

SUPERINTENDÊNCIA JURÍDICA

MEMO 095/2023

PROCESSO: 2935/2022 – Pregão Privado n.º 020/22

INTERESSADO: Setor de Compras – FZ

ASSUNTO: Parecer Jurídico – Análise de Impugnação e Parecer Técnico em Pregão Privado - Processo n.º 2935/2022 – PP n.º 020/2022 - **Impugnante:** Mindray do Brasil Comércio e Distribuição de Equipamentos Médicos Ltda.

EMENTA: Parecer Jurídico relativamente à impugnação e demais atos correlatos, referentes ao Processo n.º 2935/2022 – PP n.º 020/2022, realizado para Aquisição de Cardioversores, para utilização no InCor-HCFMUSP. Acolhimento Parcial dos Pedidos Constantes na Impugnação Apresentada.

I.- DAS PREMISSAS

Inicialmente, cumpre observar que os recursos objeto do Processo n.º 2935/2022 (“Processo”) são originários das Emendas Parlamentares - Roberto Alves – Convênio n.º 929656/2022, Tabata Amaral – Convênio n.º 929783/2022, Carla Zambelli – Convênio n.º 929649/2022, e Alexandre Padilha – Convênio n.º 929654/2022, sendo, portanto recursos de origem **pública**. Desta feita, a presente contratação encontra-se sob a égide da Lei Federal n.º 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

Vêm ao exame desta Superintendência Jurídica, Impugnação interposta pela empresa **Mindray do Brasil Comércio e Distribuição de Equipamentos Médicos Ltda.** (“**Mindray**”) às fls.419/424, nos autos do Processo (numerados até a página 438) relacionado ao Pregão Privado do Tipo Menor Preço para Registro de Preços n.º 020/22 (“Pregão”) cujo objeto é a Aquisição de Cardioversores para utilização no Instituto do Coração do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo (“InCor-HCFMUSP”).

Inicialmente a Fundação Zerbini publicou o aviso de procedimento em seu endereço eletrônico, especificamente na página Fornecedores / Processos de Compras do seu site (fls.412/413), publicou em jornal de grande circulação (fls.415) e no D.O.U. (fls.414), bem como, divulgou por e-mail à diversas empresas de potencial interesse (fls.410/411), para comparecimento de eventuais interessados na sessão a ser realizada no dia 17 de julho de 2023 às 09h30min.

Em 11 de julho de 2023 o setor de Compras da Fundação Zerbini recebeu a impugnação da empresa **Mindray** e no mesmo dia encaminhou referida demanda ao setor técnico responsável pela aquisição (fl.418), a fim de obter o parecer técnico sobre a impugnação, para posterior remessa à Superintendência Jurídica da Fundação Zerbini.

Como se observa às fls.436/437, foi apresentado o referido parecer técnico para prosseguimento dos trâmites de análise, datado de 12 de julho de 2023, sendo encaminhado à esta Superintendência Jurídica em 13 de julho de 2023, conforme encaminhamento de fls.438.

É o relatório do quanto processado. Passamos a opinar.



III. DA TEMPESTIVIDADE E DO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE.

A Impugnação da empresa **Mindray** fora recepcionada por mensagem eletrônica em 11 de julho de 2023, conforme e-mail recebido pelo Setor de Compras (fls.418). Desta feita, inicialmente cabe à análise inicial com relação à tempestividade.

Com relação ao prazo para impugnação, o Edital é expresso em determinar em seu item 8.1 o que segue:

VIII - DA IMPUGNAÇÃO DO ATO CONVOCATÓRIO

8.1 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.

8.1.1 A impugnação poderá ser encaminhada através de e-mail, mediante arquivo protegido (pdf), diretamente à Comissão de Licitação no seguinte endereço: comprasfz@incor.usp.br.

Tendo como preceito a norma editalícia supracitada, e considerando que a Sessão Pública do Pregão Público foi agendada para o dia 17 de julho de 2023, conclui-se que a impugnação mostra-se **tempestiva**, motivo pela qual será conhecida.

IV. DAS ARGUMENTAÇÕES DA IMPUGNANTE.

A Impugnante, em sua peça exordial, traz questionamentos quanto alguns requisitos técnicos constantes no memorial descritivo do Edital, os quais alega ser discriminatórios por supostamente existir "(...) *um conjunto de exigências que prejudicam a ampla concorrência*", e que "*Tal circunstância pode gerar danos à esta Fundação pela falta de competitividade, bem como fere os princípios da igualdade e impessoalidade*" (fls.419).



Ademais, a impugnante menciona que esta é a quarta vez que é procedida impugnação, e que o Edital em questão já "(...) foi publicado cinco vezes." (fls.419-verso), fazendo um breve relato do que ocorreu nas impugnações e consequentes publicações de Edital anteriores.

Após relato da impugnante, a mesma alega que "Ao longo das publicações, basicamente foram ajustados pontos onde permitiriam a Philips a participar do certame, porém com um valor de mercado muito acima do estimado. Assim como a Zoll, que também possui valor acima do estimado, tendo em vista que agora é necessário que participe com linha superior de produto." (fls.423).

Em complemento a impugnante também apresenta os seguintes argumentos em fls.423:

Nesta quinta publicação, o direcionamento que havia para a Nihon foi alterado, permitindo assim que outras empresas participem. Todavia, manteve-se a solicitação abaixo:

Na quarta e quinta publicação ocorreram novas inclusões ao descritivo. A solicitação "Grau de proteção: IP44 ou superior quando operando na rede elétrica e pela bateria interna e utilizando as pás de desfibrilação interna", incluída neste descritivo é no mínimo de se pensar, pois antes era solicitado apenas IP44, porém agora o IP44 deve ser em condições completamente específicas, sendo específicas ao ponto de remover a Mindray e a Zoll da participação, pois quando se utiliza o equipamento ligado na tomada não é possível garantir tal proteção. Essa alteração manteve os demais concorrentes sem solicitar que o IP44 também deva ser garantido quando se utilizam pás externas, sendo o maior uso de um cardioversor com pás externas, mesmo que o equipamento seja utilizado em centro cirúrgico.

Vejamos a especificação que consta no manual da Nihon registrado na ANVISA. Na página 30 da parte 1, consta a informação abaixo (imagem 4):

Proteção contra a entrada prejudicial de água ou partículas finas

- IP44: TEC-5621 e TEC-5631 com um adaptador de patch ou pás internas, TEC-5611
- IP41: TEC-5621 e TEC-5631 com pás externas, TEC-5601

Imagem 04

Ademais, ratifica seu posicionamento, quanto dos requisitos técnicos relacionados as exigências atreladas ao IP44, bem como sobre o sensor RCP, fazendo

menção à equipamentos de outra empresa (Nihon), como se observa no trecho a seguir, de fls.423-verso:

Veja-se que, quando utilizados com pás externas, os equipamentos da Nihon não garantem o IP44 e somente essa condição específica não foi solicitada no edital, mesmo sendo mais importante do que manter o IP44 quando operando na rede elétrica. Lembrando que os desfibriladores ficam em carros de parada e estes, quando são levados ao leito ou a sala cirúrgica para atender uma emergência, serão retirados da tomada, sendo assim na maior parte de uso, o equipamento estará com pá externa e fora da rede elétrica.

O maior uso de equipamentos de desfibrilação se dá operando em bateria e com pás externas, mesmo que em ambiente cirúrgico quando utilizado pás externas, por conta de mobilidade o equipamento não fica ligado a tomada de energia. Levando em consideração que esteja ligado na rede elétrica, a incidência de fluídos diretamente no equipamento não é relativamente alta para prejudicar seu uso, porém quando utilizado com pás externas a incidência de fluídos nas pás externas certamente será maior, visto que haverá o gel de condução e eventualmente fluídos corpóreos. Assim o maior índice de proteção deveria ser garantido também com o uso das pás externas, porém esse ponto não foi solicitado.

Nas 03 (três) primeiras publicações a Mindray sempre reforçou a necessidade de adequação do descritivo quanto à limitação imposta ao sensor RCP. Na quarta publicação foi aceito o pedido da Mindray quanto ao sensor de RCP, porém houve a inclusão de dois pontos, sendo um que direcionou para a Nihon e outro que impede a participação da Mindray. Ponto este que foi mantido na quinta publicação.

Fica claro que a condução e confecção do descritivo técnico em todas as publicações colaboraram para a não participação da Mindray, sendo esta uma das principais fabricantes e concorrentes diretas da Nihon neste segmento.

Sabe-se que um dos objetivos primordiais da Administração Pública é a obtenção da oferta mais vantajosa, entretanto, ao exigir determinados requisitos, o Edital reduziu, ou melhor, ELIMINOU o caráter competitivo do certame, visto que apenas a empresa Nihon Kohden atende ao descritivo e valor estimado do edital, uma vez que as empresas Philips e Zoll somente atendem com equipamentos de linhas superiores e valores elevados.

Ao final, a Impugnante requer a reforma do Edital, com base no princípio da competição, "*(...) no que se refere às exigências mencionadas neste memorial, permitindo assim a ampla concorrência, garantindo que todas as empresas atuantes no mercado participem de forma igualitária, não dando margem para possíveis favorecimentos e privilégios, sendo estes técnicos ou não.*" (fls.424-verso).

É o breve relatório.



V. DO MÉRITO.

Instada a emitir seu parecer técnico, a Unidade de Engenharia Clínica do InCor-HCFMUSP, tomou ciência da Impugnação e, com relação a modificações pleiteadas, opinou por não atender as solicitações da empresa impugnante, como podemos observar no trecho do parecer técnico de fls.436/437 exposto a seguir:

Da alegação e direcionamento do edital

A empresa mais uma vez maniefsta-se com argumentos que o edital está direcionado quando há, no mínimo 3 empresas atendendo o edital. A própria empresa reconhece este atendimento quando escreve o trecho seguir em sua peça, a saber “...*apenas a empresa Nihon Kohden atende o descritivo e valor estimado edital, uma vez que as empresas Philips e Zoll somente atendem com equipamentos de linhas superiores e valores elevados.*”

O trecho acima deixa claro o reconhecimento pela Mindray de que há 3 empresas no mercado atendendo o edital o que descarecteirza quaisquer argumentos de direcionamento apontados pela mesma. Ainda, faz menção a preços praticados e linhas de produtos de outras empresas sendo que a etapa de negociação ainda não foi aberta e não cabe a equipe técnica avaliar os produtos ofertados pelo valores praticados, sendo esta fase de total condução do pregoeiro durante sessão pública.

Quanto ao índice de proteção IP44, ratificamos aqui a resposta à solicitação de esclarecimentos emitida pela empresa Mindray, pág. 416 dos autos do processo, a qual já tinha conhecimento do texto e justificativas pela manutenção das empecificações do memorial descritivo.

“Resposta: Conforme já exposto em outros questionamentos, os equipamentos objeto deste processo, serão destinados para uso no centro cirúrgico do InCor, logo entende-se que os mesmos serão utilizados com pás internas adulto/infantil e eventualmente com pás externas a depender do procedimento cirúrgico em curso. Tendo em vista esta dinâmica de uso, que requer versatilidade no uso das pás, e considerando também que durante o uso, o operador poderá não necessitar remover o equipamento da tomada pois o mesmo estará ligado a rede elétrica através da estativa de equipamentos da sala cirúrgica, concluímos que o índice de proteção solicitado deverá ser o mesmo em qualquer destas situações, portanto mantém-se inalteradas as especificações do memorial descritivo do edital.”

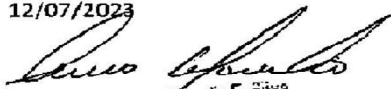
Cabe ressaltar que mesmo depois de receber a resposta do pedido de esclarecimento de maneira tempestiva, a empresa Mindray emitiu pedido de impugnação ao edital, deixando claro a intenção da mesma em trazer morozidade ao processo e impedir que a Fundação Zerbini tenha êxito na execução de convênio de repasse com o Ministério da Saúde. Tal ação da empresa prejudica o InCor e a Fundação Zerbini, impedindo que o hospital seja fomentado com tecnologias para reposição e manutenção do parque de equipamentos, limitando também a capacidade de atendimento aos pacientes da rede SUS que utilizam do InCor para realização de exames e cirurgias da especialidade cardiologia.

Conclusão:

Diante do exposto, informamos que o pedido de impugnação manifestado pela empresa Mindray não deve prosperar, e que esta equipe técnica mantém inalterado o memorial descritivo do edital, conforme última publicação. Solicitamos republicação de edital para conclusão do processo.

Equipe Técnica InCor.

12/07/2023



Eng.º Cícero Marcello F. Silva
Diretor - Unid. Engenharia Clínica
Instituto do Coração - HCFMUSP



Sendo assim, por todo o exposto, e tendo em vista que a Impugnação em comento versa única e exclusivamente sobre os aspectos de cunho **técnico** relacionados ao Memorial Descritivo do Equipamento objeto do certame, e considerando a fundamentação técnica trazida pela Unidade de Engenharia Clínica do InCor-HCFMUSP em fls. 436/437, no qual restou consignado o não acolhimento dos pedidos processados pela Impugnante, desta forma mantendo inalterados os termos do memorial descritivo, nada temos a opor.

Válido pontuar ainda que a entidade que promove o procedimento possui discricionariedade para adquirir bens e serviços que mais se adequem as suas necessidades técnicas e operacionais, mediante justa fundamentação e em conformidade com as regras, princípios e teorias que delimitam o campo de atuação do administrador público, de modo a impedir que este utilize desta discricionariedade para uma finalidade indevida, o que não restou configurado em razão das justificativas técnicas trazidas aos autos.

Desta feita, recomenda-se que seja publicado novamente o Edital como nova data para Sessão, em razão do adiamento procedido e constatado em fls.434, ocorrido em virtude da impugnação aqui avaliada.

VI. CONCLUSÃO

Ante o explanado, esta Superintendência Jurídica, fundamentada nos termos do instrumento convocatório, na melhor doutrina e no que consta disposto na Lei de Licitações e na Lei do Pregão, bem como nos princípios legais e constitucionais garantidores da lisura do presente procedimento, **opina pelo não acolhimento dos pedidos constantes na Impugnação de fls.419/424** apresentado pela empresa Mindray, em consonância ao Parecer Técnico disposto no presente processo em fls.436/437.



Por derradeiro, mostra-se conveniente ressaltar que compete a esta Superintendência 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.

À consideração superior.

São Paulo, 17 de julho de 2023.



Assinado de forma
digital por Bruno da
Silva

Dados: 2023.07.17
12:34:34 -03'00'

Dr. Bruno da Silva

Advogado

Ana Camila
Lima dos
Anjos

Digitally signed by
Ana Camila Lima dos
Anjos
Date: 2023.07.17
12:35:48 -03'00'

Revisão e Aprovação:

Dra. Ana Camila Lima dos Anjos

Gerente Jurídica

De Acordo,

ARCENIO
RODRIGUES DA
SILVA

Assinado de forma digital por
ARCENIO RODRIGUES DA
SILVA
Dados: 2023.07.17 12:49:39
-03'00'

Dr. Arcênio Rodrigues da Silva

Superintendente Jurídico

