



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 30 (trinta) dias do mês de maio do ano de 2019, às 16h00, 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, em respeito aos esclarecimentos recebidos em 24.05.2019 (anexo), requerer a reconsideração da resposta ofertada pela “Equipe de Apoio ao Pregão Eletrônico”, para que este fique em consonância com o entendimento da “Unidade Licitante”. Preliminarmente, gostaríamos de esclarecer que os temores suscitados pela “Equipe de Apoio ao Pregão” são infundados, na medida em que, se tratando de um empenho, com ordem de fornecimento e pagamento em NF única, não haveriam problemas de pagamento em CNPJ's divergentes. Desde que o respectivo pedido e pagamento sejam realizados dentro da previsão de prazos editalícios, a NOVARTIS BIOCIEÊNCIAS S.A. “NOVARTIS”, se vencedora, ainda receberia os devidos pagamentos, bem como emitiria as notas necessárias sob o nome fantasia “ALCON LABORATÓRIOS DO BRASIL – A NOVARTIS DIVISION”, valendo-se, unicamente, do CNPJ utilizado para inscrição no Pregão em questão.

Considerando-se que após o período de emissão de notas ocorrerá a cisão, em âmbito nacional, na qual a empresa denominada ALCON BRASIL CUIDADOS COM A SAÚDE LTDA. (“ALCON BRASIL”) (CNPJ/MF nº 32.929.819/0001-24) ocorrerá a cisão, e que a empresa ALCON BRASIL deterá a integralidade dos produtos, bem como de todos os serviços de assistência técnica relacionados a cuidados cirúrgicos oftalmológicos, seria necessário alterar o responsável pelo equipamento, perante V.Sas., visto que toda mão de obra especializada viria da, então, ALCON BRASIL, detentora da tecnologia e insumos necessários para a efetiva manutenção do equipamento ofertado. O Pedido da previsão de cessão, nos termos em que expomos converge com a resposta ofertada pela “Unidade Solicitante”, visto que não serão geradas novas notas de pagamento, mas serão mantidas todas as qualificações técnicas, hoje ofertadas pela NOVARTIS, sob a alcunha de “ALCON LABORATÓRIOS DO BRASIL – A NOVARTIS DIVISION”, alterando-se tão somente a pessoa jurídica responsável por tais serviços de garantia e manutenção, que passaria a ser denominada ALCON BRASIL CUIDADOS COM A SAÚDE LTDA. Nestes termos, gostaríamos da reconsideração de V.Sas., e um aceite formal para a participação desta empresa no certame em aberto. Sendo o que nos cabia para este momento, subscrevemo-nos. Atenciosamente

Da resposta da Equipe de Apoio ao Pregão Eletrônico:

Esta Administração reitera o entendimento firmado no esclarecimento anterior, conforme lembrado abaixo:

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:



Prefeitura Municipal de São Carlos

Departamento de Procedimentos Licitatórios

“São Carlos, Capital da Tecnologia”

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.)

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 dispendo 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 ausência 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.



Prefeitura Municipal de São Carlos

Departamento de Procedimentos Licitatórios

“São Carlos, Capital da Tecnologia”

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 Cançado:

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

a) 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**;

b) 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;

c) 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 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

Hicaro Leandro Alonso
Membro