Gmail

Comissão Permanente de Licitação Docas do Ceara <cpl.docas@gmail.com>

Impugnação Edital de Pregão Eletrônico nº 014/2020

2 mensagens

Maria Daniel Inpao Dental <maria.daniel@inpao.com.br> 22 de junho de 2020 14:46
Para: "cpl.docas@gmail.com" <cpl.docas@gmail.com>
Cc: licitacoes <licitacoes@inpao.com.br>

Prezado Pregoeiro, boa tarde.

Segue pedido de impugnação ao Edital de Pregão Eletrônico nº 014/2020, para sua avaliação.

Atenciosamente,

Maria Daniel
Gerente Adm. Financeiro
11 5094-4040 | Ramal: 4044
maria.daniel@inpao.com.br

INPAO DENTAL
Associado SwissLife
www.inpao.com.br

"Esta mensagem é endereçada exclusivamente à(s) pessoa(s) e/ou instituições acima indicadas e pode conter informações confidenciais, particulares ou privilegiadas, as quais não podem, sob qualquer forma ou pretexto, ser utilizadas, divulgadas, alteradas, impressas ou copiadas, total ou parcialmente, por pessoas não autorizadas. No caso desta mensagem ser recebida por erro, por favor, providencie sua exclusão de qualquer sistema e/ou destrua quaisquer copias reprográficas, notificando o remetente imediatamente. Eventual erro de transmissão desta mensagem em nenhuma hipótese constituirá renuncia a confidencialidade ou a qualquer direito ou prerrogativa decorrente da mesma. Esta instituição não se responsabiliza pela realização de negócios, opiniões ou declarações veiculadas através de mensagens eletrônicas."

This message is intended only for the named person's and/or entity's use and may contain confidential, proprietary or legally privileged information, which shall not be used, disclosed, changed, printed or copied, in whole or in part, by not intended recipients. If this message is received by error, please delete it from your system and/or destroy any hard copies of it and notify the sender, immediately. No confidentiality or privilege is waived by any mistransmission. This institution is not responsible for any business transaction, opinions or declarations transmitted through electronic mail."

impugnação ao edital Cia Docas do Ceará.zip
3832K

Comissão Permanente de Licitação Docas do Ceara <cpl.docas@gmail.com> 22 de junho de 2020 16:28
Para: Maria Daniel Inpao Dental <maria.daniel@inpao.com.br>

Boa tarde Prezada Sra. Maria Daniel,

Acuso recebimento.

Respeitosamente,

Dra. Roberta Siebra de Pontes
Pregoeira da Comissão Permanente de Licitação da Companhia Docas do Ceará.
OABCE nº30.924
[Texto das mensagens anteriores oculto]

ILUSTRÍSSIMA SENHORA PREGOEIRA DA COMPANHIA DOCAS DO CEARÁ-CDC- ROBERTA SIEBRA DE PONTES

Licitações-e 819767
PREGÃO ELETRÔNICO nº: 014/2020
Processo Administrativo nº 20197104

INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA ODONTOLÓGICA LTDA – INPAO, sociedade limitada brasileira, inscrita no CNPJ/MF sob nº 00.856.424/0001-52, devidamente registrada na ANS sob nº 389.358, estabelecida na Av.Vereador José Diniz, 3.300 – Cj 1801 – Campo Belo, São Paulo – SP, por seu representante legal ao final identificado, como empresa interessada no procedimento licitatório em epígrafe vem, amparada no disposto no parágrafo 2º do Artigo 41 da Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993, com suas alterações posteriores, artigo 87, §1º da Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016, artigo 24, do Decreto Lei 10.024/19 e itens 24 do Edital de Pregão Eletrônico nº 014/2020, oferecer:

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

acima referenciado, pelas razões a seguir, requerendo para tanto sua apreciação, julgamento e admissão.

Consoante se verá demonstrado, a presente impugnação pretende afastar do presente procedimento licitatório, exigência feita em extrapolação ao disposto no estatuto que disciplina o instituto das licitações, com intuito inclusive de evitar a ocorrência de restrição desnecessária do universo de possíveis e capacitados competidores, obstando a busca da contratação mais vantajosa, senão vejamos:

PRELIMINARMENTE

A - DA TEMPESTIVIDADE

De acordo com o presente edital, itens **24 e 24.1**, o prazo para a impugnação ao Edital, será de **ATÉ, 5 (cinco) dias ÚTEIS antes da data para a abertura das propostas:**

> 24. DOS PEDIDOS DE ESCLARECIMENTOS E **IMPUGNAÇÃO**
>
> 24.1 **Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar** edital do Pregão por irregularidade na aplicação da Lei 13.303/2016, **devendo protocolar o pedido até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a ocorrência do certame**.

Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016:

> *"Art. 87. O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelos órgãos do sistema de controle interno e pelo tribunal de contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando as empresas públicas e as sociedades de economia mista responsáveis pela demonstração da legalidade e da regularidade da despesa e da execução, nos termos da Constituição.*
>
> *§ 1º **Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei, devendo protocolar o pedido até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a ocorrência do certame**, devendo a entidade julgar e responder à impugnação em até 3 (três) dias úteis, sem prejuízo da faculdade prevista no § 2º.*

Por sua vez, a contagem dos prazos se dá conforme art. 110 da Lei 8.666/93:

> *"Art. 110. Na contagem dos prazos estabelecidos nesta Lei, **excluir-se-á o dia do início e incluir-se-á o do vencimento,** e considerar-se-ão os dias consecutivos, exceto quando for explicitamente disposto em contrário.*
> *Parágrafo único. Só se iniciam e vencem os prazos referidos neste artigo em dia de expediente no órgão ou na entidade."*

Desta feita, sendo a data para início da sessão pública designada para o dia 09/07/2020 (quinta-feira), será tempestiva a impugnação protocolada **até o quinto dia** útil anterior ao início da sessão, ou seja, **01/07/2020 (quinta-feira)**.

Portanto, atendo-se a data de protocolo da presente impugnação, têm-se que a mesma é plenamente tempestiva.

DO MÉRITO

I – DO EDITAL

A – DO CRITÉRIO DE HABILITAÇÃO DISPOSTO NO EDITAL ITEM 10.12.3

DA ILEGAL EXIGÊNCIA DE DISPONIBILIZAÇÃO DE, NO MÍNIMO, 200 PROFISSIONAIS CREDENCIADOS PARA O ATENDIMENTO DE 256 VIDAS

De acordo com ANEXO 1 – TERMO DE REFERÊNCIA, ITEM 5.12 DO EDITAL, é obrigatório que o interessado disponibilize, em sua rede credenciada, no Estado do Ceará, no mínimo 200 (duzentos) pontos de atendimento, dos quais 150 (cento e cinquenta) obrigatoriamente em Fortaleza e região metropolitana credenciados nas especialidades listadas no item 5.2- Categorias de Serviços:

> 5.12- Para atendimento odontológico a contratada deverá disponibilizar sua rede credenciada, no Estado do Ceará, no mínimo 200 (duzentos) pontos de atendimento, dos quais 150 (cento e cinquenta) obrigatoriamente em Fortaleza e região metropolitana credenciados nas especialidades listadas no item 5.2- Categorias de Serviços deste Termo de Referência.

Por sua vez, o objeto do Pregão Eletrônico consiste na Prestação de Serviços de Assistência Odontológica, destinados a, aproximadamente, **256 (duzentos e cinquenta e seis reais) beneficiários**, consoante **ANEXO 1 – TERMO DE REFERENCIA**, item 5.1 do Edital.

5. ESPECIFICAÇÃO DO OBJETO

5.1. Quadro Resumo:

ITEM	OBJETO	UNID	QTD	V.UNIT.	V. GLOBAL
01	Contratação de empresa especializada para fornecimento de assistência à saúde odontológica, através de plano privado, na modalidade de contrato com operadora de plano de assistência à saúde odontológica a ser prestada aos usuários indicados pela Companhia Docas do Ceará, compreendendo o atendimento em âmbito estadual, e em caso de urgência ou emergência em todo o território nacional, ao quais terão cobertura total de todos os procedimentos	Und	256	R$ 20,59	R$ 63.252,48

Ou seja, resta incontroverso no presente Edital a necessidade de prévia comprovação **de rede credenciada de, no mínimo, 200 dentistas, credenciados no plano, dos quais 150 (cento e cinquenta) obrigatoriamente em Fortaleza e dos demais na região metropolitana, para um universo estimado de 256 beneficiários, com o que não se pode concordar.**

Nesse sentido, o Edital exige a razão de **01 credenciado para cada 01 beneficiário.**

Tal exigência é desproporcional e abusiva, caracterizando cláusula restritiva, eis que, acarreta em exclusão de vários interessados na prestação de serviços, em evidente violação ao princípio da busca da proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

Na verdade, trata-se de imposição ilegal e de caráter restritivo, pois o momento ideal para a exigência de comprovação da rede credenciada é na contratação, e não quando da apresentação de habilitação técnica. Explica-se:

Impõe-se consignar, de forma premonitória, que a Lei nº 8.666 de 1993 preceitua:

> *"Qualquer restrição em relação ao objeto da licitação deve ter como fundamento razões aptas a justificarem que a finalidade e o interesse público reclamam por tal exigência de forma irremediável. Sem tal justificativa a restrição deve ser tomada por ilegal (art. 3º, § 1º, inc. I)"*

Assinale-se que a citada lei, visando proibir cláusulas desarrazoadas, estabeleceu que só podem ser previstas no ato convocatório exigências nela autorizadas (art. 30, § 5º). Portanto, estão excluídas de plano tanto as cláusulas

expressamente reprovadas pela Lei nº 8.666/93 como aquelas não expressamente por ela permitidas.

A carta magna, em seu art. 37, inc. XXI, traz uma visível determinação no sentido de que os requisitos de capacitação técnica das licitantes sejam reduzidos ao mínimo possível.

Como registrado por José Cretella Júnior:

> *"apenas serão admitidas exigências absolutamente necessárias para demonstrar que o proponente está preparado para executar o objeto da licitação" (In Comentários à Constituição Brasileira de 1988, ed. Forense Universitária, 2ª ed., 1992, v. IV, p. 2249).*

Foi exatamente para dar maior sustentabilidade ao artigo esculpido na Carta da República que a Lei de Licitações veio a determinar e limitar em seus artigos 27 a 31 os documentos que podem ser requisitados para fins de habilitação em uma licitação.

Desta feita, pela simples leitura do citado artigo 3º, é possível verificar que é vedado à Administração ultrapassar esses limites, por meio da inclusão de condições que restrinjam a participação no procedimento ou que maculem a isonomia das partes:

> *Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010) (Regulamento) (Regulamento) (Regulamento) (Regulamento)*
>
> *§ 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 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;*
>
> *II - estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a*

moeda, modalidade e local de pagamentos, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais, ressalvado o disposto no parágrafo seguinte e no art. 3o da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991.

Nesse sentido, Marçal Justen Filho assevera:

"Os dispositivos restantes, acerca da licitação, desdobram os princípios do art. 3º, que funciona como norteador do trabalho hermenêutico e de aplicação da Lei das licitações. Nenhuma solução, em caso algum, será sustentável quando colidente com o art. 3º. Havendo dúvida sobre o caminho a adotar ou a opção a preferir, o intérprete deverá recorrer a esse dispositivo. Dentre diversas soluções possíveis, deverão ser rejeitadas as incompatíveis com os princípios do art. 3º' (in 'Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos', Ed. Dialética, 5ª edição, fls. 54).

Dito isso, de acordo com a sistemática da legislação acima exemplificada, de aplicação subsidiária aos pregões, não seria permitido, à Administração, veicular tal tipo de exigência – exigência de rede credenciada na Habilitação do Pregão, como condição prévia de habilitação para a participação de qualquer interessado na licitação, isso porque, estaria maculando a isonomia das partes no certame.

Com efeito, conforme dispõe o artigo 30, inciso II da Lei nº 8666 de 1993, a documentação relativa à qualificação técnica deve se limitar à comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível com o objeto da licitação.

O parágrafo primeiro desse artigo, por sua vez, dispõe que tal exigência será comprovada por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado.

Já o inciso I, do parágrafo primeiro desse artigo 30, encerra a vedação a exigências de **quantidades mínimas ou prazos máximos**, o que remeteria à impossibilidade de se exigir a apresentação de dimensionar previamente a rede de profissionais credenciados à ora Impugnante, na habilitação do certame.

Pelo que se observa do parágrafo quinto daquele mesmo artigo 30, para a prova de atividade ou aptidão, não se pode impor limitações para locais específicos, conforme exigido no Edital Licitatório, **especificamente pelo "ANEXO 1 – TERMO DE REFERENCIA", ITENS 5.12 DO EDITAL.**

Para que a impugnante comprove a capacidade técnica exigida por lei, basta à Impugnante demonstrar experiência anterior em serviços compatíveis com aqueles licitados.

Portanto, não é razoável a exigência de apresentação de rede credenciada com no mínimo 200 (duzentos) dentistas credenciados em todas as especialidades, para um universo estimado de 256 (duzentos e cinquenta e seis) beneficiários, com o que não se pode concordar.

Isso porque, o edital além de exigir quantidade de dentistas muito superior ao efetivamente necessário para o atendimento da massa de beneficiários nas localidades em que a COMPANHIA DOCAS DO CEARÁ atua, este ainda exige quantidade absurda de prestadores o que somente evidencia a sua desproporcionalidade.

Assim, a questão relativa à exigência constante do "ANEXO 1 – TERMO DE REFERÊNCIA", ITENS 5.12 DO EDITAL, deverá ser revista, de vez que extrapola em muito os limites da Lei, principalmente no que diz respeito à Lei 8.666/93;

Com efeito, Marçal Justen Filho, em sua obra, 14ª Edição, pág. 429, assim disciplina:

> "(...) um dos caracteres mais marcantes da Lei 8.666 foi a redução da margem de liberdade da Administração Pública nesse campo e a limitação do âmbito das exigências. Buscou evitar que exigências formais e desnecessárias acerca da qualificação técnica constituam-se em instrumento de indevida restrição à liberdade de participação em licitação. O objetivo é eliminar distorções ocorridas no sistema anterior, em que os requisitos de qualificação técnica acabavam por inviabilizar o acesso de muitas empresas à licitação. A legislação vigente não proíbe as exigências de qualificação técnica, mas reprime exigências desnecessárias ou meramente formais. A Administração não tem liberdade para impor exigências quando a atividade a ser executada não apresentar complexidade nem envolver graus mais elevados de aperfeiçoamento. Especialmente em virtude de regra constitucional (art. 37, XXI), somente poderão ser impostas exigências compatíveis com o mínimo de segurança da Administração Pública. A regra geral é sempre a mesma: não poderão ser impostas exigências excessivas ou inadequadas. (...)";

Nesta esteira de raciocínio, o artigo 37, inciso XXI, estatui:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

(...)

XXI - 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.

Nesse diapasão, a ora Impugnante entende que, a apresentação do Atestado de capacidade técnica, demonstrando a sua aptidão técnica, no que diz respeito ao objeto licitado, qual seja, prestação de serviços odontológicos em Abrangência Nacional, já é suficiente para a demonstração da Capacidade requerida no Edital, não sendo necessária a demonstração de rede previamente credenciada de no mínimo 200 (duzentos) profissionais (dentistas), credenciados no plano, para um universo estimado de 256 (duzentos e cinquenta e seis) beneficiários.

Assim, resta evidente que a impugnante possui plena e real condição de assistir referida massa de beneficiários.

Apenas a título exemplificativo, no total são 200 dentistas distribuídos por especialidades, que estarão disponíveis para atender 6% (seis por cento) que é a média de utilização por mês, ou seja, 25 beneficiários, o que é descabido e desproporcional.

A exigência contida no Edital, é evidente limitador, ato impositivo que restringe e cerceia a participação, violando a isonomia e a igualdade.

Em contrapartida "a média nacional" é de **um** odontologista para cada **838** habitantes", segundo pesquisa realizada pelo **Observatório de Recursos Humanos em Odontologia da Universidade de São Paulo.** [1]

De acordo com o Conselho Federal de Odontologia (CFO), a proporção de 1 (um) cirurgião dentista para cada 2.000 (dois mil) habitantes parece ser adequada para os países de um modo geral. A concentração de cirurgiões-dentistas por habitantes preconizada pela OMS é de 1 (um) cirurgião-dentista para cada 1.500 habitantes.[2]

---

[1] Rede observa Odonto traça perfil dos dentistas brasileiros. Disponível em https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=770:rede-observa-odonto-traca-perfil-dos-dentistas-brasileiros&Itemid=844. Acesso em 18/06/2020 às 15:19

[2] PROADESS- Avaliação do desempenho do sistema de saúde. Disponível em https://www.proadess.icict.fiocruz.br/index.php?pag=fic&cod=Z06&tab=1. Acesso em 18/06/2020 às 15:21

Por outro lado, o licitante INPAO tem como norma a concentração de **1** dentista para cada **60** beneficiários, **o que daria 5 dentistas em cada especialidade, levando-se em conta o total de 256 beneficiários do presente Edital.**

Tal dispositivo inserto no Edital, fere o disposto no artigo 2º, § único e artigo 48 do **DECRETO Nº 10.024, de 2019**, senão vejamos:

> Princípios
>
> Art. 2º O pregão, na forma eletrônica, é condicionado aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, do desenvolvimento sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade e aos que lhes são correlatos.
>
> § 1º O princípio do desenvolvimento sustentável será observado nas etapas do processo de contratação, em suas dimensões econômica, social, ambiental e cultural, no mínimo, com base nos planos de gestão de logística sustentável dos órgãos e das entidades.
>
> § 2º As normas disciplinadoras da licitação serão interpretadas em favor da ampliação da disputa entre os interessados, resguardados o interesse da administração, o princípio da isonomia, a finalidade e a segurança da contratação.

Por sua vez, o artigo 48 do mesmo decreto estabelece que a comprovação das condições de habilitação estabelecidas no edital será exigida por ocasião da assinatura do contrato e não do pregão:

> DA CONTRATAÇÃO
>
> **Assinatura do contrato ou da ata de registro de preços**
>
> Art. 48. Após a homologação, o adjudicatário será convocado para assinar o contrato ou a ata de registro de preços no prazo estabelecido no edital.
>
> § 1º Na assinatura do contrato ou da ata de registro de preços, será exigida a comprovação das condições de habilitação consignadas no edital, que deverão ser mantidas pelo licitante durante a vigência do contrato ou da ata de registro de preços.

Ora, com efeito, qualquer licitante pode demonstrar ampla capacidade técnica e operacional para a execução do objeto do contrato, ainda que não disponha, obrigatoriamente, **de uma rede integrada por número determinado de dentistas em um município específico ou mesmo que não detenha aquela rede mínima especificada na localidade prevista no edital, pois isso não significa que não possa promover os credenciamentos necessários para constituir tal rede dentro do prazo assinalado no próprio instrumento convocatório, ou mesmo, no artigo 48 do Decreto nº 10.024, de 2019, ou seja, até a assinatura do contrato e não na habilitação das propostas.**

Desta maneira, de acordo com o artigo 48 do DECRETO nº 10.024, de 2019, tal exigência somente poderá ser feita **na assinatura do contrato** e não na habilitação do pregão.

Nesse sentido:

> **Exigência de comprovação de rede credenciada apenas na fase de contratação e não para fim de habilitação no certame** Por meio de representação, foi solicitada ao TCU a suspensão cautelar do Pregão Eletrônico n.º 387/2010, realizado pela Amazonas Distribuidora de Energia S.A. com vistas à contratação de empresa especializada para prestar "serviço de fornecimento de créditos através de Cartões Refeição, Alimentação e Refeição de Hora Extra, a serem utilizados pelos empregados da companhia energética, em rede credenciada, nos termos do Programa de Alimentação do Trabalhador – PAT". A representante alegou que a exigência de qualificação técnica contida no item 4.1.1.5.1.1 do edital **constitui restrição ao caráter competitivo do certame, na medida em que deles exige prévia comprovação de rede de estabelecimentos credenciados no Estado do Amazonas**, mediante relação escrita, com indicação de razão social, CNPJ e endereço. Além de contrária à jurisprudência do TCU, **a exigência afasta a participação de empresas que atuam em outras regiões do Brasil, pois "somente as da localidade têm como provar, até a data da sessão pública, que possuem rede de estabelecimentos credenciados nos locais indicados".** Por meio de despacho, foi determinada a suspensão cautelar do Pregão Eletrônico n.º 387/2010, com a abertura de prazo para que os gestores se pronunciassem a respeito do provimento cautelar. Em sua manifestação, o Diretor-Presidente da entidade ponderou que se fazia necessária uma garantia de que a futura empresa contratada seria

> capaz de cadastrar um número razoável de estabelecimentos, observando as peculiaridades da região. Na sequência, no entanto, disse textualmente concordar com a exclusão da referida exigência, "a fim de evitar qualquer dúvida em relação à competitividade do certame". Assim sendo, nos termos do voto do relator, decidiu o Plenário revogar a medida cautelar e, já com vistas ao novo certame, determinar à entidade que **faça constar a exigência de comprovação de rede credenciada apenas na fase de contratação, com estabelecimento de um prazo razoável para que a vencedora da licitação credencie os estabelecimentos comerciais das localidades onde os empregados da estatal estejam lotados.** Acórdão n.º 3156/2010- Plenário, TC-028.280/2010-5, rel. Min. José Múcio Monteiro, 24.11.2010.

Outrossim, a falta de prévio credenciamento de profissionais em determinada localidade pode, perfeitamente, decorrer da inexistência de beneficiários expostos naquele município, o que não significa que a licitante não tenha condições de credenciar os profissionais necessários, caso venha a contar com contratos – inclusive administrativos - que gerem essa exposição. Portanto, exigir-se de uma operadora **sem massa assistida em determinado município** que disponha de uma rede **previamente** credenciada em tal localidade, desproporcionalmente ao número de beneficiários equivale à exigência **expressamente vedada pelo parágrafo sexto, do artigo 30, da Lei 8666/93!**

Por outro lado, o fato de uma outra operadora comprovar o prévio credenciamento de uma determinada rede na localidade estabelecida no edital não revela, por si só, qualquer vantagem em relação a uma outra operadora licitante. A suficiência de rede não é aferida de tal maneira.

Ora, as Operadoras de Planos Privados não possuem os mesmos profissionais e os mesmos credenciados. No caso, **a ora impugnante possui ampla rede em todo o território nacional**, assistindo uma grande massa de beneficiários e ocupando posição de destaque entre as maiores operadoras exclusivamente odontológicas de nosso País, inclusive isso será confirmado através do Atestado de Capacidade Técnica, em que a impugnante atende eficazmente seus beneficiários. Ou seja, a prova de uma rede previamente constituída por profissionais credenciados na localidade prevista no edital nada revela em relação à capacidade técnica e operacional dessa operadora, que, além de uma experiência muito aquém da necessária, pode ter sua rede saturada para a expansão esperada com os novos atendimentos demandados.

A exigência em questão, por envolver prévia comprovação de credenciados, **representa inequívoca violação aos princípios da isonomia e livre concorrência, na medida em que limita a possibilidade de participação de licitantes no certame, restringindo-o apenas às empresas que preenchem tais números, sem que**

sequer se tenha justificado a relevância técnica a condicionar tal exigência – conforme exigiria o parágrafo segundo do artigo 30 acima comentado.

Em arrimo da tese ora exposta e defendida, **quanto à ilegalidade de exigência de prévio credenciamento de rede,** pedimos vênia para transcrever brilhante escólio, da lavra do emérito jurista, Adilson Abreu Dallari:

> *"Um passo enorme nesse sentido foi dado pela disciplina atual (art. 30, §6º, da Lei nº 8.666/93) no tocante à disponibilidade de instalações, equipamentos e pessoal, que* ***não precisa ser fisicamente demonstrada no momento da licitação, bastando uma declaração de que estarão disponíveis quando necessário****. Esse, pelo menos, deve ser o entendimento do supra-referido dispositivo legal, cujo teor é o seguinte: "As exigências mínimas relativas a instalações de canteiros, máquinas, equipamentos e pessoal técnico especializado, considerados essenciais para o cumprimento do objeto da licitação, serão atendidas mediante a apresentação de relação explícita e da declaração formal da sua disponibilidade, sob as penas cabíveis, vedadas as exigências de propriedade e de localização prévia."* Grifamos.
>
> *(...)*
>
> *Cabe ressaltar que essa disciplina visa, exatamente, impedir exigências impertinentes, despropositadas, destinadas a afastar artificialmente possíveis licitantes. Ou seja, o propósito claro e evidente da lei é o de limitar as exigências ao que for estritamente necessário à execução do futuro contrato. Não se exige que os equipamentos já integrem o patrimônio do licitante no momento da proposta. Exige-se, isso sim, que o licitante demonstre, satisfatoriamente, que poderá dispor de tais equipamentos se vier a vencer a licitação, e quando do início da execução do futuro contrato. (...) Enfim, o que interessa saber, o que precisa ser comprovado, é a aptidão para realizar o objeto do futuro contrato, sendo exigível, portanto, apenas o que for pertinente e suficiente para garantir (até a medida do razoável) tal execução, vedadas exigências supérfluas.*[3]*"* O mesmo ensina Jessé Torres Pereira Júnior:
>
> *"Se o ato convocatório houver de formular exigência respeitante a instalações, equipamento e pessoal especializado ainda na fase de habilitação preliminar, o habilitante está autorizado a satisfazê-la por meio de declaração formal de que dispõe dos itens exigidos, em condições de atender ao objeto da licitação (...) Ao mesmo tempo, remete comando restritivo para a Administração: o de que não poderá formular a exigência de modo a individualizar bens que já devam ser de propriedade do habilitante, nem situados em determinado local. (...) Assim, por exemplo, se a exigência for de pessoal especializado, terá de*

[3] In, Aspectos Jurídicos da Licitação, São Paulo: Saraiva, 2003, 6 edição, atual., revista e ampl. páginas 123 e ss.

indicar a natureza e o grau de especialização, sem mencionar nomes de profissionais ou de escolas que os tenham formado. (...) Em qualquer hipótese, a cláusula não poderá impor que o equipamento ou as instalações sejam de propriedade do habilitante, ou se localizem em determinada região ou bairro."[4]

Há de se registrar, também, que o dimensionamento da rede de atendimento já é objeto de regulamentação específica da Agência Nacional de Saúde Suplementar, agência à qual, nos termos da Lei 9656/98 e 9961/00, se atribui o poder normativo para fixar as regras de operação dos planos privados de assistência à saúde.

Esse dimensionamento, inclusive, é feito para se aferir a capacidade de resolução de cada operadora, na forma da Resolução Normativa RN/ANS 259, que estabelece mecanismos de superação de eventuais impasses que ocorram em razão de eventual indisponibilidade ou inexistência de prestador para a assistência demandada em determinado município.

Se há autorização de funcionamento regularmente concedida à operadora, além de regular registro para a operação e comercialização do produto proposto, isso já é o suficiente para se comprovar **a aptidão para a execução do contrato, especialmente se considerarmos que o atendimento deve observar obrigatoriamente as condições impostas pela ANS para a garantia de atendimento dos beneficiários, conforme o dimensionamento da <u>rede na área de abrangência geográfica do plano.</u>**

As exigências editalícias, à toda evidência, se afastam daquelas normas, não podendo prevalecer, pois usurpam a competência legal da Agência Nacional de Saúde Suplementar, impondo, para a licitante, uma exigência superior àquela razoavelmente necessária para a encampação do objeto contratual.

Não se pode olvidar, que o critério adotado pelo órgão licitante, em razão até da própria modalidade eleita para promoção do certame, foi **<u>o de menor preço global, sendo injustificável, portanto, que se crie um fator de 'discriminen' para aferição de suposta qualificação técnica, cuja ausência importa na desclassificação da proposta.</u>** Como se sustentou, a técnica nem sequer poderá ser regularmente aferida pela presença, ou não, de um número de credenciados em determinada localidade.

Outrossim, **exigir-se prévio credenciamento na habilitação de <u>150 prestadores credenciados, somente para a região do Ceará, e 50</u> <u>prestadores credenciados para a região metropolitana</u> para um universo estimado de <u>256 beneficiários</u> é abusivo e desnecessário, sendo, <u>sem sombra de dúvidas, limitador de competitividade para o presente pregão.</u>**

Parece-nos bastante claro, pois, que o critério se dissocia daquele mínimo indispensável à garantia do cumprimento das obrigações contratuais, a que alude o artigo 37, XXI, da Constituição Federal. Assim leciona Marçal Justen Filho sobre o tema:

[4] in "Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública", p. 233

> *"Em princípio, mantém-se o entendimento de ser válido o ato convocatório determinar um certo espaço geográfico para execução do contrato. No exemplo, isso significaria estabelecer que o fornecedor teria de disponibilizar o combustível num estabelecimento situado até certa distância da repartição (ou dentro do município, do distrito, etc.). Mas não me parece viável estabelecer que a prova do estabelecimento poderia funcionar como requisito de participação. O fornecimento em certo local se constitui em requisito quanto à execução do contrato. O que incumbe à Administração é exigir que o licitante evidencie a viabilidade de executar o contrato. Portanto, aplica-se o art. 30, § 6º, da Lei (que determina que 'as exigências relativas a instalações ... serão atendidas mediante apresentação ... da declaração formal de sua disponibilidade, ... vedadas, as exigências de propriedade e de localização prévia'). (...) Em última análise, não há vedação a que se imponha o dever de o licitante estabelecer-se em certo local, para executar o objeto contratual. Não se confunde a determinação do local de execução do contrato com a) a restrição à habilitação de licitantes localizados em determinados locais, e b) a atribuição de vantagens ou desvantagens (para fins de classificação) vinculadas à mera localização geográfica do sujeito."* ("Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Dialética, 11ª Edição, p. 64).

Essa é a orientação, do **Tribunal de Contas da União**, que assim já decidiu:

> *"(...) a exigência de rede de atendimento, por si só, não configura, de fato, restrição ao caráter competitivo do certame, uma vez que, em licitações para a contratação de planos de saúde, é plenamente razoável e justificável que as licitantes disponham de agentes credenciados para atender os beneficiários do órgão que está realizando o certame, no local onde atua. Entretanto, levando-se em conta que o pessoal do DPRF está distribuído por todo o território nacional, não resta dúvida de que o edital do Pregão Eletrônico 10/2005 provocaria diminuição do número de licitantes potenciais, caso somente fosse permitida a participação de empresas cuja rede alcançasse 4.836 municípios no momento da habilitação, não facultando às demais firmas que atuem no setor a possibilidade de promoverem a adequação de suas redes."* (Processo 007.257/2006-5 – TCU, Plenário, j. 2006, grifo nosso)

Assim, a Lei 8.666/93 estabelece o rol dos documentos que podem ser exigidos em licitação para fins de habilitação.

Dessa maneira, a exigência constante do item 5.12 do Anexo I do Edital viola sobremaneira a limitação legal mencionada, constituindo ato ilegal, contrário à ampla competitividade e isonomia do certame.

Não é demais lembrar que a própria Lei nº 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.

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

Desta feita, aduzidas as razões que balizaram a presente impugnação, a impugnante requer, com supedâneo no parágrafo 2º do Artigo 41 da Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993, com suas alterações posteriores, art. 48 do Decreto Lei 10.024/19, e item 24 do respectivo Edital, o recebimento, análise e admissão da presente impugnação, ***para que o ato convocatório seja retificado no item 5.12 do anexo I do Edital.***

Assim, é a presente para impugnar a exigência feita nos itens 5.12, requerendo a Impugnante que seja ***retificado o edital para admitir:***

Item 5.12 - ***em lugar da apresentação de rede credenciada com no mínimo 200 prestadores credenciados, a declaração de disponibilidade de rede com número suficiente de acordo com o número de beneficiários, segundo critério da ANS para atendimento - RN/ANS 259.***

Por fim, caso não se entenda pela adequação do edital, **o que se admite apenas por argumento**, pugna-se pela emissão de parecer, informando quais os fundamentos legais que embasam a decisão da Sra. Pregoeira, bem como, concomitantemente, que as exigências previstas no item 5.12, possam ser cumpridas no prazo previsto 48 do Decreto nº 10.024, de 2019, ou seja, **até a data da assinatura do contrato**, por ser medida de direito e da mais lídima Justiça.

Nestes termos,
Pede deferimento.
São Paulo, 19 de junho de 2020.

Instituto de Previdência e Assistência Odontológica Ltda – INPAO
CNPJ: 00.856.424/0001-52
Por seu Representante Legal: **Claudio Luiz Martins Aboud**
CARGO: Diretor Adm. Financeiro
CPF: 083.473.788-43