



Senhor (a) Pregoeiro (a) da Comissão Permanente de Licitações da Prefeitura Municipal de Herval D'Oeste – Estado de Santa Catarina/SC.

**Pregão Presencial nº. 061/2017**

**W & Z - Comércio e Serviços Hospitalares Ltda. EPP**, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº. 05.968.162/0001-31, sediada na Rua Nascente do Sol, nº. 500, Ponte do Imaruím – Palhoça/SC – CEP 88130-570, por seu representante infra assinado, com fulcro na Lei nº. 8.666/93 e Lei nº. 10.520/02, Edital de Abertura do Certame Licitatório nº. 061/2017, vem respeitosamente à presença de Vossa Senhoria, tempestivamente, interpor

**IMPUGNAÇÃO,**

Ao **Edital de Pregão Presencial nº. 061/2017**, para tanto embasado nas diretrizes da Legislação pertinente, e pelos substratos fáticos e jurídicos a seguir delineados:

**1) Da tempestividade da presente impugnação:**

A presente impugnação apresenta-se tempestiva, pois manifestada no prazo estabelecido no art.41, § 1º, 2º e 3º da Lei 8.666/93 e, em consonância com o disposto no Instrumento Editalício, tendo em vista que a data marcada para a sessão de abertura da licitação é 27/11/2017 (segunda-feira), e hoje é dia 20/11/2017 (segunda-feira), portanto, 5 (cinco) dias úteis antes da data de abertura das propostas. Desta feita, próprio à espécie, e tempestivo a teor da legislação vigente, passa-se a expor as razões da presente Impugnação.

**2) Da impugnação ao edital nº. 061/2017 - Da existência de equívoco no edital de abertura do certame referente ao descritivo (especificação técnica) do objeto a ser adjudicado. Da ilegalidade do instrumento editalício ora impugnado ante a flagrante existência de direcionamento do objeto a determinada marca/modelo/empresa. Descritivo do edital que leva a aquisição de um único equipamento de determinada marca/modelo/empresa. Ausência da busca da proposta mais vantajosa ao Poder Público respeitando o binômio custo x benefício. Da necessidade de retificação do**

**edital – descritivo técnico – visando ampliar a competitividade do certame e retirando exigências que o direcionam a determinada marca/modelo/empresa sob pena de assim não se procedendo estar-se direcionando o resultado.**

Prevê o edital como objeto do certame retro mencionado o registro de preços para eventual aquisição de equipamentos médico-hospitalares para as diversas unidades de saúde do Município de Herval d'Oeste, incluindo a UPA 24horas, pelo período de 12 (doze) meses, contudo, referido edital apresenta-se eivado de vício e ilegalidade, passível de ser sanado via impugnação, eis que o objeto do certame referente ao item 37 - Cardioversor encontra-se direcionado para a empresa/marca/modelo: Medicalway/Mindray/Beneheart D3, conforme será a seguir comprovado mediante fundamentação fática, técnica e jurídica que guarnecem o pleito de impugnação ofertado pela empresa ora impugnante.

Compulsando-se o edital de abertura do certame, mais precisamente no que tange ao item 37 Cardioversor, referente às especificações técnicas do aparelho destaca-se que o mesmo encontra-se direcionado empresa/marca/modelo: Medicalway/Mindray/Beneheart D3.

Portanto, verifica-se expressamente que o edital de abertura do certame em questão apresenta-se eivado de ilegalidade eis que encontra-se direcionado a empresa/modelo/marca D3 o que evidencia flagrante inobservância aos princípios que regem a licitação, por parte do Poder Público, motivo pelo qual se faz este alerta, mediante impugnação, e requer-se a alteração do edital para que não haja favorecimento indevido no presente certame e conseqüências negativas ao Poder Público que caso não reconheça as alegações acima elencadas estará sendo conivente com atos de ilegalidade na condução do certame.

Tem-se que a Lei nº. 8.666/93 veda expressamente a realização de certames licitatórios cujo edital faça expressa menção a marcas específicas e a determinadas empresa, o que por certo deixa claro o propósito de evitar o direcionamento dos certames e o conseqüente favorecimento de determinadas empresas que possuem produtos de marcas determinadas.

Tem-se que o presente edital ao prever expressamente em seu descritivo a exigência de aparelho com as especificações técnicas lá contidas acabara por direcionar, ainda que ciente da ilegalidade cometida, o certame empresa/marca/modelo: Medicalway/Mindray/Beneheart D3, eis que o no mercado é a única empresa que possui referido aparelho com as especificações constantes do descritivo.

O artigo 7º, inciso I, parágrafo 5º, da Lei 8.666/93 estabelece que “é vedada a realização de licitação cujo objeto inclua bens e serviços sem similaridade ou de marcas, características e especificações exclusivas, salvo nos casos em que for tecnicamente justificável, ou ainda quando o fornecimento de tais materiais e serviços for feito sob o regime de administração contratada, previsto e discriminado no ato convocatório”.

Já o seu artigo 15, parágrafo 7º, inciso I, estabelece que deve haver a especificação completa do bem a ser adquirido “sem indicação de marca”.

A bem da verdade, em razão de sua solidificação no mercado público, a Impugnante possui plena capacidade técnica e financeira para fornecer os mais diferentes tipos de equipamentos de mercado.

Contudo, ao passo que no presente certame traz consigo exigências técnicas que comprometem a disputa, a Administração fica inviabilizada de analisar uma oferta extremamente vantajosa em sua técnica e preço, impossibilitando até mesmo que uma das empresas mais capacitadas para esta contratação possa ser selecionada à contratação. Salientando-se ainda que o aparelho da empresa/marca/modelo: Medicalway/Mindray/Beneheart D3 poderá apresentar-se com preço extremamente alto se comparado ao preço do produto a ser ofertados pela impugnante ou outras licitantes, caso o edital seja retificado para que outras empresas cotem para determinado item, o que ainda deverá deixar o Poder Público contratante em situação de alerta, eis que no presente certame esta direcionando a licitação e ainda com a possibilidade de estar adquirindo produto com preço acima do mercado estando além dos valores praticados por outras empresas, donde verifica-se ilegalidades que vão desde o direcionamento do certame até um aquisição podendo ser considerada superfaturada se comparada com outros preços de mercado.

Com efeito, o exame acurado do edital revela situação que merece urgente reparo pela autoridade administrativa elaboradora do instrumento convocatório, pois cria óbice à própria realização da disputa, limitando o leque da licitação a apenas uma empresa.

Nesse sentido, impende salientar à queima-roupa que a matéria-objeto da presente impugnação, direcionamento de licitação, é questão pacificada no âmbito do Tribunal de Contas da União, cabendo lembrar que segundo a Súmula STF nº 347, ‘o Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público’ – podendo, assim, declarar a nulidade de qualquer ato e procedimento adotado em uma licitação que esteja em dissonância com seus preceitos, com a lei e, em especial com o art. 3º, § 1º, inciso I da Lei nº 8.666/93.

Nessa esteira, cabe lembrar que o órgão licitante, como do Governo do Estado, se regênci pelos preceitos ditados pela Corte de Contas do Estado, titular do poder de “exercer o controle de legalidade dos atos praticados pela Administração, em especial, decorrentes de licitações públicas processadas.”

Sob esse enfoque, oportuno destacar que o direcionamento em certames licitatórios é assunto diuturnamente tratado pelo Tribunal de Contas da União, que em sua função maior de fiscalizador da atividade administrativa, já decidiu reiteradas vezes a respeito do assunto. Nesse sentido, vale trazer à baila um de seus julgados sobre a matéria, in verbis:

“(…) 9. Postos esses fatos, em especial os que demonstram possibilidade de direcionamento da concorrência em tela, é de reconhecer o fumus boni iuris nas ponderações apresentadas pela Unidade Técnica. De notar que o prosseguimento do certame poderá causar prejuízos ao Erário, haja visto que, em princípio, o edital não observa os princípios da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração e da isonomia entre os licitantes, uma vez que há indícios de favorecimento à empresa Politec Ltda. Ressalta-se, adicionalmente, o elevado valor envolvido – cerca de R\$ 8.670.000,00 ( oito milhões, seiscentos e setenta mil reais).” ( Decisão 819/2000 – Plenário)

“Assim, em suma, observamos que não foram suficientemente ilididos os questionamentos em tela, podendo-se concluir pela responsabilidade da presidente (como de todos os membros) da CLP, por agir de forma ao menos omissiva, permitindo que houvesse o direcionamento, os sobrepreços e o favorecimento questionados. Por isso, sujeita-se a responsável à multa prevista no art. 43, parágrafo único, da Lei nº 8.443/92, na proporção, opinamos, de 15% ( RI-TCU, art. 220, inc. III).”(ACÓRDÃO N° 105/2000 – TCU – Plenário AC-0105-20/00-P

Quanto à ação do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, no caso de possível direcionamento, colacionamos decisão nº 153/98, in verbis:

O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE:

3. Considerando os indícios descritos de direcionamento da aludida licitação; e que tal procedimento licitatório não se conformaria à atual política de contenção de gastos impostos à Administração Pública, solicita que este Tribunal se digne a:

a) liminarmente, determinar ao Ministério da Justiça a suspensão do mencionado procedimento licitatório, uma vez que a matéria indica a abertura de propostas para o dia 11 do mês corrente;

b) determinar, com fulcro no art. 41, inciso II, também da Lei nº 8.443/92, a realização de inspeção no Ministério da Justiça, com vistas ao cumprimento dos misteres supra-

assinalados e, se for o caso, identificar os responsáveis pelos atos eventualmente irregulares.

5. Em resposta à diligência desta Secretaria, por meio do ofício nº 68/SE/MJ, de 03/02/98 (fls. 12), o MJ prestou as seguintes informações:

a) os atos referentes ao processo licitatório da Tomada de Preços nº 12/97 foram suspensos por intermédio da Portaria do Gabinete do Ministro/MJ nº 1.215, de 02/12/97 (fls.14);

b) a mesma Portaria desconstituiu a Comissão Permanente de Licitação, dispensando os seus membros;

c) Comissão de Avaliação, constituída mediante Portaria do Gabinete do Ministro/MJ, de 18/12/97, (fls. 16) para analisar a matéria, concluiu pela existência de irregularidades na licitação que comprometeriam todo o procedimento até então praticado, ante a inobservância do disposto no art. 3º, inciso I, da Lei 8.666/93 (fls.22)”

Inclusive, não é demais lembrar que a própria Lei n.º 8.666/93 está carregada de tópicos de preocupação, acerca da responsabilização de eventuais responsáveis da disputa por: a) imposição de restrições indevidas à ampla concorrência; b) elaboração imprecisa de editais e c) inclusão de cláusulas que denotam o direcionamento do procedimento licitatório.

Dando respaldo a esse poder de cautela, o art. 82 ordena que, os agentes administrativos que praticarem atos em desacordo com os preceitos da lei de licitações, além das sanções próprias administrativas previstas, "sujeitam-se à responsabilidade civil e criminal".

Acrescente-se, por adequado, que restrições indevidas e preferências injustificáveis podem ser enquadradas criminalmente no artigo 90 do Estatuto Licitatório (frustrar mediante qualquer expediente, o caráter competitivo da licitação. Pena de 2 a 4 anos, além de multa).

Assim, os fundamentos jurídicos aqui expendidos são fonte de valia universal perante a sociedade brasileira, operadores do direito, e PRINCIPALMENTE AGENTES PÚBLICOS, pois constituem proteção ao sagrado interesse público maior – razão esta suficiente a proclamar a retificação do edital no tocante à exigências que direcionam o certame.

De todo modo, é óbvio que tal exigência terá por efeito inarredável eliminar do certame um largo conjunto de empresas altamente capacitadas, mormente quando as próprias peculiaridades técnicas intrínsecas a esta disputa por si sós, são suficientes a diminuir o espectro competitivo do certame.

E tal conduta certamente não se coaduna com os princípios básicos das licitações, contidos no Art. 37, XXI, da Constituição Federal e no Art. 3º da Lei das Licitações, tais como os da legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, probidade administrativa, e seleção da proposta mais vantajosa..

Por sua vez, HELY LOPES MEIRELLES afirmava que:

“A igualdade entre os licitantes é princípio impeditivo da discriminação entre os participantes do certame, que através de cláusulas que, no edital ou convite, favoreçam uns em detrimento de outros, que mediante julgamento faccioso, que desigale os iguais ou iguale os desiguais.” (in Direito Administrativo Brasileiro, 18ª Edição, Malheiros Editores, pg. 249)

E, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO ensina:

“O princípio da isonomia ou igualdade dos administrados em face da Administração firma a tese de que esta não pode desenvolver qualquer espécie de favoritismo ou desvalia em proveito ou detrimento de alguém. Há de agir com obediência ao princípio da impessoalidade Uma vez que os interesses que lhe incumbe perseguir são pertinentes à Sociedade como um todo, quaisquer atos que os órgãos administrativos pratiquem devem, necessariamente, refletir, na medida do possível, a igualdade de oportunidades para todos os administrados.” (in Elementos de Direito Administrativo, 3ª Edição, Malheiros Editores, pg. 32)

Arremata brilhantemente JESSÉ TORRES PEREIRA JÚNIOR:

“Quanto aos princípios nomeados na Lei nº 8.666/93, consigne-se, por ora, que: a) o da igualdade impõe à Administração elaborar regras claras, que assegurem aos participantes da licitação condições DE ABSOLUTA EQUIVALÊNCIA durante a disputa, tanto entre si quanto perante a Administração, intolerável qualquer espécie de favorecimento;” (in Comentários à Nova Lei de Licitações Públicas, Ed. Renovar, pg. 25).

Como exposto, a licitação visa permitir a participação do maior número possível de pretendentes a contratar com a administração pública, em um processo seletivo que lhes permita igualdade de condições, fazendo com que o Poder Público possa pactuar com aquele que lhe ofereça melhores condições técnicas e econômicas, com a segurança exigida.

Qualquer desvio desse rumo, que vise ou venha a limitar o universo de participantes e, conseqüentemente, a livre concorrência, caracteriza infração à ordem econômica, sendo passível de punição, independente de culpa, conforme previsto no artigo 20, da Lei nº 8.884, de 11/06/1994.

Para a caracterização do crime basta o perigo de prejuízo à livre concorrência, independente da vontade do agente. Exigências ilegais ou desnecessárias, que prejudiquem a participação de concorrentes que têm condições de executar o objeto do concurso, infringem a ordem econômica, em virtude do prejuízo à livre concorrência, ainda que apenas potencial.

Tem-se que a Impugnação ao edital da licitação é da maior relevância e deve ser feita sempre que o interessado verificar dirigismo ou a ocorrência de exigências exageradas ou injustificáveis. O ato convocatório deve ser claro e objetivo, de sorte a não ensejar dúvidas que possam comprometer as habilitações das licitantes. O PRINCIPIO DA IGUALDADE deve prevalecer entre todos os licitantes, sendo vedadas cláusulas ou mesmo interpretações que possam de qualquer forma restringir ou impedir a livre participação dos concorrentes.

E nesse sentido a CF/88, em seu art. 37- XXI, não tolera restrições ao direito das partes de concorrer, até o final, nos processos licitatórios - verbis:

"ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações."

Vê-se que o legislador não admitiu exigências de comprovações excessivas de capacidade técnica, mas, apenas, aquelas absolutamente indispensáveis à garantia da boa execução da obra ou da prestação de serviços. E assim tem sido sacramental tanto na lei ordinária reguladora como também na doutrina e jurisprudência.

HELY LOPES MEIRELLES, que in Licitação e Contrato Administrativo, Saraiva/91/10<sup>a</sup> Ed. ensina que:

"O que o princípio da igualdade entre os licitantes veda é a cláusula discriminatória ou o julgamento faccioso que desigualava os iguais ou igualava os desiguais, favorecendo a uns e prejudicando a outros, com exigências inúteis para o serviço público, mas com destino

certo a determinados candidatos. Essa é a forma mais insidiosa de desvio de poder, com que a Administração quebra a isonomia entre os licitantes, razão pela qual o Judiciário tem anulado editais e julgamentos em que se descobre a perseguição ou favoritismo administrativo desiguando os proponentes por critérios subjetivos de predileção ou repúdio pessoal do administrador, mas sem nenhum motivo de interesse público, e sem qualquer vantagem técnica ou econômica para a Administração. Daí por que a Lei regulamentar da ação popular considera nulo o contrato resultante de edital em que "forem incluídas cláusulas ou condições que comprometam o seu caráter competitivo".

Conforme explicitado, os fundamentos jurídicos que fundamentam a presente peça tem por condão direcionar esta respeitável autoridade, Senhor (a) Ilustre Pregoeiro (a) à retomada da lisura do processo, evitando deste feita o direcionamento do presente certame e favorecendo a busca de uma maior participação de empregas com o propósito de obter uma proposta mais vantajosa ao Poder Público.

Assim, cabe à Administração ir ao encontro das determinações do Tribunal de Contas dos Estados e União, que detém determinado feixe de competências e atribuições para examinar todos os editais lançados pela Administração. O norte traçado pelos Tribunais torna-se inalterável, de aplicação erga omnis, por força do Princípio da Segurança Jurídica, base mesma do Estado Democrático de Direito.

Desse modo, face à remansosa jurisprudência aplicada e vasta doutrina administrativista que apóia a ampla competitividade, outra solução não há senão o acolhimento das razões acima elencadas, para que o edital em espécie seja reformulado, determinando a retirada das exigências técnicas referentes a cotação de aparelho item 37 – Cardioversor com as especificações técnicas direcionadas para empresa/marca/modelo: Medicalway/Mindray/ Beneheart D3.

### **3) Dos pedidos ante a realidade fática e corroborados pela legislação pátria vigente e aplicável à espécie:**

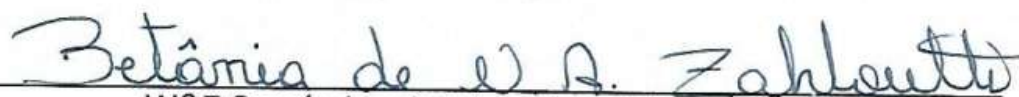
Aduzidas as razões que balizaram a presente Impugnação, esta Impugnante, requer, com supedâneo na Lei nº. 8.666/93 e suas posteriores alterações, bem como as demais legislações vigentes, o recebimento, análise e admissão desta peça, para que o ato convocatório seja retificado no assunto ora impugnado DETERMINANDO-SE A EXCLUSÃO das exigências técnicas referentes a cotação de aparelho item 37 – Cardioversor, eis que referido aparelho é exclusivo da empresa/marca/modelo: Medicalway/Mindray/ Beneheart D3, sendo esta a única forma de se recuperar a característica essencial da disputa, sem os graves indícios de direcionamento do certame.



Pugna ainda pela emissão de Parecer Técnico-Científico utilizando o método de revisão sistemática conforme diretrizes do Ministério da Saúde, eis que como esta sendo dirigido o certame para a marca/modelo D3, torna-se necessário parecer que comprove a real eficiência das tecnologias em comparação aos demais equipamentos de outras empresas/marcas/modelos e levando-se em conta os preços de mercado. Caso não entenda pela adequação do edital, pugna-se pela emissão de parecer, informando quais os fundamentos legais que embasaram a decisão do (a) Senhor (a) Ilustre Pregoeiro (a).

Informa, outrossim, que na hipótese, ainda que remota, de não modificado o dispositivo editalício impugnado, TAL DECISÃO CERTAMENTE NÃO PROSPERARÁ PERANTE O PODER JUDICIÁRIO, SEM PREJUÍZO DE REPRESENTAÇÃO JUNTO AO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO, TENDO EM VISTA O DIRECIONAMENTO DO PRESENTE CERTAME.

De Palhoça para Herval D'Oeste, em 20 de novembro de 2017.



W&Z Comércio e Serviços Hospitalares Ltda

Betânia de Nazaré Alvez Zahlouth

Representante Legal