

ENC: Pregão Eletrônico nº 20/2022 - Pedido de Impugnação

Hermenson Pereira da Silva

ter 12/07/2022 09:06

Para: elisa rafaella pereira lopes <elisarafaella@hotmail.com>;

Cc: Licitação <licitacao@tre-ro.jus.br>;

PREGÃO ELETRÔNICO Nº 20/2022 IMPUGNAÇÃO 01

1. Trata-se de IMPUGNAÇÃO interposta pela empresa HAPVIDA ASSISTÊNCIA MÉDICA S.A., CNPJ nº 63.554.067/0001-98, doravante denominada “IMPUGNANTE”, neste ato representada por Elisa Rafaella Pereira Lopes.

2. A íntegra da impugnação e da resposta do Pregoeiro está disponível no Portal de Transparência do TRE-RO, no endereço: <https://www.tre-ro.jus.br/transparencia-e-prestacao-de-contas/licitacoes/licitacoes/licitacoes-2022/pregoes-eletronicos>.

3. Da ausência de previsão de reajuste por sinistralidade:

3.1. Quesito:

Em síntese, a impugnante registra que o edital e seus anexos não prevê reajuste de preços por sinistralidade, o qual consiste em um índice de reajuste a ser aplicado caso a despesa anual que a operadora teve com aquele grupo de beneficiários ultrapasse um determinado percentual da receita do mesmo período. Em razão disso, passa a argumentar que se faz imprescindível constar no Edital a previsão de reajuste de preço para quando a sinistralidade alcance os 70% (setenta por cento).

3.2. Manifestação da Unidade Técnica-Demandante:

A Impugnante registra que, dá da análise de todas as disposições do edital e de seus anexos, não há qualquer previsão quanto ao **reajuste de preços por sinistralidade**, o qual consiste em um índice de reajuste a ser aplicado caso a despesa anual que a operadora teve com aquele grupo de beneficiários ultrapasse um determinado percentual da receita do mesmo período, motivo pelo qual argumenta que se faz imprescindível constar no Edital a previsão de reajuste de preço para quando a sinistralidade alcance os 70% (setenta por cento).

Esta unidade se manifesta contrariamente aos argumentos da impugnante.

Uma vez que a CLÁUSULA DÉCIMA QUARTA da minuta do futuro contrato, Anexo IV do edital do certame, traz na Subcláusula Sexta a possibilidade de reequilíbrio econômico-financeiro previsto no § 6º do art. 65 da Lei n. 8.666/93 e na Subcláusula Sétima a disposição de que os valores poderão ser reajustados, após decorridos 12 (doze) meses, pela variação acumulada do Índice de Preços ao Consumidor Ampliado – IPCA, calculado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, ou outro índice que venha substituí-lo, de acordo com regulamentação do órgão governamental competente, com o registro de que o marco inicial a partir do qual se computa o período de 12 (doze) meses para a aplicação de índices de reajustamento é a data de apresentação da proposta da contratada ou a do orçamento a que a proposta se referir.

A redação é abrangente e possibilita à administração a análise de todas as variáveis apresentadas pela contratada, observando-se as referências do mercado e as singularidades da contratação como um todo.

Nesse sentido, o recente **Acórdão TCU n. 679/2018 – Plenário** (referendado pelo Acórdão em embargos de declaração n. 1188/2018), que vê na sinistralidade apenas um parâmetro que pode ser mensurado (se devidamente comprovado) no decorrer da execução do contrato e sua efetiva repercussão nos preços ajustados, estando já compreendida no campo da eventual revisão de valores por meio do reequilíbrio econômico-financeiro já estabelecida pelas regras do contrato aqui indicadas.

3.3. Resposta do Pregoeiro:

Acolho a manifestação da unidade técnica-demandante e a adoto integralmente como fundamento para a resposta ao quesito. Correto o entendimento da unidade demandante, pois, conforme dispositivos citados, que constam da minuta do contrato (anexo IV do edital), há previsão de possibilidade de reequilíbrio econômico-financeiro. Também correto o entendimento no sentido de que a redação é abrangente e possibilita à administração a análise de todas as variáveis apresentadas pela contratada.

4. Da irregularidade da Qualificação Econômico-Financeira – Ausência de balanço patrimonial:

4.1. Quesito:

A Impugnante registra que o artigo 31 da Lei n. 8.666/93, prevê que a administração pública **deverá**, quando da qualificação econômico-financeira, verificar o balanço patrimonial e as demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa licitante.

Destaca que o balanço patrimonial é a única e suficiente demonstração contábil destinada a evidenciar, qualitativa e quantitativamente, numa determinada data, a posição patrimonial e financeira da entidade.

Menciona, ainda que o objetivo da administração não é inserir no edital o maior número de exigências possíveis, mas apenas aquelas suficientes a revelar a capacidade econômico-financeira do licitante.

4.2. Manifestação da Unidade Técnica-Demandante:

(...) quanto da irregularidade da qualificação econômico-financeira – ausência de balanço patrimonial, acolho o questionamento.

4.3. Resposta do Pregoeiro:

Considerando a manifestação da unidade demandante, a qual adoto como fundamento, o certame será suspenso para as devidas modificações no Termo de Referência.

5. Decisão:

5.1. Por todo o exposto e considerando a competência a mim atribuída pelo art. 17, II, do Decreto 10.024/2019, e pelo item 2.4 do Edital de Pregão Eletrônico SRP 01/2022:

I – Julgo parcialmente procedente a impugnação;

II – Mantenho os termos do edital no tocante ao regramento de reequilíbrio econômico-financeiro;

III – Acato a modificação no que diz respeito à qualificação econômico-financeira, para incluir o balanço patrimonial e as demonstrações contábeis.

5.2. Em observância ao §4º, do artigo 21 da Lei n. 8.666/93 e considerando que a decisão altera as cláusulas do instrumento convocatório, o edital será ajustado e republicado e os prazos, reabertos.

6. A impugnação foi respondida por e-mail à impugnante e disponibilizada no sistema COMPRASNET e no Portal de Transparência do TRE-RO, além de juntado aos autos do proc. administrativo respectivo.

Porto Velho, 12 de julho de 2022

HERMENSON PEREIRA DA SILVA
Pregoeiro

De: Hermenson Pereira da Silva
Enviada em: sexta-feira, 8 de julho de 2022 16:17
Para: 'elisa rafaella pereira lopes' <elisaraella@hotmail.com>
Assunto: RES: Pregão Eletrônico nº 20/2022 - Pedido de Impugnação

Recebido.

Atenciosamente,

Hermenson Pereira da Silva
Seção de Licitação e Compras – TRE/RO
E-mail: hermenson.silva@tre-ro.jus.br
Fone: (69) 3211-2165

De: elisa rafaella pereira lopes <elisaraella@hotmail.com>
Enviada em: sexta-feira, 8 de julho de 2022 12:46
Para: Licitação <licitacao@tre-ro.jus.br>
Cc: Hannah Andriola <hannahandriola@hotmail.com>
Assunto: Pregão Eletrônico nº 20/2022 - Pedido de Impugnação

Ao Pregoeiro da Comissão de Licitações do Tribunal Regional Eleitoral de Rondônia.

Pregão Eletrônico nº 20/2022

Objeto: contratação de empresa Operadora de Plano de Assistência Odontológica, laboratorial e auxiliar de diagnóstico e tratamento por intermédio de Plano de Assistência à Saúde, visando à Assistência Odontológica, em âmbito estadual, na modalidade coletiva empresarial, aos beneficiários definidos conforme arts. 5º, 6º e 7º da Resolução TRE-RO 03/2015, com pré-pagamento a preço per capita, sem carência, em conformidade com art. 1º, §1º, inciso I da Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, por um período de 12 (doze) meses, prorrogáveis, nos termos e condições estabelecidos neste edital e seus anexos.

Elisa Rafaella Pereira Lopes, brasileira, solteira, advogada, inscrita na OAB/CE nº. 26.429, vem, por intermédio de sua representante legal *in fine* assinada, com fulcro no item 2.2 do Edital de Licitação, apresentar **Impugnação ao Edital**, o que faz alicerçada nos fundamentos de fato e de direito a seguir perfilados.

1. Da tempestividade.

Primeiramente, antes de adentrar nas razões que demonstram a necessidade de reforma do instrumento convocatório ora impugnado, cumpre trazer à memória o que preconiza o item 2.2 do Edital, que muito bem prevê a possibilidade de impugnação por qualquer pessoa aos seus termos no prazo de 03 (três) dias úteis antes da data fixada para abertura de sessão pública. Veja-se:

2. AQUISIÇÃO DO EDITAL, ESCLARECIMENTOS E IMPUGNAÇÕES

2.2. Qualquer pessoa poderá solicitar esclarecimentos ou impugnar os termos do edital no prazo de até três dias úteis anteriores à data fixada para abertura da sessão pública.
(Grifos acrescidos)

Logo, uma vez que a abertura da sessão pública ocorrerá em 13/07/2022 (quarta-feira) conforme consta do Edital, o prazo de 03 (três) dias úteis findar-se-á somente no dia 08/07/2022 (sexta-feira), restando incontestado, portanto, que o documento protocolado nesta data é totalmente tempestivo.

2. Dos fatos.

Trata-se o Edital de Pregão Eletrônico nº 20/2022, deflagrado pelo Tribunal Regional Eleitoral de Rondônia, regido pelas Leis nº 8.666/93 e nº 10.520/02, tencionando a contratação de empresa especializada para prestação de serviços de assistência médica e odontológica para o CRO-PE, conforme consta no Edital, *in verbis*:

*3.1. A presente licitação tem como objeto a contratação de empresa **Operadora de Plano de Assistência Odontológica**, laboratorial e auxiliar de diagnóstico e tratamento por intermédio de Plano de Assistência à Saúde, visando à **Assistência Odontológica, em âmbito estadual, na modalidade coletiva empresarial**, aos beneficiários definidos conforme arts. 5º, 6º e 7º da Resolução TRE-RO 03/2015, com prépagamento a preço per capita, sem carência, em conformidade com art. 1º, §1º, inciso I da Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, por um período de 12 (doze) meses, prorrogáveis, nos termos e condições estabelecidos neste edital e seus anexos.*

(Grifos acrescidos)

Acontece que, analisando-se minuciosamente os termos do Edital, foram identificados diversos itens que ferem o princípio da competitividade que necessariamente precisam ser reformados, bem como há a ausência de exigências imprescindível à regular tramitação da licitação, sob pena de que restem afastadas licitantes plenamente aptas e qualificadas para prestar o serviço.

Logo, não restou alternativa a não ser a de impugnar diversos itens do Instrumento Convocatório, conforme bem será demonstrado nas linhas vindouras.

3. Das razões da impugnação:

3.1. Da ausência de previsão de reajuste por sinistralidade.

É certo que um contrato administrativo para ser celebrado com a administração pública, obrigatoriamente, precisa preencher os requisitos necessários previstos na legislação pátria e prever em suas disposições itens que resguardecem o equilíbrio econômico-financeiro do contrato para que se torne viável a regular prestação do serviço dentro do período estipulado – fato este que é de interesse tanto do Contratante como do Contratado.

Ocorre que, da análise de todas as disposições do edital e de seus anexos, **não há qualquer previsão quanto ao reajuste de preços por sinistralidade**, o qual consiste em um índice de reajuste a ser aplicado caso a despesa anual que a operadora teve com aquele grupo de beneficiários ultrapasse um determinado percentual da receita do mesmo período.

Especialmente **quanto às licitações com o objeto em tela, os reajustes anuais são previstos de forma cumulativa com os reajustes necessários para quando a sinistralidade ultrapassar 70% (setenta por cento)**. Afinal, é imprescindível que o equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo a ser

celebrado seja mantido para que seja garantida, consequentemente, a viabilidade de sua continuidade. Comumente, o percentual de sinistralidade é conhecido como “*break even point*” ou “*ponto de equilíbrio*”.

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. É uma das formas de recomposição é a concessão não só do reajustamento anual dos preços, mas também do reajuste quando a sinistralidade ultrapassar os 70% (setenta por cento), tratando-se, portanto, de uma mera recomposição de valores.

No artigo 55, inciso III, da Lei de Licitações nº 8.666/93, **prevê cláusulas necessárias no contrato**, inclusive em relação ao reajuste de preço de acordo com os critérios estabelecidos, *ex vi*:

*Art. 55. São **cláusulas necessárias** em todo contrato as que estabeleçam:*

(...)

*III - 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;*

(Grifos Acrescidos)

Todavia, o edital não trouxe cláusula necessária. 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, os critérios de reajuste são indispensáveis à regular contratação (p. ex. Acórdão nº 73/2010 – Plenário).

Repise-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 os efeitos das variações inflacionárias e do aumento dos custos, mantendo o valor real do serviço contratado, sem o qual haveria desequilíbrio econômico e que acarretaria prejuízo para uma das partes contratantes.

Faz-se imprescindível, portanto, que o Edital ora impugnado seja reformado para que conste a previsão de reajuste de preço para quando a sinistralidade alcance os 70% (setenta por cento), além de previsão de índice de reajuste. Afinal, é uma solução destinada a assegurar não apenas os interesses dos licitantes, mas, também, da própria Administração. A ausência de critérios corretos de reajuste acarretará 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.

O TCU é uníssono no sentido de que os critérios de reajuste do contrato devem estar previstos corretamente, visto que essa providência não se trata de ato discricionário a cargo do gestor público, mas sim de 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.”

(Grifos acrescidos)

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 inexequível ou a distorção da competição”.

Portanto, no caso do instrumento convocatório posto à análise, tem-se que nenhum dos documentos referentes ao processo licitatório em questão dispõem de forma expressa acerca do reajuste de preço, fazendo-se imprescindível constar no Edital a previsão de reajuste de preço para quando a sinistralidade alcance os 70% (setenta por cento). Afinal, é uma solução destinada a assegurar não apenas os interesses dos licitantes, mas, também, da própria Administração.

3.2. Da irregularidade da Qualificação Econômico-Financeira – Ausência de balanço patrimonial.

O edital em seu item 9.4 aponta a comprovação de qualificação econômico-financeira dar-se-á da seguinte forma:

*9.4. Os documentos a serem apresentados para comprovação da **QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA** são os seguintes:*

*a) **Certidão Negativa de Falência**, Concordata, Recuperação Judicial ou Extrajudicial, expedida pelo setor de distribuição do foro onde fica a sede da pessoa jurídica.*

*a.1) Caso seja positiva a **certidão de recuperação judicial ou extrajudicial**, a licitante deve apresentar, no mesmo ato, a comprovação de que o respectivo plano de recuperação foi acolhido judicialmente, na forma do art. 58 da Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, sob pena de inabilitação.*

a.2) A licitante em recuperação judicial ou extrajudicial, com plano de recuperação judicialmente acolhido, deverá, ainda assim, comprovar todos os demais requisitos de qualificação econômico-financeira previstos no edital e seus anexos.

(Grifos Acrescidos)

Como cedição, o artigo 31 da Lei 8.666/93, prevê que a administração pública deverá, quando da **qualificação econômico-financeira, verificar o balanço patrimonial e as demonstrações contábeis do último exercício social**, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, *ex vi*:

*Art. 31. A documentação relativa à **qualificação econômico-financeira** limitar-se-á a:*

*I - **balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social**, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta;*

*II - **certidão negativa de falência** ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física;*

(Grifos Acrescidos)

Assim, vale salientar que balanço patrimonial é a única e suficiente demonstração contábil destinada a evidenciar, qualitativa e quantitativamente, numa determinada data, a posição patrimonial e financeira da entidade. O principal objetivo deste demonstrativo é apresentar de forma organizada e ordenada os registros que afetaram o patrimônio da empresa, de modo a facilitar o conhecimento e a análise da real situação financeira desta.

A lei exige que o Balanço seja levantado no fim de cada exercício financeiro que geralmente coincide com o fim do ano civil, 31 de dezembro.

Dessa explanação, ainda, depreende-se que o objetivo da administração não é inserir no edital o maior número de exigências possíveis, mas apenas aquelas suficientes a revelar a capacidade econômico-financeira do licitante. Todavia, não foi o que aconteceu no edital ora impugnado, destacando que em momento algum o edital requisitou a comprovação do balanço patrimonial, em que pese esta seja uma exigência prevista na Lei de Licitações 8.666/93, o que se mostra necessária para a aferição da excelente capacidade financeira da empresa.

Em outro esteio, importa destacar que para o Poder Público, o balanço patrimonial e as demonstrações contábeis são a garantia de cumprimento do contrato, logo, a ausência de solicitação de tais documentos como qualificação econômico-financeira no presente edital, não permitem à administração pública assegurar que o licitante tem condições de cumprimento do objeto, justamente por isso o documento é obrigatório, constando no artigo 31 da Lei de Licitações.

Desta feita, convém colacionar o que define a doutrina quanto à habilitação econômico-financeira:

“A qualificação econômico-financeira corresponde à disponibilidade de recursos econômico-financeiros para a satisfatória execução do objeto da contratação. Excetuadas as hipóteses de pagamento antecipado, incumbirá ao contratado executar com recursos próprios o objeto de sua prestação. Somente perceberá pagamento, de regra, após recebida e aprovada a prestação pela Administração Pública. O interessado deverá dispor de recursos financeiros para custeio das despesas (mão de obra, matérias-primas, maquinário, tecnologia) necessárias ao cumprimento das obrigações advindas do contrato. Aquele que não dispuser de recursos para tanto não será titular do direito de licitar, pois a carência de recursos faz presumir a inviabilidade da execução satisfatória do contrato e a impossibilidade de arcar com as consequências de eventual inadimplemento”. (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 15ª Ed. Dialética. São Paulo. Página 537).

Assim sendo, o licitante precisa demonstrar que se encontra investido de recursos capazes de sustentar a fiel execução do contrato, haja vista que o edital deveria seguir a exigência da comprovação de

qualificação econômico-financeira nos termos do artigo 31 da Lei 8.666/93, dentro do rol taxativo estipulado na *legis*, o que não ocorreu no presente edital.

Portanto, a ausência da qualificação econômico-financeiro pode configurar, *data vênia*, o favorecimento de determinada Licitante, além de não permitir que a Administração Pública se assegure que o licitante tenha condições de cumprimento do objeto, indo de encontro com o princípio da supremacia do interesse público.

4. Dos pedidos.

Diante das razões expostas, venho, respeitosamente, à presença deste ilustre Pregoeiro, requerer a reforma do Edital e seus anexos nos termos acima expostos, permitindo que as interessadas elaborem suas propostas regularmente, sob pena de que restem maculado os princípios da legalidade, razoabilidade, violação à igualdade de condições entre os licitantes, restrição a competitividade do certame e o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Continuadamente, requer a consequente e necessária republicação do Instrumento Convocatório e a devolução do prazo para a elaboração da proposta de preços para participação na Licitação, como medida do mais lícito direito e necessária à justiça.

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

Nestes Termos,
Pede Deferimento,
Fortaleza/CE, 08 de julho de 2022.

Elisa Rafaella Pereira Lopes
OAB/CE nº 26.429

Por gentileza, acusar o recebimento.