

Fls.	706
Proc n.	540/2024
Rub.	Q

Processo nº: 001/07088/000.540/2024

Edital nº: 009/2024

Modalidade: Pregão Presencial

Objeto: Contratação de empresa especializada para prestação de serviços de assistência à Saúde Odontológica, no modelo de Plano Coletivo Empresarial (por adesão), oferecido por Operadoras Odontológicas, em rede assistencial própria ou por rede credenciada 100% direta, ou seja, sem apoio de outras redes congêneres, com âmbito de cobertura nacional, com registro ativo e regular junto à ANS, nos termos do artigo 11 da Resolução Normativa ANS 85/2004, com suas alterações, para atender aos colaboradores, dependentes e agregados da Fundação Butantan e servidores ativos e afastados, dependentes e agregados do Instituto Butantan, exclusivamente associados à ASIB – Associação dos Servidores do Instituto Butantan.

Assunto: Análise de recursos administrativos.

MANIFESTAÇÃO JURÍDICA nº 278/2024

1. Chegam os autos ao Departamento Jurídico, após interposição de recursos administrativos pelas licitantes Prima Vida Odontologia de Grupo Ltda. e Aesp Odonto Assistência em São Paulo de Odontologia S/S Ltda., em face da decisão proferida pela Pregoeira na Segunda Sessão Pública, de 05/09/2024, pela qual habilitou e declarou vencedora do Pregão Presencial nº 009/2024 a empresa Odontogroup Sistema de Saúde Ltda. (fls. 672/674).

2. No que tange à admissibilidade, tem-se que tanto os recursos (fls. 677/681 e 683/689), interpostos em 10/09/2024, como as contrarrazões (fls. 692/697), apresentadas em 13/09/2024, são tempestivos, à vista do que dispõe o item 9.1 do edital.

3. Resumidamente, a licitante Prima Vida sustenta ter havido mácula procedimental decorrente do aceite de propostas entregues em envelopes transparentes, em descumprimento ao item 3.1 do edital, pelo o que requer o provimento do recurso para “se reavaliar o processo de entrega dos envelopes de todas as empresas licitantes”, a fim de regularizar o alegado vício; por sua vez, a empresa Aesp Odonto fundamenta suas razões na alegada insuficiência de rede credenciada da vencedora, que a tornaria inapta perante a exigência do quantitativo mínimo prevista no edital, motivo pelo qual requer o provimento de seu recurso, com vistas à desclassificação e inabilitação da empresa Odontogroup.

4. Do exame do conteúdo das irresignações, bem como das contrarrazões, a Pregoeira manteve a decisão proferida (fls. 701/705), oportunidade em que encaminhou os autos a este departamento, em cumprimento ao quanto estabelecido no item 9.1.5 do instrumento convocatório.

5. Em síntese, é o relatório.

6. Adentrando desde já a suposta irregularidade procedimental aventada pela recorrente Prima Vida, tem-se que resta calcada em teórica violação ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, em função do aceite de propostas entregues em envelopes brancos, em desarmonia com o quanto estabelecido no item 3.1 do edital, *in verbis*:

3.1. Os envelopes deverão ser apresentados em envelopes opacos, lacrados e indevassáveis, rubricados no fecho e contendo em sua parte externa a identificação do licitante (razão social e CNPJ), a referência à Fundação Butantan e o número deste Edital de Pregão Presencial 009/2024, conforme o exemplo abaixo: (...) [grifo nosso]

7. Depreende-se que a premissa contida no dispositivo em questão está atrelada à garantia da inviolabilidade do teor das propostas, em celebração ao princípio à isonomia, previsto no art. 11, inc. II, da Lei nº 14.133/21¹.

¹ Art. 11. O processo licitatório tem por objetivos: (...)

II - assegurar tratamento isonômico entre os licitantes, bem como a justa competição; (...)

Fls.	707
Proc. n.	540/2024
Rub.	Q

8. Nesse sentido, apesar do que a recorrente pretende convencer, o termo “opacos” não se confunde com a obrigatoriedade do uso de envelopes de papel pardo, sendo que, desde que o material, seja qual for, não seja transparente, preservado estará o conteúdo, razão pela qual se descarta facilmente a tese de que teria havido lesão ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, que, cumpre enfatizar, deve ser aplicado com o devido grão de sal, a fim de não prejudicar o principal objetivo do certame, que se trata da obtenção da proposta apta a fornecer o resultado mais vantajoso à promotora do procedimento licitatório, nos termos do inc. I, do art. 11 retromencionado.

9. Quanto à mitigação de princípios, é a lição de Amaral Júnior²:

“Princípios são pautas genéricas, não aplicáveis à maneira de “tudo ou nada”, que estabelecem verdadeiros programas de ação para o legislador e para o intérprete, as regras são prescrições específicas que estabelecem pressupostos e consequências determinadas. A regra é formulada para ser aplicada a uma situação especificada, o que significa em outras palavras, que ela é elaborada para um determinado número de atos ou fatos. O princípio é mais geral que a regra porque comporta uma série indeterminada de aplicações. Os princípios permitem avaliações flexíveis, não necessariamente excludentes, enquanto as regras embora admitindo exceções, quando contraditórias provocam a exclusão do dispositivo colidente.”

10. Nesse sentido, se mostra desarrazoada a interpretação de que o item 3.1 do edital busca determinar a cor do envelope a ser utilizado pelos licitantes, haja vista que culminaria no alijamento de concorrentes por mera formalidade, bem como inoportuna, sendo que, de imediato, traria para a Fundação certo distanciamento em relação à consecução da justa competição prevista no dispositivo suso mencionado.

11. Inclusive, na prática, há de se considerar que o excessivo rigor na compreensão das exigências editalícias tem o potencial de afastar da concorrência possíveis proponentes.

² AMARAL JÚNIOR, Alberto do. A Boa-fé e o Controle das Cláusulas Contratuais Abusivas nas Relações de Consumo. In: BENJAMIN, Antonio Herman de V. Revista de Direito do Consumidor, Vol. 6., São Paulo: RT, 1993.

12. Dessa feita, expostos acima estão os motivos pelos quais este departamento jurídico entende não prosperar o recurso da empresa Prima Vida.

13. De outro turno, a insurgência da empresa Aesp Odonto busca a reversão da decisão com arrimo em suposto não atendimento de requisito condicional de participação na licitação, qual seja, a prévia comprovação da rede credenciada.

14. Pois bem, incialmente cumpre observar que o Edital nº 009/2024 não impõe como critério de classificação ou habilitação a comprovação de número mínimo de rede credenciada, se tratando de exigência necessária, isso sim, para a assinatura do contrato, conforme se depreende do item 4, subitem 4.2, do Termo de Referência:

4. DOCUMENTOS OBRIGATÓRIOS:

4.1. Na licitação:

- a) Registro válido na ANS.
- b) Atestado de Capacidade Técnica, fornecido por pessoa jurídica de direito público ou privado, atestando que o licitante está executando ou já executou, satisfatoriamente os serviços pertinentes ao seu ramo de atividade e compatíveis com o objeto desta licitação, em característica, quantidade e prazos.

a.1) Entende-se como compatível com o objeto pretendido a comprovação de execução de serviços em quantidade igual ou superior a 50% (cinquenta por cento) do número de beneficiários previsto nesse Termo de Referência.

- c) Registro no Conselho Regional de Odontologia - CRO do estado onde exerce as atividades.

4.2. Para assinatura do contrato:

- a) Apresentar relação da REDE CREDENCIADA odontológica, em meio eletrônico em formato Excel, com abrangência nacional, com discriminação por quantidade de estabelecimentos, distribuídos por Região Administrativa, endereço completo, município, CEP e especialidade, de acordo com este TERMO DE REFERÊNCIA, bem como na ordem de apresentação aqui disposta.

b) Apresentar relação da REDE CREDENCIADA odontológica, de que trata o item 2.6 do TERMO DE REFERÊNCIA, em meio eletrônico, em formato Excel, contendo o número mínimo de rede credenciada e suas respectivas especializações. A relação deverá conter, nessa ordem: endereço completo com bairro, CEP e especialidade.

b.1) A Fundação Butantan se reserva o direito de analisar a rede de atendimento ofertada e recusar aquela cuja quantidade não seja compatível com a rede atual indicada no quadro 2.6.

- c) Os Planos de Assistência Odontológica, considerando as características e padrões descritos no item 2.5 deste TERMO DE REFERÊNCIA.

Fls.	208
Proc.n.	540/2024
Rub.	

d) Registro no CRO-SP.

15. Ou seja, em nenhum momento o edital determina que as concorrentes deveriam comprovar essa condição para poder participar do processo licitatório, haja vista não estar arrolada no item 2 do edital, e nem como requisito de habilitação, vide item 3 do instrumento convocatório, ao passo que tal medida teria o condão de afastar do certame aquelas licitantes que ainda não possuíam previamente a rede de credenciamento demandada.

16. Nesse sentido, é o Acórdão 1444/2009 do TCU, que apesar de proferido sob a égide da Lei nº 8.666/93, guarda compatibilidade com a matéria tratada no presente:

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO VERSANDO SOBRE IRREGULARIDADES EM PREGÃO ELETRÔNICO DESTINADO À CONTRATAÇÃO DE PLANOS DE ASSISTÊNCIA MÉDICA E ODONTOLÓGICA. INEXISTÊNCIA DE IRREGULARIDADE OU OFENSA AOS PRINCÍPIOS APLICÁVEIS À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. LEGALIDADE DE CLÁUSULA EDITALÍCIA QUE ESTABELECE PRAZO, CONTADO APÓS A ASSINATURA DO CONTRATO, PARA A MAJORAÇÃO E A ADEQUAÇÃO DA REDE DE ATENDIMENTO DA LICITANTE VENCEDORA. REPRESENTAÇÃO IMPROCEDENTE.

(...)

76. De acordo com o art. 30 da Lei 8.666/93, os documentos que poderão ser exigidos para fins de habilitação técnica nas licitações realizadas pelo poder público estão limitados ao seguinte:

I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;

II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

III - comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação;

IV - prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso.

77. Conforme se nota acima, a documentação relativa a capacidade da empresa em executar o objeto do contrato é a exigida por meio do inciso II, que, de acordo com o § 1º do mesmo artigo, será comprovada por meio de *'atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito*

público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências à³:

I - capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos;

II - (vetado)

78. Sendo assim, e considerando a jurisprudência do tribunal que admite também exigências quanto à capacitação técnico-operacional (Acórdão 32/2003-1ª Câmara, por exemplo), percebe-se que a comprovação da aptidão se dará por meio de atestados fornecidos por pessoas jurídicas, ou seja, a licitante deverá apresentar documentos fornecidos por terceiros, nos quais constem declarações de que executou serviços similares aos do objeto do certame. No caso, essa comprovação foi requerida no subitem 8.1.2 do edital (fls. 417/418 do volume 2 do Anexo 5):

8.1.2 - a licitante deverá apresentar Atestado de Capacidade Técnica expedido por pessoa jurídica de direito público ou privado, comprovando que esteja prestando, ou tenha prestado, serviços pertinentes e compatíveis com o objeto deste Termo de Referência.

79. Nesse contexto, a apresentação de relação de sua rede credenciada por parte da própria licitante não integra o rol da documentação exigida por lei para comprovação de capacidade técnica, nos termos do inciso II c/c o § 1º, ambos do art. 30 da Lei de Licitações.

80. A exigência diz respeito ao próprio objeto que se pretende contratar. Conforme o subitem 4.8 e o item 9 do termo de referência é por meio da rede credenciada⁴ que a contratada prestará os serviços de assistência à saúde dos servidores do DPRF (fls. 427 e 434 do volume 2 do Anexo 5).

81. Ainda que a rede de atendimento seja essencial para o cumprimento do objeto da licitação e como tal possa fazer parte das exigências para comprovação da capacidade técnica-operacional, considerando por analogia o disposto no § 6º do mesmo artigo⁵, não se pode requerer da licitante dispêndios prévios à contratação.

82. É importante notar que o § 5º do mesmo dispositivo estabelece que *'é vedada a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta Lei, que inibam a participação*

Fls.	409
Proc n.	540/2024
Rub.	

na licitação'. Observe-se que a parte final desse dispositivo veda a exigência de comprovação de qualquer aptidão ou atividade não prevista na lei, que sejam capazes de inibir a participação na licitação. 83. Com base nessa disposição da lei, é relevante mencionar que, caso fosse obrigatória a comprovação de que a licitante possuísse a rede completa no momento de abertura dos envelopes de habilitação, as empresas que precisassem adequar sua rede estariam alijadas da competição. (...) [TC-003.837/2006, Sessão Plenária de 01/07/2009, Ministro Relator Augusto Sherman Cavalcanti]

17. Registre-se, ainda, que o princípio da competitividade visa assegurar que o processo de seleção do fornecedor mais vantajoso para a administração seja realizado de forma justa e transparente, não sendo permitida a adoção de medidas que comprometam o caráter competitivo do certame.

18. Assim, resta evidentemente claro no instrumento convocatório as exigências necessárias quando da execução do contrato, em estrita consonância com o entendimento externado na Súmula nº 272, do TCU, que entende ser vedada a inclusão de exigências de habilitação que obriguem os licitantes a incorrer em custos desnecessários anteriormente à celebração do contrato. Vejamos:

“Enunciado. SÚMULA TCU 272: 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.”

19. A empresa vencedora da licitação apresentou para habilitação toda a documentação exigida pelo edital, sendo certo que a para execução do contrato deverão ser apresentados os demais documentos, nos termos do quanto consubstanciado no subitem 4.2 do Termo de Referência.

20. Desta forma, verifica-se que a decisão que declarou vencedora a empresa Odontogroup Sistema de Saúde Ltda. coaduna nitidamente com os preceitos tutelados

pelo ordenamento jurídico vigente, sendo declarada vencedora a proposta mais vantajosa, respeitados os princípios da razoabilidade, competitividade da licitação, proporcionalidade, economicidade e vantajosidade para a Fundação Butantan.

21. Em conclusão, entende-se que não ficou evidenciado qualquer aspecto formal ou material que tenha prejudicado a legalidade do certame, sendo ratificadas as razões expostas pela Pregoeira, com a recomendação de improvimento dos recursos interpostos pelas licitantes Prima Vida Odontologia de Grupo Ltda. e Aesp Odonto Assistência em São Paulo de Odontologia S/S Ltda., mantendo-se a decisão de fls. 672/674, que declarou vencedora a empresa Odontogroup Sistema de Saúde Ltda.

22. No que tange à solicitada análise da minuta de despacho de homologação, de fls. 699/700, entendemos estar de acordo com a finalidade à qual se destina.

23. Sigam os autos para o Departamento de Compras para prosseguimento ordinário do feito.

São Paulo, 20 de setembro de 2024.

Giulia Diaz Nunes
Giulia Diaz Nunes

OAB/SP nº 468.323

Ludmila de Carvalho Menezes
Ludmila de Carvalho Menezes
Gerente Jurídico

De acordo.

Flavio Barbarulo Borgheresi
Flavio Barbarulo Borgheresi

Diretor Jurídico

TERMO DE JUNTADA
Segue(m) juntado(s) nesta data o/os documento(s) para informação, Rubricado(s) sob folha(s) de nº (s)
<u>406 a 409</u> Em <u>24 / 09 / 2024</u>

FUNDAÇÃO BUTANTAN

GESTÃO DO JURÍDICO ENCAMINHADO P/ <i>Compras Indústrias</i> 24 SET. 2024
FUNDAÇÃO BUTANTAN