

São Paulo, 30 de Julho de 2019.

De: Assessoria Jurídica
Para: Diretora de Suprimentos / Fundação Zerbini

Ref.: Parecer Jurídico – Petição protocolada em 25 de julho de 2019 pela empresa White Martins Gases Industriais Ltda. - Processos nº 1274/19 e 1275/19 - Pregão Presencial PP nº 013/2019 – Aquisição de Ventilador Pulmonar, por meio de Emendas Parlamentares – Convênio 807987/2014 - Walter Feldman e Convênio 821102/2015 - Lelo Coimbra, para utilização no Instituto do Coração do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo (“InCor-HCFMUSP”).

MEMO - 119/2019

PARECER JURÍDICO

Processos 1274/19 e 1275/19

Pregão Presencial Tipo Menor Preço nº 013/2019 - Aquisição de Ventilador Pulmonar

Recurso: Emendas Parlamentares – Convênio 807987/2014 Walter Feldman e Convênio 821102/2015 Lelo Coimbra.

I – DAS PREMISSAS

Retornam ao exame desta Assessoria Jurídica os autos dos Processos nº 1274/19 e 1275/19 - Pregão Presencial Tipo Menor Preço nº 013/2019, cujo objeto é a aquisição de Ventilador Pulmonar para utilização no Instituto do Coração do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo (“InCor-HCFMUSP”), em razão de petição de fls.769/793.

Cumprе observar que o recurso do objeto dos Processos nº 1274/19 e 1275/19 (“Processos”) são originários de Emendas Parlamentares, portanto 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 demais legislação aplicável, na forma do artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, que institui normas relativas às licitações e contratos administrativos.

II - DAS PRELIMINARES

Conforme Parecer Jurídico de fls.756/762, foram analisados o Recurso Administrativo da participante **White Martins Gases Industriais Ltda.** (“WHITE MARTINS”) e as contrarrazões da participante **Maquet do Brasil Equipamentos Médicos Ltda.** (“MAQUET DO BRASIL”), no qual a **WHITE MARTINS**, resumidamente, alegou que o equipamento ofertado pela participante **MAQUET DO BRASIL** não atende a todas as características exigidas no Edital convocatório.

Foi demonstrado no Parecer Jurídico que o Recurso Administrativo da participante **WHITE MARTINS** foi protocolado intempestivamente, com fulcro no item 9.1. do referido Edital. Mesmo diante deste fato, e em homenagem ao Princípio da Autotutela Administrativa e o direito constitucional a petição, foram analisadas as questões de cunho técnico trazidas no Recurso Administrativo pela Unidade de Engenharia Clínica do InCor-HCFMUSP, que é a equipe técnica responsável pelo equipamento objeto do certame, restando consignado ao final o seguinte (grifo nosso, em destaque):

*Por todo o exposto, e mesmo que tempestivo fosse o Recurso Administrativo, restaria prejudicado o acolhimento dos pedidos processados pela **RECORRENTE** seu sua peça recursal, considerando a fundamentação técnica trazida pela Engenharia Clínica do InCor-HCFMUSP em fls. 752/754, que ao analisar as colocações trazidas em recurso pela **RECORRENTE**, decidiu manter a decisão exarada em sessão, deixando claro que a participante vencedora atendeu às características mínimas exigidas no Memorial Descritivo, estando desta forma, o procedimento licitatório, em consonância com os princípios da Isonomia, da Legalidade, da Vinculação ao Instrumento Convocatório, dentre outros, que norteiam a licitações e os contratos administrativos.*

VI - CONCLUSÃO

*Tendo em vista todo o exposto, esta Assessoria Jurídica, fundamentada nos termos do instrumento convocatório, bem como nos princípios legais e constitucionais garantidores da lisura do presente procedimento, opina pelo não conhecimento das razões recursais trazidos aos autos do Processo pela **RECORRENTE** por ser **INTEMPESTIVO** e ainda, pela manutenção da decisão prolatada em Sessão Pública datada de 25 de JUNHO de 2019, na qual foi declarada vencedora a participante MAQUET DO BRASIL, haja vista que não restou caracterizada qualquer irregularidade no procedimento.*

Foi dada ciência à participante **WHITE MARTINS** sobre a referida decisão (vide fls.763) e, no dia 25 de julho de 2019 (fls.769/793) participante **WHITE MARTINS** protocolou petição junto ao Setor de Compras, onde alega, resumidamente:

(i) que seu Recurso Administrativo protocolado em 28 de junho de 2019 foi apresentado tempestivamente, sob a alegação de que o item 9.1. do Edital “*contraria o disposto no art.110 da Lei 8.666/93*” (fls.773), mencionando ainda o art.4º da Lei 10.520/2002;

(ii) repetitivamente, argumenta que o equipamento oferecido pela participante **MAQUET DO BRASIL** não atende a todas as disposições técnicas trazidas no Edital, tentando trazendo novamente a para discussão questões técnicas que já **havam sido analisadas e aprovadas em análise técnica processada com base nos documentos apresentados em sessão e que já haviam sido rebatidas em sede recursal**;

Ao final, requer na petição: (iii) a “*suspensão dos efeitos da decisão que reputou a **MAQUET** vencedora da licitação (...)*” e; (ii) “*no mérito, seja reformada a decisão que declarou a **MAQUET** vencedora da licitação.*” (fls.790).

III – DA ANÁLISE JURÍDICA

Inicialmente, cabe-nos lembrar que a petição apresentada pela participante **WHITE MARTINS** no dia 25 de Julho de 2019 ataca em seu mérito a decisão proferida em sede recursal e na qual foi analisado o Recurso Administrativo impetrado por ela e as contrarrazões da participante **MAQUET DO BRASIL**.

Ao que nos parece, e pelo que dispõe Edital e a Lei do Pregão, não é cabível em sede administrativa a discussão sobre matéria de decisão proferida em sede recursal, haja vista que, nos procedimentos processados na modalidade Pregão, existe apenas uma fase recursal, na qual poderá ser objeto de discussão, resumidamente, o julgamento das propostas, da habilitação dos participantes ou de decisão proferida na fase de credenciamento.

Uma das características marcantes do Pregão é a dar celeridade no procedimento para aquisição de bens e serviços de uso comum, de modo que, é essencial que o rito processual relacionado a esta modalidade não comporte entraves e a possibilidade de que os participantes utilizem de subterfúgios tão somente para fins protelatórios e sem embasamento legal.

Apenas para ilustrar este conceito, trazemos abaixo breve doutrina sobre o tema:

“Observamos que o pregão, em razão de suas características procedimentais, traz uma série de vantagens para a Administração contratante, especialmente por constituir-se em uma modalidade de licitação pouco complexa, possibilitando maior celeridade na contratação de bens e serviços comuns. Além disso, mediante a utilização do pregão, o valor final dos contratos tende a ser mais vantajoso para a Administração comparativamente àquele que ela obteria com a utilização das outras modalidades de licitação.”

Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo - Direito Administrativo - 4ª Edição - Rio de Janeiro, Editora Ímpetus, 2002, paginas 400/401.

Neste mesmo sentido, trazemos para ilustração julgado do Tribunal de Contas da União:

Por outro lado, o pregão, procedimento simplificado, foi criado para imprimir celeridade ao processo de aquisição e ampliar a competição entre os interessados no contrato, gerando forte estímulo a redução de preços sem, entretanto, constituir instrumentos para que sejam descartadas propostas inexecutáveis. O que diferencia o pregão e a estruturação procedimental – a inversão das fases de habilitação e julgamento, bem assim a possibilidade de renovação dos lances pelos licitantes – a forma de elaboração de propostas – por escrito, verbal ou por via eletrônica – e o universo de possíveis participantes – os quais não precisam estar inscritos em cadastro.

Acórdão 2172/2008 Plenário (Relatório do Ministro Relator)

Desta forma, e em razão da total ausência de previsão legal, é incabível a análise, em sede administrativa, de decisão proferida sobre recurso administrativo, como indica a petição juntada a fls.769/790.

Não obstante, é importante salientar que não há qualquer ilegalidade no tocante a decisão que opinou por julgar intempestivo o Recurso Administrativo trazido ao Processo pela **WHITE MARTINS** em fls.603/652.

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.

A Lei 8.666/93 e a Lei 10.520/2002 estabelecem, dentre diversos princípios a serem observados pela entidade responsável pelo procedimento, o Princípio a Vinculação ao Instrumento Convocatório, que estabelece, resumidamente, que este princípio vincula, nos termos do Edital e do ato convocatório, tanto o licitante quanto a entidade que o expediu, de modo que o instrumento convocatório é o documento fundamental da licitação, que não somente assegura o requisito da publicidade, mas também vincula a Administração ao que nele se prescreve, funcionando, portanto, como lei interna, traçando as diretrizes para os interessados, em todos os momentos subsequentes.

Neste sentido, é claro o entendimento do Tribunal de Contas da União sobre o tema:

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

Abstenha-se de modificar, mediante tratativas com as empresas participantes do certame, a natureza e as características do objeto licitado, em atendimento ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, estabelecido no art. 3º da Lei nº 8.666/1993.

Acórdão 3894/2009 Primeira Câmara

Representação. Pregão Eletrônico para Registro de Preço. Exigência de Atestados de Capacidade Técnica em percentual mínimo de 50% para todos os itens licitados. Ilegalidade. Aceitação de atestados dos vencedores em desacordo com o próprio edital. Malferimento dos Princípios da Isonomia e da vinculação ao Instrumento Convocatório. Aplicação de multa aos responsáveis. Determinações. Pedido de reexame. Conhecimento. Negativa de Provimento.

Acórdão 4091/2012 - Segunda Câmara

Há de se ponderar ainda que a participante **WHITE MARTINS**, se eventualmente discordasse de alguma disposição trazida no Edital, poderia, em tempo hábil, impugná-lo no todo ou parte, socorrendo-se ao disposto na Cláusula VIII do Edital (**VIII - DA IMPUGNAÇÃO DO ATO CONVOCATÓRIO**), de modo que o seu silêncio traduziu-se como a sua aquiescência para todas as suas disposições.

Por fim, cumpre salientar ainda o fato de que a presente petição não ter trazido qualquer fato novo, haja vista que a participante **WHITE MARTINS** insiste em questões técnicas que já foram arguidas e exaustivamente rebatidas pela Unidade de Engenharia Clínica do InCor-HCFMUSP, o que induz-se ter a presente petição apenas fins protelatórios.

IV - CONCLUSÃO

Tendo em vista todo o exposto, esta Assessoria Jurídica, fundamentada nos termos do instrumento convocatório, bem como nos princípios legais e constitucionais garantidores da lisura do presente procedimento, opina pela **manutenção da decisão prolatada em Sessão Pública datada de 25 de JUNHO de 2019 na qual foi declarada vencedora a participante MAQUET DO BRASIL e da decisão sobre o Recurso Administrativo que foi objeto de análise por meio do Parecer Jurídico (MEMO 104/2019).**

Considerando que a presente petição foi direcionada à Diretora de Suprimentos da Fundação Zerbini, estamos remetendo o presente parecer, bem como os autos do Processo para sua manifestação;

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