



PROCESSO Nº 123/2022/PMES - PREGÃO PRESENCIAL PARA REGISTRO DE PREÇOS Nº 059/2022

Objeto: 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, conforme especificações constantes no Termo de Referência – Anexo II do edital.

Assunto: Resposta a Esclarecimento.

Esta Pregoeira vem respeitosamente manifestar-se com referência ao processo em epígrafe.

Recebida a impugnação referente ao objeto em epígrafe, via e-mail, **TEMPESTIVAMENTE**, e tratando-se de questões técnicas, os mesmos foram remetidos à Secretaria de Saúde para análise e resposta e a mesma no dia 26/12/2022 manifestou-se apresentando as respostas, conforme segue:

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 a 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 vênua, 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 dado 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 vênua, 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:

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 vênua, 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?

Aos vinte e seis dias do mês de dezembro de dois mil e vinte e dois a **Secretaria de Saúde** manifestou-se nos seguintes termos:

Item III.3.1 - Prejudicada a resposta, pois a Prefeitura não tem firmado contrato para o respectivo objeto.

Item III.3 – O prazo constante no item 2.9 letra C do termo de referência é de 03 (três) dias e entende-se como um prazo razoável para o atendimento no que se refere a manutenção técnica corretiva.

Item III.4 – Conforme consta no item 2.10 do termo de referência a quantidade/volume dos cilindros em comodato deverá ser de 1m³ à 7m³.

Item III.5 – Considerando a necessidade de Engenheiro Elétrico, o qual deverá ser o responsável pelas manutenções a exigência do registro no CREA está correta.



Item III.6 – Fica prejudicada a resposta, pois a Prefeitura não tem contrato firmado para o objeto e tratando-se de ata de registro de preços o fornecimento será conforme a demanda da Secretaria de Saúde.

Esta Pregoeira manifesta-se também com referência ao item III.1 EXIGÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, citando o voto exarado pelo Egrégio Tribunal de Contas do Estado de São Paulo no TC-013978.989.18-4, o que demonstra que a disposição contida no edital está em plena consonância com a jurisprudência da Corte de Contas:

2.2 Primeiramente, considero improcedente a queixa relacionada à adoção do Código de Defesa do Consumidor em caso de responsabilização por vícios e danos decorrentes da execução do ajuste.

O artigo 2º do CDC define consumidor como “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

Observa-se que a citada norma não faz quaisquer distinções sobre sua aplicabilidade, não havendo motivo para se excetuar a Administração Pública quando esta for parte em uma típica relação de consumo, ainda que os ajustes por ela firmados detenham certas prerrogativas, decorrentes da própria supremacia do interesse público.

Nesse aspecto, como bem destacado pela Chefia da ATJ e Ministério Público de Contas, diante da possibilidade de, em determinadas situações, o ente público ser considerado parte vulnerável nos contratos de consumo (em decorrência de limitações técnicas, científicas, fáticas ou econômicas perante o fornecedor), nos termos da Lei Federal nº 8.078/90, aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos administrativos. Ademais, impende registrar que, de acordo com o artigo 54 da Lei federal no 8.666/93, impõe-se aos contratos administrativos, suplementarmente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

E ainda quanto ao item III.2 – Todas as responsabilidades, perdas e danos que vier a causar ao Município ou a Terceiros, em razão da ação ou omissão dolosa ou culposa, sua ou de seus prepostos são as advindas das futuras contratações realizadas através desta Ata de Registro de Preços, portanto não há que se falar em excessivas ou excedentes, uma vez que a empresa é responsável por seus atos e de seus prepostos.

Ressalte-se que esta Municipalidade ao estabelecer as condições de participação nos certames licitatórios, norteia-se pelos princípios legais. Portanto, com as normas, exigências e descrições contidas no instrumento convocatório esta Administração tem por escopo garantir um padrão mínimo de qualidade dos produtos licitados, e, sobretudo, que não onere os



cofres públicos atendendo ao princípio da economicidade, sem contudo, restringir a participação de licitantes no certame.

Esta Administração se encontra amparada pela Lei nº 8.666/93, e demais alterações posteriores, que norteiam os atos da Administração Pública Municipal, em especial o art. 3º, a saber:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração 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".(grifo nosso)

Assim sendo, a administração busca de maneira eficaz solucionar os problemas relacionados no dia-a-dia, de acordo com os princípios norteadores de uma administração pública, em relação aos particulares (fornecedores), tendo a administração como uma de suas prerrogativas, o dever de atuar em favor do interesse público coletivo.

Cabe citar ainda o princípio da supremacia do interesse público, sempre que houver conflito entre um interesse individual e um interesse público coletivo, deve prevalecer o interesse público coletivo.

Entendemos ainda que o presente expediente deverá ser encaminhado à Secretaria dos Negócios Jurídicos, para emissão do parecer sobre as questões de ordem jurídica.

Após deverá ser encaminhada para apreciação final da Exmo. Sr. Prefeito Municipal.

Diante do exposto, esta Pregoeira, com base no parecer técnico, devidamente fundamentado, opina por julgar **IMPROCEDENTE** a impugnação interposta pela empresa: **WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS LTDA.**, e opina pela inclusão do profissional responsável pelas manutenções nas exigências do edital, desta forma mesmo a impugnação sendo improcedente haverá necessidade da adequação da exigência, para melhor entendimento de todos os interessados.

Socorro, 27 de dezembro de 2022.

Sílvia Carla Rodrigues de Morais
Pregoeira