



**PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 241/2018**

**PREGÃO PRESENCIAL Nº 035-2018-SRP**

**IMPUGNANTES:** White Martins Gases Industriais do Nordeste Ltda

**INTERESSADOS:** Prefeitura Municipal/Secretaria Municipal de Saúde

**OBJETO:** Contratação de empresa especializada para fornecimento de oxigênio e gás medicinal para atender as necessidades do Hospital Maternidade Luís Eduardo Magalhães requisitado pela Secretaria Municipal de Saúde do Município de Presidente Tancredo Neves, mediante Sistema de Registro de Preços

**ASSUNTO:** Impugnação ao Edital.

**PARECER JURÍDICO**

**I – RELATÓRIO**

O Pregoeiro da Prefeitura Municipal de Presidente Tancredo Neves requer manifestação desta Assessoria Jurídica sobre o Pedido de Impugnação ao Edital interposto pela empresa **White Martins Gases Industriais do Nordeste Ltda**, respectivamente, nos dias 14/09/2018.

A **White Martins Gases Industriais do Nordeste Ltda** impugna o Edital relativo ao Pregão Presencial nº. 035-2018-SRP sustentando:

- a) *Que há divergências quanto ao prazo de entrega.*
- b) *Que é indevida a previsão de retenção de percentual para pagamento de multas indenizações e ressarcimentos.*
- c) *Que há suposta violação ao art. 12, §1º do Decreto 7.892/2013 pelo item 6.6. da Minuta de Ata de Registro de Preços.*

É o breve relatório. Passo a opinar.

**II – MANIFESTAÇÃO**

**1. DA TEMPESTIVIDADE DA IMPUGNAÇÃO**

O Edital previu como data de abertura dos Envelopes de Proposta e Documentos e Sessão de Lances Verbais o dia **19/09/2018**.

A Lei Federal nº 10.520, de 17.07.2002 não fixou prazo para a apresentação da impugnação aos termos do instrumento convocatório, mas o Decreto nº. 353/2006, no artigo 11, que regulamentou essa modalidade de licitação no Município de Amargosa, estabeleceu que: **“até dois dias úteis da data fixada para recebimento das propostas, qualquer pessoa poderá solicitar esclarecimentos, providências ou impugnar o ato convocatório do pregão.”**

**MAÇAL JUSTEN FILHO**<sup>1</sup> ao comentar sobre o art. 12 do Decreto Federal nº 3.555, de 08.08.2000, com idêntico teor ao art. 11 do Decreto Municipal nº 158/2013, explica que “como regra, o particular deverá externar sua dúvida ou impugnação através de instrumento escrito. Nada impede que utilize de recurso eletrônico (e-mail) ou de fax.”

<sup>1</sup> Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico, 4ª Ed. Rev. e Atual. de acordo com a Lei Federal nº 10.520/2002 e os Decretos Federais nº 3.555/00 e 5.450/05, Dialética, 205, pág. 170.



**JAIR EDUARDO SANTANA<sup>2</sup>** ensina que:

*“Em princípio deve-se ter claro o marco para a contagem da data limite para a oferta de impugnação. Este marco é a data do recebimento das propostas ou da realização da sessão. Este dia está excluído da contagem de prazo, por força do disposto no art. 110<sup>3</sup> da Lei nº 8.666, de 21.06.1993. Daí (para trás), contam-se dois dias úteis (ou três, para esclarecimentos em pregão eletrônico) como limite para o recebimento de impugnações e esclarecimentos”.*

Considerando que a data para apresentação das propostas e abertura dos envelopes está designada para o dia **19/09/2018**, tendo as impugnações sido encaminhadas no dia 14/09/2018, há de se reconhecer as suas **TEMPESTIVIDADE**.

## 2 – DO MÉRITO DAS IMPUGNAÇÕES

A Lei nº 10.520/02 fixa:

*Art. 3º. A fase preparatória do pregão observará o seguinte:*

*I - **a autoridade competente justificará a necessidade de contratação e definirá o objeto do certame, as exigências de habilitação, os critérios de aceitação das propostas, as sanções por inadimplemento e as cláusulas do contrato, inclusive com fixação dos prazos para fornecimento;***

*II - a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição;*

*III - **dos autos do procedimento constarão a justificativa das definições referidas no inciso I deste artigo e os indispensáveis elementos técnicos sobre os quais estiverem apoiados, bem como o orçamento, elaborado pelo órgão ou entidade promotora da licitação, dos bens ou serviços a serem licitados; e***

*IV - a autoridade competente designará, dentre os servidores do órgão ou entidade promotora da licitação, o pregoeiro e respectiva equipe de apoio, cuja atribuição inclui, dentre outras, o recebimento das propostas e lances, a análise de sua aceitabilidade e sua classificação, bem como a habilitação e a adjudicação do objeto do certame ao licitante vencedor.*

Durante a fase de planejamento das licitações a Administração Pública tem o dever de definir adequadamente o objeto de suas contratações de forma precisa, suficiente e clara, estabelecendo objetivamente em edital todas as características e especificações técnicas necessárias que individualizem o bem ou serviço almejado, bem como os requisitos de habilitação a serem exigidos.

Aliás, essa é a determinação constante na Súmula nº 177 do Tribunal de Contas da União:

*“A definição precisa e suficiente do objeto licitado constitui regra indispensável da competição, até mesmo como pressuposto do postulado de igualdade entre os licitantes, do qual é*

<sup>2</sup> Pregão Presencial e Eletrônico, Manual de Implantação, Operacionalização e Controle, Editora Fórum, 2ª edição, Belo Horizonte, 2008, pág. 81 e 82.

<sup>3</sup> 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.  
Parágrafo único. Só se iniciam e vencem os prazos referidos neste artigo em dia de expediente no órgão ou na entidade.



*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”.*

Nesse desiderato, é importante mencionar que a Administração Pública, por força de disposição constitucional, somente pode estabelecer exigências que sejam imprescindíveis à esmerada execução do objeto contratual, não se admitindo a fixação de critérios imotivados, que frustrem o caráter competitivo do certame ou que não sejam indispensáveis para a satisfação da necessidade a ser atendida com a contratação.

É o que determina o Art. 37, inciso XXI da Constituição Federal, verbis:

“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”.***

Nesse sentido, é que a Lei nº 8.666/93, em seu art. 3º, § 1º, inc. I, veda expressamente a inclusão no edital de cláusulas ou condições que estabeleçam preferências ou distinções em face do domicílio dos licitantes ou comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo da licitação, ou de qualquer outra circunstância considerada impertinente ou irrelevante para a esmerada execução do objeto, nos seguintes termos:

“Art. 3º. (...)

§ 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;”**

De acordo com Marçal Justen Filho, “o ato convocatório da licitação deve estabelecer condições que assegurem a seleção da proposta mais vantajosa (...), com observância do princípio da isonomia. **É essencial que a licitação seja um procedimento orientado por critérios objetivos, sendo ilícita a adoção de cláusulas ou quaisquer práticas que, de modo parcial ou total, restrinjam, afetem ou dificultem ilegitimamente a competição**<sup>4</sup>.”

<sup>4</sup> FILHO, Marçal Justen. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 93



O Edital do Pregão em epígrafe foi elaborado conforme às especificações da Solicitação de Despesa e Termo de Referência encaminhados pela Secretaria Municipal de Saúde.

Nessa esteira, não é autorizado ao Pregoeiro efetuar qualquer modificação no Termo de Referência.

Ademais, a inexistência no âmbito da Administração de estudos sobre a economicidade e vantajosidade da aquisição de cilindros envasados a partir de usinas concentradoras, bem como a manifestação do Secretário Municipal de Saúde apontam para necessidade de manter-se a contratação do material pelos moldes tradicionais.

O Termo de Referência anexo ao Edital previu no item **4. DO FORNECIMENTO DOS PRODUTOS** que:

*4.1. O início do fornecimento deverá ocorrer no prazo de 05(cinco) dias após a assinatura do contrato.*

*4.2. O fornecimento será por demanda, mediante apresentação de formulário próprio, emitido por uma das Unidades Administrativas Municipais em papel timbrado e assinado por responsável previamente identificado, encaminhado ao CONTRATADO no prazo de no mínimo 02 (dois) dias úteis.*

Na Minuta Contratual foi estabelecido a Cláusula Quarta com o seguinte teor:

#### **CLÁUSULA QUARTA - DOS PRAZOS DE EXECUÇÃO**

*4.1. O início do fornecimento deverá ocorrer no prazo de 05(cinco) dias após a assinatura do contrato.*

*4.2. O fornecimento será por demanda, mediante apresentação de formulário próprio, emitido por uma das Unidades Administrativas Municipais em papel timbrado e assinado por responsável previamente identificado, encaminhado ao CONTRATADO no prazo de no mínimo 02 (dois) dias úteis.*

As disposições encontram-se uniformes, não sendo necessário qualquer modificação. O dispositivo prevê que o fornecimento dependerá da necessidade (por demanda), ou seja, não obedecerá ao cronograma fixo.

Quanto a suposta alegação de ilegalidade na previsão de retenção prevista na **CLÁUSULA DÉCIMA – DA GARANTIA DE EXECUÇÃO DO OBJETO**, no item 10.1. entende esta Assessoria que não há nada a se modificar no dispositivo contratual, verbis:

#### **CLÁUSULA DÉCIMA – DA GARANTIA DE EXECUÇÃO DO OBJETO**

*10.1. Não será exigida garantia da execução do contrato, mas o CONTRATANTE poderá reter 5% (cinco por cento) de cada montante a pagar, para assegurar o pagamento de multas, indenizações e ressarcimentos devidos pelo CONTRATADO, retenção esta que será paga ao*



*CONTRATADO quando do último pagamento devido, deduzida, se for o caso, das multas, indenizações e ressarcimentos.*

O TCU determinou, no Acórdão nº 1.450/2011 – Plenário, ser “dever do gestor público responsável pela condução e fiscalização de contrato administrativo a adoção de providências tempestivas a fim de suspender pagamentos ao primeiro sinal de incompatibilidade entre os produtos e serviços entregues pelo contratado e o objeto do contrato, cabendo-lhe ainda propor a formalização de alterações qualitativas quando de interesse da Administração, ou a rescisão da avença, nos termos estabelecidos na Lei nº 8.666/1993”.

A falta de qualquer das providências acima configura conduta extremamente reprovável, que enseja a irregularidade das contas, a condenação dos gestores ao ressarcimento do dano ao erário e a aplicação das sanções previstas na Lei nº 8.443/1992.

O Artigo 45 da Lei nº 9.784, de 1999, a Administração Pública poderá, sem a prévia manifestação do interessado, motivadamente, adotar providências acauteladoras, inclusive retendo o pagamento, em caso de risco iminente, como forma de prevenir a ocorrência de dano de difícil ou impossível reparação.

Nesse sentido, o Tribunal de Contas da União já decidiu:

*Somente é cabível a retenção de valores devidos à contratada, em razão de descumprimento de obrigações contratuais acessórias, nos casos em que a Administração pode ser responsabilizada por essas obrigações. Acórdão 3301/2015-Plenário | Relator: WALTON ALENCAR RODRIGUES*

A retenção dos pagamentos devidos ao contratado se justifica, como modo de prevenir a ocorrência de dano ou prejuízo ao interesse público, como em circunstâncias de incidências de multas, indenizações e ressarcimentos. Assim, recomenda-se a manutenção da Cláusula.

A Impugnante possível ofensa ao art. 12, §1º do Decreto 7.892/2013 pelo item 6.6. do Termo de Referência.

O item 6.6. da Minuta de Ata de Registro de Preços adiante transcrito, está inserido na **CLÁUSULA SEXTA - DA CONTRATAÇÃO COM OS FORNECEDORES**, a saber:

6.6. A Contratada ficará obrigada a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões contratuais que se fizerem necessários, até o limite de 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato.

A disposição do item da Minuta da Ata é compatível com o art. 65, § 1º da Lei nº 8.666/93 e em nada conflita com a previsão do art. 12, §1º do Decreto 7.892/2013, seja porque esta norma é específica para Administração Federal, seja porque no Município de Presidente Tancredo Neves, a regência do Sistema de Registro de Preços cabe ao Decreto Municipal nº 159, de 18/06/2013, que prevê:

*Art. 12. A Ata de Registro de Preços poderá sofrer alterações, obedecidas as disposições contidas no art. 65 da Lei nº 8.666, de 1993.*

Assim, nada há a ser alterado.



**Prefeitura Municipal de Presidente Tancredo Neves**  
**ESTADO DA BAHIA**

---

**CNPJ – 13. 071. 253 / 0001 – 06**  
Av. Adolfo Araújo Borges, S/N, Centro, Tel: (73) 3540-1025. CEP. 45416-000

**III – DAS CONCLUSÕES**

Diante de todo o exposto, opina-se pela rejeição total das impugnações apresentadas para modificar o Edital.

Presidente Tancredo Neves 18 de setembro de 2018

**ANDRÉIA PRAZERES**  
Assessora Jurídica - OAB/BA 17.961