

AO
ILMO. SENHOR PREGOEIRO.
PREFEITURA DEE MONTEIRO LOBATO.

REF. **PREGÃO ELETRÔNICO Nº 5/2024.**

PROCESSO ADM. Nº 240076/2024.

OBJETO: REGISTRO DE PREÇOS PARA EVENTUAL AQUISIÇÃO DE SUPLEMENTOS ALIMENTARES PARA TERAPIAS NUTRICIONAIS PARA SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE, CONFORME AS QUANTIDADES, ESPECIFICAÇÕES, OBRIGAÇÕES E DEMAIS CONDIÇÕES EXPRESSAS NESTE INSTRUMENTO.

COMERCIAL 3 ALBE LTDA., empresa de direito privado, inscrito no CNPJ/MF sob o nº 74.400.052/0001-91, com sede na Av. Jacobus Baldi, nº 745, Jd. Iracema, São Paulo - SP, por seu representante legal infra-assinado, nos autos do processo supramencionado, vem, respeitosamente, à presença de V. Senhoria, apresentar o presente **RECURSO ADMINISTRATIVO**, na forma do que dispõe o artigo 165, inciso I, da Lei Federal nº 14.133/21, do Decreto Municipal nº 62.100/2022, Decreto Municipal nº 56.475/2015 e demais normas complementares aplicáveis, consubstanciado nas anexas razões.

Em face disto, a Recorrente requer seja recebido o presente recurso em seus regulares efeitos, e, cumpridas as formalidades legais, seja o mesmo remetido à Autoridade Superior para que dele conheça e proveja.

Nestes termos,
pede deferimento.

São Paulo, 27 de março de 2024.

José Alberto da Silva
Sócio Vice Presidente

RECORRENTE: COMERCIAL 3 ALBE LTDA.

RECORRIDA: PREFEITURA DEE MONTEIRO LOBATO.

REF. PREGÃO ELETRÔNICO Nº 5/2024.

PROCESSO ADM. Nº 240076/2024.

OBJETO: REGISTRO DE PREÇOS PARA EVENTUAL AQUISIÇÃO DE SUPLEMENTOS ALIMENTARES PARA TERAPIAS NUTRICIONAIS PARA SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE, CONFORME AS QUANTIDADES, ESPECIFICAÇÕES, OBRIGAÇÕES E DEMAIS CONDIÇÕES EXPRESSAS NESTE INSTRUMENTO.

I - Da Preliminar:

O princípio da legalidade, com ênfase constitucional no ordenamento jurídico pátrio, aparece como verdadeiro pilar de existência do Estado Democrático de Direito, na medida em que carrega, em seu conteúdo, a garantia assecuratória da liberdade e da segurança jurídica, regulando, destarte, sob o fundamento do limite, as relações entre o indivíduo e o Estado.

Sucedee que a eficácia de tal princípio tem que, necessariamente, abarcar o mundo concreto, transcendendo o limiar do abstrato. Portanto, nesse contexto, é imprescindível a existência de uma função fiscalizatória, cuja finalidade seja englobar os meios de impor à Administração o respeito à lei e ao dever da boa administração.

Sob esse vislumbrar, o constituinte originário dispôs, no art. 70 da Lei Maior, *verbis*:

"Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle de cada Poder."

No mesmo sentido, há o entendimento de Maria Z. Di Pietro, que, resumidamente, afirma ser o controle interno o exercido por cada um dos Poderes sobre seus próprios atos e agentes.

Em verdade, tal terminologia aparece como um perfeito sinônimo para a expressão "controle administrativo", que vem a ser o poder de fiscalização e correção exercido pela Administração Pública sobre atos ilegais, inoportunos ou inconvenientes, bem como sobre seus agentes com as penalidades estatutárias. Deriva do poder-dever de autotutela que a Administração tem sobre seus próprios atos e agentes.

Os recursos administrativos, entretanto, enquanto concernentes à autotutela administrativa, são alvo do princípio da pluralidade de instâncias, segundo o qual é permitida à Administração Pública a revisão de seus próprios atos, quando ilegais, inconvenientes ou inoportunos. Nesse diapasão, há o entendimento da Suprema Corte, *verbis*:

Súmula 346. "(...) a administração pode declarar nulidade de seus próprios atos"

Súmula 473. "(...) a administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial."

Haverá tantas instâncias administrativas quantas autoridades forem com atribuições sobrepostas na estruturação hierárquica. Por conseguinte, o administrado que se sentir lesado em decorrência de decisão administrativa, pode ir propondo recursos hierárquicos até chegar à máxima autoridade da organização administrativa.

Os recursos hierárquicos são, no dizer de Hely Lopes, *verbis*:

"(...) aqueles pedidos que as partes dirigem à instância superior da própria Administração, propiciando o reexame do ato inferior sob todos os seus aspectos"
(Direito Administrativo Brasileiro, 24a ed., pág. 609)

Com efeito, a denúncia funciona, no ordenamento jurídico pátrio, como designativo utilizado com o intuito de alertar a autoridade competente para conduta administrativa apresentada como censurável.

Portanto, o cabimento da presente peça recursal tem a finalidade de fiscalizar a legalidade e legitimidade exercida aos certames licitatórios desta unidade da administração pública.

II - RAZÕES DO RECURSO

Em que pese o zelo e dedicação da D. Comissão de Licitação é forçoso reconhecer que houve equívoco na decisão que declarou classificada para o item 08 do Anexo I do Edital do presente certame, a proposta de preços da licitante OCIAN e aceitação das propostas dos licitantes JORGE RAMOS, MEDCNUTRY, UNAMED, PROCARE, RIOMEDICA e KYNSAN, para o item 8, por NÃO apresentarem produto que atenda 100% do descritivo do edital, pelas razões que a seguir demonstraremos:

Descritivo: Nutrição em pó completa e balanceada com 28 vitaminas e minerais, para alimentação via oral ou enteral. Normocalórica em sua diluição padrão, alcançando até 1.5Kcal/ml, normoprotéica com no mínimo 80% de proteína animal. Presença de fibras prebiótica (FOS). Isenta de glúten. Sabores variados. Diluição instantânea sem necessidade de mixer ou liquidificador. Embalagem 800g

O produto declarado vencedor e ofertado pela OCIAN, da marca **SUSTENY MF**, não cumpre os termos do descritivo técnico do edital nos seguintes pontos:

1 - Não é uma dieta nutricionalmente completa que possa ser fonte exclusiva de alimentação caso o paciente necessite, e também não pode ser usada por via

enteral pois é um suplemento, e segundo a RDC 240/2018, para ser usado por via enteral o produto **NECESSITA** de ser monitorado pela ANVISA, ou seja se é suplemento dispensado de registro **NÃO PODE SER USADO POR VIA ENTERAL** caso o paciente necessite, neste caso o paciente precisaria de nova consulta nova prescrição para trocar o suplemento por dieta;

2 – Não vem de fábrica com as orientações da diluição de 1.0 até 1.5kcal, fato este muito importante porque não é qualquer produto que pode realizar várias diluições concentrando seus micronutrientes, estes precisam ser calculado de forma que se concentre a diluição do produto, que não haja prejuízo de sobrecarga renal de micronutrientes e outro ponto é a questão do nível do espessamento do produto caso precise correr por sonda, na diluição 1.5 tem que correr por sonda assim como a diluição 1.0kcal se correr o risco de entupimento da sonda por espessamento.

3 – É composto 100% de proteína de origem vegetal (soja), quando descritivo pede 80% proteína de alto valor biológico de origem animal;

Com relação aos próximos colocados também não atendem aos descritivos pelos mesmo motivos citados e explicado acima:

Empresa JORGE ofertou Megamix protein, MEDCNUTRY ofertou Nutrisure, UNAMED e RIOMÉDICA ofertaram Supremix Fiber e PROCARE ofertou Just Veetal Senior, todos estes produtos **não são dieta nutricionalmente completa que possa ser fonte exclusiva de alimentação caso o paciente necessite, e também não pode ser usada por via enteral** pois é um suplemento, e segundo a RDC 240/2018, para ser usado por via enteral o produto **NECESSITA** de ser monitorado pela ANVISA, ou seja se é suplemento dispensado de registro **NÃO PODE SER USADO POR VIA ENTERAL** caso o paciente necessite, neste caso o paciente precisaria de nova consulta nova prescrição para trocar o suplemento por dieta e também **Não vem de fábrica com as orientações da diluição de 1.0 até 1.5kcal**, como explicado acima.

Já a empresa KYSAN ofertou Trophic basic que apesar de ser uma dieta e com registro no MS, a mesma só possui um sabor, e no edital pede sabores variados e outro ponto que o produto não atende é que não possui fibras prebióticas conforme solicitado em edital o produto é isento de fibras.

Já o produto que apresentamos, ENSURE/ABBOTT, atende 100% ao descritivo do edital, com relação a ser nutricionalmente completa, pode ser usado por via oral e enteral, vai de 1.0kcal/ml até 1.5kcal/ml conforme o fabricante, possui fibras prebiótica e sabores variados.

Feitas as análises no Instrumento Convocatório verificou-se situações que não devem ser ignoradas, **pois que coloca em risco a segurança nutricional do paciente e da contratação, além de violarem a legislação que institui controle sobre o produto**, objeto da presente licitação, denotando descompasso com o ordenamento jurídico que tutelam o procedimento em comento, requerendo reparo por parte da Administração Pública, para que ocorra uma competitividade pautada nos princípios basilares da licitação, promovendo uma contratação criteriosa, garantido a lisura do certame.

Sendo certo que qualquer atitude que afronte a legislação, não resguardando os ditames legais e princípios norteadores do procedimento licitatório, poderá gerar aos Cofres Públicos um ônus desnecessário, maculando a competitividade, conduzindo o procedimento a um acolhimento sem critério de licitantes incapacitados para tanto, violando frontalmente o interesse público desejável, além de colocar em risco a saúde dos pacientes.

O princípio da vinculação ao Instrumento Convocatório se faz primordial no julgamento de uma licitação, pois é por seu intermédio que se vêem preservada a aplicabilidade dos demais princípios do Direito Administrativo, e, portanto, a necessidade do presente recurso administrativo para que sejam promovidas as devidas exigências técnicas e legais, salvaguardando a competição justa e correta, garantindo o julgamento objetivo, zelando pelo cumprimento da legislação aplicável a matéria, e velando pelos princípios da legalidade, isonomia e moralidade, celeridade, economicidade, além da segurança da contratação.

Diante dos fatos acima aludidos, restarão demonstrados, que merece reparo na decisão de classificação das licitantes acima mencionadas, por apresentarem em suas propostas de preço do item 02, produtos incompatíveis ao previsto em edital, ferindo a legislação norteadora da licitação pública, colocando em risco a segurança da contratação oriunda do presente certame.

Considerada toda a narrativa acima, evidencia-se a falha no julgamento que declarou classificadas as propostas acima mencionadas.

DO DIREITO

Há que se salientar que a Licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Visa, portanto, propiciar iguais oportunidades de contratação, dentro dos padrões previamente estabelecidos pela administração através do Edital de licitação e seu respectivo contrato, realizando uma sucessão de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes, (princípios da vinculação ao ato convocatório e da legalidade).

A preocupação da vinculação do Edital, as fases de classificação e julgamento estão demonstradas através dos artigos 11º, 33º, 34º, 59º, da Nova Lei de Licitações, veja o que diz o artigo :

Frise-se que a administração pública está adstrita ao princípio da legalidade é a ele deve-se obediência, porque é dever da Administração obedecer à lei à risca, sob pena de cometer ilegalidades e abuso de autoridade.

E ainda:

"Licitação – em suma síntese – é um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas. Estriba-se na idéia de competição, a ser travada isonomicamente entre os que preencham os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir".^{1[7]}

^{1[7]} MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo* – p. 466

"EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. EDITAL COMO INSTRUMENTO VINCULATÓRIO DAS PARTES. ALTERAÇÃO COM DESCUMPRIMENTO DA LEI. SEGURANÇA CONCEDIDA.

É entendimento correntio na doutrina, como na jurisprudência, que o Edital, no procedimento licitatório, constitui lei entre as partes e é instrumento de validade dos atos praticados no curso da licitação.

Ao descumprir normas editalícias, a Administração frustra a própria razão de ser da licitação e viola os princípios que direcionam a atividade administrativa, tais como: o da legalidade, da moralidade e da isonomia.

A administração, segundo os ditames da lei, pode, no curso do procedimento, alterar as condições inseridas no instrumento convocatório, desde que, se houver reflexos nas propostas já formuladas, renove a publicação (do Edital) com igual prazo daquele inicialmente estabelecido, desservindo, para tal fim, meros avisos internos informadores da modificação.

Se o Edital dispensou às empresas recém-criadas da apresentação do balanço de abertura, defeso era à Administração valer-se de meras irregularidades desse documento para inabilitar a proponente (impetrante que, antes, preenchia os requisitos da lei).

Em face da lei brasileira, a elaboração e assinatura do balanço é atribuição de contador habilitado, dispensada a assinatura do Diretor da empresa respectiva.

Segurança concedida. Decisão unânime." (STJ, MS nº 5.597/DF, 1ª S., Rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJU 01.06.1998).

Por todo o exposto, e para que não sejam violados os princípios norteadores da Licitação, da igualdade, da moralidade, da legalidade e da vinculação ao instrumento convocatório, requer seja reformada a decisão da digna Comissão que declarou classificada a proposta de preço da empresa OCIAN, no item 08, E classificada as propostas dos licitantes JORGE RAMOS, MEDCNUTRY, UNAMED, PROCARE, RIOMEDICA e KYNSAN para o mesmo item do Anexo I do Edital, por deixarem de atender aos critérios estabelecidos no instrumento convocatório do Pregão Eletrônico supracitado.

Caso Vossa Senhoria entenda que não deva reconsiderar a decisão, requer desde já sejam os autos submetidos à autoridade superior para apreciação e deliberação, por entender ser medida de JUSTIÇA.

São Paulo, 27 de março de 2.023.

José Alberto da Silva.

Sócio Vice Presidente