

**\*\*\*RESPOSTA À IMPUGNAÇÃO E CANCELAMENTO DO TR Nº 005/2020\*\*\***

Consoante se verifica da impugnação em apreço, a empresa NEORT – Núcleo Especializado em Ortopedia e Traumatologia S/S LTDA questiona, em suma, que o termo de referência nº 005/2020 não observou o preço de mercado na fixação do teto orçamentário do processo seletivo, bem como que a mudança do critério de desempate, ao qual, segundo argumentado, importaria em critério de empate e não de desempate.

Entretanto, em que pese o sustentado na peça impugnatória, razão não assiste à impugnante, consoante se verá a seguir.

*A priori*, cabe registrar, ao contrário do aduzido na peça de resistência, o teto orçamentário estabelecido no termo de referência baseou-se no atual contrato em vigência no Hospital Estadual Dr. Jayme dos Santos Neves, no qual o valor da hora é de R\$ 109,85 (cento e nove reais e oitenta e cinco centavos).

Logo, evidente que foi observado os importes praticados pelo mercado, motivo pelo qual não merece prosperar o alegado na impugnação.

Ainda que assim não fosse, registra-se que em perfeita consonância aos princípios da Administração Pública, notadamente o da economicidade, o estabelecimento de teto orçamentário privilegia o interesse público, visto que busca-se oferecer a melhor prestação de serviços, com o menor custo possível, inexistindo qualquer inadequação em firmar contrato com preços inferiores ao de mercado.

Outrossim, no que se refere à suposta ausência de critério de desempate com a publicação de ERRATA, posto que passou a exigir atestado de capacidade técnica com experiência superior a quatro anos, tal entendimento também não prospera.

Ora, a melhor técnica é um dos critérios de classificação dos participantes do processo seletivo, todavia, o outro critério é a apresentação do melhor preço, de maneira que a proposta vencedora será aquela que apresentar a melhor capacidade técnica, com o valor mais baixo.

Existir mais de uma proposta que preencha os requisitos técnicos não é nenhuma irregularidade no processo seletivo, mas sim torna o termo de referência mais competitivo, o que também guarda pertinência com o interesse público.

Diante das razões apresentadas, nega-se provimento à impugnação da empresa NEORT – Núcleo Especializado em Ortopedia e Traumatologia S/S LTDA.

Contudo, não obstante as razões expostas, a anulação, de ofício, nos termos do item 9.1 do supracitado TR do processo de contratação em apreço é medida que se impõe.

Explica-se.

Ao se analisar, detidamente, os termos do processo de contratação cotejado, em especial o item 6 “critério de desempate”, verifica-se que, de forma a privilegiar os princípios da eficiência e interesse público, a qualificação dos médicos que compõem a pessoa jurídica participante do certame deveria ser melhor deduzida, além da experiência da própria empresa.

Isto posto, declaro cancelado o TERMO DE REFERÊNCIA Nº 005/2020, bem com sua errata.

Serra/ES, 21 de fevereiro de 2020.

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

Termo de Referência n.º 005/2020 – ASSOCIAÇÃO  
EVANGÉLICA BENEFICENTE ESPÍRITO-SANTENSE.

NEORT – NÚCLEO ESPECIALIZADO EM ORTOPEDIA E TRAUMATOLOGIA S/S LTDA, inscrita no CNPJ sob o nº 17.982.102/0001-52, com sede na Rua Thomas Edson, nº 104, 2º pavimento, sala 221 – Parque Residencial Laranjeiras – Serra/ES, CEP 29.165-210, vem, respeitosamente, perante Vossa Senhoria, apresentar:

### ESCLARECIMENTO/IMPUGNAÇÃO AO TERMO DE REFERÊNCIA

#### I - TEMPESTIVIDADE.

Inicialmente, comprova-se a tempestividade deste pedido de esclarecimentos/impugnação, uma vez que o Termo de Referência nº005/2020 prevê o prazo de três dias úteis após a publicação do Termo de Referência, sendo publicado no dia 12/02/2020, tendo sido, portanto, cumprido o prazo estabelecido no item 1, inciso V do respectivo termo.

#### II - OBJETO DA LICITAÇÃO.

O termo de referência tem por objeto a contratação “de serviços médicos na especialidade de ortopedia/traumatologia e cirurgia de mão, disponibilizando equipe qualificada e especializada para prestação de atendimento de Urgência/Emergência, bem como acompanhamentos dos cuidados, internações e cirurgias de pacientes para atender às solicitações da CONTRATANTE”.

A impugnante pretende apontar situações que devem ser esclarecidas, suprimidas e retificadas, facilitando-se a compreensão de determinadas cláusulas, evitando-se interpretações equivocadas e a manutenção de ilegalidades presentes.

**Dois** são os fundamentos que justificam o presente pedido de esclarecimento/impugnação, conforme exposição a seguir.

### **III - FUNDAMENTOS DA IMPUGNAÇÃO AO EDITAL.**

#### **1) ESCLARECIMENTOS TÉCNICOS E JUSTIFICADOS EM RELAÇÃO AO CRITÉRIO DE JULGAMENTO E AO TETO ORÇAMENTÁRIO.**

Como se pode observar no item 4.1, alínea "a", do termo de referência, os valores ali apontados são os importes máximos a serem contratados, sob pena de apresentação de proposta acima do teto de forma a desclassificar de imediato o proponente.

Ao elaborar termo de referência, como trata-se de verba pública, as organizações sociais devem seguir os princípios insculpidos no art. 37 e seguintes, da Lei nº8.666/93.

Princípios esses que foram reforçados no julgamento da ADI 1923. Por outro lado, também, na mesma reflexão do julgamento houve entendimento de que a natureza dos contratos entre organizações sociais e entidades privadas tem natureza de direito civil. A essência desta fixação de entendimento garante de um lado a segurança, transparência, e legalidade que traz a proteção das normas de direito público (verba pública) e de outro lado a agilidade e flexibilidade das normas de direito civil (contrato).

Dito isso, ao elaborar o termo de referência a AEBES deve se pautar em pesquisas mercadológicas, bem como em outros estudos que evidenciem de forma concreta, lícita e razoável os padrões econômicos a serem contratados, sob pena de iniciar um contrato com valores abaixo dos praticados no mercado.

Além disso, deve ter como referência os próprios preços praticados pela instituição, qual seja, o valor de aproximadamente R\$130,00 (cento e trinta reais) hora, desde 2013, para o serviço objeto do processo de contratação.

Outro ponto a se mencionar é o de que o custo honorário/hora do médico vem sendo onerado por inúmeros fatores econômicos, a exemplo, preços de gasolina, inflação, etc.

Tudo isso influi diretamente no conceito do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, tal instituto é mecanismo crucial apto a manter as condições efetivas da execução do contrato, estando diretamente relacionado com o princípio da supremacia constitucional, segundo o qual todas as demais legislações não podem conflitar.

Constitucionalmente é assegurado ao particular contratado o direito ao equilíbrio econômico-financeiro, o qual é conceituado como a manutenção do pactuado inicialmente durante toda a vigência do contrato, inclusive, na composição do preço a ser ofertado em caso de participação do processo de contratação. Na mesma linha é garantido pelo art. 37, inciso XXI. Vejamos:

"Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, **com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei**, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. "

Assim, necessário pedir esclarecimento e impugnação a esta renomada instituição do embasamento para a fixação do preço de R\$109,88 (cento e nove reais e oitenta e oito centavos) hora, com sua decomposição, visto que pratica o preço/hora de aproximadamente R\$130,00 (cento e trinta reais), desde 2013.

Outro ponto a ser esclarecido/impugnado é o fato de ter fixado como teto o valor de R\$109,88 (cento e nove reais e oitenta e oito centavos), nos termos do item 4.1 do referido processo de contratação, devendo a parte contratante fixar parâmetros médios, como assim descrito no julgado abaixo:

Para fim de orçamentação nas licitações de bens e serviços, devem ser priorizados os parâmetros previstos nos incisos I e III do art. 2º da IN SLTI/MPOG 5/2014, quais sejam, "Portal de Compras Governamentais" e "contratações similares de outros entes públicos", em detrimento dos parâmetros contidos nos incisos II e IV daquele mesmo art. 2º, isto é, "pesquisa publicada em mídia especializada, sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo" e "pesquisa com os fornecedores", cuja adoção deve ser vista como prática subsidiária, suplementar. (TCU - Plenário. ACÓRDÃO TCU 1445/2015)

Diante de tais necessidades de esclarecimentos e alterações no termo de referência, impossível prosseguimento do processo de contratação, sem que antes sejam

apresentadas as justificativas pertinentes. Portanto, requer desde já a suspensão do processo de contratação até o julgamento final desta impugnação/esclarecimento.

### **1) ESCLARECIMENTO/IMPUGNAÇÃO A MUDANÇA DO CRITÉRIO DE DESEMPATE.**

O primeiro termo de referência publicado em 27/01/2020 possuía como critério de desempate a seguinte redação:

- a) Empresas com maior quantidade de profissionais com pós-graduação stricto sensu (mestrado e doutorado).**
- b) Maior quantidade de profissionais capacitados na metodologia LEAN.**

O segundo termo de referência, publicado em 12/02/2020, veio com a seguinte redação

**Empresa que apresente atestado de capacidade técnica com experiência superior a 04 anos na área da prestação de serviço objeto do TR, conforme anexo I.**

A redação posterior, qual seja, a do segundo termo de referência cria, ao nosso sentir, um critério de empate e não de desempate. Explico: Existem muitos ortopedistas e empresas que prestam serviço de ortopedia no mercado capixaba e nacional, o que de plano já atingiria o requisito mínimo de participação do certame, no caso teria grande facilidade em atingir o requisito da cláusula de desempate.

Diante desse cenário, nos termos do que consta no termo de referência, não existe outra premissa, cláusula ou critério para desempatar.

Sendo assim, fica evidente a necessidade de inclusão no termo de referência de critérios que sejam razoáveis em caso de empate. Com isso, imprescindível a modificação do termo de referência e com isso a renovação de todos os prazos.

### **V - REQUERIMENTOS**

Em síntese, requer sejam analisados os pontos detalhados nesta peça de esclarecimentos/impugnação, com a correção necessária do termo de referência para que se afaste qualquer antijuridicidade que macule todo o procedimento que se iniciará.

Tendo em vista que a data limite para o recebimento das propostas está designada para 21/02/2020, requer, ainda, seja conferido efeito suspensivo a esta

esclarecimento/impugnação, adiando-se o referido certame para data posterior à solução dos problemas ora apontados, bem como a renovação de todos os prazos, assim como aplicados nos editais anteriormente prorrogados. Caso contrário, há o iminente risco violação aos princípios da legalidade, razoabilidade, em especial, os princípios do art. 37 da Lei 8.666/93, sendo considerado inválido, o termo de referência em questão.

Requer, caso não corrigido o termo de referência nos pontos ora invocados, seja mantida a irrisignação da ora impugnante, para posterior juízo de anulação por parte da autoridade competente para tanto.

**Pelo que PEDE DEFERIMENTO,**

Serra - ES, 17 de fevereiro de 2020.

*Ricardo Marcos Augusto Soares*

**NEORT – NÚCLEO ESPECIALIZADO EM ORTOPEDIA E TRAUMATOLOGIA S/S LTDA**