

Com efeito, os problemas havidos no presente edital concentram-se nas exigências pertinentes aos atestados de capacidade técnica – **Subitem 13.6.3** e seguintes. Esclareça-se, por oportuno, que a presente Impugnação não versa sobre a legalidade de a Administração Pública exigir em seus Editais Atestados de Capacidade Técnica Operacional e Profissional. Nem tampouco, pretende questionar a legalidade de o edital estabelecer quantitativos mínimos para os atestados.

A presente Impugnação dirige-se contra as condições e restrições arguidas no tocante aos Atestados de Capacidade Técnica, com referência a apresentação do **Subitem 13.6.3** do Edital, que demandam a apresentação de algumas **INFORMAÇÕES CONFIDENCIAIS** entre as Operadoras e seus clientes, o que vulnera o princípio da competitividade e tem o condão de afastar algumas licitantes interessadas da licitação.

Ora, para se avaliar a experiência anterior dos licitantes – seja na habilitação, seja no âmbito do julgamento da proposta – basta o exame dos atestados exigidos no **Subitem 13.6.1** a serem apresentados (que já reproduzem os dados necessários à avaliação dos serviços prestados). Não é exigível que sejam também apresentados pelos licitantes Atestados e informações confidenciais, conforme **Subitem 13.6.3** e seguintes.

Para além dessas exigências, a Lei faculta à Comissão apenas a possibilidade de “promover diligências destinadas a esclarecer ou complementar a instrução do processo” (art. 43, § 3º da Lei 8.666/93).

Neste sentido cumpre-nos citar, ainda, os seguintes Editais “Prestação de Serviços de Assistência Médica”, que não contemplam qualquer exigência neste sentido, **INCLUSIVE O ÚLTIMO PROCESSO LICITATÓRIO. PUBLICADO PELO PRÓPRIO COREN**, pois não se trata de prática habitual nos processos de contratação de Planos de Saúde. **(DOC. 02)**

Em outras palavras, a exigência formulada no Edital não se presta a qualquer finalidade – senão restringir (sem qualquer motivação) a forma de comprovação dos requisitos exigidos em sede de habilitação, restringindo indevidamente a participação idônea de empresas que tenham clientes na iniciativa privada, onde os contratos possuem cláusulas de confidencialidade e estejam sujeitas a regras de *Compliance*.

MARC

Não se esqueça que a parte final do inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal enuncia que a lei somente deve permitir, em licitação, “exigências de qualificação técnica e econômica “INDISPENSÁVEIS à garantia do cumprimento das obrigações”. Logo, a Administração Pública, por imperativo Constitucional, não pode fazer exigências que ultrapassem o indispensável, o fundamental, o extremamente necessário para verificar se os licitantes têm ou não condições de dar cumprimento ao contrato. Todas as exigências que ultrapassem o indispensável, o fundamental, o extremamente necessário, como que a malgrado ocorre no caso vertente, são ilegítimas e inconstitucionais, devendo ser rechaçadas com veemência pelo Tribunal de Contas e Judiciário.

Nesse sentido, de forma mais específica, o § 5º do artigo 30 – Lei 8.666/93, estatui o seguinte:

“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 na licitação.”

Os Atestados de Capacidade Técnica somente podem ser exigidos em relação ao núcleo objeto da licitação, conforme disposições do **Subitem 13.6.1**. Características de ordem periférica ou secundária, não fundamentais para o todo, isto é, sem relevância e sem valor significativo, não podem ser entabuladas como condição para acorrer ao certame.

Ora, o que se pretende contratar é empresa especializada em prestação de serviços de assistência à saúde para cobertura de despesas com assistência médica, hospitalar, métodos complementares de diagnóstico e tratamento, bem como serviços auxiliares, nas segmentações: atendimentos clínico, ambulatorial, laboratorial, obstétrico e internação hospitalar, que é o objeto / núcleo principal do contrato.

A exigência de Atestados de Capacidade Técnica (em apartado), de Programas de Prevenção e Educação à Saúde que habitualmente contemplam informações confidenciais das empresas clientes, (dados financeiros, acompanhamento de resultados, etc) é característica propriamente secundária e implícita na própria prestação de serviços (já realizada com habitualidade pelas Operadoras, para fins de controle de sinistralidade / gestão do contrato).

A.T.C.
8

O Tribunal de Contas da União já tratou da questão. Leia-se as seguintes passagens:

Jurisprudência do TCU – “As exigências relativas à capacidade técnica guardam amparo constitucional e não constituem, por si só, restrição indevida ao caráter competitivo de licitações conduzidas pelo Poder Público.

Tais exigências, sejam elas de caráter técnico-profissional ou técnico-operacional, não podem ser desarrazoadas a ponto de comprometer o caráter competitivo do certame, devendo tão-somente constituir garantia mínima suficiente de que o futuro contratado detém capacidade de cumprir com as obrigações contratuais.

Tais exigências devem ser sempre fundamentadas, de forma que fiquem demonstradas inequivocadamente sua imprescindibilidade e pertinência em relação ao objeto licitado.” (Acórdão n.º 1.942/2009, Plenário, rel. Min. André Luís de Carvalho). (Grifos Nossos).

Jurisprudência do TCU – “(...) Por outro lado, é cediço que o princípio da isonomia, com assento no caput do artigo 5º, como também no artigo 37, inciso XXI, ambos da Carta Política, deve nortear todos os procedimentos administrativos no âmbito da Administração Pública. No mesmo sentido, a legislação infraconstitucional impõe a necessidade de garantir tratamento equânime aos interessados em contratar com a administração, uma vez que o artigo 3º, caput e § 1º, incisos I e II, da Lei 8666/1993, faz menção ao aludido princípio, além de vedar expressamente condutas discriminatórias, assim como, o § 2º do mesmo dispositivo, reafirma a ideia de igualdade.

Impende frisar que a verificação de qualificação técnica não ofende o princípio da isonomia. Tanto é que o próprio artigo 37, inciso XXI, da CF, que estabelece a obrigatoriedade ao Poder Público de licitar quando contrata, autoriza o estabelecimento de requisitos de qualificação técnica e econômica, desde que indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. No entanto, o ato convocatório há que estabelecer as regras para seleção da proposta mais vantajosa para Administração, sem impor cláusulas desnecessárias ou inadequadas ou inadequadas que restrinjam o caráter competitivo do certame. (Grifos Nossos).

Por outras palavras, pode-se afirmar que fixar requisitos excessivos ou desarrazoados iria de encontro à própria sistemática constitucional acerca da universalidade de participação em licitações, porquanto a Constituição Federal determinou apenas a admissibilidade de exigências mínimas possíveis. Destarte, se a Administração, em seu poder discricionário, tiver avaliado indevidamente a qualificação técnica dos interessados em contratar, reputando como indispensável um quesito tecnicamente prescindível, seu ato não pode prosperar, sob penas de ofender a Carta Maior e a Lei de Licitações e Contratos”. (Acórdão n.º 877/2006, Plenário, rel. Min. Marcos Bemquerer Costa).

Jurisprudência do TCU “(...) o entendimento deste Tribunal é no sentido de que existe base legal para a exigência de comprovação de capacidade técnica-operacional. Entretanto, deve haver razoabilidade para que seja estabelecida. Cabe ao gestor público avaliar tecnicamente a necessidade de que a vencedora demonstre experiência na execução do objeto. Todavia, esse critério não deve implicar a mitigação do caráter competitivo do certame, com imposições que limitem a abrangência da disputa.” (Acórdão n.º 2.304/2009, Plenário, rel. Min. José Jorge). (Grifos Nossos).

A discricionariedade encontra limites na Constituição Federal e na Lei, em seus princípios e regras. A administração não goza nem jamais gozou de discricionariedade para formular exigência que acaba por frustrar o princípio da competitividade. A discricionariedade não acoberta exigência irrelevante, desnecessária, e impertinente, que tem o condão de afastar licitantes que habitualmente detenham com seus clientes, contratos com cláusulas de confidencialidade e outras licitantes do Pregão em apreço.

TCU

DAS VARIAÇÕES MÁXIMAS TOLERADAS – PROPOSTA COMERCIAL

O Edital em epígrafe traz em seu **Item 4**, Valor Estimado (páginas 16 - 17), que as propostas das licitantes deverão atender:

4.2. LOTE 01 – Região Metropolitana de São Paulo

4.2.1. O valor estimado por vida é de, no máximo, R\$ 396,73 (trezentos e noventa e seis reais e setenta e três centavos) por mês, no Plano Básico.

4.2.2. O valor médio estimado mensal é de R\$ 183.289,26 (cento e oitenta e três mil e duzentos e oitenta e nove reais e vinte e seis centavos) = total estimado de vidas (462) x valor por vida no Plano Básico (R\$ 396,73).

***Critério de seleção da proposta. Dados de 12/2015-GGP.**

4.2.3. O valor total estimado anual é de R\$ 2.199.471,12 (dois milhões, cento e noventa e nove mil e quatrocentos e setenta e um reais e doze centavos).

4.2.4. Embora os planos opcionais não sejam alvo do procedimento licitatório, haverá limitação percentual entre os valores dos planos com vistas à razoabilidade e à manutenção de planos de saúde

em padrões próximos. Tal limitação se deve à necessidade da Administração em não disponibilizar planos muito superiores para migração, devido ao risco de sinistros extremamente onerosos. São os parâmetros (valores advindos da cotação):

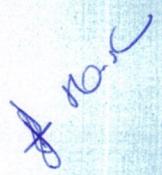
PLANO	VALOR UNITÁRIO ESTIMADO MENSAL	CUSTEADO PELA ADMINISTRAÇÃO	CUSTEADO PELO EMPREGADO	**DIFERENÇA PERCENTUAL ENTRE O OPCIONAL E O BÁSICO
BÁSICO	R\$ 396,73	R\$ 396,73		
OPCIONAL A	R\$ 509,63	R\$ 396,73	R\$ 112,90	28%
OPCIONAL B	R\$ 663,92	R\$ 393,73	R\$ 267,19	67%
OPCIONAL C	R\$ 1.101,14	R\$ 396,73	R\$ 704,41	178%

****Variações máximas toleradas**

Não há qualquer base técnica, legal ou científica no mercado de Planos de Saúde, que autorize a adoção de tais variações máximas toleradas, como critérios de classificação / julgamento de propostas em licitação: não se conhece a base atuarial empregada para avaliar tais cálculos, “cotações”, constantes das pesquisas que seriam exatamente adequados à execução do contrato ora em licitação e em qual proporção. Devemos considerar ainda, que tais cálculos / custos estão diretamente relacionados aos planos / rede credenciada a ser apresentada pelas licitantes. Mal comparando, poderíamos dizer que a referida pesquisa possui “variações máximas não toleradas nos editais de assistência médica.”

Neste sentido cumpre-nos citar, ainda, que Editais “Prestação de Serviços de Assistência Médica”, não contemplam qualquer limitação de variações – Proposta Comercial, pois não se trata de prática habitual nos processos de contratação de Planos de Saúde. **(DOC. 03)**

Portanto, a referida margem de variação não pode balizar qualquer julgamento, em respeito ao preceito legal do julgamento objetivo.



Além disso, em um segundo momento, mesmo que estas pesquisas fossem providas de um critério metodológico rigoroso, ocorre que, esta prática, se não for meramente referencial, configura estipulação de valores mínimos a serem propostos pelos licitantes, prática vedada pelo artigo 40, inciso X da Lei n 8.666/93:

"Art. 40. O edital conterá 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:(...)"

X - o critério de aceitabilidade dos preços unitário e global, conforme o caso, permitida a fixação de preços máximos e vedados a fixação de preços mínimos, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência, ressalvado o disposto nos parágrafos 1º e 2º do art. 48;" (g.n.)"

Assim, a Administração Pública deve obediência estrita aos comandos da Lei. Logo, a questão ora impugnada, sequer poderia ter sido inserida no edital, em razão do princípio da legalidade e em respeito à legalidade e moralidade Administrativa, dada a expressa vedação por parte da legislação e da jurisprudência.

Deste modo, fica clara a impossibilidade de se fazer constar no Edital de licitação - variações máximas toleradas, para futura contratação / realização dos serviços objeto do certame, por configurar fixação de percentuais legalmente vedados.

No mais, a referida estipulação ainda contraria a própria finalidade da licitação, que é a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, ou seja, a contratação da proposta que atenda em grau máximo o critério de vantajosidade eleito, neste caso, o **MENOR PREÇO - PLANO BÁSICO**, conforme estipulado em Edital.

Portanto, realizar a contratação para a prestação de serviços através de licitação do tipo menor preço, estipulando VARIAÇÕES MÁXIMAS - VALORES na Proposta Comercial, contraria os princípios básicos da licitação, como legalidade e moralidade, além de afrontar a própria finalidade do certame, que é a seleção da proposta de menor preço.

Por fim, requer-se seja declarado de forma evidente que todos os percentuais inseridos na Tabela - Lote 1, são meramente estimativos, não vinculando em nenhum momento a formulação da proposta de preços das licitantes.

DO PEDIDO

Através da presente, restou demonstrado que o ramo de operadoras de assistência médica contempla mercado restrito, sendo as especificações: composição dos preços, rede credenciada e capacidade técnica exigidas em contratações públicas, são fatores determinantes para que tais empresas participem ou não da licitação, razão pela qual é imprescindível que o instrumento convocatório observe as peculiaridades de tal setor mercadológico para que exigências discriminatórias ou excessivas não restrinjam injustificada e ilegalmente o caráter competitivo do certame.

Em face do exposto, requer-se seja a presente Impugnação julgada procedente, modificando-se as exigências editalícias nos moldes expostos, de forma a extirpar do instrumento convocatório as cláusulas manifestamente discriminatórias e restritivas da competitividade do certame em observância ao princípio da isonomia, assegurando-se, via de consequência, a participação de maior número de interessados e a ampliação da disputa.

Uma vez acatada a presente impugnação, extirpando-se as cláusulas manifestamente inválidas que permeiam o instrumento convocatório, imperiosa se torna a republicação do edital, escoimado dos vícios apontados.

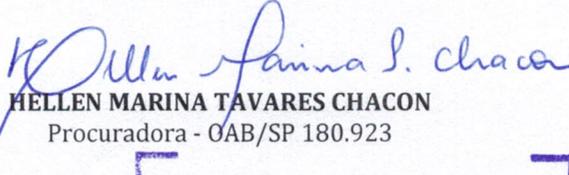
Por fim, caso não seja acolhido o teor da presente manifestação e alteradas as exigências do instrumento convocatório, a Impugnante informa que serão tomadas as medidas cabíveis junto às autoridades competentes, dentre as quais o Tribunal de Contas, com vistas ao saneamento dos vícios apontados no edital em referência, sem prejuízo de que seja apurada a responsabilidade dos servidores do COREN responsáveis pelas ilegalidades que o permeiam.

Nestes Termos,

P. Deferimento.

São Paulo, 01 de julho de 2016.


PAOLA TRESINARI BERTINATO
Procuradora


HELLEN MARINA TAVARES CHACON
Procuradora - OAB/SP 180.923

AMIL ASSISTÊNCIA MÉDICA INTERNACIONAL S/A 29.309.127/0001 79

**AMIL ASSISTENCIA MEDICA
INTERNACIONAL S.A.**

Av Brasil, nº 703
Jardim América - Cep 01.431-000

São Paulo SP