

ILMO (A) SR. (A) PREGOEIRO (A) DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO DO MUNICÍPIO DE BOITUVA – ESTADO DE SÃO PAULO.

REF.: PREGÃO PRESENCIAL Nº. 76/2023
TIPO DA LICITAÇÃO: MENOR PREÇO POR ITEM.
DATA DA SESSÃO: 30/01/2024
HORÁRIO: 09h00min

WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS LTDA, empresa privada, com matriz na Avenida Pastor Martin Luther King Jr., nº126, Bloco 10, Ala A, Sala 401, Del Castilho, Rio de Janeiro - RJ, inscrita no CNPJ sob o nº 35.820.448/0001-36 e com filial em **Vinhedo**, doravante denominada "WHITE MARTINS", vem à presença de V.Sa., por intermédio de seu procurador que ao final subscreve, apresentar a sua:

IMPUGNAÇÃO

Ao edital de licitação em epígrafe, pelas razões de fato e de direito que serão a seguir expostas:

I. ADMISSIBILIDADE

Nos termos do instrumento convocatório anteriormente referido, a abertura da sessão ocorrerá às 09h00min do dia 30 de janeiro de 2024, na licitação pela modalidade Pregão Presencial, objetivando a "Contratação de empresa especializada para prestação de serviços de locação de concentrador de oxigênio para Oxigenoterapia Domiciliar Prolongada (ODP)", sob o regime de execução por menor preço por item.

Portanto, de acordo com o disposto no §2º do artigo 41, da Lei nº 8.666/93 e também conforme o referido Edital, esta Impugnação, apresentada hoje, é indiscutivelmente tempestiva.

II. DA ANÁLISE DO EDITAL PELA SOLICITANTE

Interessada e apta a participar da licitação epigrafada, veio a Impugnante a adquirir o Edital regulador do certame e examinar as condições de participação nele constantes com a minúcia apropriada, necessária à percepção das diversas particularidades e nuances do objeto da licitação.

Desse acurado exame, resultou a constatação, com o devido respeito, de que há disposições no instrumento convocatório merecedoras de adequações, razão pela qual, em homenagem ao Princípio da Isonomia, da Razoabilidade e da Vinculação ao Instrumento Convocatório, são ora questionadas:

III. DAS DISPOSIÇÕES MERECEDORAS DE ESCLARECIMENTO E/OU CORREÇÃO

III. 1 – DOS CASOS FORTUITOS E DE FORÇA MAIOR

Da leitura aos termos do Edital, verifica-se a seguinte exigência:

11.24- a CONTRATADA obriga-se a adotar todas e quaisquer providências que forem necessárias, para assegurar o fornecimento do objeto da presente, de forma que, em nenhuma hipótese, os serviços de fornecimento aos pacientes sofram qualquer interrupção ou descontinuidade.

O texto editalício estipula que a CONTRATADA deve garantir a continuidade ininterrupta do fornecimento de oxigênio, colocando sobre ela a responsabilidade de prevenir qualquer tipo de interrupção.

Pois bem. Enquanto reconhecemos a importância crucial de manter o fornecimento contínuo de oxigênio, é imperioso salientar que a formulação “em nenhuma hipótese” parece não levar em consideração os casos fortuitos ou de força maior que são, por natureza, imprevisíveis e inevitáveis e podem inviabilizar temporariamente a execução do contrato.

Vale ressaltar que, embora a cláusula atual não exija explicitamente que a CONTRATADA garanta o fornecimento ininterrupto de oxigênio em tais situações, sua redação como disposta atualmente pode ser interpretada dessa forma. Nesse sentido, é importante mencionar que, no direito brasileiro, os institutos do caso fortuito e da força maior atuam como causas excludentes de responsabilidade, e sob essa ótica, a exigência implicaria em uma onerosidade excessiva, contrariando as normas jurídicas e jurisprudenciais aplicáveis, as quais reconhecem tais ocorrências imprevisíveis como justificativas legítimas para a interrupção dos serviços.

Portanto, por ser mais justo e razoável, pedimos que nesta cláusula seja incluída a previsão de que, em casos fortuitos ou de força maior, devidamente comprovados, a responsabilidade pela não manutenção do fornecimento seja afastada.

Tal inclusão não apenas alinha o Edital com os princípios licitatórios, mas também assegura uma visão mais realista e prática, em conformidade com o regime jurídico aplicável à matéria.

Cabe ressaltar que, ao solicitar a revisão da cláusula relacionada à continuidade do fornecimento, a impugnante não busca se eximir da responsabilidade de manter o

fornecimento de oxigênio. Pelo contrário, o objetivo é assegurar clareza e prevenir interpretações que possam divergir do espírito da lei, ou seja, apenas evitar a imposição de uma obrigação inalcançável em situações extremas e imprevisíveis.

Assim, solicita-se a revisão e adequação da cláusula do Edital, de forma que seja complementada com uma redação que preveja exceções para os casos comprovados de força maior ou caso fortuito, conforme abaixo.

- Sugerimos a seguinte redação: **"A CONTRATADA obriga-se a garantir a continuidade ininterrupta do fornecimento de oxigênio, exceto para os casos comprovados de força maior ou caso fortuito"**

Por derradeiro, esta modificação é essencial para garantir a equidade do contrato, protegendo a CONTRATADA de responsabilidades desproporcionais e imprevisíveis, ao mesmo tempo que mantém o compromisso com a prestação de serviço eficiente e responsável.

III.2 - DA ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA – DO REAJUSTE DE PREÇOS

Ainda na análise pormenorizada do Edital, sobretudo a Minuta Contratual, se observa a previsão de prorrogação do prazo de vigência do contrato para período além de 12 (doze) meses de vigência:

CLÁUSULA SEXTA (DO PRAZO DE VIGÊNCIA) - O prazo de vigência do presente Contrato será de até **12 (doze) meses**, a contar da sua assinatura, podendo ser prorrogado nos termos do art. 57 da Lei Federal 8.666/93.

Ocorre que, não se observa do Edital e de seus Anexos quanto ao critério de reajuste, sendo certo que seu indexador deve constar desde o Edital, nos termos do art. 40, XI, e art. 55, III, da Lei 8.666/93:

“Art. 40. O edital conterà no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

[...]

XI - critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do

orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela;

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

[...]

III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;”

Vale esclarecer que o reajuste de preços é instituto que se diferencia da revisão contratual prevista no art. 65 da Lei Federal nº 8.666/93. A revisão (ou melhor, reequilíbrio econômico-financeiro) decorre de fatos na álea econômica extraordinária, ao passo que o reajuste de preços, ocorre na álea ordinária e tem por finalidade a recomposição dos preços praticados de acordo com a realidade existente, ou seja, apenas sua atualização em razão da incidência inflacionária.

Sabe-se que ao longo do tempo, ocorre a gradual elevação dos custos de execução, que torna necessário o recálculo dos valores da remuneração do contratado para restauração do equilíbrio inicial fixado na proposta. Para tanto, são aplicados os índices setoriais de preços, que permitem a recomposição da proposta frente aos efeitos da inflação.

Sob esse enfoque, é pertinente destacar que o reajuste de preço em certames licitatórios é um tema frequentemente tratado pelo Tribunal de Contas da União (“TCU”), que, em sua função primordial de fiscalização da atividade administrativa, já proferiu diversas decisões pertinentes à questão. Não obstante, este r. Tribunal, por meio do Acórdão nº 7184/2018 - Segunda Câmara (Relator Min. Augusto Nardes, Data da sessão: 07/08/2018), ratificou o entendimento da Corte acerca do assunto, invocando, para tanto, o Acórdão nº 2205/2016-TCU-Plenário, no qual restou assim assentado:

[...]

”66. Entretanto, o estabelecimento dos critérios de reajuste dos preços, tanto no edital quanto no instrumento contratual, não constitui discricionariedade conferida ao gestor, mas sim verdadeira imposição, ante o disposto nos artigos 40, inciso XI, e 55, inciso III, da Lei 8.666/93. Assim, a sua ausência constitui irregularidade, tendo, inclusive, este Tribunal se manifestado acerca da matéria, por meio do Acórdão 2804/2010-Plenário, no qual julgou ilegal a ausência de cláusula neste sentido, por violar os dispositivos legais acima reproduzidos. Até em contratos com prazo de duração inferior a doze meses, o TCU determina que conste no edital cláusula que estabeleça o critério de reajustamento de preço (Acórdão 73/2010-Plenário, Acórdão 597/2008-Plenário e Acórdão 2715/2008-Plenário, entre

outros)". (Acórdão nº 2205/2016-TCU-Plenário, Relatora: Min. Ana Arraes, Data da sessão: 24/08/2016)".

Assim, pede-se que Vossas Senhorias insiram no contexto do edital e de seus instrumentos, os critérios que serão considerados para reajustamento dos preços, na hipótese do contrato ser prorrogado para além de 12 (doze) meses de vigência, tendo em vista o que determina a legislação vigente e o entendimento de nossos Tribunais sobre o tema.

DO 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 de o pedido ora formulado ser indeferido, que seja emitido parecer técnico/jurídico fundamentando seu indeferimento.

Nestes termos,

Pede apreciação e manifestação.

Vinhedo, 10 de janeiro de 2024.



WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS LTDA.

Nome: Analigia da Silva

Cargo: Gerente Nacional Contas Públicas

RG: 077583300 IFPRJ

CPF: 003.791.977-66