

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DA SECRETARIA MUNICIPAL DE GOVERNANÇA E COMPLIANCE DE ARMAÇÃO DOS BÚZIOS - RJ

Pregão Presencial n.º 58/2023

Processo n.º 4303/2023

LOTE 2

FRACTAL GESTÃO EM SAÚDE LTDA vem, nos autos do Processo em referência, relativo ao Pregão Presencial nº 58/2023, apresentar, *ad cautelam*, suas **Razões de Recurso** contra a decisão que declarou no Lote 2, *permissa vênia* e ao que parece, absolutamente de forma ilegal inabilitada a Recorrente FRACTAL e vencedora a empresa **EQUIPE MÉDICA DE SAUDE LTDA ou a empresa GPC SOLUÇÃO EM SAUDE LTDA** (há diversas divergências nas atas e documentos produzidos pela Administração), pelas robustas e irrefutáveis razões que seguem.

PRELIMINARMENTE

DIVERGENCIA NAS INFORMAÇÕES NAS ATAS E DOS DOCUMENTOS

- 1-. Já de início, para que não cause dúvidas, impõe-se ao Pregoeiro sanear o processo, retificar e confirmar as informações constantes nas atas e demais documentos.

- 2-. Como se vê na Ata n.º 06, da sessão de 28 de março de 2024, conquanto declare num parágrafo que a Recorrente FRACTAL está inabilitada e foi vencedora a empresa GPC SOLUÇÕES, no parágrafo imediatamente seguinte declara o oposto, dando a FRACTAL como vencedora do Lote 2. Veja-se:

Ato contínuo, próxima empresa classificada **FRACTAL GESTÃO EM SAÚDE LTDA**, foi aberto o envelope de habilitação e foi submetido a análise de todos, além da análise técnica pela funcionária Sra. Dayse Maria Nunes representante da Secretaria Requisitante. Realizada análise pela Secretaria de Saúde, foi constatado que os atestados apresentados pela empresa **FRACTAL GESTÃO EM SAÚDE LTDA** não tem neurocirurgia a qual está no escopo das especialidades exigidas no LOTE 02, diante ocorrido o LOTE 02 passou para empresa **GPC SOLUÇÃO EM SAÚDE LTDA** próxima colocada, foi aberto o envelope de habilitação e passou para todos os presentes para análise. Feita análise das empresas presentes e da Secretaria Requisitante analisando o mérito do atestado de capacidade técnica, atendendo todas as exigências estabelecidas no instrumento convocatório.

As empresas **MBI SERVIÇOS MÉDICOS LTDA** vencedora do LOTE 01, **FRACTAL GESTÃO EM SAÚDE LTDA** vencedora do LOTE 02 e **B&B MED SERVIÇOS MÉDICOS LTDA** vencedora do LOTE 03 foram declaradas habilitadas atendendo as regras do instrumento convocatório.

- 3- Não bastasse desconhecer qual decisão está valendo, no mapa de resultado consta como vencedora do Lote 2 outra empresa, a EQUIPE MÉDICA DE SAUDE.

FORNECEDORES CLASSIFICADOS

Pregão: 058/2023		Processo: 4303/2023		Data: 16/01/2024	
Fornecedor					
Item:	B&B MED SERVICOS MEDICOS LTDA	Unidade	Quantidade	V. Unitário	
3	LOTE 03	serv	1,00	4.240.000,00	
			Subtotal:		
Fornecedor					
Item:	EQUIPE MEDICA DE SAUDE LTDA	Unidade	Quantidade	V. Unitário	
2	LOTE 02	serv	1,00	4.350.000,00	
			Subtotal:		
Fornecedor					
Item:	MBI SERVICOS MEDICOS LTDA	Unidade	Quantidade	V. Unitário	
1	LOTE 01	serv	1,00	4.480.775,00	

- 4- Diante desta confusão de informações, *ad cautelam* a Recorrente **FRACTAL** propõe seu recurso requerendo, caso não tenha sido declarada a vencedora (como se vê na ata nº 06) seja o ato de inabilitação por ausência de capacidade técnica revisto, dando se vista para contrarrazões a empresa Recorrida, após definir quem foi e sanear o aparente erro material (GPC OU EQUIPE MÉDICA).

ESCLARECIMENTO INICIAL NECESSÁRIO

- 5- Dito isso e após esse saneamento requerido, a fim de economia processual e enfretamento direito da ilegalidade perpetrada pelo Pregoeiro ao inabilitar a Recorrente

FRACTAL e, do mesmo modo, aceitar a proposta da vencedora, deixa de fazer o costumeiro resumo dos fatos, uma vez que já de amplo conhecimento da Administração.

DA INEQUIVOCA CAPACIDADE TÉCNICA

DO ATENDIMENTO INTEGRAL DO ITEM 12.5.1.1 DO EDITAL

OBJETO COMPATIVEL E MAIOR QUE 30%

ART. 30 DA LEI 8.666/93

DO ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

6-. Sabe-se que o julgamento da proposta e da habilitação obrigatoriamente devem seguir o critério objetivo fixado no instrumento convocatório e na Lei. É isso que se extrai dos princípios fixados no art. 3º e no que determina o art. 41, ambos da Lei 8.666/63.

7-. Do mesmo modo, impõe-se a observância dos limites da Lei, neste caso, do **art. 30 da Lei 8.666/93**, bem como da larga doutrina e jurisprudência criada sobre o tema “comprovação de capacidade técnica” nos últimos 30 anos.

8-. Inicialmente permite-se dizer que o Pregoeiro contraditoriamente ao edital, bem como contrária as determinações da Lei 10.520/2002 e dos princípios entabulados no art. 3º da Lei 8.666/93, fez crer que somente o atestado de experiência anterior idêntico seria capaz de demonstrar a capacidade técnica, em uma interpretação ilegal da legislação e do edital.

9-. O **item 12.5.1.1**, sozinho, já dá o tamanho da ilegalidade do ato do Pregoeiro quando inabilitou a Recorrente FRACTAL sob o argumento de uma das especialidades não estava contemplada no Atestado. Vejamos:

*12.5.1.1. Atestado de capacidade técnica para desempenho de **atividade compatível com o objeto**, mediante apresentação de no mínimo 01 (um) atestado, fornecido por pessoa jurídica de direito público ou privado do ramo hospitalar de saúde, que comprove experiência prévia para o objeto a ser contratado; o atestado deverá ser emitido em papel timbrado da pessoa jurídica, contendo o CNPJ, a razão social e o endereço da empresa; **a***

comprovação da experiência prévia considerará de no mínimo 30% (trinta por cento) do objeto a ser contratado, tendo em vista a especificidade do OBJETO e por se tratar da importância relevante dos serviços a serem prestados nas Unidades de Saúde e em acordo com o disposto no Art. 30 II da Lei 8.666/1993, entendendo como razoável e seguro o percentual informado na comprovação da aptidão para o bom desempenho da atividade.

10-. Ora, a justificativa exposta na Ata n.º 06 para a inabilitação da Recorrente FRACTAL foi a ausência de uma das especialidades, qual seja neurocirurgia.

11-. Ocorre que, **a uma**, o edital não exigiu a presença de todas as especialidades, mas sim experiência na gestão de mão de obra médica, **a duas**, como consequência direta disso, fixou que o mínimo seria de 30% das quantidades.

12-. Pergunta-se, qual é o mínimo o de 30% de 1 (um) médico neurocirurgião? O edital foi claro que o que pretende é contratar empresa com experiência em gestão de mão de obra médica e não as exatas especialidades, até porque quem irá atender a população é o médico e não a empresa, de forma que a essa cabe a gestão e, por isso, fixou um mínimo sobre o total de postos.

13-. Como a comprovação deste mínimo, estaria comprovada a experiência anterior na gestão de pessoal ou serviços médicos.

14-. E assim o fez, porque entendeu o edital que a gestão de 30% de 27 médico (LOTE 2) é o suficiente para demonstrar a capacidade técnica anterior.

15-. Veja-se que em momento algum o objeto licitado faz referência as exatas especialidades, mas sim no “GERENCIAMENTO E OPERACIONALIZAÇÃO” de serviços médicos.

16- A ausência de uma única especialidade, com previsão de 1 (um) posto médico, no universo de 15 especialidades, com previsão de 27 médicos, não é e nunca será causa válida para declarar de forma absurda ausência de capacidade técnica.

17- Isto porque e é necessário lembrar alguns pontos, dentre eles o de que o próprio edital exige no **item 12.5.1.1** que a comprovação técnica se dê mediante comprovação de atividade **“compatível...”**, nos exatos limites do art. 30 da Lei 8.666/93.

18- Relembre-se, por oportuno, a completar o raciocínio que o **art. 30 da Lei 8.666/93**, declara que a exigência de comprovação é RESTRITIVA e somente deve girar em torno do indispensável, devendo ser apenas COMPATÍVEL OU SEMELHANTE, jamais se referindo a idêntico objeto.

19- Muito embora já esteja claro no edital e seja de conhecimento comum, o **TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO**, indica que:

“111. Nesse ponto, parece residir a principal discussão a ser enfrentada – que espécie de aptidão deve ser requerida para a execução de contratos de serviços de natureza continuada, em que esteja caracterizada cessão de mão de obra.

112. As empresas que prestam serviços terceirizados, em regra, não são especialistas no serviço propriamente, mas na administração da mão de obra. É uma realidade de mercado à qual a Administração precisa se adaptar e adequar seus contratos. É cada vez mais raro firmar contratos com

empresas especializadas somente em limpeza, ou em condução de veículos, ou em recepção. As contratadas prestam vários tipos de serviço, às vezes em um mesmo contrato, de forma que adquirem habilidade na gestão dos funcionários que prestam os serviços, e não na técnica de execução destes.

113. Conquanto seja muito provável que as próprias demandas da Administração tenham moldado esse comportamento das empresas, debater o tema ou a aderência do modelo à concepção ideal da terceirização de serviços não se mostra proveitoso.

114. O que importa é perceber que a habilidade das contratadas na gestão da mão de obra, nesses casos, é realmente muito mais relevante para a Administração do que a aptidão técnica para a execução dos serviços, inclusive porque estes apresentam normalmente pouca complexidade. Ou seja, nesses contratos, dada a natureza dos serviços, interessa à Administração certificar-se de que a contratada é capaz de recrutar e manter pessoal capacitado e

***honrar os compromissos trabalhistas,
previdenciários e fiscais....”***

(Acordão 553/2016 – Plenário- grifei)

20- Além disso, vê-se que a Administração no edital, discricionariamente não elegeu parcelas de maior relevância, ao contrário, fixando o mínimo de 30% apenas de um total de 27 postos. Esse era o critério!

21- Repita-se, se considerar a interpretação ilegal levada a efeito pelo Pregoeiro, se em cada especialidade que há previsão de pelo menos 1 médico, este deve ser considerando individualmente (conforme o Pregoeiro), isso já demandaria obrigatoriamente, com um raciocínio lógico básico, atestado como 15 postos mínimos.

22- Ora, 15 postos é mais de 50% do total de 27 postos. Não há letra morta no edital, logo se publicou o item 12.5.1.1 com a única exigência de que fosse o atestado “compatível” (não igual) e com o mínimo de 30%.

23- Então 30% de 27, ou seja, 9 postos arredondados é o mínimo exigido, assim, ofertado atestado compatível com o gerenciamento de serviço médico em quantidade superior a 9 postos, não se pode dizer incompatível e não apto a comprovar a capacidade técnica.

24- Ao assim agir, ignorou o Pregoeiro os limites imposto pelo próprio edital no item 12.5.1.1, daí sua manifesta ilegalidade.

25- A corroborar essa observação, que se tratando de contratação de serviço comum, daí a opção pelo Pregão, não há que se falar em aumento de restrições de habilitação em detrimento a competitividade e, principalmente, a economicidade.

26- Exigir, então, mais que foi previa o **item 12.5.1.1**, como fez o Pregoeiro é a exata definição de ilegalidade.

27- Os atestados ofertados pela Recorrente FRACTAL demonstram plena, antiga e integral capacidade técnica para desenvolver serviços licitados, não havendo que se falar em ausência de capacidade.

28- A verdade é que a Recorrente possui ampla e comprovada expertise em diversas áreas relativas a gestão de serviços médicos e em qualquer aspecto do objeto e do escopo do item 12.5.1.1, a Recorrente FRACTAL possui reconhecida experiência anterior.

29- Reitere-se que a modalidade de Pregão somente é adotada para contratações de bens e serviços comuns, conforme determinação do art. 1º da Lei 10.520/2002. Por esse motivo, existe forte tendência administrativa e jurisprudencial de que é possível e muitas vezes aconselhável que se mitigue a comprovação de qualificação técnica, exigida pelo art. 30 da Lei 8.666/93.

30- Com o advento da simplificação do procedimento através da Lei 10.520/2002 destinada a processos de aquisição de bens e serviços comuns, ficou mais forte essa tendência a abster-se de exigir extensas, minuciosas ou grandes comprovações de capacidade técnica, por um único e simples motivo. Sendo bens ou serviços comuns, qualquer pessoa jurídica devidamente constituída, legalizada e autorizada, está apta a cumprir o contrato e, somente por este motivo, aplica-se a modalidade célere e descomplicada do Pregão.

31- De ver-se, portanto, que a princípio, em todo e qualquer Pregão deve ser mitigada a extensa e complexa comprovação de capacidade técnica, mas mantida a comprovação genérica dessa experiência, como bem assevera **MARÇAL JUSTEN FILHO**, verbis:

“Como regra, a qualificação técnica será desnecessária para a contratação de bens e serviços comuns. Mais precisamente, bastarão exigências muito sumárias nessa área. Poderão ser estabelecidas distinções conforme se trate de compra de bens ou de prestação de serviços.”

(Pregão – Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico).

32- No mesmo sentido, sustentam os Procuradores do Estado do Rio de Janeiro, o saudoso MARCUS JURUENA VILLELA SOUTO (Direito Administrativo Contratual. Lumen Iuris, 2004) e FLÁVIO AMARAL GARCIA (Licitações e Contratos Administrativos. Lumen Iuris, 2007).

33- O Pregoeiro usurpou os limites do item 12.5.1.1 e ignorou a melhor doutrina e jurisprudência em detrimento ao Erário e exatamente sobre o tema novamente permite-se transcrever a doutrina do professor **MARÇAL JUSTEN FILHO**, *verbis*:

“A Constituição não defere ao administrador a faculdade de, ao discriminar as condições de habilitação, optar pela maior segurança possível. Como já se afirmou acima, a Constituição determina que o mínimo de segurança configura o máximo de restrição possível.”

(Comentários a Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 11ª edição. São Paulo: Dialética, 2005. p. 329)

34- Relembre-se, por oportuno, o que diz o art. 3º da Lei 8.666/93 aplicada subsidiariamente ao Pregão:

“Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos.

35- Assim como o edital não pode prever excessos de restrição, o que não fez, basta ler a limitação de 30% do item 12.5.1.1, sob pena de impedir a competição válida e saudável, **não poderia o Pregoeiro como ilegalmente fez dar interpretação subjetiva e discricionária a cláusula do edital restringindo a participação e/ou inabilitando a Recorrente.**

36- Não há, portanto, na decisão do Ilustre Pregoeiro, por qualquer ângulo que se observe, nenhuma razão ou justificativa válida, ao revés, há patente e escancarada ilegalidade, descumprindo os limites do item 12.5.1.1, as orientações do TCU e o art. 30 da Lei 8.666/93, a comprometer mais uma vez a economicidade e causando prejuízo ao erário, afastando o atendimento ao interesse público, bem como violando direito líquido e certo da Recorrente FRACTAL de ver o edital observado.

DO PEDIDO

Isto posto, a Recorrente FRACTAL requer a Vossa Senhoria se **digne sanear as divergências nas atas e demais documentos** e, no mérito, conhecer e **prover o recurso interposto para reformar a decisão que a inabilitou no Lote 2** e, via de consequência, **anulando os atos posteriores, inclusive o que declarou vencedora a proposta da Recorrida,** caso assim não entenda, requer seja remetido a Autoridade Superior, bem como seja remetido esse recurso ao TCE-RJ como Representação de que trata o art. 113 da Lei 8.666/93, **sem prejuízo das medidas judiciais de controle do ato administrativo diante da violação de seu direito líquido e certo a fiel observância as regras objetivas do edital.**

Termos em que,

Pede deferimento.

Rio de Janeiro, 03 de abril de 2024.



MARIO CANTIELLO NUNES
CPF N° 141.522.497-81
FRACTAL GESTÃO EM SAÚDE LTDA
CNPJ: 19.614.835/0001-60