

**ILMA. SRA. PREGOEIRA DA COMISSÃO ESPECIAL DE LICITAÇÕES DO
CONSELHO REGIONAL DE ENGENHARIA E AGRONOMIA DO RIO GRANDE DO
SUL – CREA/RS.**

Pregão Eletrônico nº: 27/2022

NOTREDAME INTERMÉDICA SAÚDE S.A., com sede na Cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, na Avenida Paulista nº867, inscrita no CNPJ/MF sob n.º 44.649.812/0001-38, neste ato representada por sua procuradora, no processo licitatório em epígrafe, vem respeitosamente, à presença de V. Sas., apresentar sua **IMPUGNAÇÃO** ao Edital, pelas razões a seguir expostas.

I – BREVE RESUMO DOS FATOS

Trata-se do procedimento licitatório publicado CREA/RS visando à prestação de serviços de assistência médica.

A NotreDame Intermédica Saúde S/A, tendo interesse em participar do certame licitatório em questão, tomou ciência do respectivo instrumento convocatório.

Ao verificar as condições de participação, deparou-se com determinadas exigências que se revelam absolutamente ilegais, por requisitos injustificados, afrontando normas que regem o procedimento licitatório e restringindo o caráter competitivo do certame.

**II - DAS PECULIARIDADES DAS CONTRATAÇÕES DE OPERADORAS DE
SAÚDE**

No que se refere a certames públicos para contratação de planos de saúde, para que todos os resultados administrativos sejam efetivamente respeitados há que se considerar, já na elaboração do edital, dois pressupostos básicos, quais sejam:

(i.) as peculiaridades de tal ramo mercadológico; e

(ii.) as exigências formuladas relativamente à rede credenciada, planos e produtos a serem ofertadas pelos licitantes.

Neste contexto, há que se redobrar a atenção na elaboração dos Editais para que as exigências formuladas ou a falta das mesmas no instrumento convocatório não inviabilizem a participação de empresas no certame, reduzindo seu quantitativo, ou até mesmo, inviabilizando-o por completo.

A maior ou menor clareza da Administração Pública na definição do Edital, e nos demais atos, impactará necessária e proporcionalmente no número de operadoras de planos de assistência à saúde capazes de atender ao certame e suprir as necessidades dos beneficiários do CREA/RS.

III – DA RESTRIÇÃO DE COMPETITIVIDADE

Conforme já relatado na impugnação anterior, datada em 15 de agosto do ano corrente, é necessário que haja coerência quando da exigência da rede credenciada.

No caso em pauta, o CREA/RS exige uma quantidade exorbitante de hospitais e especialistas que a operadora vencedora deverá disponibilizar, como por exemplo: 10 (dez) hospitais apenas em Porto Alegre para atender apenas 555 (quinhentos e cinquenta e cinco), se levarmos em conta o total de beneficiários e não as 331 (trezentos e trinta e um) vidas, conforme distribuição por município.

O que, como já mencionado anteriormente, a exigência de uma rede tão extensa encarece o valor dos planos, considerando que haverá inutilização de vários credenciados, elevando também a sinistralidade da prestação dos serviços para manter tais prestadores.

Ocorre ainda, que após análise da rede de operadoras da região, como a Doctor Clin e a Sulmed, verificamos que apenas a atual prestadora dos serviços – Unimed Porto Alegre consegue atender ao Edital.

Expostas a situação fática e a solução existente para a eliminação do problema, impõe-se, por dever de ofício, uma análise do fundamento jurídico da presente Impugnação. Dispõe o inciso I, § 1º, artigo 3º, da Lei 8.666/93 que:

"A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração 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 os que lhe são correlatos."

“§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 de naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato;” (Destacamos).

A Lei não deixa qualquer margem de dúvida. É simplesmente vedada à inclusão no Edital de qualquer circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato.

E nem poderia ser diferente: ao Poder Público interessa abrir a licitação ao maior número de participantes possível e que possam atender ao objeto da licitação com um mínimo de qualidade. Assim, qualquer exigência, que, por definição, sempre restringe o universo de potenciais interessados na licitação, deve estar calcada em um palpável interesse da Administração Pública, claramente demonstrável.

Ao prever exigências que restrinjam a participação de alguns licitantes, sem que existam motivos justificáveis para tanto, o Edital desrespeita o princípio da isonomia.

Todos sabemos que a licitação é o procedimento obrigatório a ser utilizado pela Administração Pública para realizar suas contratações, sejam as aquisições de bens e serviços ou as alienações.

Sendo assim, a Lei 8666/93 em seu artigo 25 estabelece que a inexigibilidade nas seguintes situações:

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

§ 1o Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

O “caput” do art. 25 da Lei nº 8.666/93 prevê a inexigibilidade de licitação quando houver inviabilidade de competição, autorizando a contratação direta pela Administração Pública. Os três incisos do dispositivo preveem de forma exemplificativa as hipóteses de inexigibilidade, evidencia-se assim, equívoco por parte desta R. Comissão na adoção do Credenciamento como meio de contratação de plano de assistência médica.

Isto porque, a inexigibilidade de licitação ocorre por inviabilidade de competição, observando a impossibilidade lógica de licitar, e o segundo torna impossível o confronto.

É a inviabilidade jurídica de promover a livre competição entre os candidatos que se deve observar que em se tratando de exceção à regra geral da licitação pública, o órgão deverá instruir o processo de inexigibilidade com todos os elementos que entenda seguros e eficazes para consolidar a comprovação da exclusividade de forma convincente, sem perder de vista a moralidade, transparência e interesse público, princípios inerentes a todo ato administrativo.

O professor Marçal Justen Filho classifica o conceito de inviabilidade de competição em dois grupos:

“As causas de inviabilidade de competição podem ser agrupadas em dois grandes grupos, tendo por critério a sua natureza. Há uma primeira espécie que envolve inviabilidade de competição derivada de circunstâncias atinentes ao sujeito a ser contratado. A segunda espécie abrange os casos de inviabilidade de competição relacionada com a natureza do objeto a ser contratado.

Na primeira categoria, encontram-se os casos de inviabilidade de competição por ausência de pluralidade de sujeitos em condição de contratação. São as hipóteses em que é irrelevante a natureza do objeto, eis que a inviabilidade de competição não decorre diretamente disso. Não é possível a competição porque existe um único sujeito para ser contratado.

Na segunda categoria, podem existir inúmeros sujeitos desempenhando a atividade que satisfaz a necessidade estatal. O problema da inviabilidade de competição não é de natureza numérica, mas se relaciona com a natureza da atividade a ser desenvolvida ou de peculiaridade quanto à própria profissão desempenhada. Não é viável a competição porque características do objeto funcionam como causas impeditivas.” (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 15ª edição. São Paulo: Editora Dialética, 2012, p. 406).

Todavia, não há nada no atual processo licitatório que inviabilize a competitividade além da exigência exacerbada da rede credenciada exigida para a quantidade de beneficiários do CRF/RS!!!

O art. 37, XXI, da Constituição Federal estabelece:

“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.”

O Tribunal de Contas da União, corrobora:

“É vedada a imposição de limites ou de quantidade certa de atestados ou certidões para fins de comprovação da qualificação técnica. Contudo, caso a natureza e a complexidade técnica da obra ou do serviço mostrem indispensáveis tais restrições, deve a Administração demonstrar a pertinência e a necessidade de estabelecer limites ao somatório de atestados ou mesmo não o permitir no exame da qualificação técnica do licitante.” (Acórdão 1567/2018 – Plenário).

“As exigências relativas a qualificação técnica devem ser mantidas a se ater ao mínimo necessário à execução do objeto, de modo a evitar a restrição ao caráter competitivo do certame”. (Acórdão 450/2008 – Plenário).

Mencionamos ainda o Decreto 5.450/2005 Art. 9º:

“Art. 3º Para fins do disposto neste Decreto, considera-se:

XI - termo de referência - documento elaborado com base nos estudos técnicos preliminares, que deverá conter:

a) os elementos que embasam a avaliação do custo pela administração pública, a partir dos padrões de desempenho e qualidade estabelecidos e das condições de entrega do objeto, com as seguintes informações:

1. a definição do objeto contratual e dos métodos para a sua execução, vedadas especificações excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, que limitem ou frustrem a competição ou a realização do certame; (Destacamos).”

Nesta linha de raciocínio, segue a posição de Lúcia Valle Figueiredo:

“Só se justifica a licitação se houver possibilidade de confronto, quer de pessoas, quer de objetos. Se essa existir, a licitação impõe-se. Entretanto, se não existir, carece de qualquer fundamento a utilização do procedimento licitatório” (FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Direitos dos licitantes. São Paulo: Malheiros, 1992, p.30).

É exatamente este o entendimento de nossos Tribunais, que acatando Recurso e Mandado de Segurança declararam nulos Editais que continham exigências que restringiam a participação de diversas empresas licitantes, conforme Ementas transcritas abaixo:

“TRF5 – Remessa Ex Offício: REOMS 41758 CE 94.05.09688-5

Ementa: Administrativo. Licitação. – Por nula se haverá a cláusula constante em Edital de licitação, que, sem fundamento legal, restringe a participação de licitantes. – Remessa Oficial Improvida.”

“Tribunal de Justiça de São Paulo – Acórdão/Decisão – Apelação nº 785224.5/6 – Voto nº 20772.

Ementa: Licitação – melhor técnica – inadequação do tipo escolhido – restrição à participação de pessoas jurídicas, cerceando a competitividade, a configurar também ilegalidade do edital – o mesmo ocorre com a exigência de documentos não previstos na lei – segurança denegada – recurso provido.”

Parte final da decisão:

“...No entanto, além dessa irregularidade, inadequação do procedimento adotado para a licitação, também a restrição à participação de pessoas jurídicas, sem qualquer

justificação plausível, implica em restrição a competitividade, inquinando de nulidade o edital.

*O mesmo ocorre com a exigência de documentação não prevista na lei.
Impõe-se, diante do exposto, o provimento do recurso.*

Isso posto, dou provimento ao recurso para conceder a segurança, nos termos da inicial, anulando o procedimento licitatório de que se cuida.”

Ressaltamos que o Item 3.18.3 estabelece que a licitante melhor classificada deverá apresentar a rede credenciada apenas em até 03 (três) dias a partir de sua convocação. No entanto, o correto é que a rede credenciada, assim como a comprovação de registro do plano junto à ANS sejam incluídos juntamente com os demais documentos de habilitação técnica, para a conferência da Comissão de Licitações e dos demais concorrentes juntamente com os demais documentos habilitatórios.

No mais, por qualquer prisma pelo qual se analise a questão, não há razão que justifique a exigência de credenciamento de tantos hospitais e especialistas. O critério há que ser o de atender com qualidade, jamais restringir e cercear a participação das Operadoras.

Ante o exposto, necessário que o Edital seja devidamente retificado a fim da correção das exigências quanto a rede exigida em observância aos Princípios da Competitividade e Isonomia, garantindo a lisura e idoneidade do certame.

IV- DO REAJUSTE DE PREÇOS

O Item 6 do Termo de Referência, estabelece apenas o reajuste técnico do contrato, e ainda, utilizando como índice o IGPM:

6. DA VIGÊNCIA DO CONTRATO E REAJUSTES

6.1. *O contrato de prestação de serviços terá vigência inicial de 36 (trinta e seis) meses, contados a partir da assinatura do contrato, podendo ser prorrogado até o limite de 60 (sessenta) meses, a critério do CREA-RS e de acordo com a legislação em vigor.*

6.2. *A cada 12 (doze) meses, ou na hipótese de prorrogação da vigência contratual, os valores a serem pagos poderão ser reajustados mediante requerimento instruído da Licitante Contratada, onde deverá constar a sinistralidade do período, cujo valor referencial será de 75% (setenta e cinco por cento).*

6.2.1. Quando o resultado da sinistralidade do período estiver abaixo do limite de 75% (setenta e cinco por cento), o percentual máximo de reajuste a ser aplicado será aquele resultante do IGPM acumulado no período.

6.2.2. Quando o resultado da sinistralidade do período estiver acima do limite de 75% (setenta e cinco por cento), visando restabelecer o equilíbrio financeiro do contrato, o percentual de reajuste poderá ser fixado em índice superior ao IGPM acumulado no período, desde que devidamente comprovado pela CONTRATADA e aceito CREA-RS.

Sendo assim, esclarecemos que o reajuste de preços poderá ocorrer de duas formas, ambos podendo ser praticados no contrato administrativo: a) Reajuste anual pelos índices Governamentais, visando a correção da moeda, para os meses seguintes e, b) reajuste técnico. Ambos são convenionados entre os contratantes no propósito de evitar que venha a romper-se o equilíbrio-financeiro do ajuste em razão da elevação dos custos decorrentes da mão-de-obra ou de insumos utilizados no contrato.

O reajuste objetiva recompor os preços praticados no contrato em razão de fatos plenamente previsíveis no momento da contratação, diante da realidade existente. Assim, pelo que se extrai da legislação pátria, o reajuste de preços deve refletir não só a correção da moeda, como também, manter a proposta em sua base original, quando se constar que a equação econômica e financeira está em desequilíbrio.

Ora, veja que na formação dos preços tem-se demonstrado que, vários fatores componentes são essenciais.

No cenário atual, o índice de Variação de Custos Médico Hospitalares (VCMH) é principal indicador utilizado pelo mercado de saúde suplementar como referência sobre o comportamento de custos, comprovado que este deve ser o índice a ser adotado pelo CREA/RS em razão da comprovação dos custos médicos e hospitalares cobrados pelo mercado, além de diversos outros fatores provocam uma grande corrosão no preço, a fim de não expor os contratos em situação de extrema vulnerabilidade.

Leciona Marçal Justen Filho:

“O reajuste de preços se configura, então, como uma solução destinada a assegurar não apenas os interesses das licitantes, mas também da própria Administração. A ausência de reajuste acarretaria ou propostas destituídas de consistência ou a inclusão de custos financeiros nas propostas – o que produziria ou a seleção de proposta inexecutável ou a distorção da competição (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 14. Ed. São Paulo: Editora Dialética, 2010, p. 558.)”

Haja vista tudo o que foi mencionado, comprova-se de extrema necessidade a reformulação do Edital, sem isso, haverá graves riscos aos beneficiários do CREA/RS, tendo em vista que poderão ocorrer rescisões contratuais, pedidos de reajustes e reequilíbrio sem que o contrato complete um ano de prestação de serviços.

Nesse sentido são os ensinamentos do professor Hely Lopes Meireles, que diz:

“Na Administração Pública, não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto, na Administração pessoal é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe. Na Administração Pública só é permitido fazer aquilo que a lei autoriza.” (MIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 30. Ed. São Paulo: Malheiros, 2005).

Os ensinamentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro ao comentar o Princípio da Legalidade:

“Hoje, o princípio da legalidade exige que a conformidade dos atos administrativos deve estar de acordo com a lei e com todos os valores que estão presentes na Constituição, de forma implícita e explícita.” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Licitação para contratos de publicidade – Economicidade. BLC n.6,1993, p.209).”

Endossando plenamente o tema, Lucía Valle Figueiredo leciona:

“Ora, o princípio da legalidade é bem mais amplo do que a mera sujeição do administrador à lei, pois abriga, necessariamente, à submissão também ao Direito, ao ordenamento jurídico, às normas e princípios constitucionais.” (FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 35-36).

E ainda, a Advocacia Geral da União em suas Orientações Normativas diz:

“ON 23. O Edital e o contrato de serviço continuado deverão identificar o critério de reajustamento de preços, que deverá ser sob a forma de reajuste em sentido estrito, com a previsão de índice setorial, ou por repactuação, pela demonstração analítica da variação dos componentes de custos.”

Neste sentido, o reajuste tem a finalidade de atualização dos valores fixados, a fim de manter o valor do contrato no mesmo patamar inicialmente pactuado.

Sendo assim, o Índice IGPM não traz consigo a expectativa de correção necessária para suprir a discrepância monetária do contrato.

V- DO PEDIDO

Diante do exposto **REQUER** seja recebida a presente **IMPUGNAÇÃO, e:**

- i. Seja modificado o Edital para que a rede exigida seja modificada, a fim de redução no quantitativo de prestadores de acordo com a quantidade de beneficiários do CREA/RS, e para que não haja o cerceamento da competitividade. Assim como, que seja exigida a apresentação e comprovação de rede credenciada juntamente com os documentos de habilitação técnica, para conferência de todos os participantes do certame no momento da sessão do presente pregão, a fim de cumprir as exigências do artigo 30 da Lei de Licitações;
- ii. Inclusão do VCMH - Variação de Custos Médico como índice de reajuste contratual;

Nestes Termos,
E deferimento.

São Paulo, 05 de dezembro de 2022.

NotreDame Intermédica Saúde S/A
CNPJ 44.649.812/0001-38



Gustavo Henrique Zacharias Ribeiro
Diretor de Relações Institucionais
e Contratos Públicos
CPF: 263.622.978-73



Tatiane de Sousa Lima
Analista de Licitações
RG:42.277.652-X