



São Paulo, 10 de Julho de 2017.

De: Assessoria Jurídica
Para: Setor de Compras - Instituto do Coração - InCor

Ref.: Impugnação – Processo nº 2317/16 - PP 007/2017 – Objeto: Aquisição de Armários Modulares para Medicamentos e Materiais Médico-hospitalares por Sistema Kanban, por meio do Convênio SES 662/2014 – Projeto 1090, para utilização no Instituto do Coração do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo – InCor HCFMUSP.

MEMO 191/2017

PARECER JURÍDICO

Processo nº 2317/16

Pregão Presencial Tipo Menor Preço nº 007/2017

Objeto: Aquisição de Armários Modulares para Medicamentos e Materiais Médico-hospitalares por Sistema Kanban, para utilização no Instituto do Coração do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo - InCor – HCFMUSP.

Dotação Orçamentária: S.E.S. – Convênio 662/2014 – Projeto 1090.

Impugnante: MG Campos Indústria, Comércio e Serviços EIRELI – EPP.

Vistos e etc.

1 – Das Premissas

Inicialmente, cumpre observar que o recurso do objeto do Processo nº 2317/16 (“**Processo**”) é originário de convênio mantido com a Secretaria de Saúde, portanto **público**. Desta feita, o presente Processo encontra-se sob a égide da Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (“**Lei de Licitações**”), da Lei Federal nº 10.520, de 17 de julho de 2002 (“**Lei do Pregão**”) e demais legislação aplicável, na forma do artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, que institui normas relativas às licitações e contratos administrativos.

2 – Do Relatório

Vêm ao exame desta Assessoria Jurídica a impugnação apresentada pela empresa **MG Campos Indústria, Comércio e Serviços EIRELI – EPP** (“**Impugnante**”), nos autos do Processo nº 2317/16, relacionado ao Pregão Presencial nº 007/2017 (“**Pregão**”) cujo objeto é a Aquisição de Armários Modulares para Medicamentos e Materiais Médico-hospitalares por Sistema Kanban, por meio do Convênio SES 662/2014 – Projeto 1090, para utilização no Instituto do Coração (“**InCor-HCFMUSP**”).

A Fundação Zerbini (“**Fundação**”) publicou o aviso do procedimento e respectivo edital no D.O.U. e em jornal de grande circulação (fls.530/531), bem como divulgou em seu site (fl.532) e através

de e-mails (fls.533/534), para participação das empresas interessadas no Edital de Pregão Presencial Tipo Menor Preço nº 007/2017, referente ao Processo supracitado, com Sessão Pública marcada para o dia 12 de Julho de 2017 às 9:30hs.

Em 07 de Julho de 2017 foi recebida a peça exordial da Impugnante, conforme protocolo de fl.542.

Em seu pleito, a Impugnante alega que no item 6.4. do Edital (relacionado a Habilitação – Qualificação Técnica), não está sendo exigida “a comprovação de certificação dos produtos que se estão adquirindo” (fls.542).

Verifica-se que a Impugnante argumenta ainda que “no Pregão devem ser exigidos os requisitos de qualificação técnica essenciais para a correta execução do objeto a ser contratado” e de que não está sendo pedido as empresas interessadas em participar do procedimento “declaração de que possui a Certificação de manejo florestal tal como o FSC (Florest Stewardship Council)” e que este documento se faz necessário para atendimento da “Instrução Normativa nº 01 de 19 de janeiro de 2010, da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, que dispõe sobre os critérios de sustentabilidade ambiental na aquisição de bens, contratação de serviços ou obras pela Administração Pública Federal (...)”.

Em Complemento, a Impugnante menciona o Decreto 7.746 de 05 de junho de 2012, que regulamenta o art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 e estabelecem critérios, práticas e diretrizes para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável nas contratações realizadas pela administração pública federal, e institui a Comissão Interministerial de Sustentabilidade na Administração Pública – CISAP. A Impugnante transcreve em sua impugnação os artigos 3º ao 8º do referido Decreto.

A impugnante conclui a sua Impugnação requerendo a procedência de sua impugnação e a republicação do Edital, com base no vício apontado, haja vista a afronta a exigência contida na Instrução Normativa nº 01 de 19 de janeiro de 2010, e que torna “o procedimento licitatório manifestamente ilegal.”.

É o breve relatório.

3 – Da Tempestividade e do Juízo de Admissibilidade

A Impugnação em comento foi recepcionada em 07 de Julho de 2017, conforme protocolo de fl.542. Desta feita, inicialmente cabe à 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).

Tendo como preceito a norma editalícia supracitada, e pelo fato da Sessão Pública do Pregão estar agendada para o dia 12 de Julho de 2017, verifica-se que a Impugnação ora apresentada pela Impugnante mostra-se **tempestiva, motivo pelo qual será conhecida, haja vista ter preenchido os pressupostos legais de admissibilidade.**

4 – Do Mérito

Instado a emitir seu parecer, o Setor de Serviço de Farmácia do InCor, em fl.546 esclarece que, “quanto a exigência de comprovação de certificação dos produtos que se estão adquirindo, no Anexo VIII, página 36, item 12.1.5.” há a previsão de que a empresa interessada em participar do procedimento deve possuir “qualificação e expertise necessários para o desenvolvimento das atividades relacionadas ao objeto do presente Contrato, e as desenvolverá seguindo os princípios do desenvolvimento sustentável e da responsabilidade social” e ainda que há outra previsão semelhante neste sentido, pois há menção no Edital, na sua página 17, quando se exige que “o equipamento deve cumprir os requisitos legais de segurança de trabalho e de segurança ambiental”

Analisando o todo o contexto, verifica-se que os argumentos da Impugnante, no tocante a inserção de exigência de comprovação de certificação de sustentabilidade ambiental ou similar, ou ainda, de certificação de manejo florestal tal como o FSC (*Florest Stewardship Council*) como critério de habilitação em Qualificação Técnica não devem prosperar, haja vista que a Lei de Licitações é clara em seu art. 30, quando estabelece um rol taxativo referente à documentação que pode ser exigida para comprovação da qualificação técnica, sendo vedado à entidade que promove a licitação criar hipóteses não previstas na Lei de Licitações, sob pena de incidir na vedação legal do art. 3º, §1º, I da referida lei e ainda, em ir contra os Princípios da Isonomia, da Impessoalidade e do Julgamento Objetivo e da Seleção da Proposta Mais Vantajosa para a Administração (grifo e negrito não estão no documento original):

*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. (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010) (Regulamento) (Regulamento) (Regulamento)*

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

*I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, **cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo**, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer **outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato**, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991;*

O Tribunal de Contas da União, inclusive, já tem se posicionado neste sentido, e permite que a certificação FSC possa ser requerida nas especificações técnica do objeto a ser adquirido, sendo

vedada a sua exigência em sede de Qualificação Técnica, como se pode verificar em seu periódico jurisprudencial de junho de 2015 (TCU - Jurisprudência – Informativos de Licitações e Contratos – número 245 – sessões 2 e 3 de junho de 2015 – grifo nosso, em destaque):

2. A certificação FSC (Forest Steward Council) pode constar como especificação técnica do objeto a ser fornecido, não como exigência de habilitação da licitante (arts. 2º e 3º do Decreto 7.746/12).

Representação interposta por sociedade empresarial apontara possíveis irregularidades em pregão eletrônico realizado pela Fundação Ceciliano Abel de Almeida (FCAA), destinado ao registro de preços para a prestação de serviços de impressão de material didático. Com o desenvolvimento dos autos, inobstante tenha ocorrido o cancelamento da ata de registro de preços por iniciativa da FCAA, fora promovida a audiência do pregoeiro e fiscal do contrato, dentre outros aspectos, pela *“inclusão de cláusula editalícia de habilitação no certame, exigindo a apresentação pela licitante de certificação FSC ou equivalente, quanto ao papel a ser empregado na futura prestação dos serviços”*. Sobre o assunto, anotou o relator que *“a especificação técnica que se pretendia com a certificação FSC deveria constar como característica do objeto a ser fornecido, e não como exigência de habilitação da licitante, em conformidade com os arts. 3º e 2º, parágrafo único, do Decreto 7.746/2012, que regulamentou o art. 3º da Lei 8.666/1993”*. **Nessa seara, prossegiu, também o TCU “já entendeu em diversas assentadas que a exigência de certificação na fase habilitatória é ilegal – Ac. 423/2007, Ac. 492/2011, Ac. 1.612/2008 confirmado pelo Ac 1.085/2011, todos do Plenário”**. Contudo, ponderou o relator que a irregularidade não prejudicou a competitividade do certame, razão pela qual propôs, no ponto, o acolhimento das justificativas do responsável. Nada obstante, o Tribunal, à luz das demais irregularidades constatadas nos autos, considerou parcialmente procedente a Representação, aplicando ao responsável a multa capitulada no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/92, e, dentre outros comandos, cientificou a FCAA da **irregularidade consubstanciada na “inclusão no edital do referido certame como exigência de habilitação, não como característica do objeto a ser fornecido, da apresentação pela licitante de certificação FSC ou equivalente quanto ao papel a ser empregado na futura prestação dos serviços, em ofensa ao § 5º do art. 30 da Lei 8.666/1993 e mostrando-se em desacordo com o disposto no art. 2º, § único, c/c o art. 3º do Decreto 7.746/2012 e com o deliberado no Acórdão 122/2012-Plenário”. Acórdão 1375/2015-Plenário, TC 025.651/2013-7, relator Ministro Bruno Dantas, 3.6.2015.**

Ademais, o próprio Decreto 7.746 de 05 de junho de 2012 mencionado pela Impugnante estabelece em seu art.3º, que “os critérios e práticas de sustentabilidade de que trata o art. 2º serão veiculados como especificação técnica do objeto ou como obrigação da contratada” e nunca como critério de habilitação.

Por fim, pela narrativa do Setor de Serviço de Farmácia do InCor, verifica-se ainda que a certificação em comento está sendo exigida no Edital, haja vista que há disposição neste sentido tanto no modelo de contrato que compõe o Edital (item 12.1.5.) quanto no Memorial Descritivo (“O equipamento deve cumprir os requisitos legais de segurança do trabalho e de segurança ambiental”)

5 – Conclusão.

Tendo em vista todo o exposto, esta Assessoria Jurídica, fundamentada nos termos do instrumento convocatório, na melhor doutrina e nos dispositivos da Lei de Licitações, bem como nos princípios legais e constitucionais, garantidores da lisura do presente procedimento, e considerando o Parecer Técnico de fl.546 , **opina pelo indeferimento do pedido processado pela Impugnante e pela manutenção do Edital de Pregão Presencial nº 007/2017 na íntegra.**

Por derradeiro, mostra-se conveniente ressaltar que compete a esta Assessoria Jurídica a análise sob o prisma eminentemente jurídico, não lhe cabendo adentrar em aspectos relativos à conveniência e à oportunidade da prática dos atos administrativos, tampouco examinar questões de natureza estritamente técnica, administrativa e/ou financeira.

Estamos remetendo o presente parecer, bem como os autos do Processo à Comissão de Compras para a manifestação;

É o parecer, *sub censura*.



Marcos Folla
Assessoria Jurídica
Fundação Zerbini