



Prefeitura Municipal de São Carlos

Departamento de Procedimentos Licitatórios

“São Carlos, Capital da Tecnologia”

PREGÃO ELETRÔNICO Nº 121/2018
PROCESSO Nº 1789/2018
RESPOSTA A PEDIDO DE ESCLARECIMENTO

Aos 24 (vinte e quatro) dias do mês de maio do ano de 2019, às 16h35, reuniu-se na Sala de Licitações a Equipe de Apoio ao Sistema Informatizado de Licitações - Pregão Eletrônico para proceder à análise do Pedido de Esclarecimentos encaminhado via e-mail a este Departamento de Procedimentos Licitatórios pela empresa **NOVARTIS BIOCIEÊNCIAS S.A. (“NOVARTIS”)**, devidamente inscrita no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas sob o nº 56.994.502/0025-07, referente ao Pregão Eletrônico em epígrafe, cujo objeto é a **AQUISIÇÃO DE EQUIPAMENTOS PARA O CENTRO CIRÚRGICO DO HOSPITAL UNIVERSITÁRIO DE SÃO CARLOS (HU-UFSCAR)**.

Da síntese dos questionamentos do licitante:

A NOVARTIS BIOCIEÊNCIAS S.A. (“NOVARTIS”) vem por meio deste informa-los do processo de cisão da “Divisão Alcon” do Grupo Novartis em âmbito global, resultando em duas companhias globais com capital aberto (Novartis e Alcon). A operação de cisão da NOVARTIS no Brasil ainda não foi concretizada, por razões regulatórias. Contudo, como parte central da referida operação de cisão, foi formada e registrada uma empresa denominada ALCON BRASIL CUIDADOS COM A SAÚDE LTDA. (“ALCON BRASIL”) (CNPJ/MF nº 32.929.819/0001-24), que assumirá a integralidade dos negócios e operações da presente divisão “ALCON LABORATÓRIOS DO BRASIL – A NOVARTIS DIVISION” da NOVARTIS. Quando ocorrer a efetiva separação das empresas NOVARTIS e ALCON, a então futura empresa ALCON BRASIL deterá a integralidade dos produtos e serviços relacionados a cuidados cirúrgicos oftalmológicos, mantendo o mesmo padrão de qualidade até então dispendido a todos os seus clientes nas esferas públicas e privadas, visando ainda seu crescimento futuro.

Considerando que os tramites burocráticos, societários, tributários e regulatórios fogem do controle das empresas envolvidas na operação de cisão, podem consumir mais tempo do que o esperado, bem como levando em consideração os prazos e a vigência do presente edital, a NOVARTIS BIOCIEÊNCIAS S.A (ALCON LABORATÓRIOS DO BRASIL – A NOVARTIS DIVISION) vem requerer a V. Sas. o seguinte:

- a) a inclusão, no presente edital, de previsão expressa da possibilidade de cessão do contrato público por parte da NOVARTIS BIOCIEÊNCIAS S.A (ALCON LABIRATÓRIOS DO BRASIL – A NOVARTIS DIVISION), caso essa seja a vencedora do presente certame, para a ALCON BRASIL CUIDADOS COM A SAÚDE LTDA., registrada sob o CNPJ/MF nº 32.929.819/0001-24 ou suas filiais, possibilitando a continuidade do objeto do contrato pela última, sem necessidade de rescisão; ou**
- b) alternativamente, caso V. Sas. entendam pela não retificação do presente edital, requer seja deferida a inclusão no contrato público da previsão de cessão do objeto do contrato em caso de cisão, para a validade do presente ato perante os entes da União.**

Os pedidos acima deduzidos encontram guarida em diversas decisões do E. Tribunal de Contas da União, tais como o a exarada no Acórdão nº 1245/2004 – Plenário 31/2004, de forma que a futura ALCON BRASIL CUIDADOS COM A SAÚDE LTDA. possa suceder a NOVARTIS BIOCIEÊNCIAS S.A., sub-rogando-se totalmente nos direitos e obrigações do contrato público com ralação a ela:

“Determinação a Órgão/Entidade: DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRA-ESTRUTURA DE TRANSPORTES: observe-se, doravante, que nas transferências de contrato, nos termos do Acórdão 1108/2003/ - Plenário - TCU, somente se faz possível a continuidade dos contratos celebrados com empresas que tenham sofrido fusão, incorporação ou cisão desde que cumpridos os seguintes requisitos, cumulativamente:

- a) tal possibilidade esteja prevista no edital ou no contrato, nos termos do art. 78, inciso VI da Lei nº 8.666/93; (Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato: (...) VI - a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato) – Grifo nosso.
- b) sejam observados pela nova empresa os requisitos de habilitação estabelecidos no art. 27 da Lei nº 8.666/93, originalmente previstos na licitação;
- c) sejam mantidas as condições estabelecidas no contrato original.”

Sendo o que nos cabia para este momento, subscrevemo-nos.



Prefeitura Municipal de São Carlos

Departamento de Procedimentos Licitatórios

“São Carlos, Capital da Tecnologia”

Da resposta da Unidade solicitante – Hospital Universitário / Secretaria Municipal de Saúde:

Prezados, bom dia!

Acerca do esclarecimento em questão é importante salientar que não será confeccionado contrato ou ata de registro de preços, mas somente será emitido empenho e ordem de fornecimento para a entrega dos equipamentos.

Cabe esclarecer que a partir do momento que uma empresa sagra-se vencedora do certame licitatório o empenho é emitido contendo os dados bancários da empresa bem como emitido para o CNPJ da empresa vencedora.

No Governo federal é impossível o pagamento de nota fiscal emitida por CNPJ distinto daquele constante do empenho.

Contudo não sei como está questão é tratada pela prefeitura, que será a responsável pelo pagamento.

Com relação à empresa que realizara a entrega do equipamento bem como será a responsável pela garantia o HU-UFSCar não se opõe a uma possível assunção pela nova empresa desde que o equipamento a ser entregue seja o mesmo ofertado na licitação e nas mesmas condições de fornecimento contidos na proposta vencedora do certame.

Sem mais a esclarecer nos colocamos à disposição.

Da resposta da Equipe de Apoio ao Pregão Eletrônico:

Acompanhando a manifestação da unidade, o Hospital Universitário, que bem lembrou que o objeto desta licitação não é contrato, nem ata, mas o empenho e a ordem de fornecimento, e da impossibilidade de pagamento de nota fiscal emitida por CNPJ distinto daquele constante do empenho.

E sendo uma questão **discricionária** da Administração a permissão de **cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação**, esta Administração, à luz da natureza **intuito personae do contrato** e da repercussão geral da matéria em outros processos de licitação, entende o procedimento por temerário à satisfatória execução do objeto.

Assim manterá o que determina o item 12.2 do edital:

Como condição para o fornecimento, **o licitante vencedor deverá manter as mesmas condições de habilitação**, prestar as informações solicitadas pela Prefeitura Municipal de São Carlos, dentro dos prazos estipulados, **bem como não transferir a outrem as obrigações decorrentes deste Edital**.

Colaboram com o entendimento desta Administração:

Jessé Torres Pereira Júnior:

Fica claro, (...), que **dará causa à rescisão do contrato qualquer ato que implique na substituição do contratado por outra pessoa, (...). A ratio está em que a empresa substituta, não tendo participado da licitação, não teve sua habilitação aferida, nem disputou o preço com os demais concorrentes, sendo, portanto, uma estranha para a Administração.** (PEREIRA JÚNIOR, 2009, p. 785.) (Grifamos.)

Consultoria Zênite:

ORIENTAÇÃO PRÁTICA – 1222/274/DEZ/2016

CONTRATO – CISÃO DA EMPRESA CONTRATADA, DIFERENÇA DA SUB-ROGAÇÃO E INSTRUMENTO HÁBIL À FORMALIZAÇÃO. Esta Orientação foi elaborada e revisada pela Equipe Técnica e de Supervisão do Serviço de Orientação da Zênite.

Inicialmente, vejamos o que estabelece o art. 78, inc. VI, da Lei de **Licitações**, abaixo transcrito:

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

(...)

VI - a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, **cisão** ou incorporação, **não admitidas no edital e no contrato**; (Grifamos.)



Prefeitura Municipal de São Carlos

Departamento de Procedimentos Licitatórios

“São Carlos, Capital da Tecnologia”

A previsão dessa hipótese de rescisão contratual tem em vista o fato de que os contratos administrativos, em uma primeira análise,¹ detêm caráter personalíssimo, ou seja, esses ajustes devem ser executados pelo particular selecionado para tanto e que comprovou a reunião dos requisitos de habilitação necessários, demonstrando sua capacidade e idoneidade para executar o objeto da contratação.²

É que a **cisão**, na forma do art. 229 da Lei nº 6.404/76, é a operação pela qual a companhia transfere parcelas do seu patrimônio para uma ou mais sociedades, constituídas para esse fim ou já existentes, extinguindo-se a companhia cindida, se houver versão de todo o seu patrimônio, ou dividindo-se o seu capital, se parcial a versão. Como se pode perceber, **a cisão constitui uma espécie de reorganização empresarial** e, por meio desta, uma sociedade transfere, total ou parcialmente, seu patrimônio à outra. Se a **cisão** for total, a empresa cindida deixa de existir, assumindo a outra os direitos e deveres daquela. Se parcial, continuará a existir, nos termos do ato da **cisão**.

Sobre a análise a ser feita em caso de operações societárias envolvendo empresa originalmente contratada pela Administração, válido destacar trecho de matéria publicada na Revista Zênite ILC, cujo racional, embora tenha sido desenvolvido em face do instituto da incorporação, é igualmente aplicável ao caso concreto:

Realizadas a avaliação do edital e/ou contrato relativa à previsão expressa ou à ausência de vedação à ocorrência da incorporação, a avaliação quanto à adequada execução do objeto, bem como a avaliação das condições de habilitação, esta Consultoria entende pela possibilidade de a Administração proceder à alteração subjetiva do contrato, substituindo a empresa contratada originalmente por aquela que a incorporou via operação societária.

Mas, anote-se: para que tal alteração ocorra, deve ser feita a avaliação quanto ao preenchimento dos requisitos de habilitação pela incorporadora, bem como da viabilidade de adequada execução do objeto. (Revista Zênite ILC, 2010c, p. 835.) (Grifamos.)

Ainda, foi o entendimento do Tribunal de Contas da União, no Acórdão nº 634/2007 – Plenário, aqui citado como referência:

Nos termos do art. 78, inciso VI, da Lei 8.666/1993, **se não há expressa regulamentação no edital e no termo de contrato dispondo de modo diferente**, é possível, para atendimento ao interesse público, manter vigentes contratos cujas contratadas tenham passado por processo de **cisão**, incorporação ou fusão, ou celebrar contrato com licitante que tenha passado pelo mesmo processo, **desde que: (1) sejam observados pela nova pessoa jurídica todos os requisitos de habilitação exigidos na licitação original; (2) sejam mantidas as demais cláusulas e condições do contrato; (3) não haja prejuízo à execução do objeto pactuado; e (4) haja a anuência expressa da Administração à continuidade do contrato.** (TCU, Acórdão nº 634/2007, Plenário, Rel. Min. Augusto Nardes, DOU de 23.04.2007, publicado na Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC), Curitiba: Zênite, n. 160, p. 634, jun. 2007, seção Tribunais de Contas). (MENDES, 2016, Lei nº 8.666/93, nota ao art. 78, inc. VI, categoria Tribunais de Contas.) (Grifamos.)

Maria de Lourdes Flecha de Lima Xavier Caçado:

Em síntese, a partir da doutrina e da jurisprudência acima colacionadas, pode-se concluir, com plena segurança, que:

- A **cisão** societária, seja ela parcial ou total, que implicar a transferência de acervo humano, técnico, patrimonial e financeiro da empresa cindida à empresa cindenda não viola a regra do art. 50 da Lei nº 8.666/93, pois não acarretará preterição da ordem classificatória e não se estará diante de 'terceiro estranho' à licitação;
- Com isso, a **cisão** assim efetivada não viola o art. 55, inc. XIII, da Lei nº 8.666/93, porquanto também em razão da natureza dessa **cisão**, a empresa cindenda recebeu todo o acervo técnico, ou expertise, assim como o acervo humano, financeiro e correlatos da empresa cindida;
- Ainda, essa **cisão** não enseja violação do art. 78, incs. VI e XI, da Lei nº 8.666/93, porque as hipóteses de rescisão ali elencadas não são automáticas, **devendo a Administração Pública exercer seu poder**



Prefeitura Municipal de São Carlos

Departamento de Procedimentos Licitatórios

“São Carlos, Capital da Tecnologia”

discricionário para avaliar o eventual prejuízo à execução do contrato e a imperiosidade de sua manutenção ou rescisão; sem que haja cabal demonstração do referido prejuízo, a rescisão será ilegal; (CANÇADO, 2012, p. 1120.) (Grifamos.)

ACÓRDÃO Nº 634/2007, TCU - PLENÁRIO, DE 18/04/2007 – Ministro Relator Augusto Nardes:

(...) 18. Com todos os cuidados apontados acima, e sempre atento aos maus usos que podem ser feitos dos instrumentos previstos na lei de licitações, vejo ainda necessidade de que se reserve expressamente espaço para a ação discricionária da Administração a ser desencadeada em resposta a particularidades de que tenha conhecimento acerca da reestruturação e que possam ser repudiados pelos princípios gerais da Administração Pública. Por isso mesmo, impõe-se ao administrador público acompanhar os procedimentos afetos à reestruturação de empresas que tenham contratos com o poder público, por tudo importando que o gestor, em ato formal próprio, expresse, de maneira fundamentada, sua anuência ou discordância com a continuidade da contratação com a empresa resultante da fusão, cisão ou incorporação. Devo lembrar que um pronunciamento prévio da autoridade competente acerca da continuidade do contrato será sempre necessário até para que se possa avaliar do atendimento às demais condicionantes relacionados neste Voto.

19. Necessário enfatizar que a exigência da anuência prévia e expressa da Administração formalizando a decisão sobre a manutenção do contrato não quer dizer que o Poder Público deva ter ingerência nos acertos empresariais tendentes à reestruturação da empresa contratada. Tais acertos, é bom frisar, estão adstritos exclusivamente aos particulares neles envolvidos. Longe de franquear interferência indevidas, o que se pretende é que, por uma questão de observância ao princípio da supremacia do interesse público, possa o Poder Público assegurar-se de que os arranjos particulares guardam compatibilidade com aquele interesse maior.

TRIBUNAL DE CONTAS DE SÃO PAULO:

"O TCE/SP entendeu que 'no caso concreto verifico que o princípio da isonomia foi ferido ao se substituir a contratada por outra, a qual realizou quase a totalidade dos serviços objeto do presente ajuste, tendo em vista que o contrato administrativo é intuitu personae, tendo havido a cessão de direitos parciais e depois total. O contrato em exame ficou a mercê de eventuais irregularidades, pois a contratada somente após receber da Prefeitura as Ordens de Serviços indicando as obras que deveriam ser realizadas, celebrava os termos de cessão para que a sua sucessora executasse os serviços solicitados, sem qualquer justificativa plausível para sua ocorrência. Referido procedimento é incompatível com os princípios da moralidade e isonomia que devem nortear os negócios públicos'. (TCE/SP, TC-019706/026/95, Rel. Antonio Roque Citadini, j. em 31.03.2009.

Estes esclarecimentos foram encaminhados ao licitante e serão disponibilizados no portal desta Administração, para conhecimento público.

Roberto Carlos Rossato
Autoridade Competente

Guilherme Romano Alves
Pregoeiro

Fernando Jesus Alves de Campos
Membro