



Estado do Rio Grande do Sul
PREFEITURA MUNICIPAL DE TRIUNFO
Secretaria de Compras, Licitações e Contratos

DECISÃO SOBRE A IMPUGNAÇÃO AO EDITAL:

Deu entrada, na Secretaria de Compras, Licitações e Contratos da Prefeitura Municipal de Triunfo, Impugnação ao Edital do **Pregão Presencial nº 16/2021**, cujo objeto é o registro de preços para aquisição de oxigênio medicinal, apresentada pela empresa Air Liquide Brasil Ltda.

Em suas razões, a impugnante sustenta, em suma, que seria necessária a especificação de mais requisitos de qualificação técnica, solicitando a especificação de exigência de autorização para fabricação de gases medicinais expedida pela Anvisa, 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, bem como licença sanitária para gases.

Além disso, postula alteração do item 1.6, alegando que o quantitativo de, no mínimo, 300 (trezentos) cilindros, em regime de comodato, durante a vigência do contrato, restringiria a competitividade.

Passamos, pois, à análise da impugnação.

De plano, entendemos que assiste parcial razão à impugnante em suas razões.

Inicialmente, no que tange aos apontamentos quanto aos requisitos de qualificação técnica, entendemos que se impõe o desacolhimento da pretensão da impugnante.

Com efeito, foram estabelecidas no instrumento convocatório todas as informações necessárias para as empresas interessadas formalizarem suas propostas comerciais, contendo todas as exigências e dados necessários definidos pela Administração como pertinentes à prestação do serviço objeto da licitação.

No tocante aos requisitos de qualificação técnica ventilados na impugnação, entendemos que, diante do objeto licitado, as exigências postuladas pela impugnante se revelam manifestamente excessivas, importando em restrição à ampla competitividade, prejudicando o caráter competitivo do certame.

Destarte, a Administração, através da sua discricionariedade, estabeleceu os requisitos técnicos que entende pertinentes e oportunos para o objeto da licitação, consoantes itens 4.5 a 4.8.2 do Edital.

No particular, oportuno trazermos o conceito de discricionariedade administrativa segundo a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello, o qual conclui que:



Estado do Rio Grande do Sul
PREFEITURA MUNICIPAL DE TRIUNFO
Secretaria de Compras, Licitações e Contratos

“Discricionariedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos, dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente”. (2006, p. 48)

Sobre o mesmo tema, colacionamos o entendimento de Marçal Justen Filho, em sua obra *Comentário à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*:

“É evidente que seria inviável transformar o procedimento licitatório, desde a fase interna, numa atividade integralmente vinculada à lei. Isso acarretaria a necessidade de uma lei disciplinando cada licitação. A estrita e absoluta legalidade tornaria inviável o aperfeiçoamento da contratação administrativa. Uma vinculação assim ampla e exaustiva seria tão prejudicial e indesejável quanto a total liberação do administrador para formalizar o contrato que melhor lhe aprouvesse.

Por isso, a lei ressalva autonomia para a Administração definir as condições da contratação administrativa. Mas, simultaneamente, estrutura o procedimento licitatório de modo a restringir a discricionariedade a determinadas fases ou momentos específicos.

Reservou-se à Administração a liberdade de escolha no momento de realização da licitação, no seu objeto, da especificação de condições de execução, das condições de pagamento etc. Essa competência discricionária exercita-se no momento preparatório e inicial da licitação. Uma vez realizadas essas escolhas, exaure-se a discricionariedade e não mais pode ser invocada.

Assim, a Administração tem liberdade para escolher as condições sobre o contrato futuro. Porém deverá valer-se dessa liberdade com antecedência, indicando exaustivamente suas escolhas”. (2008, p. 69 e 70).

Cabe salientar, ademais, que o presente instrumento convocatório é absolutamente idêntico ao último certame realizado pela municipalidade com relação a esse objeto (Pregão Presencial nº 26/2020), com exceção do item 1.6, que, para o presente procedimento, estabeleceu quantitativo maior.

Nesse sentido, causa estranheza a impugnação realizada, na medida em que a própria empresa impugnante foi a vencedora do referido procedimento licitatório, sendo que, naquela oportunidade, não impugnou o edital.

Com efeito, entendemos que a pretensão da impugnante, no tocante aos requisitos de qualificação técnica mencionados na impugnação, incorre em restrição ao caráter competitivo do certame, possuindo o potencial de afastar licitantes, prejudicando, com isso, a obtenção de oferta que melhor atenda ao interesse da municipalidade com a redução da ampla competitividade.



Estado do Rio Grande do Sul
PREFEITURA MUNICIPAL DE TRIUNFO
Secretaria de Compras, Licitações e Contratos

Cumpra salientar que a própria Constituição Federal garante, em seu art. 37, XXI, que somente serão permitidas exigências de qualificação técnica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações, de modo que os requisitos de habilitação técnica previstos no art. 30 da Lei 8.666/93 não precisam constar em todas as licitações, devendo a Administração, diante de seu poder discricionário e da complexidade do objeto, estabelecer as exigências relativas ao objeto.

Nesse contexto, entendemos que as solicitações da impugnante, além de não serem tecnicamente indispensáveis ao cumprimento das obrigações, se revelam excessivas e restritivas.

Ademais, no tocante à responsabilidade da empresa a ser contratada na execução correta dos serviços, constou no Parágrafo Segundo da Cláusula Primeira da Minuta da Ata de Registro de Preço, parte integrante do instrumento convocatório, que a qualidade do objeto registrado, isto é, dos oxigênios medicinais, deverá ser garantida pela empresa fornecedora.

Além disso, constou, dentre as obrigações da fornecedora que se sagrar vencedora da licitação (Cláusula Nona da Minuta da Ata de Registro de Preço), que a mesma deverá cumprir fielmente o objeto, em compatibilidade com as obrigações assumidas (II); indenizar terceiros e a Administração por todos os possíveis prejuízos ou danos, decorrentes de dolo ou culpa (III); assumir todas as responsabilidades inerentes a atividade da empresa, inclusive despesas decorrentes de eventuais acidentes, abrangendo danos pessoais, multas e outros que venham a ocorrer no cumprimento do acordado, ficando o Órgão Gerenciador isento de qualquer responsabilidade ou indenização (IV); manter todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação, durante toda a vigência da Ata e em compatibilidade com as obrigações assumidas (VI); arcar com todas as despesas necessárias à execução do objeto registrado (VII); e responder pela qualidade, quantidades, validade, segurança e demais características do material, bem como as observações às normas técnicas (VIII).

Portanto, verifica-se que restaram estabelecidas no instrumento convocatório todos os requisitos que a Administração, em sua discricionariedade, entendeu pertinentes e oportunos em relação ao objeto licitado, a fim de oportunizar ampla disputa e, com isso, a obtenção do menor preço, tendo sido igualmente estabelecidas as responsabilidades e obrigações da contratada, bem como as penalidades e ônus em caso de defeito na prestação dos serviços, especificações que logram assegurar a regular execução do contrato e o adimplemento das obrigações.

Com efeito, as modificações técnicas postuladas pela impugnante ofendem o caráter competitivo do certame, consubstanciando-se em requisitos excessivos, importando em ações restritivas, potencialmente capazes de afastar diversos interessados.



Estado do Rio Grande do Sul
PREFEITURA MUNICIPAL DE TRIUNFO
Secretaria de Compras, Licitações e Contratos

Nesse sentido, cumpre destacar que, como cediço, a licitação é um procedimento administrativo voltado, de um lado, a atender ao interesse público, pela escolha do negócio mais vantajoso para a Administração Pública, e, de outro, a garantir a Isonomia, princípio de fundamental importância para que os particulares possam disputar entre si, de forma justa, a participação em contratações que as pessoas jurídicas de direito público entendam realizar.

Desta forma, a Licitação, objetivando selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública, deve obedecer: o Princípio da Isonomia entre os concorrentes, para que se obtenha condições que permitam sindicar a observância dos princípios da Legalidade, da Vinculação ao Edital, da Impessoalidade, da Moralidade, da Proibição Administrativa e da Busca à Proposta Mais Vantajosa para a Administração Pública, sem o que restam comprometidas a validade da própria licitação e a consecução de seus objetivos, como definido no *caput* do art. 3º. da Lei 8.666/93.

Dentre os princípios consagrados no artigo 3º da Lei n.º 8.666/93 destacam-se os da Isonomia e o da Vantajosidade Econômica, este que se consubstancia na salvaguarda do Princípio Administrativo da Economicidade, *in verbis*:

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 lhes são correlatos.

Entretanto, no caso do presente procedimento licitatório, a pretensão exposta na impugnação afigura-se restritiva, em nada beneficiando esta municipalidade, configurando medida contrária à persecução do menor preço, isto é, da busca da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, o que se revela contrário aos princípios da Administração, em especial o da Eficiência e Economicidade, posto que obsta a ampla participação, trazendo obstáculo para obtenção do melhor preço para a Administração.

Nesse sentido, cabe salientar o disposto no artigo 37, XXI, da Constituição Federal:

Art. 37 –

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.



Estado do Rio Grande do Sul
PREFEITURA MUNICIPAL DE TRIUNFO
Secretaria de Compras, Licitações e Contratos

Como cediço, o procedimento licitatório, em nome do interesse público, deve proporcionar a participação do maior número possível de licitantes, para tanto devendo ser afastadas formalidades excessivas.

Ainda, segundo entendimento de Dora Maria de Oliveira Ramos, *in verbis*: "**não pode a Administração, em nenhuma hipótese, fazer exigências que frustrem o caráter competitivo do certame**. Assim, se a fixação de quantitativos em parâmetros de tal forma elevados reduzir drasticamente o universo de licitantes, dirigindo a licitação a um único participante ou a um universo extremamente reduzido deles, ilegal será a exigência, por violação ao artigo 3º, §1º, I, da Lei nº 8.666/93". (Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos, Malheiros, 4ª ed., 2000, p. 139).

Dessa forma, entendemos que as exigências de qualificação técnica ventiladas na impugnação não se afiguram indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações, revelando-se excessivas, atentando contra o caráter competitivo do certame, sendo potencialmente capazes de reduzir de forma significativa o número de interessados, prejudicando, com isso, a busca na melhor proposta para a Administração, ofendendo o interesse público, sobretudo porque, como já dito, restaram estabelecidas as responsabilidades e obrigações da contratada, bem como as penalidades e ônus em caso de defeito na prestação dos serviços, especificações que visam assegurar a regular execução do contrato e o adimplemento das obrigações.

Por fim, necessário salientar, uma vez mais, que requisitos técnicos idênticos foram exigidos no edital anterior com relação ao objeto ora licitado, qual seja, a Pregão Presencial nº 26/2020, vencido, na oportunidade, pela própria impugnante.

No entanto, por outro lado, em relação à impugnação ao item 1.6 do edital, justamente em vista da ampla competitividade, entendemos que deve ser acolhida a pretensão.

Destarte, entendemos que, efetivamente, a exigência de, no mínimo, 300 (trezentos) cilindros, em regime de comodato, durante a vigência do contrato, se revela excessivo, em especial porque o quantitativo aumentou em relação ao certame anterior, acima mencionado, que exigiu o quantitativo mínimo de 100 (cem) cilindros, o que se mostra mais razoável.

Assim sendo, entendemos que deve ser parcialmente acolhida a impugnação ao edital, apenas para alterar o item 1.6, que deverá passar a vigorar com a seguinte redação:

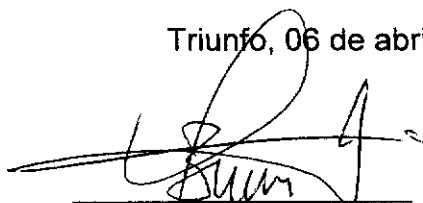
"1.6. A empresa deverá ceder no mínimo 100 cilindros ao Município de Triunfo, em regime de comodato, durante a vigência do contrato".



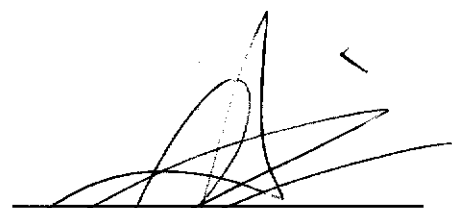
Estado do Rio Grande do Sul
PREFEITURA MUNICIPAL DE TRIUNFO
Secretaria de Compras, Licitações e Contratos

EM FACE DO EXPOSTO, decide-se pela **PARCIAL PROCEDÊNCIA** da impugnação ao edital realizada pela empresa Air Liquide Brasil Ltda., apenas para alterar o item 1.6, nos termos da fundamentação supra, mantendo na íntegra as demais disposições do instrumento convocatório.

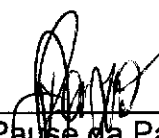
Triunfo, 06 de abril de 2021.



Valdair Alff de Barcelos,
Pregoeiro



Carlos Henrique V. Cezimbra
Pregoeiro



Daniel Paule da Paixão
Secretário de Compras, Licitações e Contratos