ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DA SECRETÁRIA DE ESTADO DE SAÚDE DE MATO GROSSO

PREGÃO ELETRÔNICO N°: 095/SES/MT/2023

Objeto: CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS EM ORTOPEDIA E TRAUMATOLOGIA, ADULTO, POR MEIO DE PROFISSIONAIS QUALIFICADOS, NO ÂMBITO DO HOSPITAL ESTADUAL LOUSITE FERREIRA DA SILVA, SOB GESTÃO DIRETA DA SECRETARIA DE ESTADO DE SAÚDE DE MATO GROSSO"

ADOP SERVIÇOS MÉDICOS LTDA, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF nº 31.966.384/0001-25, com sede na Avenida Miguel Sutil, nº 8.000, sala 1405, Térreo, Ed. Santa Rosa Tower, Bairro Ribeirão da Ponte, na cidade de Cuiabá/MT, CEP: 78.040-400, representada nos termos de seu contrato social, vem, atenciosamente à presença de Vossa Senhoria, nos termos do Item 5 do edital e com fulcro no artigo 41, §1º da Lei nº 8.666/93, registrar

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL,

pelos argumentos de fato e de direito que passa a expor:

MÉRITO DA IMPUGNAÇÃO

Inicialmente, cumpre destacar que a Impugnante comunga dos melhores esforços para promover a escorreita aplicação dos princípios de direito público, especialmente para fins de exigir que a vinculação ao instrumento convocatório seja aplicada em sua íntegra.

Contudo, ao passo que no presente certame traz consigo cláusulas que comprometem a disputa, a Administração fica inviabilizada de analisar uma oferta extremamente vantajosa em sua técnica e preço, uma vez que o instrumento convocatório contém exigência que diminui a ampla competição, além de ser omisso quanto a alguns impedimentos necessários a contratação de empresas idôneas

DA AUSÊNCIA DE VEDAÇÃO A PARTICIPAÇÃO DE COOPERATIVAS

Inicialmente, observa-se que Edital, elencou as condições para participação do certame não prevendo a vedação a participação de Cooperativas.

Há aqui uma clara necessidade de vedação a participação de Organizações Sociais no presente certame, haja vista que o objeto licitação não se trata de um contrato de gestão e sim, de um Contrato de Prestação de Serviços Médicos, o que ultrapassa a finalidade das Organizações Sociais prevista na Lei.

Nesse sentido, a Lei nº 9.637/ 98, dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais e dá outras providências, consigna desde logo os estreitos limites de atuação destas instituições:

"Art. 1o O Poder Executivo poderá qualificar como Organizações Sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, atendidos aos requisitos previstos nesta Lei."

Assim, nos termos da legislação de regência, que define o rol de atividades elegíveis à celebração do contrato de gestão de serviços, as organizações sociais devem ter suas atividades voltadas para a promoção de atividades de pesquisa e ensino, também àquelas executadas na área da saúde, sempre com esteio em contrato de parceria com o ente público. Nessa esteira, o entendimento já consignado pelo Tribunal de Contas da União, no Acórdão nº 1406/2017:

"Não obstante a similitude entre a natureza jurídica da organização social (OS) e a da organização da sociedade civil de interesse público (OSCIP), há distinções entre esses dois

entes paraestatais que conduzem a soluções diversas, no que se refere a participação em licitações promovidas pela Administração Pública. Organização Social também é pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, que obtém qualificação, nesse caso do Ministro ou titular de órgão supervisor ou regulador da área de atividade correspondente ao seu objeto social. Entretanto, suas atividades são voltadas para as áreas de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde (art. 1º da Lei 9.637/1998). À exceção da proteção e da preservação do meio ambiente, essas áreas têm em comum, além do inquestionável interesse público, o fato de que os serviços correspondentes não são privativos do Poder Público e são executados com frequência por particulares, com intuito lucrativo. O vínculo de cooperação entre o Poder Público e a OS é estabelecido por meio de contrato de gestão, que discrimina atribuições, responsabilidades e obrigações do Poder Público e da organização social, para a atingimento das metas coletivas de interesse comum nele previstas, através da colaboração público-privada. [...] contrato celebrado após ser sagrada vencedora em certame licitatório, desde que os serviços, em todos os casos, estejam inseridos entre as atividades que se pretende fomentar, listadas no contrato de gestão".

Consoante se extrai do Acórdão, com as premissas contidas na Lei Federal nº 9.637/ 98, para qualificação das organizações sociais, tem-se que a execução de serviços médicos, não está inserido em contrato de gestão a qual permita a contratação de Organizações Sociais e, não encontram consonância com a finalidade que fundamente a criação das OS's e, tampouco podem ser considerados como inclusos no rol taxativo previsto na legislação.

Em igual sentido, o edital se equivocou ao permitir a participação de cooperativas no presente certame.

Cabe ressaltar que, uma interpretação conjunta das normas vigentes conduz à conclusão de que o ordenamento jurídico, veda a contratação de cooperativas, nas situações que exijam a formação de vínculo de subordinação entre os profissionais alocados para a execução dos serviços e a cooperativa, o que permite verificar que a Lei nº 12.690/12 pode ser interpretada de modo a indicar a existência de uma regra e de uma exceção, como se verá a seguir.

É exatamente esse o presente caso. Por diversas passagens do instrumento convocatório é possível depreender claramente que a equipe que prestará o serviço será subordinada à futura contratada, devendo está última, inclusive, disponibilizar os profissionais, organizar plantões e permitir férias e disponibilizar um preposto para gerir a escala.

A figura do preposto ou responsável por responder as demandas da Contratante, que deve ter participação em tempo integral, é indispensável para a adequada execução e acompanhamento dos serviços, cabendo a ele verificar, acompanhar e orientar o serviço pela equipe a ele subordinada, prestar as informações solicitadas pelos gestores do Contrato, bem como zelar pelo comportamento adequado da equipe, pelo uso correto do crachá de identificação e uniformes, e cumprimento das normas atinentes ao serviço e do Município.

Em razão disso, considerando a natureza do serviço a ser executado, o supervisor desempenhará ainda o papel de interlocutor entre a Contratante e o Contratado, zelando pela adequada prestação dos serviços e comportamento da equipe em todos os seus aspectos, o que pressupõe o controle de jornadas, ausências, substituições, inadequações comportamentais.

Uma vez exposta a situação fática, relevante lembrar que Lei nº 12.960/12, em seu art. 5º, prevê: "A Cooperativa de Trabalho não pode ser utilizada para intermediação de mão de obra subordinada"

Nessa senda, importante observar o que prevê a Súmula 281, do Tribunal de Contas da União que dispõe sobre a vedação de cooperativas em licitação:

"SÚMULA Nº 281 É vedada a participação de cooperativas em licitação quando, pela natureza do serviço ou pelo modo como é usualmente executado no mercado em geral, houver necessidade de subordinação jurídica entre o obreiro e o contratado, bem como de pessoalidade e habitualidade."

Farta ainda é a jurisprudência da Corte de Contas da União, no mesmo sentido:

"É vedada a participação de cooperativas em licitação quando, pela natureza do serviço ou pelo modo como é usualmente executado no mercado em geral, houver necessidade de subordinação jurídica entre o obreiro e o contratado, bem como de pessoalidade e habitualidade."(Acórdão nº 1815/2003-Plenário e Acórdão nº 307/2004-Plenário)

"Defina, quando da realização de licitações para contratação de mão-de-obra terceirizável, a forma pela qual o labor será executado com supedâneo em contratações anteriores. Se ficar patente que essas atividades ocorrem, no mais das vezes, na presença do vínculo de subordinação entre o trabalhador e o fornecedor de serviços, deve o edital ser expresso (e fundamentado) quanto a esse ponto, o que autorizará a vedação à participação de cooperativas de trabalho, ou de mão-de-obra, de acordo com entendimento firmado no Acórdão nº 1815/2003 – Plenário – TCU".

Nesse mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento quanto a impossibilidade de participação de cooperativas em casos de subordinação dos funcionários:

"A Corte Especial pacificou entendimento segundo o qual é inadmissível a participação de cooperativas em processos licitatórios para contratação de mão de obra quando o labor, por sua natureza, demandar necessidade de subordinação, ante os prejuízos que podem advir para a Administração Pública caso o ente cooperativo se consagre vencedor no certame e não cumpra suas obrigações. (grifamos) Precedentes. 3. Recurso especial provido. (REsp. n° 2010/0140662-4- Relatora: Ministra Eliana Calmon - Publicação em 29/10/2012).

E o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo acerca da vedação de participação de cooperativas, conforme decisões proferidas por esta Colenda Corte nos processos TC-016794.989-4 e TC-016855.989-19.0, cuja ementa ora se transcreve:

"Representações contra o edital do Pregão Presencial n.º 28/2019, Processo Administrativo n.º 000.918, objetivando a

contratação de empresa para prestação de serviços médicos para a atenção básica da Secretaria da Saúde. EMENTA: EXAMES PRÉVIOS DE EDITAL. COOPERATIVAS. QUALIFICAÇÃO TÉCNICA. JULGAMENTO ANTERIOR. PROCEDÊNCIA PARCIAL. 1. Conforme reconheceu a própria Origem, a tornar o ponto incontroverso, é necessário, para se adequar plenamente ao julgamento desta Casa nas representações anteriores, que seja consignada expressamente a proibição de participação de cooperativas. 2. Por extrapolar o rol taxativo do artigo 30 da Lei de Licitações, imprescindível a exclusão da exigência de fornecimento, para fins de aferição da qualificação técnica, de "Contrato de Prestação de Serviços ou as Notas Fiscais de Prestação de Serviços".

A razão para essa vedação pauta-se no fato de que a disciplina das cooperativas violaria pilar basilar do Direito do Trabalho (art. 3º, da CLT). Nesse conflito de interesses e valores, direito das cooperativas x diretriz para a formação das relações de trabalho, prevaleceu o segundo, pois relaciona-se com direito constitucional fundamental.

Nesse sentido, com o máximo respeito, verifica-se que toda a legislação de regência é uníssona quanto a impossibilidade de contratação de cooperativa de trabalho quando o objeto do procedimento licitatório puder ser executado com autonomia, e sem vínculo de subordinação entre a empresa contratada pela Administração e os funcionários por ela disponibilizados para prestação de serviços.

Pelo exposto, com lastro nos posicionamentos levantados, verifica-se, com o máximo respeito, que o Edital está em desconformidade com as disposições legais e em desatendimento com as orientações da Egrégia Corte de Contas da União e do Egrégio Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, devendo ser retificado de maneira a vedar a contratação de cooperativas e organizações sociais para execução do objeto da presente licitação.

DOS INTERVALOS INTRAJORNADA

Impugnam-se os itens abaixo constantes do Termo de referência, vejamos:

7.5.130 Respeitar um intervalo intrajornada de mínimo de 11 (onze) horas entre duas jornadas de trabalho, para qualquer jornada de trabalho realizada, a fim de garantir a saúde a segurança do profissional e manter a qualidade da assistência ao paciente, independentemente do vínculo jurídico com a CONTRATADA, seja por meio de contrato de prestação de serviços, contrato de trabalho, cooperativas, ou ainda que sejam os profissionais sócios ou associados da CONTRATADA.

7.5.131 Respeitar um intervalo intrajornada de 15 minutos para os profissionais que atuarem de 04 (quatro) a 06 (seis) horas; e de 01 (uma) hora para os profissionais que atuarem mais de 06 (seis) horas na unidade hospitalar, para descanso e/ou refeições, independentemente do vínculo jurídico com a CONTRATADA, seja por meio de contrato de prestação de serviços, contrato de trabalho, cooperativas, ou ainda que sejam os profissionais sócios ou associados da CONTRATADA.

7.5.132 Os profissionais plantonistas deverão cumprir a jornada de trabalho de 12 horas, respeitando um intervalo interjornada mínimo de 11 (onze) horas entre duas jornadas, ainda que o vínculo jurídico com a CONTRATADA seja por meio de contrato de prestação de serviços, contrato de trabalho, cooperativas, ou ainda que sejam os profissionais sócios ou associados da CONTRATADA.

Sabe-se que a Administração Pública está vinculada ao princípio da legalidade, no qual o administrador não pode fazer o que bem entender, ou seja, a Administração só pode agir segundo a lei, só pode fazer aquilo que a lei expressamenteautoriza e, no silêncio desta, fica proibido de agir.

Esclarece Hely Lopes Meirelles que "a legalidade, como princípio de administração, significa que o administrador público está, em toda sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei, e às exigências do bem comum, e deles nãose pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor se à responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso".

Assim, a Administração, ao impor unilateralmente obrigações aos administrados, deverá fazê-lo dentro dos limites estabelecidos por lei à qual pretendem dar execução.

Nesse aspecto, verifica-se que, no termo de referência, constam disposições (itens supracitados) que mencionam sobre o dever de respeitar o intervalo interjornada de no mínimo 11 (onze) horas entre duas jornadas detrabalho, a fim de garantir a saúde e a segurança do profissional e manter a qualidade da assistência ao paciente, mas inexiste qualquer proibição expressa no sentido de proibir à contratada a realização de plantões por mais de 24 (vinte e quatro) horaspor um mesmo profissional.

Além do mais, a referida cláusula 7.5.30“Respeitar um intervalo interjornada de mínimo de 11 (onze) horas entre duas jornadas de trabalho, para qualquer jornada de trabalho realizada, a fim de garantir a saúde e a segurança do profissional e manter a qualidade da assistência ao paciente”, sequer especifica que tipo de plantão está condicionado, ou seja, se está se referindo a plantões presenciais ou de sobreaviso.

Trata-se de cláusula genérica e ambígua, uma vez que não especifica a que tipo de plantão está se referindo, se são plantões de sobreaviso ou plantões presenciais. Pois, são objetos totalmente diferentes e o objeto licitado é de plantão de sobreaviso. Logo, a cláusula deve ser reformulada a fim de deixar clara a informação, especificando o tipo de plantão: Sobreaviso ou presencial? E há proibição na extensão da carga horária?

Para tanto, o referido item 7.5.130 deve observar a preposição gramatical **“a fim de”**, que, pelo conceito interpretativo correto condiciona a oração anterior à finalidade de garantir a saúde, segurança do profissional e manter qualidade da assistência ao paciente, ou seja, tal finalidade é proporcionar zelo e cuidado ao paciente e trabalhador de modo a garantir a funcionalidade adequada.

A princípio, considera-se em sobreaviso o empregado que, à distância ésubmetido a controle patronal por instrumentos telemáticos ou informatizados, permanecer em regime de plantão ou equivalente, aguardando a qualquer momento ochamado para o serviço durante o período de descanso. Previsão Legal: Artigo 244, §2º e § 3º da CLT, Lei nº 5.811/72 e Lei nº 7.183/84".

As disposições da CLT não são aplicáveis a toda categoria de trabalhador, mas **apenas aos empregados no sentido estrito da palavra**. Isso quer dizer que se aplica a quem é contratado formalmente com vínculo empregatício na Carteira de Trabalho, ou então, a quem comprova a existência dos requisitos da relação de emprego, previstos no art. 3º da CLT, que são: pessoa física, não eventualidade, pessoalidade, onerosidade e subordinação.

Em que pese nossos profissionais não estarem subordinados a CLT, até mesmo as decisões do Tribunal Superior do Trabalho possuem entendimento de que a mera permanência do trabalhador em regime de sobreaviso entre o término de uma jornada normal de trabalho e o início da seguinte — ainda que fosse caracterizada — não implica em sonegação do intervalo de interjornada mínimo previsto no artigo 66da CLT, conforme a decisão transcrita abaixo:

“RECURSO DE REVISTA. PROCESSO SOB A ÉGIDE DA LEI 3.015/2014. 1. INTERVALO INTERJORNADA. SUPRESSÃO. HORAS DE SOBREAVISO. A submissão do empregado ao regime de sobreaviso, nos termos da Súmula 428, II/TST, não restringe, comamplitude, a sua liberdade de locomoção, tampouco implica em exercício efetivo do trabalho, podendo ele gozar, durante este período, do repouso, do lazer e da convivência familiar. Nesse contexto, não se tratando de período em que o trabalhador exerce efetivamente o labor, o sobreaviso pode ser computado como tempo de descanso para fins de reconhecimento do intervalo interjornada”. Recurso a que se nega provimento.” (TRT18, RO - 0001016-65.2011.5.18.0005, Rel. PAULO PIMENTA, 2ª TURMA, 08.02.2012)(TRT-18 - RO: 00010166520115180005 GO 0001016-65.2011.5.18.0005, Relator: PAULO PIMENTA, Data de Julgamento: 08.02.2012, 2ª TURMA.)

Veja que, no caso de sobreaviso, o profissional não necessita estar presenteno local de trabalho durante todo o horário de plantão, mas tão somente quando for convocado, sendo que o próprio Tribunal Superior do Trabalho entendeT que o sobreaviso pode ser reconhecido como intervalo de interjornada, pois a submissão do profissional ao sobreaviso não restringe a sua locomoção, podendo o empregado gozarde descanso e lazer durante o período de sobreaviso, enquanto não há a sua convocação.

No presente caso, os serviços médicos de sobreaviso prestados por pessoa jurídica podem adotar critérios de horas consecutivas de plantão e número de plantõessemanais como entenderem ser melhor para a empresa e os seus profissionais, não havendo esgotamento dos médicos por realizarem carga horária superior a 24 (vinte e quatro) horas consecutivas, por se tratar exclusivamente de plantões de sobreaviso, emque o profissional é requisitado somente quando há a devida necessidade.

Posto isso, temos a informar que nossos profissionais não possuem desgastes físicos ou emocionais ao ampliar a carga de trabalho do sobreaviso e não há ocorrência dequalquer dano aos pacientes oriundos da assistência médica por parte desta empresa.

Inclusive, a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro preconiza que:

"Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.
§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto,limitado ou condicionado a ação do agente."

Ou seja, a interpretação das normas contratuais deve ser sempre realizada considerando o panorama onde ela está sendo aplicada, pois a simples existência de cláusula genérica não significa vedação/proibição de tal conduta, principalmente quando tal cláusula não está baseada em Lei e não proíbe expressamente a consecuçãode plantões de sobreaviso pelo mesmo profissional, como ocorre neste caso.

O próprio Código de ética médica estabelece em seu Capitulo II (Direitos dos médicos), inciso VIII, que:

"É direito do médico: decidir, em qualquer circunstância, levando em consideração sua experiência e capacidade profissional, o tempo a ser dedicado ao paciente sem permitir que o acúmulo de encargos ou de consultas venha prejudicar o seu trabalho."

Nesse entendimento, cabe ao próprio médico estabelecer os seus limites a fim de que exerça suas atividades com eficácia e zelo, em benefício do paciente e de sua própria saúde.

Ou seja, os serviços médicos prestados por pessoa jurídica podem adotar critérios de horas consecutivas de plantão de sobreaviso e número de plantões semanais como entenderem ser melhor para empresa e seus profissionais, sempre prezando para que suas atividades sejam realizadas com eficácia e zelo, em benefício do paciente.

Além disso, o próprio Conselho Regional de Medicina do Estado de Minas Gerais já exarou no Parecer Consulta n. 237 de 15/12/2017 que "não há impedimento, por parte do CRM, para jornadas de plantões com cargas superiores a 24 horas. (...)", bem como respondeu

no Parecer CRM-MG Nº 154/2017 – PROCESSO-CONSULTA Nº 6.110/2017 sobre a ausência de impedimento quanto ao número de plantões de sobreaviso por mês, vejamos:

"DA CONSULTA O Consulente trouxe a este Conselho suas dúvidas acerca de plantões de sobreaviso, nos termos que se seguem: 1 - Há impedimento quanto ao número de plantões de
sobreaviso por mês? 2 - Há impedimento de plantões de sobreaviso em dias subsequentes? **(...)**
Pela natureza do plantão de disponibilidade em sobreaviso, ou seja, poder ser cumprido em residência ou outro local acessível, é comum que nem seja chamado/acionado para atender. Portanto, permite maior frequência de participação em escala conforme a exigência da especialidade, a demanda habitual na especialidade e a capacidade de trabalho de cada profissional.Não háimpedimentos quanto ao número de plantões mensais em sobreaviso, devendo ser pactuado entre os profissionais e a Direção Técnica da instituição. Respondido anteriormente. (...)"

Igualmente, o Conselho Regional de Medicina da Bahia, através do parecer CREMEB 11, de 05/10/2010, ao tratar da legalidade da aplicação da jornada de plantões médicos e exercidos por pessoas jurídicas, conclui:

"considerando a ausência de normatização determinando o tempo máximo de plantões contínuos que um médico plantonista de emergências pode cumprir; considerando que oprofissional, conhecendo seu estado físico e mental, estabeleça os limites de forma que exerça suas atividades comeficácia e zelo e em benefício do paciente; considerando que as questões referentes a descanso durante plantões de emergência podem ser determinadas por consenso entre o corpo clinico e a instituição; considerando que é dever dodiretor técnico da instituição assegurar condições dignas de trabalho, visando melhor desempenho do corpo clinico,conciliando a demanda do serviço, o número de profissionais necessários à assistência e o necessário repouso destes; considerando que os serviços médicos referidos neste E**xpediente-consulta são efetuados por prestadores contratados por empresas e não pessoas físicas; conclui-seque o critério adotado de no máximo 48 horas consecutivas deplantão e no máximo 4 plantões semanais de 24 horas pode ser considerado legal , uma vez que são serviços contratados por pessoas jurídicas, desde que respeitados os limites do estado físico e mental do profissional, de forma que ele exerçasuas atividades com eficácia e zelo e em benefício do paciente e com o devido conhecimento do diretor técnico da instituição." (**CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DA BAHIA, 2010, p.2).

É de bom alvitre mencionar que o fundamentalismo excessivo sem enxergar as nuances práticas do sistema é um erro de qualquer gestor de saúde, que deve possuir habilidade prática, resiliência e bom senso. Enxergar interpretações exageradas e prejudiciais à operacionalidade do serviço acaba reverberando em enormes prejuízos.

Ademais, tem-se que considerar que médicos especialistas com RQE estão escassos no mercado, não sendo possível conseguir um amplo número de médicos para cumprir

plantões de sobreaviso, de modo que, se não há normativa que obrigue aempresa a fornecer determinada quantidade de médicos na prestação dos serviços, bem como inexiste normativa que proíba a consecução de plantões de sobreaviso por mais de 24 (vinte e quatro) horas, se faz necessária a exclusão dos referidos itens por não possuírem qualquer embasamento legal.

É importante, ainda, consignar que existem vários vícios nas cláusulas contratuais, bem como existem diversos erros materiais do tipo "copia e cola", uma vezque há diversas cláusulas contidas no contrato administrativo que não são aplicáveis aos plantões de sobreaviso, mas tão somente aos plantões presenciais, o que demonstra que esta comissão de licitação deve ter razoabilidade nos critérios de exigência das obrigações, buscando sempre verificar a compatibilidade da cláusula com os serviços realmente contratados.

Vejamos este exemplo: o item 7.5.124 dispõe que: "O médico em plantão presencial deve atender prontamente ao paciente, sem assumir qualquer outro tipo de atividade na unidade hospitalar, ou fora dela, durante o período em que estiver cumprindo a jornada de plantão presencial, sob pena de pedido de rescisão unilateral do contrato à CONTRATADA".

Ora, o objeto do contrato da presente licitação nº 095/2023 não contempla plantão presencial, mas tão somente plantão em sobreaviso, então como podemos considerar a inserção desta cláusula?

Outro exemplo de erro na elaboração do termo de referência é o item 7.5.180, no qual constaque "É de responsabilidade da CONTRATADA apresentar à Coordenação de Tecnologia da Informação TI, bem como ao setor de Contratos, para inicialização da prestação de serviços, objeto deste contrato, o certificado Digital em plena validade, e respectiva Licença de Módulo de Assinatura Digital e Certificação em Saúde (MADICS), de toda a equipe médica".

Acredita-se que possivelmente se trate de um erro material e descuido de quem elaborou ou utilizou contratos alheios totalmente diversos e copiou e colou neste processo licitatório, pois, provavelmente, desconhece as práticas médicas, já queo sistema de certificado Digital tipo A3 é confidencial, por sistema de pen-drive ou cartão magnético de cada profissional, e é totalmente arbitrário o ato de entregar tal certificado de toda equipe médica, por se tratar de documento intransferível.

Mais exemplos ainda não faltam, de mal elaboração a quem realizou utilizando de um "copia e cola" de objetos totalmente diferentes do presente, vejamos:

"7.6.5 "Quando da necessidade de permanência física nainstituição em regime de plantão presencial, para o Cumprimento do objeto desse Termo, fornecer o espaço para o repouso para o profissional, banheiro, refeitório, conforme estrutura disponível na unidade, sendo de responsabilidade da CONTRATADA os mobiliários e outros itens necessários para o local."

Denota-se que a maioria das cláusulas são atinentes aos plantõespresenciais, sendo que há outras cláusulas quenem mesmo fazem qualquer referência ao tipo de plantão, se presencial ou de sobreaviso. Há tamanha incoerência que pode prejudicar a interpretação, pois servidores públicos que não sabem realizar interpretação de texto corretamente podem prejudicar a contratada.

Vejamos que a cláusula7.8.120 do Termo de referência, obriga a contratada a fornecer ponto eletrônico, o que se faz também de forma genérica,vejamos:

7.5.137 Garantir o registro eletrônico e controle da presença dos profissionais na unidadehospitalar diariamente, de forma tempestiva, atendendo a legislação vigente sobre o tema econforme as diretrizes e as orientações da Contratante, devendo a Contratada providenciar ainstalação de equipamento para registro eletrônico da jornada de trabalho de cadaprofissional, nos horários correspondentes à entradae saída na unidade. Cada profissionaldeverá registrar da presença, correspondendo apenas ao serviço que prestou na unidade.

Depreende-se que a clausula acima nãopossui clareza, uma vez que não especifica o tipo de plantão, sobreaviso ou presencial, o que certamente deve se aplicar aos plantões presenciais, eis que o plantão de sobreaviso é incompatível com o registro de ponto eletrônico, a não ser que a empresa realize tais registros via sistema de tecnologia à distância, mediante registro online de ponto, uma vez que o profissional de sobreaviso não fica presencialmente na unidade todos os dias, mas tãosomente quando convocado.

Qualquer exigência que afete o quantitativo de profissionais significa tornar a execução dos serviços extremamente dificultosa e sem qualquer razoabilidade, de modo que o poder público deve realizar a interpretação do contrato administrativo sempre de maneira menos onerosa ao contratado, observando o conjunto das disposições, sem o fazer de forma isolada.

Sabe-se que na interpretação dos contratos administrativos, levar-se-á em conta o interesse público, mas não se rejeitará a proteção que é devida ao contratado, nem se negarão os princípios da boa-fé e da probidade, os quais devem ser rigorosamente respeitados pelo Poder Público, fazendo-se interpretação da maneira menos onerosa ao contratado no conjunto das disposições e não isoladamente.

Porém, sabemos que existem servidores públicos da gestão que são fundamentalistas e que podem utilizar destes contextos de erro material para prejudicar a contratada, razão pela qual não pode haver qualquer dúvida ou interpretações equivocadas, já que se trata de serviços difíceis de realizar e as incoerências podem prejudicar financeiramente a contratada.

Esta empresa trabalha sempre com resiliência e flexibilidade, pois entende que o fundamentalismo excessivo e os erros de interpretações podem prejudicar o interesse público, portanto, é importante que tais pontos sejam devidamente elucidados, sanando-se todas as contradições apontadas.

A Administração deve ponderar pela razoabilidade, sem haver **formalismo exacerbado, pois desta forma, a continuidade dos serviços se torna inviável, o que poderá acarretar na suspensão dos referidos serviços e certamente traria prejuízos à saúde pública deste Estado.**

Desta forma, solicitamos melhor esclarecimento do termo de referência, ante as ponderações expostas acima, a fim de que possa haver a devida razoabilidade e bom senso nas exigências editalícias.

DO PEDIDO

Aduzidas as razões que balizaram o presente pedido de esclarecimentos e Impugnação, requer-se, com supedâneo na Lei nº. 14.133/21, bem como nas demais legislações vigentes, o recebimento, análise e admissão desta peça, para que as questões levantadas sejam esclarecidas, bem como seja acolhida a impugnação ofertada, por versarem sobre obrigação sem respaldo legal, devendo o ato convocatório ser retificado nos termos acima solicitado.

DOS PEDIDOS

Do exposto e com base nos suficientes argumentos expendidos, requer digne-se Vossa Senhoria de acatar o pedido de impugnação do referido edital, determinando a suspensão do Edital de Pregão Eletrônico nº 95/2023, para o fim de alterar as exigências contidas no Edital quanto aos itens impugnados nos fundamentos desse Recurso de Impugnação.

Vale dizer que caso esta Administração não aceite o pedido em questão, requer-se que a mesma seja clara quanto à regularidade de ação tomada, para que seja o mesmo objeto de discussão em processo judicial.

Termos em que,

pede deferimento.

Cuiabá/MT, 18 de dezembro de 2023.

ADOP SERVICOS MEDICOS LTDA:31966384000125

Assinado de forma digital por ADOP SERVICOS MEDICOS LTDA:31966384000125
DN: c=BR, o=ICP-Brasil, st=MT, l=Cuiaba, ou=AC CERTIFICA MINAS v5, ou=41460789000140, ou=Videoconferencia, ou=Certificado PJ A1, cn=ADOP SERVICOS MEDICOS LTDA:31966384000125
Dados: 2023.12.18 22:20:39 -03'00'
Versão do Adobe Acrobat: 2020.006.20042

ADOP SERVIÇOS MÉDICOS LTDA

RESPOSTA A IMPUGNAÇÃO
PREGÃO ELETRÔNICO N° 095/2023/SES/MT
Processo: SES-PRO-2023/61391

A SECRETARIA DE ESTADO DE SAÚDE DE MATO GROSSO, inscrita no CNPJ sob o n 04.441.389/0001-61, com sede no Centro Político e Administrativo – CPA, Bloco 05, nesta Capital, doravante denominada SES/MT, neste ato representada pela Pregoeira Oficial da SES, abaixo assinado, nomeada através da Portaria n.º 374/2023/GBSES publicada em 17/05/2023, vem através deste manifestar resposta a impugnação formalizado pela empresa **ADOP SERVIÇOS MEDICOS LTDA** enviado ao e-mail pregao02@ses.mt.gov.br.

I - DO RELATÓRIO

Trata-se de procedimento licitatório, cujo objeto consiste na **"CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS EM ORTOPEDIA E TRAUMATOLOGIA, ADULTO, POR MEIO DE PROFISSIONAIS QUALIFICADOS, NO ÂMBITO DO HOSPITAL ESTADUAL LOUSITE FERREIRA DA SILVA, SOB GESTÃO DIRETA DA SECRETARIA DE ESTADO DE SAÚDE DE MATO GROSSO"".** conforme especificações, detalhamentos e condições constantes neste Edital e seus anexos, proveniente do Processo Administrativo nº SES-PRO-2023/61391

II – DA TEMPESTIVIDADE

Informamos que a presente impugnação se encontra tempestiva, visto que o Edital estava com sessão agendada para o dia 21 de dezembro de 2023, e a impugnação foi enviado via e-mail 19.12.2023 as 22hse33min, embora o edital é claro quanto ao envio pelo sistema SIAG e mesmos sem comprovação de erro no mesmo, respondemos para mantermos a lisura do processo.

III - DA ANÁLISE DO PEDIDO

Considerando a impugnação apresentada referente a permissão de participação de Cooperativas e ainda quanto aos intervalos da intrajornada.

Considerando manifestação da área técnica em anexo, que mantém as exigências.

Considerando que o Edital de licitação deve estabelecer o essencial, necessário ou suficiente para a habilitação e fornecimento do objeto, ou seja, deverá conter exigências e características imprescindíveis para contratação dos serviços e consequentemente o atendimento aos Usuários do SUS de forma segura.

Dessa forma, com a finalidade de privilegiarmos a competitividade, RECEBEMOS a Impugnação ao Edital do Pregão Eletrônico 095/2023 quanto ao seu mérito e JULGAMOS improcedente.

Cuiabá MT, 29 de novembro de 2023.

KELLY FERNANDA GONCALVES:87676052149

Assinado de forma digital por KELLY FERNANDA GONCALVES:87676052149

Pregão da SES <pregao02@ses.mt.gov.br>

Pregão 095.2023

raphael denner <raphaeldennersouza@gmail.com> 19 de dezembro de 2023 às 16:22
Para: Pregão da SES <pregao02@ses.mt.gov.br>

Senhora Pregoeira,

Cumprimentando-a cordialmente, sirvo-me do presente para, em atenção a impugnação encaminhada pela empresa **ADOP SERVIÇOS MÉDICOS LTDA**, referente ao Termo de Referência n° 018/2023/HELFS/SES/MT, Pregão Eletrônico n° 095/SES/MT/2023, cujo objeto é a contratação de empresa especializada em prestação de serviços médicos em Ortopedia e Traumatologia no âmbito do Hospital Estadual Lousite Ferreira da Silva, informar o quanto segue.

DA AUSÊNCIA DE VEDAÇÃO A PARTICIPAÇÃO DE COOPERATIVAS.

Preliminarmente, cumpre-nos destacar que o Termo de Referência n° 018/2023/HELFS/SES/MT foi elaborado com base nos termos da Lei n° 14.133/2021, a qual, no art. 9° e 16 esclarece que, como regra geral, é proibido estabelecer nos editais quaisquer cláusulas que restrinjam ou frustrem o caráter competitivo da licitação, inclusive no caso de sociedades cooperativas, bem como ressalta que os profissionais organizados sob a forma de cooperativa poderão participar de licitação, observando a obediência das diretrizes do dispositivo legal.

No mesmo sentido, a Lei n° 12.690/2012, que trata da organização e o funcionamento das Cooperativas de Trabalho, estabelece:

> *Art. 10. (...)*
>
> *§2°. A cooperativa de trabalho não poderá ser impedida de participar de procedimentos de licitação pública que tenham por escopo os mesmos serviços, operações e atividades previstas em seu objeto social.*

Ademais, ressaltamos que esse também é o entendimento do renomado jurista Marçal Justen Filho (2012), quando preceitua:

> *"Essas considerações permitem afirmar que é possível e viável a participação de cooperativa em licitação quando o objeto licitado se enquadra na atividade direta e específica para a qual a cooperativa foi constituída. Se, porém, a execução do objeto contratual escapar à dimensão do "objeto social" da cooperativa ou caracterizar atividade especulativa, haverá atuação irregular da cooperativa. "*

Destarte, as sociedades cooperativas estão legitimadas a participar de licitações públicas, podendo se sagrar vencedoras do certame se preencherem os requisitos impostos para habilitação, fixados no ato convocatório, bem como apresentarem preço mais vantajoso para a Administração Pública.

Ainda, imperioso destacar que a participação de sociedades cooperativas nas licitações públicas não é apenas permitida, mas estimuladas pelo Poder Público, conforme se infere da leitura do art. 34 da Lei Federal n° 11.488/2007, cujo teor estabelece que as benesses garantidas às microempresas e empresas de pequeno porte sejam também estendidas às sociedades cooperativas como forma de incentivar esse tipo de organização.

DOS INTERVALOS INTRAJORNADA

Ademais, cumpre-nos salientar que consta no âmbito da 2° Retificação ao Termo de Referência n° 018/2023/HELFS/SES/MT as seguintes cláusulas, *in verbis:*

7.13. DEMAIS ESPECIFICAÇÕES E EXIGÊNCIAS.

(...)

7.13.106. Os plantões presenciais poderão ser realizados com escala de 24 (vinte e quatro) horas por um mesmo plantonista, desde que não exceda 24 (vinte e quatro) horas e haja análise e autorização prévia da CONTRATANTE, conforme Parecer n° 03/2017/CRM/MT.

(...)

7.13.108. Os plantões presenciais/sobreaviso poderão ser fracionados em escalas de 04 (quatro), 06 (seis), 08 (oito) ou 12 (doze) horas, desde que não haja prejuízos aos serviços prestados em prol da CONTRATANTE, conforme Parecer n° 34/2021/CRM/MT.

(...)

7.13.114. A exigência de intervalo intrajornada e interjornada não se aplicam na modalidade de prestação de serviço à distância (sobreaviso), conforme Parecer n° 03/2017/CRM/MT.

(...)

7.13.118.1. O registro do ponto eletrônico para o plantão sobreaviso será realizado pelo profissional quando for acionado pela Unidade Hospitalar, no início e fim do atendimento, sem prejuízo da remuneração pelo período que ficar em disponibilidade e não houver solicitação ou chamado pela CONTRATANTE.

Assim, os itens acima mencionados são informações imprescindíveis que, necessariamente, devem conter no âmbito do Termo de Referência, em consonância a consultoria integrada com grupo de trabalho composto por Controladoria Geral do Estado – CGE/MT, Auditoria Geral do SUS – AGSUS, Secretaria de Estado de Saúde de Mato Grosso – SES/MT e Conselho Regional de Medicina de Mato Grosso – CRM/MT, especificado por meio do processo CGE-PRO-2023/01378.

Atenciosamente,

Raphael Souza.

Gestão Hospitalar/SES.

Zelma Beatriz Paz Miranda.

Coordenadora de Gestão e Organização dos Serviços/SES.

[Texto das mensagens anteriores oculto]