

RESPOSTA AO RECURSO**REF: TERMO DE REFERENCIA Nº 0112/2023**

Constata-se da peça recursal apresentada, argumentos para questionar o Termo de Referência nº 0112/2023, quais sejam:

1. Apresentação da proposta comercial e documentos de habilitação

Resposta: O termo de Referência nº 0112/2023 é o documento norteador das fases do referido processo de contratação, sendo totalmente válido as proposições da Instituição, esclarecendo que as cláusulas são utilizadas em outras contratações, sem ressalvas.

A disposição preliminar do Termo de Referência inclusive, importa no aceite integral dos termos apresentados conforme replicado abaixo:

“O envio da proposta para a prestação de serviços neste Termo de Referência importará no aceite total dos termos apresentados neste Termo de Referência e Minuta de Contrato em anexo”.

Outrossim, é importante frisar que a AEBES é pessoa jurídica de direito privado, não integrando, portanto, a administração pública direta e nem indireta, sendo que, não há obrigatoriedade de cumprimento das normas gerais de licitações estabelecidas para contratação dos entes públicos, havendo apenas recomendação para que isso ocorra.

Diante disso, a AEBES mantém a decisão, conforme razões expostas, vez que restou constatada a regularidade dos atos praticados.

Vitoria – ES, 09 de janeiro de 2024.



João Bosco Won Held Gonçalves de Freitas Filho
Vinicius Carreiro Honorato
Ruana Arcas Martins Costa de Andrade Silva
João Gabriel Won-Held Gonçalves de Freitas
Giselly Silva Caetano
Carlos Rafael Drummond Alvarez
Leonardo Oliveira Silveira Santos Martins
Rafael Gonçalves de Abreu
Thaís de Oliveira Coutinho
Andressa Silva de Lima
Gabriel do Carmo da Cruz Sousa
Natália Oliveira Perles dos Santos

AO ILUSTRÍSSIMO AGENTE DE CONTRATAÇÃO DA ORGANIZAÇÃO SOCIAL DE SAÚDE ASSOCIAÇÃO EVANGÉLICA BENEFICENTE ESPÍRITO SANTENSE

REFERÊNCIA: TERMO DE REFERÊNCIA 0112/2023

LIFECARE - GESTÃO, ASSISTÊNCIA E EDUCAÇÃO EM SAÚDE LTDA, pessoa jurídica de direito privado, estabelecida na Avenida das Américas, nº 700, Bloco C, sala 138, Barra da Tijuca, Rio de Janeiro – RJ, CEP 20.071-004, inscrita no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica - CNPJ nº 12.239.739/0001-30, endereço eletrônico administrativo@lifecaresaude.com.br, neste ato representada por seu sócio **ELTON ALFONSO LOPES DA SILVA**, brasileiro, casado, médico, inscrito no CPF sob o nº 026.112.139-17, por intermédio dos seus advogados adiante assinados, com escritórios profissionais situados na Avenida José Silva de Azevedo Neto, 200, Bloco 5, sala 353, Barra da Tijuca, Rio de Janeiro – RJ, CEP 22775-056, bem como na Av. Doutor Mario Guimarães, 533, térreo, Centro, Nova Iguaçu – RJ, CEP 26255-230, e-mail jboscofilho@jboscofilho.com.br, apresenta, tempestivamente, **RECURSO**, nos termos do item 9.7¹ do Edital, conforme passa a expor.

I – DA BREVÍSSIMA SÍNTESE DO CASO

1. Trata-se de procedimento de compra realizado pela Organização Social de Saúde Associação Evangélica Beneficente Espírito Santense – AEBES, que gere o Hospital Estadual de Urgência e Emergência - HEUE, unidade de saúde Estadual.
2. De acordo com o Termo de Referência 0112/2023, o objetivo do processo é a contratação de empresa especializada no serviço de diagnóstico por imagem, do tipo menor preço com fornecimento de mão de obra técnica e qualificada, além de todos os

¹ 9.7 Encerrado o processo na plataforma www.publinexo.com.br/privado/ o resultado será publicado no site <https://www.evangelicovv.com.br/institucional/2478-briefings-heue>, qualquer participante do referido Termo de Referência poderá recorrer do resultado, interpondo o recurso com as razões de pedido e seus fundamentos, até às 17h do terceiro dia útil, após a data de publicação, de forma motivada e com o registro de suas razões.



JOÃO BOSCO FILHO
ADVOGADOS

equipamentos para a realização dos seguintes exames: tomografia, angiotomografia, raio x, ultrassonografia, ecodoppler, eco sob estresse e ecocardiograma.

3. O certame de contratação tramita de forma eletrônica na plataforma “publinexo” e, segundo o Termo de Referência, envolve as fases de apresentação de propostas e lances.
4. Contudo, a empresa recorrente foi desclassificada logo após a fase de abertura das propostas, pois, consoante despacho exarado na plataforma publinexo, não apresentou os documentos na forma do item 5.2.2² do termo de referência (apresentação da proposta junto com os documentos de habilitação).
5. O resultado do certame foi publicado em ATA no dia 04/01/2024, sagrando-se vencedora na disputa a LPG DIAGNÓSTICO POR IMAGEM LTDA, empresa do Grupo LMULE, que, inclusive é a atual prestadora de serviço no HEUE.
6. Logo, nas linhas abaixo a LIFECARE demonstrará a ilegalidade de sua desclassificação amparada na Lei, bem como no regulamento de contratação estabelecido pela própria AEBES para o HEUE.

II – DAS RAZÕES DO RECURSO E SEUS FUNDAMENTOS

7. Conforme mencionado no item anterior, trata-se de procedimento de contratação de mão de obra especializada na prestação de serviço específico de saúde em unidade hospitalar gerida pela OS AEBES.
8. Nesse sentido, o processo de contratação das Organizações Sociais se dá entre a empresa privada qualificada como Organização Social e outras empresas privadas interessadas na consecução do serviço a ser adjudicado.
9. Logo, a empresa que deseja ser qualificada como OS recebe tal qualificação do ente público e recebe por contrato de gestão de bens ou serviços públicos vinculados à atividade estatal aderente pela OS, no caso da AEBES à atividade de saúde.
10. Em âmbito federal, a Lei que regula as Organizações Sociais é a Lei n. 9.637/1998, que funciona como norma geral, cabendo aos Estados legislar

² 5.2.2 Junto com a proposta de preço, o interessado deverá apresentar os documentos alusivos à sua habilitação, nos termos do item 8 deste Termo de Referência, sob pena de eliminação do certame.



JOÃO BOSCO FILHO
ADVOGADOS

especificamente, bem como elaborar regulamentos para qualificação de Organizações Sociais em seu território.

11. Nesse sentido, como a AEBES é uma Organização Social qualificada pelo Estado do Espírito Santo, aquela deve submeter-se aos ditames da Lei Complementar estadual n. 993 de 27 de dezembro de 2021.

12. Na referida Lei Complementar, um dos requisitos para a qualificação é, segundo o artigo 2º, II, alínea "a"³, dispor de manual para a contratação de obras, serviços, compras e alienações.

13. Pois bem, a LIFECARE foi desclassificada segundo o item 5.2.2 do Termo de Referência que aduz: *"Junto com a proposta de preço, o interessado deverá apresentar os documentos alusivos à sua habilitação, nos termos do **item 8** deste Termo de Referência, sob pena de eliminação do certame"*.

14. Nesse sentido, o item 8 do TR diz respeito ao documento de habilitação obrigatório, que envolve habilitação jurídica (subitem 8.1), qualificação técnica (subitem 8.2) e regularidade fiscal e trabalhista (subitem 8.3). Logo, o Termo de Referência condiciona a continuação do certame para a fase de lances e apresentação da documentação.

15. **Contudo, no seu próprio regulamento de compras para o Hospital Estadual de Urgência e Emergência, há previsão que o momento para apresentação da documentação da habilitação é após o resultado do certame.** Veja-se a dicção do artigo 27 do Regulamento de aquisição de bens e serviços do HEUE.

Art. 27 - As empresas **vencedoras** dos processos de contratação de serviços **deverão apresentar** as certidões de regularidade fiscal perante as Fazendas Federal, Estadual e Municipal, Trabalhista e de FGTS.

16. Note-se que o regulamento diz que o momento de apresentação dos documentos de habilitação é após o resultado do certame e não no momento da apresentação da proposta. E isso decorre por uma questão de eficiência, pois seria contraproducente a verificação da documentação de todas as empresas interessadas.

17. Assim, a lógica, segundo o próprio regulamento da AEBES, é: 1. Recebe-se as propostas, dando publicidade a todos no momento da classificação; 2. Apregoa-se as

³ Art. 2º São requisitos para a qualificação como organização social: II - dispor dos seguintes regulamentos aprovados pelo seu órgão de decisão superior: a) manual para a contratação de obras, serviços, compras e alienações;



JOÃO BOSCO FILHO
ADVOGADOS

propostas de menor preço; 3. Chama-se para disputa de lances; 4. O menor preço vence; 5. Tenta-se negociar ainda uma redução com a vencedora, se for o caso; 6. Recolhe-se a documentação para aferir a regularidade da habilitação.

18. O procedimento adotado pelo regulamento guarda estreita semelhança com o **pregão**, modalidade licitatória definida pela Lei 10.520/2002, Lei essa que a partir de 1º de janeiro foi revogada pela Nova Lei de Licitações e Contratos, Lei 14.133/2021.

19. Tanto a Lei do Pregão⁴, quanto a NLLC⁵ dispõem que o momento de aferição dos documentos se dá **após a fase competitiva**, tal qual o regulamento da AEBES para o HEUE. E a razão disso é simplesmente eficiência.

20. Do contrário, estaria a empoderar sobremaneira o agente de contratações que poderia seguir critérios não tão objetivos em seu julgamento e, por conseguinte, afastar candidatos competitivos, violando o julgamento objetivo.

21. Primeiro compete-se, depois acontece a verificação dos documentos de qualificação. Logo, o fato da LIFECARE não apresentar no envelope da proposta sua documentação não pode ser fundamento a justificar sua desclassificação, impedindo-a de participar da fase de lances, porque com o resultado seria apresentado e se constataria a habilitação,

22. Inclusive, pela ATA de publicação do resultado, **somente a vencedora participou da fase de lances**, o que contraria, além da competitividade, diversos princípios insculpidos no artigo 3º do Regulamento de Aquisição da AEBES, leia-se:

Art. 3º O cumprimento das normas deste Regulamento destina-se a selecionar, dentre as propostas apresentadas, a melhor proposta para a AEBES, mediante **julgamento objetivo**, devendo ser observados os seguintes princípios: **impartialidade, razoabilidade, qualidade, economicidade, legalidade, moralidade, publicidade e eficiência** para aquisição de bens e contratação serviços para o Hospital Estadual de Urgência e Emergência.

⁴ Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras: XII - **encerrada a etapa competitiva e ordenadas as ofertas**, o pregoeiro procederá à abertura do invólucro contendo os documentos de habilitação do licitante que apresentou a melhor proposta, para verificação do atendimento das condições fixadas no edital;

⁵ Art. 17. O processo de licitação observará as seguintes fases, em sequência: I - preparatória; II - de divulgação do edital de licitação; III - de **apresentação de propostas e lances, quando for o caso; IV - de julgamento; V - de habilitação**; VI - recursal; VII - de homologação.

JOÃO BOSCO FILHO
ADVOGADOS

23. Dessa forma, a disposição da obrigatoriedade de apresentação da documentação anterior à fase de lances contraria a eficiência, a legalidade, a impessoalidade, o julgamento objetivo, a competitividade, e a economicidade, nesta última ainda mais evidente, pois **a empresa LIFECARE apresentou a proposta de menor preço**, sendo desclassificada e não participando da fase de lances.

24. Deve-se ainda ressaltar que a AEBES dispõe de Código de Conduta, em que há um tópico específico para os princípios éticos gerais como probidade, legalidade, transparência e imparcialidade.

25. Nesse contexto, e seguindo-se a ilegal previsão do TR, em sendo a vencedora do certame a atual prestadora de serviços no HEUE a única a ter lances publicizados pairam-se dúvidas sobre a legitimidade do certame, uma vez que a LPG era, após a publicidade das propostas, a 3ª proposta de melhor preço.

26. Sendo assim, percebe-se que o procedimento utilizado não seguiu, ao que parece, os padrões da AEBES, na medida em que em dissonância do seu regulamento de aquisições e em sentido contrário a diversos princípios que regem a matéria. Portanto, a não observância dos protocolos esmaece o procedimento de contratação referente ao Termo 0112/2023.

27. O **Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo** repudia restrição indevida de competitividade em processos de licitação. Veja-se trecho do Acórdão 00650/2023-5 - 1ª Câmara, sob relatoria do Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo:

No caso concreto, vislumbra-se **forte indício de realização de licitação eivada de vícios, como, por exemplo, restrição indevida de competitividade, o que demonstra cabalmente potencial violação ao interesse da população de Guarapari**, pois quanto menor a competição entre licitantes, maiores serão as tarifas e piores os serviços ofertados à comunidade.

28. Em outra ocasião, inclusive relacionada à AEBES, após representação do Ministério Público do Estado e do Ministério Público Especial de Contas, assim se posicionou o TCE-ES, conforme ementa abaixo do Acórdão TC 1214/2017 – Plenário:

REPRESENTAÇÃO – SECRETARIA DE ESTADO DA SAÚDE – HOSPITAL ESTADUAL JAYME DOS SANTOS NEVES – GESTÃO HOSPITALAR POR ORGANIZAÇÃO SOCIAL – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE – NÃO INSTAURAÇÃO DO INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE – PROCEDÊNCIA PARCIAL. **CLÁUSULA RESTRITIVA NA FASE DE HABILITAÇÃO. EXPERIÊNCIA EM SERVIÇOS DE SAÚDE PRESTADOS EM**

JOÃO BOSCO FILHO
ADVOGADOS

INSTALAÇÕES QUE INTEGRAM O PATRIMÔNIO DA LICITANTE. CRITÉRIO DE JULGAMENTO DESARRAZOADO. EXPERIÊNCIA EM SERVIÇOS DE SAÚDE PRESTADOS EM INSTALAÇÕES QUE INTEGRAM O PATRIMÔNIO DA ENTIDADE E EM INSTALAÇÕES PRÓPRIAS. INDÍCIOS DE DIRECIONAMENTO – MULTA – DETERMINAÇÕES – RECOMENDAÇÕES – NOTIFICAÇÃO DA PGE, SECONT E SEGER – CIÊNCIA – ARQUIVAMENTO.

29. Veja-se trecho do acórdão:

Em análise conclusiva, o NEC rejeitou as alegações do gestor, **confirmando o entendimento de que a exigência contida na cláusula 4.3.a, além de ilegal por ultrapassar os limites da LC 489/09, restringiu a participação de eventuais interessados**, ferindo, por isso, os princípios da legalidade, da isonomia, da competitividade, da impessoalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade

30. Em idêntico posicionamento, o **Tribunal de Contas da União**, também, repudia o caráter restritivo à competitividade de cláusulas em licitações afastando-a, veja enunciado:

Acórdão 110/2012 – Plenário TCU. A exigência contida no edital de tomada de preços para construção de unidade de saúde de que visita técnica de licitante ao local da obra ocorra em dia e hora únicos e previamente especificados **configura restrição indevida ao caráter competitivo do certame.**

31. Em outra oportunidade, confirmando a violação a competitividade, veja-se ementa do Acórdão TCU 2.449/2023 – Plenário:

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE SEGURANÇA, MEIO AMBIENTE E SAÚDE EM SUBSIDIÁRIAS NO EXTERIOR. **INDÍCIOS DE IRREGULARIDADES NA LICITAÇÃO E NA EXECUÇÃO DO CONTRATO. RESTRIÇÃO AO CARÁTER COMPETITIVO.** CONTRATAÇÃO SEM PROJETO BÁSICO ADEQUADO. ORÇAMENTO FALHO. GRAVIDADE DAS INFRAÇÕES COMETIDAS. MULTA. INABILITAÇÃO. PEDIDOS DE REEXAME. NÃO CONHECIMENTO DE DOIS RECURSOS. CONHECIMENTO. DOS DEMAIS. NEGATIVA DE PROVIMENTO A DOIS RECURSOS. PROVIMENTO PARCIAL AOS DEMAIS.

32. Dessa forma, TCE-ES e TCU têm diversos julgados que não compactuam com restrição ao caráter competitivo, tampouco à ausência de eficiência em procedimentos de seleção, que se constituem em ilegalidade, na medida em que é imprescindível resguardar o interesse público.



JOÃO BOSCO FILHO
ADVOGADOS

33. Logo, a desclassificação da empresa LIFECARE, repise-se, com a proposta de menor preço, com fundamento na não apresentação da documentação como fator autorizativo de participação da etapa de lances fere o caráter competitivo, esvazia a legitimidade do procedimento e atrai ilegalidades capazes de anular o certame, uma vez que a atual prestadora de serviço, que apresentou a terceira proposta de menor preço, sagrou-se vencedora.

34. A propósito, a manifesta ilegalidade que é tema do presente recurso, poderá ser objeto de eventual representação perante a Secretara de Saúde do Estado, ao Ministério Público do Estado do Espírito Santo, ao Ministério Público de Contas e ao Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo para controle do procedimento.

III – CONCLUSÃO

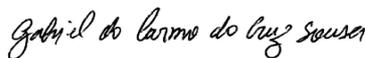
35. Diante do exposto, pugna a empresa LIFECARE, ora recorrente, pela anulação total do certame. Em não se entendendo pela anulação total, espera ao menos pela anulação do resultado, com o conseqüente retorno do certame à fase de disputa por lances, propiciando a participação da LIFECARE.

Espera deferimento.

De Rio de Janeiro, para Vitória-ES, 05 de janeiro de 2023



Vinícius Carreiro Honorato
OAB/RJ 188.176



Gabriel do Carmo da Cruz Sousa
OAB/RJ 232.286