

A

MUNICÍPIO DE PATOS DE MINAS  
SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE

ILMO (A) SR (A). PREGOEIRO (A) E EQUIPE DE APOIO,

REF.: PREGÃO ELETRÔNICO Nº 021/2018

PROCESSO LICITATÓRIO Nº 076/2018

Abertura do certame: 14/05/2018 ÀS 13h00min.

AIR LIQUIDE BRASIL LTDA., estabelecida na Rua 2, nº 300, Distrito Industrial das Pedras, Contagem/MG, inscrita no C.N.P.J. sob o nº 00.331.788/0031-34, doravante denominada **IMPUGNANTE**, vem, mui respeitosamente, perante V.Sa., com fulcro no disposto no art. 41 da Lei 8.666/93, apresentar a presente **IMPUGNAÇÃO** ao edital do Pregão Eletrônico nº 21/2018, pelas razões de fato e de direito a seguir expostas.

A presente licitação tem por objeto é a contratação de empresa visando a locação de concentrador de oxigênio para usuários do S.U.S.

Com a finalidade de cumprir, de forma integral, ao que dispõe os princípios e normas que regem o processo licitatório, a IMPUGNANTE vem, através desta, requerer ao (a) Ilmo (a) Pregoeiro (a), que avalie esta peça de impugnação e, conseqüentemente, reavalie o presente edital convocatório.

#### I. CONSIDERAÇÕES INICIAIS.

A IMPUGNANTE eleva sua mais alta estima a esta Douta Comissão de Licitação e esclarece que o objetivo desta impugnação ao edital da licitação em referência não é o de procrastinar o bom e regular andamento do processo, mas tão somente, evidenciar os pontos que necessitam ser revistos,

pois se mantidos provocarão a violação dos princípios e regras que regulam o processo licitatório e poderão inviabilizar o prosseguimento do feito e a contratação.

## II. DOS DOCUMENTOS OBRIGATÓRIOS NÃO EXIGIDOS NO EDITAL.

Tendo em vista que o objeto da licitação em referência a locação de aparelhos concentradores de oxigênio para os usuários do SUS, faz-se imperiosa a inclusão de determinadas exigências no edital a fim de cumprir legislação específica da vigilância sanitária, conforme abaixo fundamentado.

Considerando o que dispõe o inciso IV do artigo 30 da Lei nº 8.666/93;

Considerando que o fornecimento de produtos para a saúde foi regulamentado por legislação pátria que dispõe sobre vigilância sanitária;

Considerando que as empresas que comercializam gases medicinais devem obter a **Autorização de Funcionamento** e o **Certificado de Boas Práticas de Fabricação** emitido pela ANVISA e **Licença Sanitária** expedida pela Vigilância Sanitária do domicílio da licitante.

Considerando que as empresas que comercializam equipamentos médicos devem obter a **Autorização de Funcionamento** emitida pela ANVISA e **Licença Sanitária** expedida pela Vigilância Sanitária do domicílio da licitante e ainda apresentar o registro dos produtos perante à ANVISA.

Destacamos a base legal que corrobora a exigência dos documentos acima apontados:

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.

"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."(g/n)

"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."(g/n)

"Art. 10. É vedada a importação de medicamentos, drogas, insumos farmacêuticos e demais produtos de que trata esta Lei, para fins industriais e comerciais, sem prévia e expressa manifestação favorável do Ministério da Saúde.

Parágrafo único. Compreendem-se nas exigências deste artigo as aquisições ou doações que envolvam pessoas de direito público e privado, cuja quantidade e qualidade possam comprometer a execução de programas nacionais de saúde"(g/n)

#### "TÍTULO VIII

##### Da Autorização das Empresas e do Licenciamento dos Estabelecimentos.

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."(g/n)

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."

(g/n)



Ademais, considerando que gás oxigênio medicinal, produto este considerados medicamentos desde o ano de 2008, é prudente que esta Administração verifique se as licitantes atendem integralmente a RDC nº 69 de 2008, que dispõe sobre o Certificado de Boas Práticas e Fabricação de Gases Medicinais, a fim de evitar a contratação de empresa que esteja irregular perante a ANVISA e, consequentemente, aumentar os riscos de possíveis danos à saúde dos pacientes atendidos que serão beneficiados com o objeto contemplado neste processo.

Vejamos um trecho de notícia veiculada no site da Anvisa no ano de 2008:

"A Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) publicou, nesta quinta-feira (2), regras para fabricação e registro de gases medicinais. RDC 69/08, que aborda as Boas Práticas de Fabricação...

(...)

...Já a norma que trata das Boas Práticas de Fabricação define outros prazos para adequações das empresas fabricantes. Segundo a norma, os estabelecimentos terão trinta e nove meses para notificar os gases medicinais comercializados. Para realizar a notificação, os fabricantes precisam obter a autorização de funcionamento da vigilância sanitária em, no máximo, 15 meses e o Certificado de Boas Práticas de Fabricação no limite de dois anos.

O gás medicinal é um gás ou mistura de gases destinados a entrar em contato direto com o organismo humano para fins de diagnóstico, tratamento ou profilaxia (para evitar doenças ou sua propagação). O oxigênio, por exemplo, é o mais utilizado nos serviços de saúde atualmente. É indicado no tratamento da enxaqueca, úlceras de pele, feridas, insuficiência respiratória, além de ser usado, também, como coadjuvante em anestésias."

Assim sendo, a RDC nº 69/2008 especifica o seguinte:

"RESOLUÇÃO RDC Nº 69, DE 1º DE OUTUBRO DE 2008 Dispõe sobre as Boas Práticas de Fabricação de Gases Medicinais.

A Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, no uso da atribuição que lhe confere o inciso IV do art. 11 do Regulamento aprovado pelo Decreto No 3.029, de 16 de abril de 1999, e tendo em vista o disposto no inciso II e nos §§ 1º e 3º

do art. 54 do Regimento Interno aprovado nos termos do Anexo I da Portaria No 354 da ANVISA, de 11 de agosto de 2006, republicada no DOU de 21 de agosto de 2006, em reunião realizada em 30 de setembro de 2008, e

considerando a definição de medicamento presente no art. 4º Inciso II da Lei 5.991 de 17 de dezembro de 1973;

considerando as disposições contidas na Lei n.º 6.360, de 23 de setembro de 1976, e no Decreto n.º 79.094, de 5 de janeiro de 1977, acerca do sistema de vigilância sanitária a que ficam sujeitos os medicamentos;

considerando a competência da Anvisa para regulamentar os produtos e serviços que envolvam risco à saúde pública, estabelecida no art. 8º da Lei No 9.782, de 26 de janeiro de 1999;

considerando que um gás medicinal é um gás ou mistura de gases destinados a tratar ou prevenir doenças em humanos ou administrados a humanos para fins de diagnóstico médico ou para restaurar, corrigir ou modificar funções fisiológicas;

considerando que a produção de gases medicinais é um processo industrial especializado, o qual não se realiza em laboratórios farmacêuticos tradicionais, de modo a ser necessário definir as especificidades inerentes a esta produção e ao respectivo controle de qualidade, adota a seguinte Resolução da Diretoria Colegiada e eu, Diretor-Presidente, determino a sua publicação:

Art. 1º Aprovar o Regulamento Técnico sobre Boas Práticas de Fabricação de Gases Medicinais, nos termos do Anexo desta Resolução.

Art. 2º Fica concedido o prazo de quinze meses a contar da data de publicação desta Resolução para que as empresas fabricantes de gases medicinais sejam regularizadas quanto à Autorização de Funcionamento e o prazo de 24 (vinte e quatro) meses a partir da data da Autorização de Funcionamento para a obtenção do Certificado de Boas Práticas de Fabricação.

Art. 3º O descumprimento das disposições contidas nesta Resolução e no Regulamento por ela aprovado constitui infração sanitária, nos termos da Lei No 6.437, de 20 de agosto de 1977, sem prejuízo das responsabilidades civil, administrativa e penal cabíveis."

O simples fato do instrumento convocatório não apresentar tais exigências acaba por violar a legislação pertinente, em afronta ao Princípio da Legalidade e, por consequência, é passível de nulidade por caracterizar vício insanável.

Por conseguinte, o edital deverá ser retificado para exigir que as licitantes apresentem:

- **Autorização de Funcionamento para comercialização de equipamentos bem como Autorização de Funcionamento e Certificado de Boas Práticas de Fabricação (CBPF) para**

gases medicinais expedida pela ANVISA relativa à fabricação /envase de gases medicinais. Se a participante for apenas distribuidora de gases medicinais, deverá apresentar o (I) Autorização de Funcionamento e CBPF pertinentes à empresa fabricante/embasadora, acompanhada do (ii) contrato vigente de fornecimento de gases medicinais com firma reconhecida e de (iii) declaração da fabricante/embasadora autorizando a distribuidora a dispor/utilizar de seus documentos em processos licitatórios.

A exigência acima é necessária uma vez que há empresas distribuidoras de gases no mercado que adquirem gases industriais (por serem mais baratos) de empresas fabricantes de gases e comercializam como se os referidos produtos fossem gases medicinais (inclusive essa ocorrência vem sendo noticiada com frequência pela imprensa do país – vide link abaixo), muito embora não possuam as características necessárias para serem enquadrados para uso na área da saúde;

<http://g1.globo.com/pr/norte-noroeste/noticia/2015/11/gaeco-faz-operacao-no-pr-contr-a-dulteracao-de-oxigenio-hospitalar.html>

http://g1.globo.com/pr/norte-noroeste/noticia/2015/11/gaeco-faz-operacao-no-pr-contr-a-dulteracao-de-oxigenio-hospitalar.html

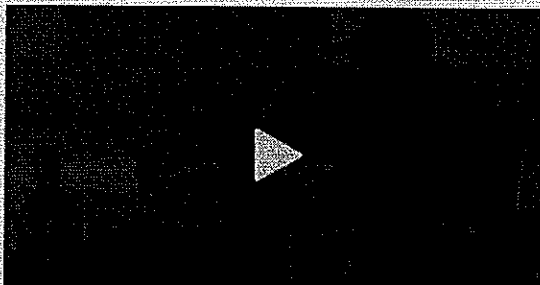
2015/11/20 15:02:12 - Modificado em 20/11/2015 15:04:12

## Gaeco faz operação no PR contra adulteração de oxigênio hospitalar

Foram cumpridos 60 mandados em 35 cidades do interior do estado. Empresas vendiam oxigênio industrial como se fosse medicinal, diz Gaeco.

Artigo: José, Rodrigo Senkel e Wilson  
Rio de Janeiro  
De G1 PR e da RSC

51 FAVORITO



Policiais do Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado (Gaeco) realizaram uma operação nesta segunda-feira (30) no Paraná para combater a adulteração de oxigênio hospitalar em 35 cidades do norte e noroeste do estado. De acordo com o coordenador do Gaeco,

### Norte e Noroeste

veja tudo sobre:



Homem é preso sus-  
tando a exploração de  
banco em Itapira...



O que você precisa saber  
para começar até 25 de  
fevereiro...



Com queda de  
helicóptero, van lotada  
de elgatos...

Queda no cultivo de mandioca no PR  
preocupa a indústria e o produtor

FAVORITO

Brasil

Paraná

Campo Mourão



Polícias do Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado (Gaeco) realizaram uma operação nesta segunda-feira (30) no Paraná para combater a adulteração de oxigênio hospitalar em 35 cidades do norte e noroeste do estado. De acordo com o coordenador do Gaeco, Leonir Balsli, sete pessoas foram presas, sendo cinco em flagrante.

Ao todo, foram expedidos 56 mandados de busca e apreensão, sendo dois de prisão e dois de condução coercitiva, quando a pessoa é obrigada a prestar depoimento. A operação foi batizada de "Cilindros". Os mandados de busca e apreensão foram cumprados nas empresas, em residências de funcionários e unidades de saúde.

Segundo o Gaeco, três empresas instaladas em Maringá, Cianorte e Campo Mourão vendiam oxigênio industrial usado para soldas, como se fosse para uso medicinal. As investigações apontam ainda que essas empresas também adulteravam os cilindros, lucres, datas de validade e de inspeção da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa). O grupo é investigado desde maio deste ano.

Ainda de acordo com o Gaeco, centenas de hospitais eram abastecidos por esses cilindros de gás adulterados. Há indícios de corrupção e fraude em licitações para a compra desses produtos, além do envolvimento de servidores públicos, conforme o Gaeco. Entre os outros crimes investigados estão formação de quadrilha, falsificação e sonegação e crime contra a saúde pública.

"São várias irregularidades. Eles tiram o oxigênio de um cilindro grande e preenchem um cilindro menor, vendendo para o consumidor deste cilindro maior uma quantidade abaixo do que deveria

Ainda de acordo com o Gaeco, há cerca de outras dez empresas que estão sendo investigadas.



Segundo as investigações, cilindros industriais eram vendidos como se fossem medicinais (Foto: Wilson Kersch/BRP)

Paraná

Campo Mourão

Cianorte

Maringá

GI primeira página

Governo diz que concluiu 23,8% das obras do PAC



Cardozo pode aceitar hoje saída do governo



Veja como foi a festa do Oscar em maio de 40 FOTOS



Saiba como funcionam as prévias presidenciais

veja todos os destaques

Segundo as investigações, cilindros industriais eram vendidos como se fossem medicinais (Foto: Wilson Kircha / RPC)

**Adulteração pode causar mortes**

Ainda conforme o promotor, essa utilização coloca em risco os pacientes, já que os cilindros industriais não possuem a proteção devida para armazenar o oxigênio.

"O cilindro verde tem um sistema de produção para compor o oxigênio hospitalar, que é um oxigênio com maior grau de pureza. Já o cilindro preto serve para distinguir o cilindro industrial, que não é com uma maior tecnologia, uma camada de proteção. Há o risco de que, nesses cilindros, tenham resíduos que não pode ter no oxigênio hospitalar. O grau de pureza do oxigênio hospitalar é muito melhor. Aqui está se fazendo o verdadeiro gato por lebre", comentou.

De acordo com o diretor médico do Hospital Santa Rita de Maringá, Jair Bato, a adulteração nos cilindros de oxigênio pode causar graves problemas para os pacientes.

"Quando o paciente chega descompensado na parte respiratória, eu ofereço o oxigênio como tratamento. Se o oxigênio tem uma qualidade ruim, é como se estivesse oferecendo um antibiótico ruim. Quanto maior a gravidade do doente, maior é a dependência do oxigênio, e mais problema esse doente pode ter. Eu posso ter repercussão no cérebro, no rim, no pulmão, onde todos esses órgãos vão utilizar oxigênio. Isso pode acarretar no óbito de alguns pacientes", explica o médico.

**ÍNDICES** Campo Mourão, Cianorte, Maringá, Paraná

A exigência de comprovação da regularidade do gás através do contrato de gases firmado com fabricante + autorização do fabricante permitindo a utilização de sua Autorização de Funcionamento e Certificado e Boas Práticas de Fabricação em licitações visa evitar que distribuidoras não autorizadas (como a do exemplo citado acima) participem da licitação e forneçam gases não apropriados para aplicação na área da saúde.

É necessário considerar ainda o fato de que a Autorização de Funcionamento e o Certificado de Boas Práticas de Fabricação para gases medicinais podem ser facilmente consultados no site da ANVISA ou através do Diário Oficial da União, essa disponibilidade acaba por possibilitar que estas empresas não autorizadas se apropriem, ilegalmente, dos referidos documentos de empresa fabricante ou envasadora de gás, mesmo não estando autorizadas por esta.

Frise-se assim que, caso o participante da licitação seja uma empresa exclusivamente distribuidora de gases medicinais, que pela lei, ainda não está obrigada a obter Autorização de Funcionamento para gases medicinais, a empresa distribuidora deverá comprovar a regularidade dos gases por ela fornecidos, por meio dos seguintes documentos:



- Apresentação da Autorização de Funcionamento e Certificado de Boas Práticas de Fabricação para gases medicinais expedida pela ANVISA de titularidade da empresa fabricante ou envasadora;
- Comprovação de vínculo jurídico com empresa fabricante de gases medicinais, através de apresentação de cópia do contrato firmado entre a distribuidora e a fabricante com firma reconhecida;
- Declaração da fabricante autorizando a empresa a comercializar os seus gases e a dispor e utilizar seus documentos;
- Licença Sanitária para gases medicinais;

Em se tratando de equipamentos para a saúde, no presente caso a locação de equipamentos concentrador de oxigênio, a Autorização de Funcionamento na ANVISA deve ser emitida em nome da empresa participante do certame, seja ela fabricante e/ou distribuidora.

Determina a ANVISA que a autorização de funcionamento deve ser obtida tanto para a fabricante bem como para o distribuidor dos equipamentos, razão pela qual, qualquer estabelecimento que forneça equipamentos para a saúde, seja fabricante, seja distribuidor, deve possuir a autorização de funcionamento junto à ANVISA, caso do contrário, estarão funcionando sob o manto da ilegalidade.

Sendo assim, é importante frisar que a Autorização de Funcionamento para equipamentos deve ser emitida para cada estabelecimento de saúde que realiza qualquer atividade contemplada na cadeia de comercialização de medicamentos, insumos e produtos para a saúde, de acordo com o que dispõe o art. 3º e parágrafo da RDC nº 16 de 01/04/2014 expedida pela ANVISA.

### Seção III

#### Abrangência

Art. 3º A AFE é exigida de cada empresa que realiza as atividades de armazenamento, distribuição, embalagem, expedição, exportação, extração, fabricação, fracionamento, importação, produção, purificação, reembalagem, síntese, transformação e transporte de medicamentos e insumos farmacêuticos destinados a uso humano, cosméticos, produtos de higiene pessoal, perfumes saneantes e envase ou enchimento de gases medicinais.

Parágrafo único. A AFE é exigida de cada estabelecimento que realiza as atividades descritas no caput com produtos para saúde.

Desta forma, a Autorização de Funcionamento para equipamentos deve ser de titularidade da empresa licitante, devendo constar expressamente a razão social e o CNPJ da licitante na referida Autorização.

Diante do exposto, torna-se *sine qua non* a retificação do edital convocatório, onde deverá ser incluído que as licitantes apresentem os documentos previstos na legislação em vigor.

### III. DA NECESSÁRIA CARACTERIZAÇÃO DO OBJETO.

A correta caracterização do objeto é essencial para que as propostas e preços ofertados na licitação sejam condizentes com a realidade, ou seja, para que a Administração receba ofertas compatíveis e exequíveis com o bem que se pretende adquirir, o serviço que se objetiva contratar ou a obra que pretenda seja realizada.

Após a análise do edital de licitação em referência cumpre à IMPUGNANTE trazer os pontos a seguir, a fim de possibilitar o correto andamento do processo.

O Estatuto de Licitações (Lei 8.666/93) assim determinou:

"Art. 14. Nenhuma compra será feita sem a adequada caracterização de seu objeto e indicação dos recursos orçamentários para seu pagamento, sob pena de nulidade do ato e responsabilidade de quem lhe tiver dado causa." (grifos nossos)

a) **Da operacionalidade da Cota Reserva de 25% e da Ampliação da Margem de Preferência.**

Por oportuno, é importante considerar que o item 02 do objeto da licitação consiste em **COTA RESERVADA DE 25% do item 1**, destinada à participação exclusiva de Microempresas, Empresas de Pequeno Porte e Microempreendedores Individuais.

Veja-se que, é de notório conhecimento, em se tratando de licitações públicas, quanto maior o número de competidores com propostas válidas, maiores são as chances da Administração obter preços mais vantajosos para determinada contratação.

A luz do que dispõe a Lei nº 8.666/93 sobre as finalidades do procedimento licitatório, constitui um dos objetivos da licitação a seleção da proposta mais vantajosa para a administração, sendo vedado aos agentes públicos a inclusão de cláusulas restritivas no edital, salvo o que for permitido em lei.

"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)" (grifos nossos)

Neste sentido, é irrefutável a importância de se verificar e privilegiar a competitividade em licitações públicas antes mesmo da publicação do edital, através da análise de mercado, eleição do critério de julgamento compatível, tratamento diferenciado e destinação para participação exclusiva.

Em que pese a LC 123/2006, alterada pela LC 147/2014, instituir a obrigatoriedade de se destinar licitações para participação exclusiva de ME, EPP e MEI em determinadas situações, essa regra não é absoluta e encontra ressalva nas seguintes situações previstas no referido diploma legal, *in verbis*:



"Art. 49. Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando:

II - não houver um mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório;

III - o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado;

IV - a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, excetuando-se as dispensas tratadas pelos incisos I e II do art. 24 da mesma Lei, nas quais a compra deverá ser feita preferencialmente de microempresas e empresas de pequeno porte, aplicando-se o disposto no inciso I do art. 48. (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)"

Desta forma, a *contrario sensu* do que muitos editais impõem como regra absoluta, a referida lei complementar estabelece as exceções para não se eleger a exclusividade de participação.

Ademais, a própria Lei Complementar que instituiu o tratamento diferenciado a Microempresas e Empresas de Pequeno Porte em licitações públicas, facultou à Administração a não adoção do tratamento diferenciado, se este não for vantajoso para a Administração Pública ou importar prejuízo ao objeto a ser contratado, conforme disposição do inciso II do Art. 49, acima transcrito.

Diante de todas essas razões, considerando que a adoção da ampla participação neste processo não impossibilitará que Microempresas, Empresas de Pequeno Porte, Sociedades Cooperativas etc participem da licitação;

Considerando que a adoção da ampla participação favorecerá o aumento do número de empresas participantes na licitação e, conseqüentemente, o aumento do número de propostas mais vantajosas para a Administração, em prol da Competitividade e Economicidade, respectivamente.

Vimos questionar ao Ilmo Pregoeiro, diante deste cenário:

- Como será operacionalizada a solicitação dos concentradores de oxigênio? As empresas serão convocadas simultaneamente ou haverá preferência para o item 2 por se tratar de COTA RESERVADA?

Em sede de licitações presenciais a legislação, prevê a possibilidade de que, caso não se apresentem no mínimo 03 (três) microempresas ou empresas de pequeno porte no dia da sessão pública, que o processo seja ampliado para a participação das demais empresas que comparecerem no dia, nos termos do art. 49, inciso II da Lei Complementar 123/2006 alterada pela Lei Complementar 147/2014. Tal previsão constitui mais uma forma alternativa para que a Administração busque a ampla competitividade e possa atender o princípio da Eficiência. Contudo, considerando que a licitação em referência dar-se-á por meio eletrônico, cumpre questionar:

- Como será conduzido o Item 2 (COTA RESERVADA) se for deserto ou ainda se comparecerem menos de 03 empresas?
- A Administração irá fracassar o mesmo ou abrirá na própria sessão para participação das empresas de Grande Porte que estejam presentes? Há funcionalidade no sistema que permita o cadastro da proposta para o item 2 de empresa de pequeno porte?

Com respaldo na legislação vigente, em especial o dispositivo supramencionado, solicitamos os devidos esclarecimentos e retificações necessárias no presente edital convocatório, a fim de maximizar o aproveitamento do processo em estrita atenção aos princípios que regem as licitações públicas e o Direito Administrativo.

Pugna a IMPUGNANTE pela retificação do certame para a ampla participação.

- b) Quanto à inexecuibilidade dos prazos de entrega previsto no Edital.

O instrumento convocatório quando das disposições referentes às obrigações da Contratada no item XIV, subitem 1.8, traz a seguinte especificação quanto ao prazo de entrega:

"Item XIV - Da execução do Contrato ou Instrumento Equivalente

**1 - São Obrigações da Contratada:**

(...)

1.8 - Instalar todos os equipamentos concentradores de O<sub>2</sub> para todos os pacientes apontados pelo município em até 30 dias após assinatura do contrato; "

**Todavia, esse prazo de 30 (trinta) dias é exíguo e inexecutável para qualquer fornecedor, salvo para o atual fornecedor!**

Isso porque, conforme informado no edital, já há um grande número de pacientes que já estão em uso do equipamento (151 pacientes), além da previsão de novas aplicações com média de 10 novos cadastros por mês:

**Atualmente, são atendidos 151 pacientes no Programa de Oxigenoterapia Domiciliar Prolongada. Ressaltamos que a média mensal baseada, nos últimos meses, de novos cadastros é de 10/mês, sendo assim, consideramos um acréscimo de 6,25% sobre o quantitativo total estimado como margem de segurança. O fornecimento do oxigênio é realizado através de cilindros portáteis de capacidade de 10 m<sup>3</sup>.**

Há de se avaliar que após a assinatura do contrato, é necessário tempo viável para o fornecedor preparar os trâmites internos para liberação e instalação dos concentradores de oxigênio, bem como a desmobilização dos equipamentos pelo atual fornecedor, além da necessária otimização de logística para atendimento, e outros ajustes, que tornam o prazo de 30 (trinta) dias extremamente curto.

Por oportuno, faz mister destacar que a assunção de compromisso para execução de prazo exíguo importará em risco para as empresas participantes, com a inevitável transferência do custo de tal álea para o preço do produto, de forma que a Administração será a maior prejudicada pela exigência de prazos curtos para cumprimento pelo fornecedor.

Impende evidenciar que a Administração deve agir com razoabilidade no estabelecimento de prazos para cumprimento pelas empresas e deve determiná-lo considerando todas as peculiaridades envolvidas na execução do objeto licitado.



Ainda no que concerne aos prazos de entrega, o instrumento convocatório prevê que a Contratada deverá "Fornecer/substituir aparelho com defeito em no máximo 24 horas após ser comunicado." Esse prazo também merece revisão e alteração, ante a sua flagrante inexecutabilidade.

Cumprе trazer ao bailado da presente o posicionamento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais sobre a exigência de prazos exíguos em contratações públicas, senão vejamos:

"O Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais se manifestou em decisão liminar, nos seguintes processos: [...] se mostra desarrazoada e excessiva, comprometendo o caráter competitivo do certame, já que contribui para afastar potenciais fornecedores, incapazes de assumir tais obrigações em razão da distância entre suas sedes e o município, privilegiando apenas os fornecedores locais, o que contraria o disposto no Inciso I do §1º do art. 3º da Lei nº 8.666/93. [...] Ademais, não se revela razoável fixar prazo de apenas 24 (vinte e quatro) horas para o fornecimento dos produtos licitados, tendo em vista que estes se destinam à manutenção da frota municipal cujo planejamento é indispensável. (Denúncia nº 862.524 – Relator: Conselheiro Cláudio Couto Terrão, sessão de julgamento para referendo pela Primeira Câmara em 1º/11/2011). \*\*\* De fato, os motivos espostos pelo Denunciante são suficientes para se proceder à imediata suspensão do certame. É que o indigitado edital de pregão presencial exige que a empresa vencedora do certame proceda à entrega dos produtos licitados em até dois dias úteis, contados do recebimento da ordem de compras. Ora, é clarividente que a imposição de prazo tão diminuto para entrega do material inviabiliza a participação de empresas que não estejam próximas das imediações do Município [...].

Ademais, não se mostra razoável que a Administração Municipal, a quem compete o exercício de suas obrigações pautada em mínimo planejamento, submeta empresas com quem contrata a súbitas necessidades, colocando-as em eterno estado de prontidão para atender a demandas em prazo demasiado exíguo. A exigência retratada no Edital de Pregão Presencial [...], sem a menor dúvida, afronta a competitividade e a razoabilidade, sendo contrária, portanto, aos princípios insculpidos no art. 3º da Lei nº 8.666/93, [...]. (Denúncia nos 862.797 – Relator: Conselheiro Presidente Antônio Carlos Andrada, sessão de julgamento para referendo pela Segunda Câmara em 09/02/2012)." (grifamos)

Pelo exposto, a IMPUGNANTE pede a revisão e alteração do edital para fixação do prazo até 60 (sessenta) dias, para instalar todos os equipamentos concentradores de O<sub>2</sub> para todos os pacientes apontados pelo Município e o prazo de até 3 (três) dias úteis para a Contratada fornecer/substituir aparelho com defeito, após ser comunicado.

c) **Quanto à restrição da Competitividade pela fixação da capacidade dos cilindros.**

O edital requer o fornecimento de cilindro de oxigênio medicinal (cilindro backup) com capacidade de 10m<sup>3</sup>.

Nesse contexto, mostra-se essencial a necessidade de alteração do edital para contemplar que as capacidades nele previstas sejam APROXIMADAS entre 8 e 10m<sup>3</sup> e não FIXAS, conforme previsto no edital.

Isso porque, é necessário considerar o fato de que existem várias empresas fornecedoras de gases no mercado que possuem cilindros com capacidade que diferem umas das outras. Essa variação gira em torno de 1m<sup>3</sup> na capacidade do cilindro fornecido de um fornecedor para outro.

Além disso, não há qualquer impedimento técnico que justifique a FIXAÇÃO da capacidade de cilindros.

Por se tratar de cilindro para backup, que só será utilizado caso o equipamento apresente algum defeito, e que o edital prevê a obrigação de abastecimento do cilindro durante esse período, o fornecimento em cilindro com a capacidade variada de 8m<sup>3</sup> a 10m<sup>3</sup> é plenamente capaz de atender a demanda.

Por este motivo e, a fim de não restringir a participação de um maior número de empresas na licitação, o edital necessita ser alterado para que o edital as capacidades dos cilindros previstas no edital sejam APROXIMADAS e NÃO FIXAS.

Consubstanciando a importância do Princípio da Competitividade, transcrevemos abaixo o entendimento do Prof. Diógenes Gasparini, apresentado no II Seminário de Direito Administrativo do

Tribunal de Contas do Município de São Paulo (fragmento retirado do sítio  
[http://www.tcm.sp.gov.br/legislacao/doutrina/14a18\\_06\\_04/diogenes\\_gasparini4.htm](http://www.tcm.sp.gov.br/legislacao/doutrina/14a18_06_04/diogenes_gasparini4.htm)):

"O princípio da competitividade é, digamos assim, a essência da licitação, porque só podemos promover esse certame, essa disputa, onde houver competição. É uma questão lógica. Com efeito, onde há competição, a licitação não só é possível, como em tese, é obrigatória; onde ela não existe a licitação é impossível.

(...)

Em suma, o princípio da competitividade de um lado exige sempre em que se verifique a possibilidade de se ter mais de um interessado que nos possa atender, que nos possa fornecer o que desejamos. Essa constatação determina ou não a promoção da licitação. Portanto, a competição é exatamente a razão determinante do procedimento da licitação, mas ele tem uma outra faceta que muitas vezes é desapercibida pelo operador do Direito. Se a competição é a alma da licitação, é evidente que quanto mais licitantes participarem do evento licitatório, mais fácil será à Administração Pública encontrar o melhor contratado. Sendo assim, deve-se evitar qualquer exigência irrelevante e destituída de interesse público, que restrinja a competição. Procedimento dessa natureza viola o princípio da competitividade."

d) Quanto à inviabilidade da operacionalidade do abastecimento dos cilindros de backup e necessidade de revisão do objeto.

Após a análise do ato convocatório em epígrafe, cumpre à IMPUGNANTE tecer algumas indagações no que se refere à recarga do oxigênio para o cilindro de backup, a fim de possibilitar o correito andamento do certame.

No item 8 do Termo de Referência, a Administração imputa à CONTRATADA a obrigação de realizar o abastecimento do cilindro quando o concentrador apresentar defeito. Paralelamente no item 9, também do Termo de Referência, entre as obrigações da Contratante, está a responsabilidade pelas recargas quando houver falta de energia elétrica. Nessa senda, faz-se imperioso questionar:

- Considerando que uma falha do equipamento ocorra por um curto período, em que haja pequeno consumo de oxigênio e, igualmente, haja uma falta de energia que dê ensejo ao



uso do cilindro backup por pouco período, de modo que com esses dois eventos não se tenha o consumo mínimo do oxigênio do cilindro até o nível necessário para o abastecimento, de quem será a responsabilidade pelo seu enchimento?

- Como será feita a verificação do motivo que deu ensejo à recarga do cilindro de oxigênio (falta de energia ou inoperância do concentrador) para apurar se a responsabilidade é da Contratante ou da Contratada?
- Havendo falta de energia que se enquadra na hipótese de abastecimento do cilindro por parte da Contratante, a recarga será feita por outro fornecedor nos cilindros da Contratada?

Cabe salientar que tais informações são de extrema importância para que as licitantes interessadas em participar do certame possam verificar a viabilidade de atender às necessidades da Administração em relação ao produto ofertado, em relação aos preços praticados, bem como sobre a operacionalização dos serviços.

Por oportuno, cabe destacar que a forma como estão estabelecidas as obrigações de abastecimento no edital, não apresenta a viabilidade de controle das recargas que serão feitas pelo Fornecedor ou pela Administração.

Além disso, o edital não possui um quantitativo estimado de recargas, o que interfere sobremaneira no oferecimento de propostas para o serviço.

Outro ponto importantíssimo é que em sendo feitas recargas do cilindro da Contratada por terceiro, ainda que designado pela Contratante, a empresa que fornecer o concentrador de oxigênio, terá seu equipamento ( cilindro e regulador com fluxômetro ) manuseado por outro fornecedor. Sob esse aspecto, indaga-se:

- Qual a garantia que a Contratada vai ter em relação aos seus cilindros, usados com seus reguladores e fluxômetros, usados nas trocas durante as recargas?
- Como será possível à Contratada verificar se os cilindros fornecidos durante uma eventual troca estão com seus testes de verificação em dia?

- De quem será a responsabilidade em caso de dano, extravio ou situações similares com os equipamentos da empresa vencedora, que decorrerem do manuseio de outra empresa fornecedora de oxigênio?

Veja-se que o detalhamento do objeto e suas obrigações trazem importantes aspectos a serem considerados, sob pena de nulidade do certame.

O edital de licitação nos termos em que se apresenta, está em desconformidade com os princípios e regras que regem as contratações públicas, em especial o que apregoa a Competitividade.

Ademais, por a Prefeitura já possuir um fornecedor de recargas de cilindros para os pacientes, não se justificaria a inclusão de cilindro de backup junto aos concentradores, mas sim a manutenção do fornecimento dos cilindros com o atual fornecedor, tal qual vem sendo feito.

Essa medida seria efetiva para que o fornecedor de oxigênio seja responsável pelo fornecimento e manuseio de seus próprios equipamentos como os cilindros, reguladores e fluxômetros, evitando cruzamento de obrigações oriundas de contratações distintas.

Por tais motivos, a IMPUGNANTE requer a retificação do edital para que sejam excluído o fornecimento de cilindro de oxigênio com válvula reguladora e fluxômetro, do objeto da licitação.

Alternativamente, caso a Administração entenda pela manutenção da entrega dos cilindros de backup junto ao concentrador de oxigênio, sugestiona-se a inclusão das informações no edital quanto a estimativa de recargas de oxigênio, bem como a responsabilidade por danos aos equipamentos da Contratada manuseados por terceiro em virtude de recarga.

Ou ainda, considerando que as recargas não são incluídas nos custos do fornecimento do equipamento, pede-se ainda a revisão do edital para inclusão de item pertinente a oferta de preços para as recargas de backup.

#### IV. DO PEDIDO.


Aduzidas as razões que balizaram a presente Impugnação, esta IMPUGNANTE requer, com supedâneo na Lei nº. 8.666/93 e suas posteriores alterações, bem como as demais legislações vigentes, o recebimento, análise e a admissão desta peça, para que o ato convocatório seja retificado nos assuntos ora impugnados.

Caso não entenda pela adequação do edital, pugna-se pela emissão de parecer, Informando quais os fundamentos legais que embasaram a decisão do Sr. Pregoeiro.

Termos em que,  
Pede Deferimento.

Contagem (MG), 07 de maio de 2018.

AIR LIQUIDE BRASIL LTDA  
SIMONE DE A. NATAL  
COORD. NACIONAL LICITAÇÕES

  
AIR LIQUIDE BRASIL LTDA.  
Simone de Alvarenga Natal.  
Coordenadora Nacional de Licitações.