

RESPOSTA À IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

PE Nº 23003 – SMS

OBJETO: REGISTRO DE PREÇO PARA FUTURAS E EVENTUAIS AQUISIÇÕES DE GÁS OXIGÊNIO MEDICINAL NÃO LIQUEFEITO COM FORNECIMENTO DE CILINDROS (EM REGIME DE COMODATO) PARA ATENDER AS UNIDADES BÁSICAS DE SAÚDE, OS PACIENTES ACOMPANHADOS PELO SERVIÇO DE ATENÇÃO DOMICILIAR E O HOSPITAL MUNICIPAL DR ESTEVAM PONTE, CONFORME AS ESPECIFICAÇÕES E QUANTITATIVOS PREVISTOS NO ANEXO I - TERMO DE REFERÊNCIA DESTES EDITAIS.

I – RELATÓRIO

Trata-se de pedido de impugnação apresentada pela empresa WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS DO NORDESTE LTDA, em face do Edital de Pregão Eletrônico nº 23003 – SMS, cujo objeto, em síntese, visa contratar “*futuras e eventuais aquisições de gás oxigênio medicinal não liquefeito com fornecimento de cilindros (em regime de comodato) para atender as Unidades Básicas de Saúde, os pacientes acompanhados pelo Serviço de Atenção Domiciliar e o Hospital Municipal Dr Estevam Ponte, conforme as especificações e quantitativos previstos no Anexo I - Termo de Referência deste Edital.*”

Em suma, a empresa alega que o edital contém normas que prejudicam a execução do objeto licitado, além de não exigir que o revendedor apresente o registro de seu fornecedor/fabricante no Conselho Regional de Química (CRQ) e no Conselho Regional de Farmácia (CRF), nem que apresente contrato vigente com ele.

Nesse sentido, alega a impugnante: 1) Ausência de Minuta Contratual de Comodato quanto aos cilindros, bem como de outras condições de contratação essenciais; 2) Não exigência de apresentação pelos licitantes de balanço patrimonial; 3) Não exigência de apresentação pelos licitantes de certidão negativa de inidoneidade emitida pelo Tribunal de Contas da União; 4) Não exigência de comprovação pelos licitantes, quando revendedores, de que mantêm contrato com fabricante de gases com volumes iguais ou superiores ao volume licitado; 5) Não exigência de comprovação pelos licitantes, quando revendedores, de que seu fornecedor/fabricante possui registro no CRQ e no CRF; e 6) Ausência de determinação de local e horário para entrega do objeto licitado em dias não úteis.

Ao final, requer a suspensão do feito até seja retificado o edital nos termos da impugnação.

É o relatório.

II – DO MÉRITO.

1) DO COMODATO DE CILINDROS E OUTRAS CONDIÇÕES DE CONTRATAÇÃO

Em breve síntese, a empresa impugnante alega a ausência de Minuta Contratual de Comodato e de condições mínimas para tal contratação.

Acatada a impugnação, nesse sentido, complementa-se com a seguinte Cláusula no Edital:

CLÁUSULA DÉCIMA PRIMEIRA – DAS OBRIGAÇÕES DA CONTRATADA

11.13. DO COMODATO

11.13.1. A contratada deverá fornecer os cilindros no quantitativo de 71(setenta e um) cilindros de 1M³, 14 (quatorze) cilindros de 6M³, 11(onze)cilindros de 7M³ e 80(oitenta) cilindros de 10M³.

11.13.2 O cilindro será disponibilizado em comodato, espontaneamente e gratuitamente, sem coação ou vício de consentimento.

CLÁUSULA DÉCIMA SEGUNDA – DAS OBRIGAÇÕES DA CONTRATANTE

12.7. DO COMODATO

12.7.1. A Contratante é obrigada a conservar, como se sua própria fora, a coisa emprestada, não podendo usá-la senão de acordo com o contrato ou a natureza dela, sob pena de responder por perdas e danos.

12.7.2. A contratada se reserva o direito de poder restituir o bem mediante o aviso prévio de 30 (trinta) dias.

12.7.3 Ao final do prazo, ou após devida notificação para restituição, o comodatário constituído em mora, além de por ela responder, pagará, até restituí-la, o aluguel do objeto que for arbitrado pelo comodante.

12.7.4. O bem objeto do presente comodato deve ser utilizado com a única finalidade de atender as necessidades das unidades de saúde do Município de Sobral quanto ao abastecimento e fornecimento de gás oxigênio medicinal;

12.7.5.A inobservância da cláusula anterior conduzirá à imediata resolução do presente contrato, com a obrigatoriedade de devolução no prazo de 30 (trinta) dias;

12.7.6. O COMODATÁRIO obriga-se a zelar pela integridade do bem como se seu fosse restituindo-o ao término do contrato, nas mesmas condições em que o recebeu, respondendo por perdas e danos.

12.7.7. A não observância a quaisquer cláusulas do presente contrato, implicam na imediata rescisão do comodato firmado, sem prejuízo do direito a perdas e danos eventualmente apurados.

12.7.8. O COMODANTE não responde pelas despesas oriundas do uso e gozo da coisa emprestada, os quais serão de exclusiva responsabilidade do COMODATÁRIO enquanto vigor o presente contrato;

2) DO BALANÇO PATRIMONIAL

Em breve síntese, a empresa impugnante informa que o Edital não solicitou balanço patrimonial e alega ser salutar que a Administração Pública avalie a boa saúde financeira das empresas licitantes. Nesse sentido, fez menção ao Art. 31, I e §1º da Lei 8.666/93, *in verbis*:

Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:
I - balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta;

[...]

§ 1º A exigência de índices limitar-se-á à demonstração da capacidade financeira do licitante com vistas aos compromissos que terá que assumir caso lhe seja adjudicado o contrato, vedada a exigência de valores mínimos de faturamento anterior, índices de rentabilidade ou lucratividade.

Dessa forma, entendendo pela necessidade de verificação pela Administração quanto à saúde das empresas licitantes, complementamos que o inciso I do artigo 69 da Lei n. 14.133/2021 preceitua que os licitantes devem apresentar: “I - balanço patrimonial, demonstração de resultado de exercício e demais demonstrações contábeis dos 2 (dois) últimos exercícios sociais”.

No entanto, cabe salientar que a Lei n. 14.133/2021 também prevê duas exceções pontuais a essa exigência.

A primeira atine às empresas recém-constituídas, que não completaram um exercício social e, ainda não tem balanço, as quais podem ante uma impossibilidade fática e na forma

do §1º do artigo 65 da Lei n. 14.133/2021, “substituir os demonstrativos contábeis pelo balanço de abertura”.

A segunda exceção retro citada, consoante o §6º do artigo 69 da Lei n. 14.133/2021 envolve as empresas constituídas há menos de dois anos, para as quais basta o balanço do último exercício por motivos óbvios e fáticos.

Cabe mencionar ainda que o §2º do artigo 1.179 do Código Civil, dispensa o pequeno empresário de seguir sistema de contabilidade e de levantar balanço anual. O pequeno empresário, de acordo com o artigo 68 da Lei Complementar n. 123/2006, é o empresário individual caracterizado como microempresa que aufera receita bruta anual de até R\$60.000,00. No entanto, ainda que as pequenas empresas estejam dispensadas de levantar balanço para efeito contábil, se quiserem participar de licitação, terão de fazê-lo, por força do inciso I do artigo 69 da Lei n. 14.133/2021,

Portanto, entende-se pela exigência de apresentação, por parte das empresas licitantes, de balanço patrimonial e demais demonstrações contábeis dos 2 (dois) últimos exercícios sociais, exceto quando se tratar de empresas recém-constituídas ou constituídas há menos de dois anos, sendo necessário apenas a apresentação de balanço do último exercício por parte desta e de balanço de abertura por parte daquela.

3) DA CERTIDÃO NEGATIVA DE INIDONEIDADE EMITIDA PELO TCU

A impugnante alega ser indispensável exigir das empresas licitantes certidão negativa de inidoneidade emitida pelo Tribunal de Contas da União.

Entretanto, não merece provimento tal exigência, visto que, além de está expressamente previsto no subitem 9.5.6. do edital que é vedada a participação de pessoas físicas e de pessoas jurídicas declaradas inidôneas pela Administração Pública, enquanto perdurarem os motivos determinantes desta condição, estabelece também o subitem 15.3. do edital como condição prévia ao exame da documentação de habilitação da licitante detentora da proposta classificada em primeiro lugar, o pregoeiro verificará o eventual descumprimento das condições de participação, especialmente quanto à existência de sanção que impeça a participação no certame ou a futura contratação, mediante consulta em sites oficiais, já há no certame exigência de apresentação de: Certidão Negativa de Débitos Municipais; Certidão Negativa de Débitos Estaduais; Certidão Conjunta Negativa de Débitos Relativos a Tributos Federais e à Dívida Ativa da União, abrangendo inclusive os débitos relativos ao INSS; Certificado de Regularidade do FGTS (CRF); e Certidão Negativa de Débitos Traba-

listas, condições essas suficientes para demonstrar a inidoneidade das empresas licitantes.

Ressalta-se, deve a Administração se abster, para efeito de habilitação dos interessados, de fazer exigências que excedam aos limites fixados no art. 27, incisos I a V, da Lei nº 8.666/93.

Ademais, salienta-se que a boa doutrina e TCU entendem que a Administração não deve se ater a rigores formais excessivos ou exacerbados, a qual deve aceitar documentos hábeis a comprovar a boa situação dos licitantes. Nesse sentido, vejamos:

REPRESENTAÇÃO. CONCORRÊNCIA. PEDIDO DE CAUTELAR SUSPENSIVA. INDÍCIOS DE IRREGULARIDADE NO CERTAME. PRÉVIA OITIVA. DILIGÊNCIA. TENTATIVA DE CONSTRUÇÃO PARTICIPATIVA PARA A DELIBERAÇÃO DO TCU. INVABILIDADE. CONHECIMENTO. PROCEDÊNCIA. PREJUÍZO AO PEDIDO DE CAUTELAR SUSPENSIVA. DETERMINAÇÃO. CIÊNCIA PREVENTIVA E CORRETIVA. COMUNICAÇÃO. [...]99. Valendo-se de jurisprudência dos Tribunais e de ensinamento doutrinário, a CPL compreendeu não ser cabível excluir propostas vantajosas ou potencialmente satisfatórias apenas por conterem defeitos irrelevantes. 'Não se pode perder de vista que a finalidade precípua da licitação é a escolha da contratação mais vantajosa para a Administração Pública e, para atingi-la, não pode o administrador ater-se a rigorismos formais exacerbados, a ponto de afastar possíveis interessados do certame, o que limitaria a competição e, por conseguinte, reduziria as oportunidades de escolha para a contratação' (peça 86, p. 210). (TCU - RP: 110802021, Relator: ANDRÉ DE CARVALHO, Data de Julgamento: 24/08/2021) (grifo nosso).

4) DA AFE – AUTORIZAÇÃO DE FUNCIONAMENTO DE EMPRESA, ACOMPANHADA DO CONTRATO DE REVENDA FIRMANDO ENTRE O FABRICANTE/ENVASADOR E REVENDEDOR/DISTRIBUIDOR E

Da Conforme RDC Nº 16/2014 ANVISA na Seção III que trata da Abrangência diz no “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.”



Ainda nesse sentido, preceitua o Art. 5º de que não é exigida AFE dos seguintes estabelecimentos ou empresas:

- I - que exercem o comércio varejista de produtos para saúde de uso leigo;*
- II - filiais que exercem exclusivamente atividades administrativas, sem armazenamento, desde que a matriz possua AFE;*
- III - que realizam o comércio varejista de cosméticos, produtos de higiene pessoal, perfumes e saneantes;*
- IV - que exercem exclusivamente atividades de fabricação, distribuição, armazenamento, embalagem, exportação, fracionamento, transporte ou importação, de matérias-primas, componentes e insumos não sujeitos a controle especial, que são destinados à fabricação de produtos para saúde, cosméticos, produtos de higiene pessoal, perfumes e saneantes;*
- V - que realizam exclusivamente a instalação, manutenção e assistência técnica de equipamentos para saúde.*

Logo, no que se refere à exigência de comprovação contratual do fabricante/envasador e revendedor/distribuidor, este não tem amparo legal para exigência para fins de comprovação de capacidade técnico em habilitação em licitações.

Portanto, alerta-se o pretenso licitante a atentar-se a observação do edital na íntegra, dado que está sendo atendido a exigência aqui tratada.

5) DA APRESENTAÇÃO DE REGISTRO DO FABRICANTE NO CRQ E CRF PELA DISTRIBUIDORA

Tendo De acordo com o disposto no art. 30, inc. I da Lei nº 8.666/93, constitui requisito para a qualificação técnica das licitantes, em sede de habilitação, a prova de “registro ou inscrição na entidade profissional competente”.

Para que seja possível estabelecer essa exigência no instrumento convocatório é preciso que a execução do objeto exija a inscrição da licitante no respectivo conselho profissional, nos moldes de lei específica.

Além disso, a execução do objeto também deve demandar a participação de profissional especializado, cuja profissão, em virtude de lei, é fiscalizada pelo respectivo órgão/entidade profissional.

É importante compreender que o registro na entidade profissional está relacionado com a atividade **fim** de cada empresa.



Em razão disso, a exigência de registro ou inscrição deve se limitar ao conselho que fiscalize o serviço preponderante objeto da contratação, sob pena de comprometer o caráter competitivo do certame em razão do estabelecimento de condições de qualificação técnica impertinentes ao cumprimento das obrigações contratuais.

Portanto, tal exigência, para fins de habilitação, **somente é devida se o licitante for fabricante**, dado que, para esse fim, é necessário a fiscalização do conselho de classe.

6) DA ESPECIFICAÇÃO DE LOCAL E HORÁRIO DA ENTREGA EM DIAS NÃO ÚTEIS

O Instrumento convocatório previu perfeita determinação quanto ao recebimento do objeto licitado em dias úteis, entretanto, conforme impugnado, tem-se reconhecida a ausência de especificação do local para recebimento do objeto licitado em dias não úteis, quando proveniente de entregas emergenciais.

Nesse caso, entende-se que para entregas emergenciais e em dias não úteis, deve o objeto licitado ser entregue no mesmo endereço já fornecido, isto é, Central de Abastecimento Farmacêutico Dr. Olavo Gurgel, situada na Rua Vereador Raimundo Nilo Donizete, nº 15, Bairro Junco, Sobral/CE, CEP: 62.030-495.

V – CONCLUSÃO

Diante do exposto, a Secretaria Municipal da Saúde - SMS entende pela **PROCEDÊNCIA PARCIAL** dos pedidos formulados em sede de impugnação, visto que, entende pela exigência de apresentação por parte das empresas licitantes de:


- a) Balanço patrimonial e demais demonstrações contábeis dos 2 (dois) últimos exercícios sociais, exceto quando se tratar de empresas recém-constituídas ou constituídas há menos de dois anos, sendo necessário apenas a apresentação de balanço do último exercício por parte desta e de balanço de abertura por parte daquela.


Bem como, caso haja necessidade de entrega dos cilindros em dias não úteis, devem os mesmos serem entregues na Central de Abastecimento Farmacêutico Dr. Olavo Gurgel, situada na Rua Vereador Raimundo Nilo Donizete, nº 15, Bairro Junco, Sobral/CE, CEP: 62.030-495.



Por fim, acatou-se ainda a necessidade de determinações contratuais quanto ao comodato e suas especificações, nos termos supracitados no item “II. DO MÉRITO, 1) DO COMODATO DE CILINDROS E OUTRAS CONDIÇÕES DE CONTRATAÇÃO”.


Sobral/CE, 9 de February de 2023.


ESTEVAM FERREIRA DA PONTE
NETO
Coordenador da Assistência Farmacêutica


RAFAEL GONDIM VILAROUCA
Coordenador Jurídico - SMS
OAB/CE nº 37.227


LETÍCIA REICHEL DOS SANTOS
SECRETÁRIA MUNICIPAL DA SAÚDE

De acordo:


EVANDRO DE SALES SOUZA
Pregoeiro Central de Licitação da Prefeitura Municipal de Sobral