

São Paulo, 04 de Setembro de 2020.

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

Parecer Jurídico – Processo nº 0427/2020 – Pregão Privado para Registro de Preços nº 005/2020 – Aquisição de Materiais de Uso Técnico Hospitalar com Comodato de Equipamentos para utilização no Instituto do Coração do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo (“InCor-HCFMUSP”).

MEMO - 139/2020

PARECER JURÍDICO

Área Solicitante - Setor de Compras do Instituto do Coração - InCor-HCFMUSP
Processo 0427/2020 - PP 005/2020 – Pregão Privado - Registro de Preço
Aquisição de Materiais de Uso Técnico Hospitalar com Comodato de Equipamentos
Recurso: Fundacional - FZ
Recorrente: Fresenius Hemocare Brasil Ltda.

I – DAS PREMISSAS

Vem ao exame desta Assessoria Jurídica o Recurso Administrativo interposto pela participante **Fresenius Hemocare Brasil Ltda. (“RECORRENTE”)** em fls.612/620, nos autos do Processo nº 0427/2020 - Pregão Privado do Tipo Menor Preço para Registro de Preços nº 005/2020 (“**Pregão**”) cujo objeto é o Registro de Preços de Materiais de Uso Técnico Hospitalar com Comodato de Equipamentos, para utilização no Instituto do Coração do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo (“**InCor HCFMUSP**”).

Cumpra observar que os recursos objeto do Processo nº 0427/2020 (“**Processo**”) é originário de recurso fundacional. Desta feita, a presente contratação encontra-se sob a égide do Regulamento de Compras da Fundação Zerbini (“**Regulamento de Compras**”), sendo aplicável a esta contratação, de forma análoga, a Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (“**Lei de Licitações**”) e legislação aplicável, na forma do artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, que institui normas relativas às licitações e contratos administrativos.



II – DO RELATÓRIO

A Fundação Zerbini (“**Fundação**”) tornou público o presente procedimento por meio de publicação do edital na página Fornecedores / Processos de Compras do seu site¹ (fl.105) e ainda, enviou e-mail comunicando potenciais fornecedores para participação no procedimento (fls.106/107) dando ciência a todos da data da sessão do Edital de Pregão Privado Tipo Menor Preço nº 005/2020, a ser realizado no dia 16 de abril de 2020 as 09:00hs.

Em Sessão Pública realizada no dia e local previamente estabelecido compareceu somente a participante **Politec Importação e Comércio Ltda.** (“**POLITEC LTDA.**”), sendo a proposta apresentada pela participante inaceitável pela pregoeira, restando ao final a sessão julgada fracassada.

A Fundação processou nova publicação do edital na página Fornecedores / Processos de Compras do seu site (fl.195/196) e ainda, enviou e-mail comunicando potenciais fornecedores para participação no procedimento (fls.197/198) dando ciência a todos da data da sessão do Edital de Pregão Privado Tipo Menor Preço nº 005/2020, a ser realizado no dia 16 de junho de 2020 as 09 horas.

Dada a necessidade de se modificar o Memorial Descritivo, a Fundação fez nova publicação em seu site (fl.276) e ainda, enviou e-mail a potenciais fornecedores para participação no procedimento dando ciência a todos da data da sessão a ser realizado no dia 15 de julho de 2020 as 09:00hs.

No dia e local designados compareceram as participantes **Medtronic Comercial Ltda.** (“**MEDTRONIC LTDA.**”) e a recorrente Fresenuis Hemocare Brasil Ltda. Foram abertos os envelopes contendo as propostas e, ato contínuo, foi solicitado pela equipe técnica responsável a suspensão da sessão para análise das propostas sob o aspecto técnico. Ato contínuo, as participantes foram comunicadas por email (fls.332) de que a sessão seria retomada no dia 20 de agosto de 2020 as 9:00hs.

No dia 20 de agosto de 2020 foi retomada a sessão com a leitura do Parecer Técnico de fls.504, no qual restou consignada a desclassificação da **RECORRENTE**. Dando continuidade a Sessão, a Pregoeira selecionou a proposta classificada e iniciou a fase de lances e, logo em seguida, foi negociada a redução do preço, de modo que o preço final apresentado pela participante **MEDTRONIC LTDA.** foi considerado aceitável “(...) *por ser compatível com os preços praticados no mercado, conforme apurado no processo de licitação*” (fls.608).

Em seguida, a Pregoeira processou a análise dos documentos de habilitação da participante **MEDTRONIC LTDA.**, sendo verificado que esta atendeu a todas as disposições exigidas no Edital, sagrando-se a vencedora ao final do procedimento.

Ato contínuo, a **RECORRENTE** manifestou em sessão a intenção de interpor recurso, restando a sua motivação consignada na Ata de Sessão (“*não concordância com o parecer técnico lido em sessão*” – fls.608). O envelope nº 02 da **RECORRENTE** foi mantido lacrado no Setor de Compras até o julgamento do Recurso Administrativo.

¹<http://www.zerbini.org.br>



É o breve resumo dos fatos.

III - DA TEMPESTIVIDADE

O recurso interposto pela **RECORRENTE** foi recepcionado no Setor de Compras da Fundação em 24 de Agosto de 2020 (fl.612). Desta feita, inicialmente cabe a análise inicial com relação a sua tempestividade.

O Edital de Pregão Privado - Registro de Preço nº 005/2020 é expresso em determinar em seu item 10.1. (fls.83) o seguinte (grifo e negrito não estão no documento original):

*10.1 Das decisões de inabilitação de participante, revogação do PREGÃO PRIVADO para REGISTRO DE PREÇOS e declaração da(s) vencedora(s), qualquer participante poderá manifestar intenção motivada de apresentar recurso em sessão, sendo que deverá apresentar suas razões **no prazo de 03 (três) dias úteis, excluindo-se da contagem do prazo recursal o dia da sessão.** Caso o prazo recursal venha a recair em dia em que não houver expediente na Fundação Zerbini sua contagem se iniciará a partir do primeiro dia útil consecutivo. As demais participantes, 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.*

A Sessão Pública foi realizada em **20 de agosto de 2020 - quinta-feira** (fls.607). Considerando que o item 10.1 do Edital dispõe expressamente o prazo de 03 dias úteis para apresentação das contrarrazões, e ainda, de que no cômputo do prazo recursal não deve ser considerada a data da Sessão, conclui-se que, em homenagem ao Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório, conclui-se que o recurso interposto pela **RECORRENTE** mostra-se **tempestivo**.

Verificou-se ainda que foram atendidos os demais requisitos legais de admissibilidade dispostos no Edital e necessários para conhecimento do Recurso.

IV - DAS ALEGAÇÕES DA RECORRENTE

A **RECORRENTE**, em sua peça exordial esclarece que “*processo encontra-se subordinado as normas e princípios estabelecidos no Estatuto de Licitações e Contratos - Lei Federal nº 8.666/93 e Alterações posteriores, e pela portaria UNESP nº 53/96 entre outros Decretos, Leis e resoluções*” e de que “*o Anexo I do referido Edital determina em seu memorial descritivo, as características dos kits e equipamentos a serem atendidas pelos proponentes, como segue transcrição na integra abaixo*”, trazendo logo em seguida a descrição do material.



Aduz a **RECORRENTE** em suas razões recursais de que “(...) durante a seção de reabertura, declarou-se que a amostra e proposta da Fresenius Hemocare do Brasil não havia sido aprovada (...)”, com o argumento de que “(...) a máquina é muito grande, não compatível com as salas cirúrgicas. A equipe médica fez reclamação forma sobre o barulho que a máquina faz (muito alto), interferindo na concentração da equipe cirúrgica durante o procedimento.”

Neste sentido, a **RECORRENTE** argumenta que, “(...) o referido edital não especifica, determina quaisquer características relacionada à dimensão do equipamento. Vale ressaltar que o equipamento ofertado neste certame, já esteve em utilização ao longo de vários anos nesta Instituição, sem que do momento citado para o atual, as dimensões do equipamento ou as salas cirúrgicas da instituição tivessem passado por quaisquer alterações em suas dimensões”.

A **RECORRENTE** cita ainda que “(...) não há qualquer determinação do nível de ruído a ser atendido pelo equipamento ofertado, descrito ou determinado no descritivo do edital” e que, portanto, “(...) as alegações descritas no parecer técnico estão em desacordo com o determinado no edital e com o formulário de avaliação do produto em ato cirúrgico presente em sala cirúrgica.”, e ainda que “(...) o Perfusionista responsável pela avaliação do procedimento de Auto-Transfusão declarou que o equipamento do concorrente Medtronic em utilização na instituição atualmente, tem uma (bomba de vácuo) que apresenta ruído excessivo.”.

A **RECORRENTE** traz em seguida o artigo 3º da Lei 8.666/93, que tratam dos princípios da Igualdade, da Isonomia, da Vinculação ao Instrumento Convocatório, e da Impessoalidade e menciona que “conforme demonstrado acima, foram utilizados critérios pessoais na análise do equipamento fornecido pela Recorrente, o que violam os princípios da igualdade e impessoalidade”, e que “(...) os critérios utilizados sequer estavam previstos no Edital, o que implica em grave violação ao Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório”.

Ao final, a **RECORRENTE** requer que seja provido seu recurso, “(...) considerando toda a fundamentação técnica acima exposta, a decisão de desclassificação da Recorrente merece ser revista”, requerendo que a seja a **RECORRENTE** declarada a vencedora do certame em questão.

V - DO MÉRITO

Instada a se manifestar, a Equipe Técnica do InCor-HCFMUSP esclareceu que “o produto em questão (...) já foi utilizado no InCor há muito tempo (...) posteriormente, esse mesmo equipamento sofreu modificações na época tornando-o com muito ruído” e que “apesar de diversas reclamações na época (...) o problema não foi sanado. Foram feitas várias tentativas de se excluir o sistema de aspiração (...)so que tal modificação não se justifica”.

Asseverou ainda a Equipe Técnica que, “o mesmo produto foi agora novamente apresentado para testes e os problemas se repetiram com muito barulho. O sistema de aspiração continua muito ruidoso”, mantendo assim a decisão que desclassificou o equipamento da **RECORRENTE** (fls.622).



Por todo o exposto, fica prejudicado o acolhimento do pedido processado pela **RECORRENTE** seu sua peça recursal, considerando a fundamentação trazida pela Equipe Técnica do InCor-HCFMUSP, que ao analisar as colocações trazidas em recurso pela **RECORRENTE**, decidiu manter a decisão exarada em sessão, deixando claro que a desclassificação decorreu pelo fato de que a amostra apresentada em sessão foi considerado inadequado para a utilização na instituição.

Importante salientar ainda que a entidade que promove o procedimento possui certo grau de discricionariedade para escolher o determinado produto / serviço que mais se adeque as suas necessidades. Em alguns casos, e à luz do princípio da proposta mais vantajosa à administração, tem-se pacificado que a exigência de que os participantes apresentem amostras visa permitir a Administração possa aferir a compatibilidade material entre o objeto ofertado pelo licitante e a solução hábil a satisfazer sua necessidade. Nesse sentido, será cabível a exigência de amostra quando uma análise meramente formal da proposta *versus* edital não for suficiente para conferir segurança à Administração quanto à adequação do objeto ofertado pelo particular. Neste sentido: “(...) *Com a amostra, pretende-se reduzir riscos e possibilitar a quem julga a certeza de que o objeto proposto atenderá à necessidade da Administração.*”².

Ora, não nos parece razoável que a entidade adquira um produto ou serviço que não atenda na sua totalidade as suas necessidades, ou que tenha características que tragam transtornos a ela. Não se pode, todavia, tomar qualquer decisão sem estar embasado em justificativa plausível, pautadas nos critérios elencados nos atos administrativos. Destaca-se que estas devem guardar compatibilidade com a finalidade pública a que se destinam. Desta forma, a decisão exarada no Processo quanto a desclassificação da **RECORRENTE** mostra-se necessária ao fim a que se destina, tendo como escopo atingir ao final o interesse público.

Desta forma, e tendo em vista as considerações técnicas dispostas no Processo, o Recurso trazido aos autos pela **RECORRENTE** não merece prosperar, haja vista a manutenção do Parecer Técnico exarado no Processo.

VI - 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 lisura do presente procedimento, opina pelo **conhecimento do presente Recurso**, uma vez preenchidos os requisitos de admissibilidade previstos no Edital, para, no mérito, julgá-lo **IMPROCEDENTE**, recomendando ainda a **manutenção da decisão prolatada em Sessão Pública**, haja vista que a justificativa trazida no Processo.

² MENDES, Renato Geraldo. O processo de contratação pública: fases, etapas e atos. Curitiba: Zênite, 2012. p. 171.



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.

Por fim, estamos remetendo o presente parecer, bem como os autos do Processo à Comissão de Compras para eventual manifestação;

É o parecer, *sub censura*.

X 

Assessoria Jurídica
Fundação Zerbini
Assinado por: MARCOS FOLLA

