Ilma. Sra. Pregoeiro da Fundação Estatal de Atenção Especializada em Saúde de Curitiba - Feaes

Ref. : Processo Administrativo 018/2018 – Feaes
Pregão Presencial Nº 026/2018

NUTRISABOR ASSESSORIA E ALIMENTOS LTDA., pessoa jurídica de direito privado, sediada em Belo Horizonte/MG, na rua Domingos Vieira, 343, sala 303, Santa Efigênia, CEP: 30150-240, inscrita no CNPJ/MF sob o n.º: 02.540.779/0001-63, considerando seu interesse na participação do certame supra, Pregão Presencial 09/2018 SRP vem respeitosamente perante V.Sa., exercendo o seu direito de petição,, com fulcro no art. 5º, XXXIV da Constituição Federal, bem como no art. 41 da Lei Nº 8.666/93, apresentar IMPUGNAÇÃO ao Edital do processo supra referenciado, pelas razões a seguir delineadas.

DO PRAZO PARA IMPUGNAÇÃO - TEMPESTIVIDADE

Inicialmente cumpre esclarecer que nos termos do item 5.1 do instrumento convocatório, qualquer licitante poderá solicitar providências no que tange ao Edital nos termos do art. 21:

> 5.1. Eventuais impugnações sobre os termos do presente Edital deverão ser formuladas dentro dos prazos estabelecidos no artigo 21 do Decreto Municipal nº 1235/2003. Após o prazo estabelecido, não serão mais consideradas.
>
> *"Art. 21. Até 2 (dois) dias úteis antes da data fixada para recebimento das propostas, qualquer pessoa poderá solicitar esclarecimentos, providências ou impugnar o ato convocatório do pregão."*

Nesse mesmo sentido, a Lei n. º 8.666/93, mencionada no preâmbulo do Edital como referencial da licitação, prevê a possibilidade de impugnação, como preceitua o § 2. º do art.41, nos seguintes termos:

Aparecida D. S. de Lima
ADVOGADA
OAB/MG 121.029

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

§ 2º Decairá do direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a Administração **o licitante que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização de leilão**, as falhas ou irregularidades que viciariam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso.

Desta feita, por ser apresentada no prazo decadencial, resta patente a tempestividade da presente impugnação, fato este que impõe o seu conhecimento

Ressalte-se que a Administração está estritamente vinculada ao ato convocatório conforme disposto no art. 3º da Lei nº 8.666/93, devendo esta agir e cumprir tudo o que fora estabelecido em seu texto, inclusive o itens do próprio termo. supracitado.

DA SINOPSE DO PREGÃO

A Impugnante é uma empresa especializada em fornecimento de refeições, atuando na condição de maior empresa em expertise em alimentação hospitalar neste estado, E ainda merenda escolar, alimentação para presos e centros socioeducativos, cozinha industrial e alimentação transportada, além de serviço de prestação de serviços, com inúmeros contratos junto à Administração Pública, em vários municípios da federação.

Diante de sua excelência, se interessou em participar do Pregão Presencial 26/2018, cuja abertura da sessão de pregão terá início **no dia 05/04/2018 às 09:00 horas**, tendo por objeto "*Contratação de empresa especializada em prestação de Serviços de Alimentação e Nutrição Transportada, para fornecimento de refeições a pacientes, respectivos acompanhantes e funcionários das Unidades de Pronto Atendimento 24hs (UPAs) e ainda, fórmulas infantis padrão ou se for o caso especializadas, pelo período de 12 (doze) meses.*"

Aparecida D. S. de Lima
ADVOGADA
OAB/MG 121.029

Sendo o objeto a prestação de serviços Alimentação e Nutrição Transportada, a interessada procurou pela setor de licitação para esclarecer questões relacionadas ás amostras que serão exigidas da empresa primeira colocada.

No contato, foi confirmado a exigência e ainda esclarecido que o prazo que não concordando poderíamos uso do gozo de direito de petição, o que fazemos.

Ocorre que em análise crítica do termo e à luz da legislação atual, a Impugnante entendeu que não restaria outra condição que não fosse a apresentação deste instrumento legal, tendo em vista que a exigência torna-se temerosa com o fito de restringir a ampla participação.

Em respeito aos princípios da isonomia e da legalidade, entendemos cabível e apropriada para que, amparados ainda pela impessoalidade e moralidade, possamos todos, mesmo aqueles não estabelecidos no local da prestação dos serviços, fazer jus aos direitos garantidos na lei, participar e ter a administração assim maiores oportunidades para a escolha da melhor proposta.

DOS FATOS E DO DIREITO

A lei de licitação em seu artigo art. 30, § 6º, proíbe que a Administração instalações prévias das licitantes, tendo como cunho, inibir o privilégio e tornar possível que a contratante tenha maiores oportunidades com um rol extenso de pessoas interessadas, viabilizando assim melhores contratações.

> Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:
>
> § 6º As exigências mínimas relativas a instalações de canteiros, máquinas, equipamentos e pessoal técnico especializado, considerados essenciais para o cumprimento do objeto da licitação, serão atendidas mediante a apresentação de relação explícita e da declaração formal da sua disponibilidade, sob as penas cabíveis, vedada as exigências de propriedade e de localização prévia.

No entanto, o que se ver ao exigir amostras, da forma com que se colocou o Edital, estará o ente contratante impondo que a licitante esteja estabelecida no local da prestação dos serviços, considerando que aqueles que estejam noutros estados, não

poderão atender ao pedido no prazo determinado, e desta maneira ferindo de morte a sua participação e ainda induzindo às penalidades cabíveis para com o descumprimento do contrato/edital conforme preconiza a lei. Vejamos o que diz o edital:

> **2. DO LOCAL DA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS:** As refeições serão preparadas nas **dependências da CONTRATADA, que deverá estar situada na Cidade de Curitiba ou Região de Metropolitana**. As refeições prontas serão devidamente acondicionadas em recipientes isotérmicos com capacidade adequada às quantidades a serem servidas e transportadas em veículos equipados para tal fim, nos termos da legislação pertinente, até às Unidades indicadas pela CONTRATANTE (QUADRO 1), onde as refeições serão distribuídas e servidas aos pacientes, acompanhantes e empregados.(destacamos)
>
> **10 – DAS AMOSTRAS**
> 10.1. A solicitação de amostra (s) poderá ser feita pela Pregoeira, portanto a (s) empresa (s) participante (s) deverá (rão) apresentar amostra (s) completa (s) do (s) item (ns) solicitado (s), em sua (s) embalagem (ns) original (is), devidamente identificada (s**), no prazo de 48h (quarenta e oito horas) a partir da solicitação** formal da Pregoeira (através de Ofício ou e-mail). A (s) amostra (s) deverá (ao) ser entregue (s) no endereço que será indicado no documento enviado pela Pregoeira.
> 10.2. A (s) amostra (s) será (ao) válida (s) somente para esta Licitação.
> 10.3. A não apresentação da (s) amostra (s) ***acarretará na desclassificação do (s) item (ns) / lote*** (s).[...](grifamos).

Tanto o dispositivo constante na 10.520/02 quanto a lei federal 8.666/93, foram silentes quanto ao assunto, e inexistem instrumentos que regulamenta a exigência de amostra do objeto a ser contratado. Não há previsão legal, todavia se adotado pela administração, obedecerá ao bom senso e deverá ser comedido para que não esteja na contramão da lei, restringindo a competitividade.

Se o objetivo da exigência da amostra é apenas aferir a compatibilidade material entre o objeto ofertado pelo licitante e a solução hábil a satisfazer sua necessidade, nos parece, havendo grande números de interessados, que a capacidade técnica, devesse ser esgotada no rol em que determina a lei, estando para a Administração, caso a

Aparecida D. S. de Lima
ADVOGADA
OAB/MG 121.029

execução do objeto adjudicado se mostre em desacordo com o contrato, as sanções cabíveis.

> "Ressalte-se aqui o poder-dever de a Administração Federal sancionar o licitante que se declara cumpridor dos critérios de habilitação e requisitos técnicos do edital, contudo não os atende, ensejando o retardamento da execução do objeto da licitação, podendo inclusive declarar tal empresa impedida de licitar e contratar com a União, na forma do art. 7º da Lei nº 10.520/2002. (Nota Técnica nº 04/2009 - Sefti/TCU) – [...]

Ocorre que, tendo em vista a especificação do objeto da licitação, e considerando que muitas das vezes que a administração não possui técnicos aptos à análise da amostras, e ainda sendo o objeto in tela refeições preparadas, nada adiantaria a análise prévia de uma amostra, se a licitante não tiver ampla experiência nesta modalidade de contrato, tendo em vista que é uma das formas mais complexas de servir e o teste deve ser diário, inclusive com a retenção de amostra de cada preparo, diário, conforme determina a legislação normativa.

Diante disso e no interesse de participar do processo, é que esta sociedade empresária reforça que, embora reconhece ser uma liberalidade para a administração requerer as amostras, mv, não é adequado manter a exigência para o objeto a ser contrato.

É evidente que o legislador ao instruir o art. 3º, caput, da Lei nº 8.666/1993, ensina que o administrador ao contratar, zelasse pelos requisitos técnicos-quantitativos/qualitativos da contratação, mas voltado este entendimento para aquisição de bens, material de consumo, tomemos como exemplo de um notebook, tubulação para a rede hidráulica, ou até mesmo insumos da área de alimentação, (farinha, biscoitos), mas alimentação preparada, é inaceitável frente ao que se assiste no praxes, costumes.

No próprio termo editalício, na leitura dos subitens do item 10, é possível ver que equivoca –se a d. Comissão, levando a crer que não poderia mesmo exigir as amostras, especialmente quando escrevem os subitens 10.5 e 10.7:

Transcrevemos aqui, certos que não poderia admitir e não se admiti, a não ser apenas pelo debate, dado as peculiaridades na execução do objeto (a exemplo da variação do cardápio) que cada dia é um diferente do outro, amostras de refeições preparadas! Como então, aferir como base nisso, e acima de tudo como poderia a amostra ser

Aparecida D. S. de Lima
ADVOGADA
OAB/MG 121.029

colocada à disposição, seis dias depois da apresentação?! Isso decerto, é bastante para em apertada síntese, demostrar o equívoco quanto á exigência do item 10.

> 10.5. Serão retidas amostras dos produtos/materiais selecionados para aquisição, sendo devolvidas as demais, mediante apresentação do comprovante de entrega em poder da licitante.
>
> 10.7. O prazo limite para a retirada de amostras será de 06 (seis) dias, após homologação do resultado.

Para a alimentação preparada, transportada, a avaliação de pesagem, gramatura, temperatura, calorias, sabor e etc., deve ser feita diariamente e assim reforçamos que a qualificação técnica da futura contratada, seu conhecimento e experiência e que vão garantir a segurança ao contratante. Vejamos alguns apontamento do TCU, da nota referenciada, neste sentido:

> "Conforme se sabe, decorre do art. 37, inc. XXI, da CF que somente serão admitidas em licitação exigências essenciais a assegurar o pleno atendimento da necessidade da Administração. Trata-se de diretriz que visa a evitar restrições indevidas à competitividade em prejuízo tanto do interesse do particular em ter amplo acesso aos certames, quanto da própria Administração em obter a proposta mais vantajosa. Assim, é a luz desse princípio que deve ser sopesado o cabimento de qualquer exigência, inclusive de amostra.
>
> A finalidade da amostra é permitir a Administração aferir a compatibilidade material entre o objeto ofertado pelo licitante e a solução hábil a satisfazer sua necessidade. Nesse sentido, será cabível a exigência de amostra **quando uma análise meramente formal da proposta *versus* edital não for suficiente para conferir segurança** à Administração quanto à adequação do objeto ofertado pelo particular. (gn).
>
> Seguindo essa mesma diretriz, explica Renato Geraldo Mendes: "A finalidade da amostra é permitir que a Administração, no julgamento da proposta, possa se certificar de que o bem proposto pelo licitante atende a todas as condições e especificações técnicas indicadas na sua descrição,

Aparecida D. S. de Lima
ADVOGADA
OAB/MG 121.029

tal como constante no edital. **Com a amostra, pretende-se reduzir riscos e possibilitar a quem julga a certeza de que o objeto proposto atenderá à necessidade da Administração**

E, tendo-se por base este entendimento, exigi-las e ainda das sociedades empresárias que não estão localizadas no município, sob pena de inabilitação é, restringir a competição e descumprir a lei, contudo temos por outro ângulo, manter a exigência é igualmente exigir estabelecimento local, voltando ao mesmo debate do descumprimento dos estatutos que regulamentam a contratação dos entes públicos, considerando que as refeições não são "bens" e as condições e especificações deverão seguir rigorosamente o que determina o Termo de Referência, o edital e as normas, não podendo ser objeto de uma amostra isolada. Exige-se todo um contexto e a análise que validará deve ser diário, constante.

2. DO LOCAL DA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS: As refeições serão preparadas nas dependências da CONTRATADA, que deverá estar situada na Cidade de Curitiba ou Região de Metropolitana. As refeições prontas serão devidamente acondicionadas em recipientes isotérmicos com capacidade adequada às quantidades a serem servidas e transportadas em veículos equipados para tal fim, nos termos da legislação pertinente, até às Unidades indicadas pela CONTRATANTE (QUADRO 1), onde as refeições serão distribuídas e servidas aos pacientes, acompanhantes e empregados

Não é concebível, por exemplo que se produza em Minas para fazer prova no Paraná e a implantação de uma cozinha exige tempo, contratações e cumprimento das exigências legais.

A Impugnante, embora possua larga experiência no ramo, opera em estrita observância das leis e normas [1i](ANVisa/CFN/CRN) que regulamentam a indústria de refeições preparadas, e pensar em atender ao que se pede para este processo é assistir, inerte, o degolar da lei, e sabemos, isto não pode prosperar.

Ressalta-se que a Administração está estritamente vinculada ao que determina a lei, devendo esta agir e cumprir tudo o que fora estabelecido em seu texto, neste caso,

Aparecida D. S. de Lima
ADVOGADA
OAB/MG 121.029

inclusive vigiar para que algumas exigências não se tornem afronta ou meio de impedir a ampla concorrência.

O princípio da legalidade aparece expressamente na nossa constituição federal em seu art. 37, caput, que dispõe que "a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência".

Como leciona Hely Lopes Meirelles, "a legalidade, como princípio de administração, significa que o administrador público está, em toda sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei, e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso".

Seguindo esse raciocínio Henrique Savonitti Miranda, compara as atividades de um gestor privado (Princípio da Autonomia da vontade) as de um gestor público de forma esclarecedora, "O administrador privado conduz seu empreendimento com dominus, agindo com os poderes inerentes à propriedade em toda a sua extensão. Assim, tudo o que não é proibido, é permitido ao gestor privado.

O gestor público não age como "dono", que pode fazer o que lhe pareça mais cômodo. Diz-se, então, que ao Administrador Público só é dado fazer aquilo que a lei autorize, de forma prévia e expressa. Daí decorre o importante axioma da indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos.", e com fundamento nestes entendimentos doutrinários e legais é que se encontra o direito desta sociedade empresária em dizer que a exigência de amostras para fornecimento de refeição preparada, na forma transportada, como requisito básico, sob pena de desclassificação, tendo-se que muitas das licitantes AINDA não possuem cozinha no município é o mesmo que declarar o afastamento de todos os interessados, que estejam nesta condição, do processo.

DOS PEDIDOS

Face ao exposto, vem respeitosamente perante V.Sa., requerer que se digne a conhecer da presente peça, posto que é tempestiva, dando lhe provimento para que, em homenagem aos princípios constitucionais entabulados no art. 37 da CR/88, bem como do art. 3º e 41, ambos da Lei nº 8.666/93, sejam afastadas as exigências dos

Aparecida D. S. de Lima
ADVOGADA
OAB/MG 121.020

itens atacados, reescrevendo-as de modo a não ferir a legislação vigente, restringindo a ampla concorrência.

Outrossim, restando entendimento diverso, requer a remessa imediata dos autos à Autoridade Superior, para apreciação deste pleito conforme determina a lei.

Pede deferimento.

Belo Horizonte, 19 de março de 2018.

Aparecida D. S. de Lima
ADVOGADA
OAB/MG 121.029

Nutrisabor Assessoria e Alimentos Ltda.
Renilde Gonçalves da Silva

---

[1] Agencia Nacional de Vigilância Sanitária, Conselho Federal Nutrição e Regional de Nutricionistas.