

RESPOSTA AO RECURSO DO TR Nº 023/2022

Inferre-se do recurso apresentado, três argumentos para questionar o Termo de Referência nº 023/2022, quais sejam: ausência de atestado de capacidade técnica, do impedimento da participação do Termo de Referência e ausência de comprovação de vínculo.

Quanto a ausência de atestado de capacidade técnica, esclarecemos que a empresa AGJ apresentou atestado de capacidade de acordo com o solicitado, emitido por instituição de saúde (Royal Care Assistência Médica LTDA), com atuação em traumatologia de 2017 a 2022, e com a informação de que os serviços foram prestados de forma satisfatória, sem fatos que desabonem sua conduta e responsabilidade.

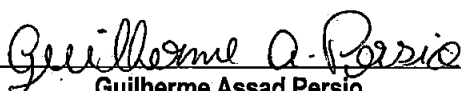
No que se refere ao impedimento de contratação do poder público com a empresa AGJ Saúde Clínica Médica e Odontológica decorrente de decisão do CADE, posto que se trataria de pessoa jurídica que congrega mais de 50% dos membros da COOTES, importante esclarecer, de plano, que a AEBES é pessoa jurídica de direito privado, não integrando a administração pública direta e nem indireta. Assim, a vedação de contratar com o poder público pelo prazo de cinco anos não se aplica a AEBES.

Ademais, ainda que a vedação de contratação com o poder público não fosse aplicada à AEBES, ressalta-se que, ao contrário do que sustenta a RECORRENTE, a empresa AGJ possui número inferior à metade dos membros da COOTES, estando abarcada, por este motivo, pela exceção da vedação de contratação descrita na parte final da alínea "f" do *decisum*, conforme citado no referido recurso.

Superada tal premissa, no que tange a suposta ausência de vínculo entre a empresa vencedora e os profissionais que prestarão o serviço, verificamos que a declaração apresentada se trata de modelo apresentado pela AEBES junto ao termo de referência, sendo amplamente utilizado em todos os processos de contratação, entendemos que por isonomia e legalidade, não há como desconsiderar a declaração apresentada.

Desta feita, recebemos o presente recurso, contudo, negamos provimento aos argumentos apresentados, conforme razões expostas e comprovadas por meio dos documentos que instruem o presente Termo de Referência.

Serra/ES, 07 de julho de 2022.


Guilherme Assad Persio
Analista de Contratos

ILUSTRÍSSIMO SENHOR REPRESENTANTE DO SETOR DE CONTRATAÇÕES
DA ASSOCIAÇÃO EVANGÉLICA BENEFICENTE ESPÍRITO-SANTENSE -
AEBES

Termo de Referência nº 023/2022 - ASSOCIAÇÃO
EVANGÉLICA BENEFICENTE ESPÍRITO-SANTENSE.

NEORT - NÚCLEO ESPECIALIZADO EM ORTOPEDIA E TRAUMATOLOGIA S/S LTDA,
pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 17.982.102/0001-52, com sede na
Rua Henrique Novaes, nº 88, sala 605, Centro, Vitória/ES, CEP: 29.010-490, vem,
tempestivamente, devidamente representada por seus advogados *in fine* assinados, vem,
respeitosamente, perante Vossa Senhoria, apresentar:

RECURSO

contra a decisão que declarou como vencedora do Termo de Referência nº 023/2022 a
empresa **AGJ Saúde Clínica Médica e Odontológica LTDA**, com base nos fundamentos
fáticos e jurídicos a seguir delineados.

I - TEMPESTIVIDADE

Inicialmente, comprova-se a tempestividade, uma vez que a declaração de vencedor só foi publicada no site no dia 27/06/2022 e o Termo de Referência nº 023/2022 prevê o prazo de 03 (três) dias úteis da data de publicação do resultado. Faz constar ainda que embora a documentação necessária para produção do presente recurso tenha sido solicitada no dia 28/06/2022 pela manhã, somente foi disponibilizada já durante a tarde do dia 30/06/2022, conforme comprova-se por e-mail anexo.

II - DOS FATOS

Trata-se de processo de contratação cujo objeto é:

O presente Termo de Referência tem por objeto a contratação de prestação de serviços médicos na especialidade **ORTOPEDIA E TRAUMATOLOGIA ELETIVA DE ALTA COMPLEXIDADE**, se reportará à Direção Técnica do Hospital, disponibilizando equipe qualificada e especializada, todos os dias da semana, incluindo feriados, quando necessário, em conformidade com a Resolução CFM Nº 2.221/2018, para prestação de atendimento médico ortopédico no HEJSN.

Enviada a proposta e documentos conforme previsto no Termo de Referência nº 023/2022. Ato contínuo, foi publicado o vencedor no dia 27/06/2022 pelo Analista de Compras, declarando a empresa AGJ Saúde Clínica Médica e Odontológica LTDA, equivocadamente, como vencedora do processo concorrencial.

Ocorre que, em análise da documentação da AGJ Saúde Clínica Médica e Odontológica LTDA, bem como do conjunto probatório que envolve flagrante descumprimento do Termo de Referência, ficou constatado a inobservância aos preceitos legais e aos princípios que norteiam o procedimento, como se fará demonstrado adiante.

III - DAS RAZÕES PARA REFORMA DA DECISÃO

III.I - DO DESCUMPRIMENTO DO TERMO DE REFERÊNCIA - AUSÊNCIA DE ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA:

Inicialmente cumpre evidenciar que as regras do Termo de Referência vinculam tanto a AEBES quanto aos concorrentes, conforme estabelece o art. 41 da Lei nº 8.666/93, "A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada". Logo, o Termo de Referência torna-se lei entre as partes e o descumprimento a qualquer regra deverá ser reprimido.

Por sua vez, a sociedade AGJ Saúde Clínica Médica e Odontológica LTDA, deverá ser eliminada por várias razões, explico: O Termo de Referência nº 023/2022 ao dispor acerca do objeto contratual, bem como o seu dimensionamento, exige atestado de capacidade técnica atual da empresa em Traumatologia-Ortopedia, emitido por instituição de Saúde, com pelo menos 04 (quatro) anos de exercício.¹

Todavia, a empresa AGJ Saúde Clínica Médica e Odontológica LTDA, apresentou atestado de capacidade técnica produzido pela empresa Royal Care Assistencia Medica LTDA que atesta serviços de ortopedia e traumatologia por meio do SOBREAVISO, com um ÚNICO empregado e/ou posto de trabalho, muito aquém do objeto da presente contratação.

Restando, com clareza solar, que a empresa AGJ Saúde não atestou capacidade técnica nos moldes exigidos pelo Termo de Referência nº 023/2022.

Continuo, a verificação da qualificação técnica, conforme a disposição supracitada, tem por objetivo unicamente assegurar que o participante estará apto a dar cumprimento às obrigações assumidas com a Administração, certo de que a exigência contida no Termo de Referência, no que tange a qualificação técnica, não pode ser considerada excessiva e/ou desarrazoada.

Neste sentido, sine qua non mostrar que o atestado de capacidade técnica apresentado pela AGJ está sem assinatura e sem validade do ponto de vista jurídico, ou seja, trata-se de um documento apócrifo. Ad argumentandum tantum, sequer juntou comprovantes de serviços por meio de nota fiscal, a fim de comprovar a quantidade de vínculos contratuais objeto do atestado.

Desta forma, a AGJ Saúde Clínica Médica e Odontológica LTDA descumpriu norma imposta no Termo de Referência que faz lei entre as partes - onde a Administração está estritamente vinculada - quando juntou atestado de capacidade técnica que não obedece às normas impostas.

III.II - DO IMPEDIMENTO DE PARTICIPAÇÃO DO TERMO DE REFERÊNCIA

Ainda, cumpre evidenciar que a AGJ, apresenta quadro societário onde mais da metade dos médicos são Cooperados da COOTES, são eles os Drs.: João Victor Rezende Soares Pinheiro, Victor Oliveira Pinheiro, Ricardo Azeredo Costa, Murilo Barroso de Matos, Victor Marchezi Cobe e Victo Acha Mazzini.

¹ Termo de Referência nº 023/2022, item 7.2. Qualificação Técnica, subitem VII.

Ocorre que, na Decisão² proferida no Processo Administrativo 08012.003706/2000-98, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE determinou a proibição da COOTES de participar de procedimentos que impliquem contratação direta ou indireta com o poder público, ainda que por dispensa ou inexigibilidade de licitação, pelo prazo de 5 (cinco) anos, **estendendo a pena a qualquer pessoa jurídica que congregue mais de 50% (cinquenta por cento) dos membros das Representadas**, exatamente como neste caso.

² 1. Processo Administrativo no 08012.003706/2000-98 Representantes: Ministério Público Federal e Ministério Público do Estado do Espírito Santo Representados: Cooperativa dos Anestesiologistas do Espírito Santo - COOPANEST/ES, Cooperativa dos Angiologistas e Cirurgiões Vasculares do Estado do Espírito Santo - COOPANGIO, Cooperativa dos Médicos Intensivistas do Estado do Espírito Santo - COOPERATI, Cooperativa de Cirurgiões Gerais do Estado do Espírito Santo - COOPERCIGES, Cooperativa dos Cirurgiões Pediátricos do Estado do Espírito Santo - COOPERCIPES, Cooperativa dos Cirurgiões Plásticos do Estado do Espírito Santo - COOPLAST/ES, Cooperativa de Ortopedistas e Traumatologistas do Estado do Espírito Santo - COOTES, Cooperativa dos Neurocirurgiões do Estado do Espírito Santo - COOPNEURO e Sociedade de Especialidades Onco-Hematológicas Pediátricas Ltda. - ONCOHEMATO L Advogados: Marlene Verdan Cunha, Paulo Henrique Cunha da Silva, Rúbia Mara Garcia Cunha, Vinícius Ribeiro de Figueiredo Teixeira, Estefânia Viveiros, Leonardo Oliveira Costa, Guilherme Gomes Krueger e outros Relator: Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior Manifestou-se oralmente o advogado Vinícius de Figueiredo Teixeira, pelas Representadas Cooperativa dos Médicos Intensivistas do Estado do Espírito Santo - COOPERATI, Cooperativa dos Cirurgiões Pediátricos do Estado do Espírito Santo - COOPERCIPES, Cooperativa dos Cirurgiões Plásticos do Estado do Espírito Santo - COOPLAST/ES, Cooperativa de Ortopedistas e Traumatologistas do Estado do Espírito Santo - COOTES, Cooperativa dos Neurocirurgiões do Estado do Espírito Santo - COOPNEURO, Sociedade de Especialidades Onco-Hematológicas Pediátricas Ltda. - ONCOHEMATO L. Decisão: O Plenário, por unanimidade, determinou o arquivamento do processo em relação a Sociedade de Especialidades Onco-Hematológicas Pediátricas Ltda. - ONCOHEMATO L, Cooperativa dos Médicos Intensivistas do Estado do Espírito Santo - COOPERATI, Cooperativa dos Cirurgiões Pediátricos do Estado do Espírito Santo - COOPERCIPES, Cooperativa dos Cirurgiões Plásticos do Estado do Espírito Santo - COOPLAST/ES e Cooperativa dos Neurocirurgiões do Estado do Espírito Santo - COOPNEURO e a condenação dos Representados Cooperativa de Ortopedistas e Traumatologistas do Estado do Espírito Santo - COOTES e Cooperativa de Cirurgiões Gerais do Estado do Espírito Santo - COOPERCIGES, pela prática de infração à ordem econômica prevista no art. 20, incisos I, II e IV, e no art. 21, incisos II, IV, V, VI e X ambos da Lei 8.884/94, com aplicação de multa individual no valor de R\$ 2.660.250,00 (dois milhões, seiscentos e sessenta mil e duzentos e cinquenta reais) e das seguintes penalidades: a) abstenham-se de promover, apoiar ou fomentar movimentos de boicote, paralisação coletiva de atendimentos sistema único de saúde por tempo longo ou indeterminado; b) abstenham-se de promover, apoiar ou fomentar movimentos de boicote à concursos públicos para geração de cargos públicos nos sistema de saúde e secretarias estaduais e municipais; c) retirem de seus estatutos toda e qualquer cláusula que possa conter restrições de exclusividade e/ou unimilitância aos seus cooperados, bem como cláusulas de discriminação por multimilitância; d) disponibilize síntese desta decisão na página principal de seu sítio eletrônico por 30 (trinta) dias corridos, de forma visível e legível, a contar da data da publicação da decisão, comprovando tal divulgação perante o CADE ao final dos 30 (trinta) dias; e) divulgue aos médicos cooperados o teor da presente decisão, por qualquer meio a sua escolha, comprovando seu cumprimento perante o CADE no prazo de 15 (quinze) dias, a contar da publicação da decisão; f) **proibição de participar de procedimentos que impliquem contratação direta ou indireta com o poder público, ainda que por dispensa ou inexigibilidade de licitação, pelo prazo de 5 anos. A pena é extensiva a qualquer pessoa jurídica que congregue mais de 50% dos membros das Representadas.** A restrição não se aplica aos médicos individualmente considerados ou pessoas jurídicas derivadas das Representadas que não detenham mais de 50% dos cooperados. Com relação às Representadas Cooperativa dos Cirurgiões Plásticos do Estado do Espírito Santo - COOPLAST/ES e Cooperativa dos Angiologistas e Cirurgiões Vasculares do Estado do Espírito Santo - COOPANGIO, o Plenário, por unanimidade, determinou a suspensão do processo ante a celebração dos termos de compromisso de cessação até que sejam implementadas todas as obrigações pactuadas; tudo nos termos do voto do Conselheiro Relator.

Assim, através de interpretação cognitiva simples, fica claro que a AGJ incide em prática que, além de irregular, desrespeita as regras do certame contidas no Termo de Referência nº 023/2022, em especial, a vedação de licitantes que tenham sido condenadas pelo CADE, *in verbis*:

5. CRITÉRIO ELIMINATÓRIO

I. Empresas que tenham sido condenadas em Processo Administrativo pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE ou em processo judicial transitado em julgado decorrente de violação da legislação anticorrupção.

Como supracitado, as regras do Termo de Referência vinculam tanto a AEBES quanto aos concorrentes, sendo motivo suficiente para culminar a imediata eliminação da AGJ Saúde Clínica Médica e Odontológica LTDA, já que conflitam com as próprias regras norteadoras da Associação Evangélica Beneficente Espírito-Santense e a eliminação da AGJ é a forma de se prevenir a ocorrência de violação ao processo concorrencial e possível prejuízo à vantajosidade do certame.

III.III - DO DESCUMPRIMENTO DO TERMO DE REFERÊNCIA - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE VÍNCULO:

A empresa AGJ Saúde Clínica Médica e Odontológica LTDA não cumpriu com as obrigações previstas no Termo de Referência, pois ao encaminhar os documentos dos médicos que iriam prestar os serviços no nosocômio, não observou o item 2.1.1, alínea C, que prevê: "Todos os especialistas das equipes que prestarão o serviço objeto dessa contratação deverão comprovar o vínculo com a empresa (sócios ou contratados), além da seguinte comprovação técnica".

Ao analisar o quadro societário da empresa perante a Receita Federal do Brasil, verificamos que consiste nos seguintes sócios:

| | | | |
|---|--|---|---|
| Nome/Nome Empresarial: Qualificação: | GUSTAVO RIBEIRO SILVA 49-Sócio-Administrador | Nome/Nome Empresarial: Qualificação: | JOAO VICTOR REZENDE SOARES PINHEIRO 49-Sócio-Administrador |
| Nome/Nome Empresarial: Qualificação: | ANAMARIA REZENDE SOARES PINHEIRO 49-Sócio-Administrador | Nome/Nome Empresarial: Qualificação: | ANA LUIZA LEAL BARBOSA 49-Sócio-Administrador |

Por outro lado, foram encaminhadas as documentações dos médicos, Murilo Barroso de Matos, Gustavo Ottoni, Ricardo Azeredo Costa, Victo Mazzini, Victor Marchezi Cobe e Pedro Henrique Diniz Margon sem comprovação de seus vínculos, ausentes quaisquer contratos

dos não sócios indicados, evidente descumprindo o item item 2.1.1, alínea C, do Termo de Referência.

O novo documento apresentado e nomeado como “Contrato de Cessão de Quota Societária por meio de Usufruto por prazo determinado” não preenche as formalidades legais, isso porque conforme preceitua a Instrução Normativa 81 DREI³ o usufruto só produzirá efeitos perante a terceiros depois de arquivado na Junta Comercial e de publicado no Diário Oficial da União ou no Diário Oficial do Estado em que se localize sua sede, bem como no jornal de grande circulação.

Sendo assim, os médicos listados que não pertencem ao quadro societário do contrato social e perante ao site oficial da Receita Federal do Brasil não possuem qualquer vínculo jurídico com a sociedade AGJ, haja vista que não cumpriram com as formalidades legais.

Ante o exposto, estando os médicos sem vínculo comprovado, resta a empresa AGJ Saúde sem o corpo clínico suficiente para adequado cumprimento do contrato. **Flagrante a necessidade de eliminação da empresa AGJ Saúde Clínica Médica e Odontológica LTDA do processo concorrencial, devendo ser determinada sua imediata eliminação.**

O Termo de Referência é claro e vincula todos os participantes. O descumprimento do mesmo implica na eliminação do participante, e do contrário, afronta os princípios norteadores do processo concorrencial.

Nesse sentido, a própria Associação Evangélica Beneficente Espírito-Santense AEBES - por meio do Regulamento de Aquisição de Bens e Serviços - estabelece regras norteadoras ao processo concorrencial que asseguram a observância dos princípios da impessoalidade, razoabilidade, qualidade, economicidade, legalidade, moralidade, publicidade e eficiência, buscando prevenir a ocorrência de eventual violação ao processo concorrencial e possível prejuízo à vantagem do certame.⁴

Sobre o assunto, o respeitável doutrinador José dos Santos Carvalho Filho⁵ defende:

³ O contrato que tenha por objeto a alienação, o usufruto ou arrendamento de estabelecimento, só produzirá efeitos quanto a terceiros depois de arquivado na Junta Comercial e de publicado, pela sociedade empresária, no Diário Oficial da União ou no Diário Oficial do Estado em que se localize sua sede, bem como em jornal local de grande circulação (art. 1.152, § 1º do Código Civil). A publicação poderá ser em forma de extrato, desde que expressamente autorizada no contrato.

⁴ REGULAMENTO DE AQUISIÇÃO DE BENS E SERVIÇOS ASSOCIAÇÃO EVANGÉLICA BENEFICENTE ESPÍRITO-SANTENSE HOSPITAL ESTADUAL JAYME SANTOS NEVES, Capítulo II - Da Finalidade e Capítulo III - Dos Princípios.

⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 26. ed. São Paulo, Atlas. p. 246.

A vinculação ao instrumento convocatório é garantia do administrador e dos administrados. Significa que as regras traçadas para o procedimento devem ser fielmente observadas por todos. (...)

O princípio da vinculação tem extrema importância. Por ele, evita-se a alteração de critérios de julgamento, além de dar a certeza aos interessados do que pretende a Administração. Evita, finalmente qualquer brecha que provoque violação à moralidade administrativa, à impessoalidade e à probidade administrativa.

Desta forma, a AEBES não pode habilitar empresa que descumpriu o disposto no Termo de Referência, sob pena de mudar as regras do certame após o seu início, ferindo os princípios supracitados e este não é o objetivo desta ilustre Comissão, que busca sempre agir em estrita conformidade com a legislação e os princípios que norteiam o processo convocatório.

Assim, diante de todo o robusto conjunto probatório de vício no procedimento concorrencial, infringindo regra clara, contida no Termo de Referência nº 023/2022, demonstra-se a cabível e necessária eliminação da AGJ Saúde Clínica Médica e Odontológica LTDA no referido processo concorrencial, com base nos itens 2.1.1, alínea "C", 5, "III", 7.2, "VII", todos do Termo de Referência nº 023/2022.

IV - DO PEDIDOS:

Com fulcro nas considerações acima, requer que:

- a) seja recebido o presente recurso que é tempestivo na forma do Termo de Referência;
- b) sejam acolhidas as razões da recorrente para reconhecer a nulidade da decisão que declarou vencedora a empresa AGJ Saúde Clínica Médica e Odontológica LTDA, eliminando-a com fulcro nos itens 2.1.1, alínea "C"; 5, "I", "III" e 7.2, "VII", ambos do Termo de Referência nº 023/2022;
- c) seja analisada a proposta e documentação da ora Recorrente, declarando-a vencedora do processo concorrencial.


Nestes Termos
Pede Deferimento

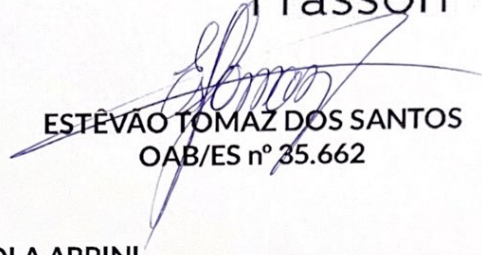
Vitória/ES, 30 de junho de 2022.


ELIOMAR BUFON LUBE
OAB/ES nº 16.787

DYEGO PENHA FRASSON
OAB/ES nº 16.773

 Bufon &
Frasson


AMANDA ALTOÉ FILGUEIRAS
OAB/ES nº 28.233


ESTÊVAO TOMAZ DOS SANTOS
OAB/ES nº 35.662


HENRIQUE MANOLA ARPINI
OAB/ES nº 21.731