

**AO
ILMO. SENHOR PREGOEIRO.
PREFEITURA MUNICIPAL DE CAJAMAR.**

**REF. PREGÃO PRESENCIAL Nº 59/2020.
PROCESSO Nº 6965/2020.**

OBJETO: Registro de preços para futura e eventual aquisição de Dietas Enterais, Fórmulas Infantis e Suplementos Alimentares em diversas apresentações e formulações para pacientes com necessidades nutricionais especiais que não são atendidos pela Secretaria de Saúde do Estado e para atender a demandas Judiciais, conforme especificações dos itens constantes no Anexo II.


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 109, inciso I, da Lei Federal nº 8.666/93, alterada pela Lei Federal nº 8.883/94, bem como na Lei 10.520/02, 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, 07 de dezembro de 2020.

Benedito Mauro da Silva
Procurador



COMERCIAL 3 ALBE LTDA
Benedito Mauro da Silva
Procurador
RG: 9.963168-4
CPF: 993.209.758-68

RECORRENTE: COMERCIAL 3 ALBE LTDA.

RECORRIDA: PREFEITURA MUNICIPAL DE CAJAMAR

**REF. PREGÃO PRESENCIAL Nº 59/2020.
PROCESSO Nº 6965/2020.**

OBJETO: Registro de preços para futura e eventual aquisição de Dietas Enterais, Fórmulas Infantis e Suplementos Alimentares em diversas apresentações e formulações para pacientes com necessidades nutricionais especiais que não são atendidos pela Secretaria de Saúde do Estado e para atender a demandas Judiciais, conforme especificações dos itens constantes no Anexo II.

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.

Sucede 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 da administração, 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 vencedora do item 25 a empresa NUTRIPORT que não atende o descritivo, e também não classificou proposta de preços da licitante COMERCIAL 3 ALBE LTDA para a etapa de lances para o item 36, uma vez que atendemos o descritivo e classificou outras 2 empresa que não atendiam o descritivo.

No item 25 o descritivo pede: *"Dieta enteral/oral em pó, especializada para crianças acima de 4 anos, polimérica, ARA e DHA, prebióticos e **probióticos**. Distribuição calórica aproximada na seguinte proporção: Proteína: de 9% a 12%; Carboidrato: de 40 à 55%, Lipídeo: de 35 à 44%. Embalagem: Lata com aproximadamente 400gr. Sabores diversos. Deverá apresentar registro no órgão competente/ANVISA e quando dispensado deste, apresentar documentação pertinente."*

*O produto MILNUTRI COMPLETEAT vencedor apresentado pela NUTRIPORT, **não apresenta probióticos** que são micro-organismos não patogênicos que,*



quando consumidos em quantidades adequadas, proporcionam o equilíbrio saudável da microbiota intestinal, o que é fundamental para as crianças que constantemente estão em contato com bactérias patogênicas devido as brincadeiras/atividade da criança, e principalmente em fase de hospitalização não somente como complemento alimentar, mas para manter a flora intestinal saudável, pois o quadro clínico e as medicações podem expoliar essa flora.

O produto apresentado pela Comercial 3 Albe para o item é o Pediasure que atende 100% ao descritivo, os micro-organismos probióticos presentes em Pediasure Complete são Bifidobacterium spp e Lactobacillus acidophilus, que constituem a microbiota benéfica do intestino de crianças e adultos. Essas bactérias benéficas proliferam e competem com as bactérias nocivas, diminuindo, assim, a chance de crescimento dos agentes patogênicos. As bifidobactérias e lactobacillus, por sua vez, sustentam – por contato direto ou liberando substâncias estimulantes – o crescimento e a função do tecido linfóide intestinal (GALT), que constitui o sistema imune do intestino.

A falta do probiótico impacta e muito no tratamento clínico, portanto aceitar um produto que não atenda o descritivo pode comprometer clinicamente o quadro da crianças que utilizaram o produto diferente do solicitado.

Com relação ao item 36, o descritivo solicita: *“Suplemento nutricional para uso enteral ou Oral para diabéticos valor calórico reduzido Menor que 1,0 kcal, carboidratos baixo índice glicêmico, aspecto físico pó, sem sacarose, com ac. Monoinsaturados, com fibras e fos, com **mínimo 20% proteína de alto valor biológico**, até 35% de lipídeos, que atenda às recomendações da ADA e AHA. Que dispense o uso de liquidificador e/ou mix. Apresentação lata 400g. Com sabor. Deverá apresentar registro no órgão competente/ANVISA e quando dispensado deste, apresentar documentação pertinente.”*

Antes da etapa de lances é de praxe desclassificar quem não atende ao descritivo, para que aqueles que realmente atendem ao descritivo participem de uma disputa justa e correta, porem a Comercial 3Albe entrou com GLUCERNA EM PO que atende 100% ao descritivo do edital. Já a Prodiet e a Nunes farma entraram com produtos que não atendem o descritivo, por ter classificado para os lances produtos que não atendem o descritivo, a Comercial 3 Albe com produto correto ficou indevidamente FORA DA DISPUTA.

*O produto apresentado pela empresa Prodiet que teve a oportunidade de participar da disputa chamado **Immax**, nem é um produto voltado para o público diabéticos e sim para pacientes com câncer, já o **Pentasure**, produto apresentado pela Nunes Farma não possui FOS em sua composição e não possui especificado em seu rótulo que se destina ao público diabético e/ou hiperglicêmico, e mesmo sem atender o descritivo foi declarado vencedor do item 36.*

O FOS é um tipo de fibra com impacto clínico muito importante, pois o fruto-oligossacarídeos (FOS) é um tipo de fibra prebiótica que quando ingerida, não é digerida e absorvida no intestino delgado e, ao atingirem o cólon, estimulam as bactérias próprias da

microbiota, proporcionando um efeito benéfico. Além de propiciarem um meio para o aumento do número de lactobacilos e bifidobactérias próprias do cólon, os metabólitos produzidos por estas bactérias, com a fermentação dos FOS, promovem a produção de ácidos graxos de cadeia curta (AGCC), que deixam o meio desfavorável para o desenvolvimento de bactérias patogênicas, protegendo o paciente dessas bactérias maléficas.

A Comercial 3 Albe teve sua participação prejudicada nos dois itens (25 e 36) devido a falha na etapa de classificação técnica das propostas que atendem ao descritivo, que antecede os lances e solicita revisão dos autos do processo com medidas corretivas para o equívoco que prejudicou o certame.

Feitas as análises no Instrumento Convocatório verificou-se situações que não devem ser ignoradas, **pois que coloca em risco a segurança 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 do licitante acima mencionado, por apresentarem em suas propostas de preço dos item 25 e 36 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 3º, 41, 44, 45, 48, da Lei de Licitações, veja o que diz o artigo 41:

Art. 41 - A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada."

Art. 44 - No julgamento das propostas, a comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta lei.

Art. 45 - O julgamento das propostas será objetivo, devendo a comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle. (grifamos)

Marçal Justen Filho, em sua obra: "Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos", p. 229, Editora Aide, 1.994, comentando sobre a vinculação as regras do Edital, assim se manifestou:

*"O instrumento convocatório (seja edital, seja convite) cristaliza a competência discricionária da Administração, que se vincula a seus termos. Conjugando a regra do art. 41 com aquela do art. 3º, pode-se afirmar a estrita vinculação da Administração ao edital, seja quanto a regras de fundo quanto àquelas de procedimento. Sob um certo ângulo, o edital é o fundamento de validade dos atos praticados no curso da licitação na acepção de que a desconformidade entre o edital, a Administração Pública frustra a própria razão de ser da licitação. Viola os princípios norteadores da atividade administrativa, **tais como a legalidade**, a moralidade, a isonomia. O descumprimento a qualquer regra do edital deverá ser reprimido, inclusive através dos instrumentos de controle interno da Administração Pública."*

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 preenchem os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir".^{1[7]}

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 **Nutriport para o item 25 e Nunes Farma e**

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

Prodiel para o item 36, por deixarem de atender aos critérios estabelecidos no instrumento convocatório do Pregão Presencial 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, 07 de dezembro de 2020



COMERCIAL 3 ALBE LTDA
Benedito Mauro da Silva
Procurador
RG: 9.963168-4
CPF: 993.209.758-68

Benedito Mauro da Silva

Procurador