

São Paulo, 06 de Agosto de 2018.

De: Assessoria Jurídica
Para: Comissão de Compras

Ref.: Parecer Jurídico – Impugnação – Processo nº 0528/2018 – Pregão Privado Para Registro de Preços nº 012/2018 – Aquisição de Materiais de Uso Técnico Hospitalar com Cessão de Equipamentos em Comodato, para utilização no Instituto do Coração do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo (“InCor-HCFMUSP”).

MEMO - 119/2018

PARECER JURÍDICO

Processo 0528/2018 - Pregão Privado para Registro de Preços

PP nº 012/2018 - Aquisição de Materiais de Uso Técnico Hospitalar com Cessão de Equipamentos em Comodato

Recurso: Fundacional

Impugnante: Johnson & Johnson do Brasil Indústria e Comércio de Produtos para Saúde Ltda.

Retornam ao exame desta Assessoria Jurídica a Impugnação interposta pela empresa **JOHNSON & JOHNSON DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS PARA SAÚDE LTDA.** (“**IMPUGNANTE**”) em fls.261/272, nos autos do Processo nº 0528/2018 - Pregão Privado para Registro de Preços PP nº 012/2018, cujo objeto é a aquisição de Materiais de Uso Técnico Hospitalar com Cessão de Equipamentos em Comodato, para utilização no Instituto do Coração do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo (“**InCor-HCFMUSP**”).

Cumprе observar que os recursos do objeto do Processo nº 0528/2018 (“**Processo**”) é originário de recurso fundacional. Desta feita, o presente Processo encontra-se sob a égide do Regulamento de Compras da Fundação Zerbini (“**Regulamento de Compras**”), sendo aplicado de forma subsidiária a Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (“**Lei de Licitações**”) e a Lei Federal nº 10.520, de 17 de julho de 2002 (“**Lei do Pregão**”) e demais legislação aplicável.

1 - DAS PRELIMINARES

A Fundação Zerbini ("**Fundação**") publicou o aviso do procedimento e respectivo edital na página Fornecedores / Processos de Compras do seu site¹ (fl.253) e ainda, enviou e-mail datado de 29 de junho de 2018 à eventuais fornecedores (fls.254/255), para participação das empresas interessadas no Edital de Pregão Privado FZ Para Registro de Preços nº 012/2018, com Sessão Pública marcada para o dia 11 de Julho de 2018 às 9:00hs

Em 05 de Julho de 2018 foi recebida a peça exordial da Impugnante, no qual a empresa argumenta que a sua impugnação "*trata especificamente dos Itens Compostos de nº 1, 4, 5 e 6 do Edital, que abrangem subitens que não deveriam estar agrupados no mesmo lote por não serem interdependentes*" e que "(...) *tal exigência representa clara violação à Lei de Licitações e à Lei nº 10.520/2002 ("Lei dos Pregões"), e sua permanência no Edital inevitavelmente comprometerá a competitividade do Pregão (...)*" (fls.262).

Em seguida, a Impugnante insere uma tabela (fls.262/264) com os materiais objeto do Pregão em sua divisão por itens compostos, da mesma forma como estão dispostos no Memorial Descritivo e, ao final desta, esclarece que "*o agrupamento desses materiais em "itens compostos" prejudica a competitividade do Pregão, uma vez que os subitens que compõem os Itens Compostos de nº 1, 4, 5 e 6 **não guardam relação de dependência entre si** (...)*", e ainda, que "*não há razão para se exigir que os licitantes, ao fornecerem um determinado tipo de cateter, também forneçam outro tipo de cateter com características e especificações totalmente diferentes*" (fls.264/265).

Ainda de acordo com a Impugnante, o agrupamento em item composto só se justifica apenas para "*os diferentes tipos de cateteres (...) com o cabo conector correspondente, hipótese em que haveria, efetivamente, uma relação de interdependência que justificaria a organização dos materiais em lotes*" (fls.265) e cita como exemplo o Item Composto nº 2 do Pregão.

Assevera ainda a Impugnante que "*a atual composição dos Itens Compostos nº 1, 4, 5 e 6 do Pregão restringe a competitividade do certame e não traz qualquer vantagem objetiva à Fundação Zerbini (...)*" e que, da forma como se encontram estes itens "*o Edital inviabiliza a participação de empresas que fornecem alguns, mas não todos os subitens de determinado Item Composto (...)*" e que "*a manutenção da atual composição dos Itens Compostos nº 1, 4, 5 e 6 no Edital desvirtua o objetivo do processo licitatório, que é o de se obter a proposta mais vantajosa à Administração Pública através da promoção de um processo licitatório igualitário em que fornecedores interessados compitam de forma isonômica pelo objeto contratado*".

A Impugnante, em sede de "*outras providências*", solicita esclarecimentos quanto ao modo de realização da etapa de lances do Pregão, especificamente para aquelas organizadas em lotes (fls.266), e menciona que "*no passado (...) participou de procedimento (...) no qual os lances eram disputados em relação ao valor do primeiro subitem de cada lote*", mas estranhamente não cita o Edital em que houve eventualmente este método de apuração.

¹<http://www.zerbini.org.br>

Ao final, requer a Impugnante “o desmembramento dos subitens abrangidos pelos Itens Compostos nº 1, 4, 5 e 6 para que os cateteres sejam agrupados apenas com o cabo conector correspondente” e que “tal medida se apresenta estritamente necessária para garantir um processo licitatório em conformidade com os princípios da competitividade e da isonomia, que permita à Egrégia Fundação Zerbini a contratação da proposta mais vantajosa, do ponto de vista técnico e econômico.” (fls.267).

É o breve relatório.

2 - DA TEMPESTIVIDADE E DO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

A Impugnação em comento foi recepcionada em 05 de Julho de 2018 as 15:15hs, conforme protocolo de fls.261.

Desta feita, inicialmente cabe a análise inicial com relação a 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 a sessão pública, qualquer pessoa poderá solicitar providências ou **impugnar** o ato convocatório do PREGÃO PRIVADO PARA REGISTRO DE PREÇOS” (grifo e destaque nossos).

Tendo como preceito a norma editalícia supracitada, considerando a juntada de procuração com poderes de representação (fls.268/271) e pelo fato da Sessão Pública do Pregão estar agendada para o dia 11 de Julho de 2018, a presente impugnação mostra-se **tempestiva, motivo pela qual será conhecida.**

3 - DO MÉRITO

Instada a emitir seu parecer, a Diretoria da Unidade Clínica de Arritmia do InCor-HCFMUSP, em fls.286/287, não acolheu o pedido processado pela Impugnante, mantendo inalterado o Memorial Descritivo nos itens Compostos nº 1, 4, 5 e 6, esclarecendo que, “diferentemente do que refere a Impugnante, os itens compostos deste processo guardam sim, relação de dependência entre si, pois (...) são cateteres terapêuticos e respectivos cabos conectores para uso com equipamentos dedicados de radiofrequência e, cateteres diagnósticos e respectivos cabos conectores que utilizam monitores (polígrafos) instalados nas salas de exames do Serviço de Hemodinâmica e Cardiologia Intervencionista.

Em continuidade a sua explicação, assevera ainda que “a organização em Itens Compostos visa otimizar também o uso dos equipamentos pois, para cada conjunto de cateter e cabo conector, deverá ser atrelado também um equipamento dedicado”, e continua, a título exemplificativo, esclarecendo que, “se desmembrarmos o Item Composto 1 para formar outros 3 Itens Compostos como deseja a Impugnante, e se 3 empresas diferentes forem vencedores do certame, teremos 3 equipamentos diferentes ao invés de 01 na sala de exame, demandando assim, mais itens para o controle e segurança e, devido área física restrita das salas, dificulta também a movimentação dos profissionais durante o procedimento.”.

Por fim, a Diretoria da Unidade Clínica de Arritmia do InCor-HCFMUSP finaliza seu parecer mencionando que “a organização destes itens em Itens Compostos não restringirá a competitividade, pois há no mercado, pelo menos 3 empresas que atendem esta formatação.”.

Por todo o exposto, entendemos que restou demonstrado pela justificativa apresentada pela Diretoria da Unidade Clínica de Arritmia do InCor-HCFMUSP que o agrupamento dos itens dispostos nos itens compostos nº 1, 4, 5 e 6 visam proporcionar maior controle e segurança nas atividades onde eles serão empregados, pois como fora colocado no documento de fls.286/287, os cateteres não guardam relação tão somente com os respectivos cabos conectores mas também com os equipamentos dedicados de radio frequência e com os monitores (poligrafos) que deverão ser cedidos em conjunto com os materiais, de modo que o desmembramento requerido pela Impugnante poderia resultar na cessão de, na prática, um equipamento para cada tipo de cateter, se levaremos em consideração que cada material a ser adquirido possui medidas e características técnicas que diferem a cada situação em que serão utilizados, seja em razão do procedimento, seja em razão do paciente.

Desta forma, restou consignado que a aquisição, da maneira como se encontra, é justificada por motivos de ordem técnica e operacional para quais os materiais serão utilizados, estando, desta forma, em consonância com a legislação que trata do assunto, qual seja, a Lei de Licitações, aplicada de forma subsidiária ao presente procedimento. Neste sentido, e para fins de esclarecimentos, transcrevemos o art.23, §1º do referido diploma (grifo inserido por nós e que não estão no documento original):

§ 1º As obras, serviços e compras efetuadas pela Administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala.

Desta forma, é relevante salientar que a adoção da apuração de proposta por Lotes **não é vedada pela legislação**, sendo, portanto admitida quando comprovadamente houver provas nos autos de sua vantajosidade sob o aspecto técnico e econômico, restando consignado as vantagens na sua adoção, como por exemplo, a maior interação entre as diferentes fases do empreendimento, a maior facilidade no cumprimento do cronograma preestabelecido e na observância dos prazos e ainda a concentração da responsabilidade pela execução do empreendimento em uma só pessoa, dentre outros fatores de ordem técnica /econômica.

Os tribunais superiores já tem consolidado este entendimento, como se pode verificar no exemplo a seguir:

A adjudicação por grupo ou lote não é, em princípio, irregular, devendo a Administração, nesses casos,

justificar de forma fundamentada, no respectivo processo administrativo, a vantagem dessa opção.

Acórdão 5134/2014-Segunda Câmara, TC 015.249/2014-0, relator Ministro José Jorge, 23.9.2014.

Há de se considerar ainda que a entidade que promove o procedimento possui discricionariedade para adquirir bens e serviços da forma que estes mais se adequem as suas necessidades técnicas e operacionais e da melhor forma para atendimento das necessidades da instituição e, no caso em comento, de acordo com o perfil do paciente internado no InCor-HCFMSP, sendo vedado a este utilizar desta discricionariedade para uma finalidade indevida, o que, pelas evidências trazidas aos autos, não nos parece ser o caso.

4 - CONCLUSÃO:

Tendo em vista todo o exposto, esta Assessoria Jurídica, fundamentada nos termos do instrumento convocatório, na melhor doutrina e nos dispositivos da Lei Federal 8.666/93, bem como nos princípios legais e constitucionais, garantidores da lisura do presente procedimento, conhece o pedido da Impugnante, entretanto, **opina pelo indeferimento do pedido processado pela Impugnante**, mantendo-se o Edital sem alterações, haja vista a justificativa técnica disposta no Processo e trazida de forma resumida no presente parecer.

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.

É o parecer, *sub censura*.

X 

Assessoria Jurídica
Fundação Zerbini
Assinado por: MARCOS FOLLA