

**ILUSTRÍSSIMO(A) SENHOR(A) PREGOEIRO(A) DO BANCO DE
DESENVOLVIMENTO DO ESPÍRITO SANTO S.A - BANDES**

Pregão Eletrônico nº 2022/011
Processo Administrativo: 075/2022

**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 C/C item **5.2** do Edital, 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:

3.14. A CONTRATADA deverá disponibilizar um número mínimo de prestadores credenciados conforme a seguir:

3.14.1. No mínimo 220 (duzentos e vinte) dentistas/clínicas credenciadas, estando no mínimo 80% (oitenta por cento) deles situados nos municípios da região Metropolitana da Grande Vitória (Vitória, Vila Velha, Serra, Cariacica e Viana);

3.14.2. No mínimo 03 (três) dentistas/clínicas credenciadas em cada uma das especialidades listadas no item 10, inclusive clínicas, clínicas radiológicas e laboratórios;

3.14.3. No mínimo, 01 (uma) clínica de atendimento de urgência/emergência que preste atendimento 24 (vinte e quatro) horas por dia, 7 (sete) dias por semana, sábados, domingos e feriados que deverá estar localizada dentre os municípios de Vitória, Vila Velha e Serra.

3.14.4. No mínimo 01 (uma) clínica de atendimento de urgência/emergência que atenda 24 (vinte e quatro) horas por dia, 07 (sete) dias por semana, em cada uma das principais capitais mais visitadas por colaboradores do BANDES (Rio de Janeiro, São Paulo, Belo Horizonte e Brasília), sendo que a cobertura do atendimento emergencial garanta aos usuários uma solução imediata para situações inesperadas até o retorno para a cidade de origem onde farão o tratamento adequado;

3.14.5. O número indicado tem por objetivo a manutenção da qualidade da atual prestação de serviços de Assistência Odontológica aos empregados desta organização, uma vez que o contrato atual exigiu um mínimo de 250 credenciados.

Nesse sentido, deve comprovar como condição de habilitação técnica, a existência prévia de um quantitativo **mínimo de 220 (duzentos e vinte) dentistas**, entre as especialidades previstas ao item 10 do TR, a saber: a) Diagnóstico, b) Urgência/Emergência, c) Prevenção em Saúde Bucal, d) Radiologia, e) Dentística, f) Odontopediatria, g) Endodontia, h) Prótese Dentária, i) Periodontia, j) Ortodontia e Ortopedia Facial, k) Cirurgia Buco Maxilo Facial, l) Patologia e Diagnóstico Bucal.

Noutro aspecto, informa em seu Edital, que o universo de beneficiários estimados é de **440 (quatrocentos e quarenta) beneficiários**, conforme item 3.1 do TR:

3.1. Os serviços objeto do Edital poderão ser prestados pela própria empresa ou por terceiros, desde que sejam por ela credenciados, buscando atender até 440 (quatrocentos e quarenta) vidas, entre titulares e dependentes.

Pois bem, referida condição é evidentemente restritiva ao objetivo do certame, senão vejamos:

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.

Interpretando as disposições do artigo 3º, o ilustre especialista na área de licitação, o doutor 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 nos pregões, não seria permitido, à Administração, veicular tal tipo de exigência – **mínimo de 220 (duzentos e vinte) dentistas**, 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 feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, o que já é exigido em outro item do edital ora impugnado.

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 dimensionar previamente a rede de profissionais credenciados à ora Impugnante**.

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 no Termo de Referência, item 3.14. **Assim, não é cabível, a priori, a comprovação de uma rede credenciada com número mínimo de 220 (duzentos e vinte) profissionais, distribuídos em determinadas localidades.**

Ainda que se admita, que possam existir profissionais que atuam em mais de uma área, ainda assim, o quantitativo mínimo a ser considerado são os **220 (duzentos e vinte)** profissionais, divididos entre as especialidades de Diagnóstico, Urgência/Emergência, Prevenção em Saúde Bucal, Radiologia, Dentística, Odontopediatria, Endodontia, Prótese Dentária, Periodontia, Ortodontia e Ortopedia Facial, Cirurgia Buco Maxilo Facial, Patologia e Diagnóstico Bucal, para um universo de **440 (quatrocentos e quarenta)** beneficiários, o que é exagerado e fora de propósito, desvirtuando os princípios contidos na Administração Pública.

Isso porque, serão 02 (dois) profissionais especialistas para cada beneficiário. – O que não tem razão de ser.

Basta à Impugnante que demonstre experiência anterior em serviços compatíveis com aqueles licitados, para que comprove a sua capacidade técnica.

Note-se, inclusive, conforme declarações adunadas aos autos, que a impugnante presta serviços especializados de assistência odontológica através de rede credenciada, com abrangência Estadual, NOS MUNICÍPIOS CONTANTES DO ANEXO I, a um contingente nacional, envolvendo todos os eventos constantes do rol de procedimentos determinados pela ANS.

Apenas em comparação ao contingente do presente Edital, estamos falando de um universo muito inferior, ou seja, 440 (quatrocentos e quarenta) beneficiários estimados, conforme item 3.1 do Termo de Referência.

Por tal fato, se impugna, veementemente o disposto no item 3.14 do Termo de Referência do Edital, Anexo I, vez que malfeire frontalmente o princípio da isonomia e da livre concorrência, o que não se pode admitir.

Resta evidente que a impugnante possui plena e real condição de assistir referida massa de beneficiários. Todavia, é desproporcional e ilegal, a exigência de cadastro de 220 (duzentos e vinte), distribuídos nos municípios exigidos no Edital, item 3.14 do Termo de Referência, tratando-se de evidente limitação.

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**, para que tenham início os atendimentos ou mesmo que sua atual rede não possa dar pleno e integral atendimento ao universo de beneficiários estimados, de apenas 440 (quatrocentos e quarenta)!

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 operadora 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 equivale à exigência **expressamente vetada 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 da ora impugnante **esta 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 é atestado através dos Atestados de Capacidade Técnica.

A exigência em questão, por envolver prévia comprovação de localização e quantidade mínima de credenciados, representaria inequívoca violação aos princípios da isonomia e livre concorrência, na medida em que limita a possibilidade de participação de licitantes no certame, restringindo-a 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 que ora sustentamos, **quanto à ilegalidade de exigência de prévia localização da rede, e de um número mínimo de profissionais dela integrantes**, pedimos vênha 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.”

(...)

*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 supérfuas.¹”

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 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

¹ In, Aspectos Jurídicos da Licitação, São Paulo: Saraiva, 2003, 6 edição, atual., revista e ampl. páginas 123 e ss.

poderá impor que o equipamento ou as instalações sejam de propriedade do habilitante, ou se localizem em determinada região ou bairro.”²

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, a nível nacional, **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 rede na área de abrangência geográfica do plano.**

Assim, 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 o de menor preço, sendo injustificável, portanto, que se crie um fator de ‘discriminen’ para aferição de suposta qualificação técnica, cuja ausência importa na desclassificação da proposta. Como se sustentou, a técnica nem sequer poderá ser regularmente aferida pela presença, ou não, de um número desproporcional de credenciados em determinada localidade.

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:

“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

² in “Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública”, p. 233

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 rol dos documentos que podem ser exigidos em licitação para fins de habilitação. Dessa maneira, a exigência constante do Termo de Referência, 3.14 e seguintes do Termo de Referência do edital viola sobremaneira a limitação legal mencionada, constituindo ato ilegal, contrário à ampla competitividade e isonomia do certame.

III - DA POSSIBILIDADE DE APRESENTAÇÃO NA ASSINATURA DO CONTRATO

Por fim, resta evidente que a impugnante possui plena e real condição de assistir referida massa de beneficiários. Todavia, é desproporcional e ilegal, a exigência de apresentação de **serviços credenciados - Rede Credenciada – na habilitação, de acordo com o item 3.14 do Anexo I, tratando-se de evidente limitação.**

Tal dispositivo inserto no Edital, fere o disposto no Decreto Nº 10.024, de 20 de setembro de 2019, senão vejamos:

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.

(...)

§ 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.

(...)

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, **no prazo do artigo 48, parágrafo 2º do Decreto Nº 10.024, de 20 de setembro de 2019, ou seja, até a assinatura do contrato e não na habilitação das propostas.**

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*”.

IV – DO PEDIDO

Desta feita, aduzidas as razões que balizaram a presente impugnação, a impugnante requer, com supedâneo na Lei 8.666/93 o recebimento, análise e admissão da presente impugnação, **para que o ato convocatório seja retificado o item 3.14 e seguintes do anexo I – Termo de Referência, bem como dos itens 2.14 e seguintes do anexo VI – Minuta de Contrato.**

Não obstante, é a presente para impugnar as exigências feitas nos itens no 3.14 e seguintes do anexo I – Termo de Referência, bem como dos itens 2.14 e seguintes do anexo VI – Minuta de Contrato, requerendo a Impugnante que seja **retificado o edital para admitir: “em lugar da apresentação de relação de credenciados previamente localizados nos municípios exigidos, REDUÇÃO DA QUANTIDADE EXIGIDA e a declaração de disponibilidade de rede com número suficiente, segundo critério da ANS para atendimento – RN 259/ANS.”**

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 do Sr. Pregoeiro, bem como, concomitantemente, que as exigências previstas no Anexo I, item 12.3 possam ser cumpridas no prazo previsto pelo artigo 48, parágrafo 2º do Decreto Nº 10.024, de 20 de setembro de 2019, ou seja, **até a assinatura do contrato** e não na habilitação das propostas, por ser medida de direito e da mais lúdima Justiça.

Nestes termos,
Pede deferimento.

São Paulo/SP, 27 de julho de 2022.

INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA ODONTOLÓGICA LTDA
– INPAO

CNPJ: 00.856.424/0001-52

Por seu Representante Legal: **José Henrique de Oliveira**

Cargo: Diretor Operacional

CPF: 142.138.598-86