

**ETCM/016240/2021**

TC/016240/2021

**Objeto:** Representação em face do Pregão Eletrônico nº 712/2021-SMS.G, cujo objeto é o registro de preços para o fornecimento de sabonete líquido sem enxágue destinado a banho em leito com equipamento em comodato (Demanda Ouvidoria 20210108E)

**Interessados:** Secretaria Municipal da Saúde (\*), Elroi Medical Solutions Industria e Comercio de Equipamentos Ltda, Gade Importação e Exportação de Equipamentos Hospitalares e Biossegurança Ltda.

**Relator:** Eduardo Tuma

**Competência:** PLENO

#### **SENHORA SECRETÁRIA-GERAL**

Inicialmente foi apresentada Representação pela empresa Elroi Medical Solutions Indústria e Comércio de Equipamentos Ltda. (peça 02), na qual indicava supostas irregularidades no âmbito do Pregão Eletrônico nº 712/2021-SMS.G, promovido pela Secretaria Municipal de Saúde (SMS), visando o registro de preços para fornecimento de sabonete líquido sem enxágue, destinado a banho em leito com equipamento em comodato.

No decorrer da instrução processual adveio a notícia de que o procedimento licitatório em pauta havia sido revogado em 12.02.2022, de modo que a Auditoria (peças 23 e 33) e a AJ (peças 35 e 36) opinaram pelo reconhecimento da perda superveniente do objeto da Representação e, no mérito, pela sua parcial procedência, ao passo que a PFM requereu que a Representação fosse julgada prejudicada, diante da ocorrência da perda superveniente do objeto deste processado (peça 41).

Subsequentemente, requereu a Representante a apreciação e apuração de novos fatos narrados em uma segunda Representação (peça 66), formulada em face do Pregão Eletrônico nº 672/2022-SMS.G, que sucedeu o Pregão Eletrônico nº 712/2021-SMS.G, na qual alegou, em suma, haver ocorrido o direcionamento do objeto e dos equipamentos comodatados, com possíveis indícios de conluio, formação de cartel, favorecimento a empresa privada e superfaturamento, destacando (i) a inadequação da contratação por meio de pregão eletrônico; (ii) o direcionamento da fórmula do sabonete líquido e do equipamento de banho de leito comodatado; (iii) a “venda casada” do sabonete líquido sem enxágue e equipamento para banho de leito; (iv) o direcionamento do atestado de capacidade técnica e dos laudos exigidos; e (v) a omissão de

informações na forma especificada no descritivo técnico da fórmula; requerendo, assim, o cancelamento ou revogação do processo licitatório.

Em um primeiro momento, a segunda Representação foi juntada no expediente eTCM 014064/2022, no âmbito do qual elaborou o órgão técnico Relatório Preliminar, anexado neste processo à peça 76.

Diante dos esclarecimentos prestados pela SMS (peça 88), devidamente oficiada (peças 84 e 85), a Auditoria elaborou Relatório Conclusivo (peça 92) no qual concluiu pela parcial procedência da Representação, nos seguintes termos:

- “- **Procedentes** os itens 2.2, 2.4, 2.5 e 2.6.
- **Improcedentes** os itens 2.7 e 2.8.
- **Parcialmente procedente** o item 2.1, sendo procedente quanto ao aspecto de direcionamento do objeto e prejudicado em relação às alegações de conluio, formação de cartel e superfaturamento, uma vez que não foram apresentados pela Representante documentos que constituam prova ou indícios relativos ao fato denunciado ou à existência de ilegalidade ou irregularidade, nos termos do art. 55, III do Regimento Interno desta Corte.
- **Prejudicado** o item 2.3, diante da ausência de elementos ou indícios que caracterizem ou embasem a irregularidade específica apontada pelo Representante.”

Novamente oficiada (peças 94 e 95), a Origem forneceu resposta à peça 104, acerca da qual ratificou integralmente o órgão técnico suas conclusões alcançadas no Relatório Conclusivo, retificando o título do subitem 2.1 para *“Do direcionamento do objeto, indícios de possível conluio, formação de cartel, favorecimento a empresa privada e superfaturamento”*, excluindo-se a menção aos *“equipamentos comodados”* (peça 108).

Ao seu turno, a AJ opinou pelo conhecimento excepcional e parcial da Representação e, quanto ao mérito, opinou pela parcial procedência do subitem 2.1, procedência dos subitens 2.2, 2.4, 2.5 e 2.6, improcedência dos subitens 2.7 e 2.8, além de reputar prejudicado o subitem 2.3 e sugerir a expedição de ofício à Origem, bem como a intimação dos demais interessados e eventuais responsáveis, de modo a assegurar o exercício do contraditório e da ampla defesa (peças 110 e 111).

As sugestões da AJ foram endossadas pela PFM com o fito de que todos esclarecimentos/justificativas que se fizessem cabíveis e pertinentes pudessem ser prestados (peça 114).

Apesar de transcorrido *in albis* o prazo ofertado para manifestação da Origem e da Representante, ambas regularmente oficiadas/intimadas (peças 116 a 119), requereu a PFM nova intimação da Origem, bem como a intimação da empresa Gade Importação e Exportação de Equipamentos Hospitalares e Biossegurança (Gade), na qualidade de vencedora do certame e terceira interessada (peça 125).

Diante das respostas fornecidas pela SMS (peças 133 a 137) e pela Representante (peça 142), ratificou a Auditoria as conclusões alcançadas em sede de Relatório Conclusivo, além de observar não haver sido intimada a empresa vencedora do certame. Não obstante, em relação ao preço praticado na licitação e ao valor adjudicado à empresa vencedora do certame, indicou caber à Origem demonstrar a planilha de composição de custos de modo a detalhar o preço de cada parcela do objeto e possibilitar as comparações de mercado, bem como sugeriu a remessa de cópias do presente processo à Controladoria Geral do Município (CGM) e para o Ministério Público do Estado de São Paulo (MPSP), para adoção das devidas providências (peça 145).

Devidamente intimada (peças 147 e 148), a empresa Gade apresentou seus esclarecimentos às peças 151 e 152.

À luz do acrescido, ratificou a Auditoria seu entendimento pela parcial procedência da Representação, sendo, em relação Relatório Conclusivo, parcialmente procedente o subitem 2.1 (com retificação da redação, conforme peça 108), procedentes os subitens 2.2, 2.4, 2.5 e 2.6, prejudicado o subitem 2.3 e improcedentes os subitens 2.7 e 2.8 (peça 156).

Por derradeiro, a PFM requereu o encaminhamento dos autos para análise da AJ (peça 159).

É o relatório.

Preliminarmente, quanto à admissibilidade, não obstante a ausência de documentação de prova da existência legal da empresa que subscreve a inicial, em inobservância ao previsto no § 2º do art. 55 do RITCMSP, entendo ser possível o conhecimento da Representação, em caráter excepcional, diante do avançado momento da instrução processual e do princípio da primazia do julgamento do mérito.

Quanto ao mérito, com relação ao apontamento 2.1, cumpre rememorar que o mesmo foi considerado parcialmente prejudicado pelo órgão técnico no que tange às alegações de conluio, formação de cartel e superfaturamento em decorrência da ausência de documentos comprobatórios das supostas irregularidades/ilegalidades noticiadas, razão pela qual entendo improcedente o apontamento quanto a este quesito.

Contudo, quanto à questão relacionada ao direcionamento do objeto, elucidado que a mesma será objeto de análise em conjunto com o apontamento 2.2, que indicou a falta de fundamentação para a formatação pretendida para o objeto, dada a interconexão entre os dois.

Conforme suscitado pela Representante, das três fabricantes no mercado, somente a empresa Gade trabalhava com equipamento e sabonete líquido sem enxágue, além de ser a única a possuir os equipamentos a serem utilizados em comodato, razão pela qual

seria inadequada a modalidade pregão ao procedimento licitatório ante a inexistência de concorrência mercadológica.

Ao seu turno, a Origem justificou que das 3 empresas compatíveis com o direcionamento técnico relativo à tecnologia do banho em leito houve a recusa dos equipamentos de 2 delas em decorrência da impossibilidade de comodato dos mesmos, ao passo que a licitante vencedora além de fornecer sabonete sem enxágue, possuía equipamentos disponíveis para utilização à título de comodato.

Ademais, defendeu que o formato (comodato) atendia ao interesse público, destacando o melhor atendimento de assistência técnica preventiva e corretiva; e suposto menor custo da alternativa em relação à aquisição do equipamento.

Apesar do ventilado pela Origem, ressaltou a Auditoria que apesar da fundamentação constante ao processo administrativo, questiona-se a adequação da formatação do edital nos termos aduzidos, vez que não houve, previamente à contratação, realização de estudos para justificar a escolha pelo produto (sabão + equipamento) e pelo necessário comodato, além de apresentar avaliação acerca da existência de fornecedores no mercado.

Nesse sentido, vale relembrar que embora a Comissão de Avaliação de Tecnologias em Saúde da SMS (CATS) tenha sugerido o cancelamento do certame anterior (PE 712/2021-SMS.G) com o fito de avaliar outras alternativas tecnológicas destinadas ao banho de leito em pacientes, não consta no processo SEI 6018.2022/0034617-6 referência prévia a novos estudos, dado que foi apresentada novamente a Nota Técnica/CATS – NT.ISA0106/21 (SEI 063415129), de julho/2021, a qual indicava a localização de apenas 1 tecnologia com as características citadas, sob proteção de patente da empresa Gade.

Outrossim, a Auditoria pontuou não haver sido localizado comparativo entre os dois regimes (aquisição e comodato) em relação aos seus custos, vantagens, desvantagens e implicações, sendo superficialmente comparados somente custos dos sistemas com e sem enxágue na Nota Técnica NT.ISA0106/21 (peça 75). Tampouco foi localizada análise dos custos unitários, como exigido pela legislação.

Nesse diapasão, entendo, na esteira dos órgãos técnicos, que não houve justificativa adequada quanto ao formato jurídico escolhido pela Administração, em inobservância ao art. 2º, inciso I, do Decreto Municipal nº 44.279/03, vigente à época, razão pela qual opino pela procedência parcial do apontamento 2.1 e procedência do apontamento 2.2.

A Auditoria reputou prejudicado o apontamento 2.3 ante a ausência de elementos que caracterizassem ou embasassem o direcionamento da fórmula do sabonete líquido constante ao edital ao produto da empresa Gade. Assim, em virtude da ausência comprobatória do apontado, opino pela improcedência do apontamento.

No que se refere ao direcionamento do equipamento de banho de leito em comodato (apontamento 2.4), explicitou a Representante haver no edital um descritivo técnico detalhado do equipamento direcionado ao equipamento da empresa Gade, além de suscitar que o mesmo se mostrava inadequado para a utilização em ambientes hospitalares, visto que seu modo construtivo possuiria diversos pontos negativos na segurança biológica do paciente.

Em contrapartida, a Origem remeteu uma série de características técnicas do modelo de equipamento em comodato, descritas na NT.ISA0106/21, indicando o documento SEI que conteria a avaliação das demais propostas que não atenderam ao edital.

Conforme ressaltado pelo órgão técnico, não foram localizadas no processo SEI justificativas para as características do equipamento em comodato, evidenciando um breve detalhamento técnico pela Origem contido no julgamento da impugnação acerca da escolha do equipamento indicado (peça 74), consubstanciado, basicamente, na capacidade de reservatório de água, forma de abastecimento e higienização do tanque, fonte de alimentação regular e de emergência, dispositivos de segurança elétrica, microbiológica, ocupacional e de contenção de desperdícios de insumo.

No entanto, entendeu a Auditoria que os estudos e análises apresentados não foram suficientes para atestar a ausência de direcionamento, pois não há no processo administrativo justificativas técnicas para a demanda de um equipamento em comodato, não havendo de igual forma no processo a comparabilidade entre o equipamento vencedor e os rejeitados, razão pela qual acompanho o órgão técnico pela procedência do apontamento.

Ademais, a Representante indicou a venda casada do sabonete líquido sem enxágue e equipamento para banho de leito (apontamento 2.5), ressaltando que a solicitação de sabonete líquido sem enxágue excluiu as fabricantes de equipamentos para banho no leito e a solicitação de equipamento para banho no leito excluiu as empresas fabricantes de sabonete líquido.

A Origem defendeu a utilização de equipamento específico/próprio com o fim de evitar desperdícios, promover maior conforto ao paciente e garantir a segurança dos profissionais envolvidos no manuseio do insumo. Não obstante, informou as vantagens propiciadas pela modelo de contratação com a aquisição de bens em comodato, além de indicar que a formatação do objeto buscava atingir menores custos e eficiência na execução final dos serviços.

Destaca-se, *a priori*, a impossibilidade de enquadramento de venda casada, nos moldes previstos no inciso I do art. 39 da Lei Federal nº 8.078/90, no caso concreto, por se tratar de oferecimento de bens em comodato, não havendo aquisição e propriedade dos mesmos, atendo-se a análise da inviabilidade de competição em decorrência da composição formatada (sabonete + equipamento).

Embora a escolha pelo sabonete líquido, sem enxágue, tenha sido considerada devidamente justificada pelo órgão técnico, a questão da exclusividade do fornecimento do produto, como indicado na NT.ISA0106/21, não foi abordada pela Origem. Sobrelevo que a ausência de competição entre os fornecedores, dado que só existia um único fornecedor apto à atender as características citadas, culminaria na impossibilidade da realização de pregão eletrônico.

Assim, não foi consignada fundamentação refutando a possível inviabilidade de competição derivada da modelagem adotada, razão pela qual acompanho o órgão técnico pela manutenção do apontamento.

No que se refere ao direcionamento do atestado de capacidade técnica (apontamento 2.6), alegou a Representante que o atual edital eliminou a generalidade do atestado de capacidade técnica, impossibilitando que as empresas que não possuísem atestado específico de sabonete líquido sem enxágue participassem do certame.

Apesar da Origem haver informado que a solicitação dos atestados de capacidade técnica seria para comprovar se as empresas possuíam condições de atender ao solicitado quanto à aquisição do objeto principal, a questão, para o órgão técnico, centralizou-se no fato de não haver sido localizado nos autos do processo administrativo a correspondente planilha detalhada de custos unitários, elemento obrigatório na fase interna da licitação, conforme art. 7º, §2º, inciso II da LF 8.666/93. Portanto, apesar de se mostrar razoável a relevância suscitada quanto a parcela do fornecimento de sabão, destacou-se a falta de comprovação numérica e financeira da participação dessa parcela no total do objeto licitado, carecendo de embasamento a afirmação da Origem de que o fornecimento de sabonetes seria a parcela mais importante da prestação.

Desta forma, ante a ausência de detalhamento e demonstração pela Origem sobre o potencial quantitativo e financeiro no objeto da parcela do fornecimento de sabão, acompanho o órgão técnico pela procedência do apontamento.

Quanto ao direcionamento dos laudos exigidos para o sabonete sem enxágue (apontamento 2.7), vez que, segundo a Representante, haveria um excesso de laudos exigidos nos itens 6.6.3, 6.6.4, 6.6.5 e 6.6.6 do edital, além dos mesmos necessitarem de um prazo mínimo de 60 dias para serem emitidos, enquanto o edital possuía um prazo de entrega da proposta e documentação de 15 a 20 dias após sua publicação, de modo que somente a empresa Gade teria chance de antecipar a documentação solicitada, e da indagação quanto à análise realizada por amostragem de um lote entregue à instituição, pontuou a Auditoria que não houve indicação da Representante de quais itens apontados do edital seriam ilegais ou excessivos, de modo a não haver justificativa técnica que desqualificasse as exigências dos laudos técnicos, bem como a análise por base amostral. Além do mais, destacou o órgão técnico não haverem sido apresentadas evidências quanto à afirmação de que os laudos necessitariam de 60 dias para serem emitidos.

Da justificativa apresentada pela Origem no julgamento da impugnação em sede administrativa (fl. 04, peça 74), depreende-se que a exigência contida em tais laudos poderia ser exigida e requisitada pela própria ANVISA, não percebendo o órgão técnico qualquer exagero ou direcionamento por parte da Origem neste quesito. Ainda, não foi verificada eventual coincidência entre o texto do edital e o site da licitante concorrente, além de não haver sido indicado o descumprimento de qualquer embasamento legal, razão pela qual acompanho o órgão técnico pela improcedência deste apontamento.

Segundo a Representante houve omissão de informações na forma especificada no descritivo (apontamento 2.8), ante a ausência de componentes bactericidas e virucidas no descritivo técnico da fórmula do sabonete, tratando-se somente de sabonete comum com propriedades hidratantes, em descompasso ao “Laudo de Análise” que exigia a comprovação de propriedades bactericidas e da finalidade da aquisição do sabonete líquido sem enxágue que, segundo o projeto básico, serviria para a redução de carga bacteriana e viral.

Entretanto, de acordo com o órgão técnico, não há indicação de qual seria a ilegalidade ou infringência deste ponto, ou como os demais licitantes interessados poderiam ser induzidos ao erro quanto às características do objeto, visto que a própria Representante indicou onde no edital estaria prevista a exigência do sabonete possuir propriedades bactericidas, sendo certo que a mesma foi formalizada pela Origem, uma vez que o edital e seus anexos devem ser considerados em sua integralidade para fins de compreensão das especificações exigidas. Pelo exposto, opino, na esteira do órgão técnico, pela improcedência deste ponto.

Por fim, quanto ao pedido da Representante pelo cancelamento do procedimento, acompanho entendimento esposado pela AJ de que eventual nulidade do certame em decorrência da insuficiência da fundamentação da escolha da formatação do objeto deveria ser analisada sob à ótica de suas consequências práticas e jurídicas, conforme preconizado nos arts. 20 e 21 da LINDB, somado ao contexto de já haver sido assinada a ARP nº 760/2022-SMS-G (18/10/20221) e da existência de contratos lavrados, incumbindo, assim, à Origem *“a avaliação detida e fundamentada da medida de interesse público mais adequada ao caso, considerando-se o horizonte de alternativas disponíveis, os riscos e os custos envolvidos, sem prejuízo de outras medidas cabíveis, a crivo de Vossa Excelência”*.

Pelo exposto, opino pelo conhecimento da Representação e, quanto ao mérito, opino pela sua parcial procedência quanto ao subitem 2.1, pela sua procedência quanto aos subitens 2.2, 2.4, 2.5 e 2.6, e pela sua improcedência quanto aos subitens 2.3, 2.7 e 2.8.

É o meu parecer que submeto à consideração de Vossa Senhoria.

São Paulo, 29 de julho de 2024.

**Secretaria Geral**

**ISABELLA KESSELRING LIMA**

Assessor de Secretaria I

OAB/SP nº 431.518