

TC 000.687/2018-9

Natureza: Representação (com pedido de cautelar suspensiva).

Unidade Jurisdicionada: Instituto de Tecnologia em Imunobiológicos (Bio-Manguinhos) – Fundação Oswaldo Cruz (FioCruz).

Representante: Real Marina Sul Artigos Náuticos Ltda. (CNPJ 07.290.063/0001-05).

Representação legal: não há.

DESPACHO

Tratam os autos de representação, com pedido de cautelar suspensiva, formulada pela Real Marina Sul Artigos Náuticos Ltda. sobre possíveis irregularidades no Pregão 424/2017 promovido pelo Instituto de Tecnologia em Imunobiológicos (Bio-Manguinhos), junto à Fundação Oswaldo Cruz (FioCruz), com vistas à aquisição de insumos de laboratório.

2. Atuo no presente feito em substituição ao ilustre Ministro Augusto Nardes, nos termos da Portaria TCU nº 24, de 19 de janeiro de 2018.

3. Após a análise inicial do feito, a unidade técnica lançou o seu parecer à Peça 9, nos seguintes termos:

“(…) EXAME TÉCNICO

Da representação (peça 1)

Alegações da representante

6. *Segundo a representante, em suma, a justificativa para a aceitação somente de produtos da marca Merck atenderiam aos procedimentos realizados e à manutenção dos padrões estabelecidos pelo controle de qualidade, além do fato de apresentar maior durabilidade, eficiência e confiabilidade nos resultados seria contrária que afirmou o Instituto Oswaldo Cruz, em contratação passada, que teria concluído que o produto Supradet teria eficiência similar ao Extran (Merck), conforme laudo em anexo.*

7. *Relata que o edital do certame traz a seguinte descrição para o produto: “detergente neutro, Extran MA02; 1.07553.500, Merck; BN5L”.*

8. *Como justificativa para a especificação de marca, o edital menciona o seguinte (termo de referência, item 2):*

*2.1 Para o pleno atendimento à solicitação de fornecimento de vacinas, kits diagnósticos e biofármacos para o Ministério da Saúde referente ao ano de 2017, Bio-Manguinhos desenvolveu um planejamento de materiais de consumo e equipamentos. Conforme disposto no MEMO34/GAB/PF/2007, o **terceiro grupo** é constituído pelos materiais empregados em processos já validados por um procedimento operacional padrão, de forma a garantir a inalterabilidade dos resultados de todos os processos de produção e controle da qualidade. Qualquer modificação nos componentes, inclusive da marca, poderá implicar na obrigatoriedade de alteração do registro, podendo culminar, dependendo das circunstâncias, na necessidade de realização de novos ensaios clínicos para avaliação dos possíveis novos efeitos do produto em sua forma alterada.*

A marca Merck é a única que atende aos procedimentos realizados e assegura a manutenção dos padrões estabelecidos pelo controle de qualidade, além do fato de apresentar uma maior durabilidade, eficiência e confiabilidade dos resultados.

(grifos acrescidos)

9. *Alega que a exclusividade da marca Merck tem frustrado e restringido o caráter competitivo do certame, sem base legal. A resposta obtida pela empresa de que “em Bio-Manguinhos somente podemos utilizar o detergente da marca Merck, pois, conforme consta nas justificativas dos requisitantes, a marca foi testada e aprovada e é a única apta a ser utilizada em nossos processos produtivos” careceria de sustentação e margeia o disposto no art. 15, § 7º, inciso I, da Lei 8.666/1993.*

10. *Na sequência, colaciona doutrina de Marçal Justen Filho e jurisprudência deste Tribunal (Acórdão 2.376/2006-TCU-Plenário; relator Marcos Vilaça):*

A indicação de marca na especificação de produtos de informática pode ser aceita frente ao princípio da padronização previsto no art. 15, inciso I, da Lei nº 8.666/1993, desde que a decisão administrativa que venha a identificar o produto pela sua marca seja circunstanciadamente motivada e demonstre ser essa a opção, em termos técnicos e econômicos, mais vantajosa para a administração.

11. *Para que se possa promover essa padronização, a Administração deve atentar-se para os requisitos estabelecidos no Acórdão 5.420/2010-TCU-1ª Câmara (relator Augusto Nardes):*

1.6.3. na hipótese de, em certames licitatórios, se optar pela padronização de produtos, atentar para o disposto no art. 7º, §5º, da Lei nº 8.666/93, fazendo constar do respectivo processo justificativa respaldada em comprovação inequívoca de ordem técnica, com estudos, laudos, perícias e pareceres que demonstrem as vantagens econômicas e o interesse da administração, considerando as condições de manutenção, assistência técnica e garantias oferecidas.

12. *Sustenta que no edital não teria sido tornado público nenhum laudo laboratorial e/ou justificativa técnica que venha respaldar de forma unânime e exclusiva a qualidade única do produto EXTRAN, fabricado pela Merck.*

13. *Alega que o detergente neutro Supradet, fabricado por Silver Chemical, com o qual pretendia participar do certame em tela, foi testado e aprovado, juntamente com o Extran, pelo Instituto Oswaldo Cruz – IOC, conforme JUSTIFICATIVA TÉCNICA, datada de 4/1/2016 (peça 1, p. 43-45):*

Os resultados obtidos, após comparações entre os diferentes detergentes, mostraram que as células não apresentam nenhuma alteração do perfil morfológico, estes resultados foram obtidos com a contagem de células com azul de trypan 0,1% em câmara de Neubauer, mostrando 98% de viabilidade celular de linha J774,G8 e células Vero e para células de linhagem Células de Rabdomiosarcoma Humano - RD fizemos observações de microscopia ótica."

...

CONSIDERANDO QUE OS DETERGENTES SUPRADET E EXTRAN MOSTRARAM-SE EFICIENTES PARA LAVAGEM DE VIDRARIA DE LABORATÓRIO NOS TESTES EXECUTADOS ACIMA.

Dos pedidos

14. *Ao final, a representante solicita a adoção de medida cautelar, até que sejam apurados*

os fatos e correção do edital, inclusive possibilitando a aquisição do item 42 do certame por item (e não por grupo), restabelecendo-se a livre concorrência.

Manifestação da Fiocruz

15. *A Fiocruz encaminhou a seguinte manifestação:*

Queira por gentileza receber as informações para os pontos de “a” a “d” demandados por vossa senhoria, abaixo transcritos.

Nesse sentido, consideramos alguns pontos das alegações trazidas pela empresa Representante em sua manifestação, complementando a instrução com documentos relativos ao processo licitatório, na tentativa de auxiliar a análise em andamento.

Agradecemos a oportunidade de prestação de informações prévias, pretendendo desse modo demonstrar a lisura e regularidade que conduziram o pleito, a fim de que este Tribunal de Contas verifique o descabimento dos fundamentos da Representação interposta, sobretudo quanto ao pedido de concessão de medida cautelar suscitado.

Pedimos a gentileza de confirmação do recebimento desta mensagem, permanecendo à disposição para eventuais esclarecimentos que se fizerem necessários.

Atenciosamente,

Comissão de Licitação do Instituto de Tecnologia em Imunobiológicos - Bio-Manguinhos

a) Confirmação do estágio atual do certame, e previsão das datas dos futuros eventos relativos à contratação em tela;

Resposta:

O Pregão Eletrônico nº 424/2017 teve a sessão do certame instaurada e finalizada no próprio dia 08/01/18, havendo sido o procedimento relativo aos autos do Processo Administrativo nº 25386.001145/2017-28, homologado pela autoridade competente na data de 08/01/18, em razão da apresentação da oferta mais vantajosa para esta Administração, praticada pelas empresas Merck S/A (vencedora dos lotes 01, 02 e 04 e o item 19) e Hexágono Química e Equipamentos para Laboratório Ltda Me (vencedora do lote 03) que consignaram o menor preço a ser registrado. As respectivas Atas de Registro de Preços encontram-se assinadas e publicadas em fase de solicitação de entrega de acordo com a solicitação da área requisitante. A movimentação integral e atas do procedimento encontra-se acessível no sítio eletrônico www.comprasnet.gov.br, revestindo-o da transparência e legalidade que lhe cabem.

b) posicionamento de Bio-Manguinhos quanto aos itens apontados na representação;

Resposta:

Primeiramente, cumpre ressaltar que a despeito da necessidade técnica de indicação de marca que se fez presente ao processo em questão, a busca de propostas mais vantajosas à Administração se deu mediante licitação, onde pode ser aferida a competição entre fornecedores, ao contrário dos casos de dispensa e inexigibilidade comuns a esse tipo de contratação. Desse modo, o registro de preços é instrumento hábil e legítimo ao escopo. Esse raciocínio encontra-se amparado na consultoria jurídica externada pela Zênite, ora reproduzida: “A padronização, seja pela eleição de uma marca, seja pela indicação de um estander próprio, não leva automática e inexoravelmente à dispensa ou à inexigibilidade da

licitação. Ela será realizada entre os que podem e têm interesse em oferecer o material, equipamento ou gênero padronizado, pois, em tese, todos estão em condições de atender ao negócio desejado pela Administração Pública. A licitação, no entanto, só não será promovida se um único fornecedor (produtor, empresa ou representante) puder atender ao desejado pela Administração Pública.” (Informativo Licitações e Contratos – ILC, Zênite, Doutrina – 768/21/NOV/95). Para o caso em questão, foi esclarecido oportunamente à Representante, os motivos técnicos pelos quais esta Administração optou pela aquisição de uma determinada especificação de produto, em detrimento de outro, conforme pode ser visto por vossa senhoria em documento anexo, datado de 27/01/17, onde são pontuadas as razões técnicas desse ato, em compatibilidade com as normas e jurisprudências acerca dessa escolha. Há que se considerar que a licitação toma por base a isonomia entre os licitantes, mas por raciocínio lógico, esse tratamento uniforme somente poderá ser aplicado em situações uniformes, sendo cabível a diferenciação de determinados padrões isonômicos quando o interesse social e a efetiva necessidade administrativa se fizerem presentes, como o ocorrido no processo aludido. Ainda que a isonomia tenha sido vislumbrada por uma ótica de competição dos representantes comerciais do produto requerido, a impessoalidade e transparência do processo foram a todo custo mantidas, nos termos do §5º do art. 7º da Lei nº 8.666/3, de Licitações e Contratos. Nota Marçal Justen Filho que “É possível a contratação de fornecedores exclusivos ou a preferência por certas marcas, desde que essa seja a solução mais adequada para satisfazer as necessidades coletivas. Não se admite a opção arbitrária, destinada a beneficiar determinado fornecedor ou fabricante. A proibição não atinge, obviamente, a mera utilização de marca como instrumento de identificação de um bem – selecionado pela Administração em virtude de suas características intrínsecas. O que se proíbe é a escolha do bem fundada exclusivamente em uma preferência arbitrária pela marca, processo psicológico usual entre os particulares e irrelevante nos limites do direito privado. (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. p. 181) Cabe ainda ressaltar que, conforme embasamento da resposta à empresa Representante, exarada em 27/01/17, a apresentação de laudo de outra unidade desta Fiocruz se deu sem qualquer contexto ou identificação de processo administrativo pertinente, o que impede a Representante de querer imputar a esta unidade um tratamento análogo, sobretudo descolado do cenário em que esse tipo de aquisição se opera, dependente dos certificados de validação dos processos de produção de vacinas e imunobiológicos indispensáveis às políticas de saúde pública, em especial a vacina de febre amarela cuja demanda aumentou exponencialmente em razão do surto enfrentado. Ou seja, a indicação da marca se faz imprescindível a manutenção dos certificados sanitários e técnicos de validação da produção de medicamentos.

c) posicionamento de Bio-Manguinhos quanto os itens 'a', 'b' e 'c' acima;

Resposta:

a – Por se tratarem de itens cuja padronização se refere à validação dos processos de produção certificados por organismos de controle, portanto, com processo homologado com relação aos requisitos de qualidade justificados na resposta mencionada. A aglutinação dos mesmos em lotes possibilita a economia de escala e a contratação junto a fornecedor único, otimizando a gestão e fiscalização contratual, dada a relevância do processo produtivo envolto na aquisição desses materiais. Não é razoável a operação de um processo licitatório na modalidade de Pregão Eletrônico com quarenta e nove itens de forma individual, visto que todos estão com justificativa técnica exigindo a marca Merck, pelos motivos já expostos. É uma prática comum nos casos em que inequivocamente facilitará a operação do certame, não causando nenhum prejuízo à competitividade, considerando-se que realizamos, em média, mais de trezentos pregões ao ano, não sendo cabível a execução dessa quantidade de itens de forma individual.

b – Convém salientar que o órgão aderente, no caso, trata-se igualmente de instituição de

saúde pública. Porém, eventuais justificativas de contratação são de competência exclusiva daquele órgão participante;

c – idem item “a” supra;

d) Impactos advindos de eventual suspensão do certame por determinação deste Tribunal;

Resposta:

Reiterando os fundamentos exarados na resposta administrativa endereçada à Representante na data de 27/01/17, sinalizamos que a solicitação do produto nos termos do Edital vai de encontro aos testes e homologações procedidas pela seção da Garantia da Qualidade em nossos processos, em detrimento à manutenção dos certificados de validação exigidos pelos organismos nacionais e internacionais de controle de produtos de saúde, como a Anvisa (Agência Nacional de Vigilância Sanitária) e a OMS (Organização Mundial de Saúde), por exemplo. Para tanto, a manutenção dessas certificações técnicas depende diretamente da integridade do processo de produção desses produtos imunobiológicos de saúde pública, onde qualquer eventual alteração leva, obrigatoriamente, à abertura de procedimento formal de testes e ensaios, até a geração ulterior de nova certificação, demandando relevante dispêndio de recursos orçamentários e tempo de retrabalhos e novos processos. Em paralelo, o surto de febre amarela iniciado em dezembro de 2016 e que atravessou por completo o ano de 2017 é o maior desde 1980, quando o Ministério da Saúde passou a disponibilizar dados da série histórica. Essa situação vem se agravando no início de 2018. Como consequência, o Ministério da Saúde vem solicitando a Bio-Manguinhos/FIOCRUZ crescentes quantidades de vacinas contra a Febre Amarela, fazendo com que esta instituição comprometa seu efetivo técnico para as áreas de produção, dada a prioridade averiguada. Essa concentração de esforços vem assegurando até o momento, a entrega das demandas do Ministério, requerendo do parque industrial e do corpo técnico, regimes de contingência e de dedicação quase que exclusiva da produção em detrimento de outros processos e produtos do nosso portfólio. Nesse contexto, mais de sessenta milhões de doses foram produzidas e distribuídas somente no ano passado, sendo que ainda atravessamos momentos difíceis com o aumento dos casos e regiões. Esse cenário impede o desenho de novas programações e que nossos laboratórios procedam com outras tarefas que não a prioridade estabelecida, qual seja, estancar essa calamidade nacional. Portanto, uma eventual suspensão do resultado do presente certame acarretaria diretamente na diminuição ou até mesmo na interrupção dos processos produtivos de fabricação de vacinas contra a febre amarela, refletindo em prejuízo direto à população, a quem se dirige a quantidade necessária para a vacinação em massa que vem sendo realizada. A eventual falta de quaisquer insumos da cadeia de produção tem como consequência imediata a redução considerável da oferta de imunobiológicos por Bio-Manguinhos, único produtor nacional da vacina contra a febre amarela, fato este que comprometeria as ações de imunizações pontuais, em curso em várias regiões do país.

Análise

Questão trazida pela representante

16. Com relação ao argumento central da representação, entende-se pertinente o argumento de que a própria Fiocruz, por meio de outra unidade, teria apontado a qualidade satisfatória do produto de marca diversa da exigida.

17. Nesse sentido, a afirmação de que marca Merck seria “a única que atende aos procedimentos realizados e assegura a manutenção dos padrões estabelecidos pelo controle de qualidade, além do fato de apresentar uma maior durabilidade, eficiência e confiabilidade dos resultados” parece ir de encontro ao que o Instituto Oswaldo Cruz, também integrante da estrutura da Fiocruz, apontou no âmbito de outro certame, conforme documento constante à peça 1, p. 43-

45.

18. Cabe ressaltar, entretanto, em que pese a alegação de que não constam do edital justificativas para a exigência de marca específica, é pacífico que tal demonstração deve estar nos autos do processo, não necessariamente no instrumento convocatório. O Tribunal tratou desse assunto no âmbito do Acórdão 2600/2017-TCU-Plenário (relator: Ana Arraes), do qual transcreve-se o seguinte excerto do relatório:

43. O entendimento pacífico do TCU é de que a indicação de marca só é admissível quando for técnica e economicamente justificada com parâmetros objetivos (Súmula 270; Acórdão 1.521/2003-TCU-Plenário, Acórdão 2.206/2014-Segunda Câmara, da relatoria da Ministra Ana Arraes; e Acórdão 2.664/2007-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro-Substituto Marcos Bemquerer; dentre outros).

44. E não há porque ser diferente, posto que a vedação à indicação de marca é uma regra derivada da Constituição, que estabelece igualdade de condições (princípio da isonomia) como um dos princípios da licitação, além de estar insculpida no art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/1993, que veda a restrição ao caráter competitivo do certame.

45. Há ainda outros dispositivos da Lei 8.666/1993 que tratam a matéria:

‘Art. 7º, § 5º: É vedada a realização de licitação cujo objeto inclua bens e serviços sem similaridade ou de marcas, características e especificações exclusivas, salvo nos casos em que for tecnicamente justificável, ou ainda quando o fornecimento de tais materiais e serviços for feito sob o regime de administração contratada, previsto e discriminado no ato convocatório (grifou-se) .

Art. 15, §7º, I: Nas compras deverão ser observadas, ainda: inciso I - a especificação completa do bem a ser adquirido sem indicação de marca’ (grifou-se)

46. Por outro lado, há casos em que a indicação de marca é recomendável, como para atender ao princípio da padronização, conforme prescreve o art. 15, inciso I dessa mesma Lei. Veja-se que a regra é a Administração realizar licitação sem indicação de marca, mas poderá indicar marca em casos específicos nos quais o interesse público obrigue essa restrição e desde que a decisão esteja justificada previamente de forma técnica e econômica nos ETP.

47. Sobre a possível divergência entre a vedação à preferência de marca e o princípio da padronização, cita-se excerto do Acórdão 1.547/2004-Primeira Câmara, da relatoria do Ministro Walton Alencar Rodrigues, que esclarece sobre o assunto:

‘O princípio da padronização não conflita com a vedação de preferência de marca, que não constitui obstáculo à sua adoção, desde que a decisão administrativa, que identifica o produto pela marca, seja circunstanciadamente motivada e demonstre ser essa a opção, em termos técnicos e econômicos, mais vantajosa para a administração.’

48. Ou seja, ao criar uma limitação que é exceção à regra, mas que também é permitida frente ao princípio da padronização, o gestor deve apresentar argumentos sólidos e consistentes que demonstrem que a restrição que se está sendo feita é estritamente necessária e acarreta em uma série de benefícios que atendam ao interesse público.

19. Por fim, o argumento de que a indicação da marca se faz imprescindível a manutenção dos certificados sanitários e técnicos de validação da produção de medicamentos merece ser analisada posteriormente, à luz dos documentos que vierem a ser apresentados, razão pela qual se entende necessário, para o deslinde da questão posta:

a) promover a **oitiva** de Bio-Manguinhos, para que se manifeste quanto à exigência contida no item 2 do termo de referência, quer seja, de que os produtos ofertados sejam todos da marca Merck, bem como em relação ao laudo emitido pelo Instituto Oswaldo Cruz, considerando, ainda, que a primeira parte do item 2.1 do termo de referência do edital somente faz menção ao

terceiro grupo do certame;

b) promover **diligência** a Bio-Manguinhos, para que apresente documentos constantes dos autos do certame que comprovem a necessidade de tal exigência.

Outros pontos constatados

20. Além da questão trazida à baila pela ora representante, constatou-se a exigência de outras possíveis irregularidades no certame.

21. Primeiro, verifica-se que a adjudicação dos itens do certame foi feita em grupos. Ressalta-se que a competitividade do certame já fica mitigada em razão da indicação de marca, e a adjudicação em grupo reduz mais ainda a competição. Nesse sentido, a Súmula 247 do Tribunal estabelece o seguinte:

É obrigatória a admissão da adjudicação por item e não por preço global, nos editais das licitações para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, cujo objeto seja divisível, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequar-se a essa divisibilidade.

22. Como exemplo de prejuízo ao erário, verifica-se, para o grupo 3, vencido pela empresa Hexágono Química e Equipamentos para Laboratórios Eireli, que sete dos 31 itens foram oferecidos por preços inferiores por outra licitante:

Item	Descrição	Qtde.	Preço vencedora – lance ou negociação (R\$)	Menor preço – lance ou negociação (R\$)	Prejuízo potencial (sem adesões) (R\$)
1	ACIDO CLORÍDRICO FUMEGANTE 37%; 1.00314.1000, MERCK; FR 1000ML	29	125,00	117,27	224,17
3	REAGENTE FENOL SEGUNDO FOLIN-CIOCALTEU PA; 1090010100, MERCK	17	600,00	600,00	-
4	GLICEROL 85% PA; REF 1.04094.1000, MERCK; FR 1000ML	32	206,00	200,00	192,00
5	ACIDO PERIODICO; PA; 1.00524.0025, MERCK; FR 25G	10	1.000,00	1000,00	-
6	CLORETO FÉRRICO HEXAHIDRATADO PA; 1039430250, MERCK; FR 250G	4	900,00	900,00	-
7	CLORETO DE AMÔNIO PA; 1.01145.1000, MERCK; FR 1000 G	15	379,00	300,00	1.185,00
8	ACIDO GLUTAMICO PA; 1.00291.0250, MERCK; FR 250G	75	1.309,00	1.309,00	-
9	METANOL PARA HPLC; LICHROSOLV; 1.06018.1000, MERCK; FR 1000ML	27	120,00	120,00	-
10	INIBIDOR PROTEASE PMSF; US152332-	3	1.500,00	1.500,00	-

	25GM, MERCK; FR 25G				
11	PERÓXIDO DE HIDROGÊNIO; 30%; 1.07210.1000, MERCK; FR 1000 ML	327	427,00	400,00	8.829,00
12	CARBONATO DE SÓDIO ANIDRO PA; 1.06393.1000, MERCK; FR 1000G	12	900,00	900,00	-
13	CRISTAL VIOLETA; 1.15940-0025, MERCK; FR 25G	12	400,00	400,00	-
14	ISOPROPANOL; 1.09634.1000, MERCK; FR 1000ML	44	100,00	100,00	-
15	CLORETO DE BÁRIO DI-HIDRATADO PA; 1.01719.1000, MERCK; FR 1000G	3	600,00	500,00	300,00
16	NITRATO PRATA PA; 1.01512.0025, MERCK; FR 25G	3	500,00	500,00	-
17	ACETATO DE SÓDIO ANIDRO PA; 1.06268.1000, MERCK; FR 1000G	16	1.200,00	1.200,00	-
18	TARTARATO POTASSIO SODIO TETRAHIDR; 1080871000, MERCK; FR1000G	6	700,00	700,00	-
20	SDS-DODECIL SULFATO; US1428015-1KG, MERCK; FR 1KG	4	900,00	900,00	-
21	CARBONATO DE CÁLCIO; 1.02066.0250, MERCK; FR 250G	4	200,00	200,00	-
22	TIMEROSAL (MERTHIOLATE); 8.17043.0100, MERCK; FR 100G	3	4.000,00	4.000,00	-
23	CLORETO DE SÓDIO; 1.06400.5000, MERCK; FR 5KG	69	240,00	240,00	-
24	DETERGENTE NEUTRO EXTRAN; BR1.107553.9020, MERCK; BN 20L	61	1.200,00	1.200,00	-
27	ACETATO DE BUTILA PA; REF 1.09652.1000, MERCK; FR 1000ML	44	1.200,00	700,00	22.000,00
28	ALCOOL ETILICO; 96%; 1.00971.1000, MERCK; PQ-56/2003; FR 1L	73	150,00	150,00	-
29	CLORETO POTÁSSIO PA; 1.04933.0500, MERCK; FR 500G	28	500,00	500,00	-
31	FOSFATO POTÁSSIO MONOB PA; 1048731000, MERCK; PQ-115/2003; FR1KG	24	600,00	500,00	2.400,00

23. No caso do lote 1, vencido pela empresa Merck, dois dos quatro itens foram ofertados por preços menores: item 2, adjudicado por R\$ 712,20 e ofertado por R\$ 600,00 por outra licitante, e item 30, adjudicado por R\$ 350,00 e ofertado por R\$ 322,00. No caso do lote 2, também, vencido pela empresa Merck, um dos três itens foi ofertado por preço menores: item 47, adjudicado por R\$ 1.700,00 e ofertado por R\$ 1.611,00 por outra licitante. O lote 4, também adjudicado à Merck, foi o único em que todos os itens foram adjudicados para a licitante que ofertou o menor preço.

24. *Destaca-se ser pacífica a jurisprudência de que a opção pela adjudicação em lotes deve estar devidamente justificada, a exemplo do Acórdão 343/2014-TCU-Plenário (relator: Valmir Campelo):*

9.3. notificar o [omissis], nos termos do art. 179, § 6º, do Regimento Interno do TCU, que, no caso de se licitar itens agrupados, no processo licitatório respectivo deve constar justificativa da vantagem da escolha, devidamente fundamentada, em atenção aos artigos 3º, § 1º, I; 15, IV e 23, § 1º, todos da Lei 8.666/1993, e à Súmula TCU nº 247;

25. *Não podem ser aceitos os argumentos a favor da otimização da gestão e fiscalização contratual. A mera facilidade da Administração não é argumento suficiente para a adjudicação por grupos. O argumento de que não há prejuízo à competitividade também não procede, uma vez que vários itens foram adjudicados por preços superiores aos ofertados individualmente. O fato de se tratar de 49 produtos da fabricante Merck também não é argumento para a adjudicação em grupo, uma vez que não só a Merck, como outras licitantes podem fornecer os produtos, como, aliás, ocorreu no certame em tela (Merck e mais dois licitantes).*

26. *Nesse sentido, entende-se necessário, para o deslinde da questão posta:*

*a) promover a **oitiva** de Bio-Manguinhos, para que se manifeste quanto à opção pela adjudicação dos itens em grupos, o que restringe ainda mais a competitividade do certame, já mitigada em face da indicação de marca, o que, além de ter ocasionado a adjudicação de itens que não representaram a menor proposta, vai de encontro ao que estabelece a Súmula TCU 247;*

*b) promover **diligência** a Bio-Manguinhos, para que apresente documentos constantes dos autos do certame que justifiquem a escolha, devidamente fundamentada, em atenção aos artigos 3º, § 1º, I; 15, IV e 23, § 1º, todos da Lei 8.666/1993, e à Súmula TCU 247.*

27. *O segundo e o terceiro pontos se referem ambos à possibilidade de adesão à ata de registro de preços, prevista no item 2 do edital:*

2.1 A ata de registro de preços, durante sua validade, poderá ser utilizada por qualquer órgão ou entidade da administração pública que não tenha participado do certame licitatório, mediante anuência do órgão gerenciador, desde que devidamente justificada a vantagem e respeitadas, no que couber, as condições e as regras estabelecidas na Lei nº 8.666, de 1993 e no Decreto nº 7.892, de

28. *Destaca-se ser pacífica a jurisprudência de que os preços que não foram os menores ofertados não podem ser adquiridos por terceiros (adesão), a exemplo do já citado Acórdão 343/2014-TCU-Plenário (relator: Valmir Campelo):*

9.2. determinar, com base no art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, ao [omissis] que:

9.2.1. se abstenha de adquirir, individualmente, os itens em que a empresa [omissis] não apresentou os menores preços, quais sejam, os itens 1, 2 5, 7, 10, 11, 12 e 16 do Pregão Eletrônico SRP 35/2013, sendo permitida sua aquisição apenas para a composição de kits escolares, conforme disposto no item II.2.9 do termo de referência, e dos itens 13 a 16 para a confecção de apostilas;

9.2.2. se abstenha de autorizar adesões à Ata de Registro de Preços 112/2013, decorrente do Pregão Eletrônico SRP 35/2013;

29. *Ademais, por meio item 9.3.3 do Acórdão 1712/2015-TCU-Plenário (relator: Benjamin*

Zymler), esposou-se o seguinte entendimento:

9.3.3. em futuras licitações para registro de preços, atente que é obrigatória a adjudicação por item como regra geral, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes e a seleção das propostas mais vantajosas, de forma que a adjudicação por preço global é medida excepcional que precisa ser devidamente motivada, além de ser incompatível com a aquisição futura por itens;

30. Cabe ainda destacar o Acórdão 3081/2016-TCU-Plenário (relator: Bruno Dantas), dirigido à própria Fiocruz, com posição ainda mais restritiva:

3. Nas licitações por lote para registro de preços, mediante adjudicação por menor preço global do lote, deve-se vedar a possibilidade de aquisição individual de itens registrados para os quais a licitante vencedora não apresentou o menor preço.

Representação formulada por empresas comunicou supostas irregularidades em pregão eletrônico da Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz) para registro de preços de serviços de outsourcing de impressão. Na análise de mérito, o relator considerou que, embora tenham ocorrido falhas, elas foram oportunamente sanadas pela entidade e que não houve prejuízo à isonomia, à economicidade e à competitividade do certame. Não obstante, ao se deter sobre a ocorrência de uma possível “incompatibilidade entre a modelagem do certame e a previsão de participação de órgãos e entidades da administração pública e de adesões à ata face o disposto nos Acórdãos 2.695/2013-TCU-Plenário e 343/2014-TCU-Plenário”, o relator registrou que “as mencionadas decisões tratam de licitações com vistas ao registro de preços e apontam para a obrigatoriedade da adjudicação por item como regra geral, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes e a seleção das propostas mais vantajosas, sendo a adjudicação por preço global medida excepcional que precisa ser devidamente justificada, além de incompatível com a aquisição futura por itens. Na mesma linha, Acórdãos 529, 1.592, 1.913 e 2.796/2013-TCU-Plenário”. No caso em exame, entendeu não ter havido irregularidade no agrupamento de itens, uma vez ter a Fiocruz justificado adequadamente a necessidade de os serviços serem prestados conjuntamente. Contudo, tendo em vista a possibilidade de adesão à ata por outros órgãos e entidades não participantes, o relator considerou necessário determinar à Fiocruz “que se abstenha de autorizar a adesão à ata de registro de preços para aquisição separada de itens de objeto adjudicado por preço global para os quais a licitante vencedora não tenha apresentado o menor preço, assim como a autorização de caronas a órgãos não participantes, sem que estes obedeçam aos critérios estabelecidos”, no que foi acompanhado pelo Colegiado.

31. Por fim, no Acórdão 588/2016-TCU-Plenário (relator: Vital do Rêgo), que constou no Informativo de Licitações e Contratos 278 deste Tribunal, constou o seguinte entendimento:

3. Em licitações para registro de preços, a adjudicação por preço global é incompatível com a aquisição futura por itens.

O Plenário apreciou Representação, com pedido de medida cautelar, versando sobre possíveis irregularidades no edital do Pregão Eletrônico 378/2015, realizado pela Empresa de Tecnologia e Informações da Previdência Social (Dataprev), cujo objeto fora a contratação, pelo sistema de registro de preços, de prestador de serviços ou consórcio de prestadores de serviços para fornecimento de ações de treinamento e desenvolvimento (no modelo de broker), incluindo certificações profissionais, biblioteca virtual/digital e suporte logístico. De acordo com o termo de referência, definira-se broker como: “empresa ou grupo de empresas que atuarão fornecedores e/ou intermediários entre a contratante e o mercado fornecedor de soluções de T&D”. O relator concedeu medida cautelar, ratificada pelo Colegiado, para que a Dataprev suspendesse os efeitos da ata de registro de preços decorrente da referida licitação, e determinou a oitiva da entidade para que se manifestasse, dentre outras ocorrências, sobre a possibilidade de contratação de quaisquer dos serviços licitados isoladamente, a despeito da

ausência desses serviços com preços registrados na Ata de Registro de Preços. Ao apreciar o mérito, destacou o relator que integram o escopo da contratação os serviços de: treinamento em gestão e outros segmentos de TIC (tecnologia da informação e comunicação) e desenvolvimento de software; treinamentos vinculados a certificação profissional; serviços de tutoria especializada em EaD; logística para ações de capacitação; e biblioteca virtual. Observou que a justificativa para a opção pelo sistema de registro de preços posta pela entidade fora “a possibilidade de contratação em separado de cada item, de acordo com sua conveniência e oportunidade administrativa”, sendo que a adjudicação do certame fora pelo preço global. A esse respeito, ressaltou que “a jurisprudência deste Tribunal, a exemplo do Acórdão 757/2015-TCU-Plenário (relator Min. Bruno Dantas), é no sentido de que em licitações para registro de preços, é obrigatória a adjudicação por item como regra geral, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes e a seleção das propostas mais vantajosas. A adjudicação por preço global é medida excepcional que precisa ser devidamente justificada, além de ser incompatível com a aquisição futura por itens”. Concluiu, sobre esse ponto, que haveria “possibilidade de prejuízo ao erário em eventuais adesões à ata de registro de preços decorrente do Pregão Eletrônico 378/2015, pois a adesão seria feita justamente por itens individuais e não pelo conjunto de itens ofertados pela licitante vencedora”. Assim, em razão dessa e de outras irregularidades, votou no sentido de se expedir determinação à Dataprev para que adotasse as providências necessárias à anulação do Pregão Eletrônico 378/2015 e dos atos dele decorrentes, e dar ciência à entidade a respeito da “adoção indevida do sistema de registro de preços (SRP), haja vista a possibilidade de a Dataprev (gerenciador da ata) e os não participantes (caronas) realizarem contratações de itens isolados a partir de requisição de serviço expedida à beneficiária da ata, conforme a necessidade do demandante, sendo que a adjudicação do certame foi pelo valor global”, no que foi seguido pelo Plenário.

32. *Destaque-se que no caso em tela a adjudicação em lotes foi justificada, por quanto se tratar de um serviço prestado em conjunto, algo que ainda cabe analisar nesse caso concreto.*

33. *Assim, para o deslinde da questão posta, entende-se necessário promover a **oitiva** de Bio-Manguinhos, para que se manifeste quanto à possibilidade de adesão às atas de registro de preços, prevista no item 2.1 do termo de referência, considerando que a adjudicação dos itens ocorreu em grupos, e que nem todos os itens representaram a melhor proposta obtida pela Administração, o que vai de encontro à jurisprudência do Tribunal, a exemplo do Acórdão 343/2014-TCU-Plenário (relator: Valmir Campelo) e Acórdão 3081/2016-TCU-Plenário (relator: Bruno Dantas), bem como do entendimento exposto no Acórdão 588/2016-TCU-Plenário (relator: Vital do Rêgo), por meio do qual se entende não ser compatível a adjudicação em grupo para registro de preços por itens.*

34. *Por fim, o terceiro ponto, também relativo à adesão, refere-se ao fato de que o certame trouxe uma restrição à competitividade do certame – consistente na indicação de marca, contida no item 2 do termo de referência, que pode ou não estar justificada – mas que não é aplicável aos demais órgãos da Administração, razão pela qual não pode haver cláusula permitindo a adesão por qualquer órgão ou entidade da administração pública que não tenha participado do certame licitatório.*

35. *Melhor explicando. A aquisição de determinado item, por exemplo álcool etílico 96% (item 28, integrante do grupo 3) por outro órgão da Administração não está, via de regra, condicionada à suposta necessidade de padronização (pela indicação da marca Merck), indicada para todos os itens desse edital. Assim, o produto da marca Merck, que foi ofertado a R\$ 150,00 nesse certame, pode ser facilmente encontrado a valores inferiores a R\$ 20,00 em rápida consulta ao Google.*

36. *Assim, como todos os itens do certame ora em análise sofreram restrição à*

competitividade – que pode ou não estar justificada – em razão de uma especificidade de Bio-Manguinhos, entende-se que outros órgãos não podem utilizar as atas de registros decorrentes desse certame, por que a eles não se aplica tal restrição. Nesse sentido o Acórdão 2600/2017-TCU-Plenário:

9.3. determinar ao [omissis] que não permita novas adesões à ARP 43/2016, tendo em vista que o objeto da contratação reflete necessidades especiais do órgão, inclusive com a indicação de marca;

37. Sobre essa questão, a Fiocruz alegou que o órgão aderente, no caso, trata-se igualmente de instituição de saúde pública, e que eventuais justificativas de contratação são de competência exclusiva daquele órgão participante. Tal argumento não pode ser aceito, com base na jurisprudência apontada.

38. Nesse sentido, entende-se necessário, promover a oitiva de Bio-Manguinhos, para que se manifeste quanto à possibilidade de autorização de adesões à ata, o que não é permitido quando o objeto da contratação reflete necessidades especiais do órgão, como a indicação de marca, o que contraria a jurisprudência deste Tribunal, a exemplo do Acórdão 2600/2017-TCU-Plenário.

39. Por fim, em atenção aos princípios do contraditório e da ampla defesa, entende-se necessário promover a oitiva das empresas adjudicatárias do certame (Merck S/A e Hexágono Química e Equipamentos para Laboratórios Eireli), para que se manifestem sobre os pontos tratados nessa representação, se assim desejarem.

Da medida cautelar

40. Consoante o art. 276 do Regimento Interno/TCU, o Relator poderá, em caso de urgência, de fundado receio de grave lesão ao Erário, ao interesse público, ou de risco de ineficácia da decisão de mérito, de ofício ou mediante provocação, adotar medida cautelar, determinando a suspensão do procedimento impugnado, até que o Tribunal julgue o mérito da questão. Tal providência deverá ser adotada quando presentes os pressupostos do fumus boni iuris e do periculum in mora.

41. Analisando os elementos contidos nos autos, verifica-se a existência do fumus boni iuris, em razão da análise realizada nos itens 16 a 37 desse pronunciamento, em especial no que concerne à adesão das atas por terceiros.

42. Entende-se que a suspensão cautelar para utilização das atas pela Bio-Manguinhos poderia causar prejuízos na produção de vacinas, conforme apontado, razão pela qual, mesmo considerando que a adjudicação por itens compromete a competitividade do certame, essa questão pode ser resolvida por meio da concessão de prazo para realização de novo certame e anulação das atas decorrentes do atual certame, por ocasião da análise de mérito.

43. Ressalta-se que o periculum in mora se caracteriza pelo fato de o certame já ter sido homologado em 8/1/2017, e que as atas já foram assinadas, conforme informação prestada pela Fiocruz. Por fim, o periculum in mora ao reverso decorrente da adoção da medida cautelar, nos termos propostos, não está caracterizado, uma vez que se refere à adesão por terceiros (caronas).

*44. Desse modo, entende-se que deve ser adotada a **medida cautelar** prevista no art. 276 do Regimento Interno do Tribunal, determinando-se ao Instituto de Tecnologia em Imunobiológicos (Bio-Manguinhos) que não autorize qualquer adesão às atas de registro de preços resultantes do Pregão Eletrônico 424/2017.*

CONCLUSÃO

45. Dessa feita, ante as análises realizadas, entende-se que deve ser realizada a oitiva de

Bio-Manguinhos e das empresas adjudicatárias, bem como a adoção de medida cautelar, suspendendo-se a utilização das atas de registro de preços por terceiros.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

46. *Ante todo o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, sugerindo-se o envio dos autos ao Relator, Ministro Augusto Nardes, com as seguintes propostas:*

I) conhecer da presente representação, satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 235 e 237 do Regimento Interno deste Tribunal c/c o art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993 (item 4 desse pronunciamento);

II) adotar a medida cautelar prevista no art. 276 do Regimento Interno do Tribunal, uma vez previstos os requisitos para sua adoção, determinando-se ao Instituto de Tecnologia em Imunobiológicos (Bio-Manguinhos) que não autorize qualquer adesão às atas de registro de preços resultantes do Pregão Eletrônico 424/2017 até que o Tribunal delibere a respeito (item 44 desse pronunciamento);

III) promover, nos termos do art. 276, § 3º, do Regimento Interno do Tribunal, a oitiva do Instituto de Tecnologia em Imunobiológicos (Bio-Manguinhos), para que, no prazo de até quinze dias, manifeste-se sobre os pontos tratados nesta representação, em especial sobre:

a) exigência contida no item 2 do termo de referência, quer seja, de que todos os produtos ofertados sejam da marca Merck, bem como em relação ao laudo emitido pelo Instituto Oswaldo Cruz, o qual apontou que o detergente Supradet atenderia ao mesmo objetivo que o detergente Extran (item 19, 'a', desse pronunciamento);

b) opção pela adjudicação dos itens em grupos, o que restringe ainda mais a competitividade do certame, já mitigada em face da indicação de marca, o que, além de ter ocasionado a adjudicação de itens que não representaram a menor proposta, vai de encontro ao que estabelece a Súmula TCU 247 (item 26 desse pronunciamento);

c) possibilidade de adesão às atas de registro de preços, prevista no item 2.1 do termo de referência, considerando que a adjudicação dos itens ocorreu em grupos, e que nem todos os itens representaram a melhor proposta obtida pela Administração, o que vai de encontro à jurisprudência do Tribunal, a exemplo do Acórdão 343/2014-TCU-Plenário (relator: Valmir Campelo) e Acórdão 3081/2016-TCU-Plenário (relator: Bruno Dantas), bem como do entendimento exposto no Acórdão 588/2016-TCU-Plenário (relator: Vital do Rêgo), por meio do qual se entende não ser compatível a adjudicação em grupo para registro de preços por itens - (item 33 desse pronunciamento);

d) possibilidade de autorização de adesões à ata, o que não é permitido quando o objeto da contratação reflete necessidades especiais do órgão, como a indicação de marca, o que contraria a jurisprudência deste Tribunal, a exemplo do Acórdão 2600/2017-TCU-Plenário (item 38 desse pronunciamento);

IV) promover, nos termos do art. 157 do Regimento Interno do Tribunal, diligência ao Instituto de Tecnologia em Imunobiológicos (Bio-Manguinhos), para que, no prazo de quinze dias, apresente:

a) documentos constantes dos autos do certame que comprovem efetivamente a necessidade de indicação de marca para todos os itens do certame, contida no item 2.1 do termo de referência, e que se faz imprescindível para a manutenção dos certificados sanitários e técnicos de validação da produção de medicamentos (item 19, 'b', desse pronunciamento);

b) documentos constantes dos autos do certame que justifiquem a escolha da

adjudicação por grupos, devidamente fundamentada, em atenção aos artigos 3º, § 1º, I; 15, IV e 23, § 1º, todos da Lei 8.666/1993, e à Súmula TCU 247 (item 26, 'b', desse pronunciamento);

V) promover, nos termos do art. 276, § 3º, do Regimento Interno do Tribunal, a oitiva das empresas adjudicatárias, para que, no mesmo prazo de quinze dias, se assim desejarem, manifestem-se sobre os pontos tratados nesta representação (item 39 desse pronunciamento);

VI) encaminhar cópia da representação e da decisão que vier a ser adotada ao Instituto de Tecnologia em Imunobiológicos (Bio-Manguinhos) e às empresas adjudicatárias, para subsidiar suas manifestações;"

4. Incorpo o parecer da unidade técnica a estas razões de decidir.

5. Eis que, em linhas gerais, as preliminares justificativas oferecidas pela comissão de licitação não se mostraram hábeis para fundamentar a especificação de marca no aludido edital do certame, desafiando, com isso, a jurisprudência do TCU no sentido da vedação à injustificada indicação de marca, para além de todas as demais falhas ora suscitadas pela unidade técnica.

6. Por conseguinte, DECIDO:

(1) conhecer da representação, já que satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 235 e 237 do RITCU e no art. 113, § 1º, da Lei 8.666, de 1993;

(2) conceder a medida cautelar, nos termos do art. 276 do RITCU, para determinar que o Instituto de Tecnologia em Imunobiológicos (Bio-Manguinhos) suspenda os atos tendentes a resultar na adesão às atas de registro de preços resultantes do Pregão Eletrônico 424/2017 até que o Tribunal delibere a respeito, sem prejuízo de esclarecer que a referida suspensão cautelar não deve atingir a utilização das atas pela Bio-Manguinhos, já que essa restrição poderia causar prejuízos sobre a produção de vacinas, conforme apontado nos autos;

(3) determinar que, nos termos do art. 276, § 3º, do RITCU, a unidade técnica promova a oitiva do Instituto de Tecnologia em Imunobiológicos (Bio-Manguinhos), para que, no prazo de até 15 (quinze) dias, manifeste-se sobre todas as falhas apontadas na presente representação e, em especial, sobre:

(a) exigência, pelo item 2 do termo de referência, no sentido de que todos os produtos ofertados sejam da marca Merck, para além do laudo emitido pelo Instituto Oswaldo Cruz, quando aduziu que o detergente Supradet atenderia ao mesmo objetivo do detergente Extran;

(b) opção pela adjudicação dos itens em grupos, com a tendência de restringir ainda mais a competitividade no aludido certame, já bastante comprometida em face da referida indicação de marca, resultando na adjudicação de itens sem representar a menor proposta, em direta ofensa à Súmula 247 do TCU;

(c) possibilidade de adesão às atas de registro de preços, pelo item 2.1 do termo de referência, permitindo a adjudicação dos itens em grupos, a despeito de nem todos os itens configurarem a melhor proposta, com ofensa, assim, à jurisprudência do TCU, a exemplo do Acórdão 343/2014-TCU-Plenário (Ministro-Relator: Valmir Campelo) e do Acórdão 3.081/2016-TCU-Plenário (Ministro-Relator: Bruno Dantas), além da ofensa ao Acórdão 588/2016-TCU-Plenário (Ministro-Relator: Vital do Rêgo), não se mostrando compatível a adjudicação em grupo para o registro de preços por itens;

(d) possibilidade de autorização de adesões à ata, a despeito de o objeto contratado refletir as necessidades especiais do órgão, pela indicação de marca, contrariando a jurisprudência do TCU, a exemplo do Acórdão 2600/2017-TCU-Plenário;

(4) autorizar as diligências propostas pela unidade técnica, nos termos do art. 157 do RITCU, com vistas à obtenção dos documentos e dos elementos suscitados à Peça 9;

(5) determinar que, nos termos do art. 276, § 3º, do RITCU, a unidade técnica promova

a oitiva das empresas porventura vencedoras do certame, para, querendo, no prazo de 15 (quinze) dias, se manifestarem sobre as falhas apontadas nesta representação; e

(6) determinar que a unidade técnica envie a cópia da peça inicial de representação, além da cópia deste Despacho, ao Instituto de Tecnologia em Imunobiológicos (Bio-Manguinhos) e às empresas porventura vencedoras do certame, para subsidiar as suas manifestações nestes autos.

À Secex/RJ, para as providências cabíveis, com a urgência que o caso requer.

Brasília – DF, 25 de janeiro de 2018.

(Assinado Eletronicamente)

Ministro-Substituto ANDRÉ LUÍS DE CARVALHO

Por Substituição ao Relator