



Processo nº 2023.02.01.004

PREGÃO ELETRÔNICO Nº 2023.02.01.004

Assunto: IMPUGNAÇÃO AOS TERMOS DO EDITAL

Impugnante: AAE METALPARTES PRODUTOS E SERVICOS LTDA

DA IMPUGNAÇÃO

O (A) Pregoeiro (a) do Município de Forquilha/CE vem responder ao Pedido de Impugnação ao Edital do Pregão Eletrônico Nº 2023.02.01.004, apresentado por AAE METALPARTES PRODUTOS E SERVICOS LTDA., nos termos da legislação vigente.

DOS FATOS

Insurge-se a impugnante em face do Edital do Pregão Eletrônico Nº 2023.02.01.004, alegando, em suma, que: 1) e 3) o objeto deve abranger também outras formas de fornecimento de oxigênio, tal como a produção de gás no local de consumo, 2) que seja reformulada a exigência de Autorização de Funcionamento - AFE, emitida pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, vez que não seria exigível tal permissiva quando o fornecimento se dá através de usina de produção local e 4) que seja concedido prazo de 30 (trinta) dias para fornecimento

Feitas as considerações iniciais, passa-se a análise de mérito pertinente.

DA RESPOSTA

De início, é mister ressaltar que nossos posicionamentos acostam-se sempre aos Princípios basilares da Administração Pública, bem como no dever de buscar a proposta mais vantajosa, em conformidade com o disposto no **art. 3º, caput, da Lei de Licitações, in verbis:**

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e

PREFEITURA MUNICIPAL DE FORQUILHA/CE
CNPJ Nº 07.673.106/0001-03 | CGF Nº 06.920191-9

Paço Municipal Deputado Cesário Barreto de Lima, Avenida Criança Dante Valério, 481
Fone: (88) 3619-1167 | E-mail: administracao@forquilha.ce.gov.br | Site www.forquilha.ce.gov.br



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.

Nesse sentido, nossa análise e entendimento estão pautados nas normas pátrias a reger a atuação pública.

A) DA DEFINIÇÃO DO OBJETO

Inicialmente cumpre esclarecer que a Administração, quando da definição do objeto alvo do procedimento licitatório em epígrafe atuou com a mais estrita observância à RDC 50/2002 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, que determina quais serão os tipos de sistemas de abastecimento de gases medicinais, tal como o oxigênio, podendo ocorrer por meio de cilindros transportáveis, conforme se observa do excerto abaixo retirado da regulamentação técnica retro:

SISTEMAS DE ABASTECIMENTO

São três os sistemas de abastecimento:

- **Cilindros transportáveis;**
- *Centrais de reservação:*
- *Centrais de cilindros*
- *Tanques; (grifo)*

Deste modo, cabe à Administração escolher, dentre as possibilidades previstas pelos normativos atinentes à matéria, aquela que melhor se adaptar ao atendimento do interesse público, estando, portanto, esta escolha revestida do chamado mérito administrativo.

Quanto ao referido assunto, impera equacionar que o mérito administrativo é a liberdade de ação pública, dentro dos limites permitidos em lei, ou seja, a lei deixa certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto,



de tal modo que a autoridade poderá optar por uma dentre várias soluções possíveis, todas, porém, válidas perante o direito.

Quanto ao mérito do ato administrativo, assim leciona o insigne **Prof. Helly Lopes Meireles**:

"O mérito do ato administrativo consubstancia-se, portanto, na valoração dos motivos e na escolha do objeto do ato, feitas pela Administração incumbida de sua prática, quando autorizada a decidir sobre a conveniência, oportunidade e justiça do ato a realizar. Daí a exata afirmativa de Seabra Fagundes de que 'o merecimento é aspecto pertinente apenas aos atos administrativos praticados no exercício de competência discricionária'.¹

Sobre o tema **Celso Antônio Bandeira de Mello** leciona que:

"mérito é o campo de liberdade suposto na lei que, efetivamente, venha a remanescer no caso concreto, para que o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, se decida entre duas ou mais soluções admissível perante ele, tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal, dada a impossibilidade de ser objetivamente reconhecida qual delas seria a única adequada."²

Por fins de transparência, segue parecer que expõe motivos que conduziram a administração à definição do fornecimento de oxigênio medicinal da forma disposta em edital, do qual interessa destacar o seguinte trecho:

"Ocorre que a necessidade da Secretaria de Saúde se dar por cilindros; Entendemos que a usina ou tanque seriam meios

¹ Meirelles, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2003.

² Mello, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005,pg.38.



financeiramente mais viáveis, e inclusive estamos em processo de elaboração de projeto básico para construção do tanque, porém no momento ainda estamos trabalhando com cilindros. Tudo isto posto, cabe mencionar ainda que esta decisão é um ato discricionário da administração, que também deve ser amparado pelos princípios da legalidade, economicidade e razoabilidade, portanto, devido não possuímos usina e/ou tanque, deve ser mantida a forma por cilindro.”

Deste modo, ante o todo quanto exposto, conclui-se que não há que proceder o pedido formulado.

B) DA EXIGÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO DE FUNCIONAMENTO

Sobre o ponto em análise, alega a Impugnante que a apresentação de Autorização de Funcionamento - AFE não deve ser exigida como condição de habilitação para as interessadas em participar do procedimento licitatório em epígrafe, vez que para o fornecimento via usina concentradora não é exigido tal permissão.

Ocorre que o fornecimento via usina concentradora não é contemplado no objeto do presente certame, deste modo, impera destacar que o art. 3º, *caput*, da Resolução de Diretoria Colegiada – RDC nº 16/2014, da ANVISA, que dispõe sobre os critérios para Peticionamento de Autorização de Funcionamento (AFE) e Autorização Especial (AE) de empresas, determina o que segue:

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.



Outrossim, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, através da RDC nº 70/2008, considerando a definição de medicamento constante da Lei nº 5.991/73, bem como 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, resolveu incluir no rol de medicamentos os gases medicinais.

Outrossim, infere-se das considerações e disposições realizadas no bojo da RDC nº 70/2008, da ANVISA, que gases medicinais possuem natureza de medicamento, sendo ali invocada a definição constante da Lei nº 5.991/73, bem como dispendo-se 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".

Ademais, nesse mesmo sentido deixa claro a ANVISA, por meio de informação expressa em seu sítio eletrônico oficial, nos seguintes termos:

1. 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.

Deste modo, observa-se que a AFE é exigível e obrigatória para as empresas que armazenem ou distribuam gases medicinais, fazendo-se imperioso que seja exigido como condição de habilitação.



c) DO TIPO DE FORNECIMENTO DO OBJETO DA LICITAÇÃO

Quanto ao que concerne sobre a forma de fornecimento do objeto, por tratar o questionamento posto de matéria de ordem técnica, foi solicitado ao setor competente que se manifestasse, pronunciando-se conforme o excerto abaixo retirado da justificativa técnica remetida (em anexo):

*“A RDC 50/2002, da agência nacional de vigilância sanitária – ANVISA estabelece no item 7.3.3.1 – “7.3.3.1. Oxigênio medicinal (FO) – Utilizado para fins terapêuticos, existem três tipos de abastecimento de oxigênio medicinal, por cilindros transportáveis, por centrais de reservação e por usinas concentradoras. **Ocorre que a necessidade da Secretaria de Saúde se dá por cilindros transportáveis**; entendemos que a usina ou tanque seria o meios financeiramente mais viáveis. Inclusive estamos em processo de elaboração de projeto básico para construção do tanque de oxigênio e rede de distribuição interna, porém no momento ainda estamos trabalhando com cilindros tudo isso posto cabe mencionar ainda que a decisão é um ato discricionário da administração que também deve ser amparado pelos princípios da legalidade e economicidade e razoabilidade **portanto devido não possuímos usina ou tanque deve ser mantida a forma por cilindro.** (grifo)*

Deste modo, ante a manifestação exarada, conclui-se que não há que proceder o pedido formulado, vez que estar-se-á diante de matéria que se reveste de caráter discricionário.

Neste íterim, o mérito do ato administrativo relaciona-se à discricionariedade (oportunidade e conveniência).

Nesse sentido, temos em tela, um ato revestido de mérito administrativo. Quanto ao referido assunto, impera equacionar que é a liberdade de ação administrativa, dentro dos limites permitidos em lei, ou seja, a lei deixa certa



margem de liberdade de decisão diante do caso concreto, de tal modo que a autoridade poderá optar por uma dentre várias soluções possíveis, todas, porém, válidas perante o direito.

Quanto ao mérito do ato administrativo, assim leciona o insigne **Prof. Helly Lopes Meireles**:

"O mérito do ato administrativo consubstancia-se, portanto, na valoração dos motivos e na escolha do objeto do ato, feitas pela Administração incumbida de sua prática, quando autorizada a decidir sobre a conveniência, oportunidade e justiça do ato a realizar. Daí a exata afirmativa de Seabra Fagundes de que 'o merecimento é aspecto pertinente apenas aos atos administrativos praticados no exercício de competência discricionária'".³

Sobre o tema **Celso Antônio Bandeira de Mello** leciona que:

"mérito é o campo de liberdade suposto na lei que, efetivamente, venha a remanescer no caso concreto, para que o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, se decida entre duas ou mais soluções admissível perante ele, tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal, dada a impossibilidade de ser objetivamente reconhecida qual delas seria a única adequada." ⁴

Portanto, ante o exposto, não deve proceder o pedido formulado pela impugnante no que tange à forma de fornecimento do objeto da licitação em comento.

D) DO PRAZO DE ENTREGA

³ Meirelles, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2003.

⁴ Mello, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, pg.38.



Quanto ao alegado de que deve ser alterado o prazo de entrega do objeto da licitação, faz-se mister informar que da mesma forma se faz matéria que reside na margem de discricionariedade da qual goza a Administração Pública, não havendo, portanto, qualquer parâmetro estabelecido na legislação, cabendo, assim, ao ente público a fixação do competente lapso temporal.

Ademais, interessa trazer à baila o item 19.1 do Edital e ainda anexo I - Termo de Referência, que versa sobre o prazo de entrega do objeto do certame em epígrafe, *in verbis*:

19.1-Entregar os produtos diretamente no almoxarifado central da Prefeitura Municipal de Forquilha, no Termo Contratual e na proposta vencedora do certame, no prazo de 05 (cinco) dias úteis, a contar da data do recebimento da respectiva Ordem de Compra, tudo de acordo com as especificações constantes da proposta apresentada;

"DO PRAZO E LOCAL DE ENTREGA:

*O prazo para entrega dos produtos é de **05 (cinco) dias úteis**, mediante ordem de fornecimento, em caso de atraso, este prazo **poderá ser prorrogado por igual período** mediante justificativa do contratado e anuência da contratante, devendo a solicitação ser feita imediatamente no dia útil posterior ao vencimento do prazo inicial, todos os atos serão **poderão ensejar as penalidades cabíveis (...)** (grifo nosso)*

Neste caso, ante a ausência de previsão legal, temos que deve ser fixado prazo razoável, pelo que estamos diante de conceito jurídico indeterminado, cabendo à Administração, no âmbito de sua discricionariedade, estabelecer o sentido e o alcance, guiado pelos princípios que regem sua atuação, notadamente razoabilidade e proporcionalidade.



Acerca do tema, ensina ilustre doutrinador **Celso Antônio Bandeira de**

Mello:

*Discricionariedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para **eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal**, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente.*⁵ (grifo)

Interessante, ainda, colacionar texto de **Thêmis Limberger**, parafraseando **Eduardo García Enterriá**, que faz a seguinte elucidação:

*"[...] a discricionariedade **é essencialmente uma liberdade de eleição entre alternativas igualmente justas, ou seja, entre critérios extrajurídicos (de oportunidade, econômicos etc.), não previstos na lei, e conferidos ao critério subjetivo do administrador**. Os conceitos jurídicos indeterminados constituem-se em um caso de aplicação da lei, já que se trata de subsumir em uma categoria legal."*⁶ (grifo)

Andréas J. Krell, por sua vez, afirma que:

*"Parece mais coerente, entretanto, **ver o uso de conceitos jurídicos indeterminados, bem como a concessão de discricionariedade, como manifestações comuns da***

⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

⁶ LIMBERGER, Thêmis. **Atos da Administração Lesivos ao Patrimônio Público: os princípios constitucionais da legalidade e moralidade**. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 111.



técnica legislativa de abertura das normas jurídicas, carecedoras de complementação. Na verdade, conceitos indeterminados e discricionariedade são fenômenos interligados, visto que, muitas vezes, o órgão administrativo deve lançar mão desta para poder preencher aqueles.”⁷ (grifo)

Quanto ao referido princípio, ressalta-se que faz-se de suma importância destacar que vários são os limites impostos à autoridade administrativa quando da definição das exigências editalícias, dentre os quais podemos citar, os direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, a imparcialidade e a proporcionalidade.

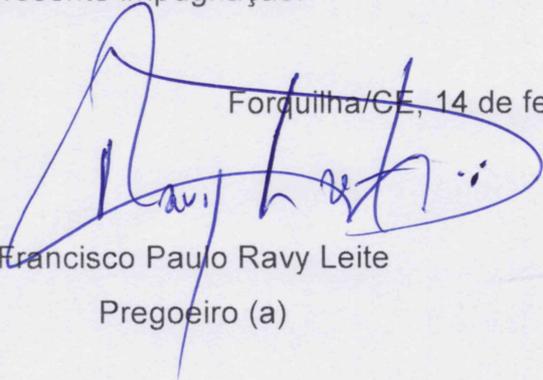
Portanto, a Administração quando do uso da discricionariedade, ao estipular as condições para entrega do objeto a ser contratado, deve observar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, o que, ante ao interesse público, nos parece ser prazo devidamente razoável e proporcional.

Portanto, conclui-se que não há que proceder os pedidos formulados.

DA DECISÃO

Face ao exposto, este Pregoeiro do Município de Forquilha/CE resolve julgar **IMPROCEDENTE** a presente impugnação.

Forquilha/CE, 14 de fevereiro de 2023.


Francisco Paulo Ravy Leite
Pregoeiro (a)

⁷ KRELL, Andreas J. *Discricionariedade e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais*. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 35.