

Ilustríssima Pregoeira da Comissão Integrada de Licitação do Serviço Social da Indústria – Departamento Regional do Maranhão – CILIC/SESI/DR-MA, Sra. Fernanda M. Bertrand de Carvalho

Pregão Presencial nº 002/2022

Objeto: Serviços de Assistência à Saúde ou Seguro Privado de Assistência à Saúde ou Administradora de Benefícios com registro na ANS para a prestação de serviços de assistência médico-hospitalar e ambulatorial com obstetrícia, laboratorial, exames complementares e serviços auxiliares de diagnósticos, terapia e internações, exames de alta complexidade, serviços auxiliares de diagnóstico em geral, atendimento de emergência e urgência, abrangendo toda o Rol da ANS (Agência Nacional de Saúde Suplementar) e suas posteriores atualizações, em âmbito regional e nacional, nas quantidades e características exigidas.

Hapvida Assistência Médica S.A., pessoa jurídica de direito privado regularmente constituída, com sede em Fortaleza, Estado do Ceará, situada na Avenida Heráclito Graça, nº 406 – Bairro Centro, CEP 60140-160, inscrita no CNPJ/MF sob o nº. 63.554.067/0001-98, vem, por intermédio de sua representante legal *in fine* assinada, com fulcro no item 11.1 do Edital, apresentar **Impugnação ao Edital Convocatório c/c Pedidos de Esclarecimentos**, o que faz alicerçada nos fundamentos de fato e de direito a seguir perfilados.

De antemão, faz-se importante destacar que a formulação deste instrumento não se caracteriza como ato condenável ou abusivo, mas, ao contrário, visa colaborar para a melhor interpretação do Edital Convocatório pelos licitantes, bem como, colabora com a Administração Pública na aplicação da regra, a fim de resguardar o caráter competitivo do certame, evitando, desta forma, a continuidade de procedimentos destinados à inevitável invalidação.

1. Da tempestividade.

Primeiramente, cumpre trazer à memória que o item 11.1, do Edital, dissertou sobre os procedimentos para solicitação de informações necessárias ao perfeito conhecimento do objeto da licitação. Vejamos:

13.1. Até às 17h00min do dia 06.01.2022, qualquer licitante poderá solicitar esclarecimentos, providências ou impugnar o presente Edital. O não cumprimento deste prazo importará na preclusão do seu direito.
(Grifos acrescidos)

Destarte, no presente caso, uma vez que a data limite para o pedido de impugnação e solicitação de esclarecimento é o dia 06/01/2021 (quinta-feira), resta, portanto, plenamente tempestivo o instrumento nesta data protocolado.

2. Da necessidade de esclarecimentos:

Em primeiro lugar, vale trazer à memória o objeto da licitação são os Serviços de Assistência à Saúde ou Seguro Privado de Assistência à Saúde ou Administradora de Benefícios com registro na ANS para a prestação de serviços de assistência médico-hospitalar e ambulatorial com obstetrícia, laboratorial, exames complementares e serviços auxiliares de diagnósticos, terapia e internações, exames de alta complexidade, serviços auxiliares de diagnóstico em geral, atendimento de emergência e urgência, abrangendo todo o Rol da ANS (Agência Nacional de Saúde Suplementar) e suas posteriores atualizações, em âmbito regional e nacional, nas quantidades e características exigidas.

Ocorre que, analisando-se minuciosamente os termos do instrumento convocatório, foram observados diversos pontos que carecem de esclarecimentos para que esta Hapvida possa elaborar uma proposta de acordo com todas as exigências do Instrumento Convocatório, participando regularmente do certame e ofertando a melhor proposta possível.

- **Quanto ao 1º ponto**, pode-se entender que para o Lote II (plano regional) o atendimento e abrangência será apenas em São Luís/MA e para urgência emergência nacional via abrange?

- **Quanto ao 2º ponto**, pode-se entender que o reembolso previsto no edital e seus anexos para a contratação será, pela tabela da operadora, quando não houver prestador na rede própria, credenciada e/ou referenciada pela contratada em seu guia médico, dentro da área de abrangência do produto contratado conforme regra de reembolso da operadora?
- **Quanto ao 3º ponto**, pode-se entender que todos os beneficiários apresentados no perfil etário residem em São Luis/MA?
- **Quanto ao 4º ponto**, é preciso que a comissão apresente uma relação contendo a distribuição de vidas por localidade/ perfil etário de vidas por município/cidade que se encontram os servidores lotados.
- **Quanto ao 5º ponto**, tendo em vista o item 6.11 do edital, localizado na página 13, qual é o horário de expediente do SESI/MA utilizado como referência para a entrega de documentação e solicitações?
- **Quanto ao 6º ponto**, pode-se entender que o SESI/MA respeitará o prazo de movimentação da operadora? Sendo realizadas as inclusões/exclusões do plano de saúde no sistema de movimentação da operadora no site da mesma, operados e solicitados pela Câmara de forma a respeitar os prazos do cronograma abaixo:
 1. Período de Movimentação: 1º dia ao 15º dia, Vigência da Movimentação: A partir do 1º dia do mês seguinte; e
 2. Período de Movimentação: 16º dia ao 30º dia, Vigência da Movimentação: A partir do 1º dia do 2º mês subsequente
- **Quanto ao 7º ponto**, pode-se entender que para os usuários que entrarem fora do período de isenção de carência poderá ser cobrado o cumprimento de carência e DPL de 24 (vinte e quatro) meses, conforme as regras previstas pela Agência Nacional de Saúde – ANS?

Após 30 (trinta) dias da vigência do contrato haverá carência exigida pela ANS.

Os beneficiários que optarem pelo plano de saúde após 30 (trinta) dias da assinatura do contrato, estão sujeitos ao cumprimento de carências previsto na Lei Nº 9.656/1998 de 03/06/1998, salvo os recém-nascido (quando o titular for

beneficiário do plano de saúde) recém-admitido e recém-casado (esposo(a));

Para os pedidos de inclusão efetuados após os prazos estabelecidos, deverão ser cumpridas, no máximo, as seguintes carências, específicas para os serviços:

a) 24 (vinte e quatro) horas para a cobertura dos casos de urgência e emergência decorrentes de acidentes pessoais e/ou complicações do processo gestacional, conforme a previsão regulatória vigente;

b) 30 (trinta) dias para consultas médica e exames laboratoriais, clínicos e patológicos, e raio X simples;

c) 90 (noventa) dias para endoscopia, ultrassonografia, fisioterapia, ecocardiograma, teste ergométrico, acupuntura, prova de Holter, cintilografia, densitometria óssea, psicoterapia, fonoaudiologia, terapia ocupacional e nutricionista;

d) 180 (cento e oitenta) dias para cirurgias ambulatoriais, internações hospitalares, clínicas e cirúrgicas, exames de alta complexidade e tratamentos ou procedimentos de maior complexidade;

e) 300 (trezentos) dias para parto a termo.

Para os beneficiários inscritos nas condições previstas, a operadora também poderá imputar cláusula de Cobertura Parcial Temporária, para Doenças e Lesões Preexistentes que o beneficiário ou seu responsável tenha conhecimento prévio, pelo período máximo de 24 (vinte e quatro) meses, limitadas às condições previstas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS.

- **Quanto ao 8º ponto**, pode-se entender que a contratação não prevê atendimento de *home care*?
- **Quanto ao 9º ponto**, pode-se entender que o contrato será reajustado anualmente pelo índice divulgado pela ANS, acrescido de reajuste por sinistralidade (reequilíbrio econômico-financeiro) quando o índice ultrapassar o percentual de 70% (setenta por cento)

- Quanto ao 10 ponto, é preciso que a comissão informe qual é o valor estimado para a contratação, uma vez que o item "valor estimado (R\$)" registrado na página 32 (trinta e dois) do instrumento convocatório apenas faz a sua menção sem informar o respectivo valor.
- Quanto ao 11º ponto, pode-se entender que a apresentação da proposta e a formulação dos lances será pelo valor unitário de cada item do lote multiplicado pela quantidade de vidas no montante de 800 (oitocentos)?
- Quanto ao 12º ponto, pode-se entender que conforme item r da página 33 do edital, o telefone 0800 será apenas o obrigatório por Lei para os registros de SAC? Assim, as marcações de consultas, solicitações de informações, autorizações, deverão ser realizadas via ligação com preço local, ou via site, ou via aplicativo ou qualquer outro meio digital disponibilizado pela operadora?
- Quanto ao 13º ponto, pode-se entender que, conforme especificação do objeto constante no anexo II, localizado entre as páginas 35 e 38, o valor estimado é o constante na tabela abaixo?

| LOTE | ITEM | CATEGORIA | VIDAS | VALOR UNITÁRIO | VALOR MENSAL | VALOR ANUAL - (12xDOZE) MESES | VALOR TOTAL - GLOBAL DO LOTE |
|---------|------|-----------|-------|----------------|----------------|-------------------------------|------------------------------|
| LOTE I | 1 | 1 | 800 | R\$ 716,04 | R\$ 604.832,00 | R\$ 7.257.984,00 | R\$ 33.726.891,08 |
| | | 2 | 18 | R\$ 398,04 | R\$ 63.647,72 | R\$ 775.772,04 | |
| | 2 | 1 | 800 | R\$ 591,88 | R\$ 473.504,00 | R\$ 5.682.048,00 | |
| | | 2 | 18 | R\$ 591,48 | R\$ 10.646,64 | R\$ 127.759,92 | |
| LOTE II | 1 | 1 | 800 | R\$ 305,80 | R\$ 244.640,00 | R\$ 2.935.680,00 | R\$ 7.521.061,16 |
| | | 2 | 18 | R\$ 405,00 | R\$ 7.290,00 | R\$ 87.480,00 | |
| | 2 | 1 | 800 | R\$ 380,71 | R\$ 288.568,00 | R\$ 3.462.816,00 | |
| | | 2 | 18 | R\$ 380,71 | R\$ 6.652,76 | R\$ 79.833,16 | |

- Quanto ao 14º ponto, pode-se entender que as coberturas dos planos solicitados serão apenas pelo rol da AND e suas respectivas atualizações?
- Quanto ao 15º ponto, pode-se entender que as coberturas, prazos e custos das operadoras para transtornos psiquiátricos serão apenas pelo rol da ANS?

- **Quanto ao 16º ponto**, pode-se entender que a licitante poderá participar de cada um dos lotes separadamente?
- **Quanto ao 17º ponto**, pode-se entender, conforme modelo de proposta constante no anexo III do edital, que o item 1 é referente ao valor global do plano para 12 (doze) meses para o lote que for participar? Motivo pelo qual será necessário especificar qual o lote a licitante está ofertando/referindo-se na proposta?

Ante o exposto, uma vez que todos os pontos elencados acima carecem de esclarecimentos e que são imprescindíveis para a participação da Hapvida no presente certame licitatório, bem como para a elaboração da proposta, faz-se imprescindível que o Ilustre Pregoeiro se digne a esclarecer minuciosamente todas as dúvidas e incongruências constantes no Edital, viabilizando a participação desta e de outras empresas amplamente capacitadas a prestar os serviços licitados.

3. Das razões da impugnação:

3.1. Da ausência de cláusula de reajuste nos documentos da licitação.

O artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, ao afirmar que deverão ser mantidas as condições efetivas da proposta durante toda a execução contratual, acaba por estabelecer como um dos princípios das contratações públicas a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. E uma das formas de recomposição é a concessão do reajustamento dos preços, que nada mais é do que a mera recomposição do valor aviltado pela inflação.

A Lei nº 10.192/2001, que dispõe sobre medidas complementares ao Plano Real, em seu art. 3º, § 1º, diz que a periodicidade anual para o reajuste de preços nos contratos em que seja parte órgão ou entidade da Administração Pública direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios será contada a partir da data limite para apresentação da proposta ou do orçamento a que essa se referir.

Já o art. 40, inciso XI, da Lei nº 8.666/93, contempla que o edital indicará obrigatoriamente o critério de reajuste, que deverá retratar a variação

efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela:

Art. 40. O edital conterà no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

(...)

XI - critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

Da mesma forma, o art. 55, inciso III, da referida Lei elenca como cláusula necessária em todo contrato que estabeleça "o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento".

Não por outra razão, o Tribunal de Contas da União tem posicionamento firme que em todos os contratos, mesmo naqueles com prazo de duração inferior a 12 (doze) meses, a cláusula de reajuste é indispensável (p. ex. Acórdão nº 73/2010 – Plenário).

Lembre-se que o reajuste nada mais é do que a indexação do valor da remuneração devida ao particular a um índice de variação de custos. É alteração dos preços para compensar (exclusivamente) os efeitos das variações inflacionárias, mantendo o valor da moeda, sem o que haveria desequilíbrio econômico, com prejuízo de uma das partes.

É obrigatória, portanto, a inclusão de cláusula de reajuste, não sendo uma mera faculdade da Administração. Estando presentes os pressupostos (basicamente, o decurso de prazo superior a 12 (doze) meses entre a data de

apresentação das propostas e a data de liquidação das obrigações), será obrigatória a existência de cláusula de reajuste. Assim, passa-se para assegurar a possibilidade de comparação entre as propostas elaboradas e a sua seriedade. O reajuste de preços se configura, então, como uma solução destinada a assegurar não apenas os interesses dos 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 inexequível ou a distorção da competição.

Aliás, em recente decisão, a Corte Federal de Contas reafirmou a necessidade de haver previsão em edital e contrato do critério de reajuste, visto que tal providência não consiste em ato discricionário a cargo do gestor público, mas sim verdadeira imposição legal:

"2. O estabelecimento dos critérios de reajuste dos preços, tanto no edital quanto no Instrumento contratual, não constitui discricionariedade conferida ao gestor, mas sim verdadeira imposição, ante o disposto nos arts. 40, inciso XI, e 55, inciso III, da Lei 8.666/93, ainda que a vigência prevista para o contrato não supere doze meses. Ainda na Auditoria para verificar a construção da cadeia pública masculina de São Luís Gonzaga/MA, constatou-se que o edital da concorrência não indicara o critério de reajuste de preços a ser utilizado durante a execução dos serviços, estipulada em doze meses. Para a unidade instrutiva, esse fora um dos motivos da anulação do certame, em face da impossibilidade da convocação da segunda colocada, tendo em vista a falta de definição dos critérios para realinhamento dos preços após a rescisão do contrato. Em resposta às audiências, alegaram os responsáveis que "a ausência de cláusula de reajuste de preço no edital se dera pelo fato de que o contrato teria prazo de vigência de doze meses, sendo que a legislação somente determina a estipulação de correção monetária em contratos com prazo igual ou superior a um ano". Acrescentaram que a Lei 10.192/2001 não obrigou a Administração a prever cláusula de reajuste em seus contratos administrativos, mas proibiu o reajuste para períodos inferiores a um ano. Analisando o ponto, asseverou a relatora que "o estabelecimento dos critérios de reajuste dos preços, tanto no edital quanto no Instrumento contratual, não constitui discricionariedade conferida ao gestor, mas sim verdadeira imposição, ante o disposto nos artigos 40, inciso XI, e 55, inciso III, da Lei 8.666/93 – acórdão 2.804/2010 – Plenário". Em tais circunstâncias, prosseguiu "é adequada a proposta da unidade técnica de não acatar as justificativas dos gestores e aplicar-

lhes multas". Diante dessa e de outras falhas, acompanhou o Plenário o voto da relatora no sentido de aplicar multa aos responsáveis e dar ciência à Seap/MA acerca da "ausência de critérios de reajustamento de preços no contrato firmado". Acórdão 2205/2016 Plenário, Auditoria, Relator Ministra Ana Arraes."

Nessa linha, a cláusula de reajuste contratual deve ser definida na fase que precede a contratação, devendo ser analisada sob o aspecto mercadológico e considerando também a natureza do contrato e a forma de remuneração pelos serviços prestados, de modo a não gerar futuras deturpações no preço contratado. Deve, ainda, a Administração ter cautela ao definir essa cláusula pois uma vez estipulada em contrato deve ser concedido o reajuste em cumprimento às disposições contratuais.

Para 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 inexecutable ou a distorção da competição".

No caso do instrumento convocatório posto à análise, tem-se que nenhum dos documentos referentes ao Pregão Presencial em questão dispõem de forma expressa acerca de cláusula de reajuste anual, tampouco cláusula de reajuste por reequilíbrio econômico-financeiro, para quando o sinistro atingir 70% (setenta por cento), fazendo-se imprescindível a inclusão da cláusula com as informações de reajuste, evitando prejuízos à licitante e futura contratada.

Não obstante o disposto acima, vale repisar que o reajuste dos preços é automático, ou seja, decorridos 12 (doze) meses do contrato, deverá ser aplicado o índice previsto contratualmente, a fim de se recompor a equação econômico-financeira inicialmente estabelecida. Entretanto, a ausência da cláusula de reajuste anual pode trazer dificuldades ao reequilíbrio econômico-financeiro futuro, sendo imprescindível a adequação dos documentos da licitação para que o reajuste e reequilíbrio sejam garantidos na forma acima.

3.2. Da Qualificação Técnica. Da ilegalidade constante no item 3.12 do Edital em razão de exigência de rede credenciada já em sede de habilitação.

Além da inconsistência contida no edital abordada minuciosamente no tópico anterior, cumpre passar à exposição da ilegalidade constante no item 3.12 do Instrumento Convocatório que, já em sede de habilitação, ilegalmente exige que a licitante possua a rede credenciada exigida no edital, fato este que atenta de forma fatal contra à legalidade e que impõe ônus indevido às participantes, antes mesmo da celebração do contrato administrativo. *In litteris*:

3.12 REDE DE ATENDIMENTO

A operadora deverá dispor de rede credenciada com cobertura em todo o território nacional e regional devendo estar em todos os municípios que o Sistema FIEMA exerce sua atividade.

A CONTRATADA deverá obrigatoriamente ceder a CONTRATANTE a rede credenciada da operadora indicada em sua proposta de preços, por meio digital ou impresso, bem como manter atualizado o portal para consulta da rede credenciada, conforme preconiza a ANS.

A operadora poderá modificar ou cancelar credenciamento de médicos ou entidades prestadoras de serviço, inclusive por sugestão da CONTRATANTE, preservando, entretanto, o padrão de qualidade e o nível de atendimento.

Em caso de descredenciamento, deverá ser encaminhado comunicado ao gestor do contrato, que repassará aos beneficiários, indicando um prestador substituto para continuidade do atendimento.

(Grifos acrescidos)

Consoante enunciado constante da Súmula 272 da jurisprudência do Tribunal de Contas da União "no edital de licitação é vedada a inclusão de exigências de habilitação e quesitos de pontuação técnica para cujo atendimento os licitantes tenham de incorrer em custos que não sejam necessários anteriormente à celebração do contrato".

O TCU já decidiu, em precedentes julgados, que a exigência de apresentação de rede credenciada, em serviços similares ao ora examinado nesta representação, deve ser efetuada no momento da contratação e não na ocasião da

apresentação de proposta, de forma a garantir a adequada prestação dos serviços, sem comprometer a competitividade do certame.

O exigir que a licitante detentora da melhor oferta apresente rede credenciada no momento da sessão pública restringirá o número de empresas que participaram do certame, ao passo que privilegiará as empresas que possuem estabelecimentos credenciados nestas localidades, em especial a atual contratada, e, conseqüentemente, impedirá que empresas do ramo, que embora não possuam a rede credenciada na data da licitação, tem toda condição de credenciar os postos dentro do prazo razoável.

A referida exigência mostra-se, portanto, excessiva, contrariando o art. 3º, inciso II, da Lei 10.520/02, o qual estabelece que 'a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição'. E mais, afronta também o disposto na Lei 8.666/93, art. 3º, § 1º.

Conforme se denota do julgado acima citado, o correto é que a rede seja apresentada no ato da assinatura do contrato, e ainda que seja concedido prazo razoável para que se efetue o credenciamento dos estabelecimentos, pois o credenciamento depende acima de tudo da vontade dos estabelecimentos e não somente da empresa vencedora. Essa prática tem sido a usual em licitações do mesmo objeto no âmbito da administração pública direta e indireta, pretendendo-se com isso selecionar a melhor proposta.

Cumpra salientar, que a regra estabelecida pela jurisprudência das cortes é de caráter geral e aplica-se para todas as modalidades de serviços que exigem o credenciamento de estabelecimentos, inclusive para contratação de empresa de assistência médico-hospitalar.

Ademais, exigir o credenciamento dos estabelecimentos previamente, de modo a formar uma rede de credenciada tão ampla, implica em um alto custo para as licitantes.

Tal prática - de exigência prévia de qualificação técnica que importe ônus às licitantes baseado em mera expectativa de se sagrar vencedora - é vedada pelo TCU que já tem súmula sobre o assunto:

Súmula 272/2012: No edital de licitação, é vedada a inclusão de exigências de habilitação e de quesitos de pontuação técnica para cujo atendimento os licitantes tenham de incorrer em custos que não sejam necessários anteriormente à celebração do contrato.

Sendo assim, mantida algo em relação a rede credenciada referente à habilitação, razoável seria que fosse exigida apenas uma declaração de compromisso, devendo a empresa vencedora firmar o COMPROMISSO de apresentar a rede de credenciados no prazo previsto e não que JÁ DETÉM a rede formada.

Em resumo, o instrumento convocatório em referência favorece as empresas do setor que se encontram sediadas na localidade, assim sendo, se mantida a exigência, será de notória percepção a violação do princípio da Impessoalidade. Pela base principiológica do instituto licitação, não deve haver qualquer fator de natureza subjetiva ou pessoal interferindo nos atos do processo licitatório, ao contrário, o princípio supracitado estará sendo ferido. Diante do fato exposto, ao qual a pessoalidade é presente excessivamente, não há de se falar em respeito à impessoalidade, que conseqüentemente toca a solidez da Eficiência Administrativa, que jamais deve ser ignorada pelo agente público. Como se não bastasse, o item objurgado fere igualmente o princípio constitucional da Isonomia, consagrado no art. 5º, I da Carta Magna.

A exigência de apresentação e comprovação prévia de rede credenciada ainda na fase de habilitação técnica, com a proposta de preços, é ilegal e desarrazoada, pois é de difícil cumprimento e obriga os licitantes a arcarem com despesas de compensação incerta, sendo mais razoável se fosse feita no momento da assinatura do contrato, pois contraria precedentes deste Tribunal (Acórdão 686/2013-Plenário, relator Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti) e Informativo de Licitações 145, de 24 e 25 de março de 2013) e os arts. 27 a 33 da Lei de Licitações;

Com efeito, a apresentação da rede junto com a habilitação ou proposta é ilegal, tendo em vista que a rede deve ser apresentada apenas no momento da contratação, conforme jurisprudência pacífica do TCU, as quais seguem abaixo:

1. **A comprovação de rede credenciada [...] deve ser exigida na fase de contratação e não como condição de qualificação técnica. [...].** Após valer-se do precedente revelado por meio do Acórdão nº 2.581/2010-Plenário, pugnou pela anulação do Pregão Presencial nº 7/2012. O relator, por sua vez, reconheceu que "A jurisprudência predominante nesta Corte de Contas é no sentido de que a exigência da apresentação da rede credenciada deve ocorrer na fase de contratação, [...] de modo que se possa conciliar a necessidade de obtenção de uma adequada prestação do serviço licitado e com o estabelecimento de requisitos que possibilitem ampla competitividade do procedimento licitatório (Acórdãos nºs. 842/2010- TCU-Plenário, 7.083/2010-TCU-2ª Câmara, 587/2009-TCU-Plenário)". Levou em conta, porém, o fato de que, no caso concreto, a exigência imposta às licitantes de contarem com rede credenciada nas cidades de Palmas/TO, Porto Nacional, Dianópolis, Gurupi, Paraíso do Tocantins, Guaraí, Colinas do Tocantins, Araguaína e Araguaínas, não se revelaria materialmente restritiva. Lembrou que a primeira das decisões acima citadas tratou de licitação para contratação de serviço similar ao ora examinado, que "abrange 32 instalações do SESC/SP e continha a exigência de que houvesse credenciamento de estabelecimentos em todos os municípios paulistas". Tal condição, requerida para habilitação naquela outra licitação, configurou para os licitantes ônus excessiva, "tanto financeiro quanto operacional". A deliberação invocada pela unidade técnica, portanto, não poderia nortear a solução do caso concreto em tela, especialmente por não terem sido efetuadas "exigências desarrazoadas, que comprometessem a competitividade do certame, muito menos que tenha ocorrido inibição premeditada da participação de licitantes com vistas ao direcionamento da competição". Ressaltou o relator também que a autora da representação não impugnara os termos do edital, na oportunidade devida. O Tribunal, então, ao acolher a proposta do relator, decidiu: a) conhecer a representação; [...]. Acórdão n.º 2962/2012-Plenário, TC-040.371/2012-3, rel. Min. José Múcio Monteiro, 31.10.2012.

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO. PREGÃO PRESENCIAL DO TIPO MENOR PREÇO (MENOR TAXA DE ADMINISTRAÇÃO). CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA NA 9050 PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ALIMENTAÇÃO COLETIVA (REFEIÇÃO-CONVÊNIO). CLÁUSULA EDITALÍCIA EXCESSIVAMENTE RESTRITIVA. CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR. AGRAVO. CONHECIMENTO. NEGADO PROVIMENTO. Recurso de agravo foi interposto pelo Departamento Nacional do Serviço Social da Indústria – (Sesi/DN) e pelo Departamento Nacional de Aprendizagem Industrial – (Senai/DN), em razão da concessão de medida cautelar pela qual foi suspensa a realização do Pregão Conjunto nº 67/2010 CNI/Sesi/Senai/IEL, cujo objeto consistiu na contratação de empresa especializada na prestação de serviços de alimentação coletiva

(refeição-convênio), em todo o território nacional, por empregadas das entidades nacionais que integram o sistema indústria, pelo período de 12 (doze) meses. A cautelar foi concedida em razão de representação de empresa licitante contra supostas exigências excessivas, contidas no edital do certame, tal como a obrigatoriedade de os licitantes apresentarem, na fase de habilitação técnica, declaração de que atuaria em todos os Estados Brasileiros e de que possuiriam estabelecimentos comerciais credenciados que admitissem pagamento de refeição e alimentação, por meio de vale-alimentação, fornecido pela licitante, em todas as Capitais dos 26 (vinte e seis) estados do país e no Distrito Federal, bem como em todos os municípios com população igual ou superior 100.000 (cem mil) habitantes. Para os recorrentes, “contratar empresa que não tenha rede credenciada nacional, e sem a abrangência esperada, por certo gerará um sério prejuízo ao empregado das entidades, que justamente recebe o benefício do vale refeição para custear a sua alimentação, independentemente de estar trabalhando dentro ou fora de suas sedes”, argumento que, inclusive, contou com o reconhecimento do relator, o qual, todavia, divergiu quanto ao momento em que a comprovação da capacidade por parte da empresa interessada deveria ser realizada. Segundo ele, não seria razoável “a exigência de que todas as empresas interessadas em contratar com a Administração sejam obrigadas, ainda na fase de habilitação do pregão, de manter estabelecimentos comerciais credenciados em todas as capitais dos estados brasileiros e em todos os municípios com mais de cem mil habitantes”, em linha com a jurisprudência do Tribunal. Ainda para o relator, a exigência de habilitação constante do processo licitatório, “levada a extremos, poderia inclusive estimular a formação de cartel, pois só poderiam participar de licitações as poucas grandes empresas desse seguimento comercial, o que, de certa forma teria se confirmado, uma vez que somente três empresas apresentaram propostas neste pregão”. Ressaltou, mais uma vez com amparo na jurisprudência do Tribunal, que “a exigência da apresentação da rede credenciada deveria ocorrer na fase de contratação [...]”. Propôs, então, que fosse negado provimento ao agravo, no que obteve a aprovação do Plenário. Acórdão n.º 307/2011- Plenário, TC-032.818/2010-6, rel. Min-Subst. Augusto Sherman Cavalcanti, 09.02.2011.

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO. PREGÃO PRESENCIAL DO TIPO “MENOR TAXA ADMINISTRATIVA”. SERVIÇO DE DISTRIBUIÇÃO DOS BENEFÍCIOS DE VALES TRANSPORTE E REFEIÇÃO. CLÁUSULA EDITALÍCIA EXCESSIVAMENTE RESTRITIVA. DETERMINAÇÃO PARA ANULAÇÃO DO CERTAME. Representação formulada ao TCU apontou possível irregularidade envolvendo exigência contida no edital do Pregão Presencial n.º 14/2010, realizado pelo Serviço Social do Comércio - SESC - Administração Regional no Estado de São Paulo, tendo por objeto o

serviço de gerenciamento, distribuição, implementação e administração dos benefícios de vale-refeição e transporte para as unidades do SESC-SP. A exigência tida como excessiva era no sentido de que as licitantes, ainda na fase de habilitação, comprovassem, "por meio de 'Declaração de Estabelecimentos Credenciados', anexo X deste Instrumento, o credenciamento de no mínimo dois estabelecimentos comerciais" que aceitassem "o vale como forma de pagamento da refeição", e estivessem a uma "distância máxima de 500 metros da Unidade do SESC". Considerando que a licitação abrangia 32 instalações do SESC/SP, "consistiria em desarrazoado ônus para as licitantes, tanto financeiro quanto operacional", a exigência de que elas cadastrassem 64 estabelecimentos "apenas para participar do certame". A exigência implicaria que somente a empresa que já estivesse prestando os serviços, ou grandes empresas desse seguimento comercial, restariam habilitadas. Nesse sentido, concluiu o relator tratar-se, efetivamente, de cláusula restritiva e que potencialmente afastaria diversos interessados na prestação dos serviços, em confronto com o princípio da busca da proposta mais vantajosa para a Administração Pública. Acolhendo o voto do relator, o Plenário decidiu fixar prazo ao SESC/SP para anular a aludida exigência editalícia, sem prejuízo de determinar à entidade que, nas próximas contratações de serviço de fornecimento de vale-refeição para suas unidades, faça constar a exigência de comprovação de rede credenciada próxima às unidades do SESC apenas na fase de contratação com fixação de prazo para que a vencedora do certame credencie os estabelecimentos comerciais localizados nas imediações das unidades a serem atendidas. Acórdão n.º 2581/2010-Plenário, TC016.159/2010-1, rel. Min. Benjamin Zymler, 29.09.2010.

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.

Ementa: determinação à FUNAI em Ji-Paraná/RO para que se abstenha de exigir das empresas licitantes, como requisito para habilitação e participação nos certames promovidos pelo órgão, documentos e condições que apenas se justifiquem quando da assinatura do contrato, devendo tais exigências constar do edital apenas a título de esclarecimento para implemento futuro, por parte da licitante vencedora, quando da assinatura contratual (item 1.4.1, TC021.004/2010-2, Acórdão n.º 5.600/2010-2ª Câmara).

1. Processo TC-022.210/2019-9 (DENÚNCIA)

- 1.1. Responsável: Identidade preservada (art. 55, caput, da Lei n. 8.443/1992)
- 1.2. Interessado: Identidade preservada (art. 55, caput, da Lei n. 8.443/1992)
- 1.3. Órgão/Entidade: Administração Regional do Senac no Estado da Bahia; Administração Regional do Sesc no Estado da Bahia.
- 1.4. Relator: Ministro Aroldo Cedraz
- 1.5. Representante do Ministério Público: não atua
- 1.6. Unidade Técnica: Secretaria do Controle Externo de Aquisições Logísticas (Seoelg).
- 1.7. Representação legal: Andréia Nunes Teixeira e outros, representando Administração Regional do Sesc No Estado da Bahia.
- 1.8. Determinações/Recomendações/Orientações:
 - 1.8.1. determinar ao Departamento Regional da Bahia do Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial (Senac/BA) e à Administração Regional no Estado da Bahia do Serviço Social do Comércio (Sesc/BA), com fundamento no art. 250, inciso II, do Regimento Interno/TCU, que não prorroguem os contratos decorrentes do Pregão Eletrônico 3/2019 – Senac/BA ou os prorroguem somente até o tempo necessário para a realização de nova licitação, e que informem ao TCU, no prazo de sessenta dias, os encaminhamentos realizados, tendo em vista a ocorrência das seguintes irregularidades:

1.8.1.3. exigência de que a rede credenciada fosse enviada juntamente com a proposta de preços, identificada nos itens 4.1, 4.2, 4.3 e 4.4 do termo de referência do Pregão Eletrônico 3/2019 – Senac/BA, em afronta à jurisprudência do TCU, nos termos dos Acórdãos 2962/2012-TCU/Plenário (Ministro José Múcio Monteiro), 307/2011-TCU-Plenário (Ministro Augusto Sherman Cavalcanti), 2581/2010-TCU-Plenário (Ministro Benjamin Zymler), 3156/2010-TCU-Plenário (Ministro José Múcio Monteiro) e 5600/2010-TCU-Segunda Câmara (Ministro Aroldo Cedraz).

Assim, torna-se ululante o vício contido nos itens ao norte expostos, tendo em vista a proibição do TCU em se exigir rede credenciada antes da contratação. Logo, resta claro que quando há descumprimento de decisão ou de diligência sem causa justificada, a Corte de Contas da União pode aplicar multa aos responsáveis.

Na mesma senda, em sede do Acórdão 177/2018 - Plenário, extrai-se o seguinte trecho do voto do ministro relator Aroldo Cedraz: *“Compete ao gestor, ao assumir o cargo, tomar conhecimento das determinações desta Corte afetas à sua área de atuação e, no caso de descumprimento, arcar com o ônus decorrente”*.

Assim, resta plenamente comprovado que a exigência ora combatida e constante no Edital é contrária ao entendimento pacificado do TCU e deve ser revista, sob pena do cometimento de clara ilegalidade e que pode ensejar a responsabilização pessoal dos administradores responsáveis pela condução do certame.

3.3. Do tempo para a assinatura do contrato administrativo. Da razoabilidade.

De acordo com o previsto no item 8.1 do Edital, a Administração do Sesi irá convocar oficialmente a licitante vencedora ou seu representante legal, durante a validade da proposta para que, no prazo máximo de 05 (cinco) dias, realize a

assinatura do contrato, frise-se, na sede da contratante – ou seja, de forma presencial, consoante previsão colacionada a seguir:

*8.1. Após a homologação deste procedimento, a Administração do SESI convocará oficialmente a licitante vencedora ou seu representante legal, durante a validade da sua proposta para, **no prazo máximo de 05 (cinco) dias úteis**, assinar o contrato ou instrumento equivalente, **na sede da Contratante**. A licitante vencedora não poderá desistir da assinatura do contrato ou instrumento equivalente sob pena da aplicação das sanções legais previstas neste Edital.*

(Grifos acrescidos)

Ocorre que a exigência de que a assinatura seja realizada fisicamente sem a admissão da possibilidade de que o contrato seja assinado de forma virtual, principalmente em um período que ainda é de pandemia e com o surgimento de novas variantes do vírus covid-19 e da influenza (gripe), é medida que fere a razoabilidade que necessariamente deve ser considerada na atuação dos administradores públicos.

Além disso, necessário não perder de vista também o tempo necessário para o deslocamento físico e compra das passagens aéreas para que o representante da empresa possa se deslocar até a contratante para a assinatura do instrumento contratual que será celebrado entre as partes, bem como os custos envolvidos, quando já há tecnologia atual para a assinatura eletrônica de documentos e que possuem validade até mesmo mais segura que uma assinatura física.

Dessa forma, a razoabilidade deve ser compreendida como o agir de “bom senso”, em atinência a todos os detalhes da prática do ato, senão vejamos na lição do professor Antônio José Calhau de Resende, o qual destaca *in verbis*:

“A razoabilidade é um conceito jurídico indeterminado, elástico e variável no tempo e no espaço. Consiste em agir com bom senso, prudência, moderação, tomar atitudes adequadas e coerentes, levando-se em conta a relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade a ser alcançada, bem como as circunstâncias que envolvem a prática do ato.” (RESENDE, Antonio José Calhau. O princípio da Razoabilidade dos Atos do Poder Público. Revista do Legislativo. Abril, 2009).

(Grifos acrescidos)

Nesse mesmo sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello assim trata da questão principiológica:

*“Encarta-se no princípio da legalidade o princípio da finalidade. **Não se compreende uma lei, não se entende uma norma, sem entender qual o seu objetivo.** Donde, também não se aplica uma lei corretamente se o ato de aplicação carecer de sintonia com o escopo por ela visado. Implementar uma regra de Direito não é homenagear externamente sua dicção, mas dar satisfação a seus propósitos. **Logo, só se cumpre a legalidade quando se atende à sua finalidade.** Atividade administrativa desconhecida com o fim legal é inválida e por isso judicialmente censurável (...) Descende também do princípio da legalidade o **princípio da razoabilidade.** Com efeito, nos casos em que a Administração dispõe de certa liberdade para eleger o comportamento cabível diante do caso concreto, isto é, **quando lhe cabe exercitar certa discricção administrativa, evidentemente tal liberdade não lhe foi concedida pela lei para agir desarrazoadamente, de maneira ilógica, incongruente.** (...) **Procede, ainda, do princípio da legalidade o princípio da proporcionalidade do ato à situação que demandou sua expedição.** Deveras, a lei outorga competências em vista de certo fim. Toda demasia, **todo excesso desnecessário ao seu atendimento, configura uma superação do escopo normativo.** (Bandeira de Mello, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, 28ª Edição, páginas 78 e 79.)
(Grifos acrescentados)*

Portanto, imprescindível que o edital seja reformado para apresentar que admita a possibilidade de assinatura eletrônica do contrato administrativo a ser celebrado com a licitante vencedora ou, no mínimo, estabeleça prazo superior ao de 05(cinco) dias em atenção ao tempo necessário para deslocamento, compra de passagens e reserva de hospedagem para o representante da empresa ganhadora, sob pena de que restem feridos de forma fatal o princípio da razoabilidade.

4. Dos pedidos.

Diante das razões expostas, a Hapvida Assistência Médica S.A., vem, respeitosamente, à presença desta Ilustríssima Pregoeira, requerer que se **digne a esclarecer os questionamentos acima referenciados**, permitindo que as interessadas elaborem suas propostas regularmente, haja vista que o Edital não fora suficiente

esclarecedor quanto aos pontos abordados, imprescindíveis à participação das empresas.

Não obstante, vem requerer a reforma do Edital convocatório e seus anexos nos termos acima expostos, sob pena de acarretar em violação à igualdade de condições entre os licitantes e restringir a competitividade do certame, sobretudo com relação à equivocada exigência de comprovação de rede credenciada já em sede de habilitação, que implica na necessidade de republicação do edital e devolução do prazo para elaboração da proposta de preços.

Sendo tudo para o momento e certos do atendimento, renovamos os votos de elevada estima e consideração.

Nestes Termos,
Pede Deferimento,
Fortaleza/CE, 06 de janeiro de 2022.


Hapvida Assistência Médica S.A.
CNPJ/MF nº 63.554.067/0001-98

Milena Leão
Gerente Administrativa de Licitações
CPF: 009.391.113-08