

ILUSTRÍSSIMO PREGOEIRO DA CONCORRÊNCIA Nº 01/2021 DA FUNDAÇÃO DO ABC

Concorrência no. 01/2021

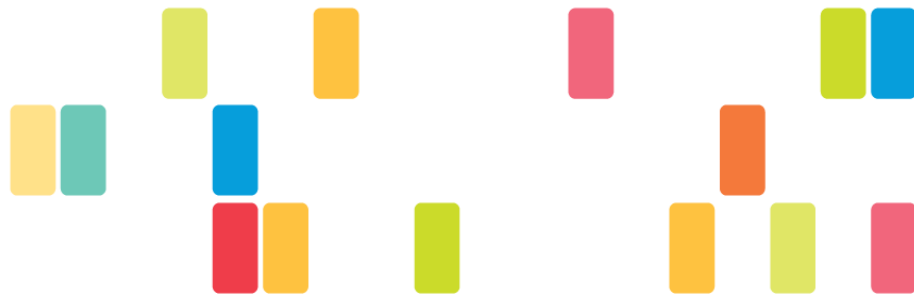
Processo no. 0015/2021

UNIMED SAÚDE E ODONTO S/A, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 10.414.182/0001-09, sediada na Alameda Ministro Rocha Azevedo, nº 346, 4º andar, Cerqueira César, São Paulo/SP, CEP 01410-901, por seu representante legal ao final assinado (**Doc.01**), vem, respeitosamente à presença de Vossa Senhoria, nos termos do art. 41, §1º, da Lei nº 8.666/93 e item 13 do Edital, apresentar **IMPUGNAÇÃO DO ATO CONVOCATÓRIO DA CONCORRÊNCIA**, pelas razões adiante expostas.

I- DAS NORMAS TIDAS COMO VIOLADAS

Trata-se de edital para licitação, que visa a contratação de Operadora de Assistência Odontológica, conforme item 2.1.1 do Edital:

"2.1.1. A presente licitação tem por objeto a contratação de Operadora de Assistência Odontológica, para fornecimento de plano odontológico coletivo empresarial, sem patrocinador, por adesão, para a Fundação do ABC, sua Mantida e unidades gerenciadas, nas características descritas no Anexo I desta Concorrência".



O item 2 – Do Objeto, do Termo de Referência, esclarece que referido plano coletivo empresarial tem por objetivo o atendimento aos Funcionários e Dependentes da Fundação do ABC:

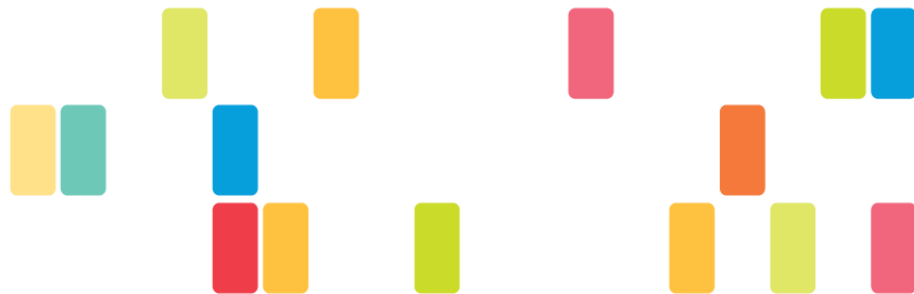
"2. Do objeto

O presente Termo de Referência tem por objeto a contratação de empresa para a operacionalização de plano de assistência odontológica por adesão, instituído em conformidade com a lei 9656 de 03/07/1998 da Agência Nacional de Saúde Suplementar, seus decretos, portarias e instruções normativas, através de rede própria ou credenciada, para atendimento aos funcionários e dependentes da Fundação do ABC, sua mantida e unidades gerenciadas, indicados pela CONTRATANTE, nos termos deste documento."

Integram o referido Edital, os Anexos I a X, sendo este último **ANEXO X** um **"Termo de Responsabilidade pelo Tratamento de Dados Pessoais – Fornecedor"**, que deve seguir não somente a lei de licitação e contratos das licitantes, **mas também toda a legislação vigente que se aplica à prestação de serviço, objeto do Edital, em especial a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) n.º 13.709/2018.**

O preâmbulo do citado Termo de Responsabilidade faz menção de que referido documento integra o Contrato e será aplicável a todos os prestadores de serviços, prevendo de que forma deverão tratar os dados pessoais aos quais tenham acesso em razão do relacionamento com a Fundação do ABC:

"O Presente Termo de Responsabilidade pelo Tratamento de Dados Pessoais - Fornecedores ("Termo") se destina a todos os fornecedores de produtos ou prestadores de serviços, suas subsidiárias e afiliadas ("Fornecedor" ou "Fornecedores"), e objetiva cientificá-los sobre a forma como deverão tratar os dados pessoais aos quais tenham acesso em razão de seu relacionamento com a Fundação do ABC. O presente Termo é parte integrante do instrumento contratual firmado com a instituição."



Ato contínuo, o ANEXO traz as definições previstas na Lei Geral de Proteção de dados nº 13.709/18 e dá a forma de tratamento a ser dada pelos Fornecedores.

E, é com base neste **ANEXO X** e nas regras previstas na **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) n.º 13.709/2018**, que a Impugnante passa a discorrer os motivos pelos quais o instrumento convocatório está eivado de vício de ilegalidade, que deve ser sanado por este Ente Licitante, sob pena de se macular de nulidade todo o certame.

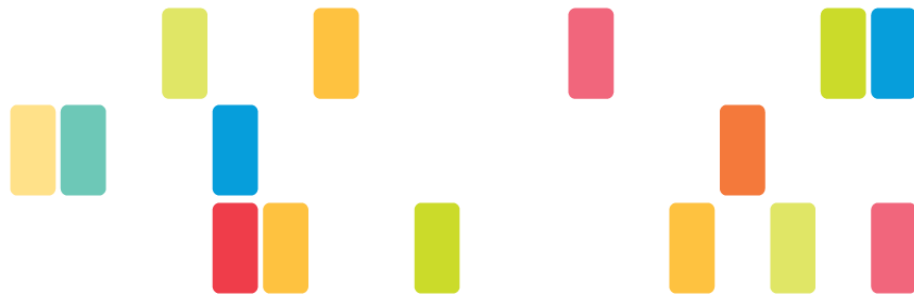
II- DOS AGENTES DE TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS E DA VIOLAÇÃO DA LEI DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Antes de adentrar no ponto específico que apresentada o vício e afronta a legislação em questão, é importante um breve esclarecimentos sobre a atuação dos agentes no tratamento dos dados e suas responsabilidades, o que tornará claro os motivos da presente impugnação.

Conforme exposto, o objeto da licitação é a prestação de serviços odontológicos aos funcionários e dependentes da Fundação do ABC.

Pois bem. Para a execução desta prestação de serviço assistencial haverá, obrigatoriamente, a atuação da empresa que se sagrar vencedora do certame e dos entes licitantes, sendo certo que:

- 1. O licitante mantém relação direta com os Titulares antes mesmo da contratação do produto da vencedora do certame;**
- 2. O licitante compartilhará com a empresa vencedora do certame os dados pessoais dos funcionários e dependentes que farão parte da apólice de seguro saúde;**



3. A empresa vencedora do certame tratará os dados pessoais recebidos do ente licitante, bem como outros dados dos Titulares, inclusive sensíveis, decorrentes da regular prestação dos serviços e dos atendimentos de saúde.

Pelo exposto, temos que a empresa que vencer o certame e o Licitante ocupam a posição de **Controladores Independentes** dos dados pessoais. **Isto ocorre quando ambas tratam a mesma base de dados para finalidades apartadas.**

Portanto, a empresa vencedora do certame terá grande autonomia para tomar decisões sobre o tratamento, além de não atuar de maneira subordinada às instruções ou determinações dos entes licitantes quanto à prestação dos serviços. É importante ressaltar, também, que a empresa (vencedora) desenvolverá uma relação própria com o Titular durante os atendimentos de saúde relacionados ao produto contratado.

Nesse sentido, caberá ao ente licitante legitimar o tratamento que der aos dados pessoais dos empregados e dependentes, inclusive informando sobre o compartilhamento de seus dados cadastrais com a futura vencedora do certame.

Dentro do seu escopo de atuação, a vencedora do certame deverá designar a base legal das atividades por ela conduzidas, atender as solicitações dos Titulares relativas às finalidades por ela determinadas e cumprir com todas as demais obrigações atribuíveis ao Controlador, responsabilizando-se exclusivamente por este tratamento.

Veja o que dispõe o artigo 5º da Lei 13.709/2018, incisos VI e VII:

Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:

VI - controlador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais;

Unimed Saúde e Odonto S/A CNPJ/MF: 10.414.182/0001-09

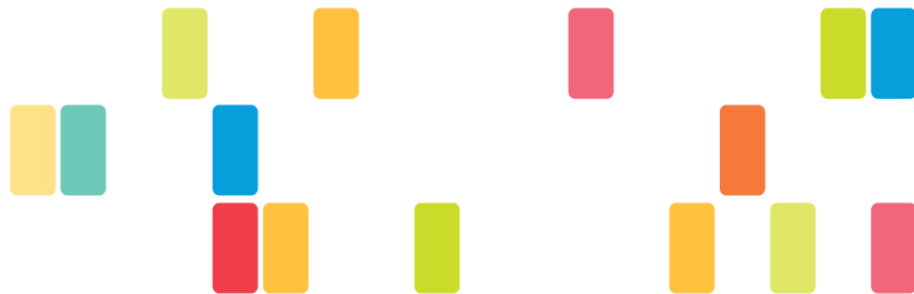
Alameda Ministro Rocha Azevedo, 346 - Cerqueira César - CEP: 01410-901 - São Paulo – SP

Central de Relacionamento: 0800 9 428 428 | Atendimento ao Deficiente Auditivo: 0800 770 3611

Ouvidoria: acesse o site ou ligue 0800 001 2565

www.unimedodonto.com.br

ANS - nº 41.680-1



VII - operador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador;

Nesse enquadramento, a vencedora do certame, na qualidade de CONTROLADORA INDEPENDENTE, tomará todas as decisões referentes ao tratamento de Dados Pessoais.

Os conceitos de CONTROLADOR e OPERADOR trazidos pela Lei igualmente foram transcritos no referido ANEXO X, em seu item 1:

1 DEFINIÇÕES DA LGPD

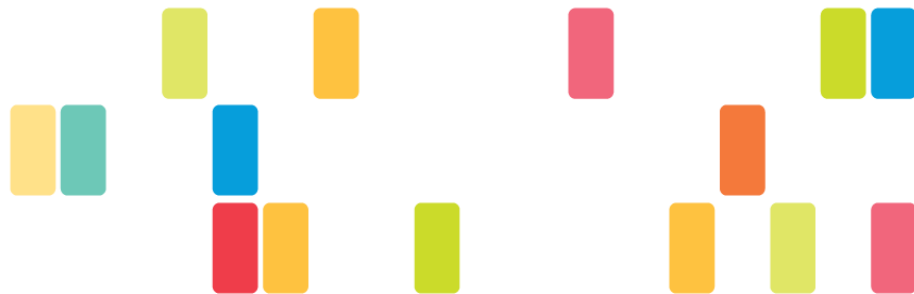
1.1. Antes de mais nada, é importante que você entenda as definições criadas pela Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) n.º 13.709/2018 reproduzidas neste Termo:

Controlador: Pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem compete as decisões referentes ao tratamento de Dados Pessoais;

Operador: Pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de Dados Pessoais em nome do controlador;

Assim, de acordo com as disposições encontradas nos artigos 5º, 6º, 7º, 9º, 14, 18, 37, 41 ao 48 e 52 da LGPD, o CONTROLADOR é a figura que detém maior poder de controle sobre os procedimentos e as finalidades envolvendo o uso dos dados pessoais, imputando a LGPD maior grau de deveres e obrigações. Vejamos as obrigações do CONTROLADOR trazidas dos citados artigos da lei:

- Toma as decisões sobre o tratamento;
- Avalia e atribui a base legal que justifica o tratamento;
- Garante o cumprimento dos direitos dos titulares;
- Mantém registro das atividades de tratamento por ele realizadas;
- Indica o Encarregado
- Demonstra conformidade com a LGPD



- Implementa medidas técnicas e organizacionais para proteger os dados pessoais;
- Pode ser responsabilizado diretamente pelos danos causados.

Esclarecidas as características dos agentes de tratamento e a relação entre as empresas e os Titulares, temos que a Seguros Unimed e a Estipulante ocupam a posição de Controladoras Independentes dos dados pessoais.

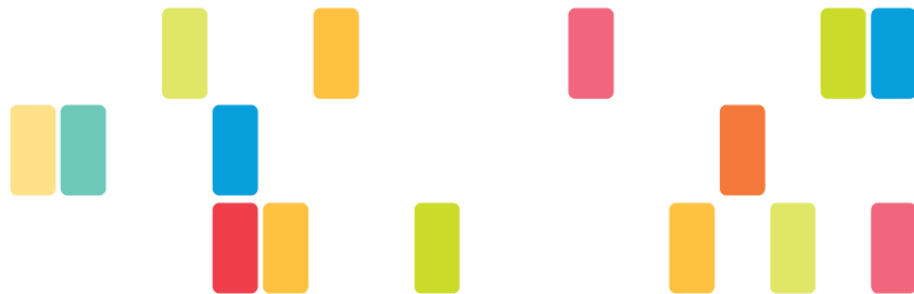
Sendo assim, os termos constantes nas **alíneas "b", "c" e "f" do item 3, do ANEXO X** afrontam o artigo 5º, inciso VI, da Lei n.º 13.709/18.

Confira-se a transcrição das referidas alíneas, do ANEXO X:

3 OBRIGAÇÕES DO FORNECEDOR

3.1. O Fornecedor se obriga a:

- b) Somente Tratar Dados Pessoais mediante instruções documentadas e informar, imediatamente, caso considere que qualquer instrução viola a LGPD ou qualquer lei ou regulamentação aplicável;***
- c) Não reutilizar ou compartilhar Dados Pessoais, exceto se instruído ou autorizado pela Fundação do ABC previamente, ou se exigido pela lei aplicável e, nesse caso, o Fornecedor deverá informar a Fundação do ABC sobre essa exigência legal antes do efetivo tratamento;***
- f) Não subcontratar ou terceirizar o Tratamento dos Dados Pessoais sem autorização prévia e expressa da Fundação do ABC e, ainda assim, sempre mediante contrato escrito, impondo as mesmas obrigações estabelecidas pela Fundação do ABC para seus Fornecedores, incluindo obrigações de segurança e confidencialidade;***



De acordo com o disposto nos itens, o Fornecedor (vencedor do certame) deverá: (i) tratar dados mediante instruções documentadas da Fundação do ABC (alínea "b"); (ii) obter autorização da Fundação do ABC para o compartilhamento dos dados pessoais ou informar a Fundação do ABC sobre a exigência legal desse tratamento (alínea "c"); e (iii) não subcontratar o tratamento dos dados pessoais sem a autorização da Fundação do ABC e, ainda assim, mediante contrato escrito impondo as mesmas obrigações dispostas no referido ANEXO X.

Como dito, a relação ora posta é de que tanto a vencedora do certame, como a Fundação do ABC, na qualidade de controladores independentes, deverão agir nos termos e no rigor da lei, sem que haja interferência de uma parte a outra, no que diz respeito ao tratamento dos dados pessoais. Conclui-se, portanto, que não há embasamento legal ou normativo, para que exigência de autorização da Fundação do ABC, prévia ou posterior, ao tratamento dos dados.

As obrigações descritas no alíneas "b", "c" e "f" do item 3, do ANEXO X são a um OPERADOR, isto é, àquele que deve realizar o tratamento dos dados em nome do CONTROLADOR, o que não é o caso.

Nos termos do artigo 7º, inciso V da LGPD, o tratamento de dados pessoais poderá ser realizado quando necessário para a execução de contrato, não sendo exigível nem mesmo o consentimento do titular:

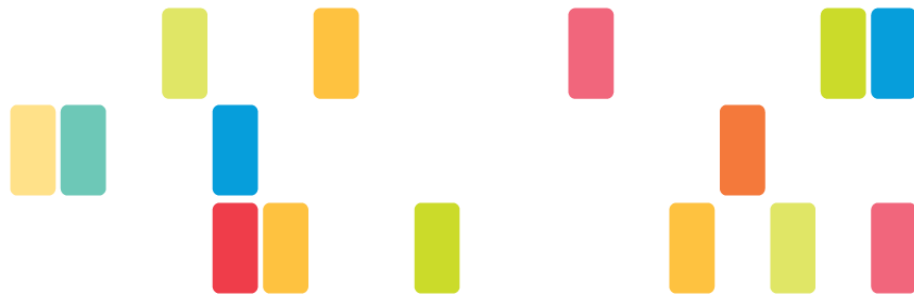
Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses:

(...)

*V - **quando necessário para a execução de contrato** ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular dos dados;*

Também, não há necessidade de consentimento prévio dos titulares no tratamento de dados sensíveis previsto no artigo 11º, II, alíneas "d" da LGPD conforme abaixo:

Art. 11. O tratamento de dados pessoais sensíveis somente poderá ocorrer nas seguintes hipóteses:



I - quando o titular ou seu responsável legal consentir, de forma específica e destacada, para finalidades específicas;

II - sem fornecimento de consentimento do titular, nas hipóteses em que for indispensável para:

a) cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;

b) tratamento compartilhado de dados necessários à execução, pela administração pública, de políticas públicas previstas em leis ou regulamentos;

c) realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais sensíveis;

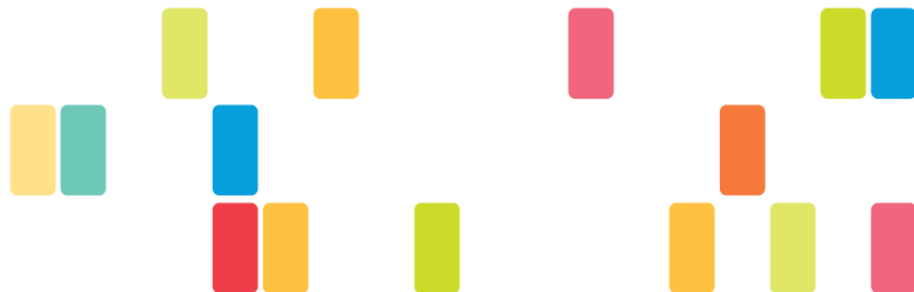
*d) **exercício regular de direitos, inclusive em contrato** e em processo judicial, administrativo e arbitral, este último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem) ;*

Importante destacar que o compartilhamento de dados somente ocorre com a finalidade de execução do contrato e, conforme esclarecido, a empresa vencedora do certame como Controlador Independente dos dados compartilhados é responsável, inclusive, perante terceiros envolvidos na execução e prestação dos serviços contratados, como por exemplo, a rede assistencial oferecida, o que, mais uma vez, não justifica a necessidade de autorização prévia da Fundação do ABC, para a prestação do serviço.

Além da afronta à legislação exposta, condicionar a necessidade de obter as respectivas autorizações deste r. órgão para o tratamento dos dados, ou, ainda, ter que seguir as orientações deste r. órgão para o tratamento dos dados inviabilizará a operação, uma vez que a empresa vencedora do certame (ainda que não seja a Impugnante, o que não se espera) não pode aguardar estes aceites para iniciar a execução do contrato e consequentemente, a prestação dos serviços que foi demandada.

Portanto, o artigo 5º, inciso VI, somados ao artigo 7º, V e 11º, II, "d" da Lei n.º 13.709/18, são claros no sentido de que o FORNECEDOR, que será o vencedor do certame, na qualidade de Controlador Independente, não tem, por previsão legal, como assumir as obrigações previstas nas **alíneas "b", "c" e "f" do item 3, do ANEXO X, devendo ser excluídos do item 3 do ANEXO X.**

III- DOS PEDIDOS



Posto isto, requer seja acolhida integralmente a presente Impugnação, para que sejam realizadas as devidas retificações no edital, republicando-o, conforme fundamentação constante na presente impugnação, possibilitando a participação da Impugnante no processo licitatório.

Termos em que,
Pede deferimento.

São Paulo, 22 de Fevereiro de 2022.

Unimed Saúde e Odonto S/A

CNPJ/MF nº 10.414.182/0001-09

Katia de Bona

Gerente

RG nº 56440093 SSP/SP

CPF nº 892.801.059-49

Unimed Saúde e Odonto S/A

CNPJ/MF nº 10.414182/0001-09

Leticia Dias da Silva

Coordenadora

RG nº 347882432 SSP/SP

CPF nº 359.749.048-42

A

UNIMED SAÚDE E ODONTO S/A

CNPJ nº 10.414.182/0001-09

Ref.: IMPUGNAÇÃO AO EDITAL DE LICITAÇÃO, NA MODALIDADE CONCORRÊNCIA Nº 0001/21, FORMULADO PELA EMPRESA DENTAL UNI – COOPERATIVA ODONTOLÓGICA.

ANEXO X UM “TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS – FORNECEDOR”

Com base na sugestão da área de Compliance a presente Comissão acata os fatos e sugestões ali delineados para corroborar com o prosseguimento do certame com a inclusão do item 3.2 constante do ANEXO X “Termo de Responsabilidade pelo Tratamento de Dados Pessoais – Fornecedor” do Edital Publicado, para que conste da seguinte forma:

3.2 – As alíneas b”, “c” e “f” não são aplicáveis a CONTROLADORES INDEPENDENTES, devendo estes agirem de acordo com as disposições da LGPD e demais regulamentações aplicáveis ao tratamento de dados pessoais.

Diante do exposto, acolhemos a impugnação, julgando procedente o pedido formulado pela impugnante.

Santo André, 25 de fevereiro de 2022.



COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO – CPL/FUABC