

GRUPO II – CLASSE VII – Plenário

TC-027.099/2018-0

Natureza: Representação.

Entidade: Hospital Geral de Curitiba/Comando do Exército.

Interessado: Tribunal de Contas da União.

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA INVIABILIDADE DE DISPUTA. CONTRATAÇÃO DIRETA DE EMPRESA SEM O ATENDIMENTO AO REQUISITO LEGAL DO FORNECEDOR EXCLUSIVO. POSSÍVEL PREJUÍZO À DEFESA. NÃO APENAÇÃO COM MULTA. DETERMINAÇÃO E CIÊNCIA.

Nas contratações em que o objeto só possa ser fornecido por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, é obrigação do agente público responsável pela avença justificar essa condição de exclusividade.

RELATÓRIO

Trata-se da Representação formulada pela antiga Secretaria de Controle Externo no Estado do Paraná – Secex/PR acerca de possíveis irregularidades ocorridas no procedimento de inexigibilidade de certame 01/2018 e decorrente contrato, conduzido pelo Hospital Geral de Curitiba, subordinado ao Comando do Exército, com vistas ao fornecimento de reagentes químicos, condicionados à cessão em comodato de um equipamento para análise automática de bioquímica, hormônios e imunologia.

2. Reproduzo, em parte e com ajustes de forma, a instrução elaborada na Secretaria de Controle Externo da Defesa Nacional e da Segurança Pública – SecexDefesa (sucessora da então Secex/PR nestes autos), na qual consta a análise técnica da matéria (peça 24):

“2. Este momento processual se refere ao exame das razões de justificativa em face da proposta de audiência contida na instrução inicial (peça 14), abaixo transcrita, acatada pela Unidade Técnica (peças 15-16):

‘realizar a audiência do Senhor Artur Henrique Bach, CPF 882.879.639-15, Chefe do Laboratório de Análises Pesquisas e Clínicas – LAPC, com fulcro nos art. 43, inciso II da Lei 8.443/1992 c/c o art. 250, inciso IV, c/c o art. 237, parágrafo único, do RI/TCU, para apresentar, no prazo de quinze dias, razões de justificativa para a celebração de contrato com a Empresa Ortho Clinical Diagnostics do Brasil Produtos para a Saúde Ltda. sem a realização de licitação, por meio do Processo de Inexigibilidade 01/2018, ao incluir a exigência de utilizar tecnologia de ‘química seca’ para a realização dos exames de bioquímica, hormônios e imunologia, fornecido exclusivamente por essa Empresa, sem no entanto justificar as razões pelas quais a tecnologia convencional não atende às necessidades da Entidade, em infringência ao disposto no artigo 25, inciso I, da Lei 8.666/93 e ao entendimento do Tribunal de Contas da União, no Voto do Acórdão 559/2017 – Plenário, de relatoria do Ministro Benjamin Zymler.

HISTÓRICO

3. Na Instrução inicial, datada de 9/8/2018, constou, ainda, o seguinte:

‘(...)

5. O Chefe do Laboratório de Análises Pesquisas e Clínicas – LAPC do Hospital Geral de Curitiba solicitou ao Senhor Fiscal Administrativo, **por meio da Requisição 01/2018-LAPC**, providências para **aquisição de reagentes químicos por tecnologia de ‘química seca’**, condicionada a cessão em comodato de equipamento para análise automática de **bioquímica, imunologia e hormônios**. Nessa requisição, o Chefe da LAPC relacionou a necessidade de **realizar 35 tipos de exames bioquímicos e 31 tipos de exames de imuno-hormônios, no total de 176.252 exames no semestre** (peça 2, p. 6 a 15).

(...)

7. O requisitante justificou a compra no processo de inexigibilidade, com a alegação de que o analisador utiliza uma tecnologia avançada na detecção e quantificação dos diversos exames de **bioquímica, imunologia e hormônios, com agilidade, reprodutibilidade, confiabilidade, eliminação de repetições desnecessárias e excelência na qualidade do resultado final**. Informou que a metodologia de ‘química seca’ não utiliza água ou nenhum outro líquido na preparação dos reagentes para a análise química, não havendo necessidade de fonte de água tratada.

(...)

24. A tecnologia exigida pela Entidade também se mostrou opção muito mais onerosa, o que não atende ao entendimento do Tribunal de Contas da União, no Voto do Acórdão 559/2017 – Plenário, de relatoria do Ministro Benjamin Zymler, **no sentido de que a preferência por certa marca só é admissível se for comprovado que essa alternativa é a mais vantajosa e a única que atende às necessidades do órgão ou entidade.**

4. Em cumprimento ao despacho do Secretário da antiga SECEX-PR (peça 16), promoveu-se a audiência do Sr. Artur Henrique Bach, por intermédio do Ofício 920/2018-TCU/SECEX-PR, de 29/8/2018 (peça 18), recebido em 6/9/2018 (peça 19).

5. Sendo assim, foram apresentadas, pelo Ofício nº 10 - LAPC/HGeC - EB: 80845.010546/2018-11, autuado em 20/9/2018 (peça 20, p. 1), as razões de justificativa (peça 20, p. 2-24), a relação dos anexos (peça 20, p. 25), os anexos (nesta ordem: peça 20, p. 26-62; peças 22 e 21) e o Termo de Adjudicação do Pregão Eletrônico 25/2018, referente ao Processo nº 80845015379/2018-97 (Aquisição de reagentes laboratoriais com fornecimento de equipamento laboratorial em regime comodato), adjudicado à Ortho Clinical Diagnostics do Brasil pelo valor de R\$ 768.997,50 (peça 23).

EXAME TÉCNICO

6. Na sequência, apresentaremos as razões de justificativa do Sr. Artur Henrique Bach e as respectivas análises.

Razões de justificativa - tecnologia de ‘Química Seca’

7. A defesa argumenta que as contratações da Administração Pública devem atender aos critérios de serviços hídricos sustentáveis e, nesse sentido, cita a Constituição Federal; as Leis 12.187/2009, 8.666/1993, 12.305/2010 (regulamentada pelo Decreto 7.404/2010); a Instrução Normativa SLTI/MPOG 1/2010. Apresenta, ainda sobre a sustentabilidade ambiental, trecho de relatórios e de declaração de entidades mundiais que discutem o meio ambiente.

8. Em outra passagem, defende que **‘os resultados laboratoriais de qualidade dependem da confiabilidade da instrumentação e da qualidade da água’** e, para isso, **‘é fundamental fazer a manutenção correta dos equipamentos responsáveis pela purificação da água’**.

9. Em longa sustentação, informa os **‘exemplos [em que] a qualidade da água é fator determinante para a qualidade do resultado do exame laboratorial’**.

10. Em outro segmento, a defesa trata dos **aspectos benéficos de utilização da tecnologia da Química Seca para a realização dos procedimentos laboratoriais em relação ao da Química**

Líquida, inclusive, nesse trecho, informa que, no caso da segunda opção, há ‘custos com a geração de resíduos biológicos de natureza líquida e gastos com a fatura de água (Sariepar)’.

11. Antes de optar pela tecnologia de Química Seca, a defesa informa que:

‘O Laboratório de Análises Clínicas do Hospital Geral de Curitiba não possui sistema de tratamento de água tipo 2, o que pode ser confirmado na Relação de Material Carga da Dependência HGe Curitiba/Laboratório de Análises e Patologias Clínicas, em anexo, sendo que para obter água apropriada para realização de exames por química líquida necessitaria adquirir um sistema de tratamento de água para produzir água qualificada como CLRW **Laboratory Reagent Water**), o qual, para isso, necessita de um sistema de purificação que utiliza filtros e membranas que devem ser trocadas em um intervalo de tempo, o que enseja ainda a previsão de gastos e licitação para manutenção preventiva do Sistema de Purificação de Água.’

12. Nesse levantamento, a defesa informa que: ‘uma estimativa inicial de aquisição de um sistema de tratamento de água no mercado mostrou os seguintes preços: R\$ 28.620,36 (peça 21, p. 4-11) e R\$ 36.100,00 (p. 12-18).

13. A defesa finalizou nestes termos:

‘Justificativas para o uso da tecnologia de ‘Química Seca’ foram apresentadas com base na sustentabilidade ambiental proporcionada pela tecnologia incluindo ênfases legais e a visão nacional e mundial sobre a importância da água como elemento essencial de preservação de vida e condições sanitárias, também no consumo e custos de água potável e geração de resíduos biológicos líquidos, na análise da produção de ‘Água Reagente’ e a ausência de Sistema de Tratamento de Água para produção de ‘Água Reagente’ no patrimônio do Laboratório, ainda, as possíveis interferências da qualidade da água nos exames laboratoriais, nas vantagens tecnológicas da ‘Química Seca’ versus ‘Química Líquida’, incluindo também os critérios de reprodutibilidade, exatidão e eficiência na execução dos testes laboratoriais, com finalidade de oferecer aos usuários do Sistema de Atendimento Médico aos Militares e Dependentes (SAMIVIED/FuSEx) do Exército e das outras Forças Armadas um atendimento laboratorial ajustado às necessidades dessa Instituição Hospitalar de Saúde e de qualidade diagnóstica para seus usuários.’

Análise

14 Considerando o entendimento constante do trecho, transcrito a seguir, do Voto do Ministro Relator Marcos Bemquerer da Costa, condutor do Acórdão 6754/2009 - Primeira Câmara, proferido na apreciação do TC 019.426/2009-7, entendemos que se possa utilizá-lo para acatar os argumentos apresentados pela defesa em relação à escolha da tecnologia de ‘Química Seca’:

Voto

‘A presente Representação encaminhada a esta Corte pela empresa Labinbraz Comercial Ltda., com pedido de concessão de cautelar, merece ser conhecida, porquanto encontra amparo no § 1º do art. 113 da Lei n. 8.666/1993, c/c os arts. 237, inciso VII, e 235 do Regimento Interno/TCU.

2. Registra a representante a ocorrência de possíveis irregularidades no edital do Pregão Eletrônico n. 027/2009, deflagrado pelo Hospital Central do Exército – HCE, cujo objeto consiste em formar registro de preços para aquisição de material de laboratório em atendimento às necessidades do referido hospital.

3. Em síntese, a representante busca impugnar junto a esta Corte a escolha do HCE acerca da metodologia de ‘química seca’ para realização de exames bioquímicos, sob o fundamento de que a fabricante Johnson & Johnson seria a única detentora dessa tecnologia, o que, em sua ótica, restringiria o caráter competitivo do certame conduzido pelo hospital militar. Suscita ainda que tal fato poderá ocasionar maior gasto para União.

4. Nesse contexto, requer a concessão de medida liminar a fim de suspender o presente torneio licitatório, bem como pleiteia provimento no sentido de que seja reformado o edital vergastado.

5. Creio que as informações e os elementos coligidos no processo em análise permitem a apreciação da questão em sede de cognição exauriente, razão pela qual passo a examinar diretamente o mérito da Representação.

6. Consoante logrou demonstrar a 3ª Secex, cuja instrução foi parcialmente reproduzida no Relatório precedente, **a assertiva trazida ao descortino do Tribunal pela empresa representante no sentido de que a Johnson & Johnson forneceria, à guisa exclusiva, a tecnologia demandada pelo órgão contratante não deve prosperar, uma vez que há notícias nos autos que esclarecem a existência de outros fabricantes de material para exames clínicos baseados na metodologia de ‘química seca’.**

7. Também não há elementos neste processo que corroboram a afirmação da Labinbraz Comercial Ltda. de que **a técnica (‘química seca’) ora adotada pelo HCE seria menos econômica ou, noutro dizer, mais dispendiosa para União.**

8. Ao revés, informações prestadas pelo gestor daquele hospital nos autos do TC-033.039/2008-5 (Representação contra pregão anterior ao ora examinado em que o HCE também buscava formar o registro de preços para aquisição de material de laboratório, mas que em face da revogação do certame pelo órgão ocorreu a perda de objeto daquela Representação, conforme o Acórdão n. 4.079/2009 – 1ª Câmara) **fazem menção a algumas vantagens sobre a utilização da referida técnica que destoam da exegese advinda da representante.** Ademais, pesquisa realizada na **internet** pela unidade técnica – também no bojo daquele processo – aponta para economicidade da metodologia eleita pelo órgão condutor do certame.

9. Como se vê, as alegações da empresa representante revelaram-se insubsistentes, eis que carecem de fundamentação fática e jurídica.

(...)

15. Para reforçar o posicionamento de acatar as razões de justificativa sobre a tecnologia de ‘Química Seca’, apresentamos, ainda, o Acórdão de Relação 2257/2017 - Segunda Câmara, da relatoria do Ministro André de Carvalho, proferido na apreciação do TC 036.434/2016-7 (onde se lê ‘3.081’, leia ‘3.018’):

Acórdão

‘Considerando que os presentes autos tratam de representação, com pedido de cautelar suspensiva, formulada pela Labinbraz Comercial Ltda., com base no art. 113, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, sobre possíveis irregularidades no Pregão Eletrônico nº 018/2016 realizado pelo Hospital de Guarnição de Florianópolis – Exército Brasileiro para o **registro de preços de material de consumo de laboratório, condicionada à cessão, em regime de comodato, de um equipamento para análise automática de bioquímica e um equipamento para análise automática de Hematologia, no valor estimado de R\$ 381.256,20;**

Considerando que a representante questionou, em síntese, o Grupo 01 do referido certame (grupo dos reagentes e analisador de bioquímica), demonstrando irresignação contra a exigência da metodologia ‘química seca’ para o equipamento de bioquímica, tendo em vista o termo ‘reflectometria’ constante do edital;

Considerando que constam da peça inicial os seguintes argumentos:

a) **tanto essa metodologia quanto a de ‘química úmida’ são igualmente eficientes para a realização de exames, e, seguindo-se a recomendação dos fabricantes dos reagentes e dos instrumentos de análise, alcançarão da mesma forma a perfeição dos testes realizados (Peça nº 1, p. 3);**

b) **tal exigência restringe a participação no certame de várias empresas que ofertam ‘química úmida’, pois existe no Brasil apenas uma empresa, a Johnson & Johnson, que**

trabalha com a tecnologia de 'química seca', motivo pelo qual somente essa empresa teria participado da licitação em questão (Peça nº 1, p. 4-5);

c) o Acórdão 3.081/2009-TCU-2ª Câmara determinou a revogação de procedimento licitatório para que fosse promovido outro, no qual fosse devidamente justificada a escolha da metodologia de testes a ser contratada, além da vantagem dos seus custos, amparada em ampla pesquisa de mercado, ou, alternativamente, permitisse que concorressem no certame tanto a metodologia de química seca como a de química úmida (Peça nº 1, p. 5);

d) a empresa Johnson & Johnson forneceu os argumentos para dois hospitais de forma que ambos respondessem às impugnações com os mesmos textos;

Considerando que, procedendo à análise das questões apresentadas, a unidade técnica constatou que, por meio do Acórdão 6.754/2009-TCU-1ª Câmara, prolatado na apreciação de idêntica questão levantada na representação (TC-019.426-2009-7) pela mesma empresa Labinbraz Comercial Ltda., a partir da afirmativa de que a Johnson & Johnson forneceria, com exclusividade, a tecnologia demandada pelo órgão contratante, o TCU deliberou que há notícias sobre a existência de outros fabricantes de material para exames clínicos baseados na metodologia de 'química seca', além de também ter sido constatado, na referida decisão, que não havia elementos nos autos que corroborassem a afirmação da Labinbraz Comercial Ltda. no sentido de que a técnica de 'química seca' adotada pelo HCE seria menos econômica;

Considerando que a unidade técnica mantém o mesmo entendimento sobre a pretensa irregularidade questionada neste feito;

Considerando que, em relação ao Acórdão 3.081/2009-TCU-2ª Câmara (mencionado pela representante e que exige a devida justificativa da escolha da metodologia de testes a ser contratada), observa-se que isso está presente no presente caso concreto, inclusive de forma bastante detalhada;

Considerando, por fim, que, no que tange à empresa Johnson & Johnson, não há elementos nos autos que permitam afirmar que ela está redigindo respostas às impugnações dos hospitais licitantes, destacando que a comparação das respostas constantes da Peça nº 3, p. 81 e 96, demonstra que os textos não são idênticos, contrariamente ao alegado pela representante, e que o fato de mencionarem as mesmas vantagens para a metodologia não dá indícios de fraude, ainda mais se levando em conta que o excerto do voto condutor do aludido Acórdão 6.754/2009-TCU-1ª Câmara aponta para a existência de outras empresas fornecedoras da tecnologia 'química seca', além da Johnson & Johnson;

Considerando, pelo exposto, que se constata a improcedência desta representação;

Os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão de 2ª Câmara, ACORDAM, por unanimidade, com fundamento no art. 113, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, c/c os arts. 143, inciso V, alínea 'a', 235, 237, inciso VII e parágrafo único, e 250, inciso I, do Regimento Interno do TCU, aprovado pela Resolução nº 246/2011, em conhecer da presente Representação, para no mérito considerá-la improcedente, dando por prejudicado o pedido cautelar suspensiva, e fazer as determinações abaixo indicadas, de acordo com os pareceres emitidos nos autos:

(...)

1.7. Determinar à Secex/SC que:

1.7.1. envie cópia do presente Acórdão, acompanhado do parecer da unidade técnica, à representante e ao Hospital de Guarnição de Florianópolis – Exército Brasileiro; e

1.7.2. archive os presentes autos.'

16 Sendo assim, entendemos que os argumentos apresentados pela defesa em relação à escolha da tecnologia de 'Química Seca' merecem acolhimento.

Razões de justificativa - Contratação irregular pela modalidade de inexigibilidade de licitação

17. Em busca dos motivos atinentes à escolha do fornecedor, voltamos aos autos para destacar os seguintes que podem ser encontrados nas razões de justificativa (peça 22, p. 43-44) e nos autos do processo de Inexigibilidade de Licitação 1/2018 (peça 2, p. 8 e 10), conforme trechos transcritos a seguir:

17.1. Peça 22:

‘LabMax 560 - Analisador Bioquímico (p. 43)

O Labmax 560 é um analisador de alta performance e produtividade, para testes bioquímicos e imunoquímicos. Sua tecnologia proporciona robustez, segurança e qualidade às rotinas laboratoriais.

O equipamento perfeito para o laboratório que quer conquistar seu espaço.

Características

Velocidade Nominal 560 testes/hora

(...)

Sistema Fotométrico

400 testes/hora (fotométricos/turbidimétricos)

Sistema de Lavagem

Lavagem automática das cubetas de reação

Utiliza solução alcalina, ácida e água

Lavagem das sondas interna e externamente com água

Consumo de água: 18 L/h

ISE (p. 44)

160 testes/hora (sódio, potássio e cloro).’

17.2. Peça 2:

‘3) Justificativa para aquisição: (p. 8)

O analisador utiliza uma tecnologia avançada na detecção e quantificação dos diversos analitos dentro da bioquímica, imunologia e hormônios, nos garantindo uma agilidade, reprodutibilidade, confiabilidade, eliminando repetições desnecessárias, visando sempre a uma excelência na qualidade do resultado final. (p. 8)

4) Justificativa do Sistema Integrado VITROS® 5600: (p. 8)

O sistema integrado Vitros 5600 proporcionará uma redução de custos em função da menor quantidade de tubos coletados além de diminuir o tempo de coleta sanguínea, por o mesmo utilizar um único tubo para os dois setores (Imuno-hormônio e Bioquímica). Esse sistema permite a utilização de menor volume de amostra, agilidade no processamento destas otimizando tempo do profissional para que ele consiga participar de outras atividades importantes ao laboratório como controle de qualidade, ou seja, avaliação do processo desde a fase pré-analítica até a emissão do resultado.

Equipamento totalmente automatizado utilizando como princípio a tecnologia de química-seca e quimioluminescência amplificada;

(...)

5) Justificativa da inexigibilidade de licitação: (p. 10)

O uso da Tecnologia Química Seca nos impõe a inexigibilidade de licitação, pois a empresa Johnson & Johnson é detentora de exclusividade desta tecnologia no Brasil, comprovada através da Carta de Exclusividade.’

Análise

18. Iniciamos, registrando, em transcrição, a passagem da instrução pretérita (peça 14), destacando o trecho que trata da omissão em relação às empresas citadas:

‘11. O artigo 25, inciso I, da Lei 8.666/93 determina que é inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, vedada a preferência de marca e o Hospital Geral de Curitiba, nas justificativas para configurar a inexigibilidade de licitação, limitou-se a ressaltar as qualidades do produto comercializado pela empresa Ortho Clinical

Diagnostics, omitindo nessas justificativas as razões pelas quais a tecnologia adotada pelas outras empresas, como por exemplo, a Abbott Laboratórios do Brasil Ltda. ou a Siemens Healthcare Diagnostics S.A., não atendem às necessidades do Hospital.’

19. Ultrapassada a fase da proposta de acatar os argumentos apresentados pela defesa em relação à escolha da tecnologia de ‘Química Seca’, permanece pendente a discussão sobre a decisão de o Hospital Geral de Curitiba ter celebrado um contrato resultante do Processo de Inexigibilidade 01/2018.

20. Vemos, pois, que a contratação por inexigibilidade é caracterizada pela inviabilidade de competição, o que resulta em contratação sem a realização de certame licitatório e o pregão é uma modalidade de licitação em que é obrigatória a sua publicação, e, por esta razão, podem participar empresas que cumpram os requisitos do edital e anexos, logo, amplia a competitividade.

21. Registre-se que, nos casos dos acórdãos citados, utilizou-se o pregão eletrônico para formar registro de preços para aquisição de material de laboratório, conforme dados a seguir:

21.1. Acórdão de Relação 2257/2017 - Segunda Câmara, refere-se à situação do Pregão Eletrônico nº 018/2016 realizado pelo Hospital de Guarnição de Florianópolis – Exército Brasileiro;

21.2. Acórdão 6754/2009 - Primeira Câmara, diz respeito ao Pregão Eletrônico n. 027/2009, deflagrado pelo Hospital Central do Exército.

22. Sendo assim, entendemos como irregular a contratação direta de empresa, por inexigibilidade de licitação, para aquisição de material de laboratório, sem a apresentação de justificativa técnica que demonstrasse cabalmente a inviabilidade de competição, contrariando o disposto no art. 25, inciso I, da Lei 8.666/93, bem como os Acórdãos-TCU 555/2016 do Plenário; e 8/2017 e 2.723/2011, da Primeira Câmara.

23. Aliás, se o Hospital Geral de Curitiba adotasse à época o pregão eletrônico para a aquisição de material de laboratório, mesmo constando a restrição da tecnologia da ‘Química Seca’, o entendimento seria diferente, tendo em vista o constante no Acórdão de Relação 2257/2017 - Segunda Câmara e no Acórdão 6754/2009 - Primeira Câmara, bem como a disputa pelo fornecimento seria feita em sessão pública, por meio de propostas e lances, para classificação e habilitação do licitante.

24. Inclusive, observam-se, na Adjudicação do Pregão Eletrônico 25/2018 do próprio Hospital Geral de Curitiba (Processo nº 80845015379/2018-97) (peça 23), em 15/2/2019, conforme tabela abaixo, preços reduzidos se comparado com os do processo de Inexigibilidade de Licitação 01/2018:

Exames	Inexigibilidade de Licitação 01/2018 (peça 4, p. 103/104) R\$	Pregão Eletrônico 25/2018 (peça 23) R\$
ÁCIDO ÚRICO	1,28	0,83
ALBUMINA	2,13	0,83
ALT/TGP	1,28	0,96
AMILASE	1,39	1,10
ANTI HBC	9,09	5,21
AST/TGO	1,28	0,96
BILIRRUBINAS DIRETA	1,28	1,02
BILIRRUBINAS TOTAIS	1,28	1,02
CA 19,9	10,10	9,41
CA 125	11,01	4,00
CA 15.3	9,19	8,12
CÁLCIO	1,28	0,83

CEA	8,18	8,12
CK/MB	2,13	1,54
COLESTEROL HDL	2,78	2,10
COLESTEROL TOTAL	1,28	0,97
CORTISOL TOTAL	7,27	6,02
CREATININA	1,28	0,97
ESTRADIOL	7,27	4,26
FERRITINA	8,59	4,26
FERRO	2,13	1,10
FOSFATASE ALCALINA	1,28	1,03
FÓSFORO INORGÂNICO	1,28	1,05
GAMA-GT	1,28	1,07
GLICOSE	1,28	0,97
HBSAG	6,57	5,69
LDH	1,28	1,09
LH	5,50	4,26
LÍPASE	2,13	1,56
MAGNÉSIO	2,13	1,10
POTÁSSIO	1,39	1,22
PROLACTINA	5,96	4,26
PROTEÍNA TOTAL	1,28	1,05
PROTEÍNA URINÁRIA	2,13	1,68
PSA LIVRE	10,55	8,25
PSA TOTAL	9,54	5,00
SÓDIO	1,39	0,94
T3	4,14	2,67
TESTOSTERONA	7,27	5,53
TRIGLICERÍDEOS	1,28	0,96
TSH	4,14	2,13
URÉIA	1,28	1,00

25. Logo, entendemos **que os argumentos apresentados pela defesa em relação à contratação irregular pela modalidade de inexigibilidade de licitação não merecem acolhimento.**

26. Por fim, somos por acatar parcialmente as razões de justificativas apresentadas pelo Sr. Artur Henrique Bach, **considerando o acolhimento em relação à escolha da tecnologia de ‘Química Seca’ e a rejeição quanto à contratação irregular pela modalidade de inexigibilidade de licitação.**

(...)

40. Além disso, cabe formular a determinação alvitada na Proposta de Encaminhamento da instrução pretérita (peça 14), com os ajustes que entendemos necessários, sobre a contratação da Empresa Ortho Clinical Diagnostics do Brasil Produtos para a Saúde Ltda. para a disponibilização de equipamentos para a realização de exames bioquímicos com a utilização da tecnologia de ‘química seca’, por inexigibilidade de licitação.”

3. Com base nessas anotações, a SecexDefesa propõe o seguinte encaminhamento ao Tribunal (peças 24 a 26):

3.1. conhecer da presente Representação, satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 235 e 237, inciso VI, do Regimento Interno deste Tribunal e no art. 103, § 1º, da Resolução TCU 259/2014, para, no mérito, considerá-la parcialmente procedente;

3.2. acatar, em parte, as razões de justificativa apresentadas pelo Sr. Artur Henrique Bach;

3.3. aplicar a multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992 ao Sr. Artur Henrique

Bach;

3.4. determinar ao Hospital Geral de Curitiba que, nos termos do art. 28, inciso I, da Lei 8.443/1992, efetue o desconto da multa imputada na remuneração do responsável, em favor do Tesouro Nacional, na forma estabelecida pela legislação pertinente, caso não seja comprovado o recolhimento da dívida;

3.5. comunicar às correspondentes “Secretarias de Controle Externo do Tribunal, responsáveis pelas unidades jurisdicionadas relacionadas na tabela abaixo, para a adoção das providências cabíveis, que essas entidades contrataram a empresa Ortho Clinical Diagnostics do Brasil Produtos para a Saúde Ltda. para a disponibilização de equipamentos para a realização de exames bioquímicos com a utilização da tecnologia de ‘química seca’, por inexigibilidade de licitação”:

UASG	Modalidade	Valor
154070 - Hospital Universitário Júlio Muller FUF/MT	Inexigibilidade	725.678,80
154070 - Hospital Universitário Júlio Muller FUF/MT	Inexigibilidade	410.092,39
160199 - Hospital Militar de Área de Recife	Inexigibilidade	732.347,50
153261 - Hospital Clínicas/UFGM	Inexigibilidade	5.030.679,90
160345 - Hospital de Guarnição de Natal	Inexigibilidade	193.949,18
167050 - Hospital Geral de Fortaleza	Inexigibilidade	319.362,20

3.6. encaminhar cópia do Acórdão ao Hospital Geral de Curitiba, para conhecimento e para adoção das providências que lhes cabem, informando que o inteiro teor do **decisum** estará disponível para consulta no endereço www.tcu.gov.br/acordaos.

É o Relatório.

PROPOSTA DE DELIBERAÇÃO

Trata-se da Representação formulada pela antiga Secretaria de Controle Externo no Estado do Paraná – Secex/PR acerca de possíveis irregularidades ocorridas no procedimento de inexigibilidade 01/2018, deflagrado pelo Hospital Geral de Curitiba, Organização Militar subordinada ao Comando do Exército.

2. Preliminarmente, ressalto que esta Representação deve ser conhecida, porquanto preenche os requisitos de admissibilidade estabelecidos nos arts. 235 e 237, inciso VI e parágrafo único, do Regimento Interno/TCU.

3. Registro que a Representação que trago à apreciação deste Colegiado teve origem no acompanhamento seletivo e concomitante dos editais de licitação e extratos de contratos de órgãos e entidades jurisdicionadas, realizado pela então Secex/PR, por meio do sistema ALICE – Análise de Licitações, Contratos e Editais, deste Tribunal.

4. Em instrução inicial (peça 14), a Secex/PR constatou que o Hospital Geral de Curitiba entabulou avença com a empresa Ortho Clinical Diagnostics do Brasil Produtos, mediante inexigibilidade de disputa, com vistas ao fornecimento de reagentes químicos, condicionados à cessão em comodato de um equipamento para análise automática de bioquímica, hormônios e imunologia. O valor do ajuste foi de R\$ 539.880,00, com vigência de seis meses a contar da assinatura do instrumento do contrato, ocorrida em abril de 2018 (peça 4, p. 102 a 110).

5. Ocorre que o hospital, na justificativa empregada para fundamentar a contratação, limitou-se a apresentar as qualidades da tecnologia de “química seca”, como a de não requerer a utilização de água filtrada no processamento, sem especificar as razões pelas quais a tecnologia convencional (a exemplo da “química úmida”) não atenderia às necessidades da entidade.

6. Por conseguinte, a Secex/PR promoveu, mediante delegação de competência deste relator, a audiência do Sr. Artur Henrique Bach, Chefe do Laboratório de Análises Pesquisas e Clínicas (LAPC) do Hospital Geral de Curitiba, para que **apresentasse razões de justificativa sobre “a celebração de contrato com a Empresa Ortho Clinical Diagnostics do Brasil Produtos para a Saúde Ltda. sem a realização de licitação, por meio do Processo de Inexigibilidade 01/2018, ao incluir a exigência de utilizar tecnologia de ‘química seca’ para a realização dos exames de bioquímica, hormônios e imunologia, fornecido exclusivamente por essa Empresa, sem no entanto justificar as razões pelas quais a tecnologia convencional não atende às necessidades da entidade, em infringência ao disposto no artigo 25, inciso I, da Lei 8.666/1993 e ao entendimento do Tribunal de Contas da União, no Voto do Acórdão 559/2017 – Plenário, de relatoria do Ministro Benjamin Zymler.”**

7. O responsável trouxe aos autos a sua defesa que foi analisada pela Secretaria de Controle Externo da Defesa Nacional e da Segurança Pública – SecexDefesa, sucessora processual da Secex/PR neste feito.

8. Após examinar os elementos coligidos aos autos, a SecexDefesa sugeriu acatar as razões de justificativa apresentadas pelo gestor acerca da escolha da tecnologia de “química seca”, por considerar que a metodologia eleita pela entidade condutora do certame encontra guarida no magistério jurisprudencial desta Casa de Contas.

9. Ao revés, quanto à contratação direta da empresa Ortho Clinical Diagnostics do Brasil Produtos, por inexigibilidade de licitação, a Secretaria instrutiva compreendeu que não foi oferecida justificativa técnica que demonstrasse a inviabilidade de competição, contrariando o disposto no art. 25, inciso I, da Lei 8.666/1993.

10. Em consequência, os autos vieram conclusos ao meu Gabinete com a proposta de: a) conhecer da presente Representação, para, no mérito, considerá-la parcialmente procedente; b) aplicar a multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992 ao Sr. Artur Henrique Bach; c) determinar ao Hospital Geral de Curitiba que efetue o valor do desconto da multa na remuneração do responsável.

11. A unidade técnica sugere ainda que sejam comunicadas, com vistas à adoção das providências cabíveis, às Secretarias de Controle Externo do Tribunal responsáveis por algumas unidades jurisdicionadas (v. no Relatório precedente a lista de hospitais) que contrataram a Empresa Ortho Clinical Diagnostics do Brasil Produtos para a Saúde Ltda., mediante inexigibilidade de licitação, para a disponibilização de equipamentos de realização de exames bioquímicos com a utilização da tecnologia de química seca.

II

12. Fixadas as ocorrências e a proposta de encaminhamento, passo ao exame das questões que permeiam os autos, a principiar pela escolha da metodologia “química seca”.

13. Como bem asseverou a SecexDefesa, esta Corte de Contas não tem impugnado a utilização da técnica da “química seca” para fins de análise laboratorial. No desígnio de melhor esclarecer a matéria, reproduzo **decisum** de minha relatoria que tratou do tema:

Acórdão 6.754/2009 – 1ª Câmara (excerto do voto)

“3. Em síntese, a representante busca impugnar junto a esta Corte a escolha do HCE acerca da metodologia de ‘química seca’ para realização de exames bioquímicos, sob o fundamento de que a fabricante Johnson & Johnson seria a única detentora dessa tecnologia, o que, em sua ótica, restringiria o caráter competitivo do certame conduzido pelo hospital militar. Suscita ainda que tal fato poderá ocasionar maior gasto para União.

(...)

6. Consoante logrou demonstrar a 3ª Secex, cuja instrução foi parcialmente reproduzida no Relatório precedente, a assertiva trazida ao descortino do Tribunal pela empresa representante no sentido de que a Johnson & Johnson forneceria, à guisa exclusiva, a tecnologia demandada pelo órgão contratante não deve prosperar, uma vez que há notícias nos autos que esclarecem a existência de outros fabricantes de material para exames clínicos baseados na metodologia de ‘química seca’.

7. Também não há elementos neste processo que corroboram a afirmação da [representante] de que a técnica (‘química seca’) ora adotada pelo HCE seria menos econômica ou, noutro dizer, mais dispendiosa para União.

8. Ao revés, informações prestadas pelo gestor daquele hospital nos autos do TC-033.039/2008-5 (Representação contra pregão anterior ao ora examinado em que o HCE também buscava formar o registro de preços para aquisição de material de laboratório, mas que em face da revogação do certame pelo órgão ocorreu a perda de objeto daquela Representação, conforme o Acórdão n. 4.079/2009 – 1ª Câmara) fazem menção a algumas vantagens sobre a utilização da referida técnica que destoam da exegese advinda da representante. Ademais, pesquisa realizada na **internet** pela unidade técnica – também no bojo daquele processo – aponta para economicidade da metodologia eleita pelo órgão condutor do certame.”

14. Nessa linha de não vislumbrar irregularidade ou antieconomicidade pela opção da técnica intitulada “química seca”, cito ainda o Acórdão 5.022/2010 – 2ª Câmara (rel. min. subst. Augusto Sherman) e o Acórdão de Relação 2.257/2017 – 2ª Câmara (rel. min. subst. André de Carvalho).

15. Percebe-se que a interpretação oferecida pela unidade técnica – de acolher a defesa referente à escolha da metodologia precitada – está afinada à jurisprudência do Tribunal e ainda apresenta evidente aderência aos casos concretos anteriormente examinados pelo TCU, razão pela qual acompanho a exegese conferida à questão pela Secretaria instrutiva.

III

16. Quanto ao quesito “contratação irregular”, a SecexDefesa apreciou a “decisão de o Hospital Geral de Curitiba ter celebrado um contrato resultante do Processo de Inexigibilidade 01/2018”, empreendendo a seguinte análise:

“20. Vemos, pois, que a contratação por inexigibilidade é caracterizada pela inviabilidade de competição, o que resulta em contratação sem a realização de certame licitatório e o pregão é uma modalidade de licitação em que é obrigatória a sua publicação, e, por esta razão, podem

participar empresas que cumpram os requisitos do edital e anexos, logo, amplia a competitividade.

21. Registre-se que, nos casos dos acórdãos citados, utilizou-se o pregão eletrônico para formar registro de preços para aquisição de material de laboratório, conforme dados a seguir:

21.1. Acórdão de Relação 2257/2017 - Segunda Câmara, refere-se à situação do Pregão Eletrônico nº 018/2016 realizado pelo Hospital de Guarnição de Florianópolis – Exército Brasileiro;

21.2. Acórdão 6754/2009 - Primeira Câmara, diz respeito ao Pregão Eletrônico n. 027/2009, deflagrado pelo Hospital Central do Exército.

22. Sendo assim, entendemos como irregular a contratação direta de empresa, por inexigibilidade de licitação, para aquisição de material de laboratório, sem a apresentação de justificativa técnica que demonstrasse cabalmente a inviabilidade de competição, contrariando o disposto no art. 25, inciso I, da Lei 8.666/93, bem como os Acórdãos-TCU 555/2016 do Plenário; e 8/2017 e 2.723/2011, da Primeira Câmara.”

17. Igualmente compreendo que não restou demonstrada a inviabilidade de disputa. Tanto é que nos precedentes citados alhures foram despoletados certames prévios às contratações entabuladas por outros hospitais.

18. De ressaltar que, nos casos alcançados pela inexigibilidade de certame prevista art. 25, inciso I, da Lei 8.666/93, é necessário que o gestor responsável pelo procedimento comprove que o bem a ser adquirido somente pode ser fornecido por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo. Essa interpretação remansosa está fixada no verbete de Súmula/TCU 255, assim vazado: “[n]as contratações em que o objeto só possa ser fornecido por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, é dever do agente público responsável pela contratação a adoção das providências necessárias para confirmar a veracidade da documentação comprobatória da condição de exclusividade.”

19. Em alinhio à essa jurisprudência, destaco alguns excertos de acórdãos colhidos da ferramenta de pesquisa “Jurisprudência Seleccionada” do Tribunal:

Acórdão 1.802/2014 – Plenário (rel. min. Raimundo Carreiro)

“É vedada a inexigibilidade de licitação quando não comprovado o requisito da inviabilidade de competição. É dever do agente público responsável pela contratação confirmar a condição de exclusividade, nos casos em que o objeto só possa ser fornecido por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo.”

Acórdão 1.975/2010 – Plenário (rel. min. Benjamin Zymler)

“Na contratação por inexigibilidade de licitação com fulcro no art. 25, inciso I, da Lei 8.666/1993, é obrigatória a demonstração de que o produto ou equipamento a ser adquirido somente pode ser fornecido por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo.”

20. Em específico, deve-se destacar que a metodologia “química seca” não é técnica que está sob o domínio exclusivo de único fornecedor, como bem registrado no Relatório que acompanhou o já mencionado Acórdão 6.754/2009 – 1ª Câmara (de minha lavra), **verbis**:

“4.2. Foram remetidas a esta Corte duas impressões de páginas da **internet** (fls. 80/82) nas quais são indicados outros fabricantes de material para exames clínicos baseados na metodologia de ‘química seca’, o que tornam insubsistentes as alegações da representante no que diz respeito à exclusividade. De fato, adicionaram-se a estes autos propagandas de equipamentos de outros fabricantes que empregam a metodologia da química seca e, até mesmo, o princípio da reflectância, anteriormente exclusivos da Johnson & Johnson (fls. 85/91).”

21. Como se percebe, a contratação direta da empresa Ortho Clinical Diagnostics do Brasil Produtos, mediante procedimento de inexigibilidade de disputa, foi irregular, porquanto a situação fática não se subsume à regra prevista art. 25, inciso I, da Lei 8.666/93, que se refere à hipótese legal do fornecedor exclusivo.

22. Firmadas essas premissas, passo ao exame do encaminhamento a ser conferido aos autos. Rememora-se que a unidade técnica sugeriu a aplicação da multa do art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992 ao Sr. Artur Henrique Bach, Chefe do Laboratório de Análises Pesquisas e Clínicas do Hospital Geral de Curitiba, por infração ao disposto no art. 25, inciso I, da Lei 8.666/1993.

23. Ocorre que o expediente que veiculou o quesito de audiência do responsável referiu-se, em substância, à inclusão da exigência de empregar a tecnologia de “química seca”, sem que fossem oferecidas as justificativas para não adoção da tecnologia convencional. Apesar de mencionar o art. 25, inciso I, da Lei 8.666/1993, o texto não foi claro sobre a necessidade de o gestor apresentar defesa quanto à necessidade de demonstrar a inviabilidade de certame.

24. Entendo que o ofício de comunicação processual deveria contemplar e divisar bem as seguintes questões para que o gestor justificasse: a) a opção pela metodologia “química seca”; e b) a inviabilidade de competição (licitação) em face da disciplina normativa do fornecedor exclusivo, prevista no art. 25, inciso I, da Lei 8.666/1993. No entanto, pelo teor do expediente dirigido ao responsável, creio que ficou prejudicada a sua defesa quanto ao quesito delineado na alínea **b** retrocitada.

25. Reforça essa minha intelecção o fato de que o gestor abordou, em sua longânime defesa trazida ao descortino do Tribunal, somente a questão da escolha da tecnologia “química seca”, destacando notadamente a sustentabilidade ambiental, as vantagens em geral e a economicidade dessa opção.

26. Ademais, a decisão paradigma mencionada no ofício de audiência (Acórdão 559/2017 – Plenário, v. item 24 acima) cuidou, em essência, de direcionamento de certame e de reafirmar a tese assentada nesta Corte de que a preferência por certa marca só é admissível se for comprovado que essa alternativa é a mais vantajosa e a única que atende às necessidades do órgão ou entidade.

27. Diante desse contexto, em vista da falta de clareza na redação do chamamento processual e da consequente prejudicialidade à defesa, deixo de acolher a proposta de imposição de multa ao agente público instado a se manifestar nos autos. Entendo ainda que o refazimento da audiência iria de encontro aos ideais da racionalidade administrativa e da economia processual que têm norteado a atuação desta Corte de Contas.

IV

28. Por fim, relembro que a SecexDefesa sugeriu que fossem comunicadas “às correspondentes “Secretarias de Controle Externo do Tribunal, responsáveis pelas unidades jurisdicionadas relacionadas [em tabela], para a adoção das providências cabíveis, que essas entidades contrataram a empresa Ortho Clinical Diagnostics do Brasil Produtos para a Saúde Ltda. para a disponibilização de equipamentos para a realização de exames bioquímicos com a utilização da tecnologia de ‘química seca’, por inexigibilidade de licitação.”

29. A proposta oferecida pela Secretaria instrutiva pode ser aperfeiçoada e tornada mais clara, convolvendo-se em determinação à Secretaria-Geral de Controle Externo – Segecex para que, em face da contratação da referida empresa por inexigibilidade de certame para a realização de exames bioquímicos com a técnica “química seca”, oriente as suas secretarias subordinadas responsáveis pelas unidades jurisdicionadas a seguir mencionadas, para que examinem esses procedimentos, representando ao Tribunal acerca de possíveis irregularidades: Hospital Universitário Júlio Muller FUF/MT (UASG 154070, inexigibilidades nos valores de R\$ 725.678,80 e R\$ 410.092,39), Hospital Militar de Área de Recife (UASG 160199, R\$ 732.347,50), Hospital Clínicas/UFMG (UASG 153261, R\$ 5.030.679,90), Hospital de Guarnição de Natal (UASG 160345, R\$ 193.949,18) e Hospital Geral de Fortaleza (UASG 167050, R\$ 319.362,20).

30. Entendo ainda que deve ser dada ciência ao Hospital Geral de Curitiba, com base no verbete de Súmula/TCU 255 e no art. 25, inciso I, da Lei 8.666/1993, de que nas contratações em que o objeto só possa ser fornecido por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, é obrigação do agente público responsável pela contratação justificar a condição de exclusividade.

31. Outrossim, dever ser encaminhada cópia do Acórdão a ser adotado pelo Colegiado ao Comando do Exército, para conhecimento.

32. Em síntese, esta Representação deve ser considerada parcialmente procedente: a) por restar caracterizada a indevida contratação direta de empresa mediante inexigibilidade de torneio licitatório, sem que seja apenado o agente público, ante a ausência de precisão no texto que constou do chamamento processual do responsável pelo certame, com possível prejuízo à sua defesa; e b) para que seja endereçada à Segecex a determinação e ao hospital a ciência precitadas.

Com essas considerações, manifesto-me por que seja adotada a deliberação que ora submeto a este Colegiado.

T.C.U., Sala das Sessões, em 24 de julho de 2019.

MARCOS BEMQUERER COSTA
Relator

ACÓRDÃO Nº 1710/2019 – TCU – Plenário

1. Processo TC-027.099/2018-0.
2. Grupo: II; Classe de Assunto: VII – Representação.
3. Interessados/Responsáveis:
 - 3.1. Interessado: Tribunal de Contas da União.
 - 3.2. Responsável: Sr. Artur Henrique Bach (882.879.639-15).
4. Entidade: Hospital Geral de Curitiba/Comando do Exército.
5. Relator: Ministro-Substituto Marcos Bemquerer Costa.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidades Técnicas: antiga Secretaria de Controle Externo no Estado do Paraná – Secex/PR e Secretaria de Controle Externo da Defesa Nacional e da Segurança Pública – SecexDefesa.
8. Representação legal: não há.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos da Representação formulada pela antiga Secretaria de Controle Externo no Estado do Paraná acerca de possíveis irregularidades ocorridas no procedimento de inexigibilidade 01/2018 e correspondente contrato, conduzido pelo Hospital Geral de Curitiba, com vistas ao fornecimento de reagentes químicos, condicionados à cessão em comodato de um equipamento para análise automática de bioquímica, hormônios e imunologia.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. conhecer da presente Representação, com fundamento nos arts. 235 e 237, inciso VI e parágrafo único, do Regimento Interno deste Tribunal, para, no mérito, considerá-la parcialmente procedente;

9.2. determinar à Secretaria-Geral de Controle Externo que, em face da contratação da empresa Ortho Clinical Diagnostics do Brasil Produtos para a Saúde Ltda. (CNPJ 21.921.393/0003-08) por procedimento de inexigibilidade de certame para a realização de exames bioquímicos com a técnica “química seca”, oriente as suas secretarias subordinadas responsáveis pelas unidades jurisdicionadas a seguir mencionadas, para que examinem esses procedimentos, representando ao Tribunal acerca de possíveis irregularidades: Hospital Universitário Júlio Muller FUF/MT (UASG 154070, inexigibilidades nos valores de R\$ 725.678,80 e R\$ 410.092,39), Hospital Militar de Área de Recife (UASG 160199, R\$ 732.347,50), Hospital Clínicas/UFGM (UASG 153261, R\$ 5.030.679,90), Hospital de Guarnição de Natal (UASG 160345, R\$ 193.949,18) e Hospital Geral de Fortaleza (UASG 167050, R\$ 319.362,20);

9.3. nos termos do art. 7º da Resolução TCU 265/2014, dar ciência ao Hospital Geral de Curitiba, com base no verbete de Súmula/TCU 255 e no art. 25, inciso I, da Lei 8.666/1993, de que nas contratações em que o objeto só possa ser fornecido por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, é obrigação do agente público responsável pela avença justificar a condição de exclusividade;

9.4. encaminhar cópia deste Acórdão ao Comando do Exército, para conhecimento e adoção de providências que entender cabíveis;

9.5. arquivar este processo.

10. Ata nº 27/2019 – Plenário.

11. Data da Sessão: 24/7/2019 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-1710-27/19-P.

13. Especificação do quórum:

13.1. Ministros presentes: José Mucio Monteiro (Presidente), Benjamin Zymler, Augusto Nardes, Raimundo Carreiro, Ana Arraes, Bruno Dantas e Vital do Rêgo.

13.2. Ministro-Substituto convocado: Augusto Sherman Cavalcanti.

13.3. Ministros-Substitutos presentes: Marcos Bemquerer Costa (Relator) e André Luís de Carvalho.

(Assinado Eletronicamente)
JOSÉ MUCIO MONTEIRO
Presidente

(Assinado Eletronicamente)
MARCOS BEMQUERER COSTA
Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)
LUCAS ROCHA FURTADO
Procurador-Geral, em exercício