AIR LIQUIDE BRASIL LTDA
CNPJ: 00.331.788/0060-79
Av. Thiago Antunes Teixeira – nº 14/15 – Bela Vista
Palhoça/SC - CEP: 88.132-717
Tel.: (48) 3037-1205
Fax: (48) 3037-1205

À

PREFEITURA MUNICIPAL DE XAXIM

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO

Ref. PREGÃO PRESENCIAL PARA REGISTRO DE PREÇOS N° 003/2019

AIR LIQUIDE BRASIL LTDA., estabelecida na Av. Thiago Antunes Teixeira – n° 14/15 – Bela Vista – Palhoça/SC – CEP: 88.132-717, inscrita sob C.N.P.J. n.° 00.331.788/0060-79, por seu representante que esta assina, vem respeitosamente a presença de Vossa Senhoria, com fulcro no artigo 41, § 2°, da Lei Federal 8.666/93 e demais alterações posteriores, interpor a presente

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

tendo em vista as falhas que **atentam** contra a **legalidade** e **eficiência administrativa** e tornam o gestor público suscetível ao enquadramento em ato de **improbidade administrativa**.

I– DOS FATOS

O referido certame tem por objeto o registro de preços para a contratação de empresa para fornecimento parcelado de Oxigênio Medicinal e Concentrador de Oxigênio, para uso nas unidades de Saúde e para pacientes acamados com prescrição para oxigênio em terapia domiciliar.

AIR LIQUIDE BRASIL LTDA
CNPJ: 00.331.788/0060-79
Av. Thiago Antunes Teixeira – nº 14/15 – Bela Vista
Palhoça/SC - CEP: 88.132-717
Tel.: (48) 3037-1205
Fax: (48) 3037-1205

Ocorre que o edital traz exigências que comprometem a legalidade, as quais merecem destaque:

I – No descritivo do objeto o item 2 está descrito como Oxigênio Medicinal 7m³, ocorre que sabidamente o contrato atual exige cilindros de 6 a 10m³.

A especificação de apenas cilindros de 7m³ além de criar problemas ao próprio atendimento, resulta em clara restrição à competitividade.

A flexibilidade referente a capacidade exigida dos cilindros favorece a ampliação do caráter competitivo, pois ao ser exigido fornecimento em cilindro com capacidade específica, a Administração Pública acaba por direcionar o resultado da licitação para determinado(s) fornecedor(es).

A própria Constituição Federal assevera em seu art. 37, XXI que a licitação é instrumento para que se selecione a proposta mais vantajosa à Administração, assegurada participação isonômica a todos os interessados:

> **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**

Ainda nesse sentido reza a Legislação Pátria para as Licitações, em seu artigo 3º, que:

AIR LIQUIDE BRASIL LTDA
CNPJ: 00.331.788/0060-79
Av. Thiago Antunes Teixeira – nº 14/15 – Bela Vista
Palhoça/SC - CEP: 88.132-717
Tel.: (48) 3037-1205
Fax: (48) 3037-1205

> "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 lhe 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** e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente para ao específico objeto do contrato;" (grifo nosso)

Considerando que as exigências editalícias não poderão restringir a participação de licitantes, ao contrário, deverão favorecer o ingresso do maior número de licitantes e com isso, implementar o caráter competitivo da licitação, torna-se benéfico ao espírito concorrencial dos certames licitatórios que o julgamento esteja alinhado aos princípios da competitividade, economicidade, razoabilidade e interesse público. Sendo assim, justificável a revisão da descrição para admitir cilindros de 6 a 10 m³, ampliando significativamente o universo de fornecedores.

II – No que diz respeito à descrição do objeto temos que o edital está incompleto, vejamos:

- Qual o local de entrega dos cilindros e concentradores?

Mesmo que não seja possível designar os endereços exatos, é importante delimitar ao menos um raio de entrega partindo da sede da Prefeitura, já que os custos de logística devem ser computados para a elaboração da proposta;

- Qual tamanho do cilindro de backup?

AIR LIQUIDE BRASIL LTDA
CNPJ: 00.331.788/0060-79
Av. Thiago Antunes Teixeira – nº 14/15 – Bela Vista
Palhoça/SC - CEP: 88.132-717
Tel.: (48) 3037-1205
Fax: (48) 3037-1205

- Caso tenha recarga do backup, como será definido o valor e/ou quantidade limite?

Como se vê, a descrição dos serviços padece de lapsos que comprometem a execução posto que inibem a ampla competição e dificultam a formulação das propostas.

Segundo Marçal Justen Filho[1]:

> *"**A descrição do objeto da licitação contida no edital não pode deixar margem a qualquer dúvida** nem admite complementação a posteriori (...) **Se a descrição do objeto da licitação não for completa e perfeita, haverá NULIDADE...**"*

A importância da definição correta do objeto mereceu do TCU a Súmula nº 177, assim redigida:

> ***"A definição precisa e suficiente do objeto licitado constitui regra indispensável da competição, até mesmo como pressuposto da igualdade entre os licitantes, do qual é subsidiário o princípio da publicidade, que envolve o conhecimento, pelos concorrentes potenciais das condições básicas da licitação, constituindo, na hipótese particular da licitação para compra, a quantidade demandada uma das especificações mínimas e essenciais à definição do objeto do pregão."*** *(g.n)*

A inteligência da Súmula deve ser tomada em sentido amplo, tendo em vista as várias facetas por ela abordadas.

---

[1] Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p.401

AIR LIQUIDE BRASIL LTDA
CNPJ: 00.331.788/0060-79
Av. Thiago Antunes Teixeira – nº 14/15 – Bela Vista
Palhoça/SC - CEP: 88.132-717
Tel.: (48) 3037-1205
Fax: (48) 3037-1205

Ao utilizar os vocábulos "precisa" e "suficiente", há um indicativo claro de que na definição do objeto, todos os aspectos fundamentais devem ser contemplados de modo a não ensejar dúvidas aos eventuais interessado.

Como se percebe, não há nenhuma dúvida quanto ao fato de que, havendo descrição incompleta ou obscura, do objeto da licitação, esta será nula.

E nem poderia ser de forma distinta, haja vista que, a falha na descrição do objeto, como já dito acima, dificulta a participação dos licitantes, **impossibilitando-os de cotar corretamente seus preços, oferecendo as melhores condições para a Administração**.

Ainda sobre o assunto:

> *"... é obrigatória, quando do lançamento de processo licitatório, a **adequada definição do objeto a ser licitado** ..."* (TCU, Decisão nº 069/96, Rel. Min. Adhemar Paladini Ghisi).

A propósito, vale citar HELY LOPES MEIRELLES, ***in* Direito Administrativo Brasileiro**, 17ª ed., Editora Malheiros, pág. 251:

> *"... a finalidade precípua da licitação será sempre a obtenção de seu objeto **nas melhores condições para a administração, e, para tanto, esse objeto deverá ser convenientemente definido no edital** ou no convite, a fim de que os licitantes possam atender fielmente ao desejo do Poder Público. **Licitação sem caracterização de seu objeto é nula, porque dificulta a apresentação das propostas e compromete a lisura do julgamento e a execução do contrato subseqüente**."*

III – O edital **não estabelece em seu bojo as exigências que a própria Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA recomenda**.

AIR LIQUIDE BRASIL LTDA
CNPJ: 00.331.788/0060-79
Av. Thiago Antunes Teixeira – nº 14/15 – Bela Vista
Palhoça/SC - CEP: 88.132-717
Tel.: (48) 3037-1205
Fax: (48) 3037-1205

Importante esclarecer que a AFE é um documento de competência e emitido pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, para todos os estabelecimentos que exercem atividades e estão sujeitas à fiscalização da referida Autarquia Federal.

A Lei nº 6.360/1976, artigo 50 que dispõe sobre as normas da vigilância sanitária que fiscalizam as atividades pertinentes ao Edital em discussão é claro ao determinar:

> *"Art. 50.* ***O funcionamento das empresas de que trata esta Lei dependerá de autorização da Anvisa****, concedida mediante a solicitação de cadastramento de suas atividades, do pagamento da respectiva Taxa de Fiscalização de Vigilância Sanitária e de outros requisitos definidos em regulamentação específica da Anvisa."*

Da Autorização de Funcionamento – AFE para Produtos para Saúde (correlatos)

De acordo com a Resolução da ANVISA nº 16/2014, artigo 3º, parágrafo único:

> *"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."***

Conforme se verifica, os documentos listados são obrigatórios ao exercício da atividade de todas as empresas que forneçam produtos ou serviços na área de saúde e, portanto, podem e devem ser exigidos nas licitações públicas.

AIR LIQUIDE BRASIL LTDA
CNPJ: 00.331.788/0060-79
Av. Thiago Antunes Teixeira – nº 14/15 – Bela Vista
Palhoça/SC - CEP: 88.132-717
Tel.: (48) 3037-1205
Fax: (48) 3037-1205

O objeto contratual inclui fornecimento de concentrador de O2. Logo, para que estes serviços e equipamentos sejam fornecidos, a empresa contratada deverá possuir armazenamento e distribuição, cuja atividade exige documentação específica.

Importante ressaltar que a ausência da AFE inclusive, sujeita o estabelecimento (no caso, o licitante) à infração sanitária do qual devem ser aplicadas as penalidades elencadas na Lei nº 6.437/1977, conforme segue:

> *"Art . 10 – São infrações sanitárias:*
> *I – construir, instalar ou fazer* ***funcionar, em qualquer parte do território nacional****, laboratórios de produção de medicamentos, drogas, insumos, cosméticos, produtos de higiene, dietéticos,* ***correlatos, ou quaisquer outros estabelecimentos*** *que fabriquem alimentos, aditivos para alimentos, bebidas, embalagens, saneantes e demais produtos que interessem à saúde pública,* ***sem*** *registro, licença e* ***autorizações do órgão sanitário competente ou contrariando as normas legais pertinentes:***
> ***pena – advertência, interdição, cancelamento de autorização e de licença, e/ou multa."***

O risco de prejuízo à Administração Pública e principalmente à sociedade é iminente, pois a contratação sem a exigência de um documento que atesta que o estabelecimento obedece às premissas técnicas mínimas poderá resultar em contratação de serviços e produtos de origem irregular e sem qualidade e além de tudo ilegal.

Segundo Dora Maria de Oliveira Ramos, "(...)***A Administração deve adotar os melhores métodos ao seu alcance para obter os resultados mais aptos a satisfazer o interesse público***(...)"

Nesse sentido, se a própria ANVISA elenca tais informações como essenciais à

segurança de execução satisfatória da futura contratação, de modo a resguardar os interesses da Administração, não há razão que justifique que tal recomendação seja ignorada.

Adilson de Abreu Dallari ensina que "*cabe aqui apenas relembrar que a Constituição Federal autoriza e determina o estabelecimento de condições voltadas ao asseguramento da efetiva e integral execução do contrato.*"

E mais: "*A ampliação do universo de participantes não pode ser implementada indiscriminadamente de modo a comprometer a segurança dos contratos, o que pode gerar graves prejuízos para o Poder Público.*" (Resp 295.806 – SP, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, 2ª T, DJ: 6/3/2006).

Saliente-se também que o edital nem mesmo exige o registro do equipamento e acessórios na ANVISA, condição *sine qua non* para a comercialização.

É de se ver que o Edital merece ser modificado a fim de que sejam revistas suas exigências de forma a assegurar o atendimento às expectativas da contratação e ao interesse público.

A Administração não deve relaxar e flexibilizar em suas exigências sob pena de contratar empresa inapta e que não cumprirá, a contento, o objeto licitado. O "princípio da eficiência" determina que o administrador público – por atribuição legal ou por delegação – ou quem faça uso de recursos públicos, atue com eficiência buscando sempre o melhor resultado técnico-jurídico.

O princípio da eficiência, inserido no texto constitucional a partir da Emenda nº 19, de 04 de junho de 1998, (posterior à Lei de Licitações) veio consolidar a tendência de busca pela qualidade nas contratações públicas, consagrando o axioma de que o mais vantajoso nem sempre é o mais barato, e que o mais barato pode não ser o melhor ou o mais eficiente. Rompe-se, assim, o velho paradigma de que a licitação (ou qualquer contratação) visaria somente comprar "o mais barato", mas ao mesmo tempo põe

AIR LIQUIDE BRASIL LTDA
CNPJ: 00.331.788/0060-79
Av. Thiago Antunes Teixeira – nº 14/15 – Bela Vista
Palhoça/SC - CEP: 88.132-717
Tel.: (48) 3037-1205
Fax: (48) 3037-1205

sobre os ombros do administrador grave responsabilidade: em atenção ao princípio da eficiência, cada opção feita dentro do exercício discricionário passa a ter um sentido pré–definido, que é a busca por tal eficiência.

O poder discricionário não atribui poder ilimitado ao gestor público de contratar bem ou mal para a Administração. Ao contrário, confere ao administrador o dever e obstinação pela eficiência e melhor contratação; entrega maior responsabilidade a ele de utilizar o erário de forma eficaz, sob pena de, no caso de malversar a utilização da *res publica*, **incorrer em ato de improbidade administrativa.**

É necessário, no caso em tela, que sejam revistas as exigências do edital, como forma de garantia ao atendimento da lei e do interesse público.

Ante todo exposto requer:

Seja a presente Impugnação recebida, e no mérito acolhida, a fim de que seja suspensa a licitação para aprimoramento do Edital, para revisão exigências desconformes, como medida de legalidade, eficiência, probidade administrativa e supremacia do interesse público.

Termos em que
Pede Deferimento

Palhoça/SC, 31 de janeiro de 2019.

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

AIR LIQUIDE BRASIL
Simone de Alvarenga Natal
Coordenadora Nacional de Licitações