

Processo nº 1494/15
Pregão Presencial nº 016/2015
Objeto: Aquisição de Máquina de Tosse
Impugnante: Lumiar Health Builders Equipamentos Hospitalares Ltda. ("**Lumiar Saúde**")

Dotação Orçamentária: Secretaria de Estado de Saúde (SES)

Vistos e etc.

1 - DAS PRELIMINARES

A Fundação Zerbini ("Fundação") publicou em seu endereço eletrônico, especificamente na página destinada a Processos de Licitação¹ (fls.82) o Edital de Pregão Presencial Tipo Menor Preço nº 016/2015, referente ao Processo nº 1494/15 em 17 de Dezembro de 2015 e no D.O.E. e em jornal de grande circulação (fls.85/89) no dia 18 de Dezembro de 2015, que tem como objeto a Aquisição de Máquina de Tosse a ser utilizada no Instituto do Coração do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo - InCor – HCFMUSP, estabelecendo a data da Sessão Pública do Pregão para o dia 30/12/2015 as 9:30hs.

Na referida data da Sessão compareceu somente a participante LUMIAR HEALTH BUILDERS EQUIPAMENTOS HOSPITALARES LTDA. ("**Lumiar Saúde**"), que ao final não foi credenciada, sendo declarado pelo Pregoeiro que a Sessão restou fracassada (fls.112).

Neste interim, a equipe técnica do Serviço de Fisioterapia do InCor encaminhou novo Memorial Descritivo (fls.113/114).

Houve nova publicação do Edital no endereço eletrônico da Fundação Zerbini (fls.154), no D.O.E. e em jornal de grande circulação (fls.157/161) no dia 16 de Fevereiro de 2016, sendo a Sessão designada para o dia 02/03/2016 as 9:30hs.

Em 25 de Fevereiro de 2016 foi recebida a impugnação impetrada pela impugnante **Lumiar Saúde** (fls.162/168) as 15:39hs, sem os documentos de representação e o contrato / estatuto social da empresa ora impugnante.

Em sua impugnação a impugnante alega que existem vícios que contrariam disposto na Lei 8.666/93 e que entende que o instrumento convocatório em questão restringe a condição de participação dos concorrentes, pelo fato de conter a denominação "*Cough Assist*" e ainda, o fato de que o peso disposto no Memorial Descritivo ("*peso máximo entre 4,0 a 4,5 kg e alça para carregar*") remeterem a um único modelo de equipamento / fabricante, não especificando a impugnante qual fabricante seria supostamente beneficiado.

Em seu pedido a impugnante requer que sejam acolhidas suas alegações e que seja processada a modificação do Memorial Descritivo, de "*peso máximo entre 4,0 a 4,5 kg*" para "*peso máximo de 4,0 a 6,5 kg*", finalizando que tal modificação seja processada "*para que não haja favorecimento a um único fabricante.*".

É o breve resumo dos fatos.

¹<http://www.zerbini.org.br>

2 – DA TEMPESTIVIDADE E DO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

A impugnação da impugnante **Lumiar Saúde** foi recepcionada em 25/02/2016 às 15:39hs (fls.162).

Desta feita, inicialmente cabe a análise inicial com relação à tempestividade da presente impugnação.

Com relação ao prazo para impugnação, o Edital é expresso em determinar em seu item 8.1 que "Até 02 (dois) dias anteriores à data fixada para abertura dos trabalhos, qualquer pessoa poderá solicitar esclarecimentos, providências ou **impugnar** o ato convocatório do PREGÃO PRESENCIAL TIPO MENOR PREÇO" (grifo e destaque nossos).

Desta feita, tendo como preceito a norma editalícia supracitada, e pelo fato da Sessão Pública do Pregão estar agendada para o dia 02/03/2016 as 9:30hs, podemos concluir que a impugnação interposta pela impugnante **Lumiar Saúde** foi apresentada dentro do prazo previsto no Edital, mostrando-se, portanto como tempestiva.

Muito embora a presente impugnação tenha sido apresentada tempestivamente, verificou-se a ausência do contrato social e da procuração, que legitimam a representação da pessoa jurídica, sendo princípio geral de direito que todo direito pode (e deve) ser exercido por seu titular (pessoa natural ou pessoa jurídica através de seus representantes) ou, salvo se personalíssimo, por intermédio de mandatário devidamente constituído, o que não se pode verificar pela ausência dos documentos em comento.

3

– DO MÉRITO

Não obstante ao lapso supramencionado, no que concerne a impossibilidade de se verificar a legitimidade de representação da impugnante pela ausência de documentos que deveriam ter sido acostados aos autos, cabe a Administração Pública valer-se do Princípio do Aproveitamento dos Atos Administrativos (haja vista a emissão do relatório técnico à fls.170) e do Princípio da Autotutela Administrativa, onde a Administração Pública guarda para si a possibilidade de rever seus próprios atos, sendo a autotutela prerrogativa crucial para que seja realizada a revisão dos atos administrativos, pois é nela que o agente público se apoia para o exercício do poder de anular, reformar, corrigir e revogar atos administrativos sem a necessidade de acionar o Judiciário.

O conceito de autotutela indica, como se nota, em direito administrativo, o poder da Administração Pública de prover à satisfação do interesse público sem recorrer à autoridade a ela estranha.

Nestes termos, passamos a verificar a análise técnica processada pelo Serviço de Fisioterapia do InCor a fls. 170, na qual houve por parte da Diretora Técnica as justificativas iniciais no sentido de manter as exigências técnicas concernentes ao peso do equipamento, pelo fato de considerar que "*o intervalo de 4 a 4,5kg associado a presença de alça, para facilitar o transporte e minimizar possíveis incidentes, como queda e comprometimento funcional do trabalhador*". Não houve por parte do Serviço de Fisioterapia do InCor qualquer manifestação relacionada a denominação "*Cough Assist*", citada pela impugnante em sua impugnação.

Inicialmente, e sobre a justificativa do Serviço de Fisioterapia de manter os parâmetros inicialmente estabelecidos, no que concerne ao peso do equipamento, sob a alegação de "*minimizar possíveis*

incidentes, como queda e comprometimento funcional do trabalhador, são pertinentes algumas considerações.

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), em seu art.198, estabelece o seguinte:

Art. 198 - É de 60 kg (sessenta quilogramas) o peso máximo que um empregado pode remover individualmente, ressalvadas as disposições especiais relativas ao trabalho do menor e da mulher. .

Especificamente para as mulheres, a CLT estabeleceu, em seu art. 390, a limitação no emprego de força muscular:

Art. 390 - Ao empregador é vedado empregar a mulher em serviço que demande o emprego de força muscular superior a 20 (vinte) quilos para o trabalho contínuo, ou 25 (vinte e cinco) quilos para o trabalho ocasional.

Há ainda, no âmbito internacional a *NIOSH (National Institute for Occupational Safety and Health)*, órgão internacional que fixa normas para a questão, e que determina o limite de 25 kg no exercício das tarefas laborais.

Se levarmos em consideração os parâmetros dispostos pela legislação brasileira, verifica-se que a justificativa de se limitar o peso máximo do equipamento objeto do Procedimento licitatório em 4,5kg não merece prosperar, ainda se for lavado em consideração de que a sugestão da impugnante (6,5kg) não é tão superior ao limite inicialmente estabelecido no Edital, e que a limitação do peso do equipamento em até 6,5kg não seria um fator que ocasionaria lesividade ou viria a comprometer as atividades funcionais das pessoas designadas para seu manuseio, haja vista o que a legislação específica traz sobre esta questão.

A adoção de parâmetro mais abrangente no que diz respeito as características mínimas do objeto da licitação proporcionará que um número maior de empresas possam participar do procedimento, o que se mostra favorável à Fundação Zerbini e vai de encontro aos princípios basilares trazidos pela doutrina e pela legislação específica, que incluem, mas não se limitam ao Princípio da Isonomia, da Impessoalidade e da Proposta Mais Vantajosa a Administração.

Com relação a denominação "*Cough Assist*", citada na impugnação, mas que se fez presente no pedido feito pela impugnante, cabe a este julgador, tendo como pressuposto o Princípio da Autotutela Administrativa, relatar o seguinte:

Ao efetuarmos pesquisa no site do Google: <https://www.google.com.br/webhp?hl=pt-BR>, com a expressão "*Cough Assist*", verificou-se a incidência de vários resultados, dentre eles o "Guia do Paciente - Cough Assist®" no endereço eletrônico: <http://lumiarsaude.com.br/MANUALPDF/Guia%20do%20Paciente%20-%20Cough%20Assist.pdf>, no qual verificou-se que "*Respironics e CoughAssist são marcas registradas e "Envisioning tomorrow. Improving today." é uma marca de serviço da Respironics, Inc. e suas afiliadas.*", sendo a *Respironics* uma divisão de produtos relacionados a terapia do sono e respiratória de propriedade da Koninklijke Philips Electronics N.V. Group.

Desta forma, podemos concluir que a expressão "*CoughAssist*" é Marca Registrada de produto comercializado no Brasil pela Philips do Brasil Ltda. e/ou por suas revendas, de forma que a manutenção desta expressão no Memorial Descritivo poderá prejudicar a efetiva competição no Procedimento, restringindo por sua vez a participação de outras empresas do segmento, acarretados pela não

observância aos preceitos legais e princípios inerentes ao processo licitatório, tais como a isonomia, a impessoalidade, a legalidade, entre outros.

Diante deste fato, opinamos pela supressão da expressão que faz referência à marca registrada para que não seja eivado de nulidade o Edital Convocatório, incorrendo a Fundação Zerbini na restrição à competição, o que é vedado pelo ordenamento jurídico vigente, em especial pelo artigo 3º, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/93.

4 – CONCLUSÃO:

Em razão do exposto, DECIDE o Pregoeiro pela modificação do Edital de Pregão Presencial nº 016/2015, de modo que seja suprimida do Memorial Descritivo a expressão "*CoughAssist*" e ainda, que seja acolhido pedido da impugnante, no que se refere ao peso máximo do equipamento objeto do Procedimento, para que se faça constar no Memorial Descritivo "*Portátil com peso máximo entre 4,0 a 6,5kg e alça para carregar*", visando possibilitar uma maior competitividade no Procedimento, tendo como preceitos os Princípios da Isonomia, da Impessoalidade e da Proposta Mais Vantajosa a Administração.

São Paulo (SP), 29 de Fevereiro de 2016.

**Pregoeiro
Fundação Zerbini**