



CONSELHO REGIONAL DE ADMINISTRAÇÃO DE SÃO PAULO

RESPOSTA AO PEDIDO DE IMPUGNAÇÃO

PREGÃO ELETRÔNICO (SRP) 13/2017 Processo Administrativo PCS/0126/2017/PESRP

OBJETO: Contratação de empresa especializada na prestação de serviços de Assistência Odontológica

1. DAS PRELIMINARES

- 1.1. Pedido de impugnação interposto tempestivamente pela empresa PRODENT ASSISTÊNCIA ODONTOLÓGICA LTDA, CNPJ 61.590.816/0001-07, com fundamento no item 11.1 do Edital c/c o art. 18 do Decreto 5.450/05.

2. DAS RAZÕES DA IMPUGNAÇÃO

- 2.1. Das razões da impugnante:

DOS FATOS SUBJACENTES

*Registre-se de plano, que a Impugnante, como empresa especializada na oferta, comercialização e gestão de planos de assistência odontológica, **devidamente registrada na Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS sob o n.º 38004-1** e detém total e irrestrita capacidade estrutural e tecnológica de fornecer os serviços objeto deste Edital.*

Atendendo à convocação dessa respeitada Instituição para o certame licitacional supramencionado, veio a Impugnante manifestar interesse em participar, pelo que apresentará proposta almejando ser contratada. A bem da verdade, em razão de sua solidificação no mercado público, a Impugnante possui plena capacidade jurídica, técnica e financeira para execução dos serviços.

*No entanto, ao passo que o persente certame traz consigo cláusulas que comprometem à disputa a Administração fica inviabilizada de analisar uma oferta extremamente vantajosa em sua técnica e preço, **impossibilitando até mesmo que uma das empresas mais capacitadas para esta contratação possa ser selecionada à contratação.***

*Com efeito, o exame acurado do Edital revela situação que merece urgente reparo pela autoridade administrativa elaboradora do instrumento convocatório, pois cria óbice à própria realização da disputa, **limitando o leque da licitação a apenas um grupo seletivo do segmento.***

*Nesse sentido, impende salientar de plano que **a matéria-objeto da presente impugnação é questão pacificada no âmbito do Tribunal de Contas da União**, cabendo lembrar que*



CONSELHO REGIONAL DE ADMINISTRAÇÃO DE SÃO PAULO

segundo a Súmula STF nº 347, “o Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público” – podendo, assim, declarar a nulidade de qualquer ato e procedimento adotado em uma licitação que esteja em dissonância com seus preceitos, com a lei e, em especial com o art. 3º, § 1º, inciso I da Lei nº 8.666/93.

Acrescente-se, por adequado, que restrições indevidas e preferências injustificáveis podem ser enquadradas criminalmente no artigo 90 do Estatuto Licitatório (frustrar mediante qualquer expediente, o caráter competitivo da licitação. Pena de 2 a 4 anos, além de multa).

Assim, os fundamentos jurídicos aqui expendidos são fonte de valia universal perante a sociedade brasileira, operadores do direito, e PRINCIPALMENTE AGENTES PÚBLICOS, pois constituem proteção ao sagrado interesse público maior – razão esta suficiente a proclamar a retificação do Edital no tocante à exigências que extrapolam os comandos legais, como será demonstrado a seguir:

DOS MOTIVOS DETERMINANTES À REFORMA DO EDITAL

A peticionária insurge-se contra o ato de convocação sustentando a existência de condições que, em seu juízo, comprometem a competitividade e contrariam as normas de regência.

O exame acurado do Edital revela que, em que pese se tratar do objetivo de contratação de Plano Odontológico, há exigência nos itens 8.2.1.9 e 8.3.1 que a empresa tenha SUSEP, conforme transcrição abaixo:

8.2.1. Habilitação jurídica:

8.2.1.9. As apólices de seguro a serem emitidas pela seguradora, deverão atender as disposições do Decreto-Lei nº 73/66 e, em especial a regulamentação das Circulares SUSEP nº 256/04 (alterada pelas circulares SUSEP nº 270/04, 278/04, 369/08 e 438/12).

*8.3. As empresas deverão comprovar, ainda, a qualificação técnica, por meio de: 8.3.1. Registro ou inscrição da empresa licitante na **SUSEP, em plena validade;***

*Entende a impugnante que são ilegais as exigências em relação à Susep, visto que a matéria **é regida e fiscalizada pela ANS**, e que **não é necessário ser seguradora para habilitar-se a operar planos de assistência Odontológica**, uma vez que referida agência teria previsto oito modalidades de operadoras: administradoras, cooperativas médicas, cooperativas odontológicas, instituições filantrópicas, autogestões, seguradoras especializadas em saúde, medicina de grupo e odontologia de grupo.*



CONSELHO REGIONAL DE ADMINISTRAÇÃO DE SÃO PAULO

Não seria demais lembrar que a exigência prevista no Edital restringiria a participação de um número muito pequeno de participantes, quase um direcionamento, quando se poderia ter o máximo de aproximadamente 1.690 operadoras consideradas ativas pela ANS.

*Deve-se observar a Secex/SP, o § 1º do art. 1º da Lei nº 9.656/1998 onde se submete as 'operadoras de planos privados de assistência à saúde' ao poder regulatório da ANS. Além disso, entre os requisitos apresentados no art. 8º da mesma norma, para que sejam autorizadas a funcionar, não é obrigatório a inscrição na SUSEP **caracterizando restrição indevida e ilegal à competição**, o que contraria a lei e, ao menos em tese, reduz a probabilidade de obtenção da melhor proposta para a Administração. Transcrevo, a seguir, o referido dispositivo legal:*

'Art. 8º Para obter a autorização de funcionamento, as operadoras de planos privados de assistência à saúde devem satisfazer os seguintes requisitos, independentemente de outros que venham a ser determinados pela ANS: (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

I - registro nos Conselhos Regionais de Medicina e Odontologia, conforme o caso, em cumprimento ao disposto no art. 1º da Lei nº 6.839, de 30 de outubro de 1980;

II - descrição pormenorizada dos serviços de saúde próprios oferecidos e daqueles a serem prestados por terceiros;

III - descrição de suas instalações e equipamentos destinados a prestação de serviços;

IV - especificação dos recursos humanos qualificados e habilitados, com responsabilidade técnica de acordo com as leis que regem a matéria;

V - demonstração da capacidade de atendimento em razão dos serviços a serem prestados;

VI - demonstração da viabilidade econômico-financeira dos planos privados de assistência à saúde oferecidos, respeitadas as peculiaridades operacionais de cada uma das respectivas operadoras;

VII - especificação da área geográfica coberta pelo plano privado de assistência à saúde.'

8. Registro que a atual redação da citada lei foi dada em grande parte pela Medida Provisória nº 2.177- 44/2001, que, entre outras



CONSELHO REGIONAL DE ADMINISTRAÇÃO DE SÃO PAULO

mudanças, promoveu a revogação dos arts. 3º e 5º, que apresentavam algumas competências do CNSP e da Susep a respeito de planos de saúde. Quanto ao CNPS, as atribuições referiam-se, em termos gerais, à regulamentação da constituição, organização, funcionamento e fiscalização. A Susep era responsável, por exemplo, pela autorização de funcionamento, fiscalização e aplicação de penalidades. Ante essa constatação, parece-me possível considerar inclusive que houve a utilização indevida de legislação extinta.

A carta magna, em seu art. 37, inc. XXI, traz uma visível determinação no sentido de que os requisitos de capacitação técnica das licitantes sejam reduzidos ao mínimo possível. Como ilustremente registrado por José Cretella Júnior, "apenas serão admitidas exigências absolutamente necessárias para demonstrar que o proponente está preparado para executar o objeto da licitação" (In Comentários à Constituição Brasileira de 1988, ed. Forense Universitária, 2ª ed., 1992, v. IV, p. 2249).

E foi exatamente para dar maior sustentabilidade ao artigo esculpido na Carta da República que a Lei de Licitações veio a determinar e limitar em seus artigos 27 à 31 os documentos que podem ser requisitados para fins de habilitação em uma licitação.

E infere-se, ainda, do artigo 3º, que é vedado à Administração ultrapassar esses limites, por meio da inclusão de condições que restrinjam a participação no procedimento ou que maculem a isonomia das licitantes.

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).

De fato, a lei licitatória buscou a preservação do que realmente se procura atingir em uma licitação, impondo várias limitações de molde a evitar que exigências não previstas em lei acabassem por representar instrumentos de indevida restrição à liberdade de participação em licitação e desvio da igualdade entre os licitantes. Sobre o assunto, lapidar é a lição do ilustre administrativista Adilson Dallari, em sua obra, verbis:

"A doutrina e a jurisprudência indicam que, no tocante à fase de habilitação, como o objetivo dessa fase é verificar se aquelas pessoas



CONSELHO REGIONAL DE ADMINISTRAÇÃO DE SÃO PAULO

que pretendem contratar têm ou não condições para contratar (essa é a essência, isto é o fundamento), interessa para a Administração receber o maior número de proponentes, porque, quanto maior a concorrência, maior será a possibilidade de encontrar condições vantajosas.

Portanto, existem claras manifestações doutrinárias e já existe jurisprudência no sentido de que, na fase de habilitação, não deve haver rigidez excessiva; deve-se procurar a finalidade da fase de habilitação, deve-se verificar se o proponente tem concretamente idoneidade.

Deve haver uma certa elasticidade em função do objetivo, da razão de ser da fase de habilitação; interessa, consulta ao interesse público, que haja o maior número possível de participantes." (Aspectos Jurídicos da Licitação - Ed. Saraiva, 3a. ed. atualizada e ampliada, 1997, pág. 88).

Neste diapasão é interessante destacar que as exigências edilícias, supra referenciadas, são totalmente desnecessárias, considerando que a exigência de inscrição na SUSEP é uma exigência que fatalmente frustra a participação de praticamente todas as operadoras de assistência odontológicas que não as operadoras regionais, afrontando o parágrafo primeiro do artigo 3º da lei 8.666/93:

“É vedado aos agentes públicos:

I – admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, clausulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstancia impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato.”

Insta destacar que nem sempre essas regiões dispõem de estrutura suficiente para disponibilizar quantitativo de profissionais aptos ao atendimento desta massa, já que os profissionais da odontologia e da saúde geralmente concentram-se nas grandes capitais.

Desta feita, diante as pontuações expostas, constata-se a necessidade de alteração do presente Edital para suprimir a exigência de qualquer prova ou documento exigido apenas de Seguradoras, considerando esse apenas um modalidade que é autorizada a fornecer Plano de Assistência Odontologica pela A.N.S.

DO DIREITO



CONSELHO REGIONAL DE ADMINISTRAÇÃO DE SÃO PAULO

Nesse diapasão verifica-se que o Edital em referência prevê exigências **que irão comprometer a competitividade do certame** ou até mesmo inviabilizá-lo, uma vez que todos os potenciais participantes podem não ter condições de atender às exigências previstas no presente Instrumento Convocatório.

Desse modo, caso não sejam modificadas as disposições questionadas, restará violado o disposto no art. 37, XXI da Constituição e no art. 3º da Lei nº 8.666/93, que encerra o feixe de princípios a que se submetem todos os procedimentos licitatórios, in verbis:

“Artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal:

A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômicas indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

E ainda:

“Artigo 3º da Lei 8.666/93: A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e 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 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; (...) ***Grifos nossos”***



CONSELHO REGIONAL DE ADMINISTRAÇÃO DE SÃO PAULO

Nesse mesmo sentido, destacamos a opinião dos ilustres doutrinadores Teresa Arruda Alvim Wambier e Luiz Rodrigues Wambier, na obra 'LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS – Temas atuais e controvertidos lembram que: “A própria Lei 8.666/93, no seu art. 3º, § 1º, veda sejam estabelecidas, nos editais, cláusulas que comprometam o caráter competitivo da licitação”. Esclarecendo que “o interesse da Administração deve ser, sempre, o de que o maior número de concorrentes aptos ou potencialmente acudam ao certame”.

3. DO PEDIDO DA IMPUGNANTE

3.1. *Ante o exposto requeir a supressão de toda e qualquer exigência que restrinja a participação somente às empresas de seguro-saúde, devendo o certame admitir todos os tipos de operadoras de plano de assistência à saúde previstos no art. 1º da Lei nº 9.656/1998, salvo exceções tecnicamente fundamentadas, devendo ao final o Edital deve ser alterado com escopo de retificar as exigências que dificultam a participação de interessados no certame, conforme acima apontadas, para assim observar as exigências mínimas de isonomia, legalidade e julgamento objetivo que regem as licitações.*

4. DA ANÁLISE DAS ALEGAÇÕES

4.1. *O objeto da análise deste pedido de impugnação já foi alvo de outra impugnação acatada com os embasamentos abaixo:*

Determina o Edital, em seu item 8.3:

8.3 As empresas deverão comprovar, ainda, a qualificação técnica, por meio de:

8.3.1 Registro ou inscrição da empresa licitante na SUSEP, em plena validade;

Como é de conhecimento de todos, com o advento da Lei nº 10.185, de 12 de fevereiro de 2001, as sociedades seguradoras que operam seguro saúde foram proibidas de atuar em quaisquer outros ramos ou modalidades, e obrigadas a providenciar sua especialização.

*Além disso, a partir da publicação da referida norma, as seguradoras que operam seguro saúde ficaram subordinadas às normas e fiscalização da **Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS**, nos termos do disposto na Lei nº 9.656/98 e demais regulamentações, e não mais à SUSEP – Superintendência de Seguros Privados.*

*Isto significa dizer que, com o advento da Lei nº 10.185, de 12 de fevereiro de 2001, as empresas de seguro-saúde **deixaram de se submeter à SUSEP, e passaram a ser fiscalizadas e subordinadas à Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS.***



CONSELHO REGIONAL DE ADMINISTRAÇÃO DE SÃO PAULO

Conveniente esclarecer que o próprio legislador definiu na observância do artigo 30 da Lei 8666/93:

“Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;

A Lei 6.839/80, que dispõe exatamente sobre o registro de empresas nas entidades fiscalizadoras do exercício de profissões, em seu artigo 1º, estabelece o seguinte:

Art. 1º O registro de empresas e a anotação dos profissionais legalmente habilitados, delas encarregados, serão obrigatórios nas entidades competentes para a fiscalização do exercício das diversas profissões, em razão da atividade básica ou em relação àquela pela qual prestem serviços a terceiros.

Como se vê, as duas Leis são perfeitamente consistentes entre si.

Segue ainda, orientação do BLC (Boletim de Licitações e Contratos – Editora NDJ):

Consoante preconiza o artigo 30, inc. I, c/c § 1º, inc. I, da Lei 8666/93, é lícito a Administração exigir dos licitantes o registro ou inscrição na entidade profissional competente, assim como o registro nestas entidades dos atestados de capacidade técnica, quando for o caso. Vale dizer: tal exigência unicamente poderá contar do edital quando efetivamente a empresa licitante estiver submetida à fiscalização de determinada entidade profissional competente.

Assim, na hipótese de a atividade empresarial exercida por dada empresa não estar submetida a tal fiscalização, esta exigência edilícia restará eivada de vício, pois tais empresas não poderão fornecer este registro ou inscrição, burlando-se, desta forma, o princípio da competitividade. Neste sentido, o Tribunal de Contas da União já se manifestou por meio das Decisões TC-006.029/95-7, publicada no DOU de 02/10/95; e TC-650.044/96-7, publicado no DOU DE04/11/96.” (BLC n 7,1998, p 529-530).

Neste sentido, o apropriado seria a exigência de apresentação de comprovante de registro regular junto ao Conselho Regional de Odontologia – CRO.

Convém citar com a propriedade que lhe é peculiar, entendimento disposto pelo TCU, através de sua Câmara, cujo Acórdão 649/06, publicado no DOU de 27/03/2016, assim determinou:

“9.2.2 ao inserir, nos próximos editais e licitações para contratação de quaisquer espécies de serviços, exigência de comprovação de capacidade



CONSELHO REGIONAL DE ADMINISTRAÇÃO DE SÃO PAULO

técnica que trata o art. 30 da lei 8.666/93, seja sob aspecto técnico-profissional ou técnico-operacional, como requisito indispensável à habilitação dos licitantes, consigne, expressa e publicamente, os motivos dessa exigência e demonstre, tecnicamente que os parâmetros fixados são adequados, necessários, suficientes e pertinentes ao objeto licitado, assegurando-se que a exigência não implica restrição ao caráter competitivo do certame”.

O fundamento para a Administração Pública, é que o licitante vencedor do certame esteja em condições de efetivamente desempenhar os seus trabalhos por ocasião do futuro contrato.

Neste sentido, estabelece o artigo 3º da Lei de licitações, com base no artigo 37, XXI da Constituição Federal:

“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;”

Assim, cabe ao administrador o dever de verificar no caso concreto se as solenidades escolhidas realizam de modo efetivo os valores protegidos pelo Direito, ou seja, se efetivamente, observados os princípios legais do certame resultará a proposta mais vantajosa.

Portanto, a exigência contida no item mencionado acima, não tem respaldo legal e, devendo ser retificada, sob pena de caracterizar irregularidade ou nulidade do Edital ora impugnado.

5. DECISÃO



CONSELHO REGIONAL DE ADMINISTRAÇÃO DE SÃO PAULO

- 5.1. Baseado em pedido de impugnação já analisado e acatado a respeito do mesmo tema e das alegações da empresa PRODENT ASSISTÊNCIA ODONTOLÓGICA LTDA, este pregoeiro **DECIDE** acatar o pedido de impugnação em questão.

São Paulo, SP, 24 de outubro de 2017.

GUSTAVO GUILHERME GONZAGA

Pregoeiro do Conselho Regional de Administração de São Paulo