

ILUSTRÍSSIMO (a) SENHOR (a) PREGOEIR(a) DA PREFEITURA MUNICIPAL DE ICO – ESTADO DO CEARÁ

PREGÃO PRESENCIAL Nº 15.012/2021-PPRP

NUTTRE COMÉRCIO DE ALIMENTOS E MEDICAMENTOS

LTDA-ME, pessoa jurídica de direito privado, sociedade por cotas de responsabilidade limitada, CNPJ 23.025.775-0001/17, sediada na Rua Antonio Augusto, 2459 – Joaquim Távora – Fortaleza – CE, neste ato representado por seu Representante Legal **HEDEL FARID CINTRA FAYAD** – Gerente Comercial e um dos sócios, brasileiro, casado, residente e domiciliado na cidade de Fortaleza - CE, com endereço eletrônico contatoce@nuttre.com.br, comercialce@nuttre.com.br, conforme Contrato Social em anexo, vem perante Vossa Senhoria, respeitosamente, oferecer a presente **IMPUGNAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO** do edital de Licitação do Pregão Presencial nº 15.012/2021 - PPRP, ante os fatos e fundamentos jurídicos a seguir expostos.

1. DA INCONTESTE TEMPESTIVIDADE DA PRESENTE PEÇA.

Nos termos do art. 24 do Decreto 10.024/2019, toda e qualquer licitante ou até mesmo interessado pode impugnar o presente instrumento convocatório em até 03 (três) dias úteis antes da data fixada para abertura do certame.

Dessa forma, uma vez que a presente peça impugnatória foi apresentada na data de hoje 26/04/2021, e, sendo a licitação agendada para dia 06/05/2021, demonstra-se a completa e absoluta tempestividade.

De igual forma, a Impugnação está em consonância com a cláusula 9.1 do edital, que prevê prazo para apresentação de impugnação de 2 (dois) dias.

Assim sendo, na medida em que a licitação ora impugnada está agendada para dia 06/05/2021, resta comprovada a sua tempestividade.

2. FUNDAMENTOS DA IMPUGNAÇÃO

Os princípios que regem as licitações públicas vêm insculpidos no art. 37 da Constituição Federal de 1988, bem como no art. 3º da Lei nº. 8.666/93, com destaque à supremacia do interesse público na **BUSCA DA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA**.

A Impugnante, interessada em participar do processo licitatório em tela, fez a aquisição do edital de licitação. Todavia, ao analisá-lo, verificou que existem questões pontuais que limitam e restringem a competitividade no certame. Nesse compasso, sentimo-nos obrigados a sanar a lacuna ocorrida, pelos seguintes motivos:

- i. processamento em lote e não por item da licitação que acaba por restringir a competitividade e, conseqüentemente, a busca da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, **principalmente quando no indigitado lote existe descritivo direcionado a compra de produto específico de uma única marca.**
- ii. o direcionamento nos itens 2, 3 e 4.

De início é importante destacar que o objetivo desta empresa não é, em momento algum, criar embaraços em relação a este procedimento licitatório. Em verdade, visa sobretudo garantir a sua legítima participação no certame, mediante simples pleito de “adequação” do Edital.

3. DA EXPOSIÇÃO FÁTICA

O processo licitatório em referência tem por objeto “registro de preços para futuras e eventuais aquisições de material de alimentação - dieta enteral para atender as necessidades do setor COVID-19 (UTI -

UNIDADE DE TERAPIA INTENSIVA, LEITOS DE RETAGUARDA E LEITOS CLINICOS) onde serão realizados atendimentos a pacientes COVID-19, junto a Secretaria Municipal de Saúde de Icó-CE.”

Ocorre que, ao tomar posse do edital, a impugnante percebeu desarmonias que necessitam correção por esta Comissão de Licitação, **especificamente no tocante aos princípios que norteiam os certames licitatórios**, uma vez que o critério de julgamento adotado nesta licitação, a saber, do tipo menor preço por grupo, **dificulta a ampla participação das empresas interessadas uma vez que para concorrer estas são obrigadas a apresentar proposta para todos os itens licitados no grupo**, ferindo a competitividade no mesmo.

Imperioso ainda destacar que além do processamento em lote, também verificou-se ocorrência de **direcionamento** nos itens 2, 3 e 4, e, portanto, restrição de competitividade, conforme defesa técnica apresentada adiante.

A Impugnante pretende com a presente Impugnação que esta Administração Pública a refaça o edital, adotando com critério de julgamento o menor preço por item, uma vez que declaradamente é o mais vantajoso para a administração pública, uma vez que amplia a quantidade de interessados, além de retificar os itens citados acima, ampliando a disputa para os mesmos.

Neste compasso, a presente impugnação apresenta questões pontuais que viciam o ato convocatório, **por restringirem a competitividade**, condição esta que é essencial para a validade de qualquer procedimento licitatório, conforme disciplina a lei 8.666/93.

4. DO DIREITO

a) Da vasta jurisprudência acerca da ilegalidade no processamento por lote, quando se tem objetos divisíveis.

A aglutinação em lotes de itens que podem ser licitados individualmente acarreta na restrição da competitividade e da concorrência na licitação, violando **o art. 3º, caput e § 1º, da Lei nº 8.666/93 e da Lei Estadual nº 9.433/05 (mesma redação) c/c. art. 5º, caput e parágrafo único, do Decreto nº 5.450/05:**

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional, sustentável 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 lhes são correlatos.

§1º É vedado aos agentes públicos:

I – admitir, prever incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos arts. 9º a 12 deste artigo e no art. 1º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991;

Art. 5º. A licitação na modalidade de pregão é condicionada aos princípios básicos da legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, eficiência, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo, bem como aos princípios correlatos da razoabilidade, competitividade e proporcionalidade.

Parágrafo único. As normas disciplinadoras da licitação serão sempre interpretadas em favor da ampliação da disputa entre os interessados, desde que não comprometam o interesse da administração, o princípio da isonomia, a finalidade e a segurança da contratação." (grifas e destaques nossos).

Ressalte-se que o Tribunal de Contas da União, nesse sentido, editou a Súmula nº 247, que assim estabelece:

SÚMULA 247 – É obrigatória a admissão da adjudicação por item e não por preço global. nos editais das licitações para a contratação de obras, serviços, compras e alienações. **cujo objeto seja divisível**, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala, **tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas**, devendo as exigências de habilitação adequar-se a essa divisibilidade." (grifo nosso)

Por oportuno, cabe ressaltar a distinção de licitação por itens e de licitação por lotes, conforme entendimento da Corte de Contas:

"Na licitação por item, há a concentração de diferentes objetos num único procedimento licitatório, que podem representar, cada qual, certame distinto. De certo modo, está-se realizando "diversas licitações" em um só processo, em que cada item, com características próprias, é julgado como se fosse uma licitação em separado, de forma independente. Quando dividida a licitação em itens, tem-se tantos itens quantos o objeto permitir. Na compra de equipamentos de informática, por exemplo, a licitação pode ser partida nos seguintes itens: microcomputador, notebook, impressora a laser, impressora a jato de tinta; e na de material de expediente, caneta, lápis, borracha, régua, papel, cola, dentre outros. Deve o objeto da licitação ser dividido em itens (etapas ou parcelas) de modo a ampliar a disputa entre os licitantes. Deve ficar comprovada a viabilidade técnica e econômica do feito, ter por objetivo o melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e a preservação da economia de escala. (...) Licitação em lotes ou grupos, como se itens fossem, deve ser vista com cautela pelo agente público, porque pode afastar licitantes que não possam habilitar-se a fornecer a totalidade dos itens especificados nos lotes ou grupos, com prejuízo para a Administração. Em princípio, essa divisão só se justifica quando o lote ou grupo for constituído de vários itens para um só local ou ambiente. Por exemplo: compra de moveis, em que todos os itens constantes do lote ou grupo, destinados a um determinado ambiente, devem ser adquiridos de uma só empresa, de forma a manter idêntico estilo, modelo, design etc." (grifou-se)

Ademais, é vasta a jurisprudência no tocante ao assunto, senão vejamos:

(TCE-PR 31257417, Relator: ARTAGÃO DE MATTOS LEÃO, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 25/06/2018)

NUTTRE COMÉRCIO DE ALIMENTOS E MEDICAMENTOS LTDA-ME
CNPJ: 23.025.775-0001/17 – Ins. Estadual: 06.475.371-9 / Rua Antonio Augusto, 2459 – Joaquim Távora – Fortaleza – CE
Contatos: contatoce@nuttre.com.br comercialce@nuttre.com.br / Tel.: (85) 3034-7906 – 9-9999-1154

Representação. Licitação. Agregados de granito e calcário. Objeto licitado que é passível de di visão. Agrupamento em lote único que revela restrição a competitividade. Ausência de justificativas em sentido contrário. Consequente dever de previsão de cota a microempresas e empresas de pequeno porte. Vedação de somatório de atestado. Impossibilidade. Alta complexidade não demonstrada. Exigência de demonstração de capacidade técnica para transporte. Serviços secundário. Capital Mínimo. Habilitação. Garantia contratual. Execução do contrato. Multa. Parcial procedência. Determinação.

(TCE-PR 35269812, Relator: IVAN LELIS BONILHA, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 05/09/2018) Representação. Contratação de empresa para a execução de serviços ambulatoriais e outros. Afronta à competitividade. Inclusão de itens diversos no mesmo lote. Possível contratação por preço superior ao de mercado. Cobrança dos usuários por exames remunerados pelo SUS. Procedência parcial com aplicação de sanções. Instauração de Tomada de Contas Extraordinária.

TJ/SP – LICITAÇÃO – Requisitos – Mandado de segurança, impetrado por **empresa impedida de participar de procedimento licitatório**, ora agravante, com pretensão de se suspender os efeitos de pregão licitatório que tem por objeto dois serviços distintos: o de monitoramento eletrônico à distância, com instalação de equipamentos nas dependências das unidades do Conselho Regional de Saúde Norte, e o de vigilância patrimonial desarmada; serviços, esses, licitados de forma conjunta – Hipótese – Circunstância em que não se pode vincular no edital, à mesma empresa licitante, a prestação de serviços que, malgrado complementares, são totalmente distintos nas suas características e na especialização que exigem para o seu desempenho, restringindo, demasiadamente, o número de licitantes, contrariando o interesse público – Ocorrência – Recurso provido. (Agravo de instrumento nº

635.534-5/0-00 – São Paulo – 4a Câmara de Direito Público –
Relator: Thales do Amaral – 29.03.07 – V.U. – Voto nº 6.142)

TCU – Decisão 393/94 do Plenário – “firmar o entendimento, de que, em decorrência do disposto no art. 3º, §1º, inciso I; art. 8º, § 1º e artigo 15, inciso IV, todos da Lei nº 8.666/1993, é obrigatória a admissão, nas licitações para a contratação de obras, serviços e compras, e para alienações, onde o objeto for de natureza divisível, sem prejuízo do conjunto ou complexo, da adjudicação por itens e não pelo preço global, com vistas a propiciar a ampla participação dos licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam, contudo, fazê-lo com referência a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequarem-se a essa divisibilidade”.

Assim, a manutenção do Edital da maneira como está ofenderia até mesmo ao princípio da legalidade, que garante o direito de participação de **QUALQUER INTERESSADO**, sem que haja qualquer restrição, nos estritos termos da Lei. *Ad argumentandum, estabelece o art. o art. 23, § 1º, da Lei nº 8.666/93, que estabelece:*

Art. 23. (...)

§1º As obras, **serviços e compras efetuadas pela Administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis**, procedendo-se a licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado **e à ampliação da competitividade**, sem perda da economia de escala.

Portanto, fica nítido que o julgamento por lote formado por produtos/itens autônomos entre si **IMPOSSIBILITA** um maior número de empresas a participarem, pois muitas, como o caso da Impugnante e de diversas outras empresas, não conseguem atender a totalidade do lote.

Por fim, imperioso destacar a súmula 222 do TCU diz: “As Decisões do Tribunal de Contas da União, relativas à aplicação de normas gerais de licitação, sobre as quais cabe privativamente à União legislar, **devem ser acatadas pelos administradores dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios**”. Sendo assim, conclui-se que é dever deste Órgão o acatamento aos preceitos aqui fundamentados.

Diante disso, **é pacífico na doutrina e na jurisprudência que a regra é a realização de licitação por itens**, exigindo-se justificativa adequada para a realização de certame por lotes, bem como a demonstração da vantagem dessa, **o que não conseguiu demonstrar esta Administração com a justificativa apresentada.**

Dessa forma, na medida em que não existe qualquer justificativa plausível para se agrupar itens autônomos entre si, é de clareza solar o vício contido no edital em comento, que macula diretamente o princípio da competitividade e todos os outros correlatos, sendo necessária à sua retificação.

b) Da defesa técnica - Dos itens direcionados.

Inicialmente, imperioso destacar que esta defesa técnica foi elaborada pelos Nutricionistas da Impugnante, por entender que questões de cunho técnico/nutricional somente o profissional Nutricionista, enquanto atividade privativa da profissão, pode se manifestar.

ITEM 2

O descritivo encontra-se direcionado para a dieta Nutrison Advanced Protison quando solicita a presença de um mix exclusivo P4 (mix de proteínas) que apenas a dieta da Danone tem, o que impede que outros produtos possam concorrer.

Além disso a dieta Nutrison Advanced Protison tem densidade calórica de 1.28 kcal por ml sendo classificada segunda a RDC 21 como hipercalórica e não normocalórica como o edital solicita.

Nossa dieta Fresubin 1.2 HP Fibre tem DC 1.2, sendo classificada como normocalórica, é hiperproteica 20%, 60g de proteína por litro, fonte proteica 100% caseinato que é uma proteína de alto valor biológico, que mantém dentro da classificação de dieta normocalórica, hiperproteica, assim como a dieta especificada em edital.

Possui também um excelente perfil lipídico com óleos vegetais e adição de óleo de peixe (3% do total de lipídeos), perfazendo uma relação w6:w3 de 2,3:1 e, portanto, um perfil anti-inflamatório. Apesar de não conter TCM na sua composição lipídica, este não seria um nutriente essencial a uma dieta padrão.

Contém também mix de fibras (14g/l), com proporção de fibras solúveis e insolúveis interessantes ao auxílio a necessidade de regularização do trânsito intestinal. O Fresubin 1.2 HP Fibre é uma dieta com osmolaridade de apenas 345mOsm/l, fator importante para garantia de tolerância gastrointestinal.

A quantidade de proteína menor do que o solicitado não seria, portanto, um fator de desclassificação do nosso produto.

Dessa forma sugerimos mudança no descritivo:

Item 02 - Dieta normocalórica e hiperproteica, com fibras, baixa osmolaridade, líquida, com proteínas de alto valor biológico, embalagem de 500ml.

ITEM 3

O edital encontra-se direcionado para o produto Nutrison Energy da Danone, pela distribuição pela solicitação de Mix exclusivo P4 (Mix de proteínas), presentes apenas nas dietas da Danone.

A nossa dieta Fresubin Energy é um alimento para nutrição enteral, nutricionalmente completo, hipercalórico (densidade calórica de 1.5), com adequado teor de proteína. Isento de sacarose e lactose.

Possui em sua composição 15% de proteína (80% de caseinato e 20% de proteína do soro do leite), contendo assim um excelente perfil proteico, composto por 100% de proteínas de alto valor biológico. Possui ainda 50% de carboidratos (100% maltodextrina) e 35% de lipídios (73% de óleo de canola, 24% de óleo de girassol de alto teor oleico e 3% de óleo de peixe), com a relação W6:W3 de 2,3:1 e , portanto um perfil anti-inflamatório. Apesar de não conter TCM na sua composição lipídica, este não seria um nutriente essencial a uma dieta padrão.

Fresubin Energy é uma dieta isosmolar, com osmolaridade de 330mOsm/L, fator importante para garantir a tolerância gastrointestinal. Acondicionada em EasyBag de 1 litro.

Dessa forma sugerimos a mudança do descritivo:

Item 03 - Dieta hipercalórica, líquida, sem fibras, com proteínas de alto valor biológico, armazenado em embalagem de 1000ml.

ITEM 4

O descritivo encontra-se direcionado para o produto Nutrison Energy Protein quando solicita um mix exclusivo P4 (mix de proteínas) encontrado apenas nas dietas da Danone, impedido assim a participação de outros produtos.

A dieta Fresubin HP Energy é hipercalórica com densidade calórica 1.5 e hiperproteica 75g de proteína por litro conforme solicita o edital, possui na

composição 100% maltodextrina, 80% de caseinato e 20% de proteína do soro do leite, tendo na composição lipídica 57% de TCM.

No entanto, a dieta Fresubin HP Energy possui um perfil de AGCM não associado a efeitos aterogênicos.

Além disso, por seu alto teor calórico-proteico, isenção de fibras, quantidade de TCM e adição de óleo de peixe, a dieta tem sido direcionada especialmente a atender a demanda de pacientes críticos. Assim, a presença de TCM na formulação Fresubin HP Energy favorece a recuperação do estado nutricional do paciente crítico, hipercatabólico. Afinal, o TCM é uma energia de rápida absorção, que não precisa da atividade das enzimas pancreáticas e nem da emulsificação da bile para ser absorvido. Apresenta uma velocidade de absorção extremamente rápida, logo sofrendo após a ingestão, a metabolização, gerando os ácidos graxos de cadeia média. Em virtude da sua rápida utilização e metabolização como substrato energético, a quantidade de TCM presente em Fresubin HP Energy não é aterogênico, pois não ocorre o seu acúmulo em pacientes críticos.

Além da questão da quantidade de TCM, vale destacar o excelente perfil proteico da dieta Fresubin HP Energy, com 80% de caseinato e 20% de proteína do soro do leite, proteínas de alto valor biológico e, portanto, melhores na preservação de massa magra e oferta de aminoácidos essenciais.

Dessa forma sugerimos a mudança no descritivo:

Item 04 - Dieta hipercalórica e hiperproteica, sem fibras, líquida, com proteínas de alto valor biológico. Apresentação: embalagem de 1000ml.

c) Da ilegalidade no direcionamento dos itens.

O direcionamento, além de expressamente ferir o princípio da competitividade, inerente a toda licitação pública, também agride frontalmente o princípio da legalidade. Ademais, o art. 7º, § 5º da lei 8.666/93 faz vedação expressa à realização de licitações cujo objeto seja **sem similitudes ou de marcas**, características **e/ou especificações exclusivas**, *in verbis*:

“§ 5º **É vedada** a realização de licitação cujo objeto inclua bens e serviços **sem similaridade ou de marcas, características e especificações exclusivas**, salvo nos casos em que for tecnicamente justificável, ou ainda quando o fornecimento de tais materiais e serviços for feito sob o regime de administração contratada, previsto e discriminado no ato convocatório.”

O estabelecimento de especificações técnicas idênticas às ofertadas por determinado fabricante, da que resultou a exclusão de todas as outras marcas, sem justificativa consistente, **configura também afronta ao disposto no art. 15, § 7º, I¹ da Lei nº 8.666/93.**

Nesse mesmo diapasão, encontramos o entendimento do Ilustríssimo doutrinador Marçal Justen Filho², vejamos:

“(…) não é possível a Administração invocar algum tipo de presunção de legitimidade de atos administrativos para transferir ao particular o ônus de prova extremamente complexa. **Assim**

¹ Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão:

§ 7º Nas compras deverão ser observadas, ainda:

I - a especificação completa do bem a ser adquirido sem indicação de marca.

² Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos”, Dialética, 7ª edição, p.337

NUTTRE COMÉRCIO DE ALIMENTOS E MEDICAMENTOS LTDA-ME

CNPJ: 23.025.775-0001/17 – Ins. Estadual: 06.475.371-9 / Rua Antonio Augusto, 2459 – Joaquim Távora – Fortaleza – CE

Contatos: contatoce@nuttre.com.br comercialce@nuttre.com.br / Tel.: (85) 3034-7906 – 9-9999-1154

o é porque foi a Constituição que determinou a admissibilidade apenas das exigências as mais mínimas possíveis. Portanto, quando a Administração produzir exigências maiores, recairá sobre ela o dever de evidenciar a conformidade de sua conduta em face da Constituição. Mas há outro motivo para isso. É que, se a Administração impôs exigência rigorosa, fê-lo com base em alguma avaliação interna. Em última análise, a discricionariedade na fixação das exigências de qualificação técnicooperacional não significa que a Administração possa escolher as que bem entender. A escolha tem de ser resultado de um processo lógico, fundado em razões técnico-científicas. Portanto, o questionamento do particular conduz, em primeiro lugar, à Administração revelar publicamente os motivos de sua decisão. Depois, conduz à aplicação da teoria dos motivos determinantes. Ou seja, se a Administração tiver avaliado mal a realidade, reputando como indispensável uma experiência que tecnicamente se revela dispensável, seu ato não pode prevalecer.”

Dessa forma, é de clareza solar o vício contido no edital em comento, que macula diretamente o princípio da competitividade e todos os outros correlatos, sendo necessária à sua retificação.

5. DOS REQUERIMENTOS

Sendo assim, estando o Edital em desacordo com os princípios basilares de um processo licitatório, requer a ora Impugnante, respeitosamente, a Vossas Senhorias, que seja recebida e devidamente processada a presente

NUTRE COMÉRCIO DE ALIMENTOS E MEDICAMENTOS LTDA-ME
CNPJ: 23.025.775-0001/17 – Ins. Estadual: 06.475.371-9 / Rua Antonio Augusto, 2459 – Joaquim Távora – Fortaleza – CE
Contatos: contatoce@nuttre.com.br comercialce@nuttre.com.br / Tel.: (85) 3034-7906 – 9-9999-1154



IMPUGNAÇÃO DO EDITAL DO PREGÃO PRESENCIAL Nº 15.012/2021-PPRP, para que o mesmo seja refeito, a fim de se **GARANTIR O CARÁTER COMPETITIVO DO CERTAME**, sendo processado por Item e não por lote além da revisão dos itens 2, 3 e 4.

Tendo em vista que a sessão pública eletrônica está designada para 06/05/2021, requer, ainda, seja conferido **efeito suspensivo** a esta impugnação, adiando-se a referida sessão para data posterior à solução dos problemas ora apontados. Caso contrário, há o iminente risco de todo o ritual do artigo 4.º da lei 10520/2002 ser considerado inválido.

Termos em que, pede deferimento.

Fortaleza, 26 de abril de 2021.

HEDEL FARID
CINTRA
FAYAD:051615218
13

Assinado de forma digital
por HEDEL FARID CINTRA
FAYAD:05161521813
Dados: 2021.04.26
16:22:00 -03'00'

**NUTTRE COMÉRCIO DE ALIMENTOS E
MEDICAMENTOS LTDA-ME
HEDEL FARID CINTRA FAYAD**

**GABRIELLA MAIA MORAES SALES
OAB/BA 47066**