

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DA PREFEITURA MUNICIPAL DE
ITABAIANA - FUNDO MUNICIPAL DE SAÚDE DE ITABAIANA

PREGÃO PRESENCIAL N° 004/2019

CR OXIGÊNIO GASES E EQUIPAMENTOS LTDA., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o n° 04.292.445/0001-43, com sede na Rua Salgado, n° 03, bairro Getúlio Vargas, nesta capital, por meio do sócio administrador **Claudio Roberto Moreira de Meneses**, brasileiro, casado, empresário, CPF n° 239.055.735-04, RG n° 534.199 SSP/SE, residente e domiciliado na Rua Monsenhor Olívio Teixeira, n° 640, Apto. 1201 - Bela Sintra, Jardins, Aracaju, Sergipe, CEP 49.026-225, vem ante Vossa Senhoria, nos termos do item 10.1 e 10.4 do Edital, que em realidade é reprodução do art. 4º, XVIII da Lei 10.520/02 e art. 11, inciso XVII do Decreto 3.555/00, apresentar

CONTRARRAZÕES

aos termos do **recurso administrativo** interposto pela **WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS DO NORDESTE LTDA**, já



qualificada na inicial do recurso pré-falado, através do qual tenta **desqualificar/inabilitar** a recorrida, porquanto inconformada com a vitória desta no certame em epígrafe, aduzindo em seu favor os argumentos a seguir expostos:

1. A recorrente combate a decisão do Pregoeiro sob o fundamento de que a recorrida violou diversos princípios, normas legais e dispositivos do Edital, causando insegurança jurídica e operacional. No entanto, como será demonstrado, a decisão do Pregoeiro foi legal e justa, tendo obedecido toda a tutela legal da matéria, em especial o Edital;

2. Segundo o recorrente o pregoeiro errou ao habilitar a recorrida, que não teria apresentado CNAE pertinente ao objeto do certame (comercialização de gases), agredindo o item 4.1 do Edital¹, que exige que as licitantes tenham atividade compatível com o objeto do certame. Em razão disto, diz que é temerário contratar a recorrida em função da incerteza quanto a qualidade do produto que será entregue, bem como pelo fato dela não ser especialista em comercialização de gases. Segundo a ótica da recorrente, a não desclassificação da recorrida representa violação dos

¹ 4.1. Poderão participar deste Pregão os interessados que atenderem a todas as exigências, inclusive quanto à documentação, constantes deste Edital e seus Anexos, e que detenham atividade compatível e pertinente com o seu objeto.



arts. 40, VII, 41, 45 e 48 da lei de licitações². Afirma gravemente que a não observância pode implicar em ações criminais e de improbidade³, embora não diga as razões de afirmações tão categóricas.

3. É óbvio que a empresa que vai participar da licitação precisa ter atividade compatível com o objeto licitado, caso contrário não teria como atender o item 8 do Edital (Habilitação), em especial o subitem 8.8, que trata da qualificação técnica.

4. Como se sabe o item 8, relativo à habilitação, é uma forma de esmiuçar o conteúdo do item 4.1, que é genérico. Vale dizer. Atendido o item 8, atender-se-á o item 4.1, mas o inverso não é necessariamente verdadeiro. Isso é o que se chama de princípio da vinculação ao Edital,

² 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:

VII - critério para julgamento, com disposições claras e parâmetros objetivos;

Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

Art. 48. Serão desclassificadas:

I - as propostas que não atendam às exigências do ato convocatório da licitação;

³ Ante a falta de oferta de razões para o ponto, tratamos como ponto não impugnado especificamente, portanto incognoscível.

ou seja, a peça guia do certame, o Edital, deve ser obedecido em todos os seus termos. E o que se vê no presente caso? A recorrida atendeu todas as exigências de habilitação do Edital (item 8), inclusive apresentando atestados técnicos comprovando experiência específica exitosa no setor. Não há, pois, como se cogitar de agressão ao item 4.1 do edital.

5. Os documentos apresentados para a habilitação cumprem fielmente o exigido no Edital (item 8), cabendo um registro especial para os atos constitutivos⁴, a inscrição no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica⁵ e os termos dos atestados apresentados, que são claros ao afirmarem que a recorrida comercializa gases, loca equipamentos etc., cumprindo fielmente o item 8.8.1 do Edital e art. 30, II da

⁴ A cláusula quinta do contrato social tem a seguinte redação: A sociedade tem por objeto social a Fabricação de Gases Industriais, Comércio Atacadista de Oxigênio, Acetileno, Gás Carbônico, Nitrogênio, Argônio, Óxido Nitroso, Hélio, Misturas, Máquinas e Equip. Industriais suas Partes e Peças e Com. Varejista de Equipamentos de Segurança, Maçaricos para solda, produtos abrasivos, ferragens, ferramentas; Com. Atacadista de Prod. Odontológicos; Com Atacadista de Máquinas, Aparelhos e Equip. Odonto-Médico-Hospitalar, Aluguel de compressores de ar e bombas de vácuo medicinais. Serviços de Manutenção em Equipamentos de Medida. locação de Eq. Hospitalares e Odontológicos, cilindros, Eq. Industriais (sistema centralizados de gases); Representação comercial de produtos odontológicos; Instalação; Alteração; Manutenção e Reparo de rede para distribuição de gases e fluidos diversos: Instalação e Manutenção e Reparo de Equipamento odontológicos e Hospitalares, Manutenção e Reparação e Manutenção de Compressores, transporte Rodoviário de Gases de Todos os Tipos de Serviços de Engenharia na Elaboração e Gestão de Projetos.

⁵ Onde consta o CÓDIGO E DESCRIÇÃO DA ATIVIDADE ECONÔMICA PRINCIPAL 20.14-2-00 - Fabricação de gases industriais e CÓDIGO E DESCRIÇÃO DAS ATIVIDADES ECONÔMICAS SECUNDÁRIAS 33.14-7-04 - Manutenção e reparação de compressores 46.84-2-99 - Comércio atacadista de outros produtos químicos e petroquímicos não especificados anteriormente 46.63-0-00 - Comércio atacadista de Máquinas e equipamentos para uso industrial; partes e peças 47.44-0-01 - Comércio varejista de ferragens e ferramentas 33.12-1-02 - Manutenção e reparação de aparelhos e instrumentos de medida, teste e controle 77.39-0-02 - Aluguel de equipamentos científicos, médicos e hospitalares, sem operador 43.22-3-01 - Instalações hidráulicas, sanitárias e de gás 46.45-1-03 - Comércio atacadista de produtos odontológicos 46.18-4-02 - Representantes comerciais e agentes do comércio de instrumentos e materiais odonto-médico-hospitalares 46.64-8-00 - Comércio atacadista de máquinas, aparelhos e equipamentos para uso odonto-médico-hospitalar; partes e peças 49.30-2-03 - Transporte rodoviário de produtos perigosos 71.12-0-00 - Serviços de engenharia 77.39-0-99 - Aluguel de outras máquinas e equipamentos comerciais e industriais não especificados anteriormente, sem operador

lei de licitações. Basta observar o atestado fornecido pelo Hospital Unimed para que se conclua que a empresa licitante tem aptidão e experiência na comercialização de gases medicinais.

6. A recorrida é empresa conhecida no mercado de gases medicinais, com mais de 15 anos de atuação no Estado de Sergipe e além fronteiras, fornecendo os produtos ora licitados para os mais variados órgãos e entes, públicos e privados, de todas as esferas da federação, de forma que não há de se cogitar de impertinência com o objeto e da falta de segurança ou de risco à saúde pública. Todas as esferas de Governo têm relações contratuais com a recorrida nos moldes como se pretende em Itabaiana. Não há, pois, como se cogitar de temeridade em sua contratação.

7. A documentação apresentada foi suficiente para cumprir com folga as disposições editalícias, vez que a experiência anterior da licitante é bem superior à exigida;

8. Noutra quadra, independentemente do fato de a recorrida ter atendido o Edital no aspecto, vale considerar que a qualificação técnica tem a finalidade de aferir a aptidão técnica do licitante conferindo segurança à Administração Pública de que o mesmo possui pleno



conhecimento técnico para a execução do contrato, caso se sagre vencedor do certame (isso é adequação da atividade ao objeto!). Neste sentido, Joel de Menezes Niebuhr descreve que a "Administração Pública, ao avaliar a qualificação técnica dos licitantes, pretende aferir se eles dispõem dos conhecimentos, da experiência e do aparato operacional suficiente para satisfazer o contrato administrativo."⁶;

9. Dentre os documentos arrolados taxativamente pela Lei de Licitações para cobrar dos licitantes para fins de qualificação técnica, existem os atestados de capacidade técnica que estão estipulados no artigo 30, II e § 1º da Lei n. 8.666;

10. Os atestados de capacidade têm a finalidade de comprovar para a Administração Pública, por intermédio de um documento subscrito por terceiro alheio à disputa licitatória, de que o licitante já executou o objeto licitado em outra oportunidade e a referida execução foi a contento, o que gerará confiança e segurança à Administração licitadora de o aludido licitante possuir expertise técnica. Marçal Justen Filho enaltece a relevância do atestado ao discorrer que "em todo o tipo de contratação pode cogitar-se da exigência de experiência

⁶ NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação Pública e Contrato Administrativo. Curitiba: Zenite, 2008, p. 233

anterior do licitante como requisito de segurança para a contratação administrativa. Aliás até se pode afirmar que em muitos casos a capacitação técnica operacional se evidencia como a única manifestação de experiência anterior relevante e pertinente.⁷;

11. Convém destacar que a interpretação do artigo 30 no que concerne aos atestados, deve ser cautelosa e primar pela finalidade precípua da exigência, qual seja: a demonstração de que os licitantes possuem condições técnicas para executar o objeto pretendido pela Administração caso venha a sagrar-se vencedor;

12. Portanto, a apresentação de atestados visa demonstrar que os licitantes já executaram, anteriormente, **objetos compatíveis em características com aquele definido e almejado na licitação**. A finalidade da norma é clara: resguardar o interesse da Administração - a perfeita execução do objeto da licitação -, procurando-se, com a exigência de demonstração de capacidade, *preservar a competição entre aqueles que reúnam condições de executar objeto similar ao licitado*. A própria Constituição da República assevera no inciso XXI de seu art. 37, *in fine*,

⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 11. Ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 332.

que somente serão permitidas as exigências indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. Por todas estas razões, não resta dúvida que os agentes públicos deverão atuar ao examinar os atestados com esteio nos princípios, dentre outros, da razoabilidade, proporcionalidade, segurança jurídica e do formalismo moderado;

13. Não se devem excluir quaisquer licitantes por equívocos ou erros formais atinentes à apresentação do atestado, até porque, relembrando escólios de Benoit, o processo licitatório não é uma verdadeira gincana ou comédia⁸;

14. Ao se prescrever que a licitação é um processo administrativo formal nos termos do artigo 4º da Lei nº 8.666/1993 não significa formalismo excessivo e nem informalismo, e sim um formalismo moderado. Como dito por Hely Lopes Meirelles, "a orientação é a dispensa de rigorismos inúteis e a não exigência de formalidades e documentos desnecessários à qualificação dos interessados em licitar."⁹;

15. Nesta mesma linha de afastar possíveis formalismos excessivos nos atestados, o Tribunal de Contas

⁸ Le Droit Administratif Français, Paris, 1968, p. 610.

⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. Licitação e Contrato Administrativo. 2. Ed. São Paulo: RT, 1985, p. 122.

da União tem posicionamento sólido e inclusive determina que havendo qualquer dúvida nos atestados é dever da Administração Pública realizar a competente diligência:

Licitação para contratação de bens e serviços: As exigências para o fim de habilitação devem ser compatíveis com o objeto da licitação, evitando-se o formalismo desnecessário(...).

Ao examinar o assunto, a unidade técnica considerou que a inabilitação, pela razão apontada, denotaria excesso de rigor formal, pois a declaração da empresa eliminada afirmava não haver menores trabalhando em seus quadros. Assim, ainda para a unidade responsável pelo processo, "a partir dessa declaração, o gestor público somente poderia concluir pela inexistência de menores aprendizes. Afinal, menores aprendizes são menores. E como havia sido informada a inexistência de menores trabalhando, não era razoável se depreender que a empresa empregasse menores aprendizes". Caberia, no máximo, por parte da instituição promotora da licitação "promover diligência destinada a esclarecer a questão, indagando da empresa a utilização ou não de menores aprendizes", o que não configuraria irregularidade, qualquer que fosse a resposta obtida. Por conseguinte, votou pelo provimento dos recursos de revisão intentados, e, no ponto, pela rejeição das justificativas apresentadas pelos responsáveis envolvidos, levando o fato em consideração para votar, ainda, pela irregularidade das contas correspondentes, sem prejuízo de aplicação de multa, o que foi aprovado pelo Plenário. Precedente citado: Acórdão nº 7334/2009-Segunda Câmara. (Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos nº 74 do Tribunal de Contas da União, Acórdão nº 2003/2011-Plenário, TC-008.284/2005-9, Rel. Min. Augusto Nardes, 03.08.2011).

"Recomendação a uma prefeitura municipal para que qualifique, em procedimentos licitatórios com recursos federais, as exigências formais menos relevantes à consecução do objeto licitado, estabelecendo nos editais medidas alternativas em caso de descumprimento dessas exigências por parte dos licitantes, objetivando evitar a desclassificação das propostas, visando a atender ao princípio do formalismo moderado e da obtenção da proposta mais vantajosa à Administração, sem ferir a isonomia entre os partícipes e a competitividade do certame." (Tribunal de Contas da União, item 9.6.1, TC-002.147/2011-4, Acórdão nº 11.907/2011-Segunda Câmara).



16. Ecoando a mesma diretriz do Tribunal de Contas da União, o Poder Judiciário tem decidido favorável ao formalismo moderado, evitando excessos:

"PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. CARTA CONVITE. EXIGÊNCIA EDITALÍCIA COM FORMALISMO EXCESSIVO. DESCLASSIFICAÇÃO. AUSÊNCIA DE PLAUSIBILIDADE.

1. Recurso especial oposto contra acórdão que concedeu segurança postulada pela empresa recorrida por ter a recorrente desclassificado-a em procedimento de licitação carta convite, ao entendimento de que a CEF teria feito, em seu edital licitatório, exigência com um formalismo excessivo, consubstanciado que a licitante apresentasse, junto com sua proposta, catálogos técnicos ou prospectos do sistema de ar-condicionado, que foi objeto do certame.

2. A fim de resguardar o interesse público, é assegurado à Administração instituir, em procedimentos licitatórios, exigências referentes à capacidade técnica e econômica dos licitantes. No entanto, é ilegal a desclassificação, na modalidade carta convite, da proposta mais vantajosa ao argumento de que nesta não foram anexados os manuais dos produtos cotados, cuja especificação foi realizada pela recorrida.

3. Recurso não provido". (Superior Tribunal de Justiça, REsp 657.906/CE, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, julgado em 04/11/2004, DJ 02/05/2005, p. 199).

"ADMINISTRATIVO - LICITAÇÃO - FORMALIDADES: CONSEQÜÊNCIAS.

1. Repudia-se o formalismo quando é inteiramente desimportante para a configuração do ato.

2. Falta de assinatura nas planilhas de proposta da licitação não invalida o certame, porque rubricadas devidamente. 3. Contrato já celebrado e cumprido por outra empresa concorrente, impossibilitando o desfazimento da licitação, sendo de efeito declaratório o mandado de segurança.

4. Recurso provido".

(Superior Tribunal de Justiça, RMS 15.530/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 14/10/2003, DJ 01/12/2003, p. 294).

"MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. PROPOSTA TÉCNICA. INABILITAÇÃO. ARGÜIÇÃO DE FALTA DE ASSINATURA NO LOCAL PREDETERMINADO. ATO ILEGAL. EXCESSO DE FORMALISMO. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE.



1. A interpretação dos termos do Edital não pode conduzir a atos que acabem por malferir a própria finalidade do procedimento licitatório, restringindo o número de concorrentes e prejudicando a escolha da melhor proposta.
2. O ato coator foi desproporcional e desarrazoado, mormente tendo em conta que não houve falta de assinatura, pura e simples, mas assinaturas e rubricas fora do local preestabelecido, o que não é suficiente para invalidar a proposta, evidenciando claro excesso de formalismo. Precedentes.
3. Segurança concedida". (Superior Tribunal de Justiça, MS 5.869/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, Primeira Seção, julgado em 11/09/2002, DJ 07/10/2002, p. 163).

"ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. CONCORRÊNCIA. ATRASO NA ENTREGA DOS ENVELOPES CONTENDO PROPOSTAS. ALEGADA INFRINGÊNCIA AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. SUPOSTO RIGORISMO E FORMALISMO. IMPROVIMENTO DO RECURSO FACE À INEXISTÊNCIA DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

- 1 - A inobservância do princípio da razoabilidade não restou demonstrada. Existe, na licitação, predominância dos princípios da legalidade e igualdade (CF, art. 5º, caput, inc. II).
- 2 - Inexistência de direito líquido e certo a amparar a pretensão da recorrente.
- 3 - Recurso ordinário improvido". (Superior Tribunal de Justiça, RMS 10.404/RS, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, julgado em 29/04/1999, DJ 01/07/1999, p. 120).

17. Com efeito, destaca-se que se houver alguma dúvida sobre os atestados e correlatamente sobre a pertinência entre a atividade da recorrida e o objeto da licitação, é dever do agente público buscar a verdade material do mesmo ao efetuar material e formalmente uma diligência;

18. Neste raciocínio, vide a decisão abaixo em que o Tribunal de Contas da União determinou ao Pregoeiro a

realização de diligência para esclarecer as informações contidas nos atestados de capacidade técnica:

Licitação sob a modalidade pregão: As informações demandadas nos atestados a serem apresentados por licitantes, para o fim de comprovação de capacidade técnica, devem ser dotadas de clareza, sendo que, no caso de dúvidas, cabe ao gestor público valer-se da faculdade contida no § 3º art. 43 da Lei 8.666/1993, promovendo diligências, para saneamento dos fatos, se necessário (...). Mesmo admitindo, ainda consoante o relator, "que fosse necessária a comprovação da operação simultânea dos 315 PA em uma única instalação física para a aferição da capacidade técnica, não é possível afirmar que isso não ocorreu a partir do que está escrito no atestado em questão". Nesse ponto haveria, destarte, inferência por parte da (omissis) baseada em interpretação restritiva do texto do atestado. Destacou o relator que "se havia dúvidas a respeito do conteúdo do atestado, caberia ao gestor, zeloso, recorrer ao permissivo contido no § 3º do art. 43 da Lei nº 8.666/1993 e efetuar diligência à (...). para esclarecê-las, providência que não foi tomada." Indevida, portanto, na forma de ver do relator, a inabilitação da empresa, o que levou-o a votar por que se determinasse à (omissis) que adotasse as providências necessárias no sentido de tornar nulos os atos administrativos que inabilitaram e desclassificaram a proposta da empresa, o que foi aprovado pelo Plenário. Precedente citado: Acórdão nº 2521/2003, Plenário. (Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos nº 73 do Tribunal de Contas da União, Acórdão nº 1924/2011-Plenário, TC-000.312/2011-8, Rel. Min. Raimundo Carreiro, 27.07.2011).

No mesmo sentido é a orientação do Superior Tribunal de Justiça:

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EFEITO SUSPENSIVO. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE PENDENTE. SÚMULAS 634 E 635 DO STF. EXCEPCIONALIDADE. FUMUS BONI IURIS E PERICULUM IN MORA PRESENTES.

(...)

7. Adequado, em face das peculiaridades do caso, prestigiar a competência da Comissão de Licitação, que pode promover "diligência destinada a esclarecer ou complementar a instrução do processo" (art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993), dispositivo legal prequestionado e suscitado no Recurso Especial (fumus boni iuris).



8. Quanto ao periculum in mora, é incontroverso que a requerente presta serviços de locação de 622 veículos ao Município, e que o contrato firmado em 12.5.2010 foi declarado nulo em 11.5.2011, por conta do acórdão recorrido. Adicionalmente, relevante a iminente ampliação da despesa pública municipal, em R\$ 283.244,00 mensais, para a prestação do mesmo serviço. 9. Agravo Regimental provido”.

(Superior Tribunal de Justiça, AgRg na MC 18.046/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 28/06/2011, DJe 02/08/2011).

19. Portanto, a exigência e a demonstração de capacidade técnica por meio dos atestados têm o escopo de resguardar a Administração Pública de que o licitante possui expertise e aptidão técnica, caso seja o vencedor do certame e venha a ser contratado. Neste prisma, os documentos apresentados no envelope de habilitação deverão ser apreciados e interpretados sempre preconizando a teleologia (finalidade) do documento para a consecução do interesse público. Ademais, não há no Edital qualquer exigência relativa ao CNAE, que tem maior relação com a questão tributária. Desclassificar a recorrida com esse fundamento é que seria violar o Edital.

20. Assim, na forma do 9º da lei 10.520/02 c/c art. 43, § 3º da Lei 8.666/93, em caso de dúvida em relação aos atestados e documentos de habilitação apresentados, que o digno pregoeiro aplique o princípio do formalismo moderado e efetue as diligências que entender necessárias à



confirmação do que fora aqui afirmado. Isso se a documentação juntada não tiver o condão de se antecipar a possíveis diligências, requerimento que se faz apenas em nome do princípio da colaboração, atualmente consagrado no Código Fux e da eventualidade;

21. Quanto aos dispositivos legais apontados em recurso, sequer houve demonstração das razões que fazem ao recorrente crer que houve subjetividade no julgamento. Como se viu, todo Edital foi cumprido e a recorrente não logrou êxito em demonstrar quais itens do Edital não foram atendidos pela recorrida, senão o item 4.1, cujo argumento morreu de inanição jurídica;

22. O recorrente alega que o Edital exige comprovação de AFE e exige, simultaneamente, que os documentos devem ser com o CNPJ da licitante¹⁰. É óbvio, mais uma vez, que em regra os documentos apresentados devem estar vinculados ao CNPJ da licitante, mas nada impede que o Edital faça uma ou outra exigência diferente, especialmente quando destinada a atender a comandos de ordem pública e/ou legislação específica, como foi o caso¹¹.

¹⁰ Não aponta que cláusula firma esta obrigação, mas ainda que existisse teria sido excepcionada pelo subitem 8.8.4.

¹¹ Regras da ANVISA.



O recorrente não cita, mas o centro dessa controvérsia é o subitem 8.8.4 que diz:

"8.8.4. Autorização de Funcionamento - AFE, expedida pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) da sede ou filial relativo à empresa fabricante de gases medicinais;"

23. Está ululante que a recorrida comercializará os gases fabricados pela LINDE, que possui a AFE como exigido pelo Edital. Isso deveria ser o bastante para a rejeição do recurso, mas desçamos a mais detalhes.

24. O fato da recorrida está juridicamente apta a fabricar gases não a impede de adquirir gases de fabricantes autorizados no mercado.

25. O Pregoeiro não feriu os arts. 3º e 41 da lei 8.666/93 quando habilitou a recorrida, em especial quando esta apresentou AFE (Autorização de Funcionamento) em nome da LINDE, muito menos a apresentação dessa documentação caracteriza a subcontratação vedada pelo arts. 66, 76, 78, VI da lei de licitações.



26. Prima facie, é necessário registrar que em consulta ao site da ANVISA, realizado nesta data às 1:31h, no endereço eletrônico <http://portal.anvisa.gov.br/registros-e-autorizacoes/medicamentos/produtos/gases-medicinais/informacoes-gerais>, constatou-se o seguinte texto:

"...

Todas as empresas que participam das etapas de produção de gases medicinais, tais como síntese química, compressão ou separação de gases e qualquer tipo de envase são reguladas pela ANVISA.

Assim, embora a notificação dos Gases Medicinais esteja suspensa, todas as empresas que fabriquem ou envasem gases medicinais devem obrigatoriamente possuir a Autorização de Funcionamento - AFE, expedida pela ANVISA e cumprir com os requerimentos de Boas Práticas de Fabricação, estabelecida pela RDC N. 69/2008, alterada pela RDC 9, de 04 de março de 2010.

A concessão de AFE é orientada pelas Resoluções RDC 16, de 01 de abril de 2014 e RDC 32, de 5 de julho de 2011, que abrangem empresas fabricantes e envasadoras de Gases Medicinais.

Considerando o impacto regulatório no mercado de gases medicinais e as especificidades do setor, a ANVISA ainda não estabeleceu os requisitos com a concessão de AFE para as empresas que realizam as etapas de distribuição, armazenamento e transporte de gases medicinais e, **portanto, essas empresas**



não necessitam de AFE para seu funcionamento." (grifo nosso)

27. Diante da interpretação autêntica realizada pela ANVISA sobre suas próprias normas e atividade regulatória, em especial as RDC's 09, 69, 16 e 32, não há espaço para hermenêutica diversa. Vale dizer, a recorrida não precisa de AFE e ainda que quisesse a AFE não seria expedida por falta de regulamentação, na forma da explicação dada pela própria ANVISA. Não há de se cogitar da exigência do impossível, sob pena de nulidade;

28. Nessa esteira, a AFE apresentada pela recorrida foi tão somente um documento extraordinário juntado para o fim de demonstrar que o produto distribuído pela licitante tinha origem regular, lícita e aprovada pelos órgãos regulatórios, nos termo do Edital;

29. O objeto da licitação pressupõe a aquisição de um produto sem que fosse exigido que o fornecedor fosse o fabricante, a indústria, mas possibilitando, como deveria ser, para garantir a competitividade, que os comerciantes (distribuidores) pudessem participar do certame. Logicamente que a avença futura a ser firmada entre o fornecedor/distribuidor e o contratante terá seu objeto



exaurido pela execução de suas obrigações diretamente pelo distribuidor, legítimo possuidor dos bens que adquiriu do fabricante. O fato do contratado não ser o fabricante do produto não lhe retira a possibilidade de ser o proprietário do bem e a circunstância de aliená-lo a terceiro não significa de forma alguma uma terceirização ou subcontratação, pois não há qualquer liame jurídico ou fático entre fabricante e contratante;

30. Repita-se, o produto é da recorrida e será entregue por ela! Quem o fabrica não é de interesse do certame. Enfim, não se trata de subcontratação, salvo se esta tiver sido inovadora e inusitadamente conceituada pela recorrente;

31. Apenas para colocar pá de cal no assunto, vejam o conteúdo da RDC n° 25/2015:

RESOLUÇÃO DA DIRETORIA COLEGIADA - RDC N° 25, DE 25 DE JUNHO DE 2015 (Publicada no DOU n° 120, de 26 de junho de 2015)

Dispõe sobre a suspensão de prazos relativos à notificação de gases medicinais estabelecidos na Resolução-RDC n.º 68, de 16 de dezembro de 2011.

A Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, no uso das atribuições que lhe confere os incisos III e IV, do art. 15 da Lei n.º 9.782, de 26 de janeiro de 1999, o inciso V, e §§ 1º e 3º do art. 5º do



Regimento Interno aprovado nos termos do Anexo I da Portaria nº 650 da ANVISA, de 29 de maio de 2014, tendo em vista os incisos III, do art. 2º, III e IV, do art. 7º da Lei nº 9.782, de 1999, o Programa de Melhoria do Processo de Regulamentação da Agência, instituído por meio da Portaria nº 422, de 16 de abril de 2008, e conforme deliberado em reunião realizada em 24 de junho de 2015, adota a seguinte Resolução da Diretoria Colegiada e eu, Diretor-Presidente Substituto, determino a sua publicação:

Art. 1º Fica suspenso o prazo estabelecido pelo art. 1º da Resolução da Diretoria Colegiada - RDC n.º 68, de 16 de dezembro de 2011.

Art. 2º Fica também suspenso o prazo estabelecido no item 4.13 do Anexo I da Resolução da Diretoria Colegiada - RDC n.º 70, de 1º de outubro de 2008, alterado pela Resolução da Diretoria Colegiada n.º 68, de 16 de dezembro de 2011.

Art. 3º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Ante o exposto, a recorrida espera que essas contrarrazões sejam recebidas e acolhidas, no sentido da manutenção da decisão recorrida em todos os seus termos ou, no caso de dúvida, pela emissão de diligências, nos termos desta petição.

Nesses termos, aguarda deferimento.

Aracaju, 28 de março de 2019.


Claudio Roberto Moreira de Meneses

Sócio-administrador
CPF nº 239.055.735-04

CR OXIGÊNIO GASES E EQUIPAMENTOS LTDA.
CNPJ 04.292.445/0001-43