

PROCESSO Nº 15.619/2021.

OBJETO: Contratação de empresa especializada em coleta, transporte, tratamento e destinação final dos resíduos infectantes de saúde do Grupo A e E.

MODALIDADE: Concorrência (Menor preço global anual).

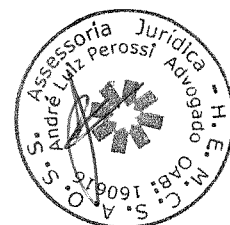
RECORRENTE: STERICYCLE GESTÃO AMBIENTAL LTDA.

RECORRIDOS : BOA HORA SOLUÇÕES AMBIENTAIS E HOSPITAL ESTADUAL MARIO COVAS

### ANÁLISE E JULGAMENTO DE RECURSO

#### I. RELATÓRIO DOS FATOS

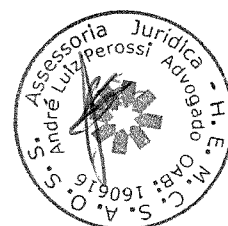
1. Trata-se de Recurso interposto tempestivamente pela empresa **STERICYCLE GESTÃO AMBIENTAL LTDA** , em face da decisão final do certame que desclassificou a Recorrente , e cujo objeto é a Contratação de empresa especializada em coleta, transporte, tratamento e destinação final dos resíduos infectantes de saúde do Grupo A e E,.
2. Em análise documental, a Comissão de Julgamento detectou que a empresa Recorrente não entregou os documentos exigidos no subitem 2.1.5 e seguintes do Memorial Descritivo, sendo eles : Alvará da Prefeitura, Licença de Instalação, Licença de enquadramento Industrial ( Cetesb ), Licença de Autoclave, Licença Incinerador e Plano e Atendimento e Emergência 24 hs, além do que entregou documentos requeridos por diligencias da Comissão de julgamento, que deixavam claro que a empresa pretendia subcontratar.



3. Assim, alegou em suma a empresa Recorrente, que além de ter ofertado o menor preço, também entregou todos os documentos exigidos, que segundo informou encontram se acostados às fls 289/292 (Alvará da Prefeitura), fls 297 a 298 Licença de Instalação, asseverando que no caso apresentou a licença de operação, que é adquirida em momento posterior a licença de instalação, que só pode ser concedida e emitida caso a empresa atenda a todos os pontos da licença de Instalação.
4. Quanto a licença de enquadramento Industrial (Cetesb) , esclarece a empresa que tal licença não se aplica a STERICYCLE, visto que a referida licença somente se aplica para as empresas que atuam no setor industrial, e não se opera quando ramo de atividade é a coleta , transporte, tratamento e destinação final de resíduos.
5. Sobre a Licença de Autoclave e Licença de incinerador , alega a empresa que a documentação foi entregue e consta de fls 297 e 298, de acordo com a (RDC 222/18 ).
6. Insurge - se ainda a empresa Recorrente quanto a alegação da análise da Comissão e Julgamento que indeferiu os documentos apresentados as fls 379/433, ( Plano de Atendimento e Emergência 24 horas), alegando sua ausência.
7. Alega ainda a empresa Recorrente, que a decisão que indeferiu a impugnação apresentada na fase inicial do certame, teria analisado apenas dois dos três temas indicados na impugnação, quais sejam : Ausência de exigência quanto à qualificação técnica das licitantes, no que diz respeito ao Responsável Técnico, e o excesso de exigência de qualificação técnica, no que tange a apresentação de Certidão do Sistema de Esgotamento Sanitário da RMSP ( SABESP ) AVCB – Alvará do Corpo de Bombeiros, deixando de analisar a questão da subcontratação
8. Por fim, que o Ato Convocatório e Memorial Descritivo não trouxe impeditivo a possibilidade da subcontratação em nenhuma das fases do processo para destinação dos resíduos objeto do Contrato, tal qual não previu seu impedimento

9. Que tal previsão vem esculpida nos artigos 72 e 79 , inciso VI, da lei n 8666/93, onde permite se a subcontratação total ou parcial do seu objeto, associação do contrato com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação desde de que previstas no Edital e no contrato ;
10. Que no cenário nacional, são ínfimas as empresas que prestam todas as etapas dos serviços mencionados, surgindo portando a necessidade da subcontratação, como acontece na iniciativa privada;
11. Que a impossibilidade desta previsão em Ato Convocatório, poderá trazer prejuízo a Administração Pública, decorrente do pequeno número de participantes em processos de concorrências, como é o caso do presente processo, que por sua vez, aumentem o preço do serviço de maneira deliberada;
12. Que a subcontratação parcial é importante no presente caso, tendo em vista que são inúmeras as atividades, e que se subcontratadas não interfeririam e não prejudicariam a segurança da contratação, tal como é a solicitação da empresa Impugnante quanto à hipótese de terceirizar o tratamento por incineração e a destinação final, cuja execução não demanda maiores cuidados;
13. Que a permissão para subcontratar parcialmente o objeto licitado, no que tange a destinação final dos resíduos, visa atender o próprio interesse público, na seleção da proposta mais vantajosa;;
14. Que o impeditivo somente vem consubstanciado no subitem 12.1.3, da cláusula decima segundo do Contrato anexo ao Memorial descritivo, como causa de rescisão imediata e que mesmo depende de autorização expressa do Contratante.

II. **PRIMEIRAMENTE – DO REGIME JURIDICO DA FUNDAÇÃO ABC**



15. A Constituição Federal autoriza em seu art. 37, §8º que o Poder Público conceda, através do contrato de gestão, autonomia gerencial, orçamentária e financeira às entidades da administração indireta que prestam serviços de interesse público.
16. Essas entidades voltadas à prestação de serviço de interesse público são regulamentadas pela Lei 9637/98 que as classifica como Organizações Sociais sem fins lucrativos. Nestes casos a Organização Social recebe dotação orçamentária do Estado para a execução de suas atividades.
17. A Fundação do ABC é uma Organização Social de Saúde, regida pelas normas da Lei Complementar 846/98, que presta serviços na área de Saúde Pública.
18. Neste sentido, o Estado de São Paulo formalizou um contrato de gestão com a Fundação do ABC – Organização Social de Saúde para que esta preste em seu nome serviços na área da saúde à população.
19. Na modalidade de contrato de gestão o ente público transfere à Organização Social maior autonomia gerencial, operacional e financeira, e apenas estabelece as metas a serem atingidas. Assim, as Organizações Sociais são submetidas apenas a um controle de resultado.
20. Neste sentido, a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro nos ensina sobre o contrato de gestão:

*“O contrato de gestão tem sido utilizado como forma de ajuste entre, de um lado, a Administração Pública Direta e, de outro, entidades da Administração Indireta ou entidades privadas que atuam paralelamente ao Estado e que poderiam ser enquadradas, por suas características como paraestatais.*

...

*O objetivo do contrato é o de estabelecer determinadas metas a serem alcançadas pela entidade em troca de algum benefício*

*outorgado pelo Poder Público. O contrato é estabelecido por tempo determinado, ficando a entidade sujeita ao controle de resultado para verificação do comprimento das metas estabelecidas.”*

21. Nesta modalidade diferenciada de contrato, o Estado concede autonomia à Organização Social para a execução de suas atividades, sujeitando-a apenas à prestação do resultado anteriormente estabelecido.
22. A autonomia das Organizações Sociais é gerencial, orçamentária e financeira, ou seja, o Estado não participa e dos contratos ou contratações formalizados pela Fundação do ABC – Organização Social de Saúde, a qual passa por auditoria do Tribunal de Contas do estado, Secretaria da Fazenda, entre outros.
23. No contrato de gestão, a Organização Social responde por suas ações e omissões, voluntárias ou em razão de negligência, imprudência ou imperícia, uma vez que possui autonomia concedida pela Constituição Federal.
24. O contrato de gestão firmado entre a Secretaria do Estado de Saúde de São Paulo e a Fundação do ABC – Organização Social de Saúde foi aprovado pela CJ processo nº 001/0500/000.040/2012, e dispõe em sua Cláusula Segunda:

*“Em cumprimento às suas obrigações, cabe à CONTRATADA, além das obrigações constantes das especificações técnicas nos Anexos e daquelas estabelecidas na legislação referente ao SUS, bem como nos diplomas federal e estadual que regem a presente contratação, as seguintes:*

...

9 – Contratar, se necessário, pessoal para a execução das atividades previstas neste Contrato de Gestão, responsabilizando-se pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais, resultantes da execução do objeto desta avença; ”

25. A Fundação do ABC, na qualidade de Organização Social de Saúde é mantenedora de treze hospitais na região, dentre eles o Hospital Estadual Mario Covas. Portanto, a

Fundação do ABC – Organização Social de Saúde – Hospital Estadual Mario Covas é uma Fundação privada, sem fins lucrativos com o título de Organização Social, e presta serviço na área da Saúde Pública com verba 100% SUS.

26. Enquanto organização Social, nos contratos de Gestão firmados com o poder público, será beneficiária de regime jurídico, sendo-lhe concedida maior desenvoltura, agilidade e eficiência na consecução de suas obrigações contratuais, sem prejuízo de sujeição a controle pelo Ministério Público e Tribunal de Contas.
27. As entidades submetidas a regime jurídico híbrido, *sui generis*, alcançadas pela aplicação de normas de Direito Público e de Direito Privado dotadas de personalidade jurídica bifronte, insuscetíveis de serem confortavelmente alocadas neste ou naquele modelo pré-estabelecido, sendo reconhecidas pelo próprio Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI N 3026 DF e N 1923/DF, cujos fundamentos foram recentemente reafirmados por meio da Reclamação n 32.689 – SP.

### III. DA CRIAÇÃO E REGULAMENTAÇÃO DA FUNDAÇÃO ABC

28. Cumpre esclarecer, que a Fundação do ABC -, não está adstrita exclusivamente ao cumprimento da Lei 8666/1993, tendo em vista tratar-se de Organização Social de Saúde certificado pelo governo do Estado de São Paulo, conforme Publicação no Diário Oficial deste Estado, em data de 25 de abril de 2001 e qualificada como OSS pelo Governo do Estado de São Paulo.
29. Por meio da Lei 846/98, criou-se o Contrato de Gestão com as organizações Sociais de Saúde, a qual permite as OSS's, a criação de seus Regulamentos próprios, consoante art. 19 :

A organização social fará publicar na imprensa e no Diário Oficial do Estado, no prazo máximo de 90 (noventa) dias



- c. **Licença de instalação** - - autoriza a instalação do empreendimento
- d. **Licença de Incinerador**- visa a destinação adequada de resíduos sólidos e líquidos( perigosos ou não), mas principalmente a redução significativa do grande volume de sobras resultantes do processo fabril

34. A Recorrente por sua conta própria, substituiu o documento intitulado licença de Autoclave, pela Licença de Operação, sob justificativa de que a mesma é adquirida em momento posterior a licença de instalação.
35. A Recorrente não apresentou a licença de Enquadramento Industrial ( Cetesb ), visto que segundo a empresa não se aplica a STERYCYCLE, pois não atuariam no setor industrial.
36. Quanto a Licença de Autoclave e Incinerador ,a empresa apresentou a Licença referente ao micro ondas, o qual segundo a empresa consegue tratar todos os resíduos.
37. Em que pese as justificativas da empresa quanto aos documentos faltantes e substituídos a seu próprio critério por outros que entendeu correto, as mesmas são intempestivas, visto que não foram impugnadas em momento correto.
38. Veja se que o Memorial Descritivo, em seu item 7.1, prevê a possibilidade de Impugnação, dentro do prazo de 2 dias antes da entrega das propostas.
39. A Recorrente utilizou se do direito , conforme verifica se em seu Recurso de fls 129/142, contudo não impugnou os documentos que ora aduz que entregou.
40. Alegou genericamente na ocasião Excesso de exigência quantos aos documentos solicitados no Memorial Descritivo, exclusão do Alvará de Corpo de Bombeiro e certidão do Sistema de esgotamento sanitário da RMSP ,assim como também suscitou fosse autorizado a Subcontratação.



41. Ao contrário do alegado, todos os questionamentos foram devidamente respondidos, conforme se verifica às fls 145, 163/165 e subcontratação às fls 152/162, devidamente publicados às fls 168 e 170.

## V. DA SUBCONTRATAÇÃO

42. A princípio cabe destacar que qualquer espécie de subcontratação deve vir expressa no Ato convocatório, não a sua vedação.
43. Em nenhum item do Ato Convocatório se ventilou a possibilidade da subcontratação.
44. De acordo com manifestação do TCU, para que haja permissão de subcontratação de parte do objeto, o instrumento convocatório deve trazer regras claras e objetivas, estabelecendo, obrigatoriamente: motivação e presença do interesse público; necessidade de prévia autorização da Administração; especificação das razões do serviço a ser subcontratado e do prazo desejado; especificação do percentual máximo que poderá ser subcontratado, sendo usualmente adotado o limite máximo de até 30% do objeto, o que não é o caso do presente Certame.
45. Ademais, a possibilidade ou não de subcontratação de parte do objeto influi sobremaneira nas propostas, já que as empresas interessadas devem considerar, nas suas planilhas de custos, se a execução da parte do objeto será feita por elas próprias ou se irão subcontratar outra empresa.
46. A vedação e a vontade de não Subcontratar, ao contrário da análise da Recorrente, vem esculpida na Cláusula 12, item 12.1.3 da Minuta do Contrato ( anexo ao Memorial Descritivo ), cuja menção pelo Contratante ali indicado, trata se de mera possibilidade durante a execução do Contrato, e não prévia autorização, tratando se de superveniência de situação excepcional na fase contratual que possa justificar a subcontratação, ainda que não prevista no Ato Convocatório e no Contrato, e ainda assim mediante expressa Autorização.

47. Uma das características dos contratos administrativos é a sua natureza intuitu personae. Em face disso, é que a realização do procedimento de concorrência tem por finalidade, não apenas selecionar a proposta mais vantajosa à Administração Pública, mas também selecionar a pessoa, física ou jurídica, que comprovadamente demonstre reunir uma série de condições jurídicas, técnicas, econômico-financeiras e fiscais necessárias à esmerada execução do objeto.
48. Assim, como regra geral, o contrato administrativo deve ser fielmente executado pelo particular que, durante a fase própria do certame, demonstrou possuir capacidade e idoneidade para bem executar o objeto da contratação.
49. A Recorrente não demonstrou estar habilitada tecnicamente para a fiel execução, visto que desde a fase de apresentação de propostas demonstrou intenção em subcontratar, mesmo ausente expressa autorização sobre assunto, e indeferimento em impugnação.
50. Ainda assim, quando de sua Classificação em razão do menor preço ofertado, em detrimento da exigência documental, entregou documentos estranhos ao Ato convocatório, demonstrando assim desvinculo com o edital.
51. Motta, em seu livro Eficácia nas Licitações e Contratos, observa que "... a transferência da obrigação contratual a terceiro pressupõe sua previsão nos instrumentos que legitimam a contratação (em especial edital e contrato), além da inafastável submissão à prévia e escrita autorização pelo ente contratante.
52. É consonante, na doutrina administrativa, a referência sempre à terceiro, deduzindo com isso que ele não participe do procedimento de concorrência homologado ao licitante vencedor do certame.
53. Ainda se observa o aspecto do Estatuto que rescinde o contrato caso a subcontratação total ou parcial do seu objeto, caso não se encontrarem previstas no edital e no contrato.

