento é que as empresas terão o conhecimento necessário para iniciar os trâmites internos para atendimento do objeto.

III.5 DA EXIGÊNCIA DO REGISTRO NO CONSELHO REGIONAL DE ENGENHARIA E AGRONOMIA

Em análise do edital, verificou-se nos itens "6.3.4 – DOCUMENTAÇÃO RELATIVA À QUALIFICAÇÃO TÉCNICA"; "17.9 - DAS CONTRATAÇÕES DECORRENTES DO REGISTRO E DAS MANUTENÇÕES" e alínea "f" - DAS MANUTENÇÕES, a seguinte imposição, conforme abaixo:

6.3.4.3 - Registro na entidade profissional competente do responsável técnico pelas manutenções, exercida por um profissional com registro atualizado no CREA.

Ocorre que, tal exigência não guarda coerência com o objeto licitado no certame em epígrafe. Não há no objeto do edital, nem nos elementos descritos no termo de referência, nenhum item que seria necessário a obrigação de um responsável técnico engenheiro, que justificasse a obrigatoriedade do CREA, visto que os itens são químicos/farmacêuticos. Sendo assim, tal exigência não é compatível com o objeto licitado, devendo tal exigência ser alterada do edital.

Ocorre que tais condições não encontram amparo nas leis e princípios que regulam o processo licitatório, pelo contrário, encontram vedação expressa tanto na Constituição Federal quanto no Estatuto de Licitações, senão vejamos:

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 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."

Estatuto de Licitações – Lei Federal 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.

§ 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;

O edital deve concentrar apenas as exigências de documentos que sejam essenciais, de forma que a inclusão de qualquer exigência que ultrapasse o rol previsto na Lei nº 8.666/93, é considerado defeso em nosso ordenamento jurídico, em razão da restrição da competitividade que poderá provocar. Da leitura dos artigos 27 a 31 da Lei nº 8.666/93, percebe-se que não há qualquer dispositivo que contemple a exigência de registro no CREA.

Dito isso, data vênia, ressaltamos evidente a inaplicabilidade e a consequente ilegalidade da exigência mencionada no caso em apreço, impondo-se a supressão do item supracitado.

III.6 ESCLARECIMENTOS NECESSÁRIOS

Considerando que o processo em referência contemplará o fornecimento de gases medicinais e equipamentos de oxigenoterapia, e para um melhor dimensionamento da proposta, a IMPUGNANTE questiona:

- Qual a quantidade aproximada de pacientes atendidos atualmente para cada item do Edital?

IV – DO PEDIDO

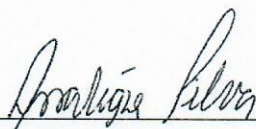
Ante o exposto, a Impugnante solicita a retificação no que tange à mencionada impropriedade do instrumento convocatório, a fim de que sejam respeitados os princípios que regem a atuação da Administração Pública.

Fica, dessa forma, atingido o instrumento convocatório, devendo novo edital ser elaborado e publicado considerando as devidas adequações.

Nestes termos,

Pede apreciação e manifestação.

Vinhedo, 22 de dezembro de 2022.



WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS LTDA.

Gerente Nacional de Contas Públicas

Analigia da Silva

RG: 077583300

CPF: 003.791.977-66

Tel: (21) 3279-9151