

**ILMO (A). SR (A). PREGOEIRO (A) DA COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO DA SECRETARIA MUNICIPAL DA ADMINISTRAÇÃO E GESTÃO DE RECURSOS HUMANOS DO MUNICÍPIO DE GUARAPARI – ESTADO DO ESPÍRITO SANTO.**

**REF.: PREGÃO ELETRÔNICO Nº 113/2021**

**PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº: 8731/2021**

**DATA DA SESSÃO: 13/08/2021**

**HORÁRIO: 09h30min**

**WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS LTDA**, sociedade empresária, com matriz estabelecida na **AV. PASTOR MARTIN LUTHER KING JUNIOR, Nº 126, DEL CASTILHO - RJ**, CNPJ/MF nº **35.820.448/0001-36** e filial localizada na **AV. MARIO GURGEL Nº 1997 – VERA CRUZ – CARIACICA - ES** inscrita no CNPJ/MF nº **35.820.448/0019-65**, doravante denominada “WHITE MARTINS”, vem, tempestivamente, por seu representante legal abaixo assinado, com fundamento no mandamento constante do item 14.2.2 do edital apresentar

**IMPUGNAÇÃO**



ao **edital do pregão em referência**, pelas razões fáticas, técnicas e jurídicas a seguir delineadas, tendo em vista os vícios verificados no edital, que se não sanados poderão contaminar os atos sucessivos e, conseqüentemente, o processo poderá ter sua nulidade decretada até mesmo perante o Judiciário.

## **I – MOTIVOS QUE ENSEJARAM A APRESENTAÇÃO DA PRESENTE IMPUGNAÇÃO.**

A WHITE MARTINS teve conhecimento da abertura do processo licitatório em referência, que tem por OBJETO “A **CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA SERVIÇO DE FORNECIMENTO ININTERRUPTO DE GASES MEDICINAIS – OXIGÊNIO PARA ATENDIMENTO DAS DEMANDAS DA UNIDADE DE PRONTO ATENDIMENTO – UPA 24H. – SEMSA**” e, na condição de interessada em participar da disputa para o atendimento deste objeto, analisou os termos do edital.

Após acurada leitura, foram identificadas exigências que necessitam ser revistas, para que os atos do processo ocorram de acordo com a lei.

## **II – DA PREVISÃO DE FORNECIMENTO DE AR COMPRIMIDO E VÁCUO CLÍNICO.**

De acordo com a definição do objeto constante da seção 2 – DO OBJETO do edital, a presente licitação objetiva a contratação de empresa para fornecimento de oxigênio para atendimento da demanda de unidades de pronto atendimento.

Contudo, muito embora o gás a ser fornecido seja o oxigênio, o edital e os instrumentos que o integram apresentam várias referências ao fornecimento de



produtos não contemplados no objeto da presente licitação, quais sejam, o ar comprimido e o vácuo. Vejamos:

“

#### **4 - DAS ESPECIFICAÇÕES E CARACTERÍSTICAS**

A prestação de serviços de fornecimento ininterrupto de gases medicinais contempla: o fornecimento dos gases e abastecimento dos equipamentos de armazenamento, o fornecimento de tanques criogênicos, das centrais de suprimento e bateria reserva de cilindros e suas respectivas manutenções preventivas e corretivas, e inclui:

- Abastecimento e entrega de cilindros para usuário interno da Instituição;
- Sistema catalisador de CO para o sistema de ar comprimido medicinal;
- Sistema separador de água e óleo do condensado gerado pela compressão do ar;”

“No caso do ar comprimido, a garantia de fornecimento deve ser assegurada através de um sistema de suprimento secundário, composto por um compressor de ar, ou uma central de suprimentos reserva composta por uma bateria de cilindros.” (grifamos em amarelo)

“

#### **7 - DO DIMENSIONAMENTO**

A capacidade do tanque criogênico bem como do suprimento de reserva desses e do módulo de ar comprimido deve ser dimensionada levando-se em consideração o fator de utilização previsto e a frequência estabelecida para seu fornecimento, de forma a assegurar o fornecimento ininterrupto dos gases (conforme resolução ANVISA RDC nº69 de 2008). “(grifamos em amarelo)

“

#### **10 - DAS MANUTENÇÕES**

Os critérios das Manutenções Preventivas e Corretivas das unidades dos tanques de armazenamento e das centrais de reserva dos gases medicinais, dos sistemas de vácuo clínico e ar comprimido devem seguir o estabelecido nas normas técnicas vigentes e nas prescrições do fabricante dos equipamentos, de forma a assegurar o fornecimento ininterrupto dos gases.” (grifamos em amarelo)

“XVI. É de responsabilidade da empresa que fornecer a prestação de serviços, a manutenção preventiva e corretiva do equipamento disponibilizado na prestação dos serviços, ou seja, dos cilindros (tanto da central de reservas, quanto dos cilindros de transporte), dos equipamentos utilizados na produção do ar comprimido (compressores), do sistema de vácuo clínico, da usina concentradora de oxigênio (se for o caso) ou do tanque estacionário, incluindo a substituição de peças, quando necessário. Os equipamentos devem estar, durante todo o período de execução do contrato, em perfeitas condições de uso.” (grifamos em amarelo)

2. QUADRO RESUMO:	
2.01	Título e objeto geral: Locação de tanque criogênico para oxigênio líquido e central reserva de cilindros de oxigênio gasoso, locação de cilindros de gases medicinais (ar comprimido, oxigênio), bem como manutenção preventiva mensal e corretiva sempre que necessário 24 horas por dia 7 dias na semana. (ININTERRUPTA) do tanque de oxigênio medicinal, central de cilindros reserva, rede e postos de consumo de oxigênio para atender a unidade de pronto atendimento – UPA-SEMSA, Guarapari ES.
2.02	<p>Descrição do objeto a ser licitado:</p> <p>Tanque criogênico com capacidade a ser dimensionada pelo fornecedor que garanta segurança e economia para a administração pública que atendam a RDC nº. 50 – Anvisa/MS, complementada pela Resolução RDC nº. 307 de 14 de novembro de 2002 e ABNT – NBR 12.188/2012 e suas atualizações.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Automação de modo que os sistemas do suprimento primário ou secundário entrem em operação no caso de falha de um dos dois, e instalação de um painel de alarme sonoro e visual em local visível aos profissionais, que sinalize pressão inadequada na rede, conforme norma reguladora.</li> <li>• O sistema como um todo, em atendimento as normas sanitárias ANVISA (RDC 50 e 307) e técnica (NBR</li> </ul>

**LOTE 2** - Fornecimento de gases medicinais (oxigênio líquido e gasoso e ar comprimido medicinal).

LOTE	ITENS	DESCRIÇÃO / ESPECIFICAÇÃO	QUANTIDADE MÉDIA DE USO MENSAL ESTIMADA EM M <sup>3</sup>	PREÇO UNITÁRIO DO ITEM	PREÇO MÁXIMO DO LOTE
02	1	Oxigênio Líquido Medicinal	6.000		
	2	Oxigênio gasoso medicinal cilindros 10m <sup>3</sup>	200		
	3	Oxigênio gasoso medicinal em cilindros de 4m <sup>3</sup>	100		
	4	Oxigênio gasoso medicinal em cilindros de 3m <sup>3</sup>	100		

Nesse diapasão, questiona-se:

1 - O objeto também contempla o fornecimento do gás ar comprimido bem como dos sistemas geradores de ar medicinal e vácuo?

2 – Se sim, de que forma a empresa poderá cotar o fornecimento destes produtos, se não há itens dispostos nos lotes para precificação destes produtos?

3 – As unidades de saúde dispõem de local para instalação de sistemas geradores de ar e vácuo? Caso a empresa identifique o local designado para instalação não apresenta o tamanho adequado para os sistemas, será conferido à empresa a possibilidade de indicar o local que se apresentar apropriado para a instalação?

4 – Caso se confirme que tais produtos fazem parte do objeto, pede-se considerá-los em lote separado dos demais lotes que integram o edital, pois o seu fornecimento é totalmente independente do fornecimento de oxigênio medicinal.

Contudo, oportuno ressaltar que há entendimento sedimentado no ordenamento pátrio de que o critério de julgamento de MENOR PREÇO GLOBAL ou POR LOTE, **para objeto constituído de bens e serviços de natureza divisível**, compromete substancialmente o caráter competitivo da licitação, como também o principal objetivo da licitação que é a satisfação do interesse público, ou seja, o de proporcionar à Administração a possibilidade de realizar o negócio mais vantajoso.

O Tribunal de Contas da União já veiculou este entendimento através do seu informativo nº 161 de 2013, senão vejamos:

#### **“PLENÁRIO**

**1. A licitação por lote, com a adjudicação pelo menor preço global, sem comprovação de eventual óbice de ordem técnica ou econômica que inviabilize o parcelamento do objeto em itens,**

**caracteriza restrição à competitividade do certame, em vista do disposto nos art. 15, inciso IV, e 23, § 1º, da Lei 8.666/93.**

Representação relativa à licitação conduzida pelo Banco do Brasil S/A, mediante pregão para ata de registro de preços, destinada à aquisição de equipamentos de ar condicionado tipo *Split*, para as dependências do banco localizadas nos estados do Amapá e Pará, apontara, dentre outras irregularidades, possível restrição à competitividade do certame. A limitação decorreria da organização da licitação em um único lote e da adjudicação pelo menor preço global, sem a comprovação da inviabilidade técnica e econômica do parcelamento do objeto em itens. Em juízo de mérito, realizadas as oitivas regimentais após concessão da cautelar pleiteada pelo representante, o relator considerou insuficientes os argumentos trazidos pelo Banco do Brasil, mormente no que respeita aos óbices à participação de fabricantes dos equipamentos licitados, decorrentes da adoção de lote único. Nesse sentido, consignou que *“a falta de parcelamento do objeto, quando este é técnica e economicamente viável, contraria a legislação em vigor (arts. 15, inciso IV, e 23, § 1º, da Lei nº 8.666/1993) e a jurisprudência consolidada no Tribunal (Súmula nº 247), restringe a competitividade da licitação e prejudica a obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração, ao impedir que os fabricantes dos produtos possam participar diretamente da competição”*. Nesse passo, configurada a irregularidade, o Tribunal, ao acolher o juízo de mérito formulado pelo relator, julgou procedente a Representação e fixou prazo para o Banco do Brasil adotar medidas destinadas à anulação do pregão. **Acórdão 1913/2013-Plenário, TC 004.526/2013-9, relator Ministro José Múcio Monteiro, 24.7.2013.”**

Frise-se assim que em se tratando de objeto licitado de bens de natureza divisível, o critério de julgamento adotado diverge dos preceitos da lei 8.666/83:

O artigo 15, inciso IV, determina:

*“ Art 15. As compras, sempre que possível, deverão:*

*...IV - ser subdivididas em tantas parcelas quantas necessárias para aproveitar as peculiaridades do mercado, visando economicidade;”*



Há ainda de se ressaltar o que preconiza o § 7º do artigo 23, o qual reafirma a preocupação do Estatuto de Licitações no tocante à preservação do caráter competitivo da licitação:

*“ § 7º Na compra de bens de natureza divisível e desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo, é permitida a cotação de quantidade inferior à demanda na licitação, **com vistas a ampliação da competitividade**, podendo o edital fixar quantitativo mínimo para preservar a economia de escala.”*

Tais dispositivos legais visam evitar que se juntem, numa única licitação, vários itens, com a finalidade de reduzir a disputa a um número limitado de participantes.

**Pede-se que, caso o fornecimento de ar comprimido e vácuo passem a integrar o objeto desta licitação, que tais produtos sejam considerados em lotes separados e independentes do lotes de oxigênio.**

### **III – NECESSÁRIA FLEXIBILIZAÇÃO DO MATERIAL EXIGIDO PARA O CILINDRO.**

Dentre as condições previstas para o fornecimento gases, se insere o acondicionamento em cilindros com capacidade de 10m<sup>3</sup> e confeccionados em alumínio, **senão vejamos:**

- “
- Os cilindros de **10 m<sup>3</sup>** utilizados na prestação dos serviços deverão ser de alumínio.”



No mercado de gases, há cilindros comercializados em alumínio ou em aço carbono. Ao exigir que apenas cilindros confeccionados em alumínio sejam ofertados na licitação, a Administração poderá deixar de fora da disputa, ainda que não intencionalmente, as empresas que atuam com cilindros confeccionados em aço carbono.

Oportuno desde já registrar que tanto cilindro confeccionado em aço quanto o cilindro confeccionado em alumínio estão aprovados por normativa técnica para acondicionamento de produtos, não havendo qualquer diferença relativa à eficácia do material para conservação das propriedades dos gases.

Nesse diapasão, pede-se que V.Sas. possibilitem a oferta de cilindros de 10 m<sup>3</sup> confeccionados em aço ou em alumínio para acondicionamento dos gases.

Tal providência certamente **privilegiará a ampliação do caráter competitivo da licitação**, justamente por permitir uma maior número de empresas participantes e, conseqüentemente, aumentar as chances da Administração de obter proposta mais vantajosa.

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 espede legal.

É conveniente lembrar que a inclusão de cláusulas restritivas em editais de licitações públicas é repudiada até mesmo por nossa Carta Magna, que assim preconiza:

**“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)

Como já deve ser de Vosso conhecer, a Lei Federal nº 8.666/93 também veda a inclusão de exigências desnecessárias em editais de licitações públicas para não comprometer o caráter competitivo 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)



§ 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; (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010)” (grifamos)

Por derradeiro, não se identifica uma justificativa plausível para se fixar o fornecimento dos gases em cilindros de 10 m<sup>3</sup> confeccionados em alumínio.

#### IV – PRAZO PARA ATENDIMENTO/INSTALAÇÃO DE EQUIPAMENTOS.

Dispõe o edital que a Contratada deverá instalar os equipamentos (tanque, centrais etc.) deverá ser realizada no prazo máximo de 20 dias, o atendimento a chamados para manutenções técnicas emergenciais, no prazo de 02 horas e de até 04 horas nas demais situações e prazo de até 04 horas para abastecimento:

“

**8 - DA INSTALAÇÃO**

A instalação do tanque, centrais de suprimento e respectivas baterias de reserva, do sistema de vácuo clínico, do módulo de ar medicinal e dos demais equipamentos envolvidos na prestação dos serviços, e toda e qualquer obra civil e serviço que a contratada julgar necessário para essa instalação e para o perfeito funcionamento do sistema, será realizada, exclusivamente pela CONTRATADA, no prazo máximo de 20 dias a partir da assinatura do contrato ou ordem de serviço, sem a descontinuidade do fornecimento dos respectivos Gases Medicinais.”

“VI. O atendimento ao chamado de necessidades de manutenções técnicas corretivas e conserto, deverá ser

efetuado no prazo máximo de até 02 (duas) horas, em casos de emergências, e de até 04 (quatro) horas nas demais situações contadas a partir da comunicação feita pelo Contratante, por escrito ou telefone, devendo ser anotados o dia, a hora e o nome da pessoa que recebeu a comunicação.”

”

**9 - DO ABASTECIMENTO**

O abastecimento dos gases medicinais deverá ser realizado de forma a assegurar o fornecimento ininterrupto dos mesmos, seguindo rigorosamente os prazos estabelecidos em cronograma, exceto em casos não previstos inicialmente, decorrentes de situações emergenciais, quando o suprimento deverá ser realizado em, no máximo, 04 (quatro) horas, a partir do registro do chamado.”

Ocorre que, devido ao cenário de pandemia que assola o país, a disponibilidade desses equipamentos acaba ficando mais escassa, motivo pelo qual demanda-se um tempo maior para que as empresas tenham condições de instalá-los.

Além disso, vale ressaltar que, somente após a formalização do contrato ou instrumento equivalente, o fornecedor terá a segurança jurídica necessária para adequar sua estrutura (logística, rota, mão de obra, ativos etc.) para atendimento da nova demanda, **fato este que impede a instalação de equipamentos em até 20 dias.**

**Prazo exequível para instalação dos equipamentos não pode ser inferior a 60 (sessenta) dias após a formalização do contrato, de 12 (doze) horas para atendimento a chamados emergenciais para manutenção, de até 24 horas para as demais situações e de até 24 horas para abastecimento.**

Convém reforçar 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.

Junte-se ainda o fato de 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)

O estabelecimento de prazo exíguo para atendimento pelas empresas caracteriza ainda exigência excessiva e, por consequência, restritiva, situação esta que encontra expressa vedação em lei, *in verbis*:

“Art. 3º (...)

§ 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; (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010)” (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 de instalação exigido no edital seja alterado da seguinte forma:

- **Prazo exequível para instalação dos equipamentos não pode ser inferior a 60 (sessenta) dias após a formalização do contrato, de 12 (doze) horas para atendimento a chamados emergenciais para manutenção, de até 24 horas para as demais situações e de até 24 horas para abastecimento.**

#### **V - RESPONSABILIDADE PELA REALIZAÇÃO DE OBRA CIVIL.**

O instrumento convocatório atribui à Contratada as seguintes responsabilidades/obrigações:

“

**8 - DA INSTALAÇÃO** do tanque, centrais de suprimento e respectivas baterias de reserva, do sistema de vácuo clínico, do módulo de ar medicinal e dos demais equipamentos envolvidos na prestação dos serviços, e toda e qualquer obra civil e serviço que a contratada julgar necessário para essa instalação e para o perfeito funcionamento do sistema, será realizada, exclusivamente pela CONTRATADA, no prazo máximo de 20 dias a partir da assinatura do contrato ou ordem de serviço, sem a descontinuidade do fornecimento dos respectivos Gases Medicinais.

” (grifamos em amarelo)

Para que seja esclarecido, **as empresas do segmento de gases não se responsabilizam por redes e outros equipamentos já instalados na Contratante, tampouco realizam obras civis, elétricas e hidráulicas que se fizerem necessárias para a instalação de equipamentos.**

Por bem esclarecer **competir à Contratante providenciar a adequação do local designado para instalação dos equipamentos**, de maneira que tal obrigação e responsabilidade não pode ser repassada à Contratada.

Esclareça-se que as empresas do ramo de gases possuem *expertise* apenas no fornecimento dos produtos e na instalação dos equipamentos necessários para acondicioná-los e não atuam na adequação de estruturas para instalação dos aludidos equipamentos.

Caso a Administração necessite que empresa realize manutenção em instalações/equipamentos já existentes, mister se faz instaurar processo licitatório para

tal finalidade, vez que tal atividade não coaduna com a instalação de equipamentos geradores de gases medicinais pelas empresas do ramo de gases.

Nesse diapasão, **pede-se que V.Sas. expressamente prevejam no edital que a obrigação relacionada à rede/instalações/equipamentos já existentes serão de responsabilidade da Contratante e não da Contratada, incluindo a realização de obra civil para adequação do local de instalação dos equipamentos, pois tal obrigação não compatibiliza com o objeto licitado.**

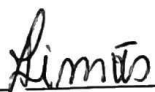
#### **VI – PEDIDO.**

Por derradeiro, pugna a WHITE MARTINS:

- a) Pelo recebimento, apreciação e integral deferimento da presente impugnação, para que, no mérito, todas as alterações aqui evidenciadas e esclarecimentos solicitados sejam atendidos.
  
- b) Na hipótese da pedido ora formulado ser indeferido, que seja emitido parecer técnico fundamentando seu indeferimento.

Nestes termos, p. Deferimento.

Cariacica, 06 de agosto de 2021.

  
\_\_\_\_\_

**WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS LTDA.**

**Thais Possatti**

**Gerente Medicinal**

*Limões*

**RG: 1815859 SSP ES**

**CPF: 105.190.527-30**

**WHITE MARTINS**

