PARECER JURÍDICO

Assunto: Recurso administrativo – fornecimento de oxigênio.
Recorrente: White Martins Gases Industriais.

I – Breve relato:

White Martins Gases Industriais Ltda., tempestivamente apresentou impugnação administrativa ao processo licitatório nº 084/2022, pregão eletrônico nº 002/2022, apontando:

- Unificação de fornecimento de oxigênio e concentrador, em lote único;
- Flexibilização da capacidade exigida para os cilindros;
- Prazo para dar início ao atendimento das normas exigidas no edital e respectiva entrega;
- Pedido de esclarecimentos: 1) Quem realizará entrega e instalação dos equipamentos à domicílio!? 2) Quantos pacientes atualmente fazem uso domiciliar de oxigênio; 3) endereço de entrega dos paciente!?

Pontuou que o edital da forma com que se encontra, viola o princípio da competitividade.

Conforme será demonstrado, trata-se do inverso, ou seja, o edital da forma que fora publicado, potencializa a concorrência, fazendo com que a Administração obtenha a proposta mais vantajosa, conforme preconiza o inciso I, do § 1º, do art. 3º da Lei 8.666/93.

II – Unificação de fornecimento em lote único:

É plenamente viável a respectiva disposição de itens em apartado, pois em que pese serem sistemas que trabalham em conjunto, suas manutenções, substituições e reabastecimentos, são realizadas de forma absolutamente independentes, sem prejudicar tanto um, quanto o outro sistema. Ademais, não há razão para unificação visto que toda e qualquer manutenção reparativa ou preventiva, substituição ou recarga de cilindro de backup do item 1 deverá ser feita pela empresa ganhadora do mesmo, sem nenhum vínculo ou dependência com os demais ganhadores do processo.

Fornecimento em lote único restringiria a competitividade, eis que somente empresas de grande porte teriam disponibilidade para tanto; em contrapartida, em sendo os fornecimentos individualizados, aumenta a oferta de empresas menores que podem atender a Administração.

Inclusive, em fato levado a Juízo no Rio Grande do Sul, que além de guardar certa similitude com o presente, vez que demonstra a possibilidade de serviços realizarem-se de forma apartada, naquela demanda, é parte do processo, a mesma Impugnante ao presente:

> **APELAÇÃO CÍVEL. LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO. CILINDROS DE OXIGÊNIO. COMODATO. REPOSIÇÃO DO OXIGÊNIO. NÃO PREVISÃO NO CONTRATO. LICITAÇÃO ESPECÍFICA PARA TAL FINALIDADE. DESCUMPRIMENTO. RESCISÃO. MULTA. PREQUESTIONAMENTO.** A rescisão contratual, com imposição de multa, deu-se pelo descumprimento do ajuste. O objeto da licitação e da contratação limitava-se ao fornecimento, em regime de comodato, de cilindros de oxigênio, sem incluir a reposição da substância. Assim como o município não poderia se valer do contrato para exigir da autora a recarga dos cilindros sem custo adicional, não pode a empresa, alegando dúvida, que foi de início solvida, exigir obrigação que o ente público não possui, com pagamento não previsto no procedimento licitatório. **A reposição do oxigênio ficou a cargo de terceiro, também contratado**. Inexistência dos vícios previstos no art. 1.022 do CPC. O ponto central em discussão envolve a recarga dos cilindros por empresa diversa, e disso não se afastou a decisão embargada. Obviamente, é da essência da realização de recarga o manuseio do equipamento a ser preenchido. Não haveria outra forma. Os contratos, inclusive administrativo, possuem, ao lado dos deveres jurídicos principais de entregar, fazer ou não fazer, também deveres jurídicos anexos ou "satelitários", estes decorrentes da boa-fé objetiva. Restou evidente que o objeto da contratação jamais envolveu a recarga dos cilindros pela embargante. Não lhe competia fazer a reposição de oxigênio, mas tão-somente substituir o equipamento - Cilindros - Quando necessário. **A reposição ficaria a cargo de terceira empresa, white Martins, vencedora da licitação aberta exatamente para recargas futuras dos cilindros**. Os editais de licitação e os contratos administrativos deles decorrentes não têm que especificar o que não é objeto do certame, como pretende a recorrente, mas exclusivamente o que se busca com a contratação. E isto ocorreu na espécie. Prequestionamento dos arts. 4º, II, e 9º da Lei nº 10.520/2002, e 14 e 40, I, da Lei nº 8.666/93 realizado. Embargos de declaração desacolhidos. **(TJRS; EDcl 0110663-50.2016.8.21.7000; Esteio; Vigésima Primeira Câmara Cível; Rel. Des. Almir Porto da Rocha Filho; Julg. 27/04/2016; DJERS 10/05/2016)** (grifamos)

III – Flexibilização da capacidade dos cilindros:

No que tange aos cilindros entre $7m^3$ e $10m^3$, o mesmo já encontra-se flexibilizado, eis que estes serão utilizados em tratamentos domiciliares.

Já no que toca aos cilindros de $1m^3$ ou $3m^3$, tal exigência dá-se exatamente por conta que serão utilizados em ambulâncias da Municipalidade, e as mesmas possuem encaixes específicos para os padrões de $1m^3$ e $3m^3$; se por ventura possibilitada a substituição por exemplificativamente, um cilindro de $4m^3$, o mesmo seria muito grande, não encaixando no suporte do veículo; fosse um de $2m^3$, mesmo que detenha tamanho menor que $3m^3$, o ajuste não ocorreria, potencializando o risco de lesões aos usuários, eis que sabidamente, tais veículos são utilizados em situações extremas.

Imaginemos uma obra da Administração, onde do projeto consta uma caixa de 2mil litros d'água, e a construtora pretende colocar uma caixa de 5mil litros; ora, o espaço construído, a estrutura é toda pensada para uma caixa de 2mil e não 5mil; ou seja, vale o mesmo exemplo para o caso em discussão.

IV – Prazo para início da execução do contrato:

Solicita seja oportunizado o prazo de 30 (trinta) dias para início da execução do contrato, como se fosse possibilitada espécie de transição; tal situação é ilógica, visto que aquele que participa de um processo licitatório, é porque deve ter expertise na área, não podendo a saúde dos Munícipes aguardar que durante certo prazo, a Contratada se prepare para tanto, tratando-se de algo completamente ilógico.

O que ocorre de igual forma em relação a possibilidade de entregar em até 48h; ora, o quadro clínico do cidadão não analisa se é horário comercial ou madrugada para piorar; assim, sem delongas, vez que completamente desarrazoada tal solicitação, é premente que as entregas deem-se de forma célere, a fim de preservar a vida.

V – Esclarecimentos:

A Impugnante apresentou pedido de esclarecimentos, a qual passamos a organizar:

1) Quem realizará entrega e instalação dos equipamentos à domicílio? Compete à contratada, mediante orientações a serem repassadas pela Administração Municipal, direcionar-se ao domicílio do cidadão, e realizar a instalação do equipamento;

2) Quantos pacientes atualmente fazem uso domiciliar de oxigênio? 17 (dezessete);

3) Endereço de entrega dos paciente? Todos os paciente que utilizam-se de tais equipamentos, residem no perímetro urbano do Município e qualquer divulgação nesse momento, violaria a lei geral de proteção de dados; subscrito o contrato, a contratada será devidamente informada pela Administração Municipal.

VI – Dispositivo:

Assim, entende-se pela **manutenção do edital em sua integralidade**.

O presente é externado de forma opinativa e não obriga nem vincula o Chefe do Executivo.

Notifique-se.

Xaxim, 13 de junho de 2022.

Fabio José Dal Magro
OAB/SC 20.041 – Subprocurador