

PROCEDIMENTO: CHAMAMENTO PÚBLICO Nº 001/2019

OBJETO: GESTÃO DO PRONTO ATENDIMENTO MUNICIPAL "OCTACÍLIO GERALDO DO CARMO"

ASSUNTO: IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

IMPUGNANTE: ANAESP – ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE APOIO AO ENSINO, SAÚDE E POLÍTICAS PÚBLICAS DE DESENVOLVIMENTO

RESPOSTA AO PEDIDO DE IMPUGNAÇÃO

RELATÓRIO

Trata-se de impugnação ao Edital, formulada pela ANAESP – ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE APOIO AO ENSINO, SAÚDE E POLÍTICAS PÚBLICAS DE DESENVOLVIMENTO, quanto à possíveis irregularidades no EDITAL SESAVA Nº. 01/2019 - CHAMAMENTO PÚBLICO PARA FIRMAR CONTRATO DE GESTÃO COM ORGANIZAÇÃO SOCIAL NA ÁREA DA SAÚDE, que tem por objetivo “selecionar a melhor proposta técnica e financeira para fins de assinatura de contrato de gestão, cujo objeto consistirá na “GESTÃO DO PRONTO ATENDIMENTO MUNICIPAL “OCTACÍLIO GERALDO DO CARMO”, localizado na sede do município de Vargem Alta/ES”.

A representante alega, em síntese, que o edital conteria dispositivos que contrariariam dispositivos legais, a doutrina e a jurisprudência do Tribunal de Contas da União. Em suma, questiona os seguintes aspectos: prazo exíguo para formulação de propostas; restrições à competitividade do certame e subjetividade nos critérios de pontuação de julgamento das propostas técnicas.

Requer a impugnação do edital e a correção de todos os “equivocos” apontados e a republicação do ato convocatório.

É o breve relatório.

1. DA TEMPESTIVIDADE DA IMPUGNAÇÃO



A Sessão Pública para recebimento das propostas estava marcada para o dia 12 de agosto de 2019, às 13:00 horas.

De acordo com o item 3.2.2 do Edital:

3.2.2 - 3.3 - A impugnação do edital deverá ser promovida através de protocolo na apresentar à Secretaria Municipal de Saúde, situada à Rua Padre Antônio Maria, s/nº, Centro — CEP 29.295-000 — Vargem Alta/ES, no horário de 08h00min às 16h00min, de segunda-feira a sexta-feira, no prazo legal de até 05 (cinco) dias úteis antes da data limite de apresentação das propostas.

Portanto, qualquer interessado pode impugnar ao presente Chamamento Público até o final do expediente do dia 05/08/2019.

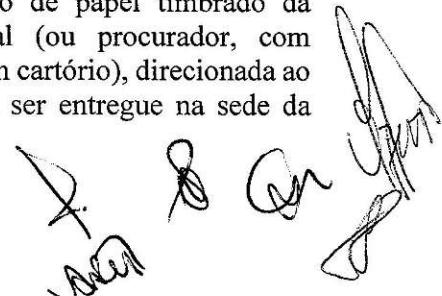
A impugnação foi devidamente protocolada pela impugnante no dia 05/08/2019, portanto, encontrando-se TEMPESTIVA.

DO MÉRITO DA IMPUGNAÇÃO

a) Alegação de Prazo exíguo para formulação de propostas

O representante questiona os prazos entre a publicação do edital, no dia 22 de julho de 2019 e o interregno de 14 (quatorze) dias, previsto no item 3.1 para manifestação do interesse em celebrar Contrato de Gestão, até o dia 05/08/2019 e de 21 (vinte e um) dias, previsto no item 3.2 do edital, para apresentação dos envelopes contendo a documentação e as propostas técnica e financeira, até o dia 12/08/2019. Vejamos o disposto nos itens 3.1 e 3.2 do edital:

“3.1 - As entidades que tiverem interesse em celebrar Contrato de Gestão com a Secretaria Municipal da Saúde de Vargem Alta (SESAVA) para gestão do **Pronto Atendimento “Octacilio Geraldo do Carmo”**, localizado na Sede do Município, nos termos deste Edital, devem manifestar, por escrito, seu intento, por meio de papel timbrado da instituição, assinada pelo representante legal (ou procurador, com procuração em anexo, com firma reconhecida em cartório), direcionada ao Secretário Municipal da Saúde, a qual deverá ser entregue na sede da



Secretaria Municipal de Saúde — SESAVA, situada à Rua Padre Antônio Maria, s/nº, Centro — CEP 29.295-000 — Vargem Alta/ES, das **8:00 às 16:00 horas, até o dia 05/08/2019.**

3.2 — Após manifestar expressamente interesse em celebrar contrato de gestão, as entidades interessadas, devem, até o dia **12/08/2019**, impreterivelmente, até as **12:00**, apresentar à Secretaria Municipal de Saúde, situada à Rua Padre Antônio Maria, s/nº, Centro — CEP 29.295-000 — Vargem Alta/ES o envelope contendo a documentação e as propostas técnica e financeira, conforme descrito na Cláusula Quarta, em envelope lacrado.”

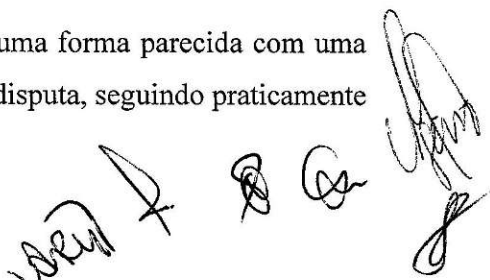
Alega que tais prazos são exíguos e desconformas com as normas legais, haja vista que a Lei nº 9.637/98 não regulamenta a questão do prazo para apresentação de proposta técnica, e, no seu entendimento, deveria ser aplicado o prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, previsto no artigo 21, § 2º, inciso I, alínea “b” da Lei nº 8.666/93, para licitações na modalidade de concorrência.

Apresenta, nesta toada, uma recomendação do Ministério Público do Estado do Espírito Santo direcionada somente e especificamente ao ESTADO DO ESPÍRITO SANTO, de nº 030/2016, neste sentido.

Em que pese à argumentação do representante, assim como a recomendação do MPES, o “Chamamento Público”, caso concreto em apreço, não é uma modalidade de licitação, como aquelas estabelecidas na Lei 8.666/1993, ou na Lei 10.520/2002, o pregão. É um procedimento que lembra uma licitação, mas destinado à escolha de uma Organização da Sociedade Civil – OSC para firmar parceria com a Administração Pública.

Em, primeiro lugar, frise-se que, o simples fato do MPES ter emitido uma “RECOMENDAÇÃO” ao Estado do Espírito Santo, deixa clarividente a inexistência de legislação regulamentando o tema, já que o que se encontra previsto em lei não necessita ser “recomendado”.

Destarte, apesar da seleção da OSC ser feita por uma forma parecida com uma licitação, com publicação, edital, regras de participação e disputa, seguindo praticamente



os mesmos princípios adotados nas licitações, esse procedimento não está atrelado à Lei 8.666/1993, como estabelece, expressamente, o art. 84 da Lei Federal 13.019/2014, ao rezar que:

“Não se aplica às parcerias regidas por esta Lei o disposto na Lei 8.666/1993”.

Ou seja, apesar de o chamamento público parecer uma licitação, ter jeito de licitação, ter cheiro de licitação, ter gosto de licitação, juridicamente não é uma licitação, mas sim outro procedimento de seleção da melhor proposta a ser adotado pela Administração Pública, quando o objetivo for firmar parcerias com organizações da sociedade civil.

Portanto, não há nada que vincule, necessariamente, no caso de Chamamento Público, o prazo mínimo entre a publicação e o recebimento das propostas, ao disposto na Lei nº 8.666/93.

Nesta toada, cumpre salientar que o Município de Vargem Alta possui legislação própria a respeito, a Lei Municipal nº 1.019/2013, que cria o Programa de Organizações Sociais do Município de Vargem Alta, com o objetivo de fomentar a execução, pelas entidades qualificadas como Organizações Sociais, na forma desta Lei, de atividades e serviços de interesse público, atinentes à área da saúde.

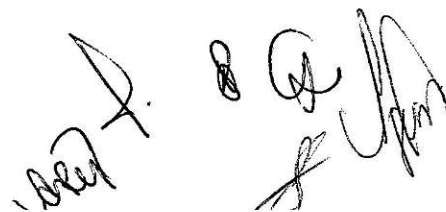
A Lei Municipal, à exemplo da Lei Federal nº 9.637/98 não regulamenta a questão do prazo mínimo entre a publicação e a apresentação das propostas, referindo apenas em seu artigo 6º, inciso IV, que:

“Art. 6º O Edital conterà:

(...)

IV - Prazo e local para entrega de manifestação, por escrito, do interesse das Organizações Sociais, em firmar Contrato de Gestão a fim de gerenciar o serviço objeto da convocação;

Desta forma, não há que se falar em qualquer irregularidade no tocante ao item 3.1 do edital.



Já no tocante ao item 3.2, ainda que se quisesse fazer aplicação analógica ao presente caso concreto, não haveria sentido em utilizar-se o prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, previsto no artigo 21, § 2º, inciso I, alínea “b” da Lei nº 8.666/93, para licitações na modalidade de concorrência.

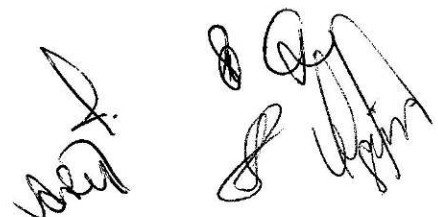
Primeiramente, porque, repita-se, quanto ao chamamento público, por não estar disposto no art. 22 da Lei 8.666/1993, **não pode ser considerado uma modalidade de licitação.**

Em segundo lugar, outras normas congêneres possuem prazos distintos estabelecidos, tais como: a Lei 13.019/2014, que trata do regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, fixa o prazo de trinta dias; o Decreto Federal 6.170/2007 e a Portaria Interministerial nº 507, que versam sobre a celebração de convênios e contratos de repasse, estabeleceriam o prazo mínimo de 15 dias; e o Decreto Federal 8.428/2015, que trata do Procedimento de Manifestação de Interesse, teria definido o prazo de 20 dias.

Portanto, o prazo estabelecido no EDITAL SESAVA Nº. 01/2019 para abertura das propostas, de 21 (vinte um dias) estaria dentro dos parâmetros previstos nas normas citadas, o que demonstra a razoabilidade do prazo previsto pelo Município de Vargem Alta.

Ademais, não há nada de temerário ou restritivo na disponibilização de 21 (vinte e um) dias úteis para os interessados adotarem todas as providências necessárias para elaboração de suas propostas e juntada de documentos. Várias razões podem ser elencadas para justificar a assertativa acima. Vejamos.

O Pronto Atendimento “Octacílio Geraldo do Carmo” é uma Unidade de Saúde de Pequeno Porte, que requer um Plano Operacional sem complexidade, tendo em vista que o Município já parametrizou os procedimentos na forma dos Anexos Técnicos I, II e III do edital, restando a Organização social somente demonstrar a forma prática pela qual irá instrumentalizar os parâmetros estabelecidos.

The image shows two sets of handwritten signatures in black ink. The first set on the left consists of two overlapping signatures. The second set on the right consists of three overlapping signatures, with the top one being the most prominent.

O Município de Vargem Alta conta atualmente com 04 (quatro) Organizações Sociais qualificadas na área da saúde e 01 (uma) em processo de qualificação, conforme determinação da Lei Municipal nº. 1.019/2013, regulamentada pelo Decreto nº2660, de 18 de julho de 2013 a saber:

Organizações já Qualificadas:

- 1) *HOSPITAL INFANTIL FRANCISCO DE ASSIS – HIFA*
- 2) *INSTITUTO NACIONAL DE GESTÃO EM EDUCAÇÃO E SAÚDE – INGES*
- 3) *ASSOCIACAO NACIONAL DE APOIO AO ENSINO, SAUDE E POLITICAS PUBLICAS DE DESENVOLVIMENTO – ANAESP*
- 4) *ASSOCIAÇÃO DE PRÁTICAS SUSTENTÁVEIS, EDUCACIONAIS E SOCIAIS – APSES*

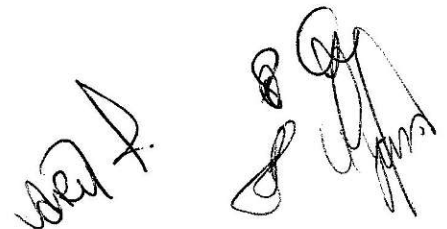
Organizações em Processo de Qualificação:

- 1) *INSTITUTO JURÍDICO PARA EFETIVAÇÃO DA CIDADANIA E SAÚDE - AVANTE SOCIAL*

Neste passo, até o dia 05/08/2019, último dia para manifestação de interesse em assinar o Contrato de Gestão conforme item 3.1 do edital, 03 (três) Organizações haviam manifestado expressamente interesse em participar do Chamamento Público, quais sejam:

- 1) *INSTITUTO NACIONAL DE GESTÃO EM EDUCAÇÃO E SAÚDE – INGES*
- 2) *ASSOCIACAO NACIONAL DE APOIO AO ENSINO, SAUDE E POLITICAS PUBLICAS DE DESENVOLVIMENTO – ANAESP*
- 3) *INSTITUTO JURÍDICO PARA EFETIVAÇÃO DA CIDADANIA E SAÚDE - AVANTE SOCIAL*

Ou seja, já há uma quantidade expressiva de manifestações de interesse dentro do universo de competidores possíveis **(60% do total)**, indício de que não houve prejuízos para o fim pretendido com a publicação do edital de chamamento público, demonstrando inócorrência de restrição à competitividade.



Outro Ponto que merece destaque, é que a Recomendação de nº 030/2016 oriunda do MPES, citada pela representante a título de embasamento de sua tese, foi **direcionada somente e especificamente ao ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**, não servindo, assim, como parâmetro para embasamento da representação. Explico.

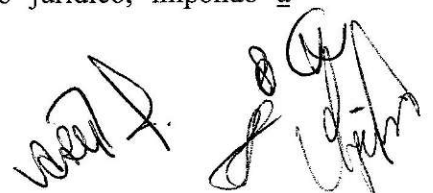
Como é de publico e notório conhecimento, o pequeno município de Vargem Alta possui uma população estimada em 21 mil habitantes, não sendo razoável comparar a gestão de um Pronto Atendimento Municipal de Vargem Alta, com a gestão daqueles que são considerados os maiores Hospitais do Estado (Hospitais de referência), e que atendem em um único mês, praticamente toda a clientela atendida pelo PA “Octácilio Geraldo do Carmo” durante aproximadamente 01 (um) ano.

O Egrégio Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, em decisão plenária sobre representação com igual teor a dos presentes autos - processo nº. 7979.989.17-5/2017 - Conselheira Cristiane de Castro Moraes destacou a autonomia do município em definir os prazos desde que respeitado o princípio da razoabilidade, confira-se:

“Ainda quanto ao cronograma, como expus quando do exame preliminar da matéria, o estabelecimento de prazo de 3 dias para manifestação de interesse revela injustificado potencial restritivo, por inviabilizar a participação de entidades que tomem conhecimento do processo de seleção após esse exíguo período, sendo indispensável a reavaliação desse prazo, com vistas à adoção de um parâmetro razoável, de maneira que, ao mesmo tempo, atenda as finalidades a que se destina e não implique indevida restrição à competitividade no Certame.”

Assim, conforme amplamente demonstrado, a legislação federal e municipal sobre o tema optaram por conferir ao ente federativo a discricionariedade para o estabelecimento dos prazos para manifestação de interesse e entrega das propostas, sendo certo que o Município de Vargem Alta, dentro dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, estabeleceu prazos condizentes com o sucinto projeto exigido pelo Edital SESAVA nº. 001/2019.

Logo, afirmar que o presente procedimento deveria seguir os prazos contidos no artigo 21, § 2º, inciso I, alínea “b” da Lei nº 8.666/93, que rege a Licitação na modalidade “Concorrência”, seria nada mais que inovar o ordenamento jurídico, impondo à



administração pública municipal obrigação não contida expressamente na legislação, revelando-se tão e somente uma interpretação analógica extensiva *in malam partem*, ferindo frontalmente o princípio da reserva legal, conforme amplamente demonstrado e, ainda, impossibilitando esta de exercer sua discricionariedade administrativa.

Dessa forma, entendemos que não existindo nenhuma previsão legal relativa aos prazos, conforme descrito acima, mas considerando o interesse público, bem como tendo como parametro proporcionar uma maior competitividade, a Comissão decide por reabrir o prazo de manifestação de interesse e apresentação de proposta, na forma do edital retificado.

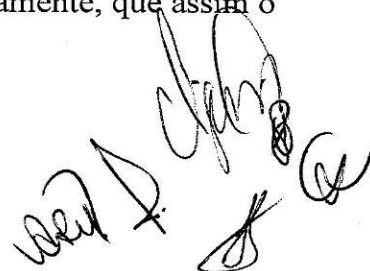
b) Alegação de restrições à competitividade do certame e subjetividade nos critérios de pontuação de julgamento das propostas técnicas.

Nesse aspecto, insurge-se contra os critérios de avaliação das propostas previstos no item 5.1 do instrumento que, a seu ver:

- i) restringe à competitividade por não admitir pontuação, no tocante a comprovação de experiência em estágio de saúde quanto atuação da organização social em parcerias com serviços privados de saúde, apenas públicos;
- ii) no tocante à pontuação por adequação da proposta ao edital, não estabelecem parâmetros objetivos para avaliação e julgamento, admitindo interpretação subjetiva, e violando por consequência o princípio do julgamento objetivo.

Pois bem, no tocante ao primeiro ponto, de fato, o item 5.1, quando trata dos critérios de pontuação a título de “COMPROVAÇÃO DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA, ECONÔMICA E EXPERIÊNCIA PROFISSIONAL EM GESTÃO DE SAÚDE”, prevê pontuação ao concorrente que demonstre documentalmente parceria com órgãos públicos em gestão de unidade de saúde e Pronto Atendimento 24 h.

Sem embargo, é absolutamente justificável, tecnicamente, que assim o seja. Vejamos.



Em primeiro lugar, como é óbvio, porque o contrato de gestão a ser assinado em decorrência do presente procedimento se destinará à gestão do Pronto Atendimento Municipal “Octacílio Geraldo do Carmo”, Unidade de saúde Pública vinculada ao Município de Vargem Alta. Portanto, trata-se de gestão em parceria com órgão público e não privado.

Nesta toada, a gestão de serviços público de saúde não é igual à gestão de serviços privados de saúde, haja vista que diferem fundamentalmente em muitos aspectos. A primeira e fundamental diferença é a ausência de remuneração dos usuários no caso do serviço público, o que não ocorre no caso do serviço privado. Ora temos aqui uma diferença fundamental já que os serviços privados visam lucro, e os públicos não.

De outra partem, os estabelecimentos de saúde que atendem usuários do SUS, ao contrário de serviços puramente privados, exibem múltiplas composições organizacionais, formatos de administração e modelos de gestão, modificados ao longo do tempo por meio de reformas administrativas, interpretações jurídicas, decisões políticas e legislações complementares federal, estaduais e municipais.

Por fim, são notórias as dificuldades da Administração Pública, aí incluído os seus parceiros, em gerir adequadamente serviços de saúde, devido a burocracia excessiva, porém necessária, para contratar pessoal, efetuar adequações de estrutura e comprar insumos, medicamentos e equipamentos. Somam-se as normas e procedimentos típicos da Administração Direta e a Lei de Responsabilidade Fiscal, que limitam a expansão e qualificação do quadro de recursos humanos.

Diferente do serviço privado, em que, em regra, há liberdade de contratação e gestão, o serviço público possui regramentos peculiares. Neste sentido, veja-se decisão do TCU:

5. As organizações sociais submetem-se a regulamento próprio sobre compras e contratação de obras e serviços com emprego de recursos provenientes do Poder Público, observados os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade, sendo necessário, no mínimo, cotação prévia de preços no mercado.

6. Não é necessário concurso público para organizações sociais selecionarem empregados que irão atuar nos serviços objeto de contrato de



gestão; entretanto, durante o tempo em que mantiverem contrato de gestão com o Poder Público Federal, devem realizar processos seletivos com observância aos princípios constitucionais da impessoalidade, publicidade e moralidade.

7. Os Conselhos de Saúde devem participar das decisões relativas à terceirização dos serviços de saúde e da fiscalização da prestação de contas das organizações sociais, a teor do disposto no art. 1º, §2º, da Lei Federal 8.142/1990. (ACÓRDÃO Nº 3239/2013 – TCU – Plenário)

Tudo isso torna o serviço público de saúde distinto do privado, o que justifica a distinção feita nos dos critérios de pontuação do edital, para comprovação de experiência, onde se prevê pontuação ao concorrente que demonstre documentalmente parceria apenas com órgãos públicos, em gestão de unidade de saúde e Pronto Atendimento 24 h.

No tocante à pontuação por adequação da proposta ao edital, a representante alega que “a metodologia de pontuação, neste caso, não detalharia de forma objetiva de que forma serão considerados e avaliados os critérios para que a entidade possa obter a pontuação necessária para atendimento do respectivo edital”.

Contudo, equivocada e sem qualquer amparo concreto a assertativa, haja vista que os critérios postos do Edital, visando ao julgamento das propostas, são simples, transparentes e os mais objetivos possíveis, não pairando quaisquer ilegalidades sobre os mesmos.

Para uma melhor visualização dos critérios utilizados para julgamento das propostas das licitantes, quanto à pontuação por adequação da proposta ao edital transcrevem-se, aqui, os dispositivos contidos no Edital em comento, *in verbis*:

CRITÉRIO	METODOLOGIA DE PONTUAÇÃO	PARÂMETROS
----------	--------------------------	------------



<p style="text-align: center;">PROJETO - ADEQUAÇÃO DA PROPOSTA AO EDITAL</p>	<p>38 pontos – Grau pleno de atendimento.</p> <p>25 pontos – Grau satisfatório de atendimento.</p> <p>10 pontos – Baixo Grau de atendimento.</p> <p>- O não atendimento ou o atendimento insatisfatório (0,0).</p>	<p>Avalia a quantificação das linhas de serviço, com valorização de proposta exequível e que contenha os meios planejados para a sua execução de forma estruturada e relacionada ao objeto do Edital. Avalia a adequação da proposta de quantificação dos serviços. Demonstra potencialidade quanto à organização, quando demonstra capacidade de produzir resultado dentro do contexto de serviços, objetivando garantir a melhor assistência possível, considerando o nível de recursos e tecnologia existentes.</p>
<p style="text-align: center;">TOTAL DE PONTOS DO CRITÉRIO</p>		<p style="text-align: center;">38 PONTOS</p>

Sabidamente, a elaboração de edital de licitação que envolve julgamento de proposta técnica é algo bastante delicado, já que a Administração deve estabelecer critérios para comparar tecnicamente as propostas. Ocorre que as leis regentes da matéria não definem tais critérios matemáticos a serem adotados pela Administração – até porque, impossível o fazê-lo nesta modalidade -, reconhecendo, por conseguinte, alguma discricionariedade para defini-los.

A Lei nº 8.666/93, por sua vez, aplicável subsidiariamente ao presente procedimento, oferece apenas alguns subsídios e orientação, mais precisamente no inciso I do § 1º do seu art. 46, cujo texto prescreve que sejam consideradas “capacitação e a experiência do proponente, a qualidade técnica da proposta, compreendendo metodologia, organização, tecnologias e recursos materiais a serem utilizados nos trabalhos, e a qualificação das equipes técnicas a serem mobilizadas para a sua execução.”

O fato é que toda Administração Pública Brasileira encontra dificuldades de monta para a definição de critérios para a atribuição de nota técnica, haja vista não haver parâmetros preestabelecidos.

No presente caso, a Administração Municipal, os critérios para a atribuição de nota técnica se basearam na expressa previsão contida na Lei Municipal 1.019/2013, que





“Cria Programas de Organizações Sociais do Município de Vargem Alta-ES, Dispõe Sobre a Qualificação de Entidades como Organizações Sociais e dá Outras Providências” (Anexo 03), em seu art. 8º, que determina, in verbis:

“(…) **Art. 8º** No julgamento das propostas serão observados, além de outros definidos em edital, os seguintes critérios:

I - Resultados a serem alcançados, quantitativos e qualitativos;

II - Economicidade;

III - Indicadores de eficiência e qualidade do serviço;

IV - A capacidade técnica e operacional da candidata;

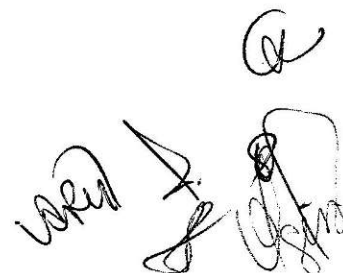
V - Ajustamento da proposta as especificações técnicas e aos critérios utilizados pelo Poder Público;

VI - Adequação entre os meios sugeridos, seus custos, cronogramas e resultados. (…)”

Ora, como se percebe, a irresignação da representante se dá, pura e simplesmente, pelo fato do edital trazer a repetição daquilo que determina a legislação municipal sobre o tema. Ora, se esta municipalidade o fizesse diferente disso, estaria ferindo frontalmente ao princípio da legalidade, e eivando de nulidade referido edital.

Nesta ordem, cremos que os critérios utilizados para julgamento das propostas guardam perfeita consonância com as normas dos arts. 44 a 46 da Lei Nacional nº 8.666/1993, garantindo-se a lisura do certame e permitindo-se a escolha da proposta mais vantajosa para a Administração. Assim se manifesta o TCU sobre o tema em análise:

Contratação pública – Licitação – Proposta – Julgamento – Critério Objetivo – Obrigatoriedade – TCU. Consoante orientação do TCU, cumpre à Administração adotar ‘critérios objetivos para o julgamento da proposta técnica, de modo a atender ao princípio do julgamento objetivo, previsto no art. 3º e no art. 40, inc. VII, ambos da Lei n. 8.666/93’. (TCU, Acórdão n. 542/2003, 1ª Câmara, Relator: Min. Marcos Vinícios Vilaça, DOU de 03.04.2003, veiculado na Revista Zênite de Licitações e Contratos — ILC, Curitiba: Zênite, n. 113, p. 639, jul. 2003, seção Tribunais de Contas.)



Percebe-se que a orientação do TCU é no sentido de que a Administração **deverá adotar critérios objetivos para o julgamento da proposta técnica, sempre que possível.**

Não se pode desconsiderar, contudo, o fato de que a valoração de parâmetros técnicos **carrega, em si, determinada subjetividade da qual é impossível se afastar completamente.**

Logo, ao contrário do afirmado pela representante, sempre haverá algum grau de subjetividade na definição dos parâmetros para a atribuição das notas técnicas, o que é algo absolutamente normal e inevitável. Neste sentido observe-se a doutrina pátria:

O artigo 12 da Lei federal nº 11.079, de 2004, trata da licitação, propriamente dita, das parcerias público-privadas - as chamadas PPPs. Ele determina que o certame para a contratação de PPPs obedecerá ao procedimento previsto na legislação vigente sobre licitações e contratos administrativos e também ao que dispõem os seus incisos I a IV e os parágrafos 1º e 2º.

Diga-se, desde logo, que a Lei nº 8.666/93 - A Lei de Licitações -, portanto, se aplica em tudo o mais que não for conflitante com a presente lei. No inciso II, o julgamento poderá se tornar subjetivo, se adotado o critério do inciso V do artigo 15 da Lei nº 8.987/95, eis que dependerá, o julgamento, de nota técnica, posto que é impossível de se retirar a subjetividade natural de que sempre é dotado esse critério. (Grifo não constante do original). MUKAI, Toshio. Critério de julgamento nas licitações das PPPs. Valor Econômico de 31 de janeiro 2005. Disponível em www.conlicitacao.com.br/futuro/ppp/comentarios).

No mesmo sentido são as manifestações, abaixo transcritas, de Celso Antônio Bandeira de Mello, Adilson Abreu Dallari, Ivan Barbosa Rigolin, Marçal Justen Filho, Hely Lopes Meirelles e Diógenes Gasparini:

Cumpra reconhecer, entretanto, que objetividade absoluta só se pode garantir previamente nos certames decididos unicamente pelo preço. Quando entram em causa qualidade, técnica, rendimento – muitas vezes indispensáveis para a aferição das propostas – nem sempre será possível atingir-se o ideal de objetividade extrema, pois, quando os bens ou serviços são fortemente aparentados nestes atributos, a primazia de um ou de outro depende de apreciações irredutíveis a um plano excludente de opiniões pessoais. (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 14. Ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 476).

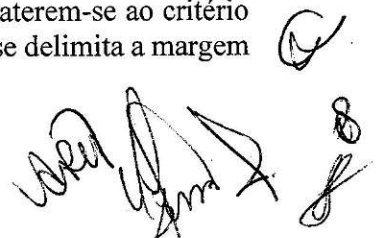
Existem situações, como é o caso da verificação da suficiência técnica ou da melhor técnica, nas quais não é possível uma objetividade absoluta, aritmética. Em tais casos haverá sempre um certo grau de ineliminável mais precisa e mais minuciosa possível dos critérios e fatores de julgamento, de maneira a permitir um controle eficaz da isenção, da imparcialidade e da possível objetividade com que conduzir-se a comissão julgadora. Sem dúvida, o critério do menor preço é o mais objetivo, mas nem sempre o mais econômico, o mais vantajoso. (DALLARI, Adilson Abreu. Aspectos jurídicos da licitações. 7. Ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2006. P. 167).

[...] Não obstante a licitação seja um procedimento formal destinado a uma escolha objetiva, motivo pelo qual quase todos os atos praticados em seu decurso são atos vinculados, é inegável a existência de discricionariedade quanto ao resultado final do certame, no sentido de que pode não haver adjudicação ou contratação (*Ob. Cit.* p. 217).

Muito, muitíssimo mais delicado que o do menor preço, é o julgamento das licitações do tipo da melhor técnica, e, como se verá, pior ainda o de técnica e preço. Afirma-se delicado e não difícil propriamente; difícil deve ter sido elaborar, para ambos os casos, os critérios de julgamento, com seus fatores combinados a ensejar julgamento o mais objetivo possível. Nesse julgamento é que se vislumbra o cuidado com que deve proceder a CJL, na perseguição e no atendimento aos princípios. Evitar-se alguma subjetividade, entretanto, e conforme já se afirmou, nestes casos é absolutamente impossível, senão, como já também se iterou, se as notas a serem atribuídas a cada fator, de cada proponente, em cada proposta, forem atribuídas por computador, ou mecanismo que leve em conta proficiências, valores, quantidades, produções ou outras avaliações exclusivamente mensuráveis; em não sendo assim – e dificilmente é – todo julgamento de licitação de melhor técnica, ou de técnica e preço, implica alguma subjetividade. (RIGOLIN, Ivan Barbosa. Manual Prático das Licitações. 3. Ed. São Paulo: Saraiva. 1999. p. 387).

As peculiaridades de uma licitação de melhor técnica ou de técnica e preço se refletem no ato convocatório. A investigação acerca da melhor proposta pode envolver exigências pouco usuais ou inusitadas. Isso não constituirá, por si só, causa de invalidade da licitação. Como reiteradamente observado, as exigências deverão ser adequadas e necessárias à seleção da melhor proposta. Esses tipos de licitação podem comportar intrincadas questões técnicas, não apenas na fase de habilitação como na de julgamento das propostas.” (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 10. ed. São Paulo: Dialética, p. 436).

Julgamento objetivo: julgamento objetivo é o que se baseia no critério indicado no edital e nos termos específicos das propostas. É princípio de toda licitação que seu julgamento se apoie em fatores concretos pedidos pela Administração, em confronto com o ofertado pelos proponentes dentro do permitido no edital ou convite. Visa a afastar o discricionarismo na escolha das propostas, obrigando os julgadores a aterem-se ao critério prefixado pela Administração, com o quê se reduz e se delimita a margem



de valoração subjetiva, sempre presente em qualquer julgamento (Grifo não constante do original. MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Ed. Malheiros, 24 ed., p. 249).

Mas o que é critério objetivo? Critério objetivo é aquele que por si só define uma situação. É aquele que independe de qualquer argumento para confirmá-lo. Basta o confronto das várias propostas para selecionarmos a vencedora, sem precisar justificar absolutamente nada. O menor preço, por exemplo, é critério objetivo. Quando estabelecemos no edital, que a licitação será julgada pelo critério do menor preço, temos aí estabelecido qual é o critério de julgamento e que esse critério é objetivo. Se temos uma proposta de sete, uma de sete e meio e outra de oito, sendo o critério de julgamento o de menor preço, não temos dúvida nenhuma para dizer que aquela proposta de sete é a vencedora. Não precisamos dizer para ninguém que nossa grande experiência como Presidente de Comissão de Licitação indica que sete é a melhor proposta, ou que somos professor de matemática, que somos isso ou aquilo para justificar essa escolha. Não temos que justificar nada. O achômetro, desculpem a expressão, não pode estar presente no julgamento, devendo, assim, ser banido do processo licitatório qualquer critério subjetivo. Talvez os Senhores digam, mas e no caso de licitação de melhor técnica ou de técnica e preço, que são critérios adotados para o julgamento de certas licitações, não há aí o subjetivismo quando os membros da Comissão de Licitação devem atribuir notas há certos fatores como qualidade, quantidade, produtividade e metodologia, por exemplo. Isso é uma realidade, mas a lei diz que técnica e preço e melhor técnica são critérios de julgamento de licitações cujos objetos envolvem importantes trabalhos intelectuais. (Grifo não constante do original. GASPARINI, Diógenes. Princípios e Normas Gerais. I Seminário de Direito Administrativo - TCMSP, "Licitação e Contrato - Direito Aplicado", 14 de junho de 2004. Disponível em: http://www.tcm.ssp.gov.br/legislacao/doutrina/14a18_06_04/diogenes_gasparini1.htm).

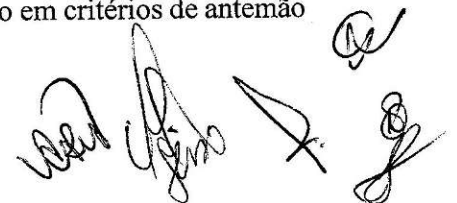
Ainda na jurisprudência, destacam-se os seguintes entendimentos:

ADMINISTRATIVO - LICITAÇÃO - MELHOR TÉCNICA -
CRITÉRIOS SUBJETIVOS DE JULGAMENTO DAS PROPOSTAS -
AUSÊNCIA DE ORÇAMENTO DETALHADO - CONTRADIÇÃO NO
EDITAL - AUSÊNCIA DE OFENSA À LEI N. 8.666/93 -
IRREGULARIDADE DE MENOR VULTO SANADA

[...]

Acerca da objetividade no julgamento das propostas, J. Cretella Júnior argumenta:

Objetivo deverá ser o comportamento da Comissão, no julgamento das propostas apresentadas pelos licitantes. Para tanto a Comissão de licitação ou a autoridade responsável pelo convite deverá, a propósito, analisar a modalidade de licitação a ser julgada, pois a peculiaridade de cada objeto impõe modo especial para sua apreciação apoiado em critérios de antemão



estabelecidos, no edital, e em fatores também referidos, exclusivamente, no ato convocatório, de tal modo que não só os órgãos de controle, como também os licitantes possam aferir a justiça e a objetividade de juízo expendido pela Comissão de Licitação." (grifamos) (Das Licitações Públicas, 6ª edição, editora Forense, pág. 240).

No mesmo sentido, assevera Marçal Justen Filho:

O edital deverá indicar os critérios que nortearão o julgamento, possibilitando a elaboração das propostas pelos licitantes e dando previsibilidade ao julgamento. A Administração, ao elaborar o edital, poderá discricionariamente eleger um, alguns ou diversos critérios para julgamento. Essa seleção refletirá o tipo de licitação adotado (art. 45). A adoção de diversos critérios torna-os todos relevantes. A vantajosidade das propostas será avaliada pela conjugação de diversos aspectos, desde que previstos no instrumento convocatório. (...) Quando existir pluralidade de fatores de julgamento, o edital deverá descrever, de modo preciso, como será avaliado cada fator. Definirá em que consistirá a vantajosidade que será avaliada nas propostas.

(...)

os critérios norteadores da atividade decisória devem estar previamente indicados no ato convocatório, assujeitados a controle e fiscalização."(destacamos) (ob. Cit. Pág. 448).

A propósito, também sobre o assunto, Tupinambá Miguel Castro do Nascimento, em artigo publicado na RJ nº 209, março 1995, pág. 136, abordando o julgamento das propostas de melhor técnica, arremata:

“(...) A técnica será avaliada da mesma forma utilizada para o tipo de técnica, abrindo-se os envelopes contendo as propostas técnicas. Após se avaliam e valorizam as propostas de preços, usando-se dos critérios objetivos constantes do instrumento convocatório. Por fim a classificação dos proponentes far-se-á de acordo com a média ponderada das valorizações das propostas técnicas e de preço, de acordo com os pesos preestabelecidos no instrumento convocatório”(art. 46, § 2º, II, da Lei). In casu, salvo melhor juízo, entendemos que todos os critérios necessários a um julgamento imparcial e claro das propostas apresentadas, estão taxativamente elencados no Edital fustigado, razão pela qual, afastamos a alegação de ilegalidade. (TJSC, 148175 SC 2003.014817-5, Relator: Luiz César Medeiros, Data de Julgamento: 06/04/2004, Segunda Câmara de Direito Público)

Quanto à aplicação do Princípio do Julgamento Objetivo, e para melhor esclarecimento, há que se observar que o critério de julgamento da licitação foi o tipo menor preço, sob o regime de execução indireta - empreitada por preço global. Nesse critério, não há subjetividade nenhuma na apuração da melhor proposta, pois se assim o fosse, deveria ter sido adotado o critério de técnica e preço ou somente técnica, onde tais qualificações ou títulos irão contribuir na pontuação da licitante, sendo decisivos na determinação da proposta vencedora. (TRF4, 29017 PR 2005.70.00.029017-8, Relator: CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ, Data de Julgamento: 24/10/2006, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: D.E. 06/12/2006)



O JULGAMENTO OBJETIVO, PRINCIPIO INAFASTÁVEL DE TODO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO, NÃO ESPANCA POR COMPLETO O SUBJETIVISMO NO JULGAMENTO DAS PROPOSTAS, RESTANDO A COMISSÃO DE LICITAÇÃO ESTREITA FAIXA DE DISCRICIONARIEDADE, DENTRO DOS LIMITES INDICADOS NO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. - INEXISTÊNCIA DE QUALQUER ILEGALIDADE NO EDITAL DO CERTAME. INCABÍVEL A ANULAÇÃO DE TODO O PROCEDIMENTO. - SEGURANÇA DENEGADA. (TRF5, 7139 PB 92.05.04517-9, Relator: Desembargador Federal Ridalvo Costa, Data de Julgamento: 09/09/1992, Pleno, Data de Publicação: DJ DATA-23/10/1992 PÁGINA-34124).

Se quanto à regra geral, têm os doutrinadores como excepcional a opção pelo critério de melhor técnica e preço, no que tange às concessões de serviço público, tal critério é expressamente previsto em lei, ficando ao alvedrio da Administração a escolha deste ou de qualquer um dos critérios arrolados na lei de regência.

Na verdade, a resistência ao critério de melhor técnica e preço deve-se à subjetividade que, em muitas hipóteses, pode se fazer presente, ao passo que melhor atende aos princípios que orientam as licitações a escolha por critérios dotados de maior objetividade, tal como o de melhor preço, tão simplesmente.

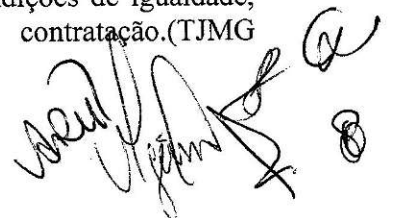
Creio que no caso de concessão de serviços de transporte coletivo urbano, é bem razoável que não se considere apenas a maior oferta pela outorga da concessão, mas, também a melhor técnica, a menor idade da frota, o treinamento dos empregados para que prestem o serviço com qualidade e segurança para o usuário.

Do número de passageiros, do valor da tarifa e das exigências quanto à qualidade da frota de veículos utilizados na prestação do serviço: equivocou-se a apelante quando insiste na possibilidade de o Judiciário interferir nos critérios estabelecidos pelo Município no processo de escolha do concessionário do serviço.

Ora, se são irreais os números e valores estipulados nas normas editalícias, se estas satisfazem ou não a equação econômico-financeira do contrato a ser firmado, trata-se de matéria que, como bem concluiu o magistrado de Primeiro Grau de Jurisdição, escapa ao controle de legalidade exercido pelo Poder Judiciário, haja vista a discricionariedade quanto ao objeto da licitação.

Frise-se, pois, que se não evidenciado qualquer desvio de finalidade, atendidos plenamente os requisitos de validade do ato, não há como invalidá-lo apenas porque os números que embasaram os termos editalícios, supostamente, não correspondem à realidade, tornando, assim, desinteressante economicamente a prestação do serviço.

Decerto que a consequência natural da inviabilidade econômica será a não apresentação de interessados, o que fará com que a Administração reveja os critérios estabelecidos. O que deve ficar claro é que, se os parâmetros contidos no edital não violam os princípios e regras que orientam a licitação, não há como o Judiciário aquilatar sobre a conveniência e oportunidade quanto às proposições a que, em condições de igualdade, estarão sujeitos todos os interessados na contratação. (TJMG



104700301094460011 MG 1.0470.03.010944-6/001(1), Relator:
FRANCISCO FIGUEIREDO, Data de Julgamento: 25/05/2004, Data de
Publicação: 04/06/2004).

De toda forma, quando necessário, a Administração deve sempre buscar minimizar a subjetividade do julgamento, uma vez que eliminá-la é impossível. No Edital regente do certame, por mais que se observem expressões de cunho indeterminado, deve-se notar que há sempre um critério palpável para determinação da pontuação.

Acreditamos que os critérios postos no Edital dão a necessária concretude à avaliação das propostas técnicas, sustentando-se o pleno respeito aos Princípios do Julgamento Objetivo e da Impessoalidade. Os critérios são do conhecimento de todos os concorrentes e estão objetivados, não havendo critério que possa elidir a igualdade entre os mesmos, conforme dispõe o § 1º do artigo 44 da Lei nº 8.666/93.

Melhor sorte também não encontra a representante quando afirma que a estipulação de pontuação mínima traria restrição a competitividade, ao passo em que, zelando pelo princípio da eficiência na Administração Pública, não se revela plausível aceitar projeto que sequer tenha atingido uma pontuação mínima estipulada.

Em meados de 2017, em julgado a seguir citado do Egrégio Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (publicado no DOESP de 23/6/17), de relatoria do Substituto de Conselheiro Alexandre Manir Figueiredo Sarqui, se percebe claramente a prevalência deste posicionamento:

“Com efeito, a prevalecer posição contrária, isto é, que recusasse à Administração o afastamento de propostas tecnicamente fracas, estaria o Tribunal a estimular competição predatória que, de modo algum, atenderia princípios de razoabilidade, moralidade e eficiência administrativas, ao admitir como potencial vencedor da disputa licitante que, de um lado, apresentasse preço francamente inferior - merecedor de nota máxima - e que, de outro, entregasse projeto técnico sofrível, obviamente proporcional ao valor oferecido. Licitações do tipo técnica e preço possuem como **premissas fundamentais a predominância do aspecto intelectual e da engenhosidade dos profissionais envolvidos. Contraditório, sob tal cenário, impor ao Poder Público a classificação de projetos medíocres.** (...) De rigor, portanto, permitir à municipalidade a fixação de pontuação mínima que garanta à futura execução dos serviços, padrão satisfatório de qualidade.” (TC 18283/989/16 e TC 18360/989/16)

Aliás, também no sentido permissivo tem sido a majoritária posição do Tribunal de Contas da União:

“O primeiro ponto diz respeito à previsão de desclassificação das propostas que não obtiver o mínimo de 60% do total geral da pontuação técnica para o item cotado (subitem 11.3, fls. 8 do anexo 3). Diferentemente do entendimento da Secretaria de Fiscalização de Tecnologia da Informação - Sefti, entendo que, à luz do inciso IV do § 1º do art. 46 da Lei de Licitações, pode-se fixar exigências mínimas de caráter técnico, que devem ser cumpridas pelo licitante sob pena de ver a respectiva proposta de preço descartada pela comissão julgadora. **Assim, desde que atenda à proporcionalidade e à razoabilidade, os critérios de julgamento da proposta técnica podem e devem ter natureza eliminatória e classificatória, consoante a doutrina citada pela Caixa Econômica Federal - Caixa.** Defendo que o estabelecimento de um quantum mínimo de pontuação técnica para a classificação é da própria natureza das licitações do tipo técnica e preço. **Quanto maior o nível de complexidade técnica do objeto licitado, maior o peso a ser dado à pontuação dos quesitos técnicos para fins de julgamento. Caso a licitante não atinja um mínimo de pontos, ela naturalmente deve ser considerada inapta para prestar o serviço licitado. Assim, não vislumbro falhas nos procedimentos da Caixa no que tange a esse ponto especificamente.**” (Acórdão 2658/07 - Plenário, publicado no DOU em 11/12/07 – rel. ministro Raimundo Carreiro).

Por fim, os critérios de pontuação por adequação da proposta ao edital estão devidamente escalonados e são de amplo conhecimento dos interessados, sendo que as notas serão fundamentadas tecnicamente, de modo a deixar transparecer claramente as razões pelas quais determinado conceito lhe foi concedido, respeitado, sempre, suas garantias recursais.

Dessa forma, entendemos que este questionamento deve ser considerado improcedente.

DECISÃO

Diante de todo o exposto, se acolhe parcialmente a impugnação apresentada pela entidade Anaesp – Associação Nacional de Apoio ao Ensino, Saúde e Políticas Públicas de Desenvolvimento, para alterar os 3.1 e 3.2 do Edital do Chamamento Público nº



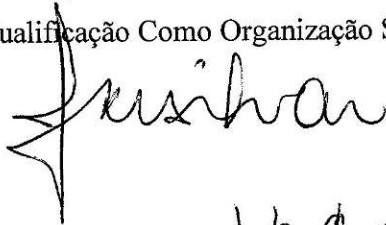
001/2019, reabrindo o prazo inicialmente previsto, bem como seja concedido o prazo de 45 (quarenta e cinco) dias para apresentação das propostas.

No tocante ao pedido de alteração do item 5.1 do Edital de Chamamento Público nº 001/2019, entendemos que a mesma deve ser indeferida conforme fora exposto acima.

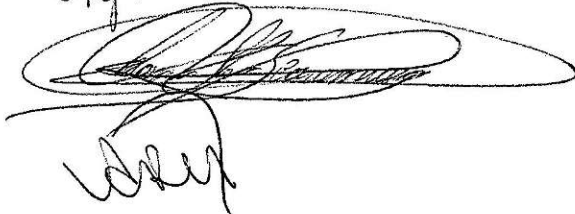
Deste modo, que sejam feitas as alterações pertinentes ao Edital nº 001/2019, seja dada ciência e a devida publicidade ao ato.

Vargem Alta, 23 de agosto de 2019.

Comissão De Acompanhamento Técnico Para Avaliação E Julgamento De Propostas De Transferência Dos Serviços Prestados Pelo Pronto De Atendimento Municipal Para Organização Social Através De Contrato De Gestão E Pedidos De Qualificação Como Organização Social



Richards Richards de Almeida



PROCEDIMENTO: CHAMAMENTO PÚBLICO Nº 001/2019

OBJETO: GESTÃO DO PRONTO ATENDIMENTO MUNICIPAL "OCTACÍLIO GERALDO DO CARMO"

ASSUNTO: IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

IMPUGNANTE: ANAESP – ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE APOIO AO ENSINO, SAÚDE E POLÍTICAS PÚBLICAS DE DESENVOLVIMENTO

DECISÃO

Diante de todo o exposto pela Comissão de Avaliação, RATIFICAMOS a decisão referente impugnação apresentada pela entidade Anaesp – Associação Nacional de Apoio ao Ensino, Saúde e Políticas Públicas de Desenvolvimento, acolhendo-a parcialmente para alterar os 3.1 e 3.2 do Edital do Chamamento Público nº 001/2019, reabrindo o prazo inicialmente previsto, bem como conceder o prazo de 45 (quarenta e cinco) dias para apresentação das propostas.

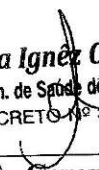
No tocante ao pedido de alteração do item 5.1 do Edital de Chamamento Público nº 001/2019, decide-se pelo seu indeferimento.

Deste modo, que sejam feitas as alterações pertinentes ao Edital nº 001/2019 e dada ciência e a devida publicidade ao ato.

Vargem Alta, 23 de agosto de 2019.



João Chrisostomo Altoé
Prefeito Municipal

Ana Ignêz Cereza
Sec. Mun. de Saúde de Vargem Alta
DECRETO Nº 3784/18


Ana Ignêz Cereza
Secretária Municipal de Saúde