

AO ILMO(A). SR(A). PREGOEIRO(A) DA PREFEITURA MUNICIPAL DE CARATINGA/MG.

Ref.: PREGÃO PRESENCIAL Nº. 099/2019.  
PROCESSO LICITATÓRIO Nº. 169/2019.

**WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS LTDA.**, sociedade empresária com sede no Rio de Janeiro, inscrita no CNPJ/MF sob o n.º 35.820448/0001-36, e com filial estabelecida a Rua Cristiano França Teixeira Guimarães, n.º50, Bairro Cinco – Contagem – MG, inscrita no CNPJ/MF sob o n.º 35.820.448/0030-70, vem por seu representante legal abaixo assinado, com fulcro no art. 9º da Lei n.º 10.520/02, e no art. 41, § 2º, da Lei n.º 8.666/93, apresentar.

### IMPUGNAÇÃO

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

-|-

#### DO CERTAME E DA TEMPESTIVIDADE DA IMPUGNAÇÃO

Nos termos do instrumento convocatório anteriormente referido, a sessão de processamento do Pregão será realizada no dia 03 de Dezembro de 2019, às 09:00 horas, constituindo objeto da presente o **REGISTRO DE PREÇO, PARA RECARGA DE OXIGÊNIO MEDICINAL E LOCAÇÃO DE CONCENTRADOR DE OXIGÊNIO MEDICINAL, PARA ATENDER PACIENTES EM TRATAMENTO DOMICILIAR E ACOMPANHADOS PELO SAD**, especificados no Anexo I – Termo de Referência, anexo a este instrumento convocatório.

Prevê o instrumento convocatório que o presente certame será regido pela Lei Federal n.º 10.520, de 17 de julho de 2002, Lei Complementar Federal n.º 123, de 14 de dezembro de 2006, aplicando-se, subsidiariamente, a Lei Federal n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, com suas alterações posteriores.

“Lei n.º 10.520/02

Art. 9º Aplicam-se subsidiariamente, para a modalidade de pregão, as normas da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993.”

Portanto, de acordo com disposto no art. 41, § 2º da Lei n.º 8.666/93, esta Impugnação, apresentada hoje, dia 28 de Novembro de 2019, é indiscutivelmente tempestiva.

“Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

(...)

§ 2º Decairá do direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a administração o licitante que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a

**abertura dos envelopes de habilitação em concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização de leilão, as falhas ou irregularidades que viciariam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso." (Grifei)**

-II-

## **DA ANÁLISE DO EDITAL PELA LICITANTE**

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 mercedores de adequação, razão por que, em homenagem ao Princípio da Legalidade, são ora questionadas:

-III-

## **DA IMPROPRIEDADE DO EDITAL**

### **III. 1 – DAS OMISSÕES DO EDITAL**

#### **A) AUTORIZAÇÃO DE FUNCIONAMENTO – AFE PARA GASES E CORRELATOS**

Considerando ainda o objeto licitado, o segundo ponto que a ora impugnante refere-se à omissão constatada na leitura do Edital, onde o mesmo não exige das empresas licitantes, é a **Autorização de Funcionamento – AFE para gases medicinais e para correlatos** como um requisito para comprovação da qualificação técnica das empresas. Entretanto, considerando o objeto da licitação em epígrafe, deve-se observar a regulamentação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA sobre o tema através da Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 69/2008, **motivo pelo qual a AFE deve ser inclusa para fins de habilitação.**

Diante disso, verifica-se que a exigência de Autorização de Funcionamento emitida pela ANVISA é, atualmente, imperativa, **uma vez que os gases são considerados produtos para suporte à vida**, de forma que a regulamentação pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA tem como objetivo permitir que apenas as empresas regulares perante os requisitos estabelecidos pela ANVISA possam atuar na comercialização de tais produtos, considerando sua essencialidade para a manutenção da saúde de pacientes.

Portanto a apresentação de Autorização de Funcionamento deve ser uma obrigação para habilitação das licitantes, pois do contrário, **há o risco de empresa sem a qualificação necessária lograr-se vencedora do certame**, posteriormente gerando prejuízos à Administração Pública e, mais importante, aos pacientes que farão uso desses gases.

Verifica-se, dessa forma, que a apresentação do documento de Autorização de Funcionamento deve ser inserido nos documentos exigidos para a habilitação dos itens objetivados no certame, atendendo-se assim, ao disposto na RDC nº 69/2008, tornando obrigatória a apresentação da **AUTORIZAÇÃO DE FUNCIONAMENTO** dos gases e dos correlatos para a habilitação.



Diante do exposto acima, é de convir que a omissão da exigência da Autorização de Funcionamento para gases viola os Princípios da Segurança Jurídica, Legalidade, Razoabilidade, Indisponibilidade do Interesse público e da Supremacia do Interesse público, haja vista a probabilidade de prejuízo para a administração ao contratar com empresas sem a segurança devida.

Portanto, solicitamos que seja incluído no rol dos documentos para a habilitação:

- (i) A apresentação da AFE - Autorização de Funcionamento para gases medicinais de titularidade da empresa participante da licitação;
- (ii) Caso a empresa licitante seja apenas distribuidora de gases medicinais, ela deverá apresentar a AFE - Autorização de Funcionamento pertinente a empresa fabricante e/ou envasadora dos gases por ela fornecidos, acompanhada de declaração do fabricante e/ou envasador, informando que o revendedor está autorizado a comercializar os seus produtos;
- (iii) A apresentação da AFE - Autorização de Funcionamento para produtos para saúde da empresa participante da licitação.

#### **B) DO REGISTRO NA ANVISA DE PRODUTOS MÉDICOS.**

Por fim, analisando o instrumento convocatório, mais precisamente em seu Anexo I – Termo de Referência - Especificações, foi verificado que não é solicitado por V.Sas. o registro destes produtos conforme determina a **RDC 185 de 22/10/2001 da ANVISA**, que estipula a necessidade de atualizar os procedimentos para o registro de produtos correlatos.

Ademais, conforme citado acima, o objeto do certame trata da aquisição de serviço de locação de aparelhos para ventilação mecânica residencial, o que é de extrema importância no presente caso, devendo ser realizado com a maior segurança possível ao interesse público e com respaldo da legislação vigente.

No que tange a segurança, é salutar que os serviços públicos não podem por em risco a vida e a saúde do administrado, enfatizando o **art. 6, §1º da Lei 8987/95** que todo serviço prestado pelo Estado deve ser adequado de modo a satisfazer os usuários, quanto às condições de regularidade, continuidade, atualidade, **eficiência e segurança**.

Logo, para atender o que preleciona a ANVISA, a Administração deve exigir a apresentação do registro na ANVISA do único item, descrito no Anexo I – Termo de Referência, haja vista a probabilidade de prejuízo para Administração ao contratar com empresas sem a segurança devida e principalmente pelo risco da qualidade do produto, visando exclusivamente não colocar em risco os pacientes que utilizarão os produtos objeto do certame.

#### **C) DO CILINDRO DE BACKUP.**

Outro ponto que merece atenção desta ilustre comissão refere-se ao fato do edital ser omissivo quanto à responsabilidade pelo fornecimento de cilindro de backup junto ao concentrador.



Para que seja mantida a segurança do paciente, é necessário que além do concentrador, o edital estabeleça o fornecimento de cilindro de backup, pois em caso de quebra do equipamento e/ou falta de energia elétrica o cilindro manterá o consumo de oxigênio do paciente até o reestabelecimento do concentrador.

É importante ressaltar ainda, que o cilindro seja incluso no mesmo item do concentrador para que evite que uma empresa o forneça e outra empresa forneça o concentrador, pois caso não seja dessa forma, fragilizará o sistema e a segurança dos pacientes, e eventual apuração de responsabilidade por qualquer problema que ocorra no fornecimento. Motivo pelo qual, se faz necessário a revisão do edital para que o mesmo disponha objetivamente acerca do fornecimento do cilindro de backup, para fornecer um melhor atendimento e com a devida segurança.

Assim, para que esta ilustre comissão não coloque em risco a vida do paciente, que irá o se beneficiar do produto ora licitado se faz necessário a inclusão do cilindro de backup junto do concentrador, no edital de forma explícita, clara e objetiva.

#### **D) DA QUANTIDADE DE PACIENTES A SEREM BENEFICIADOS E DE CILINDRO A SEREM UTILIZADOS NA CASA DE CADA UM:**

Ressaltamos neste ponto, a omissão do edital no que tange ao número/quantidade de pacientes a serem beneficiados com a eventual aquisição, bem como a quantidade de cilindros a serem utilizados na casa de cada paciente. Esta informação é de grande importância as empresas que desejarem participar do certame, para elaborarem suas propostas.

Destarte, solicitamos a esta r. Comissão a inclusão destas informações ao edital em função da particularidade dos objetos licitados, visando sempre favorecer a Administração Pública, para que esta Administração tenha a oportunidade de realizar o melhor preço e a melhor compra.

#### **III. 2 – DA RESERVA DE COTA PARA ME E EPP.**

Ao analisar o edital foi constatado que o mesmo estabelece uma cota exclusiva de **25% para ME e EPP**. Ao estabelecer a referida cota, a Administração está inviabilizando a gestão e os riscos que envolvem o fornecimento de um produto essencial para manutenção da vida por distintos fornecedores.

Para a licitação em referência que tem por objeto o fornecimento de oxigênio medicinal para atender a demanda da Secretaria Municipal de Saúde, dentre a qual, o atendimento domiciliar de pacientes contemplados no Programa de Oxigenoterapia Domiciliar desta Municipalidade, **inobstante a complexidade do objeto licitado e os riscos inerentes ao seu fornecimento**, foi adotado o critério de julgamento MENOR PREÇO POR ITEM. O edital estabelece ainda, o tratamento diferenciado para ME e EPP, por meio de reserva de cota de 25% para os itens 4, 5 e 6 do certame, **favorecendo a eleição de mais de uma empresa para fornecimento do mesmo objeto**.

Destá forma, ainda que a licitação tenha ao final seguido para o rumo da ampla participação, fato é que o critério de julgamento adotado (MENOR PREÇO POR ITEM) não é compatível com a complexidade do objeto e as responsabilidades que lhe são inerentes.

A handwritten signature or mark in the bottom right corner of the page, consisting of a stylized, possibly illegible, scribble.

No tocante à dinâmica de fornecimento de gases medicinais, importante esclarecer que o fornecimento de mesmo produto por 02 (dois) ou mais fornecedores distintos se depara com os seguintes problemas:

- 1 - Prática de preços diferentes para o mesmo produto;
- 2 - O atendimento a pacientes domiciliares por mais de um fornecedor e as responsabilidades inerentes ao fornecimento;
- 3 - O fornecimento do mesmo produto (muito embora separados em diferentes itens) por distintos fornecedores dificultará, na prática, o processo de gestão pela Administração quanto às solicitações de fornecimento e respectivo atendimento, bem como quanto ao controle do fornecimento por cada fornecedor;
- 4- Dificultará ainda, ao se deparar com eventual vício nas características do produto ou na execução do fornecimento, na identificação do fornecedor responsável pelo fornecimento do produto e, conseqüentemente, na responsabilização do fornecedor que tenha praticado eventual dano;
- 5 - As empresas fornecedoras de gases medicinais no mercado não realizam o enchimento de cilindros de terceiros, por força das **boas práticas de fabricação para gases medicinais estabelecidas** nas RDC's 32/2011 e 69/2018 da ANVISA, dentre as quais se insere processo rigoroso no enchimento de cilindros para evitar contaminação de produtos, sem contar a **inviabilidade técnica na divergência entre a boca do cilindro de um fornecedor e a rampa de enchimento do outro fornecedor.**

Diante desta situação, a Administração terá que redobrar o cuidado na gestão dos cilindros entregues em comodato por cada fornecedor, como medida a **evitar extravio, perda, prejuízo, contaminação de produto, bem como evitar a devolução de cilindro a fornecedor que não o tenha fornecido.**

Com bases nessas considerações, pedimos que analisem as seguintes situações:

- **Esta Administração está preparada para realizar a gestão do fornecimento de produto essencial para manutenção da vida por fornecedores distintos, com todas as peculiaridades inerentes ao fornecimento e os riscos associados ?**
- **Se sim, como se dará o atendimento por 02 ou mais fornecedores de forma concomitante? Serão estabelecidos prazos e momentos distintos para fornecimento pelos fornecedores, a fim de evitar o atendimento concomitante e conflitos?**
- **Como se dará o processo de migração do atual fornecedor e os demais fornecedores decorrentes deste processo licitatório?**

Tem-se assim que a adoção do critério de julgamento **MENOR PREÇO GLOBAL POR GRUPO**, considerando todos os itens num único grupo, **seria o critério mais apropriado para este objeto** dada a complexidade da operação envolvida em seu fornecimento e a essencialidade de sua prestação para a manutenção da vida de pacientes, motivos pelos quais torna-se imprescindível minimizar os riscos e concentrar

A handwritten signature in black ink, located in the bottom right corner of the page.

a responsabilidade pelo seu fornecimento a um único fornecedor, ao invés de pulverizá-la entre mais um fornecedor no mercado.

Oportuno lembrar que a adjudicação por grupo encontra amparo no entendimento divulgado pelo Tribunal de Contas da União por meio do Informativo TCU 173, consoante trecho abaixo colacionado:

“A adjudicação por grupo ou lote não é, em princípio, irregular. A Administração, de acordo com sua capacidade e suas necessidades administrativas e operacionais, deve sopesar e optar, motivadamente, acerca da quantidade de contratos decorrentes da licitação a serem gerenciados”. (Origem: Acórdão 5134/2014 – Segunda Câmara e Acórdão 2796/2013 - Plenário)

Da mesma forma, a decisão exarada por meio do Acórdão 5301/13 da referida Corte acolheu entendimento similar a este. Veja-se:

“O Ministro Relator consignou que a adoção da licitação por itens **isolados exigiria elevado número de procedimentos para seleção**, o que **‘tornaria bem mais oneroso o trabalho da administração pública, sob o ponto de vista do emprego de recursos humanos e da dificuldade de controle**, de sorte que poderia colocar em risco a economia de escala e a celeridade processual, comprometendo a seleção da proposta mais vantajosa para a administração.” E prossegue: “É legítima a adoção da licitação por lotes formados com elementos de mesma característica, quando restar evidenciado que a licitação por itens isolados exigirá elevado número de procedimentos de contratação, onerando o trabalho da Administração Pública.” (grifamos)

Em face do exposto, requeremos que V.Sas. avaliem as considerações apresentadas por esta empresa por meio da presente, levando em consideração a relevância do objeto para os pacientes que necessitam do tratamento oxigenoterapia domiciliar para manutenção da vida, a cautela e o rigor necessários na definição dos critérios de seleção para contratação de empresa para atendimento do objeto, bem como quanto à dinâmica necessária para gestão da(s) contratação(ões) decorrentes da licitação e as chances de possíveis danos aos munícipes atendidos pelo objeto, na hipótese desta Administração encontrar dificuldades na gestão da(s) contratação(ões) oriundas da licitação.

### III. 3 – DAS ESPECIFICAÇÕES DO ITEM 3

Por fim, insurge ainda a impugnante, quanto ao equívoco de vosso instrumento convocatório, ao solicitar a seguinte potência mínima e voltagem bivolt, vejamos:

3	LOCAÇÃO DE CONCENTRADOR DE OXIGÊNIO: CONCENTRADOR de oxigênio, com voltagem bivolt, com variação de fluxo de 0,5 a 5 l/m (litros por minuto), nível de ruído máximo de 45 db, potência mínima 350w, níveis de concentração de oxigênio: variável de 87% a 96% de pureza de oxigênio. Acessórios obrigatórios: válvula reguladora, fluxômetro, cateter nasal, umidificador e filtros para remoção de poeira, bactérias e outras partículas. Sistema alarme para indicação de defeito e intercorrência, como queda de pressão, falha elétrica e concentração de oxigênio fora dos parâmetros normais de operação.
---	---



Como visto acima, a descrição do objeto pode trazer futuros questionamentos ou problemas a Administração, tendo em vista não estar especificando de maneira correta o objeto licitado. Pois, não existe concentrado de oxigênio com voltagem bivolt e nem mesmo com potência mínima de 350W.

Ademais, é sabido ainda que a apresentação do edital claro, correto e compatível com o serviço que será realizado, é essencial para a própria viabilização da participação de todos os interessados na licitação.

Nesse sentido, ressaltamos o que o Estatuto de Licitações (Lei 8.666/93) determina:

“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)

Desta forma, a White Martins, vem através deste solicitar a alteração ou o esclarecimento deste ponto no edital, o qual descreve o item 3, de forma que a correta caracterização do objeto, de forma detalhada e clara 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 ser realizada, sem que cada empresa entenda como lhe for favorável ou bem entender.

Destarte, solicitamos a esta r. Comissão a modificação deste edital em função da amplitude do caráter competitivo da Licitação e de um futuro fornecimento com o produto correto, para que esta Administração tenha a oportunidade de realizar o melhor preço e a melhor compra, não ficando assim, restrita a um único ou a alguns licitantes.

#### -IV- DO DIREITO

Tendo em vista a correta definição dos aspectos concernentes ao certame, a lei exige a precisa formulação das propostas por parte dos licitantes, culminando, em última análise, na satisfação do interesse público.

Em não dando luz a um termo que supra as necessidades das partes, verifica-se a ineficácia do certame. Neste caso, mister destacar, a licitação não terá cumprido seu papel.

O edital em tela, quanto ao ponto ora abordado, não é condizente com o previsto na Lei. Destarte, torna-se grande a chance de insucesso e, em consequência, de insatisfação dos administrados. Por isso é que se pede adequação destes aspectos.



-V-  
DO PEDIDO

Esta Impugnação tem como escopo a retificação no que tange às impropriedades do instrumento convocatório, a fim de que, pela via direta, o procedimento seja eficaz e os licitantes tenham a segurança necessária para elaborarem suas propostas e, pela via oblíqua, seja garantida a segurança dos envolvidos, logo, plenamente alcançado o interesse público, indisponível.

Diante de todo o exposto, fica atingido o instrumento convocatório, devendo novo edital ser elaborado, considerando a devida adequação, e republicado, não havendo como se realizar o ato previsto no atacado edital.

Pede apreciação e manifestação.

Contagem 18 de Novembro de 2019.

  
WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS LTDA.

Tóti Reis