

INTERESSADO: Clínica Martinez & Krumenauer LTDA

Pregão Eletrônico nº 033/2023

OBJETO: REGISTRO DE PREÇO DE CONSULTAS E EXAMES MÉDICOS DE GINECOLOGIA E OBSTETRÍCIA de acordo com as especificações constantes no ANEXO II, e Especificações, deste Edital.

À Prefeitura Municipal da Estância Balneária de Caraguatatuba

Ilma. Pregoeira - Jéssica Caetano Ricci

Ilmo. Sr. Gustavo Alexey Boher Lopes - Secretário Municipal de Saúde

Ilmo. Sr. José Pereira de Aguiar Júnior – Prefeito Municipal

Sr. Túlio Henrique Martinez, portador da Cédula de Identidade RG nº 44.001-275-2 e CPF nº 340.960.578-94, representante legal da empresa **CLINICA MARTINEZ & KRUMENAUER LTDA**, pessoa jurídica de direito privado legalmente constituída, inscrita no CNPJ sob o nº 22.120.088/0001-18, vem tempestivamente, com fulcro no inciso I, Art. 165 da Lei 14.133/21, bem como ao Item 10 do referido edital, interpor seu presente:

RECURSO ADMINISTRATIVO

em face a **INABILITAÇÃO** desta empresa, já devidamente qualificada nos autos, tendo em vista que o referido certame ocorreu regido pela Lei Federal nº 14.133, de 01/04/2021, sendo esta a NLL – Nova Lei de Licitações, na qual foi interpretada de maneira equivocada, não se atentando a algumas particularidades desta nova Lei, ocasionando em nossa inabilitação de maneira equivocada, tendo como resultado final o Lote 2, fracassado, razão esta pela qual apresentamos nossos fundamentos a seguir aduzidos:

1 – DOS FATOS

Em 19 de fevereiro de 2024, a Prefeitura Municipal da Estância Balneária de Caraguatatuba realizou a retomada da sessão pública a qual objetivou o “Registro de Preço de Consultas e Exames Médicos de Ginecologia e Obstetrícia, conforme edital e seu Termo de Referência”.

O referido processo licitatório teve seu início em 06 de dezembro de 2023, um mês antes da obrigatoriedade da vigência da NLL – Nova Lei de Licitações,

reforçando desta forma que a Administração já estaria se antecipando ao elaborar seu edital regido pela determinada Lei.

Após retomada da sessão, a empresa classificada provisoriamente em 1º lugar, mediante os trâmites de recursos e contrarrazões, teve sua documentação inabilitada por não conseguir cumprir com os requisitos relacionados ao Item 5.9 - Qualificação Técnica, alínea “b”, bem como também não conseguiu comprovar sua qualificação técnica através da apresentação de documentos posteriores, em fase de recurso, conforme o próprio parecer jurídico da Administração.

Na sequência, a empresa “CANTANHEDE” também teve sua documentação inabilitada, por não conseguir comprovar a sua Regularidade Fiscal e Trabalhista, sua Qualificação Econômico-financeira e ainda sua Qualificação Técnica. Neste caso, a empresa não anexou nenhum documento na própria plataforma.

Por fim, diante da ordem de classificação junto ao LOTE 02, como última colocada, após a conferência dos documentos anexados inicialmente na plataforma, esta RECORRENTE também foi inabilitada, conforme análise da Ilma. Pregoeira:

[19/02/2024 15:39] JÉSSICA CAETANO RICCI - Lote/Item: Todos - A empresa CLINICA MARTINEZ & KRUMENAUER LTDA fica INABILITADA pelos seguintes motivos: **(1) ausência da Prova de regularidade mediante ao Ministério do Trabalho e Emprego, requerida no item 5.5 alínea “g”.**

Diferentemente da inabilitação das demais concorrentes, onde a primeira colocada (ALS SOLUÇÕES SERVIÇOS EM GERAL A SAÚDE LTDA) teve a oportunidade de “juntar e comprovar” sua Qualificação Técnica em fase recursal e não o fez, bem como a segunda colocada (CANTANHEDE MEDICINA LTDA) que nem se quer juntou nenhum documento no processo, sendo impossível qualquer tipo de diligência diante da ausência dos mesmos, esta RECORRENTE teve toda a sua documentação anexada e conferida, porém **sua inabilitação ocorreu sem haver qualquer tipo de conferência ou diligência, previstos na Lei 14.133/21 e também no próprio edital.**

E como um dos objetivos principais da Nova Lei de Licitações foi agilizar o processo de contratação pública, tornando-o menos burocrático, mais flexível, mais ligeiro, mais célere, mais racional e sobretudo mais econômico aos cofres públicos, sempre pautado pela ética e transparência, demonstraremos nos tópicos a seguir que a referida Lei não foi interpretada de forma correta, prejudicando assim a competitividade e a celeridade do processo, conforme segue.

2 – DO MÉRITO E DO DIREITO

2.1 – DO INTERPRETAÇÃO DA DILIGÊNCIA NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES

Consoante o art. 63, II, da Lei nº 14.133/2021, “será exigida a apresentação dos documentos de habilitação apenas pelo licitante vencedor, exceto quando a fase de habilitação anteceder a de julgamento”. Ou seja, salvo quando adotada a inversão de fases de acordo com o previsto no § 1º do art. 17, em regra, deverá ser “exigida” a apresentação da documentação de habilitação apenas após a conclusão da fase de julgamento das propostas, já com a indicação do licitante provisoriamente vencedor.

No caso do referido edital, **não houve a inversão de fases**, mas sim a disputa de lances e a posterior conferência da documentação de habilitação do vencedor provisoriamente classificado.

Porém, objetivando detalhar melhor o intuito da nova lei, precisamos entender a previsão legal junto ao Art. 64, que traz:

Art. 64. Após a entrega dos documentos para habilitação, não será permitida a substituição ou a apresentação de novos documentos, **salvo em sede de diligência**, para:

I - **complementação de informações** acerca dos documentos já apresentados pelos licitantes e desde que necessária para apurar fatos existentes à época da abertura do certame;

II - atualização de documentos cuja validade tenha expirado após a data de recebimento das propostas.

§ 1º Na análise dos documentos de habilitação, a comissão de licitação **poderá sanar erros ou falhas que não alterem a**

substância dos documentos e sua validade jurídica, mediante despacho fundamentado registrado e acessível a todos, atribuindo-lhes eficácia para fins de habilitação e classificação.

§ 2º Quando a fase de habilitação anteceder a de julgamento e já tiver sido encerrada, não caberá exclusão de licitante por motivo relacionado à habilitação, salvo em razão de fatos supervenientes ou só conhecidos após o julgamento.

A melhor delimitação acerca dos pressupostos e dos limites para a realização de diligências se comparado com a redação do § 3º do art. 43 da Lei nº 8.666/1993, a NLL, no caput do art. 64, estabelece a possibilidade de substituição e apresentação de novos documentos de habilitação.

Caso a diligência promovida pelo agente de contratação resulte na produção ou encaminhamento de um documento que materialize uma situação já existente ao tempo da abertura da licitação, consoante a dicção do inciso I do art. 64 da NLL, seria plenamente admissível a sua juntada em momento processual posterior àquele indicado para a apresentação da documentação de habilitação (art. 63, II). A contrário sensu, seria vedada a juntada de documento que comprove a existência de uma situação ou de um fato cuja conclusão ou consumação se deu de forma superveniente à data de abertura do certame.

Cumprido salientar que a redação do art. 64 da NLL positiva a compreensão de instrumentalidade da licitação já consagrada na jurisprudência dos Tribunais Superiores e das Cortes de Contas no sentido de reconhecer que o procedimento licitatório não deve ser pautado num formalismo exacerbado que desvirtue sua finalidade e o equipare a uma “gincana” na qual interessa apenas o cumprimento da etapa definida, indiferentemente de sua razão de ser.

Em leading case de destaque, o TCU, no Acórdão nº 1.758/2003-Plenário, entendeu ser regular, no âmbito de procedimento licitatório, a conduta da autoridade que procedeu à juntada posterior de comprovação de regularidade fiscal da licitante por meio de diligência promovida com base no art. 43, § 3º, da Lei nº 8.666/1993. Segundo a Corte de Contas, tal juntada não configuraria irregularidade, mas praticidade, celeridade e otimização do certame.

No Acórdão nº 2.627/2013-Plenário, por sua vez, a Corte de Contas federal concluiu ser indevida a inabilitação de licitante em razão da apresentação de atestado de capacidade técnica com data posterior à da abertura do certame, uma vez que tal documento tem natureza declaratória – e não constitutiva – de uma condição preexistente. Julgou-se equivocada a decisão do pregoeiro pela inabilitação de licitante em razão de “apresentação de atestado de capacidade técnica com data posterior à da licitação”.

Em relação a esse ponto, o relator (Ministro Valmir Campelo) registrou que “o atestado de capacidade técnica tem natureza declaratória – e não constitutiva – de uma condição preexistente. É dizer que a data do atestado não possuiu qualquer interferência na certificação propriamente dita, não sendo razoável sua recusa pelo simples fato de ter sido datado em momento posterior à data da abertura do certame.”

Trata-se, assim, de um juízo de verdade real em detrimento do pensamento dogmático segundo o qual o que importa é se o licitante apresentou os documentos adequadamente, subtraindo-se o fato de esse mesmo licitante reunir ou não as condições de contratar com a Administração ao tempo da realização do certame.

Quanto ao tema, cumpre ainda registrar entendimento do TCU acerca do inciso I do art. 64 da NLL manifestado no julgamento do Acórdão nº 1.211/2021-Plenário no sentido de que a “vedação à inclusão de novo documento, prevista no art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993 e no art. 64 da Nova Lei de Licitações (Lei 14.133/2021), não alcança documento ausente, comprobatório de condição atendida pelo licitante quando apresentou sua proposta, que não foi juntado com os demais comprovantes de habilitação e/ou da proposta, por equívoco ou falha, o qual deverá ser solicitado e avaliado pelo pregoeiro”.

Ainda que a menção ao dispositivo da Lei nº 14.133/2021 tenha se dado em caráter obiter dictum no voto do relator, Ministro Walton Alencar, há que se reconhecer, conforme expressa dicção do caput e do inciso I do art. 64 da NLL, que a juntada “posterior” de documento, no contexto de averiguação das condições de habilitação do licitante, somente seria possível “em sede de diligência”, o que pressupõe um comando decisório por

parte do agente de contratação decorrente de uma avaliação antecedente da documentação habilitatória então apresentada. Ou seja, será o agente de contratação quem avaliará os pressupostos concretos de incidência da possibilidade prevista no art. 64, I, da NLL, **de modo que o “documento novo” será produzido ou apresentado como resultado de uma diligência reputada como cabível e necessária pela Administração.**

A se observar os recentes julgados do Tribunal, tem-se que **tal entendimento se encontra em vias de consolidação**, dada a expressa menção ao Acórdão nº 1.211/2021-P, como referência jurisprudencial, nos Acórdãos nº 253/2023, nº 2.673/2021, nº 2.568/2021 e nº 2528/2021, todos do Plenário.

Importante destacar que os editais mais recentes de licitação deste mesmo município já estariam adequados à exigência e interpretação da Nova Lei, como é o caso trazido no edital do Pregão Eletrônico nº 57/2023, edital nº 008/2024, cujo objeto é o REGISTRO DE PREÇO DE LAUDOS DE RADIOLOGIA, bem similar ao objeto do edital em discussão.

Em sua redação junto ao Item 6.10, alínea “c” encontramos a seguinte orientação:

c) Na hipótese do arrematante **não inserir** os documentos de habilitação no momento da inclusão da proposta, **o pregoeiro poderá solicitar via chat do sistema para que a empresa envie os documentos exclusivamente pela plataforma do portal de compras**, sendo que esta documentação deverá ficar disponível aos demais licitantes;

Neste caso, o edital está em acordo com o que determina a própria legislação, não havendo prejuízos para as empresas que anexaram toda a documentação juntamente com a proposta e a declarada provisoriamente como vencedora, em momento posterior aos lances.

Não menos importante, podemos também destacar a forma como outros Entes da Administração já estariam fazendo a interpretação do referido art. 64 da

NLL, a fim de ampliar a participação e disputa das empresas, sem que haja o formalismo exacerbado, como é o caso da Prefeitura Municipal de Taubaté/SP, conforme segue:

PREGÃO ELETRÔNICO Nº 02/2024

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 965/2024

Data do Certame: dia 20/02/2024

Item 10.11.1 - Caso a Licitante opte por anexar toda a Documentação de Habilitação concomitantemente ao cadastro da proposta na plataforma, **não haverá qualquer prejuízo à mesma.** O pregoeiro concederá ainda o prazo de 01 (uma) hora, após o término da etapa de Lances, para que a mesma insira a proposta atualizada e revise toda a Documentação inserida, e **caso seja constatado alguma falha ou ausência pela Licitante, poderá ser inserido novo documento, desde que dentro do prazo estipulado.**

Trata-se, portanto, de uma condução que favorece a ampla competitividade e privilegia a celeridade no processo, tendo em vista que o suposto documento ora faltante, que deu causa a inabilitação desta RECORRENTE, poderia ter sido facilmente diligenciado pela própria pregoeira, na própria condução do certame, com a devida transparência e justificativa aos demais participantes.

2.2 – DA CERTIDÃO SECUNDÁRIA EXIGIDA

Vale ainda destacar que a Prova de regularidade mediante ao Ministério do Trabalho e Emprego, por intermédio do link <https://certidoes.sit.trabalho.gov.br/aprendiz>; solicitada junto ao Item 5.5, alínea “b” **não faz parte do rol de documentos obrigatórios** relacionados a Regularidade Fiscal, Social e Trabalhista, previstos junto ao art.68 da NLL.

E ainda que o referido edital cite que tal exigência cumpre o atendimento ao art. 92, inciso XVII, da Lei Federal 14.133/21, o referido texto de Lei refere-se à cláusulas contratuais e não como critério de documentos de habilitação, haja vista, trata-se de **Certidão Secundária**, pois a Prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho mediante a apresentação de certidão negativa ou positiva com efeito de negativa, relativa a débitos trabalhistas, **esta sim fora apresentada corretamente.**

E se houvesse alguma pendência com a Certidão Secundária, a Certidão relativa à débitos trabalhistas traria pendências, não sendo possível a sua emissão com efeito de negativa, razão pela qual a simples diligência sanaria o fato, **complementando a informação inicial e comprovando à Qualificação Fiscal e Trabalhista desta RECORRENTE.**

Facilmente se observa que a referida Prova de regularidade mediante ao Ministério do Trabalho e Emprego está regular e pode ser emitida para verificação e confirmação do próprio Órgão.

Abaixo segue cópia da mesma certidão consultada no mesmo dia e horário do certame. **(EM ANEXO TAMBÉM).**



MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO
SECRETARIA DE INSPEÇÃO DO TRABALHO

CERTIDÃO

EMPREGADOR: CLINICA MARTINEZ & KRUMENAUER LTDA

CNPJ: 22.120.088/0001-18

CERTIDÃO EMITIDA em 19/02/2024, às 15:51:54

Conforme os registros administrativos do Sistema de Escrituração Digital das Obrigações Fiscais, Previdenciárias e Trabalhistas (eSocial), recebidos e processados até a data abaixo informada, certifica-se que o empregador acima identificado emprega aprendizes em número **IGUAL** ao percentual mínimo previsto no art. 429, caput, da CLT.

Data do processamento dos dados: 05/02/2024

1. Esta certidão reflete tão somente os dados constantes dos registros administrativos do eSocial. Esses dados são declarados pelo próprio empregador, não havendo validação por parte da Secretaria de Inspeção do Trabalho.
2. A periodicidade de atualização das certidões é mensal. Nenhuma informação enviada ao eSocial a partir do dia anterior ao da data de processamento dos dados foi considerada para emissão deste documento. As informações enviadas ao eSocial posteriormente serão refletidas nas certidões a partir da próxima data de processamento.
3. Esta certidão não abrange autos de infração e decisões judiciais relativos a obrigação de preencher vagas de Aprendizagem Profissional, conforme art. 429, caput, da CLT.
4. Para todos os fins legais, inclusive no que concerne a comprovação de regularidade prevista na Lei nº 14.133, de 2021, esta certidão terá validade exclusivamente para este estabelecimento. Outro estabelecimento desta mesma empresa, que intencione a contratação em processo de licitação e de contrato administrativo, precisa apresentar certidão específica com seu CNPJ completo.
5. A autenticidade desta certidão poderá ser confirmada no endereço <https://certidoes.sit.trabalho.gov.br/aprendiz/verificar> com o código de verificação **IBcWMZ5NwTYgEf**.

Portanto não seria necessário qualquer tipo de pedido ou consulta diferenciada que afrontaria o caráter de diligência do referido documento, ou mesmo que estaria favorecendo esta RECORRENTE. Bastaria uma simples consulta ao link informado no edital para tal comprovação, abrindo mão de um formalismo exacerbado, sob pena de perder uma proposta mais vantajosa para a Administração ao preferir “FRACASSAR” o referido lote, fato este que poderá trazer muitos prejuízos aos cofres públicos, bem como a própria população.

2.3 – DAS CONSEQUENCIAS NA MOROSIDADE DA CONTRATAÇÃO

Importante destacar e deixar bem claro que esta RECORRENTE já prestou o serviço licitado na cidade de Caraguatatuba/SP com seu término apenas por questões de prazo contratual e que atualmente não existe nenhuma outra empresa ou serviço similar sendo realizado no atual momento.

Vale destacar que este serviço é realizado no Centro de Referência de Saúde da Mulher, local especializado neste tipo de exame, razão inclusive que embasou a inabilitação de outra concorrente neste mesmo certame, por não conseguir comprovar sua expertise neste tipo de serviço especializado.

Cumprindo ainda lembrar que este processo licitatório vem perdurando por mais de 02 meses, sem citar as fases internas do mesmo, diante do certame inicial, fases de recurso e contrarrazões, prazo para apresentação de documentação complementar posterior, suspensão temporária diante do referido Mandando de Segurança impetrado por uma das empresas participantes, retomada da sessão e agora, por uma questão equivocada de interpretação da Lei, o Lote 02 tido como “fracassado”.

Tal paralisação neste tipo de serviço público acarreta em graves consequências e prejuízos à própria população, sendo que os serviços de ultrassom são de suma importância para pacientes que estão em tratamento ou que necessitam de um diagnóstico rápido e preciso. Dois meses podem fazer toda a diferença no diagnóstico e tratamento de determinadas doenças, como o Câncer, por exemplo.

A ausência de diagnóstico no tempo correto e antecipado em um paciente oncológico pode levar a um estágio avançado da doença, onerando ainda mais o sistema público de saúde e causando danos irreparáveis ao paciente e toda sua estrutura familiar.

Neste contexto convém consultar o Secretário Municipal de Saúde para que o mesmo elucide a realidade da demanda reprimida destes exames junto à população ou se o mesmo ainda poderia aguardar por mais 90 dias para obter o serviço - prazo mínimo para a abertura de um novo processo licitatório - sem contar com as possíveis variações de prazos e seus custos, após instaurado um novo processo licitatório.

Não há razão para tal, pois esta RECORRENTE já demonstrou que cumpre com os requisitos mínimos exigidos no referido edital, podendo ter tal pendência que a inabilitou sanada à título de diligência, garantido e previsto no Art.64 da NLL.

Ratificando esse entendimento, **o art. 64, inciso I, da Lei 14.133/2021 admite expressamente a possibilidade de diligência para a complementação de informações necessárias à apuração de fatos existentes à época da abertura do certame.**

Por fim, esperamos a lucidez e o bom senso da Administração na conclusão do pleito, com base nos argumentos já defendidos nesta peça recursal, ainda que se trate de matéria de Lei nova, porém amparados pela jurisprudência dos Tribunais Superiores, levando em consideração, principalmente, o contexto da relevância e importância do serviço junto ao munícipe da cidade de Caraguatatuba/SP.

Isso é o que se espera de uma Administração Pública profissional, madura e consciente.

3 – DO PEDIDO

Diante do exposto, requer que a Ilustre Pregoeira se digne:

a) Ao recebimento do presente recurso, de forma tempestiva;

b) O DEFERIMENTO, na íntegra, do recurso apresentado por esta RECORRENTE, por atender às exigências técnicas e editalícia previstas no instrumento convocatório, podendo ter sua documentação complementada, a título de diligência;

c) A retomada da sessão com a habilitação desta RECORRENTE e convocação para apresentação dos demais documentos posteriores à sessão e a consequente assinatura do referido contrato;

d) Subsidiariamente, solicita-se o encaminhamento desta peça recursal para análise da Área Técnica, mais precisamente da Secretaria de Saúde do município, para que a mesma possa estar ciente dos prejuízos e consequências que o atraso nesta contratação trará ao município;

e) Subsidiariamente, caso resolva não acatar o pedido acima formulado, o que não espera essa RECORRENTE, digna-se a encaminhar as presentes razões de recurso à autoridade superior competente;

f) E por se tratar de matéria oriunda da legislação que rege a matéria - Lei 14.133/21, diante de interpretação equivocada, esta RECORRENTE poderá levar o caso ao conhecimento dos demais órgãos fiscalizadores, em especial, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, bem como o Ministério Público.

Termos em que,
Pede deferimento.

Taubaté, 21 de fevereiro de 2024.



CLINICA MARTINEZ & KRUMENAUER LTDA
Túlio Henrique Martinez
Representante Legal
RG nº 44.001-275-2 e CPF nº 340.960.578-94



MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO

SECRETARIA DE INSPEÇÃO DO TRABALHO

CERTIDÃO

EMPREGADOR: CLINICA MARTINEZ & KRUMENAUER LTDA

CNPJ: 22.120.088/0001-18

CERTIDÃO EMITIDA em 19/02/2024, às 15:51:54

Conforme os registros administrativos do Sistema de Escrituração Digital das Obrigações Fiscais, Previdenciárias e Trabalhistas (eSocial), recebidos e processados até a data abaixo informada, certifica-se que o empregador acima identificado emprega aprendizes em número **IGUAL** ao percentual mínimo previsto no art. 429, caput, da CLT.

Data do processamento dos dados: 05/02/2024

1. Esta certidão reflete tão somente os dados constantes dos registros administrativos do eSocial. Esses dados são declarados pelo próprio empregador, não havendo validação por parte da Secretaria de Inspeção do Trabalho.
2. A periodicidade de atualização das certidões é mensal. Nenhuma informação enviada ao eSocial a partir do dia anterior ao da data de processamento dos dados foi considerada para emissão deste documento. As informações enviadas ao eSocial posteriormente serão refletidas nas certidões a partir da próxima data de processamento.
3. Esta certidão não abrange autos de infração e decisões judiciais relativos à obrigação de preencher vagas de Aprendizagem Profissional, conforme art. 429, caput, da CLT.
4. Para todos os fins legais, inclusive no que concerne à comprovação de regularidade prevista na Lei nº 14.133, de 2021, esta certidão terá validade exclusivamente para este estabelecimento. Outro estabelecimento desta mesma empresa, que intencione a contratação em processo de licitação e de contrato administrativo, precisa apresentar certidão específica com seu CNPJ completo.
5. A autenticidade desta certidão poderá ser confirmada no endereço <https://certidoes.sit.trabalho.gov.br/aprendiz/verificar> com o código de verificação **iBcWMZ5NwTYsgEf**.