

São Paulo, 12 de Agosto de 2016.

De: Assessoria Jurídica
Para: Comissão de Compras

**Ref.: Parecer Jurídico - Processo nº 0672/16 - PP 038/2015 –
Objeto: Aquisição de Ventiladores Mecânicos, conforme
Convênio 662/2014, Projeto 1090 – Projeto de Reforma do 7º e 8º
andar do Instituto do Coração do Hospital das Clínicas da
Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo - InCor
HCFMUSP.**

MEMO - 147/2016

PARECER JURÍDICO

Processo nº 0672/16

Pregão Presencial Tipo Menor Preço nº 038/2015

Objeto: Aquisição de Ventiladores Mecânicos, para utilização no Instituto do Coração do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo - InCor - HCFMUSP

Recorrentes: Dräger Indústria e Comércio Ltda. e Maquet do Brasil Equipamentos Médicos Ltda.

Dotação Orçamentária: Recurso SES (Secretaria de Estado da Saúde)

Vistos e etc.

Vem ao exame desta Assessoria Jurídica os Recursos Administrativos interpostos pelas participantes Maquet do Brasil Equipamentos Médicos Ltda. ("**Maquet do Brasil**") e Dräger Indústria e Comércio Ltda. ("**Dräger Ltda.**"), bem como as Contrarrazões de Recurso Administrativo da vencedora GE Healthcare do Brasil Comércio e Serviços para Equipamentos Médico-Hospitalares Ltda. ("**GE Healthcare**"), nos autos do Processo 0672/16 - PP 038/2015, cujo objeto é realização de procedimento para Aquisição de Ventiladores Mecânicos Pulmonares, para utilização no Instituto do Coração do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo ("InCor-HCFMUSP").

Cumprir observar que o recurso do objeto do Processo nº 0672/16 ("**Processo**") é originário de convênio mantido com a Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo, 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 legislação aplicável, na forma do artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, que institui normas relativas às licitações e contratos administrativos.

1 - Das Preliminares

A Sessão Pública realizada em 14 de junho de 2016 às 09h30min teve como vencedora a participante **Dräger Ltda.**, decisão esta objeto de recurso por parte das demais participantes, que ao final foi anulada pelo Pregoeiro / Comissão de Compras (fl.503). Foi remarcada pelo Pregoeiro uma nova Sessão Pública para o dia 02 de agosto de 2016 às 09h30min, sendo comunicado o público em geral por meio de aviso do procedimento e respectivo edital na página Fornecedores / Processos de Compras do site da Fundação¹ (fl. 506), e ainda por

¹<http://www.zerbini.org.br>

meio de aviso do Pregão Presencial no D.O.E. e também em jornal de grande circulação (fl. 508/143) e ainda, cuidou a Comissão de Compras da Fundação de cientificar potenciais fornecedores através de e-mail datado de 05 de julho de 2016 (fl. 507) para participação no Edital de supracitado.

Em Sessão Pública realizada em 02 de Agosto de 2016 às 09h30min, apresentaram-se para a fase de credenciamento as recorrentes, bem como as participantes Leistung Equipamentos Ltda. ("**Leistung Equipamentos**") e **GE Healthcare**, conforme se verifica à fl. 973, restando inicialmente todas as participantes credenciadas.

Foi aberto o envelope nº 1 – PROPOSTA DE PREÇOS das participantes credenciadas, as quais foram analisados e aprovados pela Equipe Técnica responsável, com exceção da participante **Leistung Equipamentos**, conforme consta na Ata de Sessão e no Parecer Técnico de fl.838.

Iniciada a etapa de lances, os autores das Propostas de Preços selecionadas formularam sequencialmente suas propostas, sendo considerada ao final a proposta da participante **Dräger Ltda.** a proposta de menor preço e compatível com os preços praticados no mercado.

Aberto o envelope nº 2 – DOCUMENTOS DE HABILITAÇÃO a Comissão de Compras inabilitou a participante **Dräger Ltda.**, ora classificada em primeiro lugar, pelo fato de que a participante em comento não atendeu aos requisitos relacionados a habilitação.

Ato contínuo, foram solicitados os documento de habilitação da segunda colocada (**GE Healthcare**), que ao final foi julgada como habilitada pelo Pregoeiro, não havendo qualquer ressalva por parte da Comissão de Compras com relação ao preço final obtido.

De seu turno, as participantes **Maquet do Brasil e Dräger Ltda.** tiveram vistas ao processo e manifestaram durante a Sessão a intenção de interpor recurso, conforme registro de fl.976. A vencedora **GE Healthcare** restou ciente quanto a manifestação das recorrentes e de eventual apresentação das contrarrazões de recurso, em conformidade com o item IX do Edital.

É o breve resumo dos fatos.

2 - Da tempestividade do recurso interposto

Os recursos interpostos pelas participantes **Maquet do Brasil e Dräger Ltda.** foram recepcionados pela Comissão de Compras em 04 de Agosto de 2016 (fl.978 e fl.982).

Desta feita, inicialmente cabe a análise inicial com relação a tempestividade destes recursos.

O Edital de Pregão Presencial Tipo Menor Preço nº 038/2015 é expresso em determinar em seu item 9.1. o seguinte (os grifos e negrito não são do original):

9.1 *Declarada a vencedora qualquer licitante poderá manifestar intenção motivada de apresentar recurso **no prazo de 03 (três) dias** para apresentação de suas razões, **computando-se no prazo recursal o dia da Sessão Pública do PREGÃO PRESENCIAL TIPO MENOR PREÇO**. As demais licitantes, no mesmo ato, restarão intimadas para apresentar suas contrarrazões de recurso em igual número de dias, que começarão a contar do término do prazo do recorrente, sendo concedida vista imediata dos autos.*

Desta feita, e considerando que a Sessão Pública foi realizada em 02 de Agosto de 2016, e de que esta data deve ser computada no prazo recursal, conclui-se que os recursos ora apresentados pelas participantes **Maquet do Brasil e Dräger Ltda.** em 04 de Agosto de 2016 mostram-se **tempestivos, motivo pelo qual devem ser conhecidos, haja vista terem preenchido os pressupostos legais de admissibilidade.**

A mesma conclusão tem-se das contrarrazões da participante **GE Healthcare**, haja vista que estas foram apresentadas em 09 de Agosto de 2016 (fl.1010), e atendem ao enunciado do item 9.1 do Edital.

3 - Das Alegações da Recorrente

Passamos agora a processar uma breve síntese as alegações das recorrentes.

A **Dräger Ltda.** alegou em sede recursal que no Edital que não deve prosperar sua desclassificação, pois não consta no Edital a obrigatoriedade de apresentação e declaração de transporte efetuada por terceiros, e de que o Edital exige de forma clara tão somente *“a autorização para transporte emitido pela ANVISA (item 6 do Edital)”*. Argumenta que, conforme estabelecido nos artigos 3º, 41 e 55, XI as Lei de Licitações, o julgamento deve estar adstrito às disposições do Edital. Ainda, segundo a recorrente, o Pregoeiro acatou a declaração de transporte da empresa vencedora (**GE Healthcare**) e de que esta não apresentou declaração emitida por sua transportadora, e que em razão disso, *“é flagrante o tratamento desigual durante a disputa, inclusive sobre documento que sequer foi exigido no instrumento convocatório”*.

Conclui requerendo o acolhimento e provimento integral de seu recurso, no sentido de que a *“seja classificada no procedimento licitatório, pelo fato de ter apresentado todos os documentos descritos no Edital e por ter sido desclassificada por fundamento estranho ao instrumento convocatório”* (fl.989).

Por sua vez, a recorrente **Maquet do Brasil**, em sua peça exordial, argumenta que, acertadamente, a participante **Dräger Ltda.** foi inabilitada pela Comissão de Compras, haja vista que a participante apresentou a AFE de terceiros por ela contratada, mas não comprovou o vínculo contratual ou demonstrou a relação contratual através de declaração da transportadora, mesmo após a concessão pela Comissão de prazo de 15 (quinze) minutos pela Comissão de Compras em Sessão.

Ainda, segundo a recorrente, houve um equívoco por parte da Comissão de Compras ao habilitar a participante **GE Healthcare**, que foi classificada com a segunda melhor proposta de preços, pelo fato de que a participante em comento não comprovou o vínculo contratual com seu prestador de serviços, haja vista que apresentou em sessão declaração própria declarando *“que a transportadora FOCUS LOG LOGÍSTICA SERVIÇOS E TRANSPORTE LTDA. está autorizada a TRANSPORTAR equipamentos e acessórios”* (fl.949) anexando cópia do D.O.U. de 16/06/2014 onde pode-se verificar a autorização para transporte de correlatos da referida transportadora (fl.950).

A recorrente **Maquet do Brasil** conclui requerendo a revisão do julgamento que declarou vencedora a participante **GE Healthcare** e a sua desclassificação, pelo fato de que, se mantida a decisão, estarão sendo transgredidos os princípios da legalidade, da igualdade e da vinculação ao instrumento convocatório, pelo tratamento desigual da Comissão de Compras na análise das propostas das participantes classificadas em primeiro e em segundo lugar e ainda, que ela, **Maquet do Brasil**, seja convocada, haja vista ser a empresa que teve sua proposta classificada na terceira colocação, sendo, portanto a próxima empresa a ser chamada pela ordem de classificação.

4 - Das Contrarrazões

A vencedora **GE Healthcare**, em suas contrarrazões recursais, argumentou que, na fase de habilitação, foi constatado a ausência de autorização da ANVISA para transporte do equipamento objeto da licitação pela participante **Dräger Ltda.** e ainda, que a **Dräger Ltda.** apresentou apenas o número de autorização da ANVISA para o transporte e não demonstrou ligação entre o número apresentado e a empresa de transporte, e de é justa a análise do Pregoeiro, por que houve falha na documentação apresentada pela participante supracitada.

Com relação as argumentações da recorrente **Maquet do Brasil**, assevera a vencedora do certame que “*tal empresa trouxe um recurso bastante confuso*” e que “*na verdade almejava ver a empresas GEHC e DRAGER desclassificadas de modo que ela, a próxima colocada, fosse então vitoriosa*” (fl.1012). Argumenta ainda que a proposta apresentada pela recorrente **Maquet do Brasil** é muito superior a sua, mostrando-se um negócio desvantajoso para o órgão licitante.

A vencedora termina suas contrarrazões de recurso e requer que sejam rejeitados os recursos por serem totalmente descabidos e, com base em suas contrarrazões, manter a sua declaração de classificada e vitoriosa no Processo.

5 - Da análise das razões recursais e das contrarrazões recursais

Passamos a discorrer sobre todos os fatos e as alegações ora apresentadas. Inicialmente, é importante destacarmos o texto do Edital sobre o qual paira toda a discussão, qual seja, o Capítulo IV – DO CONTEÚDO DO ENVELOPE 2 – DOCUMENTOS PARA HABILITAÇÃO, em seu item 6.4. QUALIFICAÇÃO TÉCNICA (o grifo e negrito não são do original):

6.4 QUALIFICAÇÃO TÉCNICA

*c) Autorização para distribuição, armazenagem e transporte do equipamento objeto deste PREGÃO emitido pela Agência Nacional de Saúde (“ANVISA”) à licitante ou a terceiro **por ela contratado**, por sua conta e risco; tratando-se de produto importado a licitante deverá apresentar, ainda, Autorização para importação e armazenagem do equipamento objeto deste PREGÃO emitida pela ANVISA; e*

Pelo disposto na norma editalícia, verifica-se que a participante deverá possuir e apresentar em sessão os documentos que comprovem que a participante possui autorização da ANVISA para as atividades de “Distribuir”, “Armazenar” e “Transportar”, ou ainda, caso não as detenha, que poderá apresentar autorização de terceiro com o qual tenha relação contratual (“**por ela contratado**”). A expressão em destaque é clara no sentido de que o terceiro detentor da autorização deve necessariamente ter vínculo contratual com a participante.

O Pregoeiro fez menção na Ata de Sessão Pública que a desclassificação da primeira colocada se deu em razão de “ausência da declaração de transporte efetuada por terceiros” (fl.975). Na verdade, apenas faz menção a uma das maneiras de se comprovar o vínculo contratual entre a participante e a empresa de transporte por ela contratada, o que poderia ser sanado também, por exemplo, com a juntada de uma cópia do contrato de prestação de serviços de transporte vigente entre as partes, desde que os serviços objeto do referido contrato contemplem o transporte de materiais objeto do certame licitatório.

Desta forma, entendemos que foi correta a inabilitação da participante **Dräger Ltda.**, pelo fato de que a recorrente, na sessão realizada, não apresentou documentos que comprovem que a empresa *Faex Soluções em Logística Ltda.* (fls.877/878), muito embora detentora da autorização da ANVISA, possui vínculo contratual com a recorrente, exigência esta que se faz necessária, conforme demonstramos logo acima.

A recorrente apresentou em seu recurso a declaração da transportadora (fl.993), documento este que não pode ser considerado neste momento, em homenagem ao princípio da legalidade, da isonomia e da vinculação ao instrumento convocatório, tendo em vista que tal documento deveria estar acostado em seu envelope relacionado aos documentos de habilitação. A Fundação não pode, por meio da realização de diligências e/ou do saneamento processual, permitir que uma licitante que tenha deixado de demonstrar o fiel atendimento ao edital no momento oportuno, o faça posteriormente, sob pena de violação aos princípios supramencionados.

Com relação a habilitação da participante **GE Healthcare**, nos parece precário o documento apresentado em sessão para comprovar que a empresa supostamente contratada pela participante (FOCUS LOG LOGÍSTICA SERVIÇOS E TRANSPORTE LTDA.) possui vínculo contratual com a participante. O documento apresentado trata-se de declaração da própria **GE Healthcare**, e que por não trazer qualquer evidência acessória (por exemplo, cópia do contrato de prestação de serviços entre as Partes) não merece ser considerada. Além do que, a declaração apresentada não traz qualquer menção de que a transportadora possui vínculo contratual com a participante **GE Healthcare**, tendo sido declarado apenas “*que a transportadora FOCUS LOG LOGÍSTICA SERVIÇOS E TRANSPORTE LTDA. está autorizada a TRANSPORTAR equipamentos e acessórios*”.

Ainda sobre esta questão, e traçando um paralelo com inabilitação da segunda participante (**Dräger Ltda.**), se considerarmos que é válida a declaração da participante **GE Healthcare**, teríamos que ter utilizado do mesmo juízo com relação a **Dräger Ltda.**, qual seja, a de apresentar em sessão uma declaração de próprio punho, durante os 15 minutos que são concedidos em sessão, para saneamento dos documentos de habilitação, conforme preceitua o item 7.19 do Edital.

Com relação ao pedido final da recorrente **Maquet do Brasil**, não se mostra pertinente a sua convocação, em razão da ausência de disposição legal para tanto, do lapso temporal, do momento processual e tendo em vista que a melhor proposta da terceira colocada ofertada em sessão (fl.974) foi muito maior do que a proposta obtida junto a primeira colocada (diferença de cerca de R\$ 17.300,00 por unidade – R\$ 51.900,00 no total).

O Edital, no sistema jurídico-constitucional vigente, constitui lei entre as partes, sendo a norma fundamental do procedimento, seja qual for a modalidade ou tipo escolhido pela Fundação para concretizar o interesse público perseguido pela contratação.

Desse modo, como corolário do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, as propostas apresentadas em desconformidade com o edital convocatório devem – em regra – ser inabilitadas e/ou desclassificadas. Não é outra, inclusive a orientação da jurisprudência dos tribunais superiores:

“Administrativo. Procedimento Licitatório. Pregão. Princípio da Vinculação ao Edital. Requisito de Qualificação Técnica não cumprido. Documentação apresentada diferente da exigida. O Tribunal de origem entendeu de forma escorreita pela ausência de cumprimento do requisito editalício. Sabe-se que o procedimento licitatório é resguardado pelo princípio da vinculação ao edital. Sendo assim, se o edital prevê, conforme explicitado no acórdão recorrido (fls. 264), ‘a cópia autenticada da publicação no Diário Oficial da União do registro do alimento emitido pela Anvisa’, este deve ser o documento apresentado para que o concorrente supra o requisito relativo à qualificação técnica. Seguindo tal raciocínio, se a empresa apresenta outra documentação – protocolo de pedido de renovação de registro – que não a requerida, não supre a exigência do edital. Aceitar

documentação para suprir determinado requisito que não foi a solicitada, é privilegiar um concorrente em detrimento de outros, o que feriria o princípio da igualdade entre os licitantes (STJ, 2ª T, RESP n.º 1178657, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j 21/09/2010)

O certame se realiza mediante uma série de atos administrativos, pelos quais aquele que pretende contratar analisa as propostas efetuadas pelos que pretendem ser contratados e escolhe, dentre elas, a mais vantajosa, mediante competente controle.

Esse controle exercido sobre os seus atos caracteriza o princípio da autotutela administrativa e que esse instituto foi firmado legalmente por duas súmulas do Supremo Tribunal Federal, a saber:

Súmula 346 – “A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos”.

Súmula 473 – “A Administração pode anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência e oportunidade, respeitando os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”.

Ressalte-se que a declaração do vício não se trata de mera discordância formal e sim do cumprimento dos princípios da legalidade, da isonomia e da vinculação ao instrumento convocatório e que tal vício é insanável, uma vez que foi habilitada e declarada como vencedora empresa que não apresentou todos os documentos requisitados como obrigatórios em Edital de Convocação.

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 de Licitações e na Lei do Pregão, bem como nos princípios legais e constitucionais garantidores da lisa do presente procedimento, opina pelo conhecimento dos recursos interpostos pelas participantes Maquet do Brasil e Dräger Ltda., em razão de sua tempestividade.

Tendo como preceito o Art.49 da Lei de Licitações, bem como o Princípio da Autotutela Administrativa e o Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório, esta Assessoria opina pela **anulação** da decisão prolatada em Sessão Pública datada de 02 de agosto de 2016, que consagrou a participante **GE Healthcare** como vencedora do procedimento licitatório, haja vista o não atendimento de todas as exigências do Edital, especificamente quanto a Qualificação Técnica, alínea “c” (fl.516).

Desta forma, recomenda-se que seja dada continuidade no Processo em tela, com a definição de nova data para realização de Sessão Pública.

Por fim, recomenda-se ainda que seja dado ciência à todas as participantes do Procedimento acerca da decisão adotada por esta respeitável Comissão de Compras, por meio de publicação.

É o parecer, *sub censura*.

Marcos Folla
Assessoria Jurídica
Fundação Zerbini