

GABINETE CONSELHEIRO Ricardo Torres
Excelentíssimo Senhor Conselheiro

Ref.: Representação em face do Edital do Pregão Eletrônico 90527/2024/SMS, cujo objeto é o registro de preços para o fornecimento de materiais de opme - sistema de placa e parafuso para região volar de radio distal, com entrega em consignação e comodato de instrumentais e equipamentos, para atendimento de cirurgias na especialidade de ortopedia.

1. INTRODUÇÃO

Trata-se de Relatório Preliminar de Representação, protocolada por Ana Cristina Nascimento Santos, inscrita no CPF/MF sob nº 267.088.048-33, em face do Pregão Eletrônico 90527/2024/SMS cujo objeto é registro de preços para o fornecimento de materiais de OPME - sistema de placa e parafuso para região volar de radio distal, com entrega em consignação e comodato de instrumentais e equipamentos, para atendimento de cirurgias na especialidade de ortopedia (Peça 01).

O processo administrativo da licitação foi autuado no SEI 6110.2024/0005046-7.

A Sessão Pública do procedimento se deu em 31.07.2024 e o procedimento se achava na fase de análise de amostras, sendo determinada a retomada do Certame, já que o primeiro lote periciado foi rejeitado pela Origem (peça 17):

Para o LOTE 01 - SISTEMA DE PLACA E PARAFUSO PARA REGIÃO VOLAR DE RADIO DISTAL, Empresa: HEXAGON DISTRIBUIÇÃO E LOGÍSTICA DE PRODUTOS MEDICOS - LTDA, as amostras foram REPROVADAS, conforme Laudo em documento nº 109351341 não atendem ao solicitado em Edital.

Justificativa: chave não gera estabilibade para uso dos parafusor com precisão. (peça 17, SEI 109351355) – (Negrito no original).

A retomada do Certame está prevista para **03.09.24 às 9h30min** (peça 18, SEI 109416830).

A primeira sessão pública já havia sido objeto de pedido liminar de suspensão neste Tribunal, que foi negado em decisão monocrática do Relator da Representação (Peça 05).

Assim, passa a Auditoria a analisar o pedido da Representante.

2. ANÁLISE

2.1. Preliminares do pedido

Conforme se depreende da introdução, a Representação foi proposta por pessoa física (peça 1).

Análise da Coordenadoria

Nos termos do Regimento Interno deste Tribunal de Contas:

Art. 55 - A representação ou denúncia sobre matérias de competência do Tribunal deverá preencher os seguintes requisitos:

(...)

§ 1º - Em se tratando de representação ou denúncia formulada por cidadão, é indispensável a prova de cidadania, mediante a juntada à inicial de cópia do título de eleitor ou documento que a ele corresponda.

Não foi localizado nos Autos desta Representação a referida prova de cidadania, devendo a Autora regularizar sua Representação, sob pena, no entendimento desta Auditoria, de não ter sua pretensão conhecida.

2.2. Disposições conflitantes no Edital (Peça 01 – fls. 02/03)

Argumentos da Representante (Peças 01 e 12)

[...] Considerando o teor da definição do objeto constante no edital, em que o órgão contratante pretende adquirir materiais de OPME, especificamente “sistema de placas e parafusos para a região volar de Radio distal”, houve a inclusão de um item com tipificação “instrumental” que é elencado para ser fornecido sob o regime de comodato, sem custos às empresas licitantes.

É mandatória a exclusão do item 5 “lâmina para serra oscilante” como aquisição onerosamente pois há conflito com a exigibilidade de disponibilização de forma gratuita, considerando a observância do item 4.4. do Termo de Referência, anexo I, ratifica o quanto segue: *“os equipamentos e instrumentais deverão ser disponibilizados sem ônus para a utilização durante os procedimentos por toda a vigência da ATA de RP.”*

Ademais, no item 4.1 do mesmo anexo consta que a empresa contratada deverá fornecer sob o regime de comodato equipamentos classificados especificamente como “serra”.

Pior, o citado “instrumental - lâmina para serra oscilante - item 5” não possui nenhuma especificação relativa ao dimensional, padrões de conectividade e características essenciais do produto, o que impede tecer qualquer oferta.

Vale dizer: existe total contrariedade consistente na inserção de item que, por sua classificação, deveria ser disponibilizado gratuitamente sob o regime de consignação e comodato segundo o termo de referência e que, ao revés, encontra-se submetido a competição de preços no processo licitatório devendo ser oferecido onerosamente pela empresa contratada. [...]

A representante reiterou seus argumentos à Peça 12.

Análise da Coordenadoria

Em sua decisão sobre a concessão de suspensão liminar o Relator entendeu que:

Em análise perfunctória, não é possível vislumbrar ilegalidade em realizar Pregão Eletrônico para registrar preços de materiais ortopédicos com entrega em consignação e comodato – sobretudo no caso de a análise do edital levar em conta o quanto previsto para a utilização dos materiais e o pagamento. (Peça 05, fl.02)

Vale ressaltar, como informa a própria Representante (Peça 12), que ela apresentou impugnação ao Edital em sede administrativa e que foi negada. A Peticionária retoma os argumentos trazidos acima na ocasião.

A Representação de fato não aborda aspectos legais, ainda que colacione alguns precedentes genéricos em relação ao objeto analisado (Peça 1, fls. 3/4). Nenhuma subsunção normativa pertinente foi identificada ao longo da análise.

De fato, a irresignação da Representante reside, embora haja certa obscuridade na redação (no primeiro parágrafo transcrito acima no item de “Argumentos da Representante”, por exemplo, o material deve ser fornecido sem custos para a SMS e não para as licitantes como aparece escrito), no fato de ser necessário disponibilizar em comodato instrumentais e equipamentos que precisam ser adquiridos onerosamente no mercado.

Nota-se que não foi realizada nenhuma análise do item 04 do Termo de Referência, o qual explica a dinâmica do comodato e seus elementos (Peça 2, fls. 36/37).

É um pressuposto que as interessadas disponibilizem os equipamentos citados para a realização de cirurgias. Tal arranjo é corrente na contratação de algumas peças hospitalares e próteses. Há diversos julgados específicos que tratam exatamente desta questão.

A Auditoria considera pertinente o breve estudo do Acórdão 2.295/19 (TCU) Plenário, que trata de uma Representação em face do Pregão Eletrônico para Registro de Preços 56/2019, envolvendo o Hospital Universitário Cassiano Antônio Moraes da Universidade Federal do Espírito Santo – HUCAM/EBSERH e que teve por objeto a aquisição de insumos para cirurgia de vitrectomia e catarata para atender ao Serviço de Oftalmologia.

No referido Acórdão, é discutido e consolidado tanto o cabimento quanto a habitualidade de tal arranjo. Neste sentido:

37. É oportuno transcrever excerto do parecer lançado pelo Diretor-Técnico da Secretaria do TCU no Estado do Piauí – Sec/PI naqueles autos em que evidencia, com clareza, a necessidade técnica de licitar o equipamento em comodato em conjunto com as lentes intraoculares (peça 10 do TC- 024.219/2018-5, pp. 3/4):

“13. (...) as providências adotadas pela Ebserh/HU-PI, em certa medida, no caso concreto, suprimam a fundamentação técnica que justificasse a escolha pela cessão de equipamentos em regime de comodato, como detalhado abaixo.

14. A unidade jurisdicionada tentou outra forma de contratação, por locação ao invés de comodato com fornecimento de insumos, sem sucesso.

15. O hospital em pesquisa de preço não conseguiu fornecedores dispostos a alugar os aparelhos, tendo sido, inclusive, questionado por uma empresa a respeito da forma de contratação por locação (peça 22, p. 2).

16. A representante da empresa argumentou, em complemento, **que o mercado não trabalha com este tipo de contratação por locação, inclusive os serviços particulares são feitos com o fornecimento de insumos e a empresa faz a cessão do uso do equipamento em comodato (peça 22, p. 2).**

17. A opção de aquisição associada ao comodato no certame licitatório questionado se baseou na verificação de prática usual do mercado, pois a Unidade de Compras em conjunto com o Setor de Administração, consultou outros hospitais e identificou que as aquisições destes produtos, por parte daqueles hospitais, são realizadas por meio do fornecimento dos insumos com a cessão dos equipamentos em regime de comodato, e não por meio de locação (peça 22, p. 2).

18. Além disso, foi consultado o sistema do painel de preços do Comprasnet, do Governo Federal e não foi encontrado nenhum tipo de contratação semelhante, por locação (peça 22, p. 2).” (Negrito no original)

Assim, nota-se que, a depender do bem licitado, não é viável sequer a locação de determinados insumos e equipamentos tamanha a normalização do mercado/fornecedores com a solução do comodato.

Ainda no mesmo Acórdão, o Relator menciona alguns julgados que trataram exatamente sobre essa questão:

33. Mister destacar que, nos autos do TC-003.856/2019-4, de Relatoria do Ministro-Substituto André de Carvalho, foi exarado o Acórdão de Relação 2.333/2019 – Segunda Câmara (Ata 9/2019), mediante o qual o Tribunal conheceu da Representação formulada pela Mediphacos Indústrias Médicas S.A. contra o Pregão Eletrônico 671/2018, promovido pelo Hospital de Clínicas de Porto Alegre para o fornecimento de lentes intraoculares e insumos, com a cessão gratuita (comodato) de uso de dois equipamentos, e, no mérito, a considerou improcedente.

34. Transcrevo, por oportuno, trecho da fundamentação do **decisum** acima mencionado:

[...] **Considerando que, após a análise do feito, a unidade técnica verificou que a ora representante tem demandado a atuação do TCU em certames com idêntica ou semelhante situação para tratar de discussões com o entendimento muitas vezes já pacificado no TCU**, a exemplo do TC 012.228/2018-4 (então Secex-PE), do TC 003.734/2019-6 e TC 009.892/2018-4 (então Secex-MG), do TC 011.477/2018-0 (então Secex-MA), do TC 002.473/2018-6 (então Secex-RS), do TC 004.886/2018-6 e TC 013.056/2018-2 (então Secex-ES), do TC 023.381/2018-3 (então Secex-RJ), do TC 024.219/2018-5 (então Secex-PI), do TC 003.734/2019-6 (então Secex-RN) e do TC 003.723/2019-4 (então Secex-PR);

Considerando que, em sintonia com a jurisprudência do TCU, a utilização do comodato não seria, de **per si**, irregular ou antieconômica, devendo ser demonstrado pelo órgão licitante por meio de adequada fundamentação baseada em estudos prévios à licitação e, especial, por meio da evidenciação do custo-benefício para as opções de contratação, demonstrando que a estratégia eleita seria a mais vantajosa para a administração pública;

Considerando que, no presente caso concreto, após as ponderações, as pesquisas de preços e a análise global de custos, restou tecnicamente assinalado que a solução mais adequada e econômica para a administração pública seria, sim, o comodato; [...] (Negrito no original)

Nota-se que a demonstração de irregularidade no arranjo ora discutido, passa por uma análise mercadológica, contábil e técnica, algo bastante complexo e que não se aproxima da formulação feita na petição, que se resume ao fato da existência de interpretação errônea da Representante em relação ao ônus do comodato (que é da Contratada).

É desnecessário indicar que todos os custos devem ser embutidos e repassados no valor dos itens constantes na ARP licitada, sendo a denominação “gratuita” relativa ao comodato uma mera indicação que a Contratante teria livre acesso a tais itens que deveriam ser disponibilizados e remunerados indiretamente pelo Poder Público.

Outro ponto seria relativo a uma eventual falta de definição técnica dos equipamentos disponibilizados em comodato.

Não há nenhum desenvolvimento sobre qual seria a eventual impossibilidade técnica de se fornecer os equipamentos adequados a partir do definido no Termo de Referência (Peça 02, fl. 36), que dispõe: “4.2 Todos os implantes e instrumentais devem ser compatíveis entre si, para a correta implantação e não prejudicar o bom andamento da cirurgia e a recuperação do paciente”.

Assim, a partir das especificações técnicas das 100 (cem) unidades previstas para o item 05, a licitante vencedora deve providenciar os equipamentos adequados ao seu uso hospitalar. A Representante não apresentou elementos impeditivos de ordem operacional para o item 4.2.

De fato, analisar a compatibilidade dos itens licitados com os do comodato é essencial para se questionar o arranjo previsto no Edital. Ainda em relação ao Acórdão do TCU trazido nessa manifestação (Acórdão TCU 2.295/2019):

31. No caso em foco, o HUCAM demonstrou que a opção pela licitação em separado do equipamento cedido em regime de comodato e das lentes poderia ocasionar prejuízo ao conjunto. De acordo com o gestor daquela unidade hospitalar, a lente de três peças é dobrada e inserida em um cartucho que, por sua vez, é inserido em um injetor que faz parte do equipamento cedido em regime de comodato.

32. Desse modo, fica assente que deve haver compatibilidade da lente com o cartucho, deste com o injetor e, finalmente, deste último com o equipamento. Assim, a licitação em separado das lentes poderia ocasionar eventuais problemas

de incompatibilidade com o equipamento, caso fossem ofertados por empresas distintas.

Nota-se que, ao contrário do Acórdão transcrito, nenhuma análise técnica ou operacional sobre incompatibilidade dos itens discutidos é trazida pela Representante, de modo que não há elementos para evidenciar uma possível deficiência técnica na redação do Edital, tanto no nível operacional/comercial quanto no médico/hospitalar.

Neste sentido, a Auditoria opina pela **improcedência** da Representação nesse ponto.

3. CONCLUSÃO

Pelo exposto, consideramos a Representação improcedente, conforme **subitens 2.1 e 2.2** deste Relatório.

São Paulo, em 02/09/2024

ALLAN SIDNEY JOSÉ DE MELO SIGG
Auditor de Controle Externo
Coordenadoria IV

BRUNO WALLACE SOARES DA SILVA
Supervisor de Controle Externo -
Substituto
Coordenadoria IV

De acordo, em

LUIZ GUSTAVO DE OLIVEIRA VIEIRA
Coordenador de Controle Externo
Coordenadoria IV