

ILMO (A). SR (A). PREGOEIRO (A) DA PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PEDRO DA ALDEIA – ESTADO DO RIO DE JANEIRO.

REF.: PREGÃO ELETRÔNICO Nº 64/2022

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 9518/2021

DATA DA SESSÃO: 24/10/2022

HORÁRIO: 10h00min

WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS LTDA, sociedade empresária, com matriz estabelecida na Av. Pastor Martin Luther King Jr., nº 126- Bloco 10-Ala A-Sala 401, Del Castilho – Rio de Janeiro – R.J. - CEP: 20760-005, CNPJ/MF nº 35.820.448/0001-36 e filial localizada na Rua S1, 188, Bairro Granja dos Cavaleiros, Macaé / RJ - CEP 27.930-070 inscrita no CNPJ/MF nº 35.820.448/0012-99, doravante denominada “WHITE MARTINS”, vem, tempestivamente, por seu representante legal abaixo assinado, com fundamento no mandamento constante do edital apresentar

IMPUGNAÇÃO

ao **edital do pregão em referência**, pelas razões fáticas, técnicas e jurídicas a seguir delineadas, tendo em vista os vícios verificados no edital, que se não sanados poderão contaminar os atos sucessivos e, conseqüentemente, o processo poderá ter sua nulidade decretada até mesmo perante o Judiciário.

I. MOTIVOS QUE ENSEJARAM A APRESENTAÇÃO DA PRESENTE IMPUGNAÇÃO.

A WHITE MARTINS teve conhecimento da abertura do processo licitatório em referência, que tem por OBJETO “O REGISTRO DE PREÇOS PARA EVENTUAL CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA PARA LOCAÇÃO DE CONCENTRADOR DE OXIGÊNIO E AQUISIÇÃO DE OXIGÊNIO MEDICINAL PARA RECARGA DE CILINDROS”.

E, na condição de interessada em participar da disputa para o atendimento deste objeto, analisou os termos do edital. Após acurada leitura, foram identificadas exigências que necessitam ser revistas, para que os atos do processo ocorram de acordo com a lei.

II – EXIGÊNCIA DE COMPROVANTES EM EXCESSO.

Há cláusulas que integram a minuta do Contrato que atribuem à Contratada a obrigação de apresentar os seguintes comprovantes:

II - DAS OBRIGAÇÕES DA CONTRATADA

a) manter durante o período de execução do fornecimento contratado as condições de regularidade junto ao INSS, FGTS, e a Fazenda Federal, Fazenda Estadual, e Fazenda Municipal, apresentando os respectivos comprovantes, **inclusive GFIP com informações do tomador de serviço, GPS e GRF mensais conforme disposto na IN RFB nº 971/09, bem como as condições de qualificação exigidas na licitação;**

A IMPUGNANTE compreende a necessidade da Administração fiscalizar o cumprimento das obrigações trabalhistas, previdenciárias e sociais pela CONTRATADA. Contudo, há documentos que estão sendo exigidos em excesso (GFIP, GPS, GRF), vez que o objeto não demanda a disponibilização de mão-de-obra dedicada, exclusivamente, para atender o escopo da licitação.

O objeto contempla, basicamente, o fornecimento de bens por parte da CONTRATADA, não havendo, com isso, a necessidade de empregar mão-de-obra especificamente para execução do contrato.

Desta feita, entende-se ser razoável exigir os comprovantes de regularidade perante o FGTS, de regularidade perante os tributos federais e contribuições sociais, bem como o comprovante de regularidade perante as obrigações trabalhistas (CNDT) , mas exigir a apresentação dos demais comprovantes foge a razoabilidade, pois não condiz com o escopo contratado que, vale frisar, não compreende a disponibilização de mão-de-obra para atuação específica para este contrato, tampouco a contratação/terceirização de pessoal para esta finalidade.

Além disso, estamos tratando de dados pessoais e dados pessoais sensíveis de pessoas físicas do quadro de profissionais desta empresa.

Desta forma, se mantidas tais exigências, em observância à Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018), por meio deste instrumento vem a WHITE MARTINS requerer que esta Instituição, por meio de seus representantes, funcionários e terceiros, insiram cláusula obrigacional no instrumento convocatório declarando:

- (i) Manter sigilo e confidencialidade de todas as informações, em especial, os dados pessoais e os dados pessoais sensíveis da Contratada e de seus funcionários - repassados em decorrência da fiscalização, em consonância com o disposto na Lei nº13.709/2018, sendo vedado o repasse das informações a outras empresas ou pessoas, salvo aquelas decorrentes de obrigações legais ou para viabilizar o cumprimento da fiscalização;
- (ii) Ter ciência da existência da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD, e, se compromete a adequar todos os procedimentos internos ao disposto na legislação, com intuito de proteção de dados pessoais repassados pela Contratada;
- (iii) Tratar os dados pessoais na medida necessária para a execução do Contrato oriundo deste processo;
- (iv) Adotar as medidas de segurança, técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais tratados;

- (v) Garantir que os funcionários, representantes, terceiros, colaboradores autorizados a tratar dados pessoais estejam sujeitos a uma obrigação de confidencialidade e recebam formação adequada sobre a proteção de dados pessoais;
- (vi) Comunicar à Contratada, em até 24(vinte e quatro) horas, qualquer incidente de acessos não autorizado aos dados pessoais, situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito, bem como adotar as providências dispostas no art. 48 da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD;

Por derradeiro, pede-se que V.Sas. adequem as exigências previstas no edital acima colacionados à realidade do objeto desta licitação ou, se mantidas as exigências, ainda que incompatíveis com o escopo licitado, que prevejam cláusula disposta sobre as providências que serão adotadas por esta Instituição para proteção dos dados dos funcionários da Contratada.

III – RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR/CONTRATADA.

O edital apresenta cláusula atribuindo à Contratada a seguinte responsabilidade:

c) responsabilizar-se, em qualquer caso, por danos e prejuízos de qualquer natureza causados por seus empregados ao MUNICÍPIO DE SÃO PEDRO DA ALDEIA/RJ, ou a terceiros, decorrentes de sua culpa ou dolo, respondendo por si e seus eventuais subcontratados, não excluindo ou reduzindo tal responsabilidade, à fiscalização ou acompanhamento da CONTRATANTE, de acordo com os artigos 12, 13, 18 e 26 do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078 de 1990).

A disposição contida no dispositivo no edital acima colacionado atribui à Contratada a responsabilidade “por danos e prejuízos de qualquer natureza” “causados ao Município ou a terceiros.

Convém ressaltar que as empresas só podem ser responsabilizadas por danos que sejam decorrentes de sua culpa exclusiva ou dolo na execução do contrato. Além disso, as empresas são responsáveis apenas pelos danos diretamente provocados. É o que diz a lei (Lei 8.666/93), senão vejamos:

“Art. 70. O contratado é responsável pelos danos causados diretamente à Administração ou a terceiros, decorrentes de sua culpa ou dolo na execução do

contrato, não excluindo ou reduzindo essa responsabilidade a fiscalização ou o acompanhamento pelo órgão interessado” (grifamos)

Nessa toada, observa-se que o teor do dispositivo do edital necessita ser alterado de modo a prever que a Contratada será responsável por danos diretamente provocados à Administração ou a terceiros, em decorrência de sua culpa ou dolo na execução do objeto.

Nessa toada, pede-se a a adaptação do teor do disposto no dispositivo acima colacionado ao disposto no art. 70 da Lei Federal nº 8.666/93.

IV – PREVISÃO DE CORREÇÕES POR EVENTUAIS ANTECIPAÇÕES DE PAGAMENTO.

O instrumento convocatório apresenta a seguinte previsão:

Parágrafo Quinto – O valor dos pagamentos eventualmente antecipados será descontado da taxa de 1% (um por cento) ao mês, calculado *pro rata die* entre o dia do pagamento e o 30º (trigésimo) dia da data do protocolo do documento de cobrança na Secretaria Municipal Contratante.

No que tange à previsão de descontos na hipótese de antecipação de pagamentos, pede-se ainda maiores esclarecimentos sobre de que forma tal desconto será realizado, a começar, pelo entendimento por parte de V.Sas. sobre a definição de “antecipação de pagamentos”, pelas seguintes razões:

O prazo de pagamento previsto no edital para os fornecimentos realizados será de até no máximo 30 (trinta) dias, mediante a apresentação da nota fiscal, após a entrega dos produtos.

15.2. O prazo de pagamento, não será superior a 30 (trinta) dias, contado a partir da data final do período de adimplemento de cada parcela, e será feito mediante a apresentação de nota fiscal, devidamente atestada por dois servidores, sendo um deles, necessariamente o fiscal do contrato.

Diante disso, questiona-se:

- 1 – Será considerada antecipação de pagamento caso V.Sas. efetuem o pagamento da fatura em prazo inferior a 30 dias?
- 2 – Ou, em Vosso entendimento, antecipação de pagamento refere-se ao pagamento prévio ao fornecimento realizado, ou seja, V.Sas. realizam o pagamento de valor antes mesmo da empresa realizar a entrega dos produtos?

Se o entendimento sobre antecipação de pagamento for pagamento no prazo inferior a 30 dias, a contar da apresentação da nota fiscal, importante destacar que este entendimento, com a *devida vênia*, mostra-se equivocado.

Antecipação de pagamento constitui o pagamento antes da efetiva entrega dos produtos. Em assim o sendo, por qual razão V.Sas. planejarão antecipar o pagamento antes da entrega efetiva dos produtos?

O procedimento prescrito pelos Art. 58 a 70 da Lei 4.320/64 prevê o seguinte trâmite para fins de pagamento:

1. Emissão de Nota de Empenho (equivalente a autorização de fornecimento e reserva de crédito orçamentário);
2. Entrega da mercadoria, bem ou serviço;
3. Processo de liquidação do empenho, onde são apuradas as condições necessárias para o pagamento, tais como entrega da objeto contratado, medição da obra, valor a ser pago, etc...
4. Processamento da liquidação;
5. Finalmente, o pagamento.

Nesse diapasão, a entrega do produto constitui requisito para que o pagamento seja realizado.

Acerca da antecipação do pagamento, o Tribunal de Contas da União já exarou o seguinte entendimento:

“Quanto ao pagamento antecipado, forçoso reconhecer que ele não é vedado pelo ordenamento jurídico. Em determinadas situações ele pode ser aceito. Mas esta não é a regra. Originariamente o pagamento feito pela Administração é devido somente após o cumprimento da obrigação pelo particular.

(...) Julgo mais adequado condicionar a possibilidade de pagamento adiantado à existência de interesse público devidamente demonstrado, **previsão no edital e exigência de garantias.**” (Acórdão 1442/2003) (grifamos em amarelo)

“a jurisprudência do TCU também é firme no sentido de **admitir o pagamento antecipado apenas em condições excepcionais, contratualmente previstas, sendo necessárias ainda garantias que assegurem o pleno cumprimento do objeto**” (original não destacado). Acórdão 1614/2013

“A antecipação de pagamento **somente deve ser admitida em situações excepcionais, devidamente justificadas pelo interesse público e observadas as devidas cautelas e garantias**”. Acórdão 1565/2015 (grifamos)

“Em regra, os pagamentos relativos a contratos devem ser efetuados após o regular cumprimento das obrigações. **Pagamentos antecipados somente devem ser admitidos quando houver garantias suficientes de ressarcimento ao erário em caso de não cumprimento obrigacional**, comprovada economia de recursos e desde que haja a devida justificativa”. Acórdão 0496/2012 (grifos nossos)

Exemplo recente em que se possibilitou a antecipação de pagamento foi a urgente necessidade da Administração contratar produtos e serviços para atendimento à demanda originária da pandemia da COVID-19, tendo sido necessária instituir lei para flexibilizar e simplificar o processo de contratação para tal finalidade.

E, dentre tais medidas de flexibilização, houve a previsão de antecipação de pagamento a fim de estimular com que interessados se apresentassem para contratar com ente público com baixo nível reputacional e com um vasto histórico de inadimplência.

Assim, para atrair potenciais interessados no fornecimento a entes costumeiramente inadimplentes, a Medida Provisória nº 961/2020, convertida na Lei Federal nº 14.065/2020, autorizou a adoção do pagamento antecipado para algumas situações, senão vejamos:

“Art. 1º Ficam autorizados à administração pública de todos os entes federativos, de todos os Poderes e órgãos constitucionalmente autônomos:

II - **o pagamento antecipado** nas licitações e nos contratos pela Administração, desde que:

- a) represente condição indispensável para obter o bem ou assegurar a prestação do serviço; ou
- b) propicie significativa economia de recursos; e” (grifamos em amarelo)

Por derradeiro, a exposição de todos os estes fatos e fundamentos tem por finalidade justificar que a definição de pagamento antecipado deve ser entendida como “pagamento antes da entrega de bem ou realização de serviço por parte do fornecedor/prestador” e, por se tratar de medida excepcional, conforme entendimento enraizado, deve-SE apresentar as devidas justificativas no edital, bem como estabelecer a apresentação de garantias por parte da Contratada, para assegurar que executará o objeto licitado em sua integralidade.

Caso seja este o caso da antecipação de pagamento prevista por V.Sas. no edital, pede-se que V.Sas. cumpram os requisitos estabelecidos em lei para a adoção de pagamento antecipado, dentre as quais, (i) a de estabelecer no edital os critérios para sua adoção, (ii) as justificativas sobre sua necessidade para o erário público bem como informar sobre (iii) as garantias que o fornecedor deverá apresentar nas situações de antecipação do pagamento.

V – PEDIDO.

Por derradeiro, pugna a WHITE MARTINS:

- a) Pelo recebimento, apreciação e integral deferimento da presente impugnação, para que, no mérito, todas as alterações aqui evidenciadas e esclarecimentos solicitados sejam atendidos.

- b) Na hipótese da pedido ora formulado ser indeferido, que seja emitido parecer técnico fundamentando seu indeferimento.

Nestes termos, p. Deferimento.

Rio de Janeiro, 18/10/2022.



WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS LTDA.

Gerente Nacional de Contas Públicas

Analigia da Silva

RG: 077583300

CPF: 003.791.977-66

Tel: (21) 3279-9151