

## RESPOSTA A IMPUGNAÇÃO A EDITAL DE CONTRATAÇÃO PROCESSO DE CONTRATAÇÃO Nº 045/2022

PROCESSO DE CONTRATAÇÃO PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS NA ESPECIALIDADE DE ANESTESIOLOGIA, INCLUINDO DISPONIBILIZAÇÃO DE 01 (UM) PLANTONISTA DE 24 (VINTE E QUATRO) HORAS DIÁRIAS POR SETE DIAS NA SEMANA E 01 (UM) PLANTONISTA DE 12 (DOZE) HORAS DIÁRIAS DIURNAS POR CINCO DIAS NA SEMANA, PARA ATENDER AS DEMANDAS DO HOSPITAL DO CÂNCER DO MARANHÃO DR. TARQUÍNIO LOPES FILHO.

**ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ENTIDADES DE ASSISTÊNCIA SOCIAL – ABEAS**, Organização Social em Saúde, sem fins lucrativos, regulada pelo direito privado, com filial na Rua de São Pantaleão, número 0, Bairro Madre de Deus, São Luís, Maranhão, devidamente inscrita no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica sob o número 04.547.278/0003-04, neste ato representada pelo Diretor Geral do Hospital do Câncer do Maranhão Dr. Tarquínio Lopes Filho, Sr. **SÉRGIO CATARDO**, vem apresentar sua resposta ao pedido de impugnação do Edital de Convocação 045/2022 impetrado por **GESTMEDH – GESTÃO EM SERVIÇOS MÉDICOS-HOSPITALARES EIRELI** no dia 06/05/2022 às 11:59 horas, através do e-mail [selecao@abeashcm.org.br](mailto:selecao@abeashcm.org.br), pelos fatos e fundamentos abaixo expostos:

### DECISÃO

Trata-se de impugnação ao Edital acima mencionado, apresentado através do representante legal da empresa **GESTMEDH – GESTÃO EM SERVIÇOS MÉDICOS-HOSPITALARES EIRELI**, inscrita no CNPJ sob o nº 63.428.957/0001-53, conforme qualificação já devidamente feita na impugnação feita pela empresa.

#### 1. DA ADMISSIBILIDADE DA IMPUGNAÇÃO.

Nos termos do disposto no item 5.1 do edital e no § 2º, do artigo 12, do Regulamento Próprio de Compras e Contratações da ABEAS, o prazo para impugnação de editais será de até 02 (dois) dias úteis anteriores à data da abertura

da sessão pública.

Considerando a data da sessão pública do presente processo e a data do protocolo da impugnação ao edital, verifica-se que a presente solicitação é **TEMPESTIVA**, devendo ser analisado o seu mérito.

## **2. DAS ALEGAÇÕES DA PETICIONANTE**

Em suas razões, é apresentada impugnação a dois pontos do edital, o primeiro trata-se de “do exíguo prazo entre a data da publicação do edital e as datas estipuladas para entrega dos envelopes e sessão de aberturas (impugnação dos itens 2.1 e 2.2).”, considerando que ocorreu a publicação do edital dia 05/05/2022 (quinta-feira) e tinha como data a sessão pública no dia 10/05/2022 (terça-feira).

Nesse sentido, a empresa impugnante requer a revogação do edital, e posterior nova publicação para conceder o prazo mínimo de 07 (sete) dias úteis entre a publicação e as datas para entrega dos envelopes ou a modificação dos itens 2.1 e 2.2, para estabelecimento do prazo mínimo de 07 (sete) dias úteis.

Como segundo ponto, a impugnante alega a “inadequada exigência de comprovação do mínimo de 03 (três) anos de execução de serviços de anestesiologia (impugnação do item 7.2.3.1)”.

Requer ao final a revogação do edital e posterior nova publicação para que deixe de exigir o período mínimo de 03 (três) anos para fins de comprovação por meio de atestados de capacidade técnica ou a modificação do item 7.2.3.1 como o mesmo objetivo, deixando de exigir o período mínimo de 03 (três) anos para fins de comprovação de capacidade técnica.

Era o que cabia relatar, passo agora a análise do mérito.

## **3. DA ANÁLISE DO PEDIDO.**

### **3.1 DO TEMPO EXÍGUO PARA ENTREGA DOS ENVELOPES.**

Como primeira argumentação, a empresa impugnante alega tempo exíguo entre a data da publicação do edital e a data para a realização da sessão pública.

Em resumo, o edital foi publicado no dia 05/05/2022 (quinta-feira), prevendo, conforme o item 2.2, como prazo para entrega dos envelopes de

habilitação e proposta o dia 09/05/2022 (segunda-feira) e como data para a sessão pública o dia 10/05/2022 (terça-feira).

É importante chamarmos atenção ao que determina o Art. 12, § 1º, do Regulamento Próprio de Contratações da ABEAS, determinando que:

### **Título III – Do procedimento**

**Art. 12** - Os procedimentos de compras e contratações, com exceção dos procedimentos específicos, de acordo com o parágrafo segundo do artigo 1º deste regulamento, serão divulgados através de sitio institucional da **Organização Social** na internet, aberto e acessível a público, para ampla divulgação e participação dos fornecedores interessados.

**Parágrafo Primeiro** - A convocação do procedimento de compras e contratações será divulgada previamente no sítio eletrônico da **ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ENTIDADES DE ASSISTÊNCIA SOCIAL - ABEAS**, devendo ser respeitados os seguintes prazos mínimos para apresentação de propostas ou lances, contados a partir da divulgação do instrumento convocatório:

I - mínimo de 03 (três) dias úteis para compras e aquisição de bens;

**II- mínimo de 05 (cinco) dias úteis para processo de contratação que adote como critério de julgamento a melhor combinação de técnica e preço, melhor técnica e menor preço.**

Em observância as datas expostas e em atenção ao que é determinado no regulamento de contratação da ABEAS, de fato existe razão a empresa impugnante nesse ponto, uma vez que o prazo estabelecido não observa o lastro de tempo mínimo da legislação aplicável, devendo ocorrer a republicação do edital para garantir os prazos mínimos previstos.

### **3.2 DA EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO MÍNIMA DA EXECUÇÃO DOS SERVIÇOS.**

Quanto a esse ponto, a empresa impugna o item 7.2.3.1 do edital, que trata da atuação mínima em atestados de capacidade técnica, dispondo da seguinte maneira:

7.2.3.1 Atestado(s) de Capacidade Técnica que comprove que a proponente executa ou executou os serviços com o mesmo grau de complexidade da Unidade Hospitalar em que pretende concorrer (ANESTESIOLOGIA), por no mínimo 03 (três) anos, expedido em papel timbrado, por pessoa jurídica de direito público ou direito privado, legalmente constituída, datada e assinada pelo representante responsável.

Segundo a empresa impugnante é ilegal tal disposição, uma vez que, segundo a disposição contido no Art. 30, § 1º, inc. I, da Lei nº 8.666/1993, é vedado as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos, além de citar como exemplo outros editais de processo de contratação que não fizeram tal exigência.

Quanto a esse ponto, não assiste razão a empresa impugnante, explica-se.

Conforme a sistemática adotada pelas contratações para serviços públicos em geral, na etapa de habilitação, entre outros aspectos, a Administração deverá analisar a qualificação técnica dos futuros contratados, com o objetivo de aferir se dispõem de conhecimento, experiência e aparelhamentos técnico e humano suficientes para satisfazer o contrato a ser celebrado.

Para isso, como regra, a administração pública exige a comprovação da capacidade técnico-operacional ou técnico-profissional, para fins de comprovação da capacidade da empresa para desempenhar o objeto que se deseja contratar.

No primeiro caso (capacitação técnico-operacional), a experiência a ser verificada é a da pessoa jurídica, devendo comprovar, enquanto organização empresarial, sua aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto do processo de contratação.

Quanto à capacitação técnico-profissional, o foco da exigência é a demonstração da experiência do profissional indicado pela empresa concorrente para atuar como seu responsável técnico.

Nesse sentido, é imperioso observar que o atestado de capacidade técnica referido no item 7.2.3.1 **trata-se de comprovação de capacidade técnico-operacional da empresa**, e não capacidade técnica-profissional, uma vez que a exigência é quanto a prestação de serviços da empresa em objeto similar ao do presente processo de contratação.

Adentrando ao mérito, não obstante o silêncio legal, e em alusão ao entendimento do TCU, por meio da publicação da Súmula nº 263, que:

“para a comprovação da capacidade técnico-operacional das licitantes, e desde que limitada, simultaneamente, às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado, é legal a exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes, devendo essa exigência guardar proporção com a dimensão e a complexidade do objeto a ser executado.”

Nesse primeiro ponto, observa-se que cai por terra a impugnação da empresa chamando atenção ao Art. 30, § 1º, inc. I, da Lei nº 8.666/1993, que prevê a vedação de exigência de quantidades mínimas ou prazos máximos, uma vez que é previsto para a qualificação técnica-profissional.

Por amor ao debate, mesmo que venhamos a considerar o presente caso como qualificação técnica-profissional, o Tribunal de Contas da União vem relativizando a literalidade do Art. 30, § 1º, inc. I, da Lei nº 8.666/1993.

Chamamos como exemplo o Acórdão nº 3.070/2013 – Plenário, que, segundo essa linha de interpretação, a vedação não alcança a fixação de quantitativos relativos à experiência progressiva a ser avaliada para fins de aferição de sua qualificação técnica-profissional, mas impediria o estabelecimento de um número mínimo de atestados para gerar essa comprovação.

Naquela mesma oportunidade, o Min. Relator destacou que, em outras oportunidades, a jurisprudência da Corte de Contas havia se limitado a adotar a interpretação literal do dispositivo. Contudo, lembrou que, no âmbito do TC 019.452/2005-4, a questão foi debatida com maior profundidade, destacando a seguinte passagem daquele julgado:

6. A respeito da exigência de quantitativo mínimo em relação à referida capacitação técnico-profissional, observo que uma interpretação literal do art. 30, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993 leva à conclusão de ser vedada tal prática. Entretanto, é necessário aprofundar-se na exegese do referido dispositivo, extraindo-lhe sua verdadeira mens legis e confrontando-a com a exigência estabelecida em cada caso concreto, conforme o fez a Unidade Técnica, às fls. 54/55 do v.p.

7. Para valer-se do mencionado dispositivo legal, e exigir que as licitantes comprovem ter seu corpo técnico executado obra ou serviço de características semelhantes a que será contratada, as comissões de licitação, eventualmente, não disporão de outro meio tão eficiente e objetivo quanto a análise quantitativa de obras ou serviços outrora executados por esses profissionais, quanto mais no Certame em foco, cujo objeto – prestação de serviços de consultoria e apoio à Eletronorte, visando à atualização do processo de planejamento estratégico para o ciclo 2006/2010 – é de natureza predominantemente intelectual.

Nesse mesmo alinhamento, o Tribunal de Contas da União proferiu acórdão com o seguinte entendimento, conforme julgado alhures mencionado:

2. Não afronta o art. 30, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993 a exigência de atestados com quantitativo mínimo, para fins de comprovação de capacitação técnico-profissional, quando este quantitativo reflita características intrínsecas a cada contrato mencionado nos atestados e quando o objeto licitado for de

natureza predominantemente intelectual, dificultando, por conseguinte, a aferição dessa capacitação.

Nesse sentido, devido à complexidade dos pacientes oncológicos, do porte cirúrgico dos procedimentos realizados no hospital, a ABEAS pensando em todo o processo perioperatório entende que a experiência da empresa é algo inquestionável para um desfecho favorável, bem como atingir as metas necessárias, o que inclui aumento do número de procedimentos cirúrgicos, redução do número de suspensões de cirurgia, entre outros.

Anestesistas experientes e capacitados influenciam diretamente nos resultados clínicos e nos custos de procedimentos, principalmente os mais complexos.

A exigência de capacidade técnica-operacional da empresa, em no mínimo 03 (três) anos, é para diminuir para a menor margem de dúvida possível sobre a contratação da empresa que prestará o serviço tão delicado como o de anestesiologia.

Além disso, cabe chamar atenção a edição da Instrução Normativa nº 2, de 30 de abril de 2008 alterada a IN nº 06 de 2.013, que dispõe sobre regras e diretrizes para a contratação de serviços continuados ou não.

A normativa em comento apesar de ter observância obrigatória somente para esfera federal, ou quando se tratar de recursos repassados voluntariamente pela União, tem relevância considerável e deve servir como referência para todas as esferas federativas, vez que, reflete as melhores práticas nas contratações públicas.

A “IN 02” construída por princípios constitucionais e vasto arcabouço jurisprudencial da Egrégia Corte de Contas foi idealizada pelo grupo de estudos composto por servidores do Ministério Público, da Advocacia Geral da União, do Tribunal de Contas da União, do Ministério da Previdência Social, da Fazenda, do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo e do Ministério Público Federal, que discutiram aspectos sobre procedimentos licitatórios e de contratação, gestão e encerramento dos contratos administrativos.

Vejamos a redação dada na IN nº 2/2008, que foi revogada e substituída

pela IN nº 5/2017<sup>1</sup>, em seu item 10.6, alínea “a”:

10.6. Na contratação de serviço continuado, para efeito de qualificação técnico-operacional, a Administração poderá exigir do licitante:

(...)

b) comprovação que já executou objeto compatível, em prazo, com o que está sendo licitado, **mediante a comprovação de experiência mínima de três anos na execução de objeto semelhante ao da contratação, podendo ser aceito o somatório de atestados;**

A determinação exposta acima foi incluída em cumprimento ao Acórdão 1.214/2013-Plenário/TCU, que teve por origem trabalho realizado por grupo de estudos formado para apresentar propostas para minimizar os problemas enfrentados pela Administração na contratação da prestação de serviços de natureza contínua.

A recomendação baseou-se no entendimento de que a exigência de comprovação de experiência mínima pelo prazo de 3 (três) anos, na área dos serviços a serem contratados, como critério de qualificação técnico-operacional, justifica-se por assegurar a solidez do futuro contratado e, com isso, a boa execução do objeto. Nesse sentido, os Acórdãos 2.939/2010-Plenário/TCU, 8.364/2012-2ª Câmara/TCU, 1.340/2013-Plenário/TCU, 2.434/2013-Plenário/TCU e 2.167/2014-Plenário/TCU.

Para evidenciar o entendimento que deu origem à recomendação, transcrevo o excerto a seguir, extraído do voto condutor do Acórdão 2.939/2010-Plenário:

“7. Em segundo lugar, por se tratar de serviço de natureza contínua, que podem se estender por longo período, a exigência temporal de experiência mínima no mercado do objeto também é, em princípio, compatível com o dispositivo legal há pouco mencionado, já que o tempo de atuação é

<sup>1</sup> Disponível em: [https://www.in.gov.br/materia/-/asset\\_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/20239255/do1-2017-05-26-instrucao-normativa-n-5-de-26-de-maio-de-2017-20237783](https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/20239255/do1-2017-05-26-instrucao-normativa-n-5-de-26-de-maio-de-2017-20237783)



critério relevante para avaliar a solidez do futuro fornecedor e, com isso, assegurar boa execução do objeto.

8. Acrescente-se que, na situação em foco, o estipulado prazo de três anos de atuação no mercado, conforme reconheceu a Secex/3, é compatível, dada a natureza contínua dos serviços em questão, com o prazo máximo de 60 meses autorizado pelo inciso II do art. 57 da Lei 8.666/1993.” (grifo meu)

Cabe observar que, serviços continuados são serviços cuja interrupção possa comprometer a continuidade das atividades da Administração e cuja necessidade de contratação deva estender-se por mais de um exercício financeiro e continuamente, como obviamente trata-se dos serviços de anestesiologia, tratando-se de serviço essencial na área da saúde.

Dentre as dificuldades de contratação em contratos desta natureza não raramente nos deparamos com a contratação de empresas inexperientes, resultante da fragilidade nos critérios adotados nos editais, os quais não se demonstram adequados aos serviços contínuos.

Nesse sentido, observa-se que mesmo que a Instrução Normativa acima seja aplicada em nível federal, nada impede sua aplicabilidade às demais esferas. E ainda devemos considerar que a nível federal, tal exigência já é feita de forma obrigatória, com fim de proteger a atuação do serviço público.

Fato é, que hoje, doutrina e jurisprudência admitem a exigência, se evidenciada a necessidade e compatibilidade ao princípio da competitividade. A saber:

12. A conclusão, portanto, é que podem ser estabelecidos quantitativos mínimos nos atestados de capacidade técnico-operacional, entretanto, em cada caso concreto, deverá ser verificado se as exigências estabelecidas são pertinentes e necessárias para que a administração tenha as garantias necessárias que aquela empresa possui as condições técnicas para a boa execução dos serviços. Não posso concordar, portanto, com a determinação proposta pela Secex/BA, no item II-a (fls. 294/295), uma vez que a restrição para a exigência de

quantidades mínimas somente diz respeito aos atestados de capacidade técnico-profissional.” (Acórdão 2304/2009 – Plenário/TCU).

Ao cabo, pesquisa realizada pelo SEBRAE-SP constatou que 58% das empresas de pequeno porte abertas em São Paulo não passam do terceiro ano de existência. Esse dado coincide com a constatação da Administração Pública de que as empresas estão rescindindo, ou abandonando, os contratos antes de completados os sessenta meses admitidos por lei.

Desta sorte nos parece prudente e consentâneo ao Interesse Público que tal exigência seja estabelecida de maneira comedida, condizente às necessidades concretas. Assim, justifica-se a exigência em xeque quando estabelecidas em editais que visam contratação de serviços continuados e não em todo e qualquer instrumento convocatório que verse sobre contratação de prestação de serviços, como constatado na prática.

Por fim, o enredo que originou a exigência de três anos de experiência, em síntese apertada, nasceu da eminente necessidade em contratar empresas experientes nos contratos de prestação de serviços continuados, vez que, poderá haver prejuízo frente às interrupções em contratos desta natureza à atividade administrativa, combinado a responsabilidade subsidiária que lhe acompanha. Assim se exige maior rigor e zelo pela Gestão Pública, justificando a utilização neste tipo de cenário, contudo não gera desiderato indiscriminado para que os agentes públicos utilizem este critério em contratos que não necessitem deste rigor.

O uso excedente e desproporcional prejudica a competitividade, fere de morte os preceitos principiológicos e normativos inerentes às Contratações Públicas, o que não se trata do caso em questão.

#### 4. DA DECISÃO

Em homenagem à importância das questões suscitadas, a supremacia do Interesse Público, bem como dos princípios basilares da Administração Pública que são a legalidade, a moralidade, a igualdade, o tratamento isonômico, e a economicidade, apreciada a presente impugnação, para no mérito, **DAR PARCIAL PROVIMENTO A IMPUGNAÇÃO DO EDITAL**, e determinar que a sessão de

Julgamento das propostas seja adiada para o dia 13 de maio de 2022 às 13:30 horas, sem necessidade de republicação do Edital de Contratação, devendo ser publicada tão somente este *decisum*, com fim de cumprir o que determina o Art. 12, § 1º, inciso II, do Regulamento de Compras da ABEAS, a fim de garantir o prazo mínimo de 05 (cinco) dias úteis entre a publicação do instrumento convocatório e a apreciação das propostas.

São Luís/MA, 09 de maio de 2022.

**SÉRGIO CATARDO**  
Diretor Geral do Hospital do Câncer do Maranhão Dr. Tarquínio Lopes Filho