ILUSTRÍSSIMAO PRESIDENTE DO CONSÓRCIO INTERMUNICIPAL DE SAÚDE - CONIMS

PREGÃO ELETRÔNICO Nº 05/2020

MEDIPHACOS INDÚSTRIAS MÉDICAS S/A., pessoa jurídica de direito privado inscrita no CNPJ/MF nº 21.998.885/0001-30, com sede à Av. Deputado Cristovam Chiaradia, nº 777, Buritis, Belo Horizonte-MG, CEP 30.575-815, vem, por seu Procurador abaixo assinado, não se conformando com parte do Edital em epígrafe, oferecer sua **IMPUGNAÇÃO AO EDITAL** pelos fundamentos de fato e de direito a seguir expostos:

I. DOS FATOS

1. A Impugnante atua com forte destaque em âmbito nacional no mercado de comércio de materiais para uso médico, cirúrgico, hospitalar, de laboratórios máquinas, aparelhos e equipamentos para uso odonto-médico-hospitalar, partes, peças e insumos, fazendo sempre uso de sua marca, muito conhecida no meio em que atua.

2. Assim, deseja participar do Pregão Eletrônico, cujo objeto é:

> AQUISIÇÃO DE EQUIPAMENTOS MÉDICOS PARA A REALIZAÇÃO DE CIRURGIAS DE FACOEMULSIFICAÇÃO, conforme convênio nº 883695/2019 – Ministério da Saúde e ainda de acordo com especificações e quantitativos descritos no Anexo I - Termo de Referência.

3. Ocorre que, ao analisar o edital do certame, verificou-se que os valores de referência estão manifestamente inferiores aos praticados pelo mercado, além de ser notória a presença de cláusulas restritivas em relação às características do equipamento e de difícil aquisição que, com a devida vênia, representa direcionamento do certame.

4. Como tais exigências constituem grave ilegalidade, busca esta Impugnação a retificação do instrumento convocatório.

II. DO DIREITO
II.1 – EXISTÊNCIA DE ESPECIFICIDADES DO PRODUTO DESCRITO QUE AFRONTAM O PRINCÍPIO DA COMPETITIVIDADE

5. Consta do Anexo I – Termo de Referência a seguinte descrição do item para aquisição do aparelho de Facoemulsificador:

> Sistema para cirurgias do segmento anterior do olho com bomba de aspiração a vácuo tipo venturi. Composto por computador central com controle digital das funções na tela com interface gráfica amigável. Painel de cristal líquido sensível ao toque e articulado, facilitando a visualização da tela, transporte e descanso. Deve possuir sintetizador de voz, controle remoto e **pedal sem fio,** permitindo ao cirurgião realizar facoemulsificação (linear e pulsada), com modos de US contínuo, Burst (Micro Burst), Pulse (Micro Pulse), irrigação e aspiração (I/A), polimento de cápsula, vitrectomia anterior (com até 800 cortes) e cauterização bipolar. Desejável realizar cirurgia por microincisão coaxial de até 1,8 mm. Deve possuir sistema de controle fluídico permitindo alcançar níveis de vácuo de até **600 mmHg mantendo a estabilidade da câmera.** Programação de procedimento em modo sequencial: possibilidade de programar a sequência de modos e memórias utilizadas na cirurgia e seu controle poderá ser feito diretamente no pedal pelo cirurgião, essa função faz com que seja minimizada a possibilidade de erro de operação. Programação de todos os botões, funções e estágios do pedal. Pedal ajustável de acordo com o tamanho do pé do cirurgião, proporcionando maior ergonomia. Deve possuir controle digital dos níveis de ultrassom. Deve possuir controle global de aspiração o que permite a escolha ao cirurgião se ele prefere controlar a velocidade de subida do vácuo ou se o vácuo será fixo. Deve possuir memória para no mínimo 100 médicos com possibilidade de armazenamento de memórias em pen drive, facilitando a transferência e cópia para outros equipamentos. Deve fornecer relatórios detalhados sobre o uso do ultrassom, vácuo, etc. Deve possuir sistema de calibração das canetas de forma automática. Deve possuir bandeja de apoio com braço articulado e haste motorizada. O equipamento deve acompanhar os seguintes acessórios: manual do operador em CD, capa protetora, controle remoto sem fio, 02 **canetas de facoemulsificação com 06 cristais**, 02 canetas de I/A, 02 ponteiras de I/A curvas, 01 caixa com seis unidades de ponteiras de I/A com silicone na ponta, pedal sem fio wireless. Alimentação elétrica a ser definida pela entidade solicitante.

6. Ocorre que o produto licitado, nos moldes perpetrados, indica a restrição à participação de dezenas de empresas que possuem produtos aptos a firmarem a contratação desejada, tendo em vista que existem poucas empresas em condições de participar da concorrência, atendendo a todos os seus termos.

7. Vale enfatizar que são diversas empresas atuantes no seguimento de equipamentos médico-hospitalar, porém, poucas empresas possuem a particularidade exigida pelo Edital, qual seja, Facoemulsificador com **pedal sem fio, caneta com 6 cristais e nível de vácuo de 600MMH**.

8. Trata-se, portanto, de condição absolutamente ilegal, pois consoante já dito, esta exigência direciona a licitação uma única empresa do ramo, quando se sabe, existem inúmeras outras empresas conhecidas, que poderiam e efetivamente podem atender de maneira satisfatória as necessidades da Administração.

9. Desta forma, a manutenção do certame na forma apresentada fere de morte os princípios norteadores da licitação, mormente os princípios da igualdade e da competitividade.

10. Não obstante o acima disposto, **a exigência disposta no edital, direciona o certame a apenas uma ou duas empresas do mercado**.

11. Desta forma, a restrição à competividade eiva de vícios o certame em tela, ensejando a necessidade de retificação do instrumento convocatório.

12. Nesse sentido, cabe trazer à discussão o teor do artigo 3º, § 1º, inciso I, do da Lei 8.666/93:

> §1º É vedado aos agentes públicos:
> I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato;

13. Resta, pois, evidente a intenção do Legislador de coibir qualquer atitude por parte da Administração Pública que restrinja o caráter competitivo do processo licitatório. A Administração somente poderá fazer restrições estritamente necessárias ao atendimento do interesse público, devendo, para tanto, ser analisados conjuntamente a cláusula restritiva e o objeto da licitação.

14. Constata-se nitidamente, o ataque ao princípio da competitividade.

15. É certo que o objetivo da licitação é selecionar a maior gama de concorrentes possíveis de forma a obter proposta mais vantajosa para a Administração.

16. Contudo, se há o direcionamento do certame, falece este objetivo, visto que somente as empresas aptas a atenderem todos os requisitos editalícios poderão participar, sendo assim, há comprometimento na disputa e, consequentemente, na busca pelo melhor preço.

17. **Muito embora não conste expressamente do Edital qual empresa estaria apta a desempenhar o objeto colimado, no caso concreto, <u>a simples observância das especificações técnicas demonstram o direcionamento do certame</u>.**

18. **Ainda, mesmo não havendo a especificação da marca e do produto, as condições técnicas <u>remetem a um único fornecedor</u>, portanto, as concorrentes não possuem condições de apresentarem propostas livremente, visto que, como enfatizado apenas uma ou duas empresas detém o tipo de tecnologia exigido.**

19. **Como enfatizado, dentre as várias empresas que desempenham atividades semelhantes no mercado, apenas uma atende a todos os requisitos do Edital. Assim é cristalino quem será o vencedor do certame.**

20. O princípio da competitividade é, digamos assim, a essência da licitação, uma vez que o certame só pode ser promovido, se possível a competição. É uma questão lógica. Em outras palavras, onde há competição, a licitação não só é possível, como em tese, é obrigatória; onde ela não existe a licitação é impossível.

21. No caso em tela, existe sistema pertinente e compatível, oferecido por centenas de empresas.

22. Ainda, há de ser considerado ainda o princípio da isonomia, o qual preconiza que a qualquer empresa ou profissional brasileiro deve ser permitido participar, em regime de igualdade, de procedimentos licitatórios realizados em todo o território nacional.

23. Acerca do tema, ensina Hely Lopes Meirelles:

> (...) é princípio impeditivo da discriminação entre os participantes do certame, quer através de cláusulas que, no Edital ou convite, favoreçam uns em detrimento de outros, quer mediante julgamento faccioso, que desiguale os iguais ou iguale os desiguais (artigo 3º, §1º).
> O desatendimento a este princípio constitui 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 o favoritismo administrativo, sem nenhum objetivo ou vantagem do interesse público. (Direito Administrativo Brasileiro, 27ª ed., Malheiros Editora, 2002, p. 262)

24. O artigo 7°, §5° da Lei de licitações é claro ao estabelecer ser 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.

25. Neste mesmo sentido, o artigo 15, §7°, I da aludida lei preceitua que nas compras deverão ser observadas ainda a especificação completa do bem a ser adquirido, sem indicação de marca.

26. Nos moldes em que se deram o Edital fica clara a existência de dirigismo na licitação e violação a isonomia entre os licitantes, como já fartamente demonstrado. Ademais, no Edital, em momento algum existe a motivação da efetiva razão de ordem técnica para tal discriminação.

27. Cabe trazer à baila ensinamento de Marçal Justen Filho, acerca do assunto:

> Ao desenvolver essas atividades, as avaliações da Administração têm de ser rigorosamente objetivas. Não podem ser influenciadas por preferências subjetivas, fundadas em critérios opinativos. A lei volta a reprovar escolhas infundadas na pura e simples preferência por marcas. (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 12ª ed., Dialética Editora. 2008, p. 344).

28. Portanto, toda licitação deve permitir e facilitar o ingresso do maior número possível de participantes, para que possa obter, realmente, a proposta mais vantajosa para a Administração. Ademais, é às empresas licitantes que cabe a aferição da real competitividade do certame, pois elas são exatamente as que mais conhecem o mercado e sua inerente malícia.

29. Assim, em face da gigantesca desproporção entre um grupo de possíveis licitantes (com diversas empresas) e outro (com apenas uma ou duas), não há como também não considerar violado o disposto princípio da moralidade, da isonomia, impessoalidade e da probidade administrativa.

30. Neste sentido, requer que este Órgão tome providência, sob pena de flagrante ofensa aos princípios norteadores do processo licitatório, modificando o Edital para execrar de seu objeto as exigências restritivas quanto ao **pedal sem fio, caneta com 6 cristais e nível de vácuo de 600MMH** restabelecendo a competitividade do certame, hoje prejudicada.

II.2. INEXEQUIBILIDADE DO VALOR DE REFERÊNCIA

31. A Impugnante pretende participar do certame em epígrafe e na intenção de apresentar sua melhor proposta solicitou ao i. Pregoeiro que apresentasse a pesquisa de mercado realizada para composição do valor de referência.

32. Dessa forma, foi enviado à Impugnante o Plano de Trabalho nº 026416/2019 onde constaram os valores máximos que definiram os recursos do órgão para a aquisição do produto, que são definidos pelo Fundo Nacional da Saúde - FNS.

33. Dúvidas não restam sobre a importância do processo de cotação realizado em fase pré-licitatória pelos Órgãos Licitantes, ocorre que o procedimento administrativo para a realização de pesquisa de preços para a aquisição de bens deve seguir à estrita previsão da legislação ao caso, o que não ocorreu neste certame.

34. O valor de referência apresentado por este Órgão Licitante não levou em consideração as características do aparelho licitado, as quais já estão descritas no tópico anterior, e sequer cobre os custos básicos para entrega do produto como o salário, os encargos incidentes sobre os salários, os insumos, taxa administrativa / lucro e tributos.

35. Portanto, a ilegalidade da estimada de remuneração constitui-se em vício insanável de origem, ficando o edital nulo de pleno direito, e seus frutos sem efeito, tornando-o não abjudicável ainda que seja mantido o certame nas atuais condições.

36. O valor não representa a realidade do mercado e corresponde a um valor abaixo do praticado pelas empresas que atuam nesse setor. Nesse sentido, deve a administração se assegurar de que as propostas apresentadas sejam viáveis e, para tanto, deve certificar o preço por meio de documentos que comprovem que os custos envolvidos são coerentes com os preços de mercado e que os coeficientes de produtividade são compatíveis com a execução do objeto do contrato.

37. Logo, sendo um valor insuficiente para cobrir os custos do serviço e em clara desconformidade com os preços usualmente praticados no mercado, esse valor inviabilizará a contratação por preço justo e razoável. Nesse sentido, a lição de Marçal Justen Filho:

> Ressalte-se que o preço máximo fixado pode ser objeto de questionamento por parte dos licitantes, na medida em que se caracterize como inexequível. Fixar preço máximo não é a via para a Administração inviabilizar contratação por preço justo. Quando a Administração apurar certo valor como sendo o máximo admissível e produzir redução que tornar inviável a execução do contrato, caracterizar-se-á desvio de poder. (in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 11º Edição, 2005, Ed. Dialética, pág. 393).

38. Nesta senda, caso seja mantida a estimativa constante no Edital a empresa que se consagrar vencedora arcará com os gastos para fornecimento do produto, o que configura flagrante afronta ao princípio da legalidade e até mesmo da moralidade.

39. O preço previsto no termo de referência deve ser parâmetro para a Administração julgar licitações e efetivar contratações, garantindo a exequibilidade da proposta apresentada, desde que reflita o preço de mercado. E desse modo é necessário a observância dos requisitos aqui dispostos para cumprimento das normas legais.

40. Dentre as características técnicas dos aparelhos de Facoemulsificador são analisados diversos componentes, dentre eles a capacidade de vácuo e a tecnologia empregada. Por óbvio, tais características interferem diretamente no preço informando, assim quanto mais rápido, ágil e eficiente for o aparelho, maior

será seu valor de mercado. Dessa forma, não se torna crível aceitarmos que os valores de referência desse certame estejam inferiores àqueles praticados no mercado.

41. Dentre as exigências destinadas ao processo licitatório, se estabelece aquela atinente à necessidade de a Administração comprovar, de forma efetiva, que os preços estimados para o certame se encontram em conformidade com a realidade do mercado.

42. Nesse sentido, dispõe o artigo 7 e 15 da Lei 8.666/93:

> Art. 7o As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte seqüência:
> § 2o As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando:
> II - existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários;
>
> Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão:
> V - balizar-se pelos preços praticados no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública.
> § 1o O registro de preços será precedido de ampla pesquisa de mercado.

43. Ao passo que o Órgão Licitante lança mão de uma cotação com produtos inferiores àqueles que estão sendo contratados há de se esperar que dois fenômenos ocorram, cumulativamente ou não, quais sejam: a contratação de um produto diferente do que se espera ou a contratação de produto por um valor inexequível, o que impossibilita a sua entrega.

44. A intenção da Impugnante é tão somente alertar de que não rara as vezes os concorrentes passam uma cotação com valores inexequíveis para certames os quais não pretendem participar, o que acaba por tão somente prejudicar os demais concorrentes. Tal prática é ilícita e precisa ser apurada.

45. Por fim destacamos a lição de Marçal Justem Filho:

> Admitir generalizadamente a validade de propostas de valor insuficiente pode significar um incentivo a práticas reprováveis. O licitante vencedor procurará alternativas para obter resultado econômico satisfatório. Isso envolverá a redução da qualidade da prestação, a ausência de pagamento dos tributos e encargos devidos, a formulação de pleitos perante a Administração e assim por diante. [...] Usualmente, a contratação avençada por valor insuficiente acarretará a elevação dos custos administrativos de gerenciamento do contrato. Caberá manter grande vigilância quanto à qualidade e perfeição do objeto executado e litígios contínuos com o particular, sempre interessado em obter uma solução que propicie a reestruturação da contratação. Logo, as vantagens obtidas pela Administração poderão ser meramente aparentes. No final, a Administração obterá ou um objeto de qualidade inferior ou se deparará com problemas muito sérios no tocante à execução do contrato. JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários a Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 14ª edição. Dialética: São Paulo, 2010 – pág. 654-655.

46. Isto posto, resta demonstrado que o valor de referência se mostra equivocado, uma vez que se mostram manifestamente inexequíveis em face aos valores usuais de mercado, sendo necessária a revisão dos valores estimados.

III. DOS PEDIDOS

47. PELO EXPOSTO, e do mais que nos autos consta, espera e requer a Vossa Senhoria que seja julgada procedente a Impugnação, para sejam retirados do Edital características exacerbadas do aparelho Facoemulsificador, tais como pedal sem fio, caneta com 6 cristais e nível de vácuo de 600MMH, bem como para que seja redefinido o valor de referência do aparelho facoemulsificado, posto que manifestamente inexequível, restabelecendo a competitividade do certame, hoje prejudicada.

48. Requer, ainda, que todas as intimações, caso encaminhadas eletronicamente, sejam enviadas ao e-mail licitacao@mediphacos.com e, caso encaminhadas em meio físico, sejam direcionadas ao endereço Avenida Getúlio Vargas, 275 - Centro, Uberlândia - MG, 38400-299, sala 705, Edifício Metropolitan.

De Uberlândia/MG para Pato Branco/PR, 27 de fevereiro de 2020.

Wanderley Romano Donadel
OAB/MG 78.870

MEDIPHACOS INDÚSTRIAS MÉDICAS S/A