

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO DA PREFEITURA MUNICIPAL DE ESPIRITO SANTO DO PINHAL – SP

REF.: PREGÃO ELETRÔNICO Nº 09/2024

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 3706/2024

OBJETO: SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS VISANDO A FUTURA E EVENTUAL AQUISIÇÃO E FORNECIMENTO DE DIETAS, FÓRMULAS, LEITES, COMPLEMENTOS E SUPLEMENTOS NUTRICIONAIS ALIMENTARES, PELO PERÍODO DE 12 (DOZE) MESES, CONFORME ANEXO

SUPPLEMENT LABS LTDA, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob nº 10.858.646/0001-68, estabelecida na Avenida Rodrigues Alves, 1.154, Jardim Santa Helena, São João da Boa Vista – SP, CEP 13.874-040, neste ato representada por seu representante legal infra-assinado, vem, à presença de Vossa Senhoria, apresentar, **RECURSO ADMINISTRATIVO**, com fulcro no Art. 165 da Lei 14.133/21, contra ato praticado pela Autoridade condutora do Certame em tela, que inabilitou a Recorrente, o que faz pelas razões que passa a expor.

1. DA TEMPESTIVIDADE DO PRESENTE RECURSO ADMINISTRATIVO

Inicialmente, ressalta-se que, nos termos do que disciplina o artigo 165 da Lei 14.133/21:

“Art. 165 - Dos atos da Administração decorrentes da aplicação desta Lei cabem:

I - recurso, no prazo de 3 (três) dias úteis, contado da data de intimação ou de lavratura da ata, em face de:

(...)

c) ato de habilitação ou inabilitação de licitante;”

Conforme diploma legal, é cabível o recurso administrativo no prazo de 03 (três) dias úteis da decisão que o motivou. Assim, tendo transcorrido a referida sessão, que iniciou-se no dia 23/07/2024, ato contínuo, no dia 30/07/2024, conforme consignado nos autos, a recorrente manifestou sua intenção de interpor recurso administrativo em face da ilegalidade na decisão que a inabilitou, enquanto detentora de melhor oferta para o item 33 – *“MÓDULO DE PROTEÍNA PARA NUTRIÇÃO COMPLEMENTAR PARA DIETA ENTERAL E ORAL, COM 100% DE PROTEÍNA ISOLADA DO SORO DO LEITE - LATA CONTENDO ENTRE 280 A 400 GRAMAS - MÓDULO DE PROTEÍNA PARA NUTRIÇÃO COMPLEMENTAR PARA DIETA ENTERAL E ORAL, COM 100% DE PROTEÍNA ISOLADA DO SORO DO LEITE - LATA CONTENDO ENTRE 280 A 400 GRAMAS”*.

Lote	Descrição	Início Fase	Fim Fase	Fase
33	LOTE 33	30/07/2024 14:15:19	03/08/2024 00:00:00	INTERPOSIÇÃO DE RECURSOS


Ficando assim demonstrado que o prazo para recursos no processo é até o dia 03/08/2024, é, portanto, tempestiva a presente peça recursal, que deverá ser avaliada pela Autoridade, e reformada a decisão pelos seguintes motivos que passaremos a expor

2. DO FATO RECORRIDO

Como já é sabido, este Órgão, publicou edital de licitação na modalidade Pregão Eletrônico sob o nº 09/2024, cujo objeto é “**SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS VISANDO A FUTURA E EVENTUAL AQUISIÇÃO E FORNECIMENTO DE DIETAS, FÓRMULAS, LEITES, COMPLEMENTOS E SUPLEMENTOS NUTRICIONAIS ALIMENTARES, PELO PERÍODO DE 12 (DOZE) MESES, CONFORME ANEXO**”.

Devido ao interesse na participação do certame, essa Recorrente analisou o presente ato convocatório, de forma rigorosa e minuciosa, encontrando respaldo tanto legal quanto técnico para sua participação, e conseqüentemente para os produtos por ela ofertados, uma vez que, é fornecedora de vários produtos do seguimento, tanto para outros entes públicos, como para empresas privadas, podendo ter sua capacidade técnica e operacional auferida pelos atestados de bom desempenho apresentados, quanto por contratos, atas de registro de preços, e notas fiscais que podem ser diligenciadas a qualquer momento em que a Administração julgar oportuno.

Antes, porém, de formular sua proposta na plataforma eletrônica, a parte interessada verificou no sistema da *BLL Compras* (<https://bllcompras.com>) que os devidos documentos habilitatórios não seriam obrigatórios para a efetivação da proposta de preço, tanto que, após efetuar sua propositura, conseguiu o salvamento das informações via sistema, fato que, seria impossibilitada de fazer caso fosse obrigatória a previa juntada para tal.



Documento	Nome do arquivo	Upload em	Expira em	Obrigatório		
Ato Constitutivo (Estatuto ou Contrato Social)				NÃO	+	×
Cadastro de CNPJ				NÃO	+	×
Certidão conjunta de débitos relativos a Tributos Federais				NÃO	+	×
Certidão de regularidade de débito com a Fazenda Estadual				NÃO	+	×
Certidão de regularidade de débito com a Fazenda Municipal				NÃO	+	×
Certidão de regularidade de débito para com o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS)				NÃO	+	×
Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT)				NÃO	+	×
Certidão Negativa de Falência ou Concordata				NÃO	+	×
Prova de Inscrição Estadual				NÃO	+	×
Prova de Inscrição Municipal				NÃO	+	×
Declaração Conjuntiva (Anexo)				NÃO	+	×
CATÁLOGOS OU FOLDERS OU MANUAL TÉCNICO QUE COMPROVEM AS CARACTERÍSTICAS TÉCNICAS.				NÃO	+	×

Desta feita, a funcionalidade do sistema permite com que a empresa cadastre sua proposta para o respectivo pregão, realizando o posterior envio dos documentos habilitatórios após a etapa de lances, caso a empresa se sagre vencedora da disputa, em conformidade com a legislação que rege o processo, a Lei 14.133/21:

“Art. 63. Na fase de habilitação das licitações serão observadas as seguintes disposições:

(...)

II - será exigida a apresentação dos documentos de habilitação apenas pelo licitante vencedor, exceto quando a fase de habilitação anteceder a de julgamento “(grifo nosso).

Em regra, a legislação determina o envio dos documentos de habilitação apenas do proponente vencedor, permitindo, em caráter excepcional, que os documentos de habilitação de todos os participantes sejam exigidos apenas quando houver a chamada inversão de fases, o que claramente não é o caso, conforme determina o próprio edital:

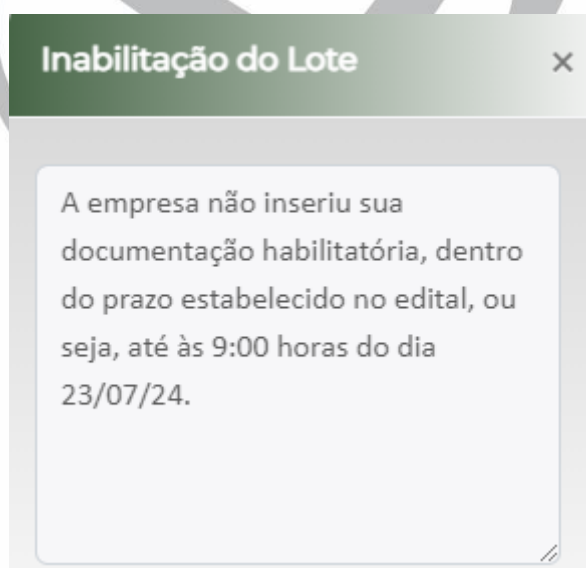
3 - DA APRESENTAÇÃO DA PROPOSTA

3.1 - Na presente licitação, a fase de habilitação sucederá as fases de apresentação de propostas e lances e de julgamento.

Isto exposto, transcorrida a fase de cadastramento de propostas, na data marcada para a etapa de lances do pregão, a Recorrente disputou e venceu o item 33 – MÓDULO DE PROTEÍNA PARA NUTRIÇÃO COMPLEMENTAR PARA DIETA ENTERAL E ORAL, COM 100% DE PROTEÍNA ISOLADA DO SORO DO LEITE - LATA CONTENDO ENTRE 280 A 400 GRAMAS.

Classificação								
Classificados								
	Razão Social	Participante	Melhor Lance	ME				
				49692912JORGE RAMOS DE OLIVEIRA	PARTICIPANTE 130	97,20	<input checked="" type="checkbox"/>	
				COMERCIAL SM HOSPITALAR LTDA	PARTICIPANTE 087	99,00	<input checked="" type="checkbox"/>	
				MEDICALL FARMA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS E SERVICOS PARA SAUDE EIRELI	PARTICIPANTE 104	114,27	<input type="checkbox"/>	
				NUTRI ARTHI COMERCIAL LTDA. ME	PARTICIPANTE 045	115,70	<input checked="" type="checkbox"/>	
				MEDICAM DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS E NUTRIÇÃO LTDA	PARTICIPANTE 060	117,00	<input checked="" type="checkbox"/>	
				AMC SAUDE COMERCIAL HOSPITALAR EIRELLI-ME	PARTICIPANTE 024	135,00	<input checked="" type="checkbox"/>	
				CM HOSPITALAR S.A.	PARTICIPANTE 142	135,21	<input type="checkbox"/>	
				MEG ALIMENTOS E NUTRICA O LTDA EPP	PARTICIPANTE 136	137,00	<input checked="" type="checkbox"/>	
Inabilitados								
	Razão Social	Participante	Melhor Lance	ME				
				SUPPLEMENT LABS LTDA	PARTICIPANTE 138	87,15	<input type="checkbox"/>	
Desclassificados								
	Razão Social	Participante	Melhor Lance	ME				

Porém, para a nossa surpresa, arbitrariamente a autoridade coatora desclassificou nossa proposta sob a seguinte alegação:



Cabe destacar, que a plataforma somente iria permitir que fosse registrada a proposta se a mesma seguir os parâmetros estipulados pelo Pregoeiro que a cadastrou na plataforma.

Em rápida consulta à própria BLL, vemos o que a mesma já definiu em recente artigo publicado em seu *site*¹:

1 – Como será a forma de envio dos documentos de habilitação?

Diferentemente do Decreto Federal nº10.024/2019, no qual os licitantes são obrigados a anexar todos os documentos de habilitação concomitantemente com a Proposta, a Nova Lei de Licitações nº 14.133/2021 e a Instrução Normativa nº 73/2022 fixam que a documentação de habilitação deve ser enviada apenas pelo licitante vencedor. A verdade é que essa é uma grande reviravolta no “mundo” das licitações, pois já fora vivenciado através do Decreto Federal nº 5.450/2005 (já revogado pelo Decreto nº 10.024/2019)

Ainda em consonância ao art. 63 da Lei 14.133, o artigo continua:

2 – Existe alguma forma do Órgão exigir os documentos de habilitação antes do certame?

Há duas alternativas para essa possibilidade: 1- Ocorrendo a inversão de fases na NLLC, onde deve ser enviado os documentos de habilitação, bem como a proposta; ou 2- Licitações através de outras legislações, como a Lei das Estatais nº 13.303/2016 e o próprio Sistema “S”. Ambos possuem regulamentos próprios que podem sim manter a obrigação do envio dos documentos de habilitação antes do certame.

Neste diapasão, há ainda o respaldo dado pelo art. 39, §2 da Instrução Normativa nº 73 de 30 de setembro de 2022, sobre novamente a fixação que a documentação de habilitação deve ser enviada apenas pelo licitante vencedor:

“Art. 39 (...)

§ 2º *Será exigida a apresentação dos documentos de habilitação apenas do licitante vencedor, exceto quando a fase de habilitação anteceder as fases referidas nos incisos III e IV do art. 8º, observado, nesta hipótese, o disposto no § 2º do art. 64 da Lei nº 14.133, de 2021.”*

No mesmo sentido o art. 13, II da Instrução Normativa nº 73/2022 traz:

“Art. 13. *Caberá ao licitante interessado em participar da licitação, na forma eletrônica:*

(...)

II - *remeter, no prazo estabelecido, exclusivamente via sistema, a proposta com o preço ou o desconto e, na hipótese de inversão de fases, os documentos de habilitação, observado o disposto no caput e no § 1º do art. 39, até a data e hora marcadas para abertura da sessão;” (grifo nosso).*

¹ <https://bll.org.br/noticias/as-5-principais-duvidas-sobre-a-habilitacao-na-nova-lei-de-licitacoes/>

Ora, se a disputa iniciou-se as 09h00 (horário de Brasília), não encontra fundamento legal as razões do Pregoeiro para a inabilitação da Recorrente, que sequer foi chamada via *chat* para envio da documentação comprobatória, porém, anexando mesmo assim, fato ignorado pela Autoridade condutora do pleito.

A proposta da Recorrente foi a mais vantajosa comercialmente ao erário. Todavia, foi sumariamente rejeitada, não levando em conta o princípio do Interesse Público e da proposta mais vantajosa para a Administração, sendo esse um dos principais pilares Constitucionais que regem um certame licitatório.

O critério de julgamento pelo menor preço adotado pela Administração encontra definição legal no artigo 33 da Lei 14.133/21

“Art. 33 – O julgamento das propostas será realizado de acordo com os seguintes critérios:

I - menor preço;”

Ao realizar a licitação deve o agente público ter por norte a **legalidade**, em prol do Interesse Público e a busca pela obtenção da proposta mais vantajosa à Administração Pública, mantendo-se leal aos princípios constitucionais que atuam como regentes da Administração Pública.

Ainda conforme disposto no § 1º do art. 50 Lei nº 9.784/99, em qualquer procedimento administrativo, os atos devem ser motivados de forma explícita, clara e congruente. E como pode um ato administrativo alcançar tal feito se fere os preceitos legais elencados acima?

Nesta toada, o **Tribunal de Contas da União** proferiu o seguinte acórdão, que apesar de se referir expressamente ao pregão, em sua essência é aplicável à todas as demais modalidades de licitação, já que diz respeito à circunstância que, por imposição legal, abrange qualquer uma delas.

“Em pregão, é necessária motivação das decisões que desclassifiquem propostas, inabilitem licitantes ou julguem recursos, com nível de detalhamento suficiente para a plena compreensão pelos interessados, em observância ao princípio da motivação.”²

Neste sentido, o trazemos á lume a seguinte decisão, proferida no julgamento de situação análoga à presente:

“RECURSO DE APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ATO ADMINISTRATIVO DESPROVIDO DE FUNDAMENTAÇÃO. NULIDADE. VIOLAÇÃO DO DIREITO DE DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. A ausência de motivação do ato administrativo enseja sua nulidade, por tratar-se de requisito essencial para o próprio exercício do direito de defesa e do contraditório, direitos líquidos e certos violados pela autoridade coatora.”³

O ato que inabilitou a Recorrente, é nulo de pleno direito, por se tratar de conduta vedada por lei.

² Acórdão 1188/2011-Plenário-TCU.

³ TJ-RJ - APL: 00034243720068190066 RIO DE JANEIRO VOLTA REDONDA 3 VARA CÍVEL, Relator: FRANCISCO DE ASSIS PESSANHA, Data de Julgamento: 16/05/2007, SEXTA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 24/07/2007

Ademais, o princípio da eficiência, expressamente previsto no caput do art. 37 da Constituição da República Federativa do Brasil, preconiza a otimização da ação estatal, no sentido de “fazer mais com menos”, ou seja, de conferir excelência nos resultados.

Como bem alerta Ávila⁴, “*eficiente é a atuação administrativa que promove de forma satisfatória os fins em termos quantitativos, qualitativos e probabilísticos*”, de modo que a eficiência “*exige mais do que mera adequação. Ela exige satisfatoriedade na promoção dos fins atribuídos à Administração*”

A empresa Recorrente se sagrou vencedora do item 33 pelo menor preço unitário de R\$ 87,15 (oitenta e sete reais e quinze centavos), perfazendo um montante global de R\$ 104.580,00 (cento e quatro mil, quinhentos e oitenta reais). A 2ª colocada, ofertou para o mesmo item o valor de R\$ 97,20 (noventa e sete reais e vinte centavos), que totaliza um montante de R\$ 116.640,00 (cento e dezesseis mil, seiscentos e quarenta reais), um valor significativamente maior, representando um aumento de **11.53%** em relação ao valor da Recorrente.

De acordo com Aragão⁵, “*a eficiência não pode ser entendida apenas como maximização do lucro, mas sim como um melhor exercício das missões de interesse coletivo que incumbe[m] ao Estado, que deve obter a maior realização prática possível das finalidades do ordenamento jurídico, com os menores ônus possíveis, tanto para o próprio Estado, **especialmente de índole financeira**, como para as liberdades dos cidadãos*” (grifo nosso).

Não pode o Conductor ter tal displicência com o erário. Ainda mais em anos eleitorais.

O formalismo exagerado e inútil, prejudica o andamento dos certames⁶. Ou seja, confere-se ao procedimento licitatório um caráter instrumental (licitação como meio, e não como um fim em si mesmo). Tal é o entendimento do STF e do STJ, vejamos:

De acordo com trecho do voto do Ministro Sepúlveda Pertence, relator do RMS nº 23.714/DF (DJ 13/10/2000, p. 21): “*Se a irregularidade praticada pela licitante vencedora, que não atendeu a formalidade prevista no edital licitatório, não lhe trouxe vantagem nem implicou prejuízo para os demais participantes, bem como se o vício apontado não interferiu no julgamento objetivo da proposta, não se vislumbrando ofensa aos demais princípios exigíveis na atuação da Administração Pública, correta é a adjudicação do objeto da licitação à licitante que ofereceu a proposta mais vantajosa, em prestígio do interesse público, escopo da atividade administrativa*”

Conforme ementa do RMS nº 12.210/SP (rel. Min. José Delgado, DJ 18/03/2002, p. 147): “*Não se pode perder de vista que a licitação é instrumento posto à disposição da Administração Pública para a seleção da proposta mais vantajosa. Portanto, selecionada esta e observadas as fases do procedimento, prescinde-se do puro e simples formalismo, invocado aqui para favorecer interesse particular, contrário*”

⁴ ÁVILA, Humberto. Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa. Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 105-133, abr./jun. 2003, p. 132.

⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. O princípio da eficiência. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 237, p. 1-6, jul./set. 2004. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44361/44784>>. Acesso em: 01 ago. 2024.

⁶ Cf. FURTADO, Lucas Rocha. Curso de licitações e contratos administrativos. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 36.

à vocação pública que deve guiar a atividade do administrador”.

A compreensão do formalismo moderado já é bastante arraigada na jurisprudência do TCU, conforme se extrai dos trechos de julgados como os Acórdãos nº 2.302/2012 e nº 357/2015, ambos do Plenário:

Rigor formal no exame das propostas dos licitantes não pode ser exagerado ou absoluto, sob pena de desclassificação de propostas mais vantajosas, devendo as simples omissões ou irregularidades na documentação ou na proposta, desde que irrelevantes e não causem prejuízos à Administração ou aos concorrentes, serem sanadas mediante diligências (Acórdão nº 2.302/2012-Plenário)

No curso de procedimentos licitatórios, a Administração Pública deve pautar-se pelo princípio do formalismo moderado, que prescreve a adoção de formas simples e suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados, promovendo, assim, a prevalência do conteúdo sobre o formalismo extremo, respeitadas, ainda, as praxes essenciais à proteção das prerrogativas dos administrados (Acórdão nº 357/2015-Plenário).

O atual estágio evolutivo da hermenêutica jurídica não se coaduna com uma postura extremamente formalista do administrador público, devendo ele pautar-se por uma noção mais complexa e sistêmica do Direito, ou seja, por uma noção de juridicidade, de modo a superar a concepção de legalidade estrita⁷.

Consoante célebre analogia utilizada pelo administrativista francês *Francis-Paul Benoit*⁸, a licitação não pode ser tratada como “gincana”, pela qual se premia o melhor cumpridor do edital. As ações administrativas e a interpretação empreendidas pelos agentes públicos devem ser guiadas pela busca da eficiência, economicidade e “vantajosidade” para a Administração, sem prejuízo da isonomia e segurança jurídica.

Os fundamentos aqui expendidos são fonte de valia universal perante a sociedade brasileira, operadores de direito, e principalmente, aos agentes públicos, pois constituem proteção ao interesse público majoritário, razão essa suficiente a proclamar a **reforma do ato que desclassificou a Recorrente**, no tocante às exigências que extrapolam os comandos legais.

Trata-se, em verdade, de um retorno à lógica então observada nos certames eletrônicos realizados com base na Legislação vigente e pertinente ao ato.

3. DOS PEDIDOS

Ex positis e sem prejuízo do uso das garantias constitucionais, demonstrado que a decisão tomada pelo condutor do certame contraria o direito da empresa e também afrontam os princípios pelos quais a Administração Pública deve observar em se tratando de licitação

⁷ AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. Princípio da juridicidade x princípio da legalidade estrita nas licitações públicas. Revista Jus Navigandi, Teresina, v. 14, n. 2366, dez. 2009. Não paginado. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/14065>>.

⁸ apud REIS, Luciano Elias. Julgamento dos atestados de capacidade técnica e o formalismo moderado. Coluna Jurídica JML, [S.l.], [2015?]. Disponível em: <https://www.jmleventos.com.br/pagina.php?area=coluna-juridica&acao=download&dp_id=106>.

pública, e, tempestiva a presente peça, portanto, passível de análise pelo Sr. Pregoeiro, requer-se:

- a) Seja julgada **PROCEDENTE** pelo Senhor Pregoeiro;
- b) Requer, ainda, a Adjudicação do item 33, “MÓDULO DE PROTEÍNA PARA NUTRIÇÃO COMPLEMENTAR PARA DIETA ENTERAL E ORAL, COM 100% DE PROTEÍNA ISOLADA DO SORO DO LEITE - LATA CONTENDO ENTRE 280 A 400 GRAMAS” à empresa Recorrente.

Ainda, alertamos que em caso de indeferimento definitivo na esfera administrativa, dada a inobservância dos preceitos legais vigentes aqui demonstrados, intencionamos recorrer aos órgãos fiscalizadores e de controle por denúncia e representação, para assegurar o cumprimento das disposições legais vigentes.

Nestes Termos, pede e espera deferimento.

São João da Boa Vista – SP, 02 de agosto de 2024.



Luiz Fernando de Almeida Rossi
Representante Legal