



São Paulo, 20 de Março de 2017.

De: Assessoria Jurídica
Para: Comissão de Compras

Ref.: Parecer Jurídico - Processos nº 1601/16, 1602/16, 1603/16 e 1604/16 – PP 021/16 – Objeto: Aquisição de Espirômetros, para utilização no Instituto do Coração do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo - InCor HCFMUSP.

MEMO - 069/2017

PARECER JURÍDICO

Processos nº 1601/16, 1602/16, 1603/16 e 1604/16

Pregão Presencial Tipo Menor Preço nº 021/2016

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

Recurso: Emendas Parlamentares:

- Convênio. 821111/2015 – Projeto 1112 – Mara Gabriilli
- Convênio. 821132/2015 – Projeto 1115 – Jorge Tadeu Mudalen
- Convênio. 825157/2015 – Projeto 1117 – Vanderlei Macris
- Convênio. 821130/2015 – Projeto 1114 – Antônio Carlos Mendes Thame

Recorrente: **Dynamic Health Comércio e Serviços Ltda.-EPP**

Vem ao exame desta Assessoria Jurídica o Recurso Administrativo interposto pela participante **Dynamic Health Comércio e Serviços Ltda.-EPP** (“**Recorrente**”) às fls. 547/668, bem como as Contrarrrazões de Recurso Administrativo em fls.674/684 da vencedora Fleximed Comércio e Serviços de Produtos Médico Hospitalares Ltda.-EPP (“**FLEXIMED**”), nos autos dos Processos nº 1601/16, 1602/16, 1603/16 e 1604/16 - Pregão Presencial Tipo Menor Preço nº 021/2016, cujo objeto é realização de procedimento para Aquisição de Espirômetros, para utilização no Instituto do Coração do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo (“InCor-HCFMUSP”).

Cumprе observar que o recurso objeto dos Processos nº 1601/16, 1602/16, 1603/16 e 1604/16 (“**Processo**” / **Processos**”) é originário do Convênio nº 821111/2015 - Projeto 1112 – Emendas Parlamentar Deputada Federal Mara Gabriilli, Convênio. 821132/2015 – Projeto 1115 - Emenda Parlamentar Deputado Federal Jorge Tadeu Mudalen, Convênio. 825157/2015 - Emenda Parlamentar Deputado Federal Vanderlei Macris e Convênio. 821130/2015 – Projeto 1114 - Emenda Parlamentar Deputado Federal Antônio Carlos Mendes Thame, convênios estes celebrados com o Ministério da Saúde e, portanto, oriundos de **recursos públicos**. 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.

I - DAS PRELIMINARES

A Fundação Zerbini (“**Fundação**”) publicou em seu endereço eletrônico, na página destinada a Fornecedores / Processos de Compra¹ (fl.459), publicou aviso de licitação em jornal de grande circulação e

¹<http://www.zerbini.org.br>



no D.O.E. (fl.461) e ainda, enviou e-mail comunicando potenciais fornecedores para participação no Procedimento (fls.460) a comunicação acerca do Edital de Pregão Presencial Tipo Menor Preço nº 021/2016, que tem como objeto a aquisição de Espirômetros para utilização no InCor-HCFMUSP.

Em Sessão Pública realizada em 09 de Março de 2017 as 9:00hs, apresentaram-se para a fase de habilitação as empresas **DYNAMIC HEALTH** e **FLEXIMED**.

Em Sessão Pública realizada em 09 de Março de 2017 às 09h30min apresentaram-se para a fase de credenciamento a Recorrente, bem como a participante **FLEXIMED**, conforme se verifica à fl. 542, restando inicialmente todas as participantes credenciadas.

Ato contínuo foram abertos os envelopes contendo as propostas e com a colaboração dos membros da Equipe de Apoio, o Pregoeiro examinou a compatibilidade do objeto, prazos e condições de fornecimento com aqueles definidos no Edital, sendo processada logo em seguida a análise técnica das propostas, o que resultou na emissão do Parecer Técnico, o qual foi lido em sessão.

A Recorrente teve sua proposta desclassificada, pelo fato desta "não comprovar através de documentação os conjuntos previstos e solicitados no Edital" (fls.543). Foram concedidos pelo Pregoeiro 15 minutos de prazo para saneamento da documentação, o que restou frustrado ao final do prazo.

Retomada a Sessão, foram formulados sequencialmente lances e negociada a redução do preço da pela participante **FLEXIMED**, sendo que o Pregoeiro considerou ao final que o valor obtido na negociação foi aceitável por ser compatível com os preços praticados pelo mercado.

Aberto o envelope nº 2 – DOCUMENTOS DE HABILITAÇÃO da participante **FLEXIMED**, foi verificado o atendimento dos requisitos estabelecidos no Edital.

De seu turno, a Recorrente manifestou em Sessão a intenção de interpor recurso, conforme registro de fl.545.

É o breve resumo dos fatos.

II - DA TEMPESTIVIDADE

O recurso interposto pela Recorrente foi recepcionado pela Comissão de Compras em 10 de março de 2017 as 16:45hs (fl.547).

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

O Edital de Pregão Presencial Tipo Menor Preço nº 0212016 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 09 de março de 2017, e de que esta data deve ser computada no prazo recursal, conclui-se que o recurso ora apresentados pela Recorrente em 10 de março de 2017 mostra-se **tempestivo, motivo pelo qual devem ser conhecido, haja vista o preenchimento os pressupostos legais de admissibilidade.**

Com relação as contrarrazões da participante vencedora **FLEXIMED**, verifica-se que o mesmo foi recepcionado pela Comissão de Compras em 16 de março de 2017 as 10:00hs (fl.674).

Tendo como preceito a norma editalícia supracitada, conclui-se que as Contrarrazões do Recurso também foi apresentada dentro do prazo previsto no Edital, haja vista que a Sessão Pública do Pregão Presencial ocorreu em 09 de março de 2017 (quinta-feira), e de que esta data deve ser computada no prazo recursal, conclui-se que data final para o recurso é o dia 11 de março de 2017, sendo este um sábado, devendo ser considerado então como o ultimo dia para apresentação do recurso o dia 13 de março (segunda-feira).

O dia seguinte ao término do prazo para apresentação do recurso (14 de março de 2017) é a data inicial para apresentação das Contrarrazões, e se considerarmos que o prazo previsto para apresentação das Contrarrazões do Recurso é o mesmo do Recurso (03 dias), conclui-se que o prazo fatal para apresentação das contrarrazões foi o dia **16 de março de 2017.**

Por esta razão, as Contrarrazões do Recurso recebida em 16 de março de 2017 mostra-se **tempestiva, motivo pelo qual será conhecida.**

III - DAS ALEGAÇÕES DA RECORRENTE E DA VENCEDORA

Passamos agora a processar uma breve síntese as alegações da recorrente.

A Recorrente, em sua peça exordial, argumenta que sua desclassificação foi equivocada, pois a Recorrente *"apresentou declaração de pleno atendimento aos requisitos de habilitação, da proposta de preço e dos documentos de habilitação, que já comprova o atendimento o objeto do certame, sendo que qualquer declaração em contrário, deve ser desconsiderada, devido a exatidão os fatos aqui tratados"*.

Argumenta ainda que *"a própria Equipe de Apoio afirmou que em diligência a internet comprovou que o Espirômetros possui Registro do equipamento de espirometria nos órgãos regulamentadores ANVISA e INMETRO, condição esta que já demonstra o atendimento ao objeto do certame."*

A Recorrente aduz ainda que, *"a fim de mais uma vez comprovar o alegado, a RECORRENTE se dispôs a encaminhar os manuais do equipamento para afastar quaisquer dúvidas, principalmente quanto aos valores preditos (pag. 13 do manual), Calibragem (pag. 22do manual), caraterísticas do Espirômetro (pag. 12 do manual), Menu de Serviços (pag.16 do manual), e Calibração da Turbina reutilizável (pag. 18 do manual), o qual foi enviado por e-mail conforme podemos observar nos documentos acostados."* Cumpre esclarecer que isto ocorreu nos 15 minutos dados pelo Pregoeiro para que a Recorrente pudesse comprovar tecnicamente que o equipamento ofertado por ela atendia aos requisitos mínimos exigidos no Memorial Descritivo.

Argumenta que o Pregoeiro não recebeu o e-mail no prazo de 15 minutos concedido pelo mesmo para sanar a documentação *"possivelmente por um problema técnico do sistema institucional"* e que *"tampouco foi realizado testes pela Equipe de Apoio a fim de dirimir todas as eventuais dúvidas, bem como verificar o desempenho do Equipamento RECORRENTE atende o objeto do certame, conforme prevê as normas edilícias no item 5.6.1."*



Segundo a Recorrente, *"resta evidente que a proposta da RECORRENTE merece ser CLASSIFICADA no presente certame face ao claro cumprimento às exigências do edital norteador desta licitação, sob pena de violação inquestionável aos princípios da vinculação ao edital e do julgamento objetivo, sob os quais deve pautar-se todo e qualquer procedimento licitatório."*

Conclui a Recorrente requerendo o "CONHECIMENTO e o PROVIMENTO do presente Recurso, (...) afim de que haja a reconsideração da decisão proferida pelo ilustre Pregoeiro e equipe de Apoio, que decidiram pela DESCLASSIFICAÇÃO da Recorrente".

Em suas Contrarrazões de Recurso a participante vencedora **FLEXIMED** argumenta que a Recorrente está equivocada quando afirma que *atendeu a todos os requisitos do certame, haja vista que a manutenção desses certificados (ANVISA e INMETRO) "é mera obrigação legal para a comercialização do produto no mercado brasileiro e não comprova de modo algum que este satisfaz as especificações técnicas constantes no Memorial Descritivo do ANEXO 1, definidas como os requisitos mínimos de acordo com os trechos do Edital", os quais a participante vencedora FLEXIMED faz constar em suas Contrarrazões.*

A **FLEXIMED** rebate ainda a alegação da Recorrente quando esta menciona que o Pregoeiro não recebeu o e-mail nos 15 minutos concedidos a ela *"possivelmente por um problema técnico do sistema institucional (do InCor)", no sentido de que a Recorrente "busca transferir a responsabilidade de suas faltas à equipe técnica e à Fundação Zerbini" e de que o Edital, na Cláusula VII, Item 7.21, estabelece que "a Fundação Zerbini não se responsabilizará pela eventual indisponibilidade dos meios eletrônicos, no momento da verificação. Ocorrendo essa indisponibilidade e não sendo apresentados os documentos alcançados pela verificação, a licitante será inabilitada".*

A **FLEXIMED** alega ainda que *"o produto ofertado pela DYNAMIC HEALTH não consta no cadastro ANVISA fornecido pela recorrente e nem mesmo poderia ser comercializado no Território Brasileiro. Além disso, não satisfaz todos os requerimentos técnicos do Edital.", e de que, ao analisar a Proposta de Preços da Recorrente, verificou-se a existência de mais falhas, listadas pela FLEXIMED em fls.677:*

- Não consta a procedência do Equipamento ofertado, marca MIR, modelo SPIROBANK ADVANCED II, conforme Cláusula V, Item 5.1 .d do Edital.
- Não consta a faixa ou limite de volume medido, conforme solicitação do Anexo 1.
- É oferecida na lista de itens a ser fornecidos uma bateria de 9 volts, que não tem qualquer relação com o espirômetro, considerando que o Spirobank II trabalha com baterias recarregáveis de íon de lítio de 3,7 volts, de acordo com o catálogo apresentado.
- A lista de acessórios que integram a proposta não satisfaz o que é pedido no Anexo 1, que exige que cada dispositivo seja fornecido, dentre outros itens, com **100 bocais descartáveis e 04 pinças ou clips nasais**. A Proposta de Preços da DYNAMIC HEALTH especifica **nenhum bocal descartável e somente uma pinça nasal**.

Ao final, a participante vencedora **FLEXIMED** *"solicita que o RECURSO ADMINISTRATIVO da empresa DYNAMIC HEALTH COM. E SERVIÇOS LTDA seja integralmente negado de provimento e que sejam mantidas todas as resoluções constantes da referida ATA DA SESSÃO PÚBLICA do Pregão Presencial N°021/2016 (...)"*.

IV - DO MÉRITO

O âmago da questão recai sobre o equipamento disposto na Proposta apresentada pela Recorrente e se este atende aos requisitos mínimos exigidos no Memorial Descritivo.



Desta forma, a questão é meramente de cunho técnico. De acordo com o parecer técnico de fls.509, foi feita a análise nas amostras apresentadas e, segundo a equipe técnica, a Recorrente foi desclassificada "por não comprovar através de documentação os conjuntos previstos e solicitados no Edital".

Instada a emitir parecer sobre as alegações trazidas pela Recorrente, a equipe técnica responsável pelo Equipamento objeto do Pregão se manifestou em fls.670/671, no sentido de que "durante a sessão, a empresa deve comprovar através de documentação técnica as características do equipamento objeto da licitação, comprovando que o item ofertado atende o Edital na sua totalidade".

Em seu relatório a equipe técnica assevera que a Recorrente "ofertou equipamento que não atendeu o Memorial Descritivo do anexo I do edital no item: Conjuntos previstos (mínimos): hankinson (HNANES III), Crapo, Pereira (Brasil), Knudson de 1976, Zapletel (Pediatria)" e que, conforme disposto em fls.477 (proposta da Recorrente) o "atendimento deste item é parcial".

Por fim, a equipe técnica "mantém o seu parecer concedido na sessão, uma vez que o Edital é claro quando menciona que toda documentação pertinente a descrição técnica do equipamento, objeto da licitação, deve ser apresentada em sessão".

Por tudo que fora exposto, não devem prosperar as alegações da Recorrente. O Edital do Pregão Presencial 021/2016 é claro no sentido de que o equipamento a ser ofertado em sessão deve atender a todos os requisitos mínimos exigidos no Edital, sob pena de desclassificação da Proposta, senão vejamos (grifo e negrito não estão no original):

"Poderão participar do presente procedimento os interessados do ramo de atividade pertinente ao objeto da contratação **que atenderem todas as exigências e as condições constantes deste Edital e de seus Anexos.**" (Item 2.1 do Edital).

"O Objeto deste PREGÃO PRESENCIAL deverá atender as especificações mínimas técnicas descritas no ANEXO 1." (Item 5.5 do Edital).

"As participantes que apresentarem o Equipamento **em desconformidade com as especificações técnicas e de qualidade constantes do Anexo 1 serão desclassificadas**, pelos motivos expostos no laudo de avaliação a ser emitido pela Equipe Técnica destacada pela Fundação Zerbini." (Item 5.6.3 do Edital)

"7.3 Ato contínuo será aberto o envelope PROPOSTA DE PREÇO apresentado pelas licitantes credenciadas. A seguir será efetuada a análise da PROPOSTA DE PREÇO pelo Pregoeiro, que verificará o atendimento das condições estabelecidas neste Edital e seus Anexos, sendo desclassificadas as PROPOSTAS DE PREÇO:

a) cujo objeto **não atenda às especificações**, prazos e condições fixadas no Edital; (item 7.3."a" do Edital)

A argumentação de que não foram realizados testes nas amostras apresentadas em sessão também não merece prosperar pelo fato de o item 5.6.1. ser claro no sentido de que os testes serão feitos pela Equipe Técnica caso esta entenda necessário, em data a ser definida, não sendo, portanto, um procedimento obrigatório (grifo e negrito não estão no documento original):

5.6.1 **Caso a Equipe Técnica considere necessária à realização de testes para avaliação do desempenho do Equipamento**, a sessão do pregão poderá ser suspensa para a realização dos referidos testes, devendo-se, no ato da sessão, serem estabelecidas as condições de sua realização, bem como a nova data para a conclusão do certame, em conformidade com as especificações técnicas e de qualidade descritas no Anexo I, designando no ato novo dia, hora e local para a classificação das propostas.



Por todo o exposto e pelos documentos acostados no Processo, resta evidente que o equipamento ofertado pela Recorrente não atendeu a todos os requisitos mínimos do Edital, de modo que mostra-se pertinente a manutenção da decisão proferida em sessão, em nome dos princípios da vinculação ao instrumento convocatório, do interesse público, da legalidade e da razoabilidade, indeferindo, por conseguinte o recurso da Recorrente e mantendo a decisão que considerou a participante **FLEXIMED** vencedora do procedimento licitatório.

Neste sentido, é claro o entendimento dos tribunais superiores sobre o tema:

Abstenha-se de aceitar propostas de bens com características diferentes das especificadas em edital, em respeito ao princípio de vinculação ao instrumento convocatório, consoante o art. 3º da Lei no 8.666/1993.

Acórdão 932/2008 Plenário

Zele para que não sejam adotados procedimentos que contrariem, direta ou indiretamente, o princípio básico da vinculação ao instrumento convocatório, de acordo com os arts. 3º e 41 da Lei no 8.666/1993.

Acórdão 2387/2007 Plenário

Observe os princípios da transparência, do julgamento objetivo, da vinculação ao instrumento convocatório e da escolha da proposta mais vantajosa para a Administração, conforme regem os arts. 3º, art. 40, VII, art. 41, caput, 43, IV, art. 44, § 1º e art. 45, da Lei no 8.666/93.

Acórdão 1286/2007 Plenário

V - 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 do presente Recurso**, uma vez preenchidos os requisitos de admissibilidade previstos no Edital, para, no mérito, considerá-lo **IMPROCEDENTE**, recomendando ainda a manutenção da decisão que julgou vencedora a participante **FLEXIMED**;

Por fim, recomendamos ainda a publicação da referida decisão, em homenagem ao Princípio da Publicidade.

É o parecer, *sub censura*.

Assessoria Jurídica
Fundação Zerbini