

ILUSTRÍSSIMO SR. PREGOEIRO DA COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÕES DA PREFEITURA HERVAL D'OESTE.

REF.: PREGÃO ELETRÔNICO N.º 18/2024

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 35/2024

Data da abertura da sessão: 07/05/2024 às 09h00min

**AIR LIQUIDE BRASIL LTDA.**, sociedade empresária, com sede estabelecida na Av Morumbi, 8234 - 3.andar, Santo Amaro, São Paulo/SP, CEP 04703-901, inscrita no C.N.P.J. sob o n.º 00.331.788/0001-19, e com filial estabelecida na Rua José Rodrigues Pinheiro, 3033 - Cidade Industrial de Curitiba/PR – CEP: 81.170-200, inscrita sob C.N.P.J. n.º 00.331.788/0033-04, com fundamento no art. 5º, inciso XXXIV, alínea “a”, da Constituição Federal, vem respeitosamente à presença de Vossa Senhoria, ingressar com a presente **REPRESENTAÇÃO CONSTITUCIONAL** contra a decisão do Sr. Pregoeiro que declarou VENCEDORA e HABILITADA a empresa **OXIGÊNIO JOAÇABA COMÉRCIO DE GASES ATMOSFÉRICOS E PRODUTOS PARA SAUDE LTDA - EPP**, no Pregão em epígrafe, pelas razões de fato e direito a seguir aduzidas.

#### I. PRELIMINARMENTE.

Preliminarmente, versa o citado preceito da Constituição Federal (art. 5º, XXXIV, “a”) que **“são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder.”**

Quando se trata de direitos indisponíveis e de interesse público, não pode a Administração, diante de um fato ilegal, negar conhecimento sob pena de caracterizar-se a omissão, *lato sensu*, idéia essa reforçada pelo art. 74, § 1º, da Constituição Federal, segundo o qual “os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, **sob pena de responsabilidade solidária** ...” (grifamos). O mérito não pode ser ignorado, especialmente porque reflete no interesse público e na legalidade a serem protegidos pelo Estado.

Por oportuno, cabe transcrever o ensinamento do professor JOSÉ AFONSO DA SILVA, em sua festejada obra “Curso de Direito Constitucional Positivo”, 20ª ed., Malheiros, p. 442:

*“É importante frisar que o **direito de petição** não pode ser destituído de eficácia. Não pode a autoridade a quem é dirigido **escusar pronunciar-se sobre a petição**, quer para acolhê-la quer para desacolhê-la com a devida motivação”.*

Sobre a “Representação Constitucional – Direito de Petição” e a obrigatoriedade da Administração em conhecer o pedido e avaliar o mérito, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, proferiu em Acórdão nº 01416820, Segunda Turma, conforme dispõe:

*“O inciso LV, do art. 5º, da Constituição Federal garante a todos os litigantes o direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa, quer em processo judicial ou administrativo.*

*(...)*

*O silêncio da Autoridade Impetrada quanto à **representação do Impetrante**, causou **violação ao direito de petição**, previsto no inciso XXXIV, do art. 5º da Constituição Federal.”* (Origem: TRF - PRIMEIRA REGIÃO Classe: AMS - Apelação em Mandado De Segurança – 01416820, Processo: 199601416820 UF: BA Órgão Julgador: Segunda Turma Suplementar, Data da decisão: 25/06/2002 Documento: TRF100132877, JUIZ CÂNDIDO MORAES)

Nesse sentido, inclina-se o eminente jurista ALEXANDRE DE MORAES:

*“O direito de petição possui eficácia constitucional, obrigando as autoridades públicas endereçadas ao recebimento, ao exame e, se necessário for, à resposta em prazo razoável, sob pena de configurar-se violação de direito líquido e certo do peticionário, sanável por mandado de segurança”. (in Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional, Ed. Atlas, 6ª ed., 2006, pág. 292).*

Diante do exposto, requer que o presente instrumento seja conhecido, processado e apreciado.

## II. CONSIDERAÇÕES INICIAIS.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LV, garante que:

**“Art. 5º (...)**

**LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”**

Com base nesta garantia constitucional, a **RECORRENTE** pede vênia a esta Douta Comissão de Licitação para apresentar seus memoriais de recurso contra a decisão que declarou a empresa **“OXIGÊNIO JOAÇABA COMÉRCIO DE GASES ATMOSFÉRICOS E PRODUTOS PARA SAUDE LTDA - EPP”** vencedora do certame na licitação em referência, pelas razões que serão abaixo aduzidas.

Impende evidenciar que as razões que serão aqui apresentadas encontram respaldo nos princípios e normas que regem o processo licitatório e no entendimento pacificado dos nossos mais ilustres juristas, razão pela qual o presente recurso não tem por objetivo procrastinar o regular andamento do processo licitatório em referência, mas tão somente garantir que os atos administrativos sejam realizados de forma a observar e cumprir os ditames legais que regulam o procedimento da licitação.

Sendo assim, conforme será fundamentado a seguir, a decisão da Nobre Julgadora merece ser reformada, como forma de garantir a mais lúdima e impostergável JUSTIÇA.

### **III. DOS FATOS.**

Na data de 07 de maio de 2024 houve a abertura do certame modalidade Pregão Eletrônico n.º 18/2024, tendo por objeto o **“Registro de Preços para a eventual e/ou futura Aquisição de Gás Oxigênio Medicinal para uso da Secretaria Municipal de Saúde, inclusive UPA 24hs, com o fornecimento em comodato dos Cilindros de Armazenagem, pelo período de 12 (doze) meses.”**

Na oportunidade, resultou como arrematante a empresa Recorrida, e após a análise dos documentos foi declarada HABILITADA.

Porém, temos que discordar da análise do Ilmo. Pregoeiro sobre a decisão de habilitação da Recorrida, pois, como iremos discorrer, ocorreram vícios insanáveis, resultando em **NÃO ATENDIMENTO AO PRINCÍPIO DO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO**, conforme apontaremos a seguir.

### **IV. SOBRE O PARECER EQUIVOCADO DA HABILITAÇÃO DA EMPRESA OXIGÊNIO JOAÇABA COMÉRCIO DE GASES ATMOSFÉRICOS E PRODUTOS PARA SAUDE LTDA - EPP**

Preliminarmente, temos que mencionar que esta Administração Pública deve seguir o Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório em sua totalidade, ou seja, é dever da Administração, ao realizar procedimentos licitatórios, exigir a apresentação dos documentos de habilitação do ato convocatório, especialmente aqueles que comprovem a regularidade fiscal dos licitantes.

O Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório obriga a Administração e o licitante a observarem as normas e condições estabelecidas no ato convocatório. Nada poderá ser criado ou feito sem que haja previsão no instrumento de convocação, assim corrobora a Lei de Licitações a seguir:

**“LEI Nº 14.133 DE 1º DE ABRIL DE 2021**

**Art. 92. São necessárias em todo contrato cláusulas que estabeleçam:**

**(...)**

**II - a vinculação ao edital de licitação e à proposta do licitante vencedor ou ao ato que tiver autorizado a contratação direta e à respectiva proposta;**

**CAPÍTULO VI**

**DA HABILITAÇÃO**

**Art. 62. A habilitação é a fase da licitação em que se verifica o conjunto de informações e documentos necessários e suficientes para demonstrar a capacidade do licitante de realizar o objeto da licitação, dividindo-se em:**

**I - jurídica;**

**II - técnica;**

**III - fiscal, social e trabalhista;**

**IV - econômico-financeira. (g/n)**

**V. DO MÉRITO**

**a) DA ILEGALIDADE DO ATO DE CLASSIFICAÇÃO DA EMPRESA OXIGÊNIO JOAÇABA COMÉRCIO DE GASES ATMOSFÉRICOS E PRODUTOS PARA SAÚDE LTDA - EPP**

Ultrapassadas a análise das questões fáticas, inicia-se a demonstração do direito, a fim de realizar o silogismo necessário à compreensão do caso.

Prevê o Art. 5º, “caput” e inciso LIV da Constituição Federal:

**Art. 5º TODOS SÃO IGUAIS PERANTE A LEI**, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

**II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa SENÃO EM VIRTUDE DE LEI;**

Corroborando, aduz o Art. 37 do diploma ordenador:

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:

Da mesma forma, o artigo 2º da Lei nº 9.784/99:

LEI Nº 9.784, DE 29 DE JANEIRO DE 1999.

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da **LEGALIDADE**, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Trata-se do Princípio da Legalidade, pilar do ordenamento jurídico pátrio e intrínseco à ideia de Estado de Direito, motivo pelo qual ele próprio submete-se às normas fruto de sua criação.

Princípio responsável por disciplinar direitos e deveres e, portanto, limitar a conduta dos indivíduos, a fim de garantir a todos, de forma igualitária, a observância a direitos e garantias fundamentais.

Para tanto, sabendo que a igualdade é alcançada na medida que tratam-se sujeitos diferentes de forma desigual, referido princípio se divide para alcance do fim almejado.

Daí porque a legalidade do Estado não pode ser a mesma do sujeito privado, objeto de aplicação das suas próprias normas. É o que entende Henrique Savonitti Miranda, que compara a aplicação do princípio ao ente privado face a autonomia da Administração:

*“O administrador privado conduz seu empreendimento com dominus, agindo com os poderes inerentes à propriedade em toda a sua extensão. **Assim, tudo o que não é proibido, é permitido ao gestor privado.** Diga-se, ainda, que o administrador privado pode inclusive conduzir ruinosamente seu empreendimento sem que muito possa ser feito por terceiros(...) O gestor público não age como “dono”, que pode fazer o que lhe pareça mais cômodo. Diz-se, então, que **ao Administrador Público só é dado fazer aquilo que a lei autorize, de forma prévia e expressa. Daí decorre o importante axioma da indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos.**”<sup>1</sup>*

Assertivas que resultam no famoso entendimento de Hely Lopes Meirelles, de que: **“Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza”<sup>2</sup>**

Portanto, o não atendimento à disposição editalícia em inúmeras situações, conforme será amplamente apontado a seguir, deveria ser motivo suficiente para INABILITAR OU DESCLASSIFICAR a Recorrida, caracterizando uma vantagem para a empresa Recorrida, e uma penalidade indireta para a Recorrente, eis que a empresa AIR LIQUIDE acostou todos os documentos solicitados em edital

<sup>1</sup> MIRANDA, Henrique Savonitti. Curso de direito administrativo. 3.ed. Brasília: Senado Federal, 2005.

<sup>2</sup> MIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 30. Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

plenamente vigentes, como segue:

**b) DO NÃO ATENDIMENTO À QUALIFICAÇÃO TÉCNICA**

**b.1) DA NÃO APRESENTAÇÃO DE AUTORIZAÇÃO DE FUNCIONAMENTO PARA GASES - AFE**

O edital, em seu item 9.1.4 - Qualificação Técnica - Letra “d”, assim dispõe:

**9.1.4. Qualificação Técnica:**

*d) Autorização de Funcionamento da Empresa (AFE), emitida pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa).*

Como poderá ser corroborado nos autos do processo evidenciamos que a empresa Recorrida **NÃO APRESENTOU A AUTORIZAÇÃO DE FUNCIONAMENTO PARA GASES DA EMPRESA (AFE) EMITIDA PELA ANVISA.**

Isto porque o objeto licitado é claro e especificado em seu edital que se destina ao “**Registro de Preços para a eventual e/ou futura Aquisição de Gás Oxigênio Medicinal para uso da Secretaria Municipal de Saúde, inclusive UPA 24hs, com o fornecimento em comodato dos Cilindros de Armazenagem, pelo período de 12 (doze) meses.**”.

E sendo o **FORNECIMENTO DE GASES** o objeto do presente edital, dessa forma fica evidente que a documentação apresentada não atende a legislação da ANVISA - Agência Nacional de Vigilância Sanitária vigente.

Verifica-se da análise da documentação acostada pela Recorrida que a mesma trouxe aos autos a AFE de Correlatos, somente, como segue:

EXPEDIR CORRELATOS

**EMPRESA: OXIGENIO JOACABA COMERCIO DE GASES ATMOSFERICOS E PRODUTOS PARA SAUDE LTDA EPP**

ENDEREÇO: RUA ARTHUR PEREIRA ALVES, N° 15, ESQ.  
C.RUA CORONEL MANOEL PASSOS MAIA  
BAIRRO: LOTEAMENTO JARDIM CIDADE ALTA CEP:  
89600000 - JOAÇABA/SC  
CNPJ: 07.174.735/0001-80  
PROCESSO: 25351.359538/2015-47 AUTORIZ/MS:  
G68678M7472M (8.12263.5)  
ATIVIDADE/CLASSE  
COMERCIALIZAR: CORRELATOS

Verifica-se também que a Recorrida trouxe aos autos a AFE da empresa Messer Gases, empresa está, estranha ao presente processo licitatório, sendo certo que a documentação acostada deve ser desconsiderada pelo pregoeiro e equipe de apoio, haja vista se tratar de documento que não tem o condão de cumprir a exigência do item 9.1.4 - Qualificação Técnica - Letra "d".

Insta salientar, que o gás oxigênio medicinal, entre outros gases, objeto do presente processo licitatório é Regulamentado pela ANVISA e considerado como **MEDICAMENTO**, portanto, há uma legislação específica a se cumprir para as empresas do ramo.

Destacamos o que dispõe o Portal da Anvisa sobre os gases medicinais:

***"O que são gases medicinais?"***

***São medicamentos na forma de gás, gás liquefeito ou líquido criogênico isolados ou associados entre si e administrados em humanos para fins de diagnóstico médico, tratamento ou prevenção de doenças e para restauração, correção ou modificação de funções fisiológicas.***

***Os gases medicinais são utilizados em hospitais, clínicas de saúde ou outros locais de interesse à saúde, bem como em tratamentos domiciliares de pacientes.***

São exemplos de gases medicinais: ***oxigênio medicinal; ar sintético medicinal; óxido nitroso medicinal e dióxido de carbono medicinal.***  
(<http://portal.anvisa.gov.br/registros-e-autorizacoes/medicamentos/produtos/gases-medicinais/informacoes-gerais>). (grifos nossos)

No mesmo Portal consta que sendo o produto fornecido gás medicinal, este deve ser regularizado perante a ANVISA, senão vejamos:

***"Alinhada com as tendências internacionais de classificar estes produtos como medicamentos, e considerando as especificidades dos gases medicinais, a ANVISA publicou as Resoluções, RDC n. 69 e n. 70, de 1º de outubro de 2008.***

A RDC n. 69/2008 estabelece as Boas Práticas de Fabricação de gases medicinais e a RDC n. 70/2008 estabelece a lista de gases medicinais de uso consagrado e de baixo risco sujeitos a notificação e os procedimentos para a notificação. Os gases medicinais não relacionados na lista da RDC 70/2008 devem ser submetidos a registro junto a ANVISA.”

Conforme cita o Portal da Anvisa, assim consta na RDC 69/2008 e a RDC 70/2008:

**“RESOLUÇÃO-RDC No- 69, DE 1o- DE OUTUBRO DE 2008 - Dispõe sobre as Boas Práticas de Fabricação de Gases Medicinais.**

A Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, no uso da atribuição que lhe confere o inciso IV do art. 11 do Regulamento aprovado pelo Decreto No- 3.029, de 16 de abril de 1999, e tendo em vista o disposto no inciso II e nos §§ 1º e 3º do art. 54 do Regimento Interno aprovado nos termos do Anexo I da Portaria No- 354 da ANVISA, de 11 de agosto de 2006, republicada no DOU de 21 de agosto de 2006, em reunião realizada em 30 de setembro de 2008, e considerando a competência da Anvisa para regulamentar os produtos e serviços que envolvam risco à saúde pública, estabelecida no art. 8º da Lei No- 9.782, de 26 de janeiro de 1999;

**considerando que um gás medicinal é um gás ou mistura de gases destinados a tratar ou prevenir doenças em humanos ou administrados a humanos para fins de diagnóstico médico ou para restaurar, corrigir ou modificar funções fisiológicas;**

**considerando que a produção de gases medicinais é um processo industrial especializado, o qual não se realiza em laboratórios farmacêuticos tradicionais, de modo a ser necessário definir as especificidades inerentes a esta produção e ao respectivo controle de qualidade.**

(...)

## **2. ABRANGÊNCIA**

**2.1 Este Regulamento se aplica às empresas fabricantes de gases medicinais em todo o território nacional.**

**2.2 Este Regulamento se aplica não somente à empresa que produz o gás medicinal, mas todas aquelas que, sem realizar o processo completo, participam do controle, da elaboração de alguma etapa do processo, do fracionamento, do acondicionamento, DA DISTRIBUIÇÃO, DO TRANSPORTE E DA IMPORTAÇÃO DO GÁS MEDICINAL. (g/n)”**

**“RESOLUÇÃO-RDC No- 70, DE 1 DE OUTUBRO DE 2008 - Dispõe sobre a notificação de Gases Medicinais**

A Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, no uso da atribuição que lhe confere o inciso IV do art. 11 do Regulamento aprovado pelo Decreto No- 3.029, de 16 de abril de 1999, e tendo em vista o disposto no inciso II e nos §§ 1º e 3º do art. 54 do Regimento Interno aprovado nos termos do Anexo I da Portaria No- 354 da ANVISA, de 11 de agosto de 2006, republicada no DOU de 21 de agosto de 2006, em reunião realizada em 30 de setembro de 2008,

Definições:

(...)

**3.1.5 Gases medicinais** - gás ou mistura de gases destinados a tratar ou prevenir doenças em humanos ou administrados a humanos para fins de diagnóstico médico ou para restaurar, corrigir ou modificar funções fisiológicas.

(...)

**3.1.7 Recipiente** - qualquer embalagem que esteja em contato direto com o gás medicinal como, por exemplo, tanque, caminhão tanque ou **cilindro**.

(...)

Nesse sentido, é imprescindível a apresentação da Autorização de Funcionamento para distribuir, armazenar, expedir e importar produtos para saúde emitida pela ANVISA, e a empresa que não possui essa Autorização **NÃO ESTÁ DEVIDAMENTE LICENCIADA PELA ANVISA para o fornecimento de gases medicinais**, quer dizer que a empresa **NÃO ESTÁ DE ACORDO COM A LEI**.

Face o exposto, a Recorrente ratifica que a fabricação e **COMERCIALIZAÇÃO DE GASES MEDICINAIS, SEM A LICENÇA SANITÁRIA PARA TAL FIM, É CONSIDERADO INFRAÇÃO SANITÁRIA.**

Vale ainda ressaltar que conforme dispõe a infração sanitária no art. 10. da Lei Federal Nº 6.437 de 20 de agosto de 1977:

São infrações sanitárias:

IV - extrair, produzir, fabricar, transformar, preparar, manipular, purificar, fracionar, embalar ou re-embalar, importar, exportar, armazenar, expedir, transportar, comprar, vender, ceder ou usar alimentos, produtos alimentícios, **MEDICAMENTOS (OXIGÊNIO GASOSO)**, drogas, insumos farmacêuticos, produtos dietéticos, de higiene, cosméticos, correlatos), embalagens, saneantes, utensílios e aparelhos que interessem à saúde pública ou individual, **sem registro, licença, ou autorizações do órgão sanitário competente ou contrariando o disposto na legislação sanitária pertinente:**

**Pena - advertência, apreensão e inutilização, interdição, cancelamento do registro, e/ou multa. (g/n)**

Segundo o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 22:

**Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros, quanto aos essenciais, contínuos. (g/n)**

Portanto, para que a Administração Pública possa oferecer serviços adequados, eficientes e seguros, esta, no mínimo, deverá efetuar suas compras de forma Legal, observando também a Legislação Sanitária, pois em consonância, dispõe o art. 39:

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:

**VIII - colocar, no mercado de consumo, qualquer produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes** ou, se normas específicas não existirem, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas ou outra entidade credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Conmetro)”

Desta feita, sendo o oxigênio gasoso medicinal caracterizado como medicamento, conforme a RDC 70/2008, o produto necessitará de autorização específica do Ministério da Saúde, para ser extraído, produzido, fabricado, embalado ou re-embalado, importado, exportado, armazenado, expedido ou **distribuído(comercializado)**.

A ausência de comprovação de regularidade da Recorrida quando não apresenta os documentos exigidos nos subitens supra mencionados, deixa claro que, a Recorrida **NÃO POSSUI AS DEVIDAS AUTORIZAÇÕES e LICENÇAS PARA O FORNECIMENTO DE GASES, DESSA FORMA SENDO INDEVIDA A SUA HABILITAÇÃO.**

O conjunto do quanto antes narrado, aponta que a **RECORRIDA ESTÁ EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO QUE REGE A MATÉRIA.**

Mesmo que a Recorrida alegue que a empresa Messer Gases possa ser a sua fornecedora do Gás Medicinal, razão alguma lhe assiste, uma vez que a Recorrida não tem as devidas autorizações da ANVISA para comercializar/distribuir gases medicinais.

Ora Sr. pregoeiro, desta forma, uma vez exigida a apresentação da documentação retro relacionada, a ausência desta ou mesmo a apresentação de documentação deficitária denota o não cumprimento da apresentação de documentação apontada no edital, não existindo, ainda no edital nenhuma menção de que as empresas licitantes, para participação do processo licitatório pudessem apresentar documento desconforme ou mesmo deixar de apresentar tal documentação.

A necessidade de atendimento aos critérios estabelecidos em lei e à regulamentação específica estabelecida pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária deve ser cumprida, pois visa minimizar eventuais riscos associados ao produto ofertados a esta Administração Pública.

A ausência de comprovação de regularidade da Recorrida quando não apresenta os documentos exigidos na lei deixa claro que, a Recorrida **NÃO POSSUI AS DEVIDAS AUTORIZAÇÕES e LICENÇAS, DESSA FORMA SENDO INDEVIDA A SUA HABILITAÇÃO.**

O conjunto do quanto antes narrado, aponta que a **RECORRIDA ESTÁ EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO QUE REGE A MATÉRIA.**

Destacamos a base legal que corrobora a exigência dos documentos acima apontados:

A **Lei nº 6.360 de 23 de setembro de 1976**, dispõe sobre vigilância sanitária sujeita a **medicamentos**, drogas, insumos farmacêuticos, **correlatos**, cosméticos, saneantes e outros.

“Art. 1º Ficam sujeitos às normas de vigilância sanitária instituídas por esta Lei os medicamentos, as drogas, os insumos farmacêuticos e correlatos, definidos na Lei número 5.991, de 17 de dezembro de 1973, bem como os produtos de higiene, os cosméticos, perfumes, saneantes domissanitários, produtos destinados à correção estética e outros adiante definidos.”(g/n)

“Art. 2º Somente poderão extrair, produzir, fabricar, transformar, sintetizar, purificar, fracionar, embalar, reembalar, importar, exportar, armazenar ou expedir os produtos de que trata o Art.1 as empresas para tal fim autorizadas pelo Ministério da Saúde e cujos estabelecimentos hajam sido licenciados pelo órgão sanitário das Unidades Federativas em que se localizem.”

“Art. 10. É vedada a importação de medicamentos, drogas, insumos farmacêuticos e demais produtos de que trata esta Lei, para fins industriais e comerciais, sem prévia e expressa manifestação favorável do Ministério da Saúde.

Parágrafo único. Compreendem-se nas exigências deste artigo as aquisições ou doações que envolvam pessoas de direito público e privado, cuja quantidade e qualidade possam comprometer a execução de programas nacionais de saúde”(g/n)

## “TÍTULO II

### **Do Registro**

Art. 12. Nenhum dos produtos de que trata esta Lei, inclusive os importados, poderá ser industrializado, exposto à venda ou entregue ao consumo antes de registrado no Ministério da Saúde.”(g/n)

## “TÍTULO IV

### **Do Registro de Correlatos**

Art. 25. Os aparelhos, instrumentos e acessórios usados em medicina, odontologia e atividades afins, bem como nas de educação física, embelezamento ou correção estética, somente poderão ser fabricados, ou importados, para entrega ao consumo e exposição à venda, depois que o Ministério da Saúde se pronunciar sobre a obrigatoriedade ou não do registro.”(g/n)

## “TÍTULO VIII

### **Da Autorização das Empresas e do Licenciamento dos Estabelecimentos.**

**Art. 50. O funcionamento das empresas de que trata esta Lei dependerá de autorização do Ministério da Saúde, à vista da indicação da atividade industrial respectiva, da natureza e espécie**

dos produtos e da comprovação da capacidade técnica, científica e operacional, e de outras exigências dispostas em regulamento e atos administrativos pelo mesmo Ministério.

Parágrafo único. A autorização de que trata este artigo será válida para todo o território nacional e deverá ser renovada sempre que ocorrer alteração ou inclusão de atividade ou mudança do sócio ou diretor que tenha a seu cargo a representação legal da empresa.

Art. 51. O licenciamento, pela autoridade local, dos estabelecimentos industriais ou comerciais que exerçam as atividades de que trata esta Lei, dependerá de haver sido autorizado o funcionamento da empresa pelo Ministério da Saúde e de serem atendidas, em cada estabelecimento, as exigências de caráter técnico e sanitário estabelecidas em regulamento e instruções do Ministério da Saúde, inclusive no tocante à efetiva assistência de responsáveis técnicos habilitados aos diversos setores de atividade.

Parágrafo único. A autorização de que trata este artigo será válida para todo o território nacional e deverá ser renovada sempre que ocorrer alteração ou inclusão de atividade ou mudança do sócio ou diretor que tenha a seu cargo a representação legal da empresa.”(g/n)

A Lei nº 9.782 de 26 de janeiro de 1999, define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária e dispõe:

*“Art. 7º Compete à Agência proceder à implementação e à execução do disposto nos incisos II a VII do art. 2º desta Lei, devendo:*

***VII - autorizar o funcionamento de empresas de fabricação, distribuição e importação dos produtos mencionados no art. 8º desta Lei e de comercialização de medicamentos;***  
*(Redação dada pela MP nº 2.190-34, de 23 de agosto de 2001)*

***IX - conceder registros de produtos, segundo as normas de sua área de atuação;”(g/n)***

A não observação do disposto nas leis vigentes que regem a matéria, deixa em aberto a possibilidade desta Administração contratar empresa que ofereça equipamento sem a devida Autorização de Funcionamento emitida junto à ANVISA perante a localização de fornecimento do Objeto Licitado.

É no nosso sentir indiscutível que está clara a razão da impossibilidade da aceitação da Recorrida como empresa habilitada para o fornecimento do objeto licitado.

Ou seja, admitir e aceitar a documentação para fins de Habilitação sem a devida documentação retro relacionada, contraria o que dispõe a legislação vigente e o próprio edital, é coadunar com a empresa licitante em não atuar na forma que exige a Legislação e assumir os riscos e consequências que a situação impele.

Sendo assim, Ilmo Pregoeiro, verifica-se que a empresa não possui em sua documentação sequer a devida **AUTORIZAÇÃO DE FUNCIONAMENTO - AFE expedida pela ANVISA para a comercialização/distribuição de gases medicinais.**

Desta feita, a empresa Recorrida não tem permissão legal para fornecer Gases Medicinais, pois os documentos do rol de seus documentos apresentados **NÃO ATENDEM À EXIGÊNCIA EDITALÍCIA**, resumindo **NÃO ATENDE** tecnicamente ao serviço proposto, **NÃO ATENDE** aos itens exigidos no ato convocatório e **NÃO ATENDE** a Legislação vigente.

Ademais, imperioso ressaltar, que não há dúvida legal quanto a **exigência de emissão da referida autorização que tenha que ser emitida por estabelecimento**, conforme previsto na Legislação da RDC 16/2014 sobre o tema, conforme pode-se verificar:

#### **RDC 16/ 2014**

Dispõe sobre os Critérios para Peticionamento de Autorização de Funcionamento (AFE) e Autorização Especial (AE) de Empresas.

(...)

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.

(...)

#### **CAPÍTULO II DO PETICIONAMENTO E ANÁLISE**

Art. 9º O **requerimento de concessão, renovação, cancelamento, alteração, retificação de publicação, cumprimento de exigência e aditamento**, bem como a interposição de recurso administrativo contra o indeferimento de pedidos relativos aos **peticionamentos de AFE e AE de empresas e estabelecimentos** que realizem as atividades abrangidas por esta Resolução dar-se-á por meio de peticionamento eletrônico ou peticionamento manual.

Art. 10. Os critérios para o peticionamento, o recolhimento de taxa e as atividades inerentes a cada tipo de AFE e AE estão estabelecidos na Resolução da Diretoria Colegiada - RDC nº 222, de 28 de dezembro de 2006.

§ 1º A **AFE deve ser peticionada por cada empresa que realiza atividades com medicamentos**, insumos farmacêuticos, cosméticos, produtos de higiene pessoal, perfumes e saneantes, **utilizando-se o**

Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ) da matriz da empresa, e é extensiva a todos os estabelecimentos filiais. (g/n)

Diante dos transcritos da norma, nota-se a previsão expressa de que o peticionamento da AFE para produtos para a saúde, deve ser por estabelecimento, utilizando-se o Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ) do estabelecimento que irá realizar a atividade peticionada.

As Autorizações de Funcionamento (AFE) de empresas que realizam atividades com medicamentos (inclusive os gases medicinais) devem ser peticionadas apenas no CNPJ da matriz da empresa, e é extensiva a todos os estabelecimentos filiais.

No caso de atividades realizadas com produtos para saúde, o peticionamento da AFE deve ser por estabelecimento, ou seja, a AFE deve ser peticionada no CNPJ que irá realizar a atividade.

Reiteramos o disposto na Lei nº 6.360 de 23 de setembro de 1976, sobre vigilância sanitária sujeito a medicamentos, drogas, insumos farmacêuticos, correlatos, cosméticos, saneantes e outros.

**“TÍTULO VIII**

***Da Autorização das Empresas e do Licenciamento dos Estabelecimentos.***

**Art. 50.** O funcionamento das empresas de que trata esta Lei dependerá de autorização do Ministério da Saúde, à vista da indicação da atividade industrial respectiva, da natureza e espécie dos produtos e da comprovação da capacidade técnica, científica e operacional, e de outras exigências dispostas em regulamento e atos administrativos pelo mesmo Ministério.

*Parágrafo único.* A autorização de que trata este artigo será válida para todo o território nacional e deverá ser renovada sempre que ocorrer alteração ou inclusão de atividade ou mudança do sócio ou diretor que tenha a seu cargo a representação legal da empresa.

**Art. 51º.** O licenciamento, pela autoridade local, dos estabelecimentos industriais ou comerciais que exerçam as atividades de que trata esta Lei, dependerá de haver sido autorizado o funcionamento da empresa pelo Ministério da Saúde e de serem atendidas, em cada estabelecimento, as exigências de caráter técnico e sanitário estabelecidas em regulamento e instruções do Ministério da Saúde, inclusive no tocante à efetiva assistência de responsáveis técnicos habilitados aos diversos setores de atividade.”(g/n)

Por último e não menos importante, se verifica a transparência do tema no próprio site da ANVISA que regula sobre a matéria:

<http://portal.anvisa.gov.br/registros-e-autorizacoes/empresas/autorizacao-de-funcionamento/matriz-e-filial>

Diante desta premissa, torna-se claro, que a empresa Recorrida **NÃO ATENDE AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO QUANTO À QUALIFICAÇÃO TÉCNICA.**

Assim corrobora o Acórdão 383/2010 Segunda Câmara (Relação), a empresa **RECORRIDA NÃO ATENDEU OS REQUISITOS MÍNIMOS e MERECE SER INABILITADA:**

*Proceda à inabilitação de licitante que não atenda os **requisitos de qualificação estabelecidos** no edital, sob pena de infração ao art. 41 da Lei nº 8.666/1993. Acórdão 383/2010 Segunda Câmara (Relação)*

De acordo com o entendimento o Acórdão 6198/2009 Primeira Câmara (Sumário), esta Administração Pública deve atender às regras definidas na lei e no edital:

*São plenamente vinculados os atos praticados no âmbito do procedimento licitatório, uma vez que estes devem obedecer às regras definidas na lei e no edital a que estão jungidos, não cabendo aos responsáveis deliberadamente ignorá-las. Acórdão 6198/2009 Primeira Câmara (Sumário)*

Dessa forma, fica claro que a participação do certame sem a devida apresentação de documentos e consequentemente sem a devida **AUTORIZAÇÃO DE FUNCIONAMENTO - AFE expedida pela ANVISA para a comercialização/distribuição de gases medicinais**, é apenas uma manobra da Recorrida para que passasse despercebido o FATO de que a mesma NÃO possui a qualificação adequada para o fornecimento do objeto do edital, qual seja, fornecimento de Gás Medicinal.

Considerando que a Recorrida está em desacordo com a Legislação que rege a matéria, o que fere de morte a sua Qualificação Técnica;

Considerando ainda que, por força do Princípio da Legalidade e da Vinculação ao Instrumento Convocatório, as regras estabelecidas no edital vinculam tanto as participantes quanto a Administração. Esse princípio é mencionado no art. 5º da Lei 14.133/21, e evidenciado pelo art. 65 da mesma lei que dispõe que:

***“Art. 5º. Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).***

***(...)***

***Art. 65. As condições de habilitação serão definidas no edital. (g/n)”***

Neste sentido, torna-se claro que a Recorrida **NÃO ATENDE À QUALIFICAÇÃO TÉCNICA** desejada por essa administração, vindo notoriamente frustrar o Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório, devendo, portanto, o posicionamento do r. Pregoeiro ser reavaliado e devidamente retificado.

Pois bem, ao manter a vitória de licitante Recorrida, a Administração Pública atuará em desconformidade com o que determinou no instrumento convocatório, contrariando princípios aqui já mencionados, com a possível instauração da arbitrariedade nas decisões relativas aos procedimentos licitatórios, o que é inaceitável em se tratando de contratações envolvendo interesse público.

## **b.2) DA APRESENTAÇÃO DE ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA SEM QUANTITATIVO**

O Edital em seu item 9.1.4.Qualificação Técnica, assim dispõe:

### **9.1.4.Qualificação Técnica:**

a) **Comprovação de Capacidade Técnica Operacional, através da apresentação de Atestado(s) de Capacidade Técnica, expedido por pessoa física ou pessoa jurídica de direito público ou privado que comprovando que a empresa já forneceu o objeto licitado compatíveis em características, quantidades e prazos com relação ao objeto da presente licitação**

b) **O Atestado de Capacidade Técnica apresentado deve conter as seguintes informações básicas: Nome do Contratado e do Contratante, identificação do contrato (tipo ou natureza do material ou serviço), material adquirido ou serviços executados e localização dos mesmos.**

Verifica-se conforme consta no subitem citado do Instrumento Convocatório, há a exigência de que deve ser apresentado Atestado de Capacidade Técnica comprovando que **“já forneceu o objeto licitado compatíveis em características, quantidades e prazos com relação ao objeto da presente licitação”** para a aferição de aptidão no desempenho de atividade compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, ou seja, que o licitante tenha fornecido ou esteja fornecendo o objeto do edital.

Considerando que a Recorrida fora habilitada para o fornecimento de:

## 2. DA ESPECIFICAÇÃO DO OBJETO

2.1 Os itens encontram-se devidamente quantificados e especificados no quadro abaixo. Em caso de divergência existente entre as especificações dos itens que compõem o objeto descrito no site da BLL e as especificações constantes deste Termo, prevalecerão as últimas.

ITEM	ESPECIFICAÇÃO	UNID.	QUANTIDADE ESTIMADA	PREÇO UNIT. MÁXIMO (R\$)
01	OXIGÊNIO MEDICINAL 6M <sup>3</sup> - cilindro	M <sup>3</sup>	1000	R\$ 45,00
02	OXIGÊNIO MEDICINAL 3M <sup>3</sup> - cilindro	M <sup>3</sup>	600	R\$ 60,00
03	OXIGÊNIO MEDICINAL 1M <sup>3</sup> - cilindro	M <sup>3</sup>	300	R\$ 150,00

Como podemos observar, a Recorrida **NÃO APRESENTOU** Atestado de Capacidade Técnica que cumpra as exigências constantes do Item 9.1.4. Qualificação Técnica - alínea “a”, quando junta Atestado de Capacidade Técnica que não apresenta sequer o quantitativo fornecido:

- **ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA DO MUNICÍPIO DE CAPINZAL**

**KAMILLE SARTORI BEAL**, brasileira, casada, portadora do CPF nº 982.040.179-87, Secretária da Saúde e Gestora do Fundo Municipal de Saúde de Capinzal, inscrito no CNPJ Nº 05.029.092/0001-56, situado na Rua Carmelo Zocolli Nº 155, no centro da cidade de Capinzal/SC, atesta para todos os fins sob as penas da lei, que a empresa **OXIGÊNIO JOAÇABA COMÉRCIO DE GASES ATMOSFÉRICOS E PRODUTOS PARA SAÚDE LTDA**, inscrita no CNPJ Nº 07.174.735/0001-80, é fornecedora de oxigênio em cilindros de 1M<sup>3</sup>, 3M<sup>3</sup>, 7M<sup>3</sup> e 10M<sup>3</sup>, faz a locação dos cilindros de oxigênio medicinal marca Messer e fornece reguladores medicinais completos com fluxômetro para cilindros medicinais da marca Protec, em cumprimento ao Contrato referente ao Pregão Presencial nº 0007/2021 homologado em 23/08/2021, realiza o FORNECIMENTO E FIEL CUMPRIMENTO DE PRAZOS DE ENTREGA de MEDICINAIS e OXIGENOTERAPIA (atendimento domiciliar).

Por fim, declaramos que a empresa **OXIGÊNIO JOAÇABA COMÉRCIO DE GASES ATMOSFÉRICOS E PRODUTOS PARA SAÚDE LTDA**, presta os serviços acima referidos e, não há nada em nossos arquivos que possa desabonar a sua Capacidade Técnica.

Capinzal – SC, 26 de maio de 2022

  
**KAMILLE SARTORI BEAL**  
Secretária da Saúde

- **ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA DO MUNICÍPIO DE HERVAL D' OESTE**

EUGENIA BUCCO, brasileira, divorciada, portadora do CPF nº 933.431.599-72, Secretária Municipal de Saúde e Gestora do Fundo Municipal de Saúde de Herval D Oeste/SC, inscrito no CNPJ sob nº 17.799.033/0001-46 situado na Rua Nereu Ramos nº 389 Centro na cidade de Herval D oeste/SC, atesta para os devidos fins sob as penas da Lei, que a empresa OXIGENIO JOAÇABA COMERCIO DE GASES ATMOSFÉRICOS E PRODUTOS PARA SAÚDE LTDA, inscrita no CNPJ nº 07.174.735/0001-80 é fornecedora de oxigênio em cilindros de 1M3, 3M3 e 6M3 faz a locação dos cilindros de oxigênio medicinal marca Messer e fornece reguladores medicinais completos com fluxômetro para cilindros medicinais da marca Protec, em cumprimento ao Contrato referente ao Pregão Eletrônico nº 015/2023 homologado em 23/03/2023, realiza o Fornecimento e Fiel Cumprimento de Prazos de entrega de medicinais e Oxigenoterapia (atendimento domiciliar).

Por fim, declaramos que a empresa Oxigenio Joaçaba Comercio de Gases Atmosféricos e Produtos para saúde Ltda, presta os serviços acima referidos e não há nada em nossos arquivos que possa desabonar a sua Capacidade técnica.

Herval D'Oeste (SC), 04 de Janeiro de 2024

Documento assinado digitalmente  
gov.br EUGENIA BUCCO  
Data: 05/01/2024 08:56:23-0300  
Verifique em <https://validar.jb.gov.br>  
**EUGENIA BUCCO**

Secretária Municipal de saúde

Insta ratificar, nesse sentido, que os Atestados de Capacidade Técnica apresentados pela Recorrida são inservíveis para a comprovação de sua capacitação técnica no fornecimento do Objeto do edital, uma vez que não apresentam o quantitativo fornecido, o que dificulta a aferição da aptidão para o fornecimento do objeto do edital.

Considerando o objeto previsto no edital, qual seja o fornecimento de:

- Item 01 - OXIGÊNIO MEDICINAL 6 m<sup>3</sup> - cilindro - 1.000 m<sup>3</sup>
- Item 02 - OXIGÊNIO MEDICINAL 3 m<sup>3</sup> - cilindro - 600 m<sup>3</sup>
- Item 03 - OXIGÊNIO MEDICINAL 1 m<sup>3</sup> - cilindro 300 m<sup>3</sup>

Cabe salientar que a capacidade para o fornecimento do objeto não pode ser subentendida, uma vez que o mesmo se destina ao suprimento das necessidades desta Administração e são intimamente ligados à manutenção da vida, e a *expertise* anteriormente comprovada é essencial.

Portanto, é de fácil constatação que os Atestados de Capacidade Técnica não atestam a experiência pretérita de fornecimento do objeto do edital.

Neste sentido, está claro que a **RECORRIDA NÃO ATENDE A CAPACIDADE TÉCNICA PARA O ATENDIMENTO DO OBJETO LICITADO NESTE EDITAL, POIS NÃO ATENDE AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO.**

Não foi observado o cumprimento do Item 9.1.4.Qualificação Técnica - alínea "a", cuja exigência é a de que a licitante comprove desempenho de atividades compatíveis em características, quantidades e prazos com relação ao objeto da presente licitação, através de Atestado de Capacidade Técnica.

Assim corrobora o entendimento sobre os documentos exigidos abaixo:

*No certame licitatório, os documentos que podem ser exigidos quanto à habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira, regularidade fiscal e prova de cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal estão adstritos àqueles previstos nos artigos 27 a 31 da Lei nº 8.666/1993. Acórdão 2056/2008 Plenário (Sumário)*

Logo, como visto, a empresa Recorrida NÃO apresentou o documento exigido no Item 9.1.4.Qualificação Técnica - alínea "a" do edital, NÃO atendendo desta forma o que prevê a Lei 14.133/21 em seu Art. 67 aplicável de maneira subsidiária a este Pregão, ao prever que :

**Art. 67. A documentação relativa à qualificação técnico-profissional e técnico operacional será restrita a:**

**II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos; (g/n)**

Evidenciamos que a Recorrida simplesmente **juntou Atestados sem os respectivos QUANTITATIVOS**, o que tampouco comprova sua aptidão para o fornecimento, que denota total contrariedade ao atendimento do Ato Convocatório.

Ora Sr. Pregoeiro, a exigência de comprovação da capacidade de entrega em características e quantidades compatíveis exigidos em edital devem ser cumpridos, por si só, bem como se fundamentam na segurança da prestação de serviços solicitada no objeto, portanto não podendo ser desconsideradas e não observadas.

A exigência do edital convocatório para fins de comprovação de capacidade técnica contida no Item 9.1.4.Qualificação Técnica - alínea "a" do edital, é clara.

Mediante o exposto, torna-se claro que a Recorrida, **NÃO ATENDEU A EXIGÊNCIA EDITALÍCIA** prevista no Item 9.1.4.Qualificação Técnica - alínea "a", vindo notoriamente frustrar o

Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório, devendo, portanto, o posicionamento do r. Pregoeiro ser reavaliado e devidamente retificado.

Portanto, **NÃO TENDO COMPROVADO SUA CAPACIDADE TÉCNICA ATRAVÉS DA APRESENTAÇÃO DE ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA COM OS DEVIDOS QUANTITATIVOS, DESRESPEITANDO O PREVISTO NA LEI E NO ATO CONVOCATÓRIO, QUANTO À COMPROVAÇÃO DE QUALIFICAÇÃO E CAPACIDADE TÉCNICA, DEVE SER DECLARADA A INABILITAÇÃO DA RECORRIDA.**

Neste sentido, torna-se claro que a Recorrida **NÃO ATENDE À QUALIFICAÇÃO TÉCNICA** desejada por essa administração, vindo notoriamente frustrar o Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório, devendo, portanto, o posicionamento do r. Pregoeiro ser reavaliado e devidamente retificado.

Pois bem, ao manter a vitória da licitante Recorrida a Administração Pública atuará em desconformidade com o que determinou no instrumento convocatório, contrariando princípios aqui já mencionados, com a possível instauração da arbitrariedade nas decisões relativas aos procedimentos licitatórios, o que é inaceitável em se tratando de contratações envolvendo interesse público.

## **VI. DA FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA.**

É sabido que o edital é o fundamento de validade dos atos praticados no curso da licitação e ao descumprir normas constantes no edital, a Administração Pública frustraria a própria razão de ser da licitação e, ainda, violaria os princípios norteadores da atividade administrativa, tais como os **Princípios da Vinculação ao Instrumento Convocatório, Julgamento Objetivo e Igualdade.**

A Constituição Federal brasileira determina que a administração pública obedeça aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37, caput), bem como a necessidade de observância desses princípios ao exigir que as obras, serviços, compras e alienações sejam contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes (art. 37, inciso XXI).

O **Princípio da Vinculação ao instrumento convocatório** constitui uma garantia, que vincula tanto a Administração Pública quanto às licitantes. Trata-se de uma segurança para o licitante e para o interesse público, extraída do Princípio do Procedimento Formal que determina que a Administração observe as regras por ela própria lançadas no instrumento convocatório que convoca e rege a licitação.

De acordo com o posicionamento de Lucas Rocha Furtado, Procurador-Geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União, o instrumento convocatório é a lei do caso, aquela que irá regular a atuação tanto da administração pública quanto dos licitantes.

O Tribunal Regional Federal 2ª Região proferiu:

“Em se tratando de licitação pública vige o princípio da estrita obediência ao instrumento convocatório, que vincula tanto a Administração como todos os participantes. Sendo descumpridas quaisquer de suas normas, sujeita-se ao candidato infrator às sanções previamente estabelecidas. No caso, a empresa Agravada foi excluída do certame por desatender aos itens 1.1 e 3 previstos no edital. Qualquer outra solução levada a efeito pela Agravante, que não a de desclassificar a Agravada, provocaria a completa inversão de valores desafiando-se a todos os demais princípios norteadores da Administração Pública. Agravo Provido. Liminar não referendada.” (TRF 2ª R. – AI 97.02.43008-9-RJ-2ª T. – Rel. Des. Fed. Sérgio Feltrin Corrêa – DJU 23.01.2001 – p. 49) (g/n).

E como garantia desta igualdade, a Lei 14.133/21 instituiu a obrigatoriedade de observar e cumprir as disposições do instrumento convocatório, tanto por parte da administração pública, quanto por parte das empresas participantes. Este princípio pode ser verificado no art. 65, caput, da Lei nº 14.133/21:

**“Art. 65. As condições de habilitação serão definidas no edital.”.(g/n)**

O princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório, preceituado no art. 5º, da Lei das Licitações, tem a finalidade específica de instruir o administrador a não se desviar das regras e determinações estabelecidas previamente à licitação. O ato convocatório presta-se a regulamentar o procedimento licitatório e estabelecer as condições de participação e julgamento. Todos que participam do certame têm ciência e conhecimento das regras, tendo plena consciência de que o descumprimento de qualquer das exigências levará à sua exclusão da disputa.

Pelo princípio da legalidade e vinculação ao instrumento convocatório, toda e qualquer exigência constante do edital deve ser considerada importante e essencial à Administração, pois, caso contrário, nem deveria constar do ato convocatório. Dessa forma, se a exigência faz parte do Edital, deve ser obedecida por todos os licitantes.

Segundo a Ilustre jurista Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

*“Trata-se de princípio essencial cuja inobservância enseja nulidade do procedimento. Além de mencionado no art. 3º da Lei n 8.666/93, ainda tem seu sentido explicitado, segundo o qual “a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”. E o artigo 43, inciso V, ainda exige que o julgamento e classificação das propostas se façam de acordo com os critérios de avaliação constantes do edital. O princípio dirige-se tanto à Administração, como se verifica pelos artigos citados, como aos licitantes, pois estes não podem deixar de atender aos requisitos do instrumento convocatório (edital ou carta-convite); se deixarem de apresentar a documentação exigida, serão considerados inabilitados e receberão de volta, fechado, o envelope-proposta (art. 43, inciso II); se deixarem de atender às exigências concernentes à proposta, serão desclassificados (artigo 48, inciso I).*

*Quando a Administração estabelece, no edital ou na carta-convite, as condições para participar da licitação e as cláusulas essenciais do futuro contrato, os interessados apresentarão suas propostas com base nesses elementos; ora, se for aceita proposta ou celebrado contrato com*

*desrespeito às condições previamente estabelecidas, burlados estarão os princípios da licitação, em especial o da igualdade entre os licitantes, pois aquele que se prendeu aos termos do edital poderá ser prejudicado pela melhor proposta apresentada por outro licitante que os desrespeitou.*

*Também estariam descumpridos os princípios da publicidade, da livre competição e do julgamento objetivo com base em critérios fixados no edital.” (g/n)*

Neste seguimento, cabe transcrever trecho do Acórdão proferido pela Primeira Turma do STJ.

**“REsp n. 421.946-0 - DF. Relator Ministro FRANCISCO FALCÃO. Primeira Turma. Unânime. Data do julgamento: 7.2.2006.**

*Administrativo. Licitação. Descumprimento de regra prevista no edital licitatório. Art. 41, caput, da Lei n. 8.666/1993. Violação. Dever de observância do edital.*

*(...) II - O art. 41 da Lei n. 8.666/1993 determina que: “Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.”*

*III - Supondo que na Lei não existam palavras inúteis, ou destituídas de significação deontológica, verifica-se que o legislador impôs, com apoio no Princípio da Legalidade, a interpretação restritiva do preceito, de modo a resguardar a atuação do Administrador Público, posto que este atua como gestor da república. Outra não seria a necessidade do vocábulo “estritamente” no aludido preceito infraconstitucional.*

*IV - “Ao submeter a Administração ao princípio da vinculação ao ato convocatório, a Lei n. 8.666 impõe o dever de exaustão da discricionariedade por ocasião de sua elaboração. Não teria cabimento determinar a estrita vinculação ao edital e, simultaneamente, autorizar a atribuição de competência discricionária para a Comissão indicar, por ocasião do julgamento de alguma das fases, os critérios de julgamento. Todos os critérios e todas as exigências deverão constar, de modo expresse e exaustivo, no corpo do edital.”(in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Editora Dialética, 9ª Edição, pág. 385)*

*V - Em resumo: o Poder Discricionário da Administração esgota-se com a elaboração do Edital de Licitação. A partir daí, nos termos do vocábulo constante da própria Lei, a Administração Pública vincula-se “estritamente” a ele”. (g/n)*

Conclui-se que a decisão de manter a empresa Recorrida habilitada e vencedora não deve prosperar pois a mesma **NÃO ATENDE À EXIGÊNCIA DO EDITAL.**

A Constituição Federal brasileira determina que a administração pública obedeça aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37, caput), bem como a necessidade de observância desses princípios ao exigir que as obras, serviços, compras e alienações

sejam contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes (art. 37, inciso XXI).

Leciona Gasparini que:

*“Todos devem ser tratados por ela igualmente tanto quando concede benefícios, confere isenções ou outorga vantagens como quando prescreve sacrifícios, multas, sanções, agravos. Todos os iguais em face da lei também o são perante a Administração . Todos, portanto, têm o direito de receber da Administração o mesmo tratamento, se iguais. Se iguais nada pode discriminá-los. Impõe-se aos iguais, por esse princípio, um tratamento impessoal, igualitário ou isonômico. É o princípio que norteia, sob pena de ilegalidade, os atos e comportamentos da Administração direta e indireta. É, assim, um dos direitos individuais consagrados tanto à proteção dos brasileiros como dos estrangeiros submetidos à nossa ordem jurídica.”(g/n)*

Assim ensina Meirelles que:

*“A igualdade entre os licitantes é princípio impeditivo da discriminação entre os participantes do certame, quer através de cláusulas que, no edital ou convite, favoreçam uns em detrimento de outros, quer mediante julgamento faccioso, que desiguala os iguais ou iguale os desiguais (art. 3º, §1º). O desatendimento a esse princípio constitui a forma mais insidiosa de desvio de poder, com que a Administração quebra a isonomia entre os licitantes, razão pela qual o Judiciário tem anulado editais e julgamentos em que se descobre a perseguição ou o favoritismo administrativo, sem nenhum objetivo ou vantagem de interesse público.”(g/n)*

Segundo a Ilustre professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

*“O princípio da igualdade constitui um alicerce da licitação, na medida em que este visa, não apenas permitir à Administração a escolha da melhor proposta, como também assegurar igualdade de direitos a todos os interessados em contratar. **Esse princípio, que hoje está expresso no artigo 37, XXI, da Constituição, veda o estabelecimento de condições que impliquem preferência em favor de determinados licitantes em detrimento dos demais.***

*No §1º, inciso I do artigo 3º da Lei 8.666/93, está implícito outro princípio da licitação, que é o da competitividade decorrente do princípio da isonomia.”(g/n)*

Sobre a obrigatoriedade de observância do Princípio da Isonomia, assim já se manifestou nossos Egrégios Tribunais:

**TJ-DF - Remessa de Ofício RMO 20130111772162 DF 0010268-39.2013.8.07.0018 (TJ-DF) - Data de publicação: 13/10/2014**

**Ementa: ADMINISTRATIVO. REMESSA DE OFÍCIO. MANDADO DE SEGURANÇA. EDITAL DE LICITAÇÃO. CRITÉRIO DE JULGAMENTO. DISPOSIÇÕES CLARAS E PARÂMETROS OBJETIVOS. EXIGÊNCIA DE DOCUMENTOS. CRITÉRIO SUBJETIVO. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA, DA COMPETITIVIDADE. E DA IMPESSOALIDADE. 1. O edital de licitação não pode dar margem a dúvida interpretativa, devendo indicar obrigatoriamente o critério de julgamento, com disposições claras e parâmetros**

objetivos (art. 40 , VII , da Lei n. 8.666 /93), como forma de garantir a ampla competição e o respeito ao **princípio da isonomia**. 2. O instrumento convocatório deve obedecer ao critério do julgamento objetivo, com a finalidade de impedir interpretações subjetivas que possam subverter os **princípios da impessoalidade e da legalidade**. 3. A concessão de prazo para apresentação de documentos em favor de apenas alguns licitantes em detrimento de outros, configura hipótese de violação aos princípios da isonomia, da ampla competição, da impessoabilidade e da legalidade. 4. Remessa de Ofício conhecida e não provida.

**TJ-DF - AGRAVO INOMINADO AGI 20080020031837 DF (TJ-DF)**Data de publicação: 08/09/2008

**Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. LICITAÇÃO. RIGOROSO CUMPRIMENTO DAS NORMAS QUE DISCIPLINAM O CERTAME. PRINCÍPIOS DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO, DA ESTRITA LEGALIDADE, DA IMPESSOALIDADE E DA ISONOMIA.** 1.O RIGOROSO CUMPRIMENTO DAS NORMAS QUE DISCIPLINAM O CERTAME, SEM A FEITURA DE CONCESSÕES, CARACTERIZA RESPEITO À SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO E OBEDIÊNCIA AOS PRINCÍPIOS DA ESTRITA LEGALIDADE, DA IMPESSOALIDADE E DA ISONOMIA. 2.PAUTAR-SE DE ACORDO COM A ESTRITA LEGALIDADE SIGNIFICA AGIR DE ACORDO COM A NORMA QUE REGULA O CASO CONCRETO, SEM A ABERTURA DE EXCEÇÕES QUE DEPENDAM DA ANÁLISE SUBJETIVA DO AGENTE PÚBLICO, EXTRAPOLANDO OS LIMITES TRAÇADOS PELA LEI. 3.EM SE TRATANDO DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO, O ATUAR DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SE ENCONTRA VINCULADO AO PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE, SIGNIFICANDO QUE ELA NÃO PODE AGIR COM VISTAS A PREJUDICAR OU BENEFICIAR PESSOAS DETERMINADAS, UMA VEZ QUE É SEMPRE O INTERESSE PÚBLICO QUE TEM DE NORTEAR O SEU COMPORTAMENTO. 4.A CONDUTA EM DEBATE CONFERE TRATAMENTO ISONÔMICO ENTRE OS PARTICIPANTES DA LICITAÇÃO, IMPEDINDO QUE JULGAMENTO DO AGENTE ADMINISTRATIVO, COM BASE EM CRITÉRIOS PESSOAIS DE RAZOABILIDADE, POSSAM INTERFERIR NA SELEÇÃO OBJETIVA DO CANDIDATO QUE MELHOR ATENDE À FINALIDADE PÚBLICA EXPRESSA NA LEI. 5. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. DECISÃO REFORMADA.

Pois bem, ao manter a vitória da Recorrida, a Administração Pública atuará em desconformidade com o que determinou no instrumento convocatório, contrariando princípios aqui já mencionados, com a possível instauração da arbitrariedade nas decisões relativas aos procedimentos licitatórios, o que é inaceitável em se tratando de contratações envolvendo interesse público.

Por todo exposto, a Air Liquide Brasil Ltda., ciente da seriedade desse renomado órgão, bem como desta comissão de licitação, requer a análise desta peça e aos fatos trazidos, em que pugna que a decisão que declarou a empresa Recorrida habilitada e vencedora, neste processo seja reconsiderada, para que ela seja declarada inabilitada/desclassificada por descumprimento às exigências contidas no ato convocatório.

Neste diapasão, requer de acordo com os fatos, disposições legais e doutrinárias trazidas a V.Sa., que Vosso posicionamento seja reavaliado e retificado, sob pena de restar frustrado todo o procedimento licitatório realizado.

## **VII. DO PEDIDO.**

Na esteira do exposto, a Air Liquide Brasil Ltda, requer por meio desta petição que:

- 1) Seja reconsiderada a decisão de Vossa Senhoria que declarou a **“OXIGÊNIO JOAÇABA COMÉRCIO DE GASES ATMOSFÉRICOS E PRODUTOS PARA SAUDE LTDA - EPP”** habilitada e vencedora do certame, neste processo, estabelecendo seu julgamento de acordo com os preceitos e normas que regem as licitações públicas, **DECLARANDO A RECORRIDA DECLASSIFICADA/INABILITADA NO PRESENTE PROCESSO LICITATÓRIO.**

Caso o (a) Sr (a). Pregoeiro (a) não reforme a referida decisão, encaminhe este **RECURSO** devidamente informado à Autoridade Superior, em conformidade com o artigo 71, da Lei nº 14.133/21.

Termos em que,

Pede deferimento.

São Paulo (SP), 13 de maio de 2024.

---

AIR LIQUIDE BRASIL LTDA.