

São Paulo, 13 de Julho de 2017.

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

Ref.: Impugnação – Processos nº 0174 e 0176/2017 - PP 012/2017 – Objeto: Aquisição de Mobiliários Diversos, 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 196/2017

PARECER JURÍDICO

Processos nº 0174 e 0176/2017

Pregão Presencial Tipo Menor Preço nº 012/2017

Objeto: Aquisição de Mobiliários Diversos, 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 0174 e 0176/2017 (“**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 dos Processos nº 0174 e 0176/2017, relacionado ao Pregão Presencial nº 012/2017 (“**Pregão**”) cujo objeto é a Aquisição de Mobiliários Diversos, 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.E. e em jornal de grande circulação (fls.882/883), bem como divulgou em seu site (fl.881) e através de e-mails a potenciais fornecedores (fls.884/885), para participação das empresas interessadas no

Edital de Pregão Presencial Tipo Menor Preço nº 012/2017, referente aos Processos supracitados, com Sessão Pública marcada para o dia 17 de Agosto de 2017 às 9:30hs.

Em 07 de Julho de 2017 foi recebida a peça exordial da Impugnante, conforme protocolo de fl.887.

Em seu pleito, a Impugnante alega que no item da Habilitação (Qualificação Técnica) não está sendo exigida "a comprovação de certificação dos produtos que se estão adquirindo" (fls.887).

Verifica-se que a Impugnante argumenta ainda que no Edital não está sendo pedido às empresas para apresentar "declaração de que possui a Certificação de manejo Florestal tal como o FSC (Forest Stewardship Council) (...) em conformidade com o conceito de Compras públicas sustentáveis (CPS)" 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 (fls.888/889).

Assevera ainda que, "por afrontar a exigência contida na Instrução Normativa N.01, de 19 de janeiro de 2010, o edital do procedimento é manifestamente ilegal." e que "nos causa desconforto, tantas exigências de especificação técnicas sem ao menos um fundamento válido. E sendo contrário ao dispositivo legal e não autorizada por Lei, deixarem de exigir, um certificado que além de garantir a qualidade dos produtos, também acaba incorrendo por dificultar o real cumprimento da proposta de consumir com responsabilidade, produtos com uma história de vida social e ambiental sustentáveis e teriam a disposição sobre os critérios de sustentabilidade ambiental utilizado". (fls.889).

A impugnante conclui a sua Impugnação requerendo a procedência de sua impugnação e a republicação do Edital, com base no vício apontado.

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.887. 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 17 de Agosto 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, a Unidade de Arquitetura do InCor, em fl.892 esclarece que, “*todos os elementos do memorial descritivo e especificações foram elaboradas no sentido de caracterizar adequadamente os produtos, respeitando as normas e leis (...), de modo a garantir a sustentabilidade 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 não merecem prosperar, haja vista que no Edital e no Memorial Descritivo já há a previsão para que as participantes apresentem estes documentos, senão vejamos:

I. Item 5.1., “n” do Edital (fls.838):

n) Declaração de que toda madeira eventualmente utilizada é certificada e produzida com técnica de manejo florestal, 100% FSC;

II. Anexo I do Edital (fls.849/854, 856):

Caixa (laterais, base e fundo), portas e prateleiras: em MDF ou MDP (com certificação 100% FSC) (...);

TAMPO: em MDF ou MDP com certificação 100% FSC (...).

4. Apresentar junto a proposta técnica certificado do fabricante comprovando a utilização de madeira produzida com técnica de manejo florestal, 100% FSC.

5. Apresentar junto a proposta técnica:

- Certificado do produtor comprovando a utilização de madeira produzida com técnica de manejo florestal, 100% FSC.

Ademais, também não deve ser acolhida a exigência de certificação tal como o FSC (*Florest Stewardship Council*) como critério de habilitação em Qualificação Técnica, como deu a entender a Impugnante em sua peça exordial, 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, prosseguiu, 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.

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 todo o exposto, opina pelo indeferimento do pedido processado pela Impugnante e pela manutenção do Edital de Pregão Presencial nº 012/2017 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