*****RESPOSTA AO RECURSO*****

Cuida-se de recurso apresentado por CREMASCO MEDICINA DIAGNÓSTICA LTDA., contra decisão que anulou o resultado do termo de referência nº. 007/2020.

Em sua peça recursal, em apertada síntese, alega que i) que foram devidamente cumpridos os requisitos exigidos pelo edital e, portanto, na forma do artigo 48, da Lei 8.666/90 (sic), não há falar em licitação fracassada; ii) que a lei de licitação não exige a participação, no certame, de pelo menos três concorrentes. Ainda, aduz que o edital não menciona aludida exigência. Por fim, sobre a questão, afirma que referida exigência vai de encontro com a finalidade pública; iii) por fim, afirma que em caso de novo processo de contratação seria prejudicado, uma vez que sua proposta se tornou pública quando da publicação do termo de referência em apreço.

Por tais razões, requereu "não seja declarada a licitação do Termo de Referência nº 007/2020 como fracassada, julgando as propostas apresentadas pelos concorrentes habilitados de acordo com o tipo de licitação eleito pelo edital, por questão de direito e justiça."

É o relatório, decido.

Inicialmente, verifica-se ser o recurso em análise apócrifo, o que, por si só, ensejaria o seu não conhecimento. Todavia, em máxima observância ao princípio da supremacia do interesse público, de ofício, segue os motivos pelos quais não merece qualquer respaldo os fundamentos sustentados pelo recorrente.

Parece desconhecer o recorrente, mas, as organizações sociais gestoras do bem público, não são obrigadas a observarem a Lei de Licitações – Lei 8.666/93 e não de 1990, mas sim os princípios constitucionais da administração pública, seu contrato de gestão, bem como os demais atos firmados pelo ente que estão vinculadas.

In casu, a recorrida deve observar seu regulamento de compras que, em seu artigo 6º aduz que:

> Art.6 - A apuração de preços será efetuada com a participação de, no mínimo, 03 (três) fornecedores, previamente convidados pelo departamento de compras.

Sendo assim, independentemente se cumpridos as exigências estabelecidas pelo termo de referência correlato, ao contrário do que afirma o recorrente, a recorrida agiu em estrita observância às normas que está vinculada, não cabendo, portanto, amparar seu argumento na lei de licitações.

Outrossim, descabido o argumento de que se estaria preterindo o interesse público, na medida em que quanto maior o número de participantes, maior a concorrência, o que, por motivos óbvios, privilegia o interesse público.

Também não merece guarida o argumento de que em se realizando novo processo de contratação, em razão da publicidade própria do procedimento de contratação, seria prejudicado, pois pode o recorrente, em nova competição, alterar, para mais ou para menos, o valor de sua proposta.

Isto posto, mantenho a decisão recorrida pelos seus próprios fundamentos e por esses que ora acrescento.

Serra/ES, 01 de abril de 2020.

À COMISSÃO DE ANÁLISE DO TERMO DE REFERÊNCIA Nº 007/2020
- CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA REALIZAÇÃO DE EXAMES LABORATORIAIS.

> "Qualquer restrição em relação ao objeto de licitação deve ter como fundamento razões aptas a justificarem que a finalidade o interesse público reclamam por tal exigência de forma irremediável. **Sem tal justificativa a restrição deve ser tomada por ilegal (art. 3, §1, da Lei 8666/93) – Acordão n. 641/2004 - TCU"**

Termo de Referência nº 007/2020.

CREMASCO MEDICINA DIAGNOSTICA LTDA, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob nº 31.815.525/0001-09, com sede na Avenida Expedito Garcia, nº 1712, Campo Grande, Cariacica / ES, CEP 29.146-200, neste ato representado por seu sócio administrador João Vinícius Cremasco Fraga, vem apresentar, com fundamento no item nº 9 da Errata (Dos Recursos) do Termo de Referência nº 007/2020:

RECURSO ADMINISTRATIVO

Da decisão proferida pelo analista de compras, Sr. Hugo Moreira de Brito, que declarou a licitação do Termo de Referência nº 007/2020 frustrada.

1. DA DECISÃO PROFERIDA.

Publicada no dia 20 de março de 2020, foi proferida decisão no bojo do processo de licitação do Termo de Referência nº 007/2020 declarando o respectivo certame como fracassado.

A razão exclusiva oferecida pelo analista de compras, Sr. Hugo Moreira de Brito, se deu em razão do oferecimento de proposta de apenas dois proponentes: 1) Cremasco Medicina Diagnóstica LTDA, ora recorrente; 2) LM Diagnóstico por Imagem.

Nesse sentido, sob a justificativa de que o Manual de Compras Institucional exigiria a participação de pelo menos 3 (três) concorrentes, declarou a licitação como fracassada.

Todavia, com o devido respeito a decisão proferida, essa não merece prosperar pelos fatos e fundamentos a seguir.

2. DAS RAZÕES PARA REFORMA DA DECISÃO.

2.1 - DA INEXISTÊNCIA DE MÁCULA NA HABILITAÇÃO DO LABORATÓRIO RECORRENTE. EXIGÊNCIAS DO CERTAME CUMPRIDAS.

É de conhecimento que a licitação fracassada, nos termos do art. 48 da Lei 8.666/90[1], se dá nas hipóteses em que os concorrentes não preenchem os pressupostos necessários à participação e exigências do próprio edital.

Em análise as condições previstas neste certame (Termo de referência n. 007/2020), todas estão estabelecidas no item nº 5 da Errata (Critério Eliminatório) e item nº 7 da Errata (Da Habilitação Obrigatória).

Verifica-se, nobre comissão, que exatamente **todos os requisitos direcionados aos concorrentes são cumpridos pelo laboratório recorrente. Ou seja, inexiste qualquer requisito que seja descumprido, ensejando uma licitação fracassada.**

Ressalta-se, nesse sentido, que não houve qualquer mácula apontada pela comissão na habilitação do recorrente, ao contrário, tacitamente considerou o laboratório apto a participar das disputas.

2.2 AUSÊNCIA DE CRITÉRIO EXIGINDO NÚMERO MÍNIMO DE PARTICIPANTES. REQUISITO NÃO PREVISTO EM LEI. ILEGALIDADE.

Superada a demonstração de que todos os requisitos do edital são devidamente cumpridos pelo laboratório recorrente, a justificativa oferecida pela comissão é de que a licitação exigiria a participação de pelo menos 3 (três) concorrentes**.**

Em primeiro lugar, **fica sem resposta em qual item do certame tal exigência se encontra**. Simplesmente não há. Assim, sendo o edital da licitação (Termo de referência nº 007/2020) a lei específica que rege todo o processo licitatório e inexistindo qualquer item que faça tal exigência, por conseguinte, a justificativa oferecida pelo analista de compras não possui guarida legal, sob pena de violação ao princípio da vinculação do edital.

Do mesmo modo, ainda que houvesse tal determinação ou exigência de um número mínimo de participantes por outro documento, essa não seria plausível, por não ter qualquer finalidade pública ou mesmo atender algum dos princípios inerentes ao procedimento de licitação, senão vejamos os argumentos.

Não se pode exigir que para vencer determinado certame, a empresa participante dependa de manifestação de outra concorrente. Ora, além de não ser um requisito imposto por lei, não faz sentido algum e não corrobora com os princípios norteadores de uma licitação, tal como o princípio da imparcialidade e da publicidade.

A finalidade de tal exigência, ao que parece, seria justamente garantir que não haja direcionamento/favorecimento de determinada empresa participante em detrimento de uma ampla concorrência. Ocorre que, no caso específico, **todos os requisitos previstos por lei para que houvesse a publicidade do certame foram cumpridos, inclusive, as chamadas públicas em jornais de circulação e até mesmo aditivos de prorrogação de prazos. Assim, foi garantida a imparcialidade inerente ao certame público.**

[1] Art. 48. Serão desclassificadas: (...) I – as propostas que não atendam às exigências do ato convocatório de licitação; II – propostas com valor global superior ao limite estabelecido ou com preços manifestamente inexequíveis, assim considerados aqueles que não venham a ter demonstrada sua viabilidade através de documentação que comprove que os custos dos insumos são coerentes com os de mercado e que os coeficientes de produtividade são compatíveis com a execução do objeto do contrato, condições estas necessariamente especificadas no ato convocatório de licitação.

Dessa forma, não há razões para que se considere a licitação fracassada, sob pena de com tal atitude favorecer o que, inicialmente, não se pretendia: a contratação direta, nos termos do art. 24, VII, da Lei 8.666/93.

A pergunta que se faz é: se a licitação é fracassa e há a necessidade de contratação dos serviços (por ser de necessidade básica do órgão licitante) como irá se suprir tal contratação? A resposta é simples: contratação direta ou prorrogação de contratos em vigência.

Veja, ilustres membros da comissão, que a consequência de se considerar a licitação fracassada vai justamente o oposto do que a exigência de 3 (três) concorrentes pretende: garantir uma imparcialidade na contratação. Com isso, evita-se prorrogações sucessivas com a mesma empresa que há anos presta serviços. Essa sim é medida que viola os fundamentos e princípios fundamentais da licitação.

Nesse sentido, conforme entendimento no acórdão 641/2004 do TCU, não há razões para a exigência de um número mínimo de participantes quando não há finalidade pública na medida:

> "Qualquer restrição em relação ao objeto de licitação deve ter como fundamento razões aptas a justificarem que a finalidade o interesse público reclamam por tal exigência de forma irremediável. **Sem tal justificativa a restrição deve ser tomada por ilegal (art. 3, §1, da Lei 8666/93)"**

Assim, inexistindo qualquer lei que determine um número mínimo na modalidade de licitação escolhida pelo órgão licitante e não sendo cumprido com a exigência quaisquer princípios que atendam ao interesse público, resta latente a ilegalidade da imposição.

Por último, reitera-se que além não possuir a exigência do edital e de ser uma exigência sem finalidade específica, também não há lei em sentido estrito que a estabeleça, sendo esse um requisito da licitação, deve estar prevista em lei.

Ante ao exposto, por todos os lados que se olha não há razões para se declarar a presente licitação como fracassada, por questão de direito e justiça.

2.3 DA DIVULGAÇÃO DAS PROPOSTAS.

Ademais, sem prejuízo aos requerimentos anteriores, verifica-se que houve divulgação na íntegra de todas as propostas apresentadas. É cediço que o sigilo das propostas deve ser preservado, por se tratar de fase interna da licitação. A divulgação frustra a competitividade da empresa proponente no mercado e para futuros certames que venham a ocorrer, sendo o preço oferecido sigiloso, com exceção da proposta vencedora. Ante ao exposto, também por esse motivo, a consideração da licitação como fracassada e a divulgação das propostas fragilizam a proposta da recorrente em futuro certame.

3. DOS REQUERIMENTOS.

Ante ao exposto, **requer que não seja declarada** a licitação do Termo de Referência nº 007/2020 como fracassada, julgando as propostas apresentadas pelos concorrentes habilitados de acordo com o tipo de licitação eleito pelo edital, por questão de direito e justiça.

Nesses termos, solicita-se o deferimento.

Cariacica/ES, 20 de março de 2020.