

PEDIDO DE IMPUGNAÇÃO:

ILMO. SR. PREGOEIRO, RESPONSÁVEL PELO PREGÃO ELETRÔNICO Nº012/2016 E EQUIPE DE APOIO DA AGÊNCIA DE FOMENTO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO S.A.

PREGÃO ELETRÔNICO Nº012/2016.
PROCESSO Nº: E-11/002/914/2016
TIPO DE LICITAÇÃO: MENOR PREÇO UNITÁRIO.

HAPVIDA ASSISTÊNCIA MÉDICA LTDA., pessoa jurídica de Direito Privado, inscrita no CNPJ nº 63.554.067/0001-98, com sede em Fortaleza, Estado do Ceará, situada na Avenida Heráclito Graça, nº 406 – 2º andar, Bairro: Centro, futura participante da licitação em epígrafe, vem por intermédio de sua representante legal infra firmada, apresentar **PEDIDO DE IMPUGNAÇÃO** ao **Instrumento Convocatório nº012/2016**, com fulcro no art.41 caput da Lei nº 8.666/93, art.12 do Decreto Lei nº3.555/00 e item 1.5 letra "c" do Edital, pelos fatos e fundamentos aduzidos.

DA TEMPESTIVIDADE DO PEDIDO IMPUGNAÇÃO

O Pedido de Impugnação, ora apresentado, é cabível por estar em consonância com a legislação pertinente à matéria e tempestivo, com fulcro no art.41, caput da Lei nº 8.666/93, art.12 do Decreto Lei nº3.555/00 e item 1.5 letra "c" do Edital. Vejamos:

1.5 Os interessados poderão solicitar esclarecimentos acerca do objeto deste Edital ou interpretação de qualquer de seus dispositivos, por escrito, em até 02 (dois) dias úteis anteriores à abertura da sessão, conforme regras abaixo:

(...)

1. c) Pelo endereço eletrônico licitacoes@agerio.com.br, exclusivamente no horário de 10:00 às 17:00 horas.

É cediço, que o prazo para o Pedido de Impugnação é de até o segundo dia útil que antecede a abertura dos envelopes de habilitação, ou seja, dois dias úteis antes da data fixada para a abertura do Certame.

Conforme o ensinamento do Doutrinador Jorge Ulisses Jacoby, orienta que: "A contagem do prazo para a impugnação se faz com a observância da regra geral do art.110 da Lei Federal nº 8.666/93, tendo por termo inicial a data estabelecida para o da apresentação da proposta".

No caso apresentado, a data de abertura do referido certame está marcada para o dia 28/12/2016, conforme consta na tabela constante no item 3.1 do Edital. Logo, o referente Pedido de Impugnação é **TEMPESTIVO**, devendo ser apreciado.

-
-
-
-
-
-
-

DAS RAZÕES DA IMPUGNAÇÃO

1. DA APRESENTAÇÃO DE REDE CREDENCIADA MÍNIMA.

Exige o ANEXO I – TERMO DE REFERÊNCIA em seu item 10 – DA REDE CREDENCIADA, subitem 10.1 que a empresa vencedora deverá apresentar comprovação de que possui Rede Credenciada, respeitando a quantidade mínima de estabelecimentos credenciados no Estado do Rio de Janeiro conforme estipulado no quadro constante no subitem 10.3, vejamos:

10. DA REDE CREDENCIADA

10.1. A empresa vencedora deverá apresentar a comprovação de que possui Rede Credenciada, cujo credenciamento deverá ocorrer diretamente com a operadora, em âmbito nacional, respeitando a quantidade mínima de estabelecimentos credenciados no Estado do Rio de Janeiro conforme estipulado no subitem 10.3.

10.1. A empresa vencedora deverá apresentar a comprovação de que possui Rede Credenciada, cujo credenciamento deverá ocorrer diretamente com a operadora, em âmbito nacional, respeitando a quantidade mínima de estabelecimentos credenciados no Estado do Rio de Janeiro conforme estipulado no subitem 10.3.

(...)

10.3. A empresa contratada deverá apresentar Rede Credenciada mínima no Estado do Rio de Janeiro, conforme critérios estabelecidos no quadro abaixo:

Nesse diapasão, importante elucidar que, a Lei Geral de Licitações, que institui normas para licitações e Contratos Administrativos veda aos agentes públicos pratiquem atos tendentes a restringir ou frustrar o caráter competitivo do Certame, consoante se depreende da leitura do art. 3º, §1º, inciso I. Vejamos:

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.

• **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, ressalvado o disposto nos §§ 5o a 12 deste artigo e no art. 3o da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991.". (Grifo nosso).

A esse propósito, a formulação de exigências exorbitantes que restringem indevidamente a participação dos interessados foi analisada pelo doutrinador Marçal Justen Filho. Vejamos:

"A Administração não tem liberdade para impor exigências quando a atividade a ser executada não apresentar alta complexidade nem envolver graus mais elevados de aperfeiçoamento. Especialmente em virtude da regra constitucional (art.37, XXI), somente poderão ser impostas exigências compatíveis com o mínimo de segurança da Administração Pública." (grifos nossos).

Ademais, observa-se, ainda, com a leitura dos dispositivos retro mencionados, que o Termo de Referência estabelece **QUANTITATIVO** de rede de atendimento, indicando, inclusive, os locais onde o proponente deverá possuir prestadores, para o atendimento de uma estimativa de 300 **possíveis** usuários.

Não se justifica tecnicamente a previsão na qual estabelece um quantitativo exacerbado de prestadores para o atendimento de um público, de apenas 300 **possíveis** usuários, considerando que a contratação do Plano Odontológico é na **modalidade livre adesão** e sem custeio contributivo, conforme dispõe o item 3.1 do Anexo I.

A corroborar o exposto acima, insta transcrever o voto proferido pelo Conselheiro do TRIBUNAL DE CONTAS /SP, Senhora Edgard Camargo Rodrigues, acerca de ilegalidade relacionada com exigências desarrazoadas sobre a quantidade mínima de estabelecimentos credenciados:

"Para satisfação dos servidores, destinatários últimos da aquisição pretendida, **há importar mais a qualidade do que a quantidade** de postos comerciais que, segundo critérios matemáticos, podem sequer ser utilizados. **A aferição da razoabilidade apenas por parâmetros quantitativos pode resultar no privilégio de empresas** (...), em detrimento de redes de estabelecimentos de qualidade, portanto, em desfavor de estabelecimentos que podem prestar bom serviço, (...)" (grifos nossos).

Convém destacar, ainda, que o mesmo Tribunal possui o entendimento de que a rede de estabelecimentos credenciados deve ser **condizente e proporcional** às necessidades dos beneficiários, **vedando** ao órgão licitante impor quantidade **excessiva e desarrazoada** de estabelecimentos com o intuito de inibir a participação de potenciais licitantes no certame, vejamos:

"EXAME PREVIO DE EDITAL. **EXIGÊNCIA EXCESSIVA RELACIONADA COM A QUANTIDADE DE ESTABELECIMENTOS CREDENCIADOS. INOBSERVANCIA DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE, EM RELAÇÃO AO NUMERO DE BENEFICIARIOS.** REQUISITO A SER ATENDIDO PELA VENCEDORA DO CERTAME. REPRESENTAÇÕES PROCEDENTES." (grifos nossos).

Contudo vale, ainda, salientar que o referido edital **NÃO** ESTABELECE QUAL O CRITÉRIO OBJETIVO ADOTADO PARA A SELEÇÃO DAQUELE NÚMERO DE PRESTADORES E QUIÇÁ QUAL O PARÂMETRO ADOTADO PARA IMPOSIÇÃO DE REDE NAQUELAS CIDADES tornando, assim, evidente que o quantitativo, assim como a escolha das cidades, foi realizado de **forma discricionária, sem adoção de quaisquer parâmetros objetivos** que fundamentasse aquelas exigências ali disposta, **RESTRINGINDO ASSIM, CONSIDERAVELMENTE À PARTICIPAÇÃO DE POSSÍVEIS INTERESSADOS EM PARTICIPAR DO CERTAME.**

Escudado nos sólidos ensinamentos do Doutrinador Hely Lopes Meirelles, que dispõe "o ato discricionário são os que a Administração pode praticar com liberdade de escolha seu conteúdo, destinatário, conveniência, oportunidade e seu modo de realização".

Contudo, é relevante ressaltar, que a discricionariedade como poder da Administração, deve ser exercida consoante **determinados limites**, não se constituindo em opção arbitrária para o gestor público. Logo, deve ser esclarecido que a discricionariedade é diferente de arbitrariedade. Onde, a primeira, é a liberdade para atuar, para agir DENTRO DOS LIMITES DA LEI, enquanto a segunda é a atuação do administrador além (fora) dos limites da lei, **SEND O ILEGAL, ILEGÍTIMO E INVÁLIDO, CONFRONTANDO, DESSA FORMA, OS DITAMES LEGAIS E OS PRINCÍPIOS DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO, QUAL SEJA: LISURA, AMPLA DISPUTA, BUSCA DA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA, ISONOMIA, LEGALIDADE,** dentre outros.

Nesse mesmo sentido, o art.37, XXI da Constituição Federal estabelece que, em licitações **não é admitido cláusulas restritivas** à participação dos interessados. Vejamos:

"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 exigências de qualificação técnica e econômicas indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.**"

Logo, por disposição Constitucional e Legal, resta claro, que as únicas exigências que a Administração **PODE LEGALMENTE** fazer aos interessados são **AQUELAS INDISPENSÁVEIS AO CUMPRIMENTO DO CONTRATO**, sob pena de violação do Princípio da Competitividade e,

Logo, por disposição Constitucional e Legal, resta claro, que as únicas exigências que a Administração **PODE LEGALMENTE** fazer aos interessados são **AQUELAS INDISPENSÁVEIS AO CUMPRIMENTO DO CONTRATO**, sob pena de violação do Princípio da Competitividade e, consequentemente, da Legalidade.

No mesmo sentido, o art. 3º da Lei nº 8.666/93 dispõe que:

"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."

Entendimento esse, também, ratificado pelo Doutrinador Marçal Justen Filho, em sua obra Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 12ª Edição, Editora Dialética, Vejamos:

"A Lei ressalva a liberdade para a Administração definir as condições da Contratação Administrativa. Mas, simultaneamente, estrutura o procedimento licitatório de modo a restringir a discricionariedade em determinadas fases ou momentos específicos."

"A administração não está autorizada a fixar exigências fundando-se na simples e pura "competência" para tanto. Sempre que estabelecer exigência restritiva, deverá apresentar fundamento técnico-científico satisfatório. Deve evidenciar motivos técnicos que conduzem à similitude entre o objeto licitado e a exigência constante do edital." (Marçal Justen Filho, in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos)

No mesmo sentido, a Especialista Fernanda Marinela, em sua obra Direito Administrativo, 7ª Edição, dispõe que: o termo de referência deve conter: "(...) a indicação do objeto de forma precisa, suficiente e clara, **VEDADAS ESPECIFICAÇÕES que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem ou frustrem a competição ou a sua realização** (...)". (grifo nosso)

Compartilhando o mesmo entendimento, vale mencionar, ainda, a lição do Mestre Marçal Justen Filho, em sua consagrada obra "Comentários à lei de Licitações e Contratos Administrativos", vejamos:

(...) Não cabe à administração ir além do mínimo necessário à garantia do interesse público. Logo, não se validam exigências que, ultrapassado o mínimo, destinam-se a manter a Administração em situação "confortável". A CF/88 PROIBIU ESSA ALTERNATIVA."

"Pode-se afirmar que, em face da Constituição, o mínimo necessário à presunção de idoneidade é o máximo juridicamente admissível para exigir-se no ato convocatório."

"LOGO, TODA VEZ QUE FOR QUESTIONADA ACERCA DA INADEQUAÇÃO OU EXCESSIVIDADE DAS EXIGÊNCIAS, A ADMINISTRAÇÃO TERÁ DE COMPROVAR QUE ADOTOU O MÍNIMO POSSÍVEL. Se não for possível comprovar que a dimensão adotada envolvia esse mínimo, a Constituição terá sido infringida."

"SE A ADMINISTRAÇÃO NÃO DISPUSER DE DADOS TÉCNICOS QUE JUSTIFIQUEM A CARACTERIZAÇÃO DA EXIGÊNCIA COMO INDISPENSÁVEL (MÍNIMA), SEU ATO SERÁ INVÁLIDO. NÃO CABERÁ INVOCAR COMPETÊNCIA DISCRICIONÁRIA E TENTAR RESPALDAR O ATO SOB O ARGUMENTO DE LIBERDADE DE APURAÇÃO DO MÍNIMO. É claro que a referência constitucional se reporta ao mínimo objetivamente comprovável – não àquilo que parece ser o mínimo objetivamente comprovável – não àquilo que parece ser o mínimo em avaliação meramente subjetiva de um agente." (in ob. Cit., 5ªed., ver. E ampl. Pág.284). (grifo nossos).

A corroborar o acima exposto o Mestre Hely Lopes Meirelles, em Licitações e Contratos Administrativos, pg. 112 leciona que:

"É nulo o edital omissivo ou errôneo em pontos essenciais, ou **que contenha condições discriminatórias, que AFASTEM determinados interessados E FAVOREÇAM OUTROS.** Isto ocorre quando a discriminação do objeto da licitação é TENDENCIOSA, conduzindo a licitante certo, sob a falsa aparência de uma convocação igualitária". (grifo nosso).

No caso em comento, é oportuno, ainda, suscitar alguns questionamentos, a respeito daquelas exigências constantes no edital: Qual o parâmetro utilizado para indicação daquele quantitativo de rede naquelas localidades específicas? Porque aquele número específico de consultórios? Qual foi a metodologia utilizada para aquela indicação? Qual entidade de notório reconhecimento realizou o referido estudo que ensejou naqueles números?

Deste modo, após a leitura de todo exposto, associado com a melhor doutrinação e com o posicionamento das Cortes Superiores faz-se necessário que tais exigências referentes ao quantitativo de Rede e localidade **SEJAM RETIRADAS** do corpo editalício, já que tais exigências são ilegais e desarrazoadas. Afetando, assim, na elaboração da proposta de preços, o caráter competitivo e a licitude do certame.

Assim, a manutenção das exigências acima guerrilhadas, afetará a elaboração da proposta de preços, o caráter competitivo e a licitude do certame.

DOS PEDIDOS

Ante ao exposto, requer que sejam julgadas, **TOTALMENTE PROCEDENTES** a Impugnação suscitada, já que tais exigências são omissas e não possuem arcabouço legal, tornando, assim incongruentes e ilegais, sob pena de comprometer a lisura do Certame e apreciação dos Tribunais Superiores.

Devendo-se **SUSPENDER** a data de abertura do certame, pelo fato do atual edital encontrar-se invadido de vícios e, uma vez, retificado influenciará na lisura do certame, na Proposta de Preço, na ampla participação dos futuros licitantes e consequentemente na busca da proposta mais vantajosa.

Observando-se, contudo, a remarcação do prazo e o intervalo mínimo exigido legalmente.

Nesses Termos, pede deferimento.