

ILMO (A) SR (A) PREGOEIRO (A) DO DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO – SETOR DE LICITAÇÃO E CONTRATOS – SERVIÇO AUTÔNOMO DE ÁGUA E ESGOTO DO MUNICÍPIO DE SOROCABA.

REF.: PREGÃO ELETRÔNICO Nº 56/2020

EDITAL Nº 60/2020

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 9656/2019 - SAAE

DATA DA SESSÃO: 09/11/2020

HORÁRIO: 09h00min

WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS LTDA, sociedade empresária, com matriz estabelecida na **Av. Pastor Martin Luther King Jr., nº 126- Bloco 10-Ala A-Sala 401 - CEP: 20760-005 - Del Castilho – Rio de Janeiro – R.J**, CNPJ/MF nº **35.820.448/0001-36** e filial localizada na **Rua Iracema Lucas, Nº 255, Bairro: Distrito Industrial Benedito Storani - CEP 13.288-172 - Vinhedo/São Paulo** inscrita no CNPJ/MF nº **35.820.448/0213-03**, doravante denominada “WHITE MARTINS”, vem, tempestivamente, por seu representante legal abaixo assinado, com fundamento no mandamento legal constante do § 2º do art. 41 da Lei Federal nº 8.666/93, apresentar

IMPUGNAÇÃO

ao **edital do pregão em referência**, pelas razões fáticas, técnicas e jurídicas a seguir delineadas, tendo em vista os graves vícios verificados no edital, que se não sanados poderão contaminar os atos sucessivos e, conseqüentemente, o processo poderá ter sua nulidade decretada até mesmo perante o Judiciário.

I. TEMPESTIVIDADE DESTA IMPUGNAÇÃO.

Aplicando de forma subsidiária a Lei nº 8.666/93 a situação em tela, o referido diploma legal assim estabelece:

“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. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)”

O aludido diploma legal também instituiu o seguinte mandamento:

“Art. 110. Na contagem dos prazos estabelecidos nesta Lei, excluir-se-á o dia do início e incluir-se-á o do vencimento, e considerar-se-ão os dias consecutivos, exceto quando for explicitamente disposto em contrário.”

Neste sentido, excluindo da contagem o dia da sessão pública (09/11/2020) o prazo-limite para impugnar findar-se-á no término do expediente do dia 05/11/2020, razão pela qual, esta impugnação, apresentada hoje, é plenamente tempestiva.

Convém ressaltar que o Tribunal de Contas da União já se manifestou sobre a forma de contagem do prazo-limite para apresentação de impugnação. No Acórdão nº. 1/2007 (processo TC 014.506/2006-2), o TCU entendeu ser tempestiva uma impugnação apresentada em 22/11/2005 (terça-feira) em face de um pregão que teria abertura em 24/11/2005 (quinta-feira).

Da mesma forma, através do Acórdão nº. 382/2003 (processo TC 016.538/2002-2), a referida Corte entendeu ser tempestiva uma impugnação apresentada em 27/9/2002 (sexta-feira) em face de uma licitação que ocorreria em 1/10/2002 (terça-feira).

Ante o exposto, não há dúvidas sobre a tempestividade da presente impugnação.

II. MOTIVOS QUE ENSEJARAM A APRESENTAÇÃO DA IMPUGNAÇÃO.

A **WHITE MARTINS** teve conhecimento da abertura do processo licitatório em referência, que tem por objeto “ **O FORNECIMENTO DE OXIGÊNIO PARA PRODUÇÃO IN SITU DE OZÔNIO, COM COMODATO DE TANQUES CRIOGÊNICOS, INCLUINDO OS SISTEMAS DE COMISSONAMENTO E**

ABASTECIMENTO, COM PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE MANUTENÇÃO PREVENTIVA E CORRETIVA,” e, na condição de interessada em participar da disputa para o atendimento deste objeto, analisou os termos do edital.

Após acurada leitura, foram identificadas desconformidades que, se não alteradas, poderão repercutir, negativamente, no caráter competitivo da licitação, razão esta que motivou a apresentação desta impugnação, consoante se verá adiante.

III. CONDIÇÕES EXIGIDAS PARA PARTICIPAÇÃO NO CERTAME.

III.1 Caracterização do objeto como sendo “prestação de serviços” e seus efeitos.

De acordo com o previsto no preâmbulo do edital, a presente licitação contempla o seguinte objeto:

“ FORNECIMENTO DE OXIGÊNIO PARA PRODUÇÃO IN SITU DE OZÔNIO, COM COMODATO DE TANQUES CRIOGÊNICOS, INCLUINDO OS SISTEMAS DE COMISSIONAMENTO E ABASTECIMENTO, COM **PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE MANUTENÇÃO PREVENTIVA E CORRETIVA”** (grifamos)

Contudo, ao analisar o escopo constante do TERMO DE REFERÊNCIA, em especial à tabela que contempla os itens precificáveis neste processo, percebe-se claramente que a atividade precípua inserida no contexto deste processo é a aquisição de gases e fornecimento de reservatórios para armazenamento (o que inclui sua manutenção preventiva e corretiva) e não de um serviço propriamente dito (fornecimento de mão de obra especificamente para realização de uma atividade), não havendo nenhum item para precificação de hora-homem, mão de obra, por exemplo.

LOTE 01			
Item	Qtde.	Unid.	Especificação do objeto
01	1.241.040	M ³	OXIGÊNIO LIQUIDO CRIOGÊNICO N. ONU 1073 Especificação: - Gás liquefeito refrigerado, altamente oxidante, sobre pressão extremamente frio, nas condições normais de temperatura e pressão (CNTP) apresenta-se na fase gasosa, inerte, comburente. - Peso molecular: 31,9988 g/mol. - Pureza: maior igual a 99,5% - Ponto de orvalho: menor igual a -65 graus - Teor de óleo: menor igual a 0,1 mg/L - Hidrocarboneto: menor igual a 20 mg/L - Partículas contaminantes: menor igual a 0,1 micra.
02	1	SERV	Comodato de tanques criogênicos, incluindo os sistemas de comissionamento e abastecimento, com prestação de serviços de manutenção preventiva e corretiva.

Repisa-se assim que a atividade precípua pretendida pela Administração é a contratação de empresa para fornecimento de gases oxigênio, e de forma acessória, o comodato de dos equipamentos necessários para acondicionamento do referido produto, bem como sua manutenção, não havendo a obrigação de disponibilização de mão de obra especializada para isso, tampouco a contratação ou subcontratação de profissionais adicionais para realização destas atividades.

Frise-se assim que as licitantes não terão que contratar mão de obra adicional para empregar na execução do objeto deste contrato especificamente, mas sim utilizará de quadro de profissionais já existente para execução das atividades da empresa.

Ao caracterizar o objeto como sendo “**prestação de serviços**” ao invés de “**fornecimento contínuo de gás oxigênio**”, a Administração acabou prevendo as seguintes obrigações para atendimento pela empresa Contratada:

“**3.3** A licitante vencedora deverá contratar e manter egressos das unidades do Sistema Prisional do Estado de São Paulo como mão-de-obra, conforme Lei Municipal nº 11.762/2018. **3.3.1.** O quantitativo de vagas, segundo disposto no art. 1º e incisos da lei supra referida deverá obedecer ao seguinte critério:

- a) Até 03 (três) postos de trabalho: admissão facultativa;
- b) De 04 (quatro) até 06 (seis) postos de trabalho: 01 (um) vaga, com prioridade para egresso;
- c) De 06 (seis) até 19 (dezenove) postos de trabalho: 02 (duas) vagas, com prioridade para os egressos;
- d) Em 20 (vinte) ou mais postos de trabalho: vagas em número equivalente a 10% (dez por cento) do número total de postos de trabalho, divididas igualmente entre egressos. **3.3.2.** Para o preenchimento das vagas a licitante vencedora deve contatar a Secretaria da Cidadania (SECID). “

<p style="text-align: center;">2.4. A CONTRATADA deverá contratar e manter egressos das unidades do Sistema Prisional do Estado de São Paulo como mão-de-obra, conforme Lei Municipal nº 11.762/2018.</p> <p style="text-align: center;">2.4.1. O quantitativo de vagas, segundo disposto no art. 1º e incisos da lei supra referida deverá obedecer ao seguinte critério:</p> <p>a) Até 03 (três) postos de trabalho: admissão facultativa;</p> <p>b) De 04 (quatro) até 06 (seis) postos de trabalho: 01 (um) vaga, com prioridade para egresso;</p> <p>c) De 06 (seis) até 19 (dezenove) postos de trabalho: 02 (duas) vagas, com prioridade para os egressos;</p> <p>d) Em 20 (vinte) ou mais postos de trabalho: vagas em número equivalente a 10% (dez por cento) do número total de postos de trabalho, divididas igualmente entre egressos.</p> <p style="text-align: center;">2.4.2. Para o preenchimento das vagas a licitante vencedora deve contatar a Secretaria da Cidadania (SECID).</p>
--

“**b)** Declaração contendo a quantidade de vagas que serão disponibilizadas aos egressos em relação aos postos de trabalho a serem demandados e ocupados para fins da execução do objeto, assinada por representante legal da licitante ou por procurador/credenciado, em cumprimento ao exigido no subitem 3.3, conforme Anexo VI.”

Ao caracterizar o objeto como sendo prestação de serviço, a Administração acabou estendendo à empresa Contratada para execução do objeto deste processo licitatório a obrigatoriedade de contratação de mão de obra oriunda do sistema penitenciário.

Ocorre que, conforme exposto, para atendimento do escopo licitado não há/haverá necessidade de emprego de mão de obra adicional para sua execução, razão pela qual, para a situação específica, entendemos não ser aplicável este regramento.

Importante destacar que nem toda atividade requer a contratação de mão de obra adicional para sua execução. A exemplo da locação de bens que, na interpretação de alguns, pode ser considerado um serviço, não há necessidade de emprego de mão de obra para sua realização, motivo pelo qual a aplicação da legislação que obriga a contratação de mão de obra do sistema penitenciário deve ser utilizada com razoabilidade e bom senso pela Administração e seus agentes, sob pena de não haver empresa interessada em participar de licitações públicas.

Como já deve ser de Vosso conhecer, a Lei Federal nº 8.666/93 também veda a inclusão de exigências desnecessárias em editais de licitações públicas para não comprometer o caráter competitivo da licitação, senão vejamos:

“Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável 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. (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010) (Regulamento) (Regulamento) (Regulamento)

§ 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**, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991; (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010)”
(grifamos)

Por tudo isso, a **WHITE MARTINS** pede o acolhimento desta impugnação para que a empresa Contratada não seja obrigada a contratar mão de obra oriunda do sistema penitenciário, pois a manutenção destas exigências certamente provocará a restrição do caráter competitivo da licitação, não sendo medida vantajosa para o erário público ou, até mesmo, a ausência de empresas interessadas em participar do certame, por não poderem atender às exigências ora referenciadas.

Ainda no tocante à previsão de contratação de número de egressos do sistema penitenciário de acordo

com o número de “postos de trabalho” que serão empregados pela Contratada na execução do objeto, pedimos que esclareçam o que abaixo segue:

- 1 – O que configuraria “posto de trabalho”?
- 2 – A análise quanto ao número de posto de trabalho deverá considerar apenas o números de empregados disponibilizados para atender o contrato?
- 3 – Deverá considerar ainda somente o quadro de profissionais do estabelecimento participante na licitação ou todo o quadro de profissionais da empresa como um todo, considerando-se todos os seus estabelecimentos?

III.2 – Exigência de atendimento a indicadores econômicos como condição para habilitação de empresas na licitação.

Da análise das disposições do edital, depreende-se que o aludido instrumento exige, para efeitos de qualificação econômico-financeira de empresas no certame, a comprovação de atendimento a indicadores econômicos de Liquidez Corrente, Liquidez Geral e de Solvência Geral, senão vejamos:

b2) A boa situação financeira da licitante será aferida mediante obtenção do Índices de Liquidez Geral (LG), Solvência Geral (SG) e Liquidez Corrente (LC), iguais ou superiores a 1, resultantes da aplicação das seguintes fórmulas:

$$LG = \frac{\text{Ativo Circulante} + \text{Realizável a Longo Prazo}}{\text{Passivo Circulante} + \text{Passivo Não Circulante}}$$
$$SG = \frac{\text{Ativo Total}}{\text{Passivo Circulante} + \text{Passivo Não Circulante}}$$
$$LC = \frac{\text{Ativo Circulante}}{\text{Passivo Circulante}}$$

O artigo 31 da Lei Federal nº 8.666/93 até permite que sejam previstos no edital índices contábeis aptos a demonstrarem a boa situação financeira da empresa licitante. Todavia, em termos práticos, a exigência de atendimento a índices constitui mecanismo insuficiente para se aferir a saúde financeira de empresas, não podendo ser aplicada de forma objetiva como previsto no edital.

Na análise das estruturas contábeis, são encontradas diversas variáveis que impossibilitam estabelecer um julgamento com base no critério de verificação de atendimento a indicadores econômicos, ou seja, não é possível apurar com segurança se, o fato de uma empresa atender a índices econômico-financeiros pré-determinados, realmente configura boa capacidade financeira para atendimento do objeto e cumprimento das

obrigações pactuadas.

Nessa feita, **é essencial que a Administração verifique as especificidades de cada caso, de forma a possibilitar o tratamento isonômico entre as licitantes** e uma efetiva apreciação da competência econômico-financeira das empresas, observando a máxima aristotélica de igualdade para que seja efetivada a justiça.

Como forma de ilustrar a ineficácia da adoção de índices econômicos como mecanismo a balizar a saúde financeira de empresas em licitações públicas, oportuno trazer ao bailado 02 perspectivas (apresentadas pelo Ilustre jurista Felipe Boselli, em artigo denominado “*A utilização de índices contábeis para habilitação de licitantes*” - Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 02 Set. 2010. Disponível em: investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/administrativo/168739-a-utilizacao-de-indices-contabeis-para-a-habilitacao-de-licitantes):

1ª Perspectiva: a utilização isolada dos índices contábeis para avaliação da boa saúde financeira de empresas que **optaram pela tributação com base no lucro presumido**.

Para tais empresas, o mais vantajoso é reduzir ao máximo as despesas contabilizadas, pois quanto mais reduzirem, menor a incidência de tributos e maior margem de lucro que será distribuída pelos sócios.

Neste contexto, **uma empresa que opere pelo regime de lucro presumido pode**, mesmo com patrimônio líquido e capital social ínfimo, possuir índices contábeis elevadíssimos, **pois deixando de lançar todas as despesas possuirá um passivo pouco expressivo**.

Em assim sendo, uma empresa muito pequena, optante pelo regime tributário de lucro presumido, **certamente terá índices significativamente maiores que a maior e mais consistente companhia do país na área a ser trabalhada**.

2ª Perspectiva: Grande multinacional que **opte pelo regime de tributação de lucro real**.

Neste cenário, tem-se que as empresas optantes pelo lucro real adotam estratégia tributária oposta à forma de aplicação de recursos de uma empresa que utilize o lucro presumido, **replicando seus lucros como forma de investimento interno**.

Desta forma, a empresa trabalha na redução o lucro real aferido pelo balanço patrimonial e, conseqüentemente, os tributos pagos por esta empresa, visto que o Imposto de Renda incidirá sobre o lucro efetivamente percebido (que, no caso das empresas que optem pelo lucro real, deverá ser, para efeito de tributação, o menor possível).

Frise-se ainda que, o fato da empresa realizar investimentos, os quais acabam sendo contabilizados como “passivo”, não configura tampouco representa que a empresa esteja em má situação financeira. Aliás, como o próprio Dr. Boselli afirma *“Para uma empresa crescer e se desenvolver no mercado é fundamental que esta assuma compromissos que, invariavelmente, refletirão em seu passivo e, por conseguinte, em seus índices contábeis”*.

Ele ainda exemplifica que *“(...) uma hipotética companhia, líder de mercado e em condições de absoluta solvência, não raras vezes, percebe resultados contábeis abaixo do padrão, o que não significa, necessariamente, que a empresa está em dificuldade financeira, rumo à declaração de falência ou em situação similar”*

Invocando ainda o brilhante exemplo prático adotado pelo Dr. Boselli em seu artigo, uma empresa que se enquadraria no cenário da 2ª perspectiva seria a **Petrobrás**, que seria impedida de participar de licitações públicas (se fosse o caso) em razão de possuir índices econômicos abaixo de 1,0.

Basta uma análise das demonstrações contábeis dos últimos anos da referida empresa para constatar tal fato, ou seja, **a empresa mais influente no País não teria condições de atender aos índices exigidos no presente edital.**

Mas isso representaria incapacidade econômico-financeira para execução das obrigações assumidas? Certamente que não.

A insuficiência desse critério como método para representar, por si só, a situação econômico-financeira dos licitantes é apontada pela doutrina como **a causa pela qual seu desatendimento não pode justificar a inabilitação imediata e sumária do licitante**

Considerando-se que **existem meios alternativos de comprovar a capacidade econômico-financeira**, que, no mais das vezes, também podem assegurar o cumprimento das obrigações, **o atendimento de índices contábeis pode ser dispensado.**

Convém ressaltar a necessidade de observância e cumprimento do mandamento instituído pela Constituição Federal, a qual veda a inclusão de cláusulas excessivas para comprovação da qualificação econômico-financeira em editais de licitações públicas, senão vejamos:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade,

moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

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.** (Regulamento)”

Em atendimento ao disposto na Constituição Federal, convidamos ao Sr. Pregoeiro a refletir sobre as seguintes questões:

- (1) A exigência de atendimento a índices contábeis pelas empresas licitantes constitui medida compatível com o objeto licitado (**que contempla, basicamente, o fornecimento de produtos**)?
- (2) Além disso, tal exigência é indispensável para garantia do cumprimento às obrigações contratuais?

O parágrafo 5º do art. 31 da Lei nº 8.666/93 assim determina:

“Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:

(...)

§ 5º A comprovação de boa situação financeira da empresa **será feita de forma objetiva**, através do cálculo de índices contábeis previstos no edital **e devidamente justificados no processo administrativo da licitação** que tenha dado início ao certame licitatório, vedada a exigência de índices e valores não usualmente adotados para correta avaliação de situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)”

Indagamos ao Sr. Pregoeiro:

- (1) Qual a justificativa para se exigir índices contábeis no presente processo licitatório?
- (2) Tal justificativa encontra-se formalizada nos autos do processo? Se não, a sua exigibilidade no edital constitui ilegalidade.

Como já deve ser de Vosso conhecer, a Lei Federal nº 8.666/93 também veda a inclusão de exigências desnecessárias em editais de licitações públicas para não comprometer o caráter competitivo da licitação, senão vejamos:

“Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável 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. (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010) (Regulamento) (Regulamento) (Regulamento)

§ 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**, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991; (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010)” (grifamos)

Oportuno registrar que, no âmbito federal, vigora o disposto na **Instrução Normativa MPOG/SLTI nº 03/2018**, a qual concede às empresas, a possibilidade de comprovar qualificação econômico-financeira por meios alternativos caso os índices contábeis não sejam atendidos pelo licitante, senão vejamos:

“Art. 22. A comprovação da situação financeira da empresa será constatada mediante obtenção de índices de Liquidez Geral (LG), Solvência Geral (SG) e Liquidez Corrente (LC), resultantes da aplicação das fórmulas:

I - Liquidez Geral (LG) = (Ativo Circulante + Realizável a Longo Prazo) / (Passivo Circulante + Passivo Não Circulante)

II - Solvência Geral (SG) = (Ativo Total) / (Passivo Circulante + Passivo não Circulante); e

III - Liquidez Corrente (LC) = (Ativo Circulante) / (Passivo Circulante)

Art. 24. O instrumento convocatório deverá prever, também, que **as empresas que apresentarem resultado igual ou menor que 1 (um)**, em qualquer dos índices referidos no inciso V do art. 43 desta norma, quando da habilitação, deverão comprovar, considerados os riscos para a Administração, e, a critério da autoridade competente, **o capital mínimo ou o patrimônio líquido mínimo, na forma dos §§ 2º e 3º, do art. 31 da Lei nº 8.666, de 1993, como exigência para sua habilitação, podendo, ainda, ser solicitada prestação de garantia na forma do § 1º do art. 56 do referido diploma legal, para fins de contratação.**” (grifamos)

Convém compartilhar com o Ilmo. Pregoeiro e Equipe de Apoio desta Instituição, decisão proferida em sede de análise de impugnação a edital de licitação para objeto similar, posicionando-se no sentido de indeferir impugnação cujo pedido incluía a inclusão da exigência de comprovação de índices contábeis para qualificação econômico-financeira de empresas em pregão eletrônico realizado pelo Complexo Hospitalar do Mandaqui, em razão de recomendação da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo:

“Assunto: Impugnação ao Edital – Pregão 053/2017- PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE FORNECIMENTO ININTERRUPTO DE GASES MEDICINAIS A GRANEL, INCLUINDO A LOCAÇÃO DOS TANQUES CRIOGÊNICOS FIXOS E DA CENTRAL DE SUPRIMENTOS RESERVA.

Processo nº: 001.0143.00739/2016 – Vols. I e II

- - - Trata-se de impugnação oferecida pela empresa: LINDE GASES LTDA, a qual insurge contra a instauração do procedimento que objetiva a PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE FORNECIMENTO

ININTERRUPTO DE GASES MEDICINAIS A GRANEL, INCLUINDO A LOCAÇÃO DOS TANQUES CRIOGÊNICOS FIXOS E DA CENTRAL DE SUPRIMENTOS RESERVA, para o CONJUNTO HOSPITALAR DO MANDAQUI, Pregão Eletrônico nº 053/2017, processo nº 001.0143.00739/2016.

Das razões de impugnação

- - - Alega a Impugnante LINDE GASES LTDA de forma objetiva, que no Instrumento Convocatório **não consta a exigência de balanço patrimonial e índices contábeis, itens que considera fundamentais para aferir a boa saúde financeira das empresas licitantes.** Acrescenta que em vistoria técnica, no que se refere a Central de Suprimentos de Ar comprimido, entende que a quantidade exigida de locação de 02 (duas) centrais de suprimentos, composta de 04 (quatro) compressores, não reflete a realidade da instalação atual do Hospital.

- - - Por fim requer que o modelo ora apresentado seja revisto.

Relatados os fatos, manifestamos:

Preliminarmente, cumpre-nos esclarecer que o procedimento licitatório seguiu os requisitos básicos necessários para a instauração válida do certame. E, nos termos do artigo 38, parágrafo único, da Lei Federal 8.666/1993 as minutas foram previamente examinadas pela douta Consultoria Jurídica da Pasta, a qual sugeriu algumas recomendações, que foram observadas e adotadas rigorosamente pela Unidade Hospitalar, dando assim o devido prosseguimento ao feito.

A licitação, na modalidade de pregão, é destinada à aquisição de bens e serviços comuns, e uma de suas características principais é a disponibilidade no mercado, ou seja, a Administração não poderá encontrar dificuldade para localizar o bem no mercado, entendendo-se como tal a atividade empresarial habitual, com características homogêneas.

As regras do edital de procedimento licitatório devem ser interpretadas de modo que, sem causar qualquer prejuízo à administração e aos interessados no certame, possibilitem a participação do maior número possível de concorrentes, a fim de que seja possível encontrar, entre várias propostas, a mais vantajosa.

No que tange a exigência estabelecida no item 4.1.3 a, a Unidade seguiu rigorosamente as recomendações da Procuradoria Geral do Estado, a inovação tem lastro nos §§ 2º e 3º do artigo 31, da Lei nº 8666/93 que possibilitam a exigência de capital mínimo ou patrimônio líquido mínimo, desde que respeitando o limite legalmente estabelecido de 10% do valor estimado da contratação, as novas minutas de edital aprovadas pelo mencionado órgão não prevê a adoção de índices contábeis, portanto nenhuma razão assiste a recorrente.

No que tange as exigências estabelecidas no Projeto Básico Anexo I – Termo de Referência, conforme parecer da área Técnica, a contratação deverá ser de 01 Central (principal e reserva) de Suprimento de Ar Comprimido com Compressor com a capacidade de 360 m3/h.

Por todo exposto, RECEBO a Impugnação em cometo no que tange ao seu caráter tempestivo, para no mérito dar provimento parcial, devendo ser publicado novo Edital, após a devida retificação no Projeto Básico Anexo I – Termo de Referência.” (grifamos)

Por todo o exposto, considerando a demonstração da ineficácia da adoção de índices econômico-financeiros como mecanismo para se verificar e confirmar a capacidade financeira de empresas para execução do contrato, a **WHITE MARTINS** pede:

- (1) Sua substituição por outro mecanismo previsto na Lei Federal nº 8.666/93 hábil a confirmar a capacidade financeira de empresas ou, alternativamente;
- (2) Caso as empresas apresentem resultado inferior em qualquer dos índices, que seja exigida, de forma alternativa e complementar, outra comprovação da capacidade financeira, como por exemplo, **prova de patrimônio líquido ou capital social suficiente para atender ao objeto**.

Tal providência certamente privilegiará a ampliação do caráter competitivo da licitação, justamente por permitir uma maior número de empresas participantes na licitação e, conseqüentemente, aumentar as chances da Administração de obter proposta mais vantajosa.

IV. ESPECIFICAÇÕES/CONDIÇÕES EXIGIDAS PARA ATENDIMENTO DO OBJETO.

IV.1 – Capacidade dos reservatórios.

No TERMO DE REFERÊNCIA observa-se a seguinte especificação:

“2.1.1. Tanque criogênico com **capacidade mínima de 40000 m³**, e capacidade útil mínima de 25860 m³ incluindo todos os acessórios periféricos para funcionamento operacional do sistema com estoque de segurança.” (grifamos em amarelo)

Depreende-se a exigência de fornecimento de tanque criogênico com capacidade mínima de 40.000 m³. Ocorre que tal capacidade volumétrica mostra-se excessiva frente ao quantitativo estimado de produto e perspectiva de consumo/dia.

O recomendável seria considerar reservatório com capacidade mínima de 17.000 m³.

Esclareça-se que, em relação ao tamanho do Tanque solicitado por V.Sas., não é usual que se aplique um ativo que comporte esse volume “40.000m³” de estocagem para o perfil de consumo informado no próprio edital, consoante demonstrações abaixo:

- O volume de fornecimento especificado no edital para um período de 24 meses é de 1.241.040m³ Ou seja 51.710m³/mês. Trazendo isso para um consumo diário, chegamos em 1.724m³/dia.
- Observa-se a cláusula 3.1.4 prevê que os pedidos sejam atendidos em até 5 dias úteis a contar da solicitação de V.Sas. Assim, considerando mais o fim de semana, ou seja, um total de 07 dias, estamos falando de $7 \times 1.724\text{m}^3 = 12.066\text{m}^3$. Ou seja, V.Sas. ainda teriam cerca de 4.934m³ de estocagem para atendê-los, ou seja, volume suficiente para aguardar o novo abastecimento.

Além do mais, convém destacar que, tanques criogênicos superdimensionados aos consumos demandados podem apresentar aumento de pressão e conseqüentemente abertura de válvulas de segurança (acarretando perda de produto).

No mais, V.Sas. podem estabelecer no edital que, na hipótese de haver um aumento de demanda considerável, a Contratada deverá realizar a adequação de estocagem ao novo perfil de consumo.

Importante refletir sobre a estratégia apropriada para definição quanto à capacidade mínima exigida para o equipamento, pois a exigência de instalação de reservatório com capacidade superdimensionada, além de desnecessária, poderá ser mais custosa para a Administração Pública, vez que, quanto maior a capacidade do reservatório, maior o custo associado ao fornecimento dos produtos.

Assim, pede-se considerar a possibilidade de fornecimento de tanque criogênico com capacidade mínima de 17.000 m³.

IV.2– Manutenção preventiva.

Observa-se as seguintes condições para realização de manutenções preventivas:

“2.1.6. Juntamente com a entrega e a instalação dos equipamentos, a contratada deverá entregar:

(...)

c) Cronograma detalhado das atividades de manutenção preventiva para aprovação do contratante.”

“2.2.6. A manutenção preventiva definida anteriormente deve consistir de: Verificação do estado dos seguintes componentes: Tanques Criogênicos Verificação geral do sistema, incluindo instrumentação, executando as imediatas ações corretivas no sistema e visando prevenir eventuais falhas, **periodicidade mínima Mensal** **Limpeza, Trimestral** Aferição/calibração da instrumentação, **Anual** Avaliação e, se necessário, pintura e atualização da comunicação visual Anual.” (grifamos em amarelo)

No tocante às atividades contempladas no escopo da manutenção preventiva prevista no item 2.2.6 acima colacionado, sugere-se alterar a periodicidade das seguintes:

1 – Atividades que deverão ser realizadas em periodicidade mensal: **alterar para que a periodicidade seja semestral**, pois compatível com a recomendação dos fabricantes dos equipamentos e normativas técnicas;

2 – Limpeza em periodicidade trimestral – recomenda-se alterar para que sua realização ocorra apenas **quando houver necessidade**.

3 – Aferição/calibração da instrumentação em periodicidade anual – recomenda-se alterar **para que tais atividades sejam realizadas de acordo com a periodicidade estabelecida em normativa técnica**.

Em relação ao disposto na alínea c) do item 2.1.6 do edital, pede-se referenciar que o cronograma deverá considerar estritamente as atividades que compõem o escopo da manutenção preventiva prevista no item 2.2.6.

IV.3 – Canal de Comunicação da Contratada.

No tocante ao disposto no item 2.2.3 abaixo, oportuno complementá-lo que o atendimento à chamados para manutenções técnicas corretivas deverá ser efetuado no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas, desde que solicitados por meio dos canais oficiais disponibilizados pela Contratada a Contratante, o que inclui a Central de Atendimento 0800 da Contratada.

“2.2.3. O atendimento ao chamado de necessidades de manutenções técnicas corretivas deverá ser efetuado no prazo máximo de 24h (vinte e quatro horas), contadas a partir da comunicação feita pelo contratante, por escrito ou telefone, devendo ser anotados o dia, a hora e o nome da pessoa que recebeu a comunicação. O serviço de manutenção corretiva deverá estar à disposição 24 horas por dia. (Obs.: A disponibilidade de serviço de manutenção corretiva de 24 horas não pressupõe a disponibilização de técnicos nas dependências do Contratante)”

Tal ressalva é importante para evitar que o prazo de atendimento passe a ser contado a partir de contatos realizados por outros canais que não os disponibilizados pela Contratada, não sendo o procedimento mais seguro tanto para a Contratante quanto para a Contratada.

IV.4 – Horário para atendimento.

Observa-se a previsão de fornecimento nos seguintes horários:

“2.3.1. Todas as entregas deverão ser acompanhadas por funcionários do contratante e da contratada de segunda a sexta feira, **no horário, das 07h às 14h.**”(grifamos em amarelo)

“3.2 - O produto deverá ser entregue na **ETA Vitória Régia**, situada na Avenida Antônio Silva Saladino, s/n – Parque Vitória Régia – Sorocaba/SP, nos dias úteis, das **07h às 15h.**”

Contudo, este horário, seja até às 14h, seja até às 15h, mostra-se muito restrito para atendimento, o que, certamente, provocará um aumento nos custos associados à logística para atendimento em horário diverso do comercial, não sendo a opção mais vantajosa para o erário público.

Pede-se, como medida a ampliar o caráter competitivo da licitação, bem como reduzir os custos envolvidos no atendimento do objeto e, conseqüentemente, nos preços dos produtos, ampliar o intervalo de horário previsto para entrega dos produtos, para que seja das 07h às 18h.

IV.5 – Prazo para atendimento emergencial.

No que se refere ao prazo para atendimento emergencial, observa-se a seguinte previsão:

“**2.3.3.** O abastecimento do Gás Criogênico deverá ser realizado de forma a assegurar o fornecimento ininterrupto do gás, garantindo sempre o volume de segurança do tanque, e seguindo rigorosamente os prazos estabelecidos exceto em casos não previstos inicialmente, decorrentes de situações emergenciais, quando o suprimento deverá ser realizado **em no máximo 24 (vinte e quatro) horas a partir do registro comprovado do chamado.**” (grifamos em amarelo)

Verifica-se a previsão de atendimento no **prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas** para a entrega dos produtos em se tratando de situações emergenciais,

Ocorre que tal prazo é reduzido frente a complexidade do objeto. Oportuno destacar que prazo exequível **não pode ser inferior 48 (quarenta e oito) horas.**

Convém reforçar que, o estabelecimento de prazo exíguo para atendimento pelas empresas influencia diretamente no número de participantes da licitação e nos preços ofertados, pois as empresas que se aventurarem a participar da licitação, assumindo o risco de atender a prazos reduzidos e insuficientes, **certamente transferirão o custo deste risco para seus preços**, não sendo medida satisfatória para os cofres públicos.

Junte-se ainda o fato de que a Administração deve agir com bom senso e razoabilidade no estabelecimento de prazos para atendimento pelas empresas, sendo este um fator que além de contribuir para o número de empresas participantes na licitação, contribui também para a vantajosidade dos preços ofertados, afinal de contas, a seleção da proposta mais vantajosa constitui um dos objetivos da licitação.

Ante a clara vedação prevista na lei, não há possibilidade da Administração esquivar-se de seu cumprimento, devendo agir conforme determina o mandamento legal, por força do axioma que se extrai do Princípio da Legalidade Administrativa.

Como leciona Hely Lopes Meirelles (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 30. Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.):

“a legalidade, como princípio de administração, significa que o administrador público está, em toda sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei, e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso”.

Em razão disto, a **WHITE MARTINS** pede o deferimento da presente impugnação para que, no mérito, o prazo exigido no edital seja alterado da seguinte forma:

- Prazo máximo para entrega dos produtos em situações emergenciais: até 48 (quarenta e oito) horas após recebimento da solicitação por meio dos canais oficiais disponibilizados pela Contratada.

IV.6 – Instalação dos equipamentos.

No tocante às condições de atendimento previstas nos itens abaixo, percebe-se a previsão de atuação exclusiva da Contratada na instalação dos reservatórios/equipamentos.

“3.1. A instalação dos tanques, acessórios, central de suprimento, Evaporadores, Válvulas (enchimento dos tanques, aumento de pressão, descarga de líquidos), instrumentação de medição, sistema de segurança e os demais acessórios necessários, será realizada, **exclusivamente, pela contratada, no prazo máximo de 30 (trinta) dias corridos** a partir da data de liberação do local pelo SAAE. Devendo atender a todas as medidas de segurança aplicáveis à instalação dos equipamentos, bem como quanto à localização e condições do ambiente da instalação de tais equipamentos, em conformidade com as Normas Legais e de Segurança.”

3.1.1. No prazo máximo de **10 (dez) dias corridos**, contados da assinatura do contrato, a contratada deverá apresentar o **cronograma de instalação.**”

“**3.1.2.** No prazo máximo de **10 (dez) dias corridos**, contados da finalização da instalação do sistema de comissionamento (item 3.1), a contratada deverá apresentar o cronograma de manutenção preventiva e corretiva.” (grifamos em amarelo)

Oportunamente questiona-se: a Contratada poderá contratar empresa terceirizada para realização da instalação dos equipamentos?

Se positivo, o item 3.1 deverá ser alterado para mencionar tal possibilidade.

V. OBRIGAÇÕES IMPUTADAS À CONTRADA.

V.1 – Apresentação de Cronograma para Manutenção Corretiva.

Observa-se que na minuta do contrato constou a obrigação de apresentação de cronograma para manutenção corretiva.

“**2.1.3.** No prazo máximo de **10 (dez) dias corridos**, contados da finalização da instalação do sistema de comissionamento (item 3.1 do Termo de Referência – Anexo II), a contratada deverá apresentar o **cronograma de manutenção preventiva e corretiva.**”

Porém, difícil programar a realização de manutenção corretiva, uma vez que esta somente é realizada quando há defeito no equipamento. Assim, pede-se excluir a obrigação de apresentação de cronograma para manutenções corretivas.

VI. OBRIGAÇÕES/RESPONSABILIDADES DA CONTRATANTE.

No tocante às obrigações da Contratante previstas na Seção 4 do Termo de Referência, pede-se incluir item 4.11 a fim de prever que “A CONTRATANTE será responsável por toda e qualquer obra civil e elétrica que se fizer necessário para garantir a qualidade e pleno atendimento do serviço contratado”.

Importante que tal previsão conste expressamente do edital para que não haja dúvidas na execução do contrato, uma vez que as empresas do segmento de gases não possuem *expertise* para realização de obras civis e elétricas em seus clientes, sendo uma responsabilidade da parte Contratante adequar sua estrutura para o fornecimento de gases.

VII – PEDIDO.

Ante o exposto, pugna a **WHITE MARTINS**:

- a) Pelo recebimento, apreciação e integral deferimento da presente impugnação, para que, no mérito, todas as alterações aqui evidenciadas sejam providenciadas.
- b) Na hipótese da pedido ora formulado ser indeferido, que seja emitido parecer técnico fundamentando seu indeferimento.

Nestes termos, p. Deferimento.

Vinhedo(SP) , 30 de outubro de 2020.



Gerente Nacional de Contas Públicas
Analgia da Silva
RG: [REDACTED]
CPF: [REDACTED]
WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS LTDA.