



# Diário Oficial

## da Estância Turística de Guaratinguetá

ANO 62 Guaratinguetá, 14 de setembro de 2023 - EDIÇÃO EXTRAORDINÁRIA Nº 4.705

### LICITAÇÃO

13/09/2023 10:33

BEC/SP Bolsa Eletrônica de Compras -

CONSIDERANDO A IMPUGNAÇÃO APRESENTADA, VISANDO SUBSIDIAR A PRESENTE DECISÃO A MESMA FOI SUBMETIDA À APRECIÇÃO TÉCNICA DA SECRETARIA DA SAÚDE A QUAL PROFERIU A SEGUINTE DECISÃO:  
"Considerando o pedido de impugnação enviada pela empresa White Martins Gases Industriais Ltda temos a informar:

#### ITEM 01 – LOCAÇÃO DE CONCENTRADOR DE OXIGÊNIO DE 10 LPM

"Recomenda-se flexibilizar a exigência em referência, de modo a considerar fluxo variável entre 1 a 10 l/m, por serem estes os parâmetros de fluxo atendidos pela maioria de equipamentos comercializados no mercado".

Encontramos no mercado ao menos 02 equipamentos com Vazão de Oxigênio de 0 a 10 L/min, sendo eles o Gran Mercury (Lumiar) e Yuwell 10 lpm (Gaslive).

O Edital pede vazão de oxigênio que atenda de 0 a 10 L/min para proporcionar a maior participação de licitante. O equipamento com vazão de 1 a 10 L/Min atende a terapêutica proposta pela Secretaria da Saúde. Diante disso manteremos o descritivo do Edital.

#### ITEM 02 – LOCAÇÃO DE CONCENTRADOR DE OXIGÊNIO de 5 LPM.

"Recomenda-se flexibilizar a exigência em referência, de modo a considerar fluxo variável entre 0,5 a 05 L/mi, por serem estes os parâmetros de fluxo atendidos pela maioria de equipamentos comercializados no mercado".

- 1) O Edital pede vazão de oxigênio que atenda de 0 a 05 L/min para proporcionar a maior participação de licitante. O equipamento com vazão de 1 a 05 L/Min - 0,5 a 5 l/min atendem a terapêutica proposta pela Secretaria da Saúde por estarem dentro do parâmetro solicitado no Edital que é de 0 a 5 l/min. Diante disso manteremos o descritivo do Edital.
- 2) No edital solicita-se Ruído produzido menor que 45 DBA

"Desta forma, como medida a ampliar a variedade de modelos de equipamento que poderão ser ofertados no certame, sem oferecer prejuízo à aplicação clínica pretendida, pede-se considerar alterar o nível de ruído máximo permitido, passando este de 45 DBA para 52 DBA".

Encontramos no mercado ao menos 04 equipamentos com o nível de ruído solicitado, sendo eles Mercury, Millenium, Everflo, Airsep Visionaire.  
Diante disso manteremos o descritivo do edital

#### PRAZO PARA ATENDIMENTO DO OBJETO

"Verifica-se no edital o estabelecimento de prazo de 24 (vinte e quatro) horas para atendimento: Ocorre que, para que todo o processo de desmobilização e mobilização ocorra, faz-se mister a concessão de prazo exequível para sua realização, prazo este que não pode ser inferior a 30 (trinta) dias, a contar do recebimento da autorização de fornecimento".

O prazo de 24 horas é referente as instalações do decorrer do contrato. O processo de desmobilização e mobilização dos equipamentos em uso, será realizado dentro de programação de forma a não causar desassistência ao paciente dependente do oxigênio, ou seja, será planejado junto a vendedora do certame.  
Diante disso manteremos o descritivo do edital"

DIANTE DOS ELEMENTOS APRESENTADOS PELA SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE, TEMOS QUE OS MESMOS SE AMOLDAM AO PRINCÍPIO DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA, SENÃO VEJAMOS:

DA DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO EM DEFINIR O OBJETO A SER CONTRATADO OU LIMITAÇÃO DA PARTICIPAÇÃO

A descrição dos serviços que serão licitados é de competência da Secretaria interessada, a qual busca, dentro do PRINCÍPIO DA DISCRICIONARIEDADE, aqueles que melhor atenderão as necessidades das unidades, razão pela qual, não cabe aos interessados questionar ou proceder ofertas que possam atrasar o andamento do certame. Ademais, as condições apresentadas no Termo de Referência, da lavra da Secretaria Municipal da Saúde, não são destituídas de fundamento, pois as mesmas têm respaldo no mundo, jurídico, constante no artigo 15, inciso I, da Lei 8.666/93, in verbis:

Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão: I - atender ao princípio da padronização, que imponha compatibilidade de especificações técnicas e de desempenho, observadas, quando for o caso, as condições de manutenção, assistência técnica e garantia oferecidas;

Por oportuno, cumpre-nos destacar o que diz o Tribunal de Contas da União no Enunciado nº 351, que assim diz, corroborando com os fundamentos expostos neste parecer, vejamos:

"A proibição de cláusulas ou condições restritivas do caráter competitivo não constitui óbice a que a Administração estabeleça os requisitos mínimos para participação no certame considerados necessários à garantia do contrato, à segurança e perfeição da obra ou do serviço, à regularidade do fornecimento ou ao atendimento de qualquer outro interesse público".

Assim, os serviços com as características mínimas postas no edital podem ser atendidas por inúmeros fornecedores. O ente público define o objeto do certame de acordo com suas necessidades. Cabe ao mesmo definir as características dos serviços que

[https://www.bec.sp.gov.br/bec\\_pregao\\_UI/Edital/BECPRP01002.aspx?tXS71zRHivuvDSIqFhKrtPXOW126PH2B8D1GIV1581SMZhqMb%2bkGk...](https://www.bec.sp.gov.br/bec_pregao_UI/Edital/BECPRP01002.aspx?tXS71zRHivuvDSIqFhKrtPXOW126PH2B8D1GIV1581SMZhqMb%2bkGk...) 1/3



# Diário Oficial

## da Estância Turística de Guaratinguetá

ANO 62 Guaratinguetá, 14 de setembro de 2023 - EDIÇÃO EXTRAORDINÁRIA Nº 4.705

### LICITAÇÃO

13/09/2023 10:33

BEC/SP Bolsa Eletrônica de Compras -

necessita, não um determinado fornecedor que, por certo busca alterar o objeto do edital de modo a que ele tenha mais chances em relação aos demais, ou seja o único beneficiado, o foco da preocupação por certo não é o mesmo do município. Busca o município com as características mínimas contratar serviços de qualidade, que atendam as necessidades dos pacientes da rede SUS, o ente público deve zelar pelo erário público, não adquirindo qualquer produto / serviço, mas sim deve ter redobrados cuidados, ainda mais em tempos de poucos recursos. Por fim o que preconiza o município é contratar um bom serviço, que atenda sua necessidade dos pacientes, e que tenha segurança, pelo melhor preço, sem perder a qualidade, pois estamos aqui tratando de VIDAS. Em consulta à doutrina disponível no endereço eletrônico: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/41648/a-discricionariedade-administrativa-do-gestor-publico-na-especificacao-do-objeto-da-licitacao> (consultado em 12/09/2023, às 15h22min), pode-se extrair os elementos abaixo transcritos, os quais corroboram com o entendimento desta Assessoria Jurídica, quanto a DISCRICIONARIEDADE da Administração em definir o objeto a ser contratado, senão vejamos:

"A Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, regulamenta o artigo 37, XXI, da Constituição Federal de 1988, e estabelece as normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

É certo que a licitação é um processo seletivo público destinado a escolher a proposta mais vantajosa para a Administração Pública, na qual deve ser assegurada a igualdade de condições a todos os concorrentes, sob pena de restar malferido o princípio Republicano inserto no artigo 1º, da Constituição. Nesse sentido, destaca-se o artigo 3º, da Lei 8.666/93:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e 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.

Para assegurar o cumprimento de todos os escopos da licitação, notadamente o respeito ao princípio da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa e o julgamento objetivo, o objeto da licitação deve ser especificado de forma clara, transparente e objetiva, a fim de evitar a ocorrência de subjetivismos no julgamento e processamento do certame. Nesse passo, são os artigos 14 e 15, § 7º, da Lei 8.666/93:

Art. 14. Nenhuma compra será feita sem a adequada caracterização de seu objeto e indicação dos recursos orçamentários para seu pagamento, sob pena de nulidade do ato e responsabilidade de quem lhe tiver dado causa.

Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão:

(...)

§ 7º Nas compras deverão ser observadas, ainda:

I - a especificação completa do bem a ser adquirido sem indicação de marca;

II - a definição das unidades e das quantidades a serem adquiridas em função do consumo e utilização prováveis, cuja estimativa será obtida, sempre que possível, mediante adequadas técnicas quantitativas de estimação;

III - as condições de guarda e armazenamento que não permitam a deterioração do material.

Como a realização da licitação encontra guarida no princípio Republicano, que garante a todos a igualdade de oportunidades para efetivamente participar dos atos da vida pública, a especificação do objeto deve ser transparente e objetiva, para garantir o julgamento objetivo e, por consequência, coibir vantagens indevidas a pessoas determinadas.

2. A discricionariedade na especificação do objeto da licitação e o controle externo exercido pelos Tribunais de Contas

O art. 2º, da Constituição da República de 1988, dispõe que "são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário". A separação dos Poderes foi a fórmula encontrada para conter o absolutismo, no qual todo o Poder concentrava-se nas mãos de uma única pessoa.

Assim, cada Poder é independente, mas encontram limites de atuação no controle recíproco exercido um sobre o outro. Todavia, para preservar a harmonia e impedir possíveis crises institucionais, o controle não é absoluto, encontrando balizas normativas de atuação.

Ressalta-se que a expressão controle da administração significa a fiscalização, o acompanhamento, a vigilância e a revisão da atividade administrativa desempenhada por cada um dos Poderes. Por isso, o controle nada mais é do que um mecanismo de ajuste de conduta, que objetiva a busca pela legalidade da atuação.

Sinteticamente, quanto à natureza do controle, existem duas classificações básicas: de legalidade e de mérito.

O controle de legalidade é baseado na análise da conduta administrativa com as normas jurídicas, podendo ser desenvolvido pelos órgãos de controle interno e externo (é o caso do controle exercido pelos Tribunais de Contas sobre a atuação dos gestores públicos).

Por sua vez, o controle de mérito recai sobre os aspectos discricionários da conduta administrativa, isto é, sobre o conteúdo da decisão proferida dentro dos limites da delegação legislativa, sendo, por isso, desenvolvido apenas pelos órgãos de controle interno, já que eles integram a própria estrutura da Administração Pública.

Corroborando a impossibilidade do controle externo revisar os aspectos discricionários da conduta administrativa, destaca-se o magistério do administrativista José dos Santos Carvalho Filho, em sua obra Manual de Direito Administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 792:

O termo mérito, no Direito Administrativo, tem sido empregado, algumas vezes, em sentido um pouco diverso do sentido clássico.

Quando se faz referência ao controle de mérito, no entanto, a intenção é considerar aqueles aspectos da conduta administrativa sujeitos à valoração dos próprios agentes administrativos. Significa, pois, aquilo que é melhor, mais conveniente, mais oportuno, mais adequado, mais justo, tudo, enfim, para propiciar que a Administração alcance seus fins.

O ponto que mais merece atenção nesse tipo de controle reside na competência para exercê-lo. Com efeito, o controle de mérito é privativo da Administração Pública e, logicamente, não se submete à sindicabilidade no Poder Judiciário[5]. A razão é simples. Se esse controle tem por objeto a avaliação de condutas administrativas, há de traduzir certa discricionariedade atribuída aos órgãos administrativos. Somente a estes incumbe proceder a essa valoração, até porque esta é inteiramente administrativa. Ao Judiciário somente é cabível o controle de legalidade, vez que constitui sua função decidir sobre os confrontos entre as condutas administrativas e as normas jurídicas, como vimos acima. Grifo nosso

Desse modo, como o controle de mérito do ato administrativo é aquele que recai sobre a margem de liberdade conferida pela lei ao gestor público, para decidir segundo critérios de conveniência e oportunidade, ele não pode ser efetivado pelos órgãos incumbidos do controle externo, sob pena de caracterização de ingerência indevida na atividade administrativa e de colocar-se em xeque a separação dos Poderes, que foi erigida como cláusula pétreia no artigo 60, § 4º, III, da Constituição da República de 1988.

É cediço que a Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei 8.666/93) e as demais normas de organização administrativa não especificam quais bens, materiais de consumo e serviços podem ser adquiridos pelo Poder Público, O QUE FAZ COM QUE A

[https://www.bec.sp.gov.br/bec\\_pregao\\_UI/Edital/BECPRP01002.aspx?txS71zRHivuvDSIqFHKRIPXOW126PH2B8D1GIV1581SMZhqMb%2bkCk...](https://www.bec.sp.gov.br/bec_pregao_UI/Edital/BECPRP01002.aspx?txS71zRHivuvDSIqFHKRIPXOW126PH2B8D1GIV1581SMZhqMb%2bkCk...) 2/3



# Diário Oficial

## da Estância Turística de Guaratinguetá

ANO 62 Guaratinguetá, 14 de setembro de 2023 - EDIÇÃO EXTRAORDINÁRIA Nº 4.705

### LICITAÇÃO

13/09/2023 10:33

BEC/SP Bolsa Eletrônica de Compras -

DEFINIÇÃO DAS AQUISIÇÕES SEJA SITUADA NO CAMPO DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA (grifamos). NO CASO, A DISCRICIONARIEDADE É O PODER-DEVER ATRIBUÍDO AO ADMINISTRADOR PARA AUTORIZAR AS COMPRAS DE BENS E SERVIÇOS, QUE DEVEM SER ESPECIFICADAS DE FORMA CLARA E OBJETIVA (grifamos).

Destarte, não é atribuição das Cortes de Contas Estaduais, no exercício do controle externo, imiscuir-se no mérito da decisão para tentar definir as especificações dos equipamentos que podem ser licitados, porquanto os Poderes possuem independência para realizar referido mister, devendo obediência apenas às restrições impostas pela Carta Magna de 1988 e pela Lei 8.666/93.

Em situação análoga, o Tribunal Regional Federal da Primeira Região decidiu que a especificação do objeto da licitação encontra-se no campo da discricionariedade administrativa, conforme se extraiu da obra: BRASIL. Tribunal Regional da Primeira Região. Quinta Turma. Agravo Regimental na Medida Cautelar 200701000129240. Relator Desembargador Federal Fagundes de Deus. Data do Julgamento 01.08.2007.

PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO INTERPOSTOS CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR QUE INDEFERIU PEDIDO DE LIMINAR. DESCABIMENTO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. RECEBIMENTO DOS EMBARGOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. AUSÊNCIA DE OMISSÃO E CONTRADIÇÃO NO DECISUM.

1. A orientação jurisprudencial vem-se firmando no sentido de que descabem embargos de declaração contra decisão monocrática do Relator (CPC, arts. 535 e 557, §1º), sendo legítimo, porém, o seu recebimento como agravo regimental, em homenagem ao princípio da fungibilidade recursal, desde que o recurso tenha sido interposto no prazo legal de cinco dias, como sucedeu na espécie.

2. Pretende a Embargante rediscutir questão já decidida, com o intuito de alterar a orientação jurídica adotada no decisum, que, de forma clara e objetiva, demonstrou que a exigência de profissional de nível superior, constante do edital, era razoável ante a magnitude do objeto da licitação, sendo que a opção do Administrador pela contratação de profissional com tal nível de formação situa-se dentro da margem de discricionariedade deferida ao agente público. Omissão inexistente.

3. Não há contradição na determinação de se corrigir o pólo passivo da ação, tendo em vista que apenas no mandado de segurança é que compete à autoridade coatora a representação judicial da entidade em cujo nome atue. Assim, quanto às providências tendentes à suspensão de medida processual, é competente o órgão de defesa judicial da entidade pública, na forma do art. 3º da Lei 4.348/64. Confira-se: AMS 2004.36.00.010688-4/MT, Quinta Turma, Rel. Des. Federal João Batista Moreira, DJ de 05/02/2007, p. 129.

4. Embargos de Declaração recebidos como agravo regimental a que se nega provimento. Grifos nossos. Nesse passo, tratando-se de matéria afeta ao mérito administrativo, que, por conseguinte, está incluída na discricionariedade do gestor, descabe aos Tribunais de Contas interverem para definir, em sede de controle externo, as especificações das aquisições da Administração Pública.

Além disso, a tentativa de controle externo da especificação do objeto da licitação deve ser precedida de vistoria in loco ao ente licitante, a fim de poder conhecer a real necessidade administrativa da aquisição, não sendo possível que referido controle seja efelivado apenas na teoria, ou seja, não é crível que a especificação do objeto seja classificada como desnecessária sem conhecer a real necessidade da Administração Pública.

Ante o exposto, s.m.j., inexistente qualquer ilicitude ou omissão por parte da Administração Municipal, na definição de seu edital e suas exigências. Dessa feita, diante do exposto, conclui-se que os editais dos certames públicos devem ser elaborados com razoabilidade e proporcionalidade, e sempre com a observância dos limites traçados pelas Leis 8.666/93 e 10.520/2002.

#### CONCLUSÃO

Considerando os termos apresentados pelo parecer técnico exarado acima, RATIFICAMOS os elementos apresentados, TOMANDO-OS COMO FUNDAMENTOS DA PRESENTE DECISÃO, para ACOLHER a impugnação ofertada por WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS LTDA, para, no mérito, NEGAR-LHE PROVIMENTO, devendo-se dar prosseguimento ao certame, ficando, portanto, mantidas data e hora designadas para a realização da sessão pública.

13/9/23  
Ademir dos Santos Filho  
Secretário Municipal  
de Administração



# Diário Oficial

## da Estância Turística de Guaratinguetá

ANO 62 Guaratinguetá, 14 de setembro de 2023 - EDIÇÃO EXTRAORDINÁRIA Nº 4.705

### LICITAÇÃO

14/09/2023 12:47

BEC/SP Bolsa Eletrônica de Compras -

Inicialmente cumpre-nos destacar que, quando da abertura do certame houve o encaminhamento da solicitação de compras, pela Secretaria Municipal de Saúde, por intermédio do ofício nº 091/2023 – COMPRAS/SMS, datado de 25/07/2023, no qual a mesma solicita que a licitação seja realizada de forma ampliada, ou seja, não procedendo a exclusividade e tampouco a cota reservadas, nos termos da Lei Complementar nº 123/2006, conforme justificativa a seguir transcrita:

Justificativa:

"Conforme previsto na LEI COMPLEMENTAR Nº 123, DE 14 DE DEZEMBRO DE 2006

III - em que se estabeleça cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte, em certames para a aquisição de bens e serviços de natureza divisível.

III - deverá estabelecer, em certames para aquisição de bens de natureza divisível, cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte. (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014).

Se observar está sendo colocada exclusividade e na Lei está prevista cota de até 25% e não exclusividade mesmo que o item seja até R\$ 80.000,00 não é exclusivo e sim cota.

"Art. 49. Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando:

II - não houver um mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório;

III - o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado;

Quando se trata de medicamentos, materiais médico-hospitalares, materiais de limpeza, materiais de escritório, equipamentos (mobiliário e informática) em grandes quantidades ou de valores representativos é notório que as empresas de pequeno porte possuem valor superior a 10% e fica configurado o prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado ainda mais quando a mesma não comprova a disponibilidade de estoque total quando solicitada a entrega".

Dessa forma, caracterizando o processo licitatório na condição de ampla concorrência, em detrimento da exclusividade para as microempresas (ME) e/ou empresas de pequeno porte (EPP), com a fundamentação legal expressa, ou seja, Art. 49, da LC nº 123/2006 e suas alterações. A justificativa da não aplicação da exclusividade ou cota de 25% está justificada nos autos, conforme acima identificado e transcrito.

Tal situação somente deixará de ser aplicada, de forma justificada no processo licitatório, quando aplicados nos incisos do artigo 49 da mesma lei, ou seja:

Art. 49. Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando:

I – (Revogado);

II – não houver um mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório;

III - o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado;

IV – a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, executando-se as dispensas tratadas pelos incisos I e II do art. 24 da mesma Lei, nas quais a compra deverá ser feita preferencialmente de microempresas e empresas de pequeno porte, aplicando-se o disposto no inciso I do art. 48.

Dessa forma, improcedente a impugnação apresentada, posto que se encontra justificada, não havendo que se falar em aplicação da exclusividade e tampouco da reserva de cota de até 25%.

Diante do exposto, acolhemos a impugnação, por ser tempestiva, para, no mérito, NEGAR-LHE PROVIMENTO, devendo o Pregão Eletrônico nº 054/2023 seguir o seu trâmite regular, de acordo com as fundamentações acima expostas.

Ademar dos Santos Filho  
Secretário Municipal  
de Administração