

ILMO SR. SECRETÁRIO MUNICIPAL DE SAÚDE DE PETRÓPOLIS/RJ

Ref. Pregão Presencial nº 35/2017.

....., vem através de seu representante legal, apresentar **impugnação** ao edital do pregão presencial nº 35/2017, com fundamento no 9º da Lei nº 10.520/02 c/c o art. 41, § 2º da Lei nº 8.666/93 e art. 12 do Decreto Federal nº 3.555/2000 na forma que segue:

Preliminarmente vem aduzir que a presente impugnação, mostra-se tempestiva, tendo em vista que a abertura do certame licitatório está designada para o dia 18/08/2017, estando assim em consonância com o art. 9º da Lei nº 10.520/02 c/c o art. 41, § 2º da Lei nº 8.666/93 e com o art. 12 do Decreto Federal nº 3555/2000, sendo que o impugnante se trata de candidato à presente Licitação, pois tem a qualificação como Organização Social que pode realizar gestão plena em Unidades de Saúde Pública.

Foi publicado o Edital do Pregão Presencial nº 53/2017, tendo como objeto previsto no item 1.1 "a **CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE GESTÃO DAS UNIDADES DE PRONTO ATENDIMENTO - UPAS - PETROPOLIS/RJ**, com o fim de atendimento as necessidades da Secretaria de Saúde do Município de Petrópolis, conforme descrito no Anexo I integrante deste Edital", estando previsto no item 2.1 do ato convocatório referente às condições gerais de participação que "Poderão participar do certame pessoas jurídicas pertencentes ao ramo de atividade compatível com o objeto licitado, inscritas ou não no Cadastro de Fornecedores e Prestadores de Serviço do Município de Petrópolis, sendo necessário que o interessado atenda todas as exigências constantes deste Edital e seus anexos".

Analisando o objeto licitatório, estamos diante de uma grave irregularidade passível de impugnação, pois a gestão de serviços públicos, que seria o caso do referido objeto, por tratar-se de gestão de serviços de saúde pública, somente poderá ser realizada por entidades sem fins lucrativos qualificadas como de utilidade pública para realização de determinados serviços de natureza pública essenciais para a coletividade, que seriam o caso das Organizações Sociais (OSs), e das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs), não podendo ser realizada por pessoas jurídicas com fins lucrativos sem a devida qualificação de utilidade pública concedida pelo poder público Federal, Estadual, ou Municipal, que seria o caso de Empresas, e de Cooperativas, pois de acordo com o art. 5º da Lei Federal nº 9.637/98, o contrato de gestão é "o instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social, com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades relativas às áreas relacionadas no art. 1º, e deste modo somente poderão celebrar este tipo de instrumento com o Poder Público as entidades sem fins lucrativos acima indicadas qualificadas como de utilidade pública para realização de gestão de determinado serviço de natureza pública.

Neste sentido podemos extrair texto do relatório de auditoria do Tribunal de Contas da União AC-352-5/16P, Processo TCU nº 017.783/2014-3 que originou o Acórdão nº 352/2016, tendo como relator o conceituado Ministro Benjamin Zymler que versa que *"O município também celebrou contrato de gestão com o Centro Médico Aracajú Ltda, pessoa jurídica de direito privado, com fins lucrativos, para gestão do Hospital Municipal José Mario dos Santos. Acontece que, tanto a legislação federal quanto a estadual, definem o contrato de gestão com o instrumento passível firmando como pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, que tenha sido qualificada como OS, não sendo possível a contratação de entidades com fins lucrativos para gerenciamento de unidades públicas de saúde.*

O princípio da legalidade na Administração Pública estabelece que os atos governamentais estejam condicionados ao atendimento da lei. Observa-se que o princípio possui diferente conotação na esfera pública e na privada. Nesta, conforme o inciso II do Art. 5º da CF88, "ninguém será obrigado a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". Já ao administrador público só é permitido fazer o que a lei autoriza.

A realização de parcerias do Estado com OSs e Oscips constitui um exemplo da aplicação do princípio da legalidade, pois é necessário que a legislação autorize tais colaborações. Inclusive, a União possui competência privativa para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades (CF88, art. 22, inc. XXVII). Por conseguinte, a celebração de ajustes entre o poder público e entidades privadas deve obedecer aos critérios estabelecidos na legislação federal.

Os instrumentos que a legislação disponibiliza para que o gestor público realize ajustes com agentes privados incluem: contrato administrativo, convênio, contrato de repasse, contrato de gestão, termo de parceria, contrato de concessão de serviço público, contrato de adesão de permissão de serviço público, contrato de parceria público privada. Para a transferência do gerenciamento de um serviço

público, juntamente com a utilização de infraestrutura pública, a legislação federal prevê a celebração de contrato de gestão com entidade sem fins lucrativos qualificada como OS ou a formalização de Parceria Público Privada (PPP)."

Também não seria adequada a modalidade licitatória de pregão visando a contratação de prestação de serviços de gestão de hospitais ou outros serviços públicos, pois esta modalidade abrange a participação de qualquer pessoa jurídica, porém para gestão de serviços públicos somente poderiam participar de um processo seletivo visando esta contratação por força legal entidades sem fins lucrativos qualificadas como Organizações Sociais ou Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, sendo deste modo o procedimento especial de seleção através de um chamamento público para entidades qualificadas como OSs ou OSCIPs o mais adequado para selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública, onde neste procedimento de chamamento poderá estar prevista a apresentação de projetos de trabalho e propostas técnicas contendo todos os parâmetros visando a gestão eficiente do serviço público de gestão, o que não poderia ser exigido em um pregão por conta da natureza desta modalidade que é realizada para a aquisição de bens e serviços comuns, de acordo com o art. 1º, caput da Lei nº 10.520/2002.

Neste sentido o TCU tem o entendimento de que deve ser realizado chamamento público para celebração de contrato de gestão com Organizações Sociais, corroborado através do Acórdão nº 3.239/2013, cujo texto segue abaixo:

"9.8.2.4. a escolha da organização social para celebração de contrato de gestão deve, sempre que possível, ser realizada a partir de chamamento público, devendo constar dos autos do processo administrativo correspondente as razões para sua não realização, se for esse o caso, e os critérios objetivos previamente estabelecidos utilizados na escolha de determinada entidade, a teor do disposto no art. 7º da Lei 9.637/1998 e no art. 3º combinado com o art. 116 da Lei 8.666/1993;"

A Lei nº 8.666/93, que se trata do Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos, prevê que no art. 24, inciso XXIV poderá ser dispensada a licitação "para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão", e observando o dispositivo legal acima citado, corrobora com o entendimento de que os contratos de gestão de serviços de natureza pública devem ser realizados com organizações sociais qualificadas no âmbito das esferas respectivas de governo para determinadas atividades que estejam contempladas na gestão de serviços públicos.

Apesar de ser possível a dispensa de licitação para celebração de contratos de gestão com organizações sociais, o entendimento doutrinário e jurisprudencial é de que seja realizado procedimento seletivo entre estas entidades sem fins lucrativos que tenham a devida qualificação, e em igualdade de condições, e neste sentido segue abaixo entendimento do ilustre Mestre Marçal Justen Filho:

"Todas as organizações sociais têm o direito de ser tratadas igualmente. Não se admitem distinções fundadas em escolhas meramente subjetivas. Isso impede que algumas organizações sociais mereçam tratamento privilegiado, sem que tal seja resultado de diferenças efetivas e compatíveis com os valores constitucionais. Sequer se poderiam estabelecer distinções discricionárias relativamente ao montante de verbas "distribuídas" entre as distintas organizações sociais. Seria incompatível com o princípio da isonomia escolher determinada organização social e excluir outra(s) para realizar contrato de gestão com objeto específico. Se houver pluralidade de sujeitos em situação de competição pela realização do contrato de gestão, o princípio da isonomia exige a observância de um procedimento seletivo, em que o julgamento deverá fazer-se segundo os princípios constitucionais da objetividade, moralidade e economicidade." (FILHO, Marçal Justen, Comentários à Lei de Licitações e Contratos

Administrativos, 15ª ed., Dialética, São Paulo, 2012, pg. 392).

Ainda sobre os contratos de Gestão citamos trecho do Acórdão nº 421/2004 do TCU que segue abaixo:

"Os requisitos de aplicação do dispositivo (art. 24, inc. XXIV) são, portanto, referentes a dois aspectos, isto é, a pessoa do contratado ('Organizações Sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo') e o objeto da contratação ('prestação de serviços para atividades contempladas no contrato de gestão').

(...)

Com base nas considerações supra, conclui-se que o inciso XXIV do art. 24 da Lei nº 8.666/93 deve ser interpretado restritivamente, significando que, se a lei estabelece como requisito para a contratação que a pessoa jurídica seja Organização Social, o contratado deve atender essa condição de maneira estrita. Resulta que, sob o mencionado fundamento legal, não é admissível a contratação de pessoa jurídica não detentora do título, ainda que seu regime jurídico ou seus objetivos sejam assemelhados aos das Organizações Sociais.

Por conseguinte, o dispositivo somente será aplicado nos casos em que a pessoa jurídica a ser contratada tenha sido qualificada como Organização Social, nos termos da Lei nº 9.637/98, pela esfera de governo contratante, não e admitindo a ulterior subcontratação do objeto em face do caráter personalíssimo da avença." (Acórdão nº 421/2004, Plenário, rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti).

Diante do exposto nesta peça de impugnação vem requerer perante V. senhoria o seguinte:

1 – A alteração do objeto do pregão presencial nº 35/2017 previsto no item 1.1 do ato convocatório, no referente à “Contratação de Empresa especializada para prestação de serviços de Gestão nas Unidades de Pronto Atendimento - UPAS”, bem como da permissão para participação do certame de qualquer pessoa jurídica prevista no item editalício 2.1, por falta de previsão legal para contratação de pessoas jurídicas com fins lucrativos (empresas) para gestão de serviços de natureza pública, devendo ser permitida somente a participação de entidades sem fins lucrativos, qualificadas como Organizações Sociais – OSs, e Organizações da Sociedade Civil de interesse Público – Oscips, na forma da legislação em vigor;

2 – A adequação da modalidade licitatória de pregão para que seja realizado procedimento seletivo na forma de chamamento público com as devidas alterações no processo licitatório, com o cancelamento do edital do pregão presencial nº 35/2017, e elaboração de edital para chamamento público visando Contratação de entidades sem fins lucrativos qualificadas como Organizações Sociais – OSs, e Organizações da Sociedade Civil de interesse Público – Oscips para prestação de serviços de Gestão nas Unidades de Pronto Atendimento – UPAS – PETRÓPOLIS/RJ.

3 – No caso da presente impugnação não ser decidida no prazo de 24 horas antes da abertura do certame, na forma de Lei, requer desde já o adiamento do pregão presencial nº 35/2017, com a suspensão sine die até o devido processamento e julgamento da presente impugnação.

N. TERMOS
P. DEFERIMENTO

Rio de Janeiro, 16 de Agosto de 2017.