



Prefeitura de Joinville

ANÁLISE SEI N° 7000556/2020 - SES.UCC.ASU

Joinville, 25 de agosto de 2020.

HOSPITAL MUNICIPAL SÃO JOSÉ. GERÊNCIA DE COMPRAS, CONTRATOS E CONVÊNIOS. COORDENAÇÃO DE SUPRIMENTOS. PREGÃO ELETRÔNICO N° 040/2019 – AQUISIÇÃO DE ÓRTESES, PRÓTESES E MATERIAIS ESPECIAIS, EM REGIME DE CONSIGNAÇÃO, NAS ESPECIALIDADES DE CIRURGIA BUCOMAXILOFACIAL E CIRURGIA DE TRAUMATO-ORTOPEDIA.

I – DAS PRELIMINARES:

Trata-se de **RECURSO DE REPRESENTAÇÃO** interposto pela advogada Larissa Grun Brandão Nascimento em nome da empresa **ATALANTA PRODUTOS DE HIGIENE E LIMPEZA LTDA**, inscrita no CNPJ sob o nº 04.785.103/0001-65, aos 21 dias de julho de 2020, protocolo sob número SEI 6749890, contra a decisão que **REPROVOU SUAS AMOSTRAS**, bem como, contra a decisão que **NEGOU PROVIMENTO** ao recurso interposto (documentos SEI 6664655 e 6669853), mantendo inalterada a decisão que, reprovou as amostras para aos Lotes 10, 17 e 22, e que, declarou vencedora a empresa **NUVASIVE BRASIL COMERCIAL LTDA** para os Lotes 10 e 17 no processo licitatório, sendo o Julgamento do Recurso submetido à consideração do Diretor Presidente, o mesmo **MANTEVE A DECISÃO**.

II – DAS ALEGAÇÕES E ANÁLISE DO RECURSO:

Considerando o Recurso de Representação protocolado pela empresa **ATALANTA PRODUTOS DE HIGIENE E LIMPEZA LTDA**, **referente aos lotes 10 e 17** do Processo Licitatório supracitado; o Pregoeiro faz suas considerações (fonte na cor preta) e solicita esclarecimento à área técnica/médica quanto aos apontamentos realizados pela empresa, conforme se depreende do documento registrado na íntegra abaixo (fonte na cor azul), conforme SEI 6749890:

ATALANTA PRODUTOS DE HIGIENE E LIMPEZA LTDA, pessoa jurídica de direito privado, estabelecida à Rua Victor Konder, 330, bairro Iririú, Joinville/SC, CEP 89227-240, inscrita no CNPJ sob nr. 04.785.103/0001-65, por sua sócia **AURICIANE FERREIRA GONÇALVES**, brasileira, solteira, empresária, inscrita no CPF sob nr. 025.929.319-96, residente e domiciliada na Rua Prefeito Aristides Largura, 105, apto 501, bairro América, CEP: 89204-145, Joinville/SC, vem, respeitosamente à presença de Vossa Senhoria, por sua advogada que a esta subscreve, na forma da cláusula 13.6 do Edital SEI nr. 5769930/2020 e art. 26 do Decreto Federal 5.450/2005 c/c art. 44, §1º, do Decreto Federal 10.024/2019, apresentar, dentro do prazo de 03 (três) dias, **RECURSO DE REPRESENTAÇÃO** contra decisão que negou provimento ao Recurso Administrativo Interposto pela Recorrente (tendo em vista a reprovação de suas amostras para os lotes 10, 17 e 22) e que declarou como vencedora a empresa Nuvasive Brasil Comercial Ltda para os lotes 10 e 17.

I – DA TEMPESTIVIDADE DO RECURSO

Eis que o Recurso de Representação, conforme disposição do art. 109, II da Lei 8666/93 possui o prazo de 5 (cinco) dias úteis para ser interposto, contados a partir da decisão que objetiva-se combater. No presente caso, o julgamento do Recurso Administrativo que ocorreu no dia 10 de julho de 2020, portanto, totalmente tempestiva a interposição do presente recurso.

II – DO CABIMENTO DO RECURSO DE REPRESENTAÇÃO

A Recorrente teve suas amostras irregularmente reprovadas no respectivo processo referente aos lotes 10, 17 e 22. Impetrou Recurso Administrativo em 13 de maio de 2020, detalhando suas razões, bem como, demonstrando que tampouco merecia prosperar a decisão que declarou como vencedora a concorrente Nuvasive Brasil Comercial Ltda. A decisão (julgamento) de referido recurso foi assinada e comunicada em 10 de julho de 2020.

Referida decisão não merece prosperar e precisa ser revista, por medida de inteira justiça, **visto que vários pontos técnicos mencionados no Recurso interposto foram inobservados no julgamento**,

como bem será demonstrado.

Sabe-se que segundo o art. 109 da Lei 8.666/93, cabe recurso de Representação quando:

Art. 109. Dos atos da Administração decorrentes da aplicação desta Lei cabem:

(...)

II – representação, no prazo de 5 (cinco) dias úteis da intimação da decisão relacionada com o objeto da licitação ou do contrato, de que não caiba recurso hierárquico.

A fim de entendermos o cabimento da Representação, devemos primeiramente conceituar a essência do recurso hierárquico, tendo em vista que, segundo a norma legal, cabe a Representação quando não caiba Recurso Hierárquico.

A norma legal, bem como a mormente doutrina, considera recurso hierárquico aqueles previstos no artigo 109, inciso I da Lei 8.666/93, e, conseqüentemente, para os casos de pregão aqueles disciplinados no art. 11 do Decreto 5.450/2005.

O recurso hierárquico é o meio adequado para o superior rever o ato, decisão ou comportamento de seu subordinado, especialmente da comissão de licitação, quando devidamente interposto.

Nas palavras de Jessé Torres Pereira Junior, o recurso de representação é o interponível para denunciar, perante instância administrativa superior, qualquer irregularidade ou ilegalidade praticada **contra o objeto da licitação ou do contrato**, que não se inclua nas alíneas do inciso I, seguindo-se ser meio de reexame hierárquico de largo alcance para coibir abuso ou desvio que se localize nos atos convocatórios, nas decisões das comissões de licitação, na atuação dos fiscais da execução dos contratos, entre outros. (p. 972). **(grifado pelo Pregoeiro)**

Ademais, a fase recursal do procedimento licitatório tem como fundamento legal o art. 5º, incisos XXXIV e LV, da Constituição Federal de 1988.

O inciso XXXIV, da Carta Maior, garante a todos, independentemente do pagamento de taxas, o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder.

O inciso LV, por sua vez, assegura a todos os litigantes, em processo judicial ou administrativo, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Conforme nos leciona Maria Sylvia Zanella di Pietro:

"Dentro do direito de petição estão agasalhadas inúmeras modalidades de recursos administrativos, disciplinadas por legislação esparsa, que estabelece normas concernentes a prazo, procedimento, competência e outros requisitos a serem observados pelos petionários". (cf. in Direito Administrativo, 19ª ed., São Paulo, Ed. Atlas, 2006, p. 698).

Assim, considerando que o julgamento do Recurso Administrativo interposto em 13 de maio de 2020, **foi submetido à consideração do Diretor Presidente**, o que, por si só, salvo melhor juízo, já seria o próprio Recurso Hierárquico, não vê outra alternativa senão, a apresentação do Recurso de Representação **à autoridade imediatamente superior, qual seja, o Secretário de Saúde do Município de Joinville**, por força do **artigo 7º, I da Lei Municipal nr. 8363/2017**, por motivos de inteira justiça. **(grifado pelo Pregoeiro)**

II.1 – ANÁLISE E CONSIDERAÇÕES DO PREGOEIRO:

Inicialmente, cumpre informar que existem pressupostos para que se proceda à análise do mérito dos recursos apresentados na esfera administrativa. Entre os pressupostos atinentes ao recebimento e conhecimento dos recursos, estão a apresentação do recurso a **tempo e modo** perante a Administração Pública.

Nesses termos, quanto ao modo, no que diz respeito à forma de envio do recurso administrativo, este deverá ser protocolizado através do e-mail suprimentos.saude@joinville.sc.gov.br, em documento digitalizado (PDF, JPG) **devidamente assinado**, até as 14:00 horas do dia do vencimento do prazo, acompanhado da respectiva representatividade e, quando for o caso, de procuração, conforme subitem 13.6.4 do Edital.

Nesse passo, pode-se afirmar que o recurso ora apresentado não deveria ser aceito nem mesmo conhecido, uma vez que não cumpre a exigência específica para a sua eficácia, tendo em vista a **ausência de assinatura** da advogada a Sra. Larissa Grun Brandão Nascimento, representante legal da empresa Atalanta.

No entanto, tendo o Diretor Executivo suspenso a Ata de Registro de Preços da Nuvasive para os lotes 10 e 17, conforme Memorando SEI 6823982, esta Administração irá responder os aspectos relacionados pela licitante, no intuito de esclarecer e dar transparência aos atos praticados. Assim, a Administração procedeu à sua análise.

Primeiramente, cabe o registro de que, a coordenação de licitações, aos 21 dias de julho de 2020 protocolou o Recurso de Representação sob número SEI 6749890 e, por meio do memorando SEI N° 6750017, solicitou um parecer jurídico quanto ao Recurso de Representação apresentado no Autos. Assim, aos 22 dias de julho de 2020, a área jurídica se manifestou por meio do memorando SEI N° 6758507 (fonte na cor roxo), conforme transcrição abaixo:

(...)

Por outro vértice, verifica-se que o recurso apresentado deve ser processado pela equipe de licitação, conforme seus fluxos internos.

Sobre a representação (Art. 109, inciso II) cabe mencionar que é cabível para os casos não previstos para o recurso do Art. 109, inciso I, todos da Lei federal nº 8.666/93

Art. 109. Dos atos da Administração decorrentes da aplicação desta Lei cabem:

I - recurso, no prazo de 5 (cinco) dias úteis a contar da intimação do ato ou da lavratura da ata, nos casos de:

a) habilitação ou inabilitação do licitante;

b) julgamento das propostas;

c) anulação ou revogação da licitação;

d) indeferimento do pedido de inscrição em registro cadastral, sua alteração ou cancelamento;

e) rescisão do contrato, a que se refere o inciso I do art. 78 desta lei;

e) rescisão do contrato, a que se refere o inciso I do art. 79 desta Lei; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

f) aplicação das penas de advertência, suspensão temporária ou de multa;

II - representação, no prazo de 5 (cinco) dias úteis da intimação **da decisão relacionada com o objeto da licitação ou do contrato, de que não caiba recurso hierárquico;**

Neste sentido, colaciona-se doutrina utilizada pela licitante ATALANTA PRODUTOS DE HIGIENE E LIMPEZA LTDA no seu RECURSO DE REPRESENTAÇÃO (doc. SEI nº 6749890).

"Nas palavras de Jessé Torres Pereira Junior, **o recurso de representação é o interponível para denunciar, perante instância administrativa superior, qualquer irregularidade ou ilegalidade praticada contra o objeto da licitação ou do contrato, que não se inclua nas alíneas do inciso I**, seguindo-se ser meio de reexame hierárquico de largo alcance para coibir abuso ou desvio que se localize nos atos convocatórios, nas decisões das comissões de licitação, na atuação dos fiscais da execução dos contratos, entre outros. (p. 972)."

No presente caso, parece que a discussão da representação decorre sobre a desclassificação das amostras que implicou na desclassificação da licitante ATALANTA PRODUTOS DE HIGIENE E LIMPEZA LTDA, conforme regra editalícia prevista no subitem 11.9, letra "f".

11.9 - Serão desclassificadas as propostas:

a) que não atenderem às especificações/descrição do objeto desta licitação;

b) que forem omissas ou se apresentarem incompletas ou não informarem as características do bem cotado, impedindo sua identificação com o item licitado;

c) que conflitem com a legislação em vigor;

d) que deixarem de atender aos requisitos estabelecidos no item 6 deste Edital;

e) com valores unitários ou globais superiores ao limite estabelecido ou com preços manifestamente inexequíveis, assim considerados aqueles que não venham a ter demonstrado sua viabilidade através de documentação que comprove que os custos dos insumos são coerentes com os de mercado e que os coeficientes de produtividade são compatíveis com a execução do objeto do contrato.

f) tiverem suas amostras reprovadas.

(EDITAL SEI Nº 5769930/2020 - SES.UCC.ASU)

Sendo assim, a priori, não cabe a representação ora discutida para discutir a motivação que gerou a desclassificação da proposta, pois esse assunto é objeto de avaliação por meio do recurso previsto no Art. 109, inciso I, alínea "b" da Lei federal nº 8.666/93, o qual já foi interposto e julgado (doc. SEI nº 6252759, 6664655 e 6669853). (grifado pelo Pregoeiro)

Portanto, sem mais, encaminham-se os autos para o Setor de Licitação para proceder a análise e resposta quanto à representação protocolada, conforme sua organização interna. Caso exista alguma dúvida jurídica, indica-se que eventual solicitação observe o disposto na Instrução Normativa SEI nº 05, aprovada pelo Decreto Municipal nº 28.961, de 17 de maio de 2017 com o apontamento do questionamento nos termos da referida instrução normativa.

Joinville, 22 de julho de 2020.

RENATO CAVA GALVÃO

Advogado do Hospital Municipal São José

Matrícula 8497-7.

Essa verdade, também é apresentada na publicação de um artigo do advogado e consultor jurídico, o Sr. Fabio Ximenes¹, que é especialista em Direito Administrativo:

VI. Recurso de representação

Para conceituar esta espécie de recurso novamente nos utilizamos das lições de Diogenes Gasparini²: “é a petição dirigida à autoridade superior pleiteando a modificação do ato da autoridade inferior. A representação somente cabe nos casos de decisão relacionada com o objeto da licitação ou do contrato de que não caiba recurso hierárquico”. (ob. cit. p. 687).

Nas palavras de Jessé Torres Pereira Junior³, “o recurso de representação é o interponível para denunciar, perante instância administrativa superior, qualquer irregularidade ou ilegalidade praticada contra o objeto da licitação ou do contrato, que não se inclua nas alíneas do inciso I, seguindo-se ser meio de reexame hierárquico de largo alcance para coibir abuso ou desvio que se localize nos atos convocatórios, nas decisões das comissões de licitação, na atuação dos fiscais da execução dos contratos, entre outros”. (p. 972).

Como exemplo de decisão que seja atacável por este recurso pode-se citar aquela que altere o objeto da licitação ou do contrato.

Com relação à interposição, autoridade competente, comunicação aos demais interessados, prazos e sua contagem vale o que foi exposto em relação ao recurso hierárquico, uma vez que não existe procedimento específico para o processamento deste recurso.

Seu **efeito é apenas devolutivo**, mas mediante motivação poderá ser recebido também no efeito suspensivo. (**grifado pelo Pregoeiro**)

Conforme se depreende do Inciso II do Art. 109, da Lei 8.666/93 e do próprio documento de representação “*Nas palavras de Jessé Torres Pereira Junior, o recurso de representação é o interponível para denunciar, perante instância administrativa superior, qualquer irregularidade ou ilegalidade praticada contra o objeto da licitação ou do contrato, que não se inclua nas alíneas do inciso I*”, apoiado pelo entendimento do Advogado do Hospital, Sr Renato Cava Galvão, bem como, pelas palavras de Diogenes Gasparini: que “*representação somente cabe nos casos de decisão relacionada com o objeto da licitação ou do contrato de que não caiba recurso hierárquico*”, o texto é suficientemente claro que NÃO CABE REPRESENTAÇÃO ao caso apresentado, pois a representação não é contra o objeto da licitação ou do contrato, uma vez que o ato requerido é objeto do Inciso I do Art. 109, da Lei 8.666/93, pelo qual, o Recurso Administrativo já foi julgado pelo Pregoeiro e submetido à apreciação superior com sua devida ciência por meio de assinatura pessoal, aos 10 de Julho de 2020 (conforme documentos SEI nº 6252759, 6664655 e 6669853).

Além disso, firma-se o entendimento com o artigo da Consultoria Zênite⁵, conforme:

Cabe recurso de representação de decisão que denegou recurso hierárquico contra ato que aplicou a suspensão do direito de licitar e contratar?

O recurso hierárquico está previsto no art. 109, inc. I, da Lei nº 8.666/1993 e pode ser interposto no prazo de cinco dias úteis a contar da intimação do ato ou da lavratura da ata quando envolver as seguintes situações: habilitação ou inabilitação (alínea “a”), julgamento das propostas (alínea “b”), anulação ou revogação do certame (alínea “c”), indeferimento do pedido de inscrição no registro cadastral, sua alteração ou cancelamento (alínea “d”), rescisão do contrato (alínea “e”), aplicação das sanções de advertência, suspensão temporária ou multa (alínea “f”)

Já o recurso de representação acaba ficando um pouco obscuro em nosso ordenamento, pois foi definido no inc. II do art. 109 da Lei nº 8.666/1993, genericamente, como o recurso cabível “no prazo de 5 (cinco) dias úteis da intimação da decisão relacionada com o objeto da licitação ou do contrato, **de que não caiba recurso hierárquico**”. (Grifamos.)

Como aponta Marçal Justen Filho⁶ (1999, p. 622), a Lei nº 8.666/1993 não definiu “forma, nem requisitos específicos e todo e qualquer cidadão está legitimado a exercer o direito de representação sobre eventos ocorridos no curso da licitação ou de contratos administrativos”.

Apesar disso, para a Consultoria Zênite, quando o inc. II do art. 109 trata do cabimento do recurso de representação o faz considerando: (1) a matéria a ser atacada pelo recurso e (2) o não cabimento do recurso hierárquico.

Nesses moldes, **poderá** ser objeto de recurso de representação **todos os atos que**, por seu conteúdo, **não comportam recurso hierárquico**, mas **dizem respeito à situação relacionada ao desenvolvimento do processo licitatório ou do contrato**.

Dito de outra forma, se a matéria a ser atacada pelo recurso comportar exame pela via do recurso hierárquico, o que envolve todos aqueles atos arrolados nas alíneas do inc. I do art. 109, **não se admite o cabimento do recurso de representação, qualquer que seja o caso**.

Vê-se, portanto, que as hipóteses de cabimento dos recursos previstos nos incs. I e II do art. 109 da Lei nº 8.666/1993 **são excludentes** e não se confundem. **Diante da prática dos atos arrolados nas alíneas do inc. I do art. 109, caberá apenas o recurso hierárquico**. Por sua vez, **o recurso de representação somente será cabível para combater decisões administrativas que envolvam situações que não comportam a adoção do recurso hierárquico**.

(...)

Dessa forma, se houve a aplicação da sanção de suspensão do direito de licitar e contratar (art. 87, inc. III), com a interposição do recurso hierárquico (art. 109, inc. I, alínea “f”), **esgota-se a via administrativa para o particular recorrer dessa decisão**. Ou seja, da denegação de recurso hierárquico não caberá a interposição de recurso de representação (art. 109, inc. II), **tampouco de recurso de pedido de reconsideração (art. 109, inc. III), dada manifesta falta de amparo legal nesse sentido**.

E essa ausência tem razões muito simples. Primeiro, **se a situação ainda comportasse a interposição** de novos recursos administrativos, **a discussão em torno da matéria não teria fim**. E, segundo, tendo em vista que, a rigor, os recursos serão julgados pela autoridade superior, esgota-se a instância administrativa.

No caso em exame, **sequer se cogita o recebimento do recurso de reconsideração** com base nos princípios da fungibilidade recursal e da instrumentalidade das formas. Esses princípios permitem receber recurso quando este, apesar da forma inadequada, preenche todos os requisitos para o exercício do direito de recorrer pela via adequada.

Como exemplo cita-se a seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIOS DA FUNGIBILIDADE E DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS. (...).

1. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, em atenção aos princípios da fungibilidade recursal e da instrumentalidade das formas, admite a conversão de embargos de declaração em agravo regimental. (STJ, EDRESP nº 976.797, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 17.12.2010.)

Diante do exposto, responde-se **não caber recurso de representação em face da decisão que denegou recurso hierárquico interposto contra ato administrativo** que determinou a aplicação de sanção de suspensão do direito de licitar e contratar. **(grifado pelo Pregoeiro)**

Além do fato de que **não cabe Recurso de Representação** no caso em tela, o mesmo **não gera efeito suspensivo**, ou seja, não cabe suspensão do processo.

III - DAS RAZÕES DO RECURSO

III.A. – DA IMPOSSIBILIDADE DE CONSIDERAR A EMPRESA NUVASIVE BRASIL COMERCIAL LTDA VENCEDORA PARA OS LOTES 10 E 17

O edital em sua cláusula 12.5, assim disciplina a entrega das amostras:

12.5 - As amostras deverão estar acompanhadas de Relação de Amostras, contendo o nome da empresa proponente, número do edital, produto, marca, lote e item a que se refere a amostra e estar assinada pelo representante da empresa (conforme modelo constante do Anexo X).

12.5.1 - A Relação de Amostras deverá ser apresentada em 02 (duas) vias iguais, as quais serão protocoladas no momento da entrega das amostras, 01 (uma) via ficará com as amostras, e será anexada ao processo licitatório de forma eletrônica, e 01 (uma) via ficará com o fornecedor.

E ainda, continua estabelecendo a seguinte regra:

12.6 - Será desclassificado o proponente, caso apresente amostra fora das especificações técnicas previstas nos Anexos I e IX deste Edital, ou que não apresente as amostras no local e horários estabelecidos pelo Pregoeiro, estando sujeito às penalidades previstas.

Ademais, o Anexo IX que trata do Termo de Referência, também reforça a obrigatoriedade de entrega de uma amostra para cada item, devidamente acompanhadas pelos instrumentais:

6 - Amostras/Prospectos (quando for o caso):

1. As amostras (01 amostra para cada item, acompanhadas dos instrumentais) deverão ser entregues na **Central de Abastecimento de Materiais e Equipamentos - CAME, situado na rua Plácido Gomes, 488 - 1º andar, Bairro Anita Garibaldi, Joinville/SC, das 08:00 às 11:30 horas e das 13:00 às 16:30 horas, telefone (47) 3441-8108**, de segunda a sexta-feira exceto feriados e pontos facultativos, juntamente com listagem contendo a descrição completa de todos os itens, código do produto, quantidade enviada, marca e fabricante, sendo em papel timbrado da empresa e em duas vias.

Ou seja, a não entrega de 01 amostra para cada item trata-se de flagrante descumprimento a regra editalícia.

Pois bem, a empresa Nuvasive não entregou amostras para os itens 63, 65, 66 e 67, todos do lote 10, e para os itens 110, 112 (ausente o parafuso monoaxial) e 114 do lote 17, conforme se depreende de seu check list de entrega das amostras.

Vale sinalizar que referida informação já fora exposta no Recurso Administrativo interposto em 13 de maio de 2020. E, nas contrarrazões apresentadas pela empresa Nuvasive, esta apenas limitou-se a afirmar que:

"É de extrema importância ressaltar que a contrarrazoante cumpriu fielmente com a entrega das amostras exigidas exatamente de acordo com o item 12 do Edital, e que comprova tal alegação com o documento mencionado no subitem 12.5 do Edital devidamente protocolizado, documento este constante no Processo".

Eis que a empresa Nuvasive tenta levar o julgador do processo a erro, pois sequer demonstra em seu check list de entrega, quais são os descritivos que correspondem aos itens que a recorrente aponta como não entregues. Isso, Senhor Secretário, seria o mínimo a ser feito para provar a verdade de sua afirmativa, visto que as nomenclaturas originais da fábrica constantes do checklist não correspondem à nomenclatura existente no edital, trazendo certa dificuldade para o julgador identificar a que itens correspondem.

Portanto, não merece prosperar a declaração de vencedora para o lote 10 e 17 a empresa Nuvasive Brasil Comercial Ltda, visto que não cumpriu com a exigência editalícia em tempo e modo.

10	62	912323 - PARAFUSOS ASSOCIÁVEIS A PLACAS CERVICAIS PARAFUSOS ASSOCIÁVEIS A PLACAS CERVICAIS, COM CABEÇA DE EXPANSÃO AUTO-BLOQUEÁVEIS, PARA USO NA PLACA AUTO-ESTÁVEL PARA COLUNA CERVICAL EM TITÂNIO; DIÂMETRO 4,0MM COM TAMANHOS DE 14 A 20MM, MONOCORTICAL; DIÂMETRO 4,35MM (EMERGÊNCIA) COM TAMANHOS DE 14 E 16MM MONOCORTICAL. INCLUINDO SISTEMA DE FIXAÇÃO DO MESMO - COD SUS - 0702050407	PC	550	175,78	96.679,00
----	----	--	----	-----	--------	-----------

Eis que, conforme já informado no recurso apresentado em 13 de maio de 2020, a empresa Nuvasive, declarada vencedora do certame para os lotes 10 e 17, que teve suas amostras 100% aprovadas, apresentou, conforme se depreende de seu check list de entrega das amostras, parafuso cervical de 4,5mm. Assim descumpriu novamente a regra editalícia, visto que a exigência é por parafuso de 4,35mm.

Ora, mesmo tendo apresentado numeração diferente da exigida em edital tiveram suas amostras aprovadas. **É de se espantar!**

Em sede de contrarrazões a empresa apenas limitou-se a dizer: “Não vemos razão para maiores abordagens sobre esse ponto, tendo em vista que a contrarrazoante apresentou amostras de materiais cujas medidas se encontram dentro das especificações exigidas pelo edital”. **MENTIRA! Querem apenas levar a erro os julgadores com essa assertiva.**

Veja que sequer em seu portfólio possuem o parafuso de 4,35mm exigido pelo edital. Ou seja, a empresa não possui o parafuso de referido tamanho. Entregou o tamanho que tinha, foi aprovada e declarada vencedora!

Portanto, também por esta razão, não merece prosperar a declaração de vencedora do certame para o lote 10, o que deve ser reconhecido em prestígio ao princípio da legalidade e da vinculação ao instrumento convocatória.

II.2 – ANÁLISE E CONSIDERAÇÕES DO PREGOEIRO:

Em relação às amostras, vale destacar que o Termo de Referência, no subitem 6.4, também prevê que dentro do prazo de entrega, a proponente poderá adequar a entrega das mesma, senão vejamos:

4. Depois de expirado o prazo de entrega das amostras, não será permitido fazer ajustes ou modificações no material apresentado a fim de adequá-lo à especificação constante no Termo de Referência. (grifado)

Ainda, quanto ao apontamento da Atalanta de que "*as nomenclaturas originais da fabrica constantes do checklist não correspondem à nomenclatura existente no edital, trazendo certa dificuldade para o julgador identificar a que itens correspondem*", veja-se que o Edital não exige tais nomenclaturas, mas que devem ser identificadas, conforme:

12.2 - As amostras deverão ser os próprios produtos a serem comercializados (marca, peso, embalagem), **devendo estar identificadas** com o **nome da empresa proponente, edital e item** a que **se refere a amostra**. (grifado)

Além disso, em atendimento ao subitem 12.5 do Edital, a relação de amostras apresentadas pela empresa **NUVASIVE BRASIL COMERCIAL LTDA**, conforme documento anexado pelo setor de OPME (anexo SEI 6207874, 6209629 (com portfólio completo) e 6211153), bem como, em diligência efetuada à Nuvasive (anexo SEI 6864486), cumprem os requisitos: "**nome da empresa proponente, número do edital, produto, marca, lote e item a que se refere a amostra**" solicitados pelo Edital, conforme:

12.5 - As amostras deverão estar acompanhadas de Relação de Amostras, contendo o nome da empresa proponente, número do edital, produto, marca, lote e item a que se refere a amostra e estar assinada pelo representante da empresa (conforme modelo constante do **Anexo X**).

No demais, não podemos cair no excesso de formalismo que é condenado, conforme podemos verificar na publicação⁴ abaixo:

São frequentes as **decisões do Tribunal de Contas da União** que prestigiam a **adoção do princípio do formalismo moderado e a possibilidade de saneamento de falhas ao longo do procedimento licitatório**.

Resumidamente, **o formalismo moderado se relaciona a ponderação entre o princípio da eficiência e o da segurança jurídica**, ostentando importante função no cumprimento dos objetivos descritos no art. 3º da lei de licitações: **busca da proposta mais vantajosa para a Administração, garantia da isonomia** e promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

Nesse sentido, orienta o TCU no acórdão 357/2015-Plenário:

No curso de procedimentos licitatórios, a Administração Pública deve pautar-se pelo princípio do formalismo moderado, que prescreve a adoção de formas simples e suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados, promovendo, assim, a prevalência do conteúdo sobre o formalismo extremo, respeitadas, ainda, as praxes essenciais à proteção das prerrogativas dos administrados.

Nota-se que sua utilização não significa desmerecimento ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório ou negativa de vigência do *caput* do art. 41 da lei 8.666/93 que dispõe sobre a impossibilidade de a Administração descumprir as normas e condições do edital. Trata-se de solução a ser tomada pelo intérprete a partir de um conflito de princípios.

Diante do caso concreto, e a fim de melhor viabilizar a concretização do interesse público, pode o princípio da legalidade estrita ser afastado frente a outros princípios. (Acórdão 119/2016-Plenário)

Ao contrário do que ocorre com as regras/normas, os princípios não são incompatíveis entre si. Diante de um conflito de princípios (p. ex., vinculação ao instrumento convocatório x obtenção da proposta mais vantajosa), a adoção de um não provoca a aniquilação do outro. Como exemplo, esse raciocínio pode ser percebido nas seguintes decisões do Tribunal de Contas da União:

Rigor formal no exame das propostas dos licitantes não pode ser exagerado ou absoluto, sob pena de desclassificação de propostas mais vantajosas, devendo as simples omissões ou irregularidades na documentação ou na proposta, desde que irrelevantes e não causem prejuízos à Administração ou aos concorrentes, serem sanadas mediante diligências. (Acórdão 2302/2012-Plenário)

O disposto no caput do art. 41 da Lei 8.666/1993, que proíbe a Administração de descumprir as normas e o edital, deve ser aplicado mediante a consideração dos princípios basilares que norteiam o procedimento licitatório, dentre eles o da seleção da proposta mais vantajosa. (Acórdão 8482/2013-1ª Câmara)

Nessas hipóteses, a análise deve considerar a importância de cada princípio no caso concreto, e realizar a ponderação entre eles a fim de determinar qual prevalecerá, sem perder de vista os aspectos normativos. Por esse motivo, as soluções não respeitam fórmulas prontas, podendo variar de um caso para outro.

Vale lembrar que o certame licitatório não representa um fim em si mesmo, mas um meio que busca o atendimento das necessidades públicas. Nas palavras do professor Adilson Dallari: a "licitação não é um concurso de destreza, destinado a selecionar o melhor cumpridor de edital". (**grifado pelo Pregoeiro**)

II.2.1 – QUESTIONAMENTO À ÁREA TÉCNICA/MÉDICA:

O Pregoeiro questionou a área técnica por meio dos Memorandos SEI 6874410 e 6923902 e em resposta recebemos os Memorandos SEI 6931640, assinado pela servidora Aline Rosana Lopes, e Memorando SEI 6954400, assinado pelo Diretor Técnico, Niso Eduardo Balsini, do qual, colhe-se:

Em resposta ao memorando 6874410, seguem informações sobre os questionamentos:

1) Quantos pacientes estão aguardando cirurgia, relacionado aos Materiais para cirurgia coluna cervical (lote 10) e aos Materiais para cirurgia tóraco-lombar (lote 17)?

Resposta da área técnica: Os pacientes autorizados pela Regulação Estadual para realização de procedimentos cirúrgicos da coluna lombar e cervical somam 115 pacientes, porém há ainda as AIH's represadas no setor de regulação da Secretaria Municipal de Saúde esse número não temos disponível.

1.2) Se há pacientes aguardando tais cirurgias (relacionadas aos lotes 10 e 17), informar há quanto tempo estão aguardando?

Resposta da área técnica: Constam na lista autorizadas pela Regulação Estadual pacientes aguardando desde 2012.

1.3) Caso positivo, informar se estes pacientes estão aguardando no hospital ou em casa?

Resposta da área técnica: A lista de pacientes autorizadas pela Regulação estadual referem-se a pacientes eletivos, todos com nível de gravidade estabelecidos. Os paciente internados são atualizados todos os dias há uma média de 3 a 5 cirurgias por semana.

2) Considerando o Atestado de Capacidade Técnica fornecido pelo Hospital Municipal São José, assinado pelo ex-Diretor Executivo, o Sr. Rodrigo Machado Prado, emitido aos 09 dias de agosto de 2017 (anexo SEI 5912769, páginas 2 e 3), favor informar se há algum documento da área técnica ou mesmo dos médicos indicando que "até a presente data não há nada que desabone sua conduta comercial", conforme registrado no Atestado (página 2)?

Resposta da área técnica: Informo que não é de conhecimento quaisquer documentos que comprovem o questionamento realizado.

3) Quanto a notificação nº 2017.08.00534, realizada junta à ANVISA, favor informar e anexar resposta do Órgão;

Resposta da área técnica: A queixa técnica foi finalizada pela empresa, a empresa Neortho julgou impropriedade a queixa, conforme SEI 6931832.

4) A empresa afirma que fornece os materiais supracitados há 3 anos ao HMSJ, favor relacionar toda e qualquer queixa/reclamação/notificação da área técnica/médica e notificação à ANVISA, que porventura não esteja relacionada no presente processo licitatório.

Resposta da área técnica: Anexados outras queixas anteriores, relatórios e e-mail com a empresa.

5) Favor levantar a data da notificação de queixa técnica SEI 6683109, página 14.

Resposta da área técnica: 29/08/2017.

6) Quanto às amostras da empresa **NUVASIVE BRASIL COMERCIAL LTDA**, a empresa Atalanta, em seu ato de representação, acusa que não há no portfólio da empresa, o parafuso de 4,35 mm exigido pelo edital, para o item 62. Ataca dizendo que no portfólio (Technique Guide, página 21 (ou 75 do anexo SEI 6209629)) não há o parafuso no tamanho exigido. Solicito justificativa.

Resposta da área técnica: O parafuso de emergência ofertado foi o de 4,5 mm.

6.1) Caso a empresa **NUVASIVE BRASIL COMERCIAL LTDA**, não tenha o parafuso de 4,35 mm exigido pelo edital, para o item 62 qual o tamanho fornecido?

Resposta da área técnica: O parafuso de emergência ofertado foi o de 4,5 mm.

6.2) Caso o tamanho for maior que o exigido no edital, tecnicamente, o mesmo pode ser utilizado nas cirurgias?

Resposta da área técnica: Em relação ao parafuso 4,5 mm que foi apresentada pela empresa NUVASIVE, segundo explicações técnicas esse parafuso de emergência necessita ser 25% a 30% maior que o parafuso 3,5 mm. O parafuso que a empresa Atalanta apresentou é do tamanho 4,0mm não chega no tamanho mínimo exigido que seria de 4,35 mm portanto o parafuso da empresa NUVASIVE foi aprovado por estar dentro do aceitável tecnicamente. Os descritivos já foram modificados e reformulados para o próximo processo de compra.

6.3) Tecnicamente falando, quais problemas ocasionariam no paciente caso utilizasse um parafuso maior?

Resposta da área técnica: Não haverá problemas, segundo a equipe técnica o parafuso de 4,5 mm é melhor do que o de 4,35 mm.

6.4) É aceitável pela área técnica/médica a utilização de um parafuso maior?

Resposta da área técnica: Sim, seguindo a literatura em relação ao parafuso 4,5 mm que foi apresentada pela empresa NUVASIVE, segundo explicações técnicas esse parafuso de emergência necessita ser 25% a 30% maior que o parafuso 3,5 mm. O parafuso que a empresa Atalanta apresentou é do tamanho 4,0 mm não chega no tamanho mínimo exigido que seria de 4,35 mm portanto o parafuso da empresa NUVASIVE foi aprovado por estar dentro do aceitável tecnicamente.

7) Outros documentos ou informações que julgar necessários que desabone o fornecimento da empresa Atalanta ou que denuncie a baixa qualidade do material por eles fornecidos (relacionadas aos lotes 10 e 17).

Resposta da área técnica: Foram relacionados outros documentos como queixas, notificação de risco e relatórios sobre o material ao processo 6953336, 6953480, 6953501, 6953515, 6953534, 6953552, 6953627, 6953639.

8) Quanto ao item 62 do lote 10, o que significa a descrição: **“Quant. Mínima/tamanho/caixa: 04 // Código SUS: 0702050407”**. Por acaso trata-se de tamanho mínimo do material na caixa apresentada para o item?

Resposta da área técnica: Não, trata-se da quantidade do item dentro da caixa, ou seja 4 unidades do parafuso.

8.1) Ainda, de acordo com a relação de amostras apresentadas pela empresa **NUVASIVE**, estão contemplados todos os itens do lote 10 (itens 61, 62, 63, 64, 65, 66 e 67) e os itens do lote 17 (itens 110, 111, 112, 113 e 114)?

Resposta da área técnica: Sim nos check list estão contemplados todos os itens.

8.2) Quanto aos instrumentais, os mesmos deveriam ser apresentados? Caso positivo, a empresa **NUVASIVE** apresentou os tais instrumentais?

Resposta da área técnica: Sim eles precisam ser apresentados, a empresa apresentou todos os itens unitários em um primeiro momento e após apresentou a caixa de instrumentais.

8.3) Quanto às considerações do Pregoeiro acima, há alguma consideração da área técnica/médica a ser registrada?

Resposta da área técnica: Não, todos os itens foram apresentados e avaliado pela equipe técnica.

III.b. DO CRITÉRIO DE OBJETIVIDADE DA ESPECIFICAÇÃO DO PRODUTO

Compete à Administração, nos termos do art. 40, inc. I, da Lei de Licitações, descrever criteriosamente o objeto a ser contratado com informações suficientes para resguardar a qualidade do objeto.

Contudo, se mesmo descrevendo minuciosamente o objeto, o Poder Público verificar a necessidade de exigir amostras para assegurar-se da qualidade do que irá contratar, deverá ter a precaução de prever todo o procedimento no seu edital e ter condições técnicas para sua avaliação, não podendo valer-se de critérios subjetivos de avaliação, como p. ex., emitir a avaliação do produto por simples degustação realizada pelos membros da comissão de licitação, pregoeiro ou equipe de apoio.

Portanto, presente aí um dos essenciais regramentos acerca da modalidade em análise, qual seja, o critério da objetividade quando da especificação do produto. Significa dizer que o objeto do certame deverá ser passível de preenchimento dos requisitos mediante aferição que não tangencie o viés subjetivo, atendo-se somente ao âmbito objetivo. Mais: a definição de desempenho e qualidade do material devem estar expressas no edital e não estão, como bem pode ser observado.

Tanto é verdade que vários itens da Recorrente foram desclassificados após análise das amostras, por critérios extremamente subjetivos. A equipe técnica, que deveria trabalhar para realizar uma especificação minuciosa dos itens quando da elaboração do edital, não o fez. E, tentam agora, por meio de sua dita “prática”, desclassificar produtos que correspondem ao descritivo do edital, que foram aprovados na Anvisa dentro de todos os seus rigorosos critérios, e que, reitera-se, vêm sendo utilizados há anos no respectivo nosocomio.

Nosocomio este que inclusive emitiu Atestados de Capacidade Técnica e Fornecimento para a empresa Recorrente, que foram obviamente utilizados para cumprir com os requisitos de habilitação do próprio edital em questão. Senhor Secretário, há de convir que existe muito contrasenso em toda essa questão, não?!

Por isso, de forma bem objetiva, é extremamente importante que o parecer técnico que reprovou as amostras da Recorrente seja minuciosamente avaliado, pois suas razões não encontram amparo nos descritivos dos itens do edital, como já bem demonstrado no Recurso Administrativo interposto no dia 13 de maio de 2020.

II.3 – ANÁLISE E CONSIDERAÇÕES DO PREGOEIRO:

Quanto aos critérios de julgamento das amostras, vejamos o que exige o Decreto nº 10.024, de 20 de setembro de 2019 que regulamenta a licitação, na modalidade pregão, na forma eletrônica, para a aquisição de bens e a contratação de serviços comuns:

Art. 7º **Os critérios de julgamento** empregados na seleção da proposta mais vantajosa para a administração serão os de menor preço ou maior desconto, conforme dispuser o edital.

Parágrafo único. Serão fixados critérios objetivos para definição do melhor preço, considerados os prazos para a execução do contrato e do fornecimento, as especificações técnicas, os parâmetros mínimos de desempenho e de qualidade, as diretrizes do plano de gestão de logística sustentável e as demais condições estabelecidas no edital.

Art. 39. Encerrada a etapa de negociação de que trata o art. 38, o pregoeiro examinará a proposta classificada em primeiro lugar quanto à adequação ao objeto e à compatibilidade do preço em relação ao máximo estipulado para contratação no edital, observado o disposto no parágrafo único do art. 7º e no § 9º do art. 26, e verificará a habilitação do licitante conforme disposições do edital, observado o disposto no Capítulo X.

Por oportuno, vejamos o artigo da Juliana Lima Salvador⁷, sobre o tema: "Obtenção da qualidade mínima de produtos adquiridos pela Administração Pública. Amostras. Critério de avaliação da qualidade da contratação":

Há algumas condições para se exigir, no pregão, a apresentação de amostras visando a obtenção de qualidade mínima dos produtos a serem adquiridos pela Administração.

A Administração Pública, por vezes, depara com a dificuldade de efetuar compras de produtos com qualidade mínima. Isto **porque o objetivo maior da licitação é a obtenção de condições mais vantajosas para a Administração**, sendo que o menor custo mostra-se a maior delas, na maioria das vezes. Especificamente no caso da modalidade Pregão, comumente utilizado pela Administração para compras de bens comuns, o **critério de julgamento definido pela Lei é o de menor preço**^[1], o que, em tese, dificulta a aquisição de bens com qualidade mínima.

Aliado a isso, nos últimos tempos, a Administração Pública deparou-se com a invasão no mercado nacional de produtos de baixa qualidade e bastante competitivos no que se refere ao preço.

Com vistas a se evitar a aquisição de produtos de baixa qualidade, embora com preços menores, a Administração Pública vem se utilizando de várias práticas, **dentre elas a definição precisa do objeto, com a especificação de atributos indispensáveis a qualidade mínima do produto**.

Tal especificação deverá constar do Edital, **que estabelecerá critérios técnicos mínimos de aceitabilidade do produto**. Referido procedimento foi denominado pelo doutrinador Marçal Justen Filho, em sua obra Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 10ª edição, como a **definição teórica do padrão de qualidade mínima**, que consiste na “solução teórica consiste em **descrever, de modo abstrato, os atributos mínimos necessários**, tomando em vista as características específicas do objeto da contratação.”

Também a imposição de apresentação de laudos técnicos se mostra como alternativa para garantir a qualidade do bem a ser adquirido. Contudo, segundo a Corte de Contas, referida exigência deve estar devidamente fundamentada em parecer técnico especializado, que deve ser anexado aos autos.^[2]

Outra maneira de se garantir a qualidade mínima do produto é a exigência, pela Administração Pública, **de amostras**, a denominada **definição prática do padrão de qualidade mínima**^[3].

Nesse caso, do edital constará a obrigação das licitantes em apresentar um exemplar do produto a ser oferecido, que será avaliado por uma comissão. **Vale registrar que a exigência de amostras para garantir qualidade mínima dos bens ofertados foi objeto, inclusive, de recomendação pelo Tribunal de Contas da União**, no Acórdão 1.215/2009 – Plenário^[4], mesmo na modalidade Pregão^[5].

Pois bem. Como já dito, a exigência da amostra vem sendo comumente utilizada pela Administração Pública Federal nos últimos tempos, com vistas a tentar adquirir bens com qualidade mínima. A par disso, a matéria vem sendo comumente submetida a julgamento pelo Tribunal de Contas da União, que em vários julgados **impôs a observância de critérios quando da exigência das amostras**.

O primeiro deles é a definição, no edital, de **critérios técnicos e objetivos de avaliação**. O julgamento das amostras não pode configurar em um ato subjetivo da Comissão Julgadora, senão vejamos os termos do Acórdão 1.292/2011 Plenário:

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão de Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em: 9.2. nos termos dos art. 10, § 1º, e 12, inciso III, da Lei 8.443, 16 de julho de 1992 c/c o art. 202, inciso III, do Regimento Interno do TCU, realizar a audiência dos seguintes responsáveis: 9.2.1. (...), contendo as seguintes irregularidades: 9.2.1.1. previsão de análise das amostras dos bens ofertados por meio de cláusulas que afrontam a legislação e jurisprudência e não estabelecem critérios técnicos e objetivos de avaliação, permitindo desclassificações indevidas de licitantes e manipulação do resultado da licitação (itens 6.2.8.6 a 6.2.8.15), em afronta aos arts. 45 e 46 da Lei 8.666/1993, Acórdãos TCU 346/2002, 526/2005 e 1113/2008-Plenário, Decisões TCU 197/2000 e 1237/2002-Plenário, princípios da publicidade, da transparência, do contraditório e da ampla defesa;

Outro critério a ser seguido pela Administração é **a previsão de que todos os licitantes interessados possam participar no teste da amostra**, com vistas a **observância do princípio constitucional da publicidade**. Esse foi o entendimento da Primeira Câmara do TCU, ao prolar o Acórdão 131/2010:

1.5. Determinar à (...), com base no art. 43, inciso I, da Lei nº 8.443, de 1992, c/c o art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, que: 1.5.1. nos próximos procedimentos licitatórios em que houver necessidade avaliação de protótipos, estabeleça e divulgue previamente aos licitantes a data e horário para a sua realização e oportunize a presença de representantes das empresas, com vistas à concretização do princípio da publicidade, insculpido no art. 3º da Lei nº 8.666, de 1993; (item 11)

Por fim, o **momento de apresentação das amostras deverá constar do edital do certame**. Nas lições do doutrinador Marçal Justen Filho, a definição do momento da apresentação das amostras se mostra problemática, vez que a análise sob o prisma jurídico se contrapõe ao critério prática da avaliação, senão veja-se^[6]:

“3.5.5.) O momento de **apresentação das amostras**

Uma das questões mais problemáticas, sob o prisma jurídico, consiste na determinação do momento de apresentação da amostra. Existe uma dissociação entre a solução teoricamente mais satisfatória e aquela exigida pela necessidade prática.

Sob o prisma jurídico, a amostra integra a proposta. Portanto, a sua apresentação deveria fazer-se na oportunidade de avaliação da aceitabilidade da proposta.

No entanto, a apresentação e o julgamento da amostra envolvem, tal como exposto, uma perturbação no seguimento normal do procedimento do pregão. Logo, o **critério prático** consiste em reduzir ao mínimo os problemas potenciais derivados do julgamento da amostra.

Adotado esse entendimento, a apresentação e o julgamento da amostra deverá ocorrer como última etapa antes de proclamar-se o vencedor do certame. Isso significa que, encerrada a fase de lances, deverá desencadear-se o exame da documentação de habilitação. Somente se passará ao recebimento e avaliação de amostras relativamente ao licitante que preencher todos os demais requisitos para ser contratado. Desse modo, evita-se que sejam promovidas as diligências relativamente à amostra em face de um licitante que não dispunha de condições de ser contratado por ausência de requisitos de habilitação (o que pode ser determinado de modo simples e rápido mediante o mero exame de documentos).

A Corte de Contas, por sua vez, entende que a amostra somente pode ser exigida do licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar, devendo ser fixado prazo razoável para a apresentação das mesmas, senão veja-se:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Representação formulada, ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, diante das razões expostas pelo Relator, em: 9.1. conhecer da presente nos termos do art. 113, § 1º, da Lei 8.666/93 c/c os arts. 235 e 237, inciso VII, do RI/TCU, para, no mérito, considerá-la improcedente; 9.2. determinar ao (...) que: 9.2.1. quando entender necessária a apresentação de amostras no âmbito de licitações promovidas pela entidade, restrinja a exigência aos licitantes provisoriamente classificados em primeiro lugar, e desde que de forma previamente disciplinada e detalhada no respectivo instrumento convocatório, nos termos dos art. 45 da Lei 8.666/93 c/c o art. 4º, inciso XVI, da Lei 10.520/2002 e o art. 25, § 5º, do Decreto 5.450/2005 (Acórdão 2.139/2009 – Plenário).

Pelo que foi exposto, verifica-se a possibilidade de se exigir, na licitação modalidade pregão, a apresentação de amostras **visando a obtenção de qualidade mínima dos produtos a serem adquiridos pela Administração**, desde que:

- a – conste do edital critérios técnicos e objetivos de avaliação;
- b – seja divulgado data e horário para a realização dos testes, oportunizando a presença dos licitantes e
- c – seja exigida apenas do licitante classificado provisoriamente em primeiro lugar. (**grifado pelo Pregoeiro**)

NOTAS

[1] Art. 4º Lei 10.520/2012: (...)

X - para julgamento e classificação das propostas, será adotado o critério de menor preço, observados os prazos máximos para fornecimento, as especificações técnicas e parâmetros mínimos de desempenho e qualidade definidos no edital;

[2] Acórdão 2.475/2012 – 2ª Câmara: Dar ciência à Fundação Universidade de Brasília de que a exigência para apresentação de laudos analíticos laboratoriais emitidos por instituições acreditadas pelo Inmetro, tal como ocorrido no Pregão Eletrônico 286/2011, deve estar fundamentada em parecer técnico especializado, devidamente integrado ao procedimento licitatório, conforme a jurisprudência deste Tribunal (Acórdão 555/2008-Plenário).

[3] Justen Filho, Marçal. Comentários à lei de Licitações e Contratos administrativos. 10ª edição. São Paulo: Dialética, 2004, pag.383

[4] 9.1. recomendar à Secretaria de Fiscalização de Tecnologia da Informação que: 9.1.3.2. a avaliação de amostras na contratação de bens e suprimentos de Tecnologia da Informação pela modalidade pregão, visando minimizar o problema também corrente na Administração consistente na entrega de materiais dessa natureza de qualidade inservível e duvidosa.

[5] Acórdão nº 1.182/2007 – Plenário: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INTEMPESTIVIDADE. NÃO-CONHECIMENTO. PREGÃO. POSSIBILIDADE DE APRESENTAÇÃO DE AMOSTRAS PARA AQUISIÇÃO DE MATERIAIS DE CONSUMO. ESCLARECIMENTO AO EMBARGANTE. Não se conhece de embargos declaratórios intempestivos. Contudo, faz-se oportuno encaminhar informação ao órgão embargante esclarecendo que, preservado o princípio da celeridade inerente à modalidade de pregão, e com vistas a garantir a qualidade dos produtos adquiridos pela Administração Pública, é aceitável que se exija apresentação, por parte do licitante vencedor, de amostra do material de consumo a ser adquirido no certame.

[6] Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico, 5ª ed. São Paulo: Dialética, 2009, pag 137/138.

Assim, o Edital prevê:

12 - DAS AMOSTRAS

12.1 - Será convocado pelo Pregoeiro, o proponente classificado e habilitado para o item para apresentar obrigatoriamente 01 (uma) amostra de cada item, de acordo com o exigido no Anexo I e observadas as especificações do Anexo IX do Edital, para efeito de controle de qualidade e aprovação.

12.2 - As amostras deverão ser os próprios produtos a serem comercializados (marca, peso, embalagem), devendo estar identificadas com o nome da empresa proponente, edital e item a que se refere a amostra.

12.3 - As amostras deverão ser entregues no **prazo máximo de até 5 (cinco) dias úteis** após a solicitação do Pregoeiro, que se dará após a fase de habilitação.

12.4 - As amostras deverão ser entregues na Central de Abastecimento de Materiais e Equipamentos - CAME, situado na rua Plácido Gomes, nº 488, 1º andar, bairro Anita Garibaldi, Joinville, SC, de segunda a sexta-feira, exceto feriados e pontos facultativos, das 08:00 às 11:30 horas e das 13:00 às 16:30 horas, telefone (47) 3441-8108.

12.5 - As amostras deverão estar acompanhadas de Relação de Amostras, contendo o nome da empresa proponente, número do edital, produto, marca, lote e item a que se refere a amostra e estar assinada pelo representante da empresa (conforme modelo constante do **Anexo X**).

12.5.1 - A Relação de Amostras deverá ser apresentada em 02 (duas) vias iguais, as quais serão protocoladas no momento da entrega das amostras, 01 (uma) via ficará com as amostras, e será anexada ao processo licitatório de forma eletrônica, e 01 (uma) via ficará com o fornecedor.

12.6 - Será desclassificado o proponente, caso apresente amostra fora das especificações técnicas previstas nos **Anexos I e IX** deste Edital, ou que não apresente as amostras no local e horários estabelecidos pelo Pregoeiro, estando sujeito às penalidades previstas.

12.7 - As amostras ficarão em poder do Hospital Municipal São José até a homologação do item/lote/grupo/processo ao qual se destinam.

Já em relação critérios de análise das amostras, vale destacar que o Termo de Referência, no subitem 6.1, pelos quais, os mesmos são descritos, conforme:

6.1 - Critérios de Análise (quando for o caso):

Na análise serão verificados os seguintes parâmetros:

- ° O atendimento a todas as especificações técnicas previstas no item II do Termo de Referência;
- ° Análise dos registros vigentes, dados de identificação, comparativo da unidade de medida, quantidades, tipo de embalagem e acondicionamento do produto através de inspeção visual;
- ° Análise da compatibilidade entre os materiais e os instrumentais que os acompanham;

Ademais, o Edital cumpre com todo o regramento jurídico e legal para condução do mesmo, especialmente no que diz respeito ao Art. 8º do Decreto nº 10.024/2019, bem como os artigos supracitados. Registra-se ainda que, a Minuta do Edital é padrão estabelecido pela Secretaria de Administração do Município, sendo utilizado em ampla escala e, a Minuta passou pela análise da Secretaria de Administração do Município, bem como, pela aprovação jurídica do Órgão.

Cabe ainda o registro de que a empresa Atalanta não impugnou o Edital, aceitando assim os seus termos.

II.3.2 – QUESTIONAMENTO À ÁREA TÉCNICA/MÉDICA:

O Pregoeiro questionou a área técnica por meio do Memorando SEI 6923902 e em resposta recebemos o Memorando SEI 6954400, assinado pelo Diretor Técnico, Niso Eduardo Balsini, do qual, colhe-se:

9) A Administração pode alterar o descritivo do item sendo que se trata de um padrão estabelecido pelo SUS, cujos códigos estão inseridos na descrição do(s) item(ns), como por exemplo, o código SUS: 0702050407, referente ao item 62 do lote 10?

Resposta da área técnica: Sim pois segundo relata o manual de Boas Práticas de Gestão de Órtese e Prótese de Órtese e Prótese e Materiais Especiais "A especificação técnica é uma redação descritiva que visa a registrar de forma objetiva as características de um objeto concreto. Deverá ser elaborada por profissional capacitado tecnicamente, devendo fornecer informações suficientes, de forma clara e precisa, que permitam a produção, a compra dos bens ou execução dos serviços com qualidade e que esta possa ser aferida facilmente. Devem-se evitar exigências de funcionalidades desnecessárias ou supérfluas." O código inserido referente a tabela sig tap norteia a quantidade de material que o SUS ira subsidiar por cada procedimento e o valor pago a descrição que a tabela sigtap traz é redundante, não especifica tamanhos, formatos como pode-se ver "PARAFUSO ORTOPEDICO DE TITÂNIO, CERVICAL, COM CABEÇA, NÃO ESTÉRIL, ENGLOBAL TODAS AS MEDIDAS".

9.1) Quanto às considerações do Pregoeiro nº 3 (supra), há alguma consideração da área técnica/médica a ser registrada?

Resposta da área técnica: Todas as considerações já foram registradas.

III.c. DAS NOVAS ALEGAÇÕES TRAZIDAS NO JULGAMENTO DO RECURSO

É bem verdade também, que alegações até então inexistentes nas razões que ensejaram a reprovação das amostras da recorrente foram trazidas no âmbito do julgamento do recurso.

Para essas razões, vê-se obrigada a Recorrente a manifestar-se.

Às fls. 9 do julgamento há a seguinte assertiva: *“A equipe técnica afirma que o material apresentado nao faz autobloqueio e não tem o dispositivo relatado, e por conta da base fixa dificulta e não são eficazes no tratamento de algumas patologias”*.

Ora, todos os documentos técnicos que a empresa juntou aos autos são capazes de comprovar que a verdade lhe assiste. Ou seja, que são os seus argumentos que são verídicos. Já a menção de que *“não são eficazes no tratamento de algumas patologias”* refere-se novamente a um argumento totalmente subjetivo e não a um critério de análise objetiva das amostras.

Ainda às fls 9 do julgamento: *“Referente aos cages peek, a equipe técnica já realizou várias queixas técnicas devido a baixa radiopacidade do material, assim como foi registrada na Anvisa e encaminhada ao fornecedor, já é de conhecimento do mesmo essa queixa”*.

Com essa assertiva, em suma, a equipe técnica tenta reprovar um item que atende às especificações do edital, com base em um problema que ocorreu durante a execução contratual proveniente de outro processo licitatório que já foi pontualmente corrigido. Na época, o produto em questão não era fabricado de tântalo e, **que fique claro**, venceu a licitação pois a mesma não realizou referida exigência. Após o recebimento da queixa do hospital, a fabricante passou então a fabricar o produto em metal tântalo, altamente radiopaco. Referida situação já foi, portanto, resolvida durante a respectiva execução contratual.

Ademais, o edital solicita que o item seja *“radiopaco”* sem exigir qualquer metal em específico. E o recorrente usa o tântalo, um dos metais mais radiopacos existentes. Portanto, não assiste razão ao julgamento realizado.

Às fls. 10, encontramos a seguinte assertiva: *“A equipe técnica afirmou que não pode realizar qualquer análise já que a mesma não foi utilizada, porém esclarece que esse não foi o único motivo de reprovação do material”*.

Ora Sr. Secretário, se as amostras foram apresentadas, a equipe técnica tem por obrigação realizar a análise. O que ocorre aqui é a REPROVAÇÃO, por pura vontade de reprovar. E isso não pode ser admitido!

Ainda às fls. 10 encontramos a seguinte afirmação: *“(…) a equipe técnica assegura que o material não supre a necessidade, e que por apresentar as características já descritas pela equipe não garante a qualidade nos procedimentos se forem utilizados”*.

Pois bem, o produto atende aos requisitos do edital. A análise aqui é novamente subjetiva, sem qualquer critério que seja devidamente definido no edital.

Também às fls. 10 do julgamento temos que: *“A equipe técnica afirma que as placas longitudinais oferecidas pela empresa não são moldáveis o suficiente para os procedimentos que devem ser realizados (...)”*.

Pois bem, novamente um critério extremamente subjetivo. Eis que a matéria prima utilizada nas placas é o titânio grau 2 que permite moldagem. Novamente aqui fica clara a deficiência do descritivo do edital frente ao parecer técnico colhido dos médicos.

Às fls. 11 do julgamento encontramos: *“A equipe técnica relata que na prática os materiais e instrumentais não funcionam como relatado pela recorrente pois os mesmos são de baixa qualidade dificultando muito a técnica cirúrgica realizada pela equipe de coluna”*. E ainda, *“a equipe técnica afirma que, se não há disponível os instrumentais adequados para realização do procedimento então o lote não pode ser aprovado para uso”*.

Eis aí mais um exemplo claro de análise/julgamento subjetivo que deve ser completamente revisto. Conforme técnica cirúrgica aprovada pela ANVISA, a empresa fornece os instrumentais de uso específico de seus implantes.

Ademais, o instrumental não é especificado no edital. Portanto, com que base foi realizado tal julgamento que culminou na reprovação da Recorrente?

Já às fls. 12 do julgamento temos que: *“A equipe técnica relatou que não há pinças fortes de hastes, os moldadores são ineficientes e pinças de redução que possam permitir contrações mais longas para o tratamento de outras patologias mais complexas, ou seja, não atende novamente a complexidade de patologias apresentadas pelos nossos usuários”*.

Novamente trata-se de uma análise completamente subjetiva. Ora, os itens atendem ao edital. E mais, vem sendo utilizados há anos no hospital. E ainda, o próprio hospital emitiu Atestado de Capacidade Técnica para a recorrente. Então, como pode referidos produtos não atenderem a complexidade de patologias apresentadas pelos usuários do nosocomio?

Por certo que, se a força e/ou a eficiência de determinado produto tiverem que ser avaliadas então, há que se definir em edital critérios e testes específicos e objetivos para serem realizados em laboratórios de análise certificados de modo a submeter todas as amostras das empresas licitantes. Reitere-se que estamos falando de produtos que possuem certificação pela Anvisa e que já passaram pelos mais rigorosos testes para serem devidamente aprovados. Por isso, não há qualquer condição para que a assertiva acima prospere.

Às fls 11 ainda temos: *“(...) a equipe técnica explica que a ponta deveria ser de um menor diâmetro facilitando a introdução do mesmo”*.

Pois bem, *data vênia*, então a equipe técnica deve: anular o atual processo licitatório, rever a especificação do edital e assim exigir um diâmetro menor. Sem isso, não há possibilidade de reprovar um item que atende ao edital.

Ainda às fls 11 encontramos a seguinte assertiva: *“A equipe técnica descreve no parecer que a reprovação do material se baseia em especificações técnicas e de cunho pratico que foram adquiridos pelos mesmos ao longo de suas experiências e que avalia o material sendo ele doado ou licitado como de baixa qualidade”*.

Ora Senhor Secretário, isso quer dizer que o hospital vem utilizando há três anos material de baixa qualidade em seus usuários. Quer também dizer que a Anvisa aprova materiais de baixa qualidade. Obviamente que referida assertiva não merece prosperar. Obviamente que referida assertiva é novamente dotada de subjetividade. Quais foram os critérios técnicos exigidos no edital que qualificam os produtos da recorrente como de baixa qualidade? Inexistem. É possível agora entender o tamanho da injustiça que está sendo praticada em referido processo licitatório? Esperamos que sim!

Também às fls. 11 temos: *“Ao realizar o parecer técnico a equipe somou todos os pontos importantes sobre o déficit do material e as razões pelas quais reprovaram o mesmo, o lote 22 é uma extensão do lote 17 tratam das patologias toraco lombar sendo pouquíssimo utilizada, assim relatado no parecer que não há subsídios para emissão do mesmo”*.

As amostras dos itens do lote 22 foram devidamente entregues. Não foram analisadas e foram reprovadas, sem análise, sem critério, sem qualquer justiça. Isso deve prosperar, senhor Secretário?

Já às fls. 14 temos que: *“Item 110 os cages cilindricos 18 e 20 possuem tamanho até 60mm e o edital solicita até 80mm”*.

Eis que o edital define um range de diâmetro: de 20 à 80mm. Não especificando qual o tamanho específico que querem. A empresa apresentou um produto de 60mm, portanto dentro do range especificado no edital.

Por fim, às fls. 14 também encontramos a afirmação: *“Item 112 parafuso associáveis as hastes não apresentam angulação de 25°, queixa esta descrita no Parecer Técnico”*.

Referido produto possui sim a angulação exigida no edital. O próprio portfólio da empresa comprova a questão.

II.4 – ANÁLISE E CONSIDERAÇÕES DO PREGOEIRO:

Para que os itens atendam ao Edital, as amostras dos mesmos precisam passar pela aprovação. Portanto, caso as amostras sejam reprovadas, não atendem ao Edital, senão, vejamos o que prevê o Edital:

11.9 - Serão desclassificadas as propostas:

(...)

f) tiverem suas amostras reprovadas.

(...)

12.6 - Será desclassificado o proponente, caso apresente amostra fora das especificações técnicas previstas nos Anexos I e IX deste Edital, **ou que não apresente as amostras** no local e horários estabelecidos pelo Pregoeiro, **estando sujeito às penalidades previstas.**

(...)

25 - DAS SANÇÕES

(...)

25.2 - Penalidades que poderão ser cominadas ao **PROPONENTE/CONTRATADO**, garantida a prévia defesa no prazo de 05 (cinco) dias úteis:

I - **Multa**, que será deduzida dos respectivos créditos, ou cobrados administrativamente ou judicialmente, nos casos:

a) Nos casos de **desistência de proposta** ou deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, não celebrar contrato, correspondente ao valor total da proposta de:

(...)

II - **Impedimento de licitar e contratar** com o Município de Joinville, Administração Direta e Indireta, nas hipóteses abaixo e o **descredenciamento** do Cadastro de Fornecedor do Município de Joinville e do SICAF **pelo prazo de até 05 (cinco) anos**, sem prejuízo das demais cominações legais e contratuais, de acordo com o art. 7º, da Lei Federal nº 10.520/2002, e art. 49, do Decreto Federal nº 10.024/2019:

(...)

d) **retardar a execução do certame** por conduta reprovável do proponente, registrada em ata;

e) **causar o atraso na execução do objeto;**

f) **não manter a proposta;**

g) **desistir de lance** realizado na fase de competição; (grifado)

Vale o registro de que a empresa Atalanta **NÃO APRESENTOU AMOSTRAS PARA O LOTE 3** (conforme Ata de Julgamento das Amostras, SEI 6087647), assim, **cabe a abertura de processo de apuração de responsabilidade nos termos do item 25 do Edital** (supracitado).

Ainda, colhe-se do Julgamento do Recurso, documento SEI 6664655:

Das alegações da recorrente, por razões exclusivamente técnicas, aos 03 de junho de 2020, recebemos o Memorando SEI 6364361, assinado pela servidora Aline Rosana Lopes, pelo gerente Diego Bisson Ferreira e pelo diretor Niso Eduardo Balsini, do qual, transcreve-se na íntegra:

"(...)

O procedimento comumente realizado são as Artrodeses vertebrais (cervical e torácica) que é a fusão entre duas ou mais vértebras com fixação/instrumentação (cages, parafusos, hastes, etc) associadas para possibilitar a fusão do segmento instável. Todos os procedimentos cirúrgicos possuem riscos inerentes como infecção local, soltura ou quebra do material de implante, presença de debris, tempo de exposição para o procedimento aumentam com isso elevam as taxas de infecção, e pode elevar os riscos relacionados ao paciente em decorrência dos problemas apresentados com o material conforme já relatado no Parecer Técnico 6045943, 6045950.

Com o objetivo de otimizar e planejar melhorias contínuas com os usuários da instituição, fez-se necessário avaliação técnica detalhada do material a ser adquirido conforme Parecer Técnico SEI 6045943, 6045950 avaliação realizada pelos profissionais que manipulam os implantes e estes sendo responsáveis pela qualidade de vida do paciente, conforme resolução do CFM nº 1.956/2010 de 25 de outubro de 2010, Seção I, p. 126 que "Disciplina a prescrição de materiais implantáveis, órteses e próteses e determina arbitragem de especialista quando houver conflito" relata em seu Art. 1º Cabe ao médico assistente determinar as características (tipo, matéria-prima, dimensões) das órteses, próteses e materiais especiais implantáveis, bem como o instrumental compatível, necessário e adequado à execução do procedimento. E, em seu Art. 5º O médico assistente requisitante pode, quando julgar inadequado ou deficiente o material implantável, bem como o instrumental disponibilizado, recusá-los e oferecer à operadora ou instituição pública pelo menos três marcas de produtos de fabricantes diferentes, quando disponíveis, regularizados juntos à Anvisa e que atendam às características previamente especificadas.

A reprovação do produto apresentado pela empresa Atalanta, dá-se pelos apontamentos prévios já realizados, por causa da baixa qualidade encontrada e riscos elevados de revisão de cirurgia, além da dificuldade na técnica em si, salientado que a coluna vertebral tem contato íntimo com a medula e nervos e problemas nesta área podem trazer consequências irreversíveis ao paciente.

Houve dois casos recentes em que as arruelas soltaram dos parafusos e os pacientes tiveram que ser submetidos a novo procedimento cirúrgico e todos os riscos que foram relatados anteriormente. A resolução CFM Nº 1.804/2006 de 20 dez. 2006, Seção I, p. 158 que estabelece normas para utilização de materiais de implantes relata em seu Art. 4º Ao médico assistente, responsável direto pelo procedimento, cabe a obrigação de comunicar ao diretor técnico quaisquer defeitos ou falhas na qualidade do produto ou em seu instrumental de implante, esse procedimento foi realizado e no intuito de melhorar a qualidade dos procedimentos cirúrgicos foi solicitado pelo Diretor Técnico o Parecer Técnico sobre o mesmo. Indagamos aqui, que o objetivo único é oferecer o que for mais seguro e confiável dos implantes e da segurança a que os pacientes têm direito; ainda que seja fundamentada na Lei 8666, oferecendo a proposta mais vantajosa para administração pública e para a racionalização de despesas por parte dos sistemas de saúde, sem prejuízo de sua qualidade.

Diversos pontos do processo podem ser críticos para o atendimento adequado ao paciente e, qualquer falha em uma dessas etapas pode impactar direta e negativamente sobre a condição de saúde do mesmo. A complexidade dos processos exige da equipe responsável conhecimento técnico específico sobre a doença, as terapias que irá possibilitar ao usuário redução ou eliminação do seu problema de saúde.

O Manual de boas Práticas de Gestão de Orteses, Próteses e Materiais Especiais orienta que no caso de queixa técnica ou quebra de qualidade confirmada, o estabelecimento de saúde deve recolher o produto, comunicar ao fornecedor para troca de lote e notificar à Anvisa. Se o produto gerar efeito não esperado, causando dano ao paciente, o estabelecimento de saúde deve proceder ao recolhimento dele, comunicar ao fornecedor, notificar à Anvisa e monitorar o paciente.

(...)

Ressaltamos aqui que a reprovação apesar de alguns itens não atenderem as especificações editalícias se deram pela baixa qualidade do material, o parecer é estritamente técnico, cabe ao médico descrever suas dificuldades e expor as possibilidades para o tratamento aos usuários focados na melhoria do atendimento e na segurança do paciente.

Diante o exposto, a equipe técnica mantém o Parecer Técnico reprovando o material apresentado pela empresa Atalanta."

Concluindo-se o Julgamento do Recurso, conforme:

Além disto, observa-se pelos documentos contidos nos autos, principalmente os 'pareceres' apresentados pela equipe técnica na análise das amostras e demais documentos complementares que o objeto discutido no presente recurso são produtos necessários para cirurgias na coluna, local extremamente delicado, no qual a utilização de produtos não aprovados na análise técnica podem implicar em danos irreversíveis aos pacientes, como expressamente explicado pela equipe técnica do Hospital Municipal São José.

Se não bastasse, há no presente caso a necessidade de observância das normas aplicáveis aos profissionais médicos, no caso **Resolução do CFM nº 1.956/2010 de 25 de outubro de 2010, Seção I, p. 126 (Art. 1º e 5º) e Resolução do CFM Nº 1.804/2006 de 20 dez. 2006, Seção I, p. 158 (Art. 4º), mencionados acima**, que implicam na responsabilidade e direito dos médicos em aprovar os produtos dos quais irão utilizar para o tratamento dos pacientes, restando evidente a necessidade de manutenção da decisão, a fim de cumprir com o disposto no edital, na Lei federal nº 8.666/93 e normas correlatas de acordo com previsão expressa na preâmbulo do edital, no caso as normas aplicáveis os médicos que autorizam a aprovação, ou não, de produtos, tudo conforme consta na análise sobredita.

II.4.1 – QUESTIONAMENTO À ÁREA TÉCNICA/MÉDICA:

O Pregoeiro questionou a área técnica por meio do Memorando SEI 6923902 e em resposta recebemos o Memorando SEI 6954400, assinado pelo Diretor Técnico, Niso Eduardo Balsini, do qual, colhe-se:

10) Solicito novos esclarecimentos quanto ao item "III.c. DAS NOVAS ALEGAÇÕES TRAZIDAS NO JULGAMENTO DO RECURSO", páginas 6 a 10 do recurso de representação supracitado.

Resposta da área técnica: Quanto ao tamanho do parafuso já foi explicado acima os motivos técnicos. As demais colocações em que a empresa Atalanta coloca como "subjetivas", a equipe técnica afirma que para quem não é profissional médico e realiza o procedimento com certeza será subjetiva, porém para quem entra em campo cirúrgico para realizar o procedimento elas torna-se bem objetivas, pois as intercorrências só ocorrem no transoperatório direto no paciente. Todas os questionamentos já foram respondidos não há novos esclarecimentos a relatar.

III.d DA OBRIGAÇÃO DE DISPONIBILIZAÇÃO DE DOCUMENTOS PARA A RECORRENTE

Registra-se aqui também que no dia em que a Recorrente tomou conhecimento do julgamento (10 de julho de 2020), registrou pedido de vistas de documentos. Documentos esses, essenciais para as medidas legais e cabíveis para a ilegalidade que vem sendo praticada.

No entanto, até o presente momento, não teve acesso aos seguintes documentos:

- Cópia de todas as comunicações realizadas pelos médicos assistentes ao diretor técnico referente a quaisquer defeitos, falhas ou qualidade dos produtos da marca Neoortho disponibilizados pela empresa Atalanta que vêm sendo utilizados pelo corpo técnico do HMSJ;
- Cópia das queixas técnicas realizadas pelos médicos sobre a qualidade do material fornecido pela empresa Atalanta para Cirurgias de Coluna Lombar;
- Cópia da(s) notificações realizadas à Anvisa referente a queixa técnica ou quebra de qualidade dos produtos Neoortho fornecidos pela empresa Atalanta ao HMSJ.

Tratam-se de documentos que podem (OU NÃO!) comprovar algumas das argumentações que busca sustentar a equipe técnica e de pregão em seu julgamento. Portanto, novamente, é medida de inteira justiça que a licitante, ora recorrente, tenha acesso a referida documentação. Ademais, se o julgamento fosse dotado de transparência e coerência, referidos documentos já teriam sido juntados aos autos como forma de provar as afirmações realizadas no julgamento. Diante disso pergunta-se: por qual razão não foram juntados aos autos? Por qual razão até o presente momento não foram encaminhados à Recorrente para análise?

II.5 – ANÁLISE E CONSIDERAÇÕES DO PREGOEIRO:ANÁLISE E CONSIDERAÇÕES DO PREGOEIRO:

Não merece prosperar tal afirmativa, visto que houveram duas disponibilizações de arquivos para vistas, de acordo com a solicitação SEI 6677990, conforme:

Lista de Disponibilizações de Acesso Externo (7 registros):						
Destinatário	E-mail	Validade	Unidade	Disponibilização	Cancelamento	Ações
larissa@bvadvocacia.adv.br	larissa@bvadvocacia.adv.br	18/07/2020	SES.UCC.ASU	13/07/2020 16:11		
larissa@bvadvocacia.adv.br	larissa@bvadvocacia.adv.br	18/07/2020	SES.UCC.ASU	13/07/2020 08:33		

A primeira disponibilização são dos seguintes arquivos, conforme:

Lista de Protocolos (13 registros):

Protocolo	Tipo	Unidade
6045943	Parecer Técnico Lotes 17 e 22	HMSJ.UAD.AOPM
6045950	Parecer Técnico Lote 10	HMSJ.UAD.AOPM
6085279	Memorando	HMSJ.UAD.AOPM
6253116	Memorando	SES.UCC.ASU
6284750	Contrarrecurso - NUVASIVE	SES.UCC.ASU
6364361	Memorando	HMSJ.UAD.AOPM
6405601	Memorando	HMSJ.UAD.AOPM
6408303	Memorando	HMSJ.UAD.AOPM
6451205	Memorando	SES.UCC.ASU
6452471	Parecer Técnico lote 22	HMSJ.UAD.AOPM
6598837	Memorando	HMSJ.UAD.AOPM
6628681	Anexo - Conversa WhatsApp com Aline sobre Lote 22	SES.UCC.ASU
6649603	Análise	HMSJ.AAJ

A segunda disponibilização são dos seguintes arquivos reclamados na peça, conforme:

Lista de Protocolos (1 registro):

Protocolo	Tipo	Unidade

Portanto, resta evidente que houve a disponibilização para a Advogada da empresa.

IV – DOS PEDIDOS

Diante do exposto, requer:

Que o presente recurso seja recebido, sendo determinado de imediato o efeito suspensivo ao respectivo processo licitatório, para que no mérito, sejam acolhidas as alegações aqui suscitadas de modo que todas as alegações já trazidas no Recurso Administrativo protocolado em 13 de maio de 2020, bem como, as informações presentes neste recurso, sejam suficientes para culminarem na anulação da decisão que reprovou as amostras da recorrente para os lotes 10, 17 e 22, como medida da mais transparente justiça!

Sucessivamente, para os lotes em questão, não sendo possível que se reforme a decisão anterior sagrando-se a empresa recorrente como vencedora, requer seja anulado o certame (Pregão Eletrônico nr.: 040/2020).

Por fim, em prestígio ao princípio da eventualidade, na remota hipótese de Vossa Senhoria entender não ser esse o meio hábil para o alcance da tutela pretendida, pugna pela aplicação do princípio da fungibilidade, em homenagem à instrumentalidade das formas, recebendo o presente como sendo pedido de reconsideração e/ou outro.

Nesses termos, pede e espera deferimento.

Joinville, 15 de julho de 2020.

Larissa Grun Brandão Nascimento

OAB/SC 33.651

ANÁLISE E CONSIDERAÇÕES FINAIS DO PREGOEIRO:

Conforme todo exposto, além do fato de que **não cabe Recurso de Representação** no caso em tela, e, o mesmo **não gera efeito suspensivo**, ou seja, não cabe suspensão do processo, mesmo que seja apenas da Ata de Registro de Preços.

Tampouco cabe recurso de pedido de reconsideração (art. 109, inc. III), conforme: "*se houve a aplicação da sanção de suspensão do direito de licitar e contratar (art. 87, inc. III), **com a interposição do recurso hierárquico** (art. 109, inc. I, alínea "f"), **esgota-se a via administrativa para o particular recorrer dessa decisão.** Ou seja, **da denegação de recurso hierárquico não caberá a interposição de recurso de representação** (art. 109, inc. II), **tampouco de recurso de pedido de reconsideração** (art. 109, inc. III), **dada manifesta falta de amparo legal nesse sentido.**"*

Já em relação às amostras e relação de amostras da empresa **NUVASIVE**, a mesma cumpriu todos os requisitos solicitados no item 12 do Edital, conforme documento anexado pelo setor de OPME (anexo SEI 6207874, 6209629 (apresentação de portfólio completo sem ter sido solicitado) e 6211153), bem como, em diligência efetuada à Nuvasive (anexo SEI 6864486), sendo as mesmas aprovadas pela equipe técnica do Hospital.

Quanto às amostras da empresa **NUVASIVE BRASIL COMERCIAL LTDA**, a empresa Atalanta, em seu ato de representação, acusa que não há no portfólio da empresa, o parafuso de 4,35 mm exigido pelo edital, para o item 62. Ataca dizendo que no portfólio (Technique Guide, página 21 (ou 75 do anexo SEI 6209629)) não há o parafuso no tamanho exigido. Conforme registrado pela área técnica: O parafuso de emergência ofertado foi o de 4,5 mm e que, segundo explicações técnicas esse parafuso de emergência necessita ser 25% a 30% maior que o parafuso 3,5 mm. O parafuso que a empresa Atalanta apresentou é do tamanho 4,0 mm e, não chega no tamanho mínimo exigido que seria de 4,35 mm. Portanto, o parafuso da empresa **NUVASIVE** foi aprovado por estar dentro do aceitável tecnicamente.

Entretanto, com relação à **REPROVAÇÃO DAS AMOSTRAS** da empresa Atalanta, o Julgamento do Recurso (documento SEI 6664655) já esgotou todo o conteúdo do recurso apresentado, além disso, novas considerações foram amplamente exposta neste documento. Frisa-se que, para que os itens atendam ao Edital, as amostras dos mesmos precisam passar pela aprovação da área técnica/médica. Portanto, como as amostras da Atalanta foram reprovadas, elas não atenderam ao Edital, nos subitens 11.9 (serão desclassificadas as propostas), letra "f" (tiverem suas amostras reprovadas). Além disso, foram relacionados outros documentos como queixas, notificação de risco e relatórios sobre o material no processo, conforme relatado supra.

Além disso, vale o registro de que a empresa Atalanta **NÃO APRESENTOU AMOSTRAS PARA O LOTE 3** (conforme Ata de Julgamento das Amostras, SEI 6087647), assim, **cabendo a abertura de processo de apuração de responsabilidade nos termos do subitem 12.6** (que não apresenta as amostras) e **item 25** (das sanções) **do Edital**, inclusive, neste ato de representação, sob pena de **impedimento de licitar e contratar** pelo prazo de até 05 (cinco) anos, **nos termos do subitem 25.2, inciso II, letras d) retardar a execução do certame** por conduta reprovável do proponente, registrada em ata; e) **causar o atraso na execução do objeto**; f) **não manter a proposta**; g) **desistir de lance** realizado na fase de competição.

Quanto as novas alegações, a área técnica finaliza: "*Quanto ao tamanho do parafuso já foi explicado acima os motivos técnicos. As demais colocações em que a empresa Atalanta coloca como "subjetivas", a equipe técnica afirma que para quem não é profissional médico e realiza o procedimento com certeza será subjetiva, porém para quem entra em campo cirúrgico para*

realizar o procedimento elas torna-se bem objetivas, pois as intercorrências só ocorrem no transoperatório direto no paciente. Todas os questionamentos já foram respondidos não há novos esclarecimentos a relatar."

Também, conforme comprovado acima, não merece prosperar a afirmativa de que não foi disponibilizado vistas aos arquivos solicitados.

Diante da suspensão da Ata de Registro de Preços da Nuvasive, cabe o registro efetuado pelo Hospital de que os pacientes **autorizados** pela Regulação Estadual para realização de procedimentos cirúrgicos da coluna lombar e cervical **somam 115 pacientes, aguardando desde 2012, porém há ainda as AIH's represadas no setor de regulação da Secretaria Municipal de Saúde.** Os paciente internados são atualizados todos os dias e há uma média de 3 a 5 cirurgias por semana.

Quanto ao pedido de anulação dos lotes 10 e 17 (exceto o lote 22, uma vez que, o mesmo restou fracassado), **mesmo que não caiba anulação, submete-se a decisão do Diretor Presidente.**

Marcio Haverroth
Pregoeiro - Portaria Conjunta 07/2020/SMS/HMSJ

1. <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7665/A-licitacao-e-seus-procedimentos-recursais>, acessado em 10/08/2020.
2. Citação: GASPARINI. Diogenes. Direito Administrativo, 13ª ed., São Paulo, Saraiva, 2008. Ob. cit. p. 687.
3. Citação: JUNIOR. Jessé Torres Pereira. Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública. 8ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2009. P. 972.
4. <https://www.licitante.com.br/tcu-formalismo-moderado-10520-licitacoes/>, acessado em 12/08/2020.
5. <https://www.zenite.blog.br/?s=Cabe+recurso+de+representação?>, acessado em 12/08/2020.
6. Citação: JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 6. ed. São Paulo: Dialética, 1999.
7. SALVADOR, Juliana Lima. *Obtenção da qualidade mínima de produtos adquiridos pela Administração Pública. Amostras. Critério de avaliação da qualidade da contratação*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 3859, 24 jan. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/26499>. Acesso em: 12 ago. 2020.



Documento assinado eletronicamente por **Marcio Haverroth, Servidor(a) Público(a)**, em 28/08/2020, às 08:50, conforme a Medida Provisória nº 2.200-2, de 24/08/2001, Decreto Federal nº8.539, de 08/10/2015 e o Decreto Municipal nº 21.863, de 30/01/2014.



Documento assinado eletronicamente por **Karla Borges Ghisi, Coordenador (a)**, em 28/08/2020, às 08:57, conforme a Medida Provisória nº 2.200-2, de 24/08/2001, Decreto Federal nº8.539, de 08/10/2015 e o Decreto Municipal nº 21.863, de 30/01/2014.



Documento assinado eletronicamente por **Silvia Cristina Bello, Gerente**, em 28/08/2020, às 11:04, conforme a Medida Provisória nº 2.200-2, de 24/08/2001, Decreto Federal nº8.539, de 08/10/2015 e o Decreto Municipal nº 21.863, de 30/01/2014.



A autenticidade do documento pode ser conferida no site <https://portalsei.joinville.sc.gov.br/> informando o código verificador **7000556** e o código CRC **E089D026**.

Rua Doutor João Colin, 2719 - Bairro Santo Antônio - CEP 89218-035 - Joinville - SC - www.joinville.sc.gov.br

19.0.091580-1

7000556v3