



MINISTÉRIO DA DEFESA  
SECRETARIA-GERAL  
SECRETARIA DE PESSOAL, ENSINO, SAÚDE E DESPORTO  
HOSPITAL DAS FORÇAS ARMADAS

Pregão 44/2018 – TIPO MENOR PREÇO

RESPOSTA AO PEDIDO DE IMPUGNAÇÃO

Despacho nº 133/SEÇ LCTC/SDALC HFA/DCAF HFA/CMT LOG/HFA/SEPESD/SG-MD

Processo nº 60550.030342/2018-97

Assunto: Resposta ao Pedido de Impugnação empresa RENAL-TEC INDÚSTRIA, COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA

1. **EMPRESA SOLICITANTE**

"ILMO. SR. PREGOEIRO DO PREGÃO ELETRÔNICO 44/2018 DO HOSPITAL DAS FORÇAS ARMADAS – MINISTÉRIO DA DEFESA.

Processo nº 60.550.030342/2018-97.

Pregão Eletrônico 44/2018 do Hospital das Forças Armadas.

**RENAL-TEC INDÚSTRIA, COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA** (doravante “RENAL-TEC”), sociedade empresária brasileira, inscrita no CNPJ sob o nº 29.341.468/0001-21, com sede nesta cidade do Rio de Janeiro, capital do Estado do Rio de Janeiro, à [Rua Miraluz nº 291](#), interligado à [Rua Rolândia nº 280](#), Bonsucesso (Higienópolis), e escritório administrativo também nesta cidade, à [Rua Evaristo da Veiga nº 55, 22º andar](#), Centro, vem, por seu representante legal infra-assinado, apresentar, conforme permissivo do item 20.1 do Edital do Pregão Eletrônico em referência, apresentar **IMPUGNAÇÃO AO EDITAL**, notadamente quanto aos itens 8.3.9, e 8.6.3, com seus respectivos subitens, do citado instrumento convocatório, e item 13, e seus subitens, do termo de referência que corresponde ao Anexo I do Edital, nos termos seguintes.

Os itens questionados do Edital permitem a subcontratação para o fornecimento de insumos (e também para as atividades de manutenção das máquinas de hemodiálise e tratamento de água).

Embora a subcontratação de partes do objeto lícito, quando autorizada pelo Poder Público no Edital do certame, seja admitida pela Lei de Licitações (lei 8.666 de 1993), sempre como mera faculdade do contratado e preservada a responsabilidade desse por todas as obrigações contratuais e legais assumidas (obrigações essas portanto, que não são simplesmente transferidas ao subcontratado, mas que seguem sendo do contratado original), ainda assim uma série de cautelas cercam o instituto, já que ele acrescenta mais uma parte na cadeia de fornecimento de produtos e serviços, potencialmente aumentando o custo respectivo, e ainda porque o normal é que o objeto lícito seja prestado pela Parte com quem a Administração contratou tal fornecimento.

Uma das restrições ao instituto diz respeito justamente ao fato de que a subcontratação não deve, em regra, incidir sobre aspectos essenciais do contrato, mas apenas sobre atividades acessórias, ancilares. Outro caso em que a doutrina jurídica admite a subcontratação diz respeito a atividades muito específicas, como a subcontratação, por uma empresa de engenharia contratada para realizar uma obra, de uma empresa especializada a fim de realizar cálculos estruturais complexos, ou para realizar sondagens em subsolo. Neste sentido a lição de Marçal JUSTEN FILHO[1]:

Ou seja, é indispensável diferenciar das atividades que se constituem em núcleo da obrigação daquelas que são secundárias e complementares. Por exemplo, se a Administração realiza uma compra de computadores, não é obrigatório que o próprio fornecedor execute a atividade de transporte. Na compra, a obrigação fundamental consiste na prestação de dar. A prestação de fazer, ainda que necessária ao perfeito adimplemento – tal como o transporte dos computadores até o seu destino, por exemplo – pode ser atribuído a um terceiro, sem que isso caracterize uma subcontratação interdita pelo direito. É evidente que, mesmo no exemplo, a execução do transporte por um terceiro não libera a o contratado da sua responsabilidade do contratado pela entrega dos bens no modo, lugar e tempo devidos. Apenas, não se configura infração à obrigação assumida pelo particular. Tal se passa porque a identidade do sujeito que executa esta atividade é material e juridicamente irrelevante para o credor. Não existe qualquer diferença entre a hipótese de o próprio devedor executar essa atividade ou um terceiro a fazer. Em tais hipóteses, nem se cogita uma subcontratação relevante para o direito administrativo.

Existem hipóteses, no entanto, em que a atividade objeto da execução por um terceiro se afigura como material e juridicamente relevante. Por exemplo, imagine-se um contrato de obra pública. Existem certas atividades cuja complexidade conduz à sua prestação por terceiros especializados. Basta pensar em sondagens do subsolo, cálculos estruturais ou certas atividades dotadas de grande complexidade. Em tais hipóteses, o edital deverá disciplinar o tema. Se for o caso, caberá prever a possibilidade de subcontratação parcial.

Ocorre que, no caso em tela, o fornecimento de insumos sequer pode ser conceituado como acessório, pois tal fornecimento integra a própria descrição essencial do objeto licitado, no item 1.2 do edital:

LOCAÇÃO DE 10 MÁQUINAS DE HEMODIALISE, COM MANUTENÇÃO CORRETIVA E PREVENTIVA DOS EQUIPAMENTOS DE TERAPIA RENAL SUBSTITUTIVA (TRS), TRATAMENTO DE 03SISTEMAS DE ÁGUA (ORMOSE REVERSA) PARA O SERVIÇO DE NEFROLOGIA DO HOSPITAL DAS FORÇAS ARMADAS, COM FORNECIMENTO DE INSUMOS POR DEMANDA PARA SEÇÃO DE HEMODIALISE.

Assim, o fornecimento de insumos integra o próprio objeto essencial do certame, não se podendo considerá-lo como atividade meramente acessória.

Trata-se, além do mais, de um item único do Edital. Ainda que o instrumento convocatório tenha pretendido dar tratamento diferente a partes desse item, ao apontar que a locação é a prestação principal (item 13.1 do termo de referência) de sorte que as demais prestações (manutenção das máquinas de hemodiálise, tratamento da água para hemodiálise e fornecimento dos insumos para hemodiálise), seriam secundárias, o fato é que todas essas prestações traduzem o cerne de obrigações de fornecimento de produtos ou serviços ao Poder Público, e não meras atividades acessórias como transporte, etc.

Cabe ainda salientar que, na composição do valor estimado do item único da licitação, o fornecimento de insumos é a parcela com o maior valor estimado. Portanto, tal parte das obrigações, longe de poder ser entendida como secundária, deve ser reconhecida como essencial.

Nessa perspectiva, a permissão de subcontratação, notadamente para o fornecimento de produtos (insumos), pode ser entendida como uma burla à higidez do certame, concebida para permitir a participação na licitação de empresas que não reúnem as condições de habilitação necessárias, tais como empresa que foi recentemente inabilitada no Pregão 27 de 2018 deste mesmo nosocômio, licitação essa que era, no mais, em tudo análoga à presente.

A propósito, mesmo nos casos em que admitida a subcontratação, não se pode deixar de exigir do contratado principal a plenitude das condições de habilitação necessárias para a entrega do objeto licitado. Afinal, ainda que se permita, como faculdade, a subcontratação, o contratado, potencial subcontratante, segue sendo, segundo o art. 72 da Lei 8.666 de 1993, o responsável, perante a Administração, pelo cumprimento de todas as obrigações legais e contratuais.

Dai porque a doutrina preconiza que a subcontratação não pode ser instrumento para se transferir ao subcontratado exigências de habilitação que o contratado deveria possuir.

Se o licitante não dispõe de condições para executar, ele próprio, a prestação, não deve ser habilitado. É o que afirma Marçal JUSTEN FILHO:

Além disso, algumas ponderações devem ser feitas pela Administração antes de permitir-se a subcontratação. “A primeira se relaciona com os riscos de receber uma prestação mal executada. Esses riscos conduzem a Administração a exigir que o próprio licitante desempenhe suas tarefas necessárias ao cumprimento contratual. A segunda tem a ver com a própria licitação. **Se o particular não dispunha de condições para executar a prestação, não poderia ter sido habilitado**”[2]

Com efeito, há que se recordar que subcontratação não se confunde com sub-rogação, e as obrigações do contratado não são transferidas ao subcontratado, mas continuam sendo obrigações daquele, ainda que, sob sua responsabilidade, parte delas sejam executadas por este.

Daí porque se exige que o contratado original, com quem a Administração celebra contrato, possua as condições de habilitação necessárias para a entrega do objeto licitado, ainda que admitida a eventual subcontratação, a qual, por disposição expressa da lei (art. 72 da Lei 8.666 de 1993), quando permitida, se dá **sem prejuízo da responsabilidade do contratado original por todas as obrigações legais e contratuais.**

Eis, então, o cerne da questão. Os dispositivos editalícios objeto da presente impugnação (itens 8.3.9, e 8.6.3, com seus respectivos subitens, do Edital, e item 13, e seus subitens, do termo de referência que corresponde ao Anexo I do Edital) autorizam a subcontratação das atividades de manutenção de máquina de hemodiálise, e de tratamento de água por osmose reversa para hemodiálise, bem como de fornecimento de insumos para hemodiálise, por empresa que realize a locação que máquinas de hemodiálise.

Ocorre que as atividades para as quais se passou a admitir subcontratação dependem de AFEs (autorizações de funcionamento) da ANVISA. Da forma como redigidas as cláusulas em questão, o edital autoriza que a empresa vencedora do certame não disponha dessas AFEs, desde que subcontrate outras empresas que as possuam.

Ocorre, como visto acima, que: (i) o fornecimento de insumos não é, pelas razões já expostas, meramente acessório; e (ii) não se admite a subcontratação como instrumento para permitir a participação no certame de empresas que deveriam ser inabilitadas por não terem condições de fornecerem o objeto licitado.

Nesse particular, não é demais lembrar que esse atual pregão eletrônico 44 de 2018 do HFA já foi precedido de dois pregões eletrônicos com objeto semelhante: o 11 de 2018, que reconhecia como escopo principal o fornecimento de insumos, mas pretendia que o fornecimento das máquinas fosse gratuito, em regime de comodato, e que não teve licitantes; e o 27 de 2018, no qual a empresa ENGELTECH foi inabilitada justamente por não possuir as AFE's da ANVISA necessárias para a prestação do objeto licitado.

No atual pregão, 44 de 2018, o Edital artificialmente passa a considerar o fornecimento de insumos como mero acessório, autorizando, quanto a ela, a subcontratação (embora, conforme acima exposto, o fornecimento de insumos siga sendo, na atual licitação, a parcela de maior valor estimado na composição do objeto licitado, o que revela que, na realidade, o fornecimento dos insumos continua a ser, inclusive do ponto de vista econômico-financeiro, a obrigação principal, por mais que o Edital agora busque declarar artificialmente tal fornecimento de insumos como prestação acessória, para o fim de circunscrever a vedação à autorização de subcontratação do objeto principal do contrato).

Evidentemente, não se deve admitir tal situação, devendo-se acolher a presente impugnação para reconhecer que, diante da essencialidade do fornecimento de insumos, e da sua condição de parcela de maior valor estimado na composição do objeto licitado, não pode haver, quanto a ela, subcontratação.

Outrossim, não se deve admitir que a permissão de subcontratação crie espaço para que licitantes pratiquem verdadeira fraude à lei no tocante às exigências da legislação sanitária. Pelas condições lançadas no Edital, qualquer empresa poderia participar do certame, mesmo sem aptidão técnica.

No caso, não se trata de uma subcontratação para fornecimento de um material qualquer, mais de produtos vitais para pacientes em tratamento de hemodiálise. Tendo isso em mente, cabe perguntar: de que forma se daria essa subcontratação? Quando a contratada-subcontratante, atendendo à demanda da Administração, compra o insumo junto ao subcontratado, obrigatoriamente esse insumo dará entrada em seu estabelecimento (armazenamento) e ela terá que entregá-lo (expedição) ao contratante. Essas atividades, que requerem AFEs da ANVISA, são executadas pelo contratante e não pela subcontratada.

Ademais, não há como fugir do fato de que a contratada terá que emitir uma nota fiscal para a entrega de cada um dos insumos. Claro está, dessa forma, que é a contratada que está fornecendo os insumos. Quem lhe vende ou a forma como a contratada faturará os respectivos insumos são meros detalhes. O que comprovadamente se caracteriza é uma operação de compra e venda por parte da contratada.

Há ainda, a questão da responsabilidade. Por lei, a contratada-subcontratante é responsável por todos os atos da subcontratada, preservando, assim, a responsabilidade derradeira pelo adimplemento do contrato e da legislação. Todavia, não faz sentido a contratada-subcontratante ter essa responsabilidade de supervisão sobre a subcontratada, e ser dispensada de apresentar as mesmas licenças e autorizações sanitárias que essa última. Que controle uma empresa sem aptidão técnica pode exercer sobre a subcontratada?

Diante de todo o exposto, é que a RENAL-TEC impugna o Edital, notadamente quanto aos itens 8.3.9, e 8.6.3, com seus respectivos subitens, do citado instrumento convocatório, e item 13, e seus subitens, do termo de referência que corresponde ao Anexo I do Edital, e pede que, com o acolhimento da presente impugnação, seja retificado o instrumento convocatório em todos os pontos necessários para:

a) vedar a subcontratação quanto ao fornecimento de insumos, dadas as características do objeto licitado;

Rio de Janeiro, 31 de agosto de 2018.

RENALTEC INDÚSTRIA, COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA."

## 2. RESPOSTA AO PEDIDO DE IMPUGNAÇÃO

2.1. Trata-se de resposta ao pedido de impugnação ao edital do Pregão 44/2018-HFA, conforme abaixo:

2.1.1. Cabe destacar que licitação é o procedimento administrativo formal em que a administração pública convoca, mediante condições estabelecidas em ato próprio (edital), empresas interessadas na apresentação de propostas para o oferecimento de bens e serviços.

2.1.2. Art. 72 da Lei 8.666/93, prevê que contratado, na execução do contrato, sem prejuízo das RESPONSABILIDADES CONTRATUAIS e legais, poderá SUBCONTRATAR partes de obra, serviço ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela Administração.

2.1.3. A SUBCONTRATAÇÃO prevista no Edital, foi definida sob os seguintes aspectos:

2.1.3.1. Foi emitido PARECER de análise do Pregão 27/2018 (fracassado - SEI **1178029**), somente 02 (dois) participantes, sendo que somente 01 licitante possuía todas as condições de habilitação quanto a QUALIFICAÇÃO TÉCNICA para fornecimento dos insumos, evidenciando caráter restritivo a competição;

2.1.3.2. Os critérios de qualificação técnica do Objeto, no caso a LOCAÇÃO, não são os mesmos para o fornecimento de medicamentos, o que vislumbra, no mínimo dois RAMOS DE ATIVIDADES diferentes, evidenciando restrição as empresas que trabalham somente com locação de equipamentos, visto que não são exigidos as mesmas autorizações da ANVISA para ambas as atividades, conforme pode ser constatado na RDC nº 16/2016-ANVISA.

2.1.3.3. A SUBCONTRATAÇÃO dos insumos, não causa qualquer tipo de RESTRIÇÃO quanto a participação da recorrente, visto que são ramos de atividades diferentes, inclusive permite o LICITANTE que não indique SUBCONTRATAÇÃO, uma maior possibilidade de redução de custos em relação as licitantes que tenham que indicar uma SUBCONTRATADA.

2.1.3.4. A possibilidade de SUBCONTRATAÇÃO para os insumos SOB DEMANDA, não é o OBJETO ESSENCIAL da contratação, pois trata-se de SERVIÇO DE LOCAÇÃO, não aquisição dos medicamentos.

2.1.3.5. QUANTO AOS CRITÉRIOS DE HABILITAÇÃO, SERÃO EXIGIDOS DA LICITANTE PRINCIPAL: A HABILITAÇÃO JURÍDICA, FISCAL E TRABALHISTA, QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRO E QUALIFICAÇÃO TÉCNICA (Previsão LEGAL);

2.1.3.6. SERÁ PERMITIDO A COMPROVAÇÃO DA QUALIFICAÇÃO TÉCNICA DO ITEM SUBCONTRATADO, PELA SUBCONTRATADA INDICADA, quanto a ATESTADOS DE CAPACIDADE TÉCNICA e AUTORIZAÇÕES DE FUNCIONAMENTO ANVISA. Seria descabido exigir uma qualificação ou autorização se é permitido subcontratar, conforme possibilita o entendimento do TCU. (Acórdão 2992/2011-Plenário).

2.1.3.7. As Empresas deverão apresentar as AFEs, conforme exigido no item 8.3.9, para todas classes definidas no Edital, sendo que a AFE da Classe MEDICAMENTOS poderá ser da SUBCONTRATADA, por se tratar de atividade autorizada em função do material e não em função da empresa.

2.1.3.8. CABE SALIENTAR QUE TODAS AS OBRIGAÇÕES CONTRATUAIS SÃO DE RESPONSABILIDADE DA CONTRATADA, previsto na LEI 8.666/93.

2.1.3.9. O LICITANTE CITA QUE A ADMINISTRAÇÃO FAZ TRANSFERÊNCIA DE RESPONSABILIDADES CONTRATUAIS, e cita o instrumento da SUB-ROGAÇÃO, que significa substituição de uma empresa por outra, não é o caso, o instrumento definido é SUBCONTRATAÇÃO, que não pode ser confundido com SUB-ROGAÇÃO.

2.1.3.10. O recorrente tenda demonstrar a licitação não pode ter SUBCONTRATAÇÃO, por se tratar de um único item, se assim fosse esse entendimento, não poderíamos subcontratar parcelas de

## Obras de Engenharia.

2.1.4. A subcontratação permite, que a autoridade competente, de forma discricionária e justificada, possa utilizar este instrumento para ampliar a concorrência, o que foi identificado nesta contratação.

2.1.5. Segundo entendimento do [Tribunal de Contas](#) da União, em sua obra “Licitações e Contratos: Orientações e Jurisprudência do TCU, diz que: “**Subcontratação consiste na entrega de parte de fornecimento de bem, execução de obra ou prestação de serviço a terceiro, estranho ao contrato, para que execute em nome do contratado item, etapa ou parcela do objeto avençado.**” (4. ed. Brasília: TCU, 2010)

2.1.6. Do disposto na Lei nº 8.666/93, extraem-se quatro importantes aspectos da subcontratação:

2.1.6.1. A decisão acerca de sua admissão, ou não, constitui mérito administrativo;

2.1.6.2. A Administração deve estabelecer os limites máximos para subcontratação, quando admiti-la, sendo vedada a subcontratação total do objeto;

2.1.6.3. Deve ser prevista expressamente no edital e no contrato;

2.1.6.4. O contratado permanece responsável pelas obrigações contratuais e legais, não se confundindo com a sub-rogação prevista nos artigos 346 a 351, do Código Civil.

2.1.7. Assim, verifica-se, que a admissão de subcontratação, ou não, constitui decisão administrativa de cunho técnico e/ou administrativo. Com efeito, a Administração contratante define todos os contornos da contratação, inclusive o de admitir a subcontratação, conforme suas necessidades, as características do mercado e a disponibilidade deste em relação ao objeto do certame.

2.1.8. Quanto a alegação que o fornecimento dos Insumos seja a atividade essencial da licitação, novamente cabe enfatizar que o objeto é conforme consta no item 1 - SERVIÇO DE LOCAÇÃO DE MÁQUINAS DE HEMODIÁLISE, COM FORNECIMENTO DE INSUMOS SOB DEMANDA, a atividade principal é LOCAÇÃO DE EQUIPAMENTOS e que os insumos serão adquiridos sob demanda. O valor estimado dos insumos, que compõe o valor da contratação, visa permitir, além da análise de custos por item, VALOR para que possam ser empenhado os insumos. Possibilita também, a Administração comprovar que os valores dos insumos ofertados, estão em conformidade com o praticado no mercado e também, definir critério para repactuações.

2.1.9. No caso de subcontratação de parcela do objeto, quando houver solicitação de atestados de qualificação técnica na licitação, ou na hipótese de não terem sido exigidos atestados por se tratar de serviço usualmente prestado por limitadíssimo número de empresas, a contratada original deve exigir da subcontratada comprovação de capacidade técnica, disposição essa que deve constar, necessariamente, do instrumento convocatório. tal previsão consta no Edital. A AFE é exigida em função da CLASSE, não sendo cabível exigir da CONTRATADA, visto que a Atividade foi SUBCONTRATADA.

2.1.10. A disposição legal (artigo 72, Lei nº 8.666/93), não deixa margem a dúvidas, onde parcela do escopo contratual, pode ser objeto de subcontratação, mantida a responsabilidade daquele pela Administração originalmente contratado. E a lei, neste sentido, regrou o óbvio. Não há a possibilidade de uma empresa executar, por si e pelos seus empregados, todas as etapas do processo produtivo demandadas para execução de um complexo objeto contratual.

2.1.11. Também é admitido, como forma de comprovação da CAPACIDADE TÉCNICO-OPERACIONAL (da empresa), a apresentação de atestados e licenças da atividade por parte de empresa não licitante, que na condição de subcontratado especialista assuma compromisso com a execução da parte sob responsabilidade do licitante, na hipótese de sagrar-se ele vencedor da disputa. Mais do que admissível, tal prescrição parece ser absolutamente recomendável à luz do regime público das licitações.

## 3. CONCLUSÃO

3.1. Desta feita, não entendemos a necessidade de ajustes e alterações no Edital tendo em vista as questões suscitadas pela empresa impugnante.

3.2. Diante do exposto, INDEFIRO O PEDIDO DE IMPUGNAÇÃO, mantendo a data da abertura prevista.

3.3. A resposta será divulgada no site COMPRASGOVERNAMENTAIS e encaminhada ao interessado, via sistema SEI.

Brasília, 03 de setembro de 2018.

JOÃO BATISTA DA SILVA - CAP R1

Equipe de apoio

ALINE FALCÃO GARAY MENEZES - SC

Pregoeira do HFA



Documento assinado eletronicamente por **Joao Batista da Silva, Equipe de Apoio**, em 04/09/2018, às 12:02, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 1º, art. 6º, do Decreto nº 8.539 de 08/10/2015 da Presidência da República.



Documento assinado eletronicamente por **Aline Falcao Garay Menezes, Pregoeiro(a)**, em 04/09/2018, às 12:02, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 1º, art. 6º, do Decreto nº 8.539 de 08/10/2015 da Presidência da República.



A autenticidade do documento pode ser conferida no site [https://sei.defesa.gov.br/sei/controlador\\_externo.php?acao=documento\\_conferir&id\\_orgao\\_acesso\\_externo=0](https://sei.defesa.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0), o código verificador **1201414** e o código CRC **31CAF050**.