

RESPOSTA AO RECURSO ADMINISTRATIVO

EDITAL: PREGÃO 60/2019

TIPO: MENOR PREÇO

Referência: Recurso Administrativo

Recorrente: ORTHONEWS CIRÚRGICOS E ORTOPÉDICOS LTDA.-ME

Contrarrazoante: RIOS E MATOS COMÉRCIO DE PRODUTOS DE DIETA LTDA.

Objeto: REGISTRO DE PREÇOS VISANDO A AQUISIÇÃO FUTURA DE DIETAS ENTERAIS, SUPLEMENTO ALIMENTAR E FÓRMULA INFANTIL, EM ATENDIMENTO A SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE DO MUNICÍPIO DE JOÃO MONLEVADE.

I - DO RELATÓRIO

Inicialmente, cumpre asseverar que consoante anterior Sessão de Abertura e Julgamento do certame do Pregão Presencial nº 60/2019, realizada em 22/11/2019, demonstraram interesse no registro de preços do objeto as empresas: **UNIQUE DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS EIRELLI, BIOHOSP PRODUTOS HOSPITALARES S/A, BH MED DISTRIBUIDORA HOSPITALAR LTDA, DIFARMIG LTDA, ORGÂNICA BRASIL COMERCIAL EIRELI, VIVER BEM NUTRIÇÃO LTDA – EPP, ORTHONEWS CIRURGICOS E ORTOPÉDICOS LTDA – ME, RIOS E MATOS COMÉRCIO DE PRODUTOS DE DIETA LTDA – EPP, e NUTRIVID DIETAS E SUPLEMENTOS ALIMENTARES LTDA.**

Dentre os trâmites processuais, a Pregoeira abriu os envelopes propostas das credenciadas e, após análise das fichas técnicas dos produtos cotados, pela responsável técnica do Município, a Nutricionista Sra. Marylaine Mayra Domingues, foram **DESCCLASSIFICADOS** os itens 20 e 21 da empresa **ORTHONEWS CIRURGICOS E ORTOPÉDICOS LTDA – ME**, por não atender as exigências de percentual de proteína e osmolaridade exigida no termo de referência, o item 23 das empresas **NUTRIVID DIETAS E SUPLEMENTOS ALIMENTARES LTDA e VIVER BEM NUTRIÇÃO LTDA – EPP**, por ter apresentado ficha técnica de complemento alimentar e não de suplemento. Após ocorrência da fase de lances verbais e negociação com os representantes do menor lance ofertado, foram abertos os envelopes documentação de cada vencedor de lances.

Neste ato os representantes das empresas **ORTHONEWS CIRURGICOS E ORTOPÉDICOS**

LTDA – ME e VIVER BEM NUTRIÇÃO LTDA – EPP, ambas inconformadas com suas desclassificações nos itens referenciados, manifestaram intenção de recurso.

A empresa ORTHONEWS CIRURGICOS E ORTOPÉDICOS LTDA – ME apresentou recurso administrativo tempestivamente.

A empresa RIOS E MATOS COMÉRCIO DE PRODUTOS DE DIETA LTDA – EPP, por sua vez, apresentou suas contrarrazões tempestivas ao recurso apresentado pela Recorrente.

Passemos a análise do recurso administrativo e contrarrazões apresentadas.

II – DA ANÁLISE RECURSO ADMINISTRATIVO INTERPOSTO - EMPRESA ORTHONEWS CIRÚRGICOS E ORTOPÉDICOS LTDA.-ME

A empresa ORTHONEWS CIRÚRGICOS E ORTOPÉDICOS LTDA.-ME manifestou-se contra sua desclassificação no certame relativamente aos itens 20 (TROPIC 1.5 TP 1000 ML) e 21 (TROPIC FIBER TP 1000ML), do Anexo I, o Termo de Referência, justificada pelo percentual de proteína do produto oferecido (osmolalidade insatisfatória trazendo malefícios aos pacientes).

Alega que as dietas enterais apresentam valores de composição de macronutrientes em distribuição percentual, contudo quando analisados isoladamente, estes valores percentuais têm pouco significado para a prescrição dietética, uma vez que dependem de uma interpretação conjunta entre todos os macronutrientes da fórmula.

Justifica que para a prescrição dietética, o cálculo teórico proteico baseia-se em g de proteína/kg de peso. Este cálculo estabelece a composição “ideal” para o enfermo. Desta forma, devesse atentar também para o valor absoluto de gramas de proteína/litro da dieta e então, verifica-se a fórmula atende ou não a quantidade de nutriente suficiente para o enfermo, sendo a recomendação de proteínas por quilograma de peso corporal.

Justifica também tecnicamente a “osmolalidade” dos produtos ofertados, considerando a mesma chave para tolerância da nutrição enteral, embasando-se na hipótese de que as dietas deveriam ter a mesma osmolaridade que os fluidos corporais.

Ressalta que a influência da osmolalidade de medicamentos administrados por sonda, em

acordo com literatura afim, variam de 450 a 10.950 mOsm/Kg de água podendo gerar determinadas intolerâncias digestivas, devido ao uso de açúcares utilizado como excipiente em grande parte de medicamentos.

Assim considera que a osmolalidade é um fator que não restringe a dieta. As intercorrências gastrintestinais envolvem inúmeros fatores, dentre eles de infusão, o posicionamento da sonda, a temperatura de administração da dieta, uso de medicamentos potencialmente indutores de diarreia/náuseas ou vômito, má absorção, entre outros, sendo tais considerações mais comuns segundo ASPEN 20197, atendendo, portanto, os produtos ofertados, aos limites nacionais e internacionais estabelecidos como padrão seguro de administração dietética.

III- DAS CONTRARRAZÕES AO RECURSO ADMINISTRATIVO – EMPRESA RIOS E MATOS COMÉRCIO DE PRODUTOS DE DIETA LTDA.

A empresa **RIOS E MATOS COMÉRCIO DE PRODUTOS DE DIETA LTDA.** apresentou suas contrarrazões contra ao recurso administrativo interposto, corroborando as exigências do edital de composição mínima de 16% de proteínas em relação a distribuição energética do alimento exigido.

Afirma não proceder a justificativa para aceitação da dieta, pois o edital é soberano e nele a solicitação é feita em percentual de proteína, independentemente da quantidade de proteína por caloria que a dieta THOPHIC 1.5 oferece.

Também alega que a empresa Recorrente deveria ter impugnado o edital caso não concordasse com o descritivo dos itens desclassificados, para alteração do descritivo do produto, desta forma, como este fato não ocorreu, a aceitação da dieta oferecida infligi a lei, uma vez que, o produto não atende o descritivo do edital.

Pede que não seja anulada a decisão da Pregoeira e que o recurso apresentado pela empresa Recorrente seja indeferido.

IV- DAS APRECIÇÕES DA PREGOEIRA

Em respeito aos preceitos e normas da Lei Federal 8.666/93 e conformidade com o artigo 3º a licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e

selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos.

O processamento da licitação requer a elaboração de um instrumento convocatório, constem todas as regras que serão aplicadas quando da realização do certame que selecionará o contratado, bem como todas as condições para a execução do futuro ajuste.

Uma vez publicado o edital, as licitantes poderão solicitar o esclarecimento de dúvidas ou impugnar esse instrumento. De acordo com a disciplina do art. 12 do Decreto nº 3.555/00, "até dois dias úteis antes da data fixada para recebimento das propostas, qualquer pessoa poderá solicitar esclarecimentos, providências ou impugnar o ato convocatório do pregão", decorrido o referido prazo nenhum pedido de impugnação é reconhecido pela Administração.

Quanto à decisão desta Pregoeira de desclassificação dos itens 20 e 21 da empresa Recorrente por descumprimento a descrição exigida em edital, salienta-se que em data anterior ao certame (01/11/2019), a atual Recorrente solicitou ao Município esclarecimentos quanto a sua participação com produto de quantidade mínima de proteína no percentual de 15%, o quais atenderiam a todas as características do descrito e similares à referência (16% de proteína).

O pedido foi devidamente respondido e não acatado, pela técnica responsável, onde foi demonstrado que as dietas enterais, atualmente dispensadas por meio de processos administrativos e judiciais, segue a documentação e relatórios médicos apresentados pelos pacientes, que são em maioria, usuários que utilizam sondas de longa permanência (gastrostomia) ou estão aguardando a realização de gastrostomia, além de usuários com o quadro de saúde bem debilitado com neoplasias ou comprometimentos neurológicos.

Considerando tais condições, os profissionais prescrevem dietas enterais nutricionalmente completas conforme a aceitabilidade e tolerância do paciente, levando em consideração as manifestações clínicas, fisiopatológicas e o estado nutricional, fato este motivador da exigência mínima de 16% de proteínas contida no edital. Acrescento a esta justificativa técnica o não direcionamento, vez que, foi averiguado o atendimento por marcas diferentes dos produtos objetos da licitação.

Até o prazo legal previsto no ato convocatório, cláusula 15.2, nenhuma impugnação foi

legalmente reconhecida para o processo licitatório em questão.

Assim o artifício utilizado pelo Recorrente é, portanto, o de impugnar o edital por meio transverso e extemporâneo, na forma de recurso administrativo. Sucede que essa postura é repudiada pelo ordenamento jurídico, que expressamente menciona a “decadência” do direito de impugnar o edital, não podendo essa posterior comunicação ter efeito de recurso, como disposto na parte final do § 2º, do art. 41, da Lei n.º 8.666/93.

A doutrina e a jurisprudência confirmam essa linha de raciocínio, assim, JORGE ULISSES JACOBY FERNANDES ensina:

“Por isso, constitui um verdadeiro absurdo que, alguns licitantes, desacatando o princípio da eventualidade e do devido processo legal, compareçam ao julgamento e recorram da decisão, por não concordarem com determinada regra, que desde o começo do certame estava insculpida no edital. Processo é marcha pra frente e há uma fase para impugnar as regras do edital, inclusive aquelas que incidiram após a convocação, como são as que definem as regras do julgamento.

*O prazo é de decadência, como expressamente reza o art. 41, § 2º, significando que se o licitante não impugnar perante a administração naquele prazo legal, não poderá mais fazê-lo.
(...)*

Consagrando este entendimento a administração poderá conduzir o processo licitatório com mais tranqüilidade, pois se ultrapassado os prazos do art. 41, na esfera administrativa, o licitante não mais poderá questionar qualquer ato do processo licitatório praticada em estrita conformidade com o edital. Um exemplo elucidará a questão: determinado órgão promoveu uma licitação indicando a marca do produto pretendida; um licitante fabricante de outra marca, apresentou o seu produto na proposta e diante da desclassificação pretendeu recorrer; a administração acertadamente indeferiu o recurso porque estava precluso o seu direito de discutir a norma do edital, mesmo que servindo-se da via oblíqua do recurso ao julgamento.”



Sobre o tema, já há orientação expressa do Egrégio do Superior Tribunal de Justiça:

“A partir da publicação do edital de licitação, nasce o direito de

impugná-lo, direito que se esvai com a aceitação das regras do certame (divergência na Corte, com aceitação da tese na 2ª Turma, nos precedentes ROMS 10.847/MA e RMS 15.051/RS)."

Deste modo, o recurso administrativo interposto pela recorrente sequer deveria ter sido reconhecido, eis que precluso o direito de impugnação do edital por não ter sido exercido no momento próprio, utilizando-se arditosamente do recurso administrativo como meio indireto de questionamento da validade da descrição contida nos itens 20 e 21 (Termo de Referência, Anexo I) do instrumento convocatório.

Seguindo os trâmites processuais propostos, a realização do certame nos proporcionou a busca da melhor proposta entre aqueles licitantes que revelaram aptidão e condições de executar o objeto nas condições estabelecidas. Ainda se frisa que esta Administração, em nenhuma hipótese, fez exigências que objetivassem a frustração do caráter competitivo do certame, mas sim garantiu ampla participação na disputa licitatória, possibilitando o maior número possível de concorrentes garantindo assim a aquisição do objeto pretendido.

Todavia, conforme exposto inicialmente, esta Pregoeira pautada na necessidade de lisura na condução do devido processo legal, sintetiza abaixo avaliação técnica, emitida pela responsável, sobre a motivação de desclassificação dos itens 20 e 21 da Recorrente:

O descritivo do Termo de Referência foi elaborado de forma a adequar a dieta receitada aos requerimentos nutricionais densidade calórica, distribuição energética mínima, as necessidades estimadas, assim como aceitabilidade e a tolerância visando a atender às necessidades especiais e as particularidades dos perfis dos pacientes cadastrados em decorrência de alterações fisiológicas, alterações metabólicas, doenças e/ou agravos à saúde. Portanto, o processo de dispensação de dietas enterais tem suas particularidades complexas.

O perfil dos pacientes cadastrados deve ser levado em consideração para a continuidade da terapia nutricional e avaliação do consumo da dieta habitual com avaliação médica para eventuais análise das intercorrências, por isso a necessidade de manutenção no descritivo do edital de distribuição mínima energética em parâmetros médios com as dietas em uso pelos pacientes cadastrados no programa.

 Deste modo, o descritivo do Termo de Referência quanto a distribuição energética mínima no aporte de percentual de (proteínas, carboidratos e lipídios) são analisados não de forma isolada e sim avaliados quanto a dieta fornece em termo de percentual de macronutrientes (carboidratos, proteínas e lipídeos) respeitando o relatório médico, os parâmetros de

requerimentos nutricionais, condicionalidade metabólicas, seu estado fisiopatológico, a perda de peso, a dieta enteral de consumo habitual do paciente, a aceitabilidade e tolerância e prescrição do profissional de forma não prejudicar a continuidade de terapia nutricional em caso de intolerância ou não aceitação do produto ofertado.

Sendo assim a análise pelo setor técnico responsável pela confecção do Termo de Referência, constatou que os argumentos aduzidos pela Recorrente, nas razões interposta no recurso - em relação aos itens 20 (Trophic 1.5), com 15 % do percentual de proteína e 21 (Trophic Fiber) com 15 % do percentual de proteína - não atendem as exigências do Termo de Referência, conforme a ficha técnica dos respectivos produtos.

Em relação a Osmolaridade, dos produtos 20 (Trophic 1.5) e 21 (Trophic Fiber) apresentados pela Empresa ORTHONEWS CIRURGICOS E ORTOPEDICOS LTDA-ME, não será considerada como critério de desclassificação do produto apresentado pela mesma. Retifico a redação da Ata para retirada da **Osmolaridade** como critério de desclassificação.

V - DAS CONSIDERAÇÕES FINAIS

Respeitados os preceitos e normas das Leis Federais nº 8.666/93 e 10.520/02 e fundamentada no entendimento da Responsável Técnica do Município, na condição de Pregoeira Oficial do Município de João Monlevade, firmo a presente resposta ao **RECURSO ADMINISTRATIVO**, apresentado pela empresa **ORTHONEWS CIRÚRGICOS E ORTOPÉDICOS LTDA.-ME**, **NÃO ACOLHENDO** as razões apresentadas, **MANTENDO** as decisões anteriores.

João Monlevade, 05 de dezembro de 2019.



ÉRICA MARCIA RABELO SILVA ARAÚJO
Pregoeira Oficial
Município de João Monlevade



PARECER Nº 594 / 2019.

Referência: Processo Licitatório nº 422/2019 - Pregão nº 60/2019.

Procedência: Secretaria Municipal de Administração.

Data: 12/12/2019.

EMENTA:

“PROCESSO LICITATÓRIO - PREGÃO PRESENCIAL - REGISTRO DE PREÇOS VISANDO A AQUISIÇÃO FUTURA DE DIETAS ENTERAIS, SUPLEMENTO ALIMENTAR E FÓRMULA INFANTIL - DEVIDA OBSERVÂNCIA AS NORMAS LEGAIS E PRINCÍPIOS QUE VINCULAM A CONDUTA DO ADMINISTRADOR PÚBLICO - CONSIDERAÇÕES”.

CONSULTA

A Secretaria Municipal de Administração encaminha para a Procuradoria Jurídica do Município de João Monlevade solicitação de parecer jurídico para verificação da legalidade dos atos praticados no presente processo licitatório nº 422/2019, modalidade pregão presencial nº 60/2019, considerando a interposição de recurso administrativo em face da decisão da pregoeira do Município.

Com o pedido vieram as pastas A a F do referido processo licitatório, além da resposta ao recurso administrativo apresentado pela pregoeira do Município.

Recebida a solicitação, passamos a opinar.

PARECER

Inicialmente cumpre esclarecer que a Lei Federal nº 8.666/93, que rege os contratos e as licitações da Administração Pública, estabelece, em seu artigo 2º, a necessidade do processo licitatório antes de se contratar com terceiros. Explícita, ainda, em seu artigo 3º, caput, que:

“A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos.”

A exigibilidade é a regra geral, conforme também dispõe a Constituição Federal:

“Art. 37, 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.”

A licitação atua como o procedimento que precede o contrato administrativo, e tem por objetivo permitir a apresentação de propostas por todas as pessoas interessadas, possibilitando, conseqüentemente, a escolha daquela que será mais vantajosa para a Administração, gestora dos interesses públicos.



Assim, tanto para a aquisição de bens quanto para a prestação de serviços, é exigida da Administração Pública a observância da regra da obrigatoriedade das licitações como pressuposto dos contratos.

Por sua vez, a igualdade de condições a todos os concorrentes, garantida constitucionalmente, permite a competitividade entre os interessados, imprescindível na licitação, e abarca os princípios da impessoalidade e igualdade, a serem observados de forma cogente pelo administrador público.

No caso dos autos, foi promovida o presente Processo Licitatório nº 422/2019, modalidade Pregão Presencial nº 60/2019, cujo objeto é a "registro de preços visando a aquisição futura de dietas enterais, suplemento alimentar e fórmula infantil".

Por sua vez, o feito foi devidamente processado, e consoante ata de abertura e julgamento datada de 22 de novembro de 2019 (folhas 1223/1224), participaram do certame as empresas citadas na ata, oportunidade na qual foi procedido a DESCLASSIFICAÇÃO dos itens 20 e 21 da empresa "ORTHONEWS CIRÚRGICOS E ORTOPÉDICOS LTDA - ME" e o item 23 das empresas "NUTRIVID DIETAS E SUPLEMENTOS ALIMENTARES LTDA" e "VIVER BEM NUTRIÇÃO LTDA - EPP". Ainda, foi desclassificada a empresa "BH MED DISTRIBUIDORA HOSPITALAR LTDA", restando CLASSIFICADAS as demais empresas participantes do certame. Ao final, foram as demais empresas HABILITADAS e declaradas como VENCEDORAS as empresas descritas na ata às folhas 1224.

Foram carreados aos autos o histórico de lances do pregão, conforme observamos nos documentos de folhas 1230/1247.

Inconformada com sua desclassificação, a empresa "ORTHONEWS CIRÚRGICOS E ORTOPÉDICOS LTDA - ME" apresentou RECURSO ADMINISTRATIVO, considerando a decisão constante nos autos que entendeu que a licitante não atendia a exigência de percentual de proteína e osmolaridade exigida no termo de referência.

Adiante, a NUTRICIONISTA do Município apresentou os devidos esclarecimentos técnicos quanto a impugnação da empresa recorrente, concluindo pela manutenção da DESCLASSIFICAÇÃO da empresa "ORTHONEWS CIRÚRGICOS E ORTOPÉDICOS LTDA - ME".

A Nutricionista do Município, em seus esclarecimentos quanto a interposição do recurso administrativo, asseverou devidamente as questões técnicas que envolveram a decisão de desclassificação da empresa recorrente quanto 1) "desclassificação do certame do processo pelo (%) percentual de proteínas" e 2) "Desclassificação osmolaridade", não logrando êxito a recorrente em apresentar elementos suficientes a ensejar a modificação da decisão administrativa.

Não destoia do entendimento da Nutricionista, as observações apresentadas pela empresa "RIOS E MATOS COMÉRCIO DE PRODUTOS DE DIETA LTDA" em suas contrarrazões, que também ressaltaram pelo não provimento do recurso ordinário da empresa recorrente.

Em continuidade, seguindo os entendimentos da NUTRICIONISTA, a PREGOEIRA do Município apresentou a devida resposta ao recurso administrativo da licitante "ORTHONEWS CIRÚRGICOS E



ORTOPÉDICOS LTDA - ME, consoante documentos carreados aos autos, manifestando pela manutenção da decisão que desclassificou a empresa em apreço.

Em detida análise dos autos, verifica-se que o mesmo foi devidamente processado, inexistindo qualquer ato tendente a violar as regras insculpidas no edital do processo licitatório.

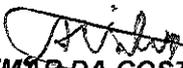
Enfim, inexistem impropriedades detectadas na presente licitação capazes de macular o certame, impondo-se o reconhecimento de sua regularidade, haja vista que o mesmo encontra-se devidamente revestido de todos os requisitos exigidos pela Lei Federal nº 8.666/93, Lei nº. 10.520/2002 e legislação correlata.

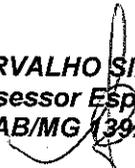
Em conclusão, analisados os autos do Processo Licitatório nº 422/2019, modalidade Pregão Presencial nº 60/2019, finaliza-se pela regularidade deste quanto à escolha da proposta mais vantajosa para a Administração e quanto à regularidade de todo o feito, adstrita às determinações legais e ao Edital da licitação.

CONCLUSÃO

Em conclusão, OPINAMOS pela homologação do presente processo licitatório trazido à apreciação, frente a sua regularidade, e possibilidade de contratação das empresas declarados vencedoras, bem como opinamos pela manutenção da desclassificação da empresa "*ORTONEWS CIRÚRGICOS E ORTOPÉDICOS LTDA - ME*", consoante manifestação da nutricionista e pregoeira do Município, em devido respeito aos ditames da Lei Federal nº 8.666/93, Lei Federal nº 10.520/02, e demais princípios norteadores da conduta do administrador público.

Salvo melhor juízo, é o parecer que submetemos a elevada apreciação superior.


ALCEMAR DA COSTA E SILVA
Procurador Municipal
OAB/MG 139.950


ALAIR CARVALHO SILVA JUNIOR
Assessor Especial
OAB/MG 139.950