

**ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DO DO MUNICÍPIO DE TENENTE
PORTELA/RS.**

**EDITAL DE PREGÃO ELETRÔNICO Nº 01/2021
REGISTRO DE PREÇOS PARA AQUISIÇÕES DE FRALDAS DESCARTÁVEIS**

FARMAMED PRODUTOS HOSPITALARES LTDA - EPP, pessoa jurídica de direito privado, com domicilio na cidade de Santa Rosa/RS, na Av. Rio Grande do Sul nº 480, Centro, CEP: 98.900-000, inscrita no CNPJ sob o nº 92.037.480/0001-83, neste ato representada pelo sócio **FLÁVIO LUIS MERGEN** portador do RG nº 5027966182 expedida pela Secretaria de Segurança Pública do Rio Grande do Sul, inscrito no CPF sob o nº 356.994.180-91, vem à presença de V. Sa., respeitosamente, pelo presente, apresentar **Recurso Administrativo**, nos termos a seguir expostos:

DA TEMPESTIVIDADE

Inicialmente, salienta-se que nos termos do inciso XVII do art. 4º da Lei 10.520/2002, cabe recurso administrativo no prazo de 3 (três) dias úteis da decisão proferida.

Demonstrada, portanto, a tempestividade do presente recurso.

RAZÕES DO RECURSO

O Município de Tenente Portela/RS, instaurou processo licitatório na modalidade Pregão Presencial nº 099/2020 visando aquisição de Fraldas Descartáveis, com sessão pública realizada dia 04/02/2021.

Apos etapa de lances, a Recorrente foi declarada vencedora do item 2 - do Termo de Referência do presente edital:



"Fralda Geriátrica - EG - Unisex 90Kg. Tamanho "EG", unissex; para usuários acima de 90 Kg; cintura entre 110 a 150 cm. Confeccionada com Manta de celulose, Polímero Gel, Revestimento Interno Antialérgico, Possuindo Camada Externa em Tecido composta por Fibras de Polietileno, Barreira protetora em tecido de fibras de polietileno, Barreira protetora anti vazamento em fibra e propileno, Fios de Elastano, Adesivo termoplástico, Adesivo de fixação tipo posicionáveis. Embalagem/pacotes de 7 à 14 Unidades, contendo dados do fabricante, composição, data fabricação, data de validade, registro junto aos Órgãos Competentes".

Ocorre que, para a surpresa da Recorrente - Fabricante de fraldas descartáveis, o Município de Tenente Portela a desclassificou do certame, tendo reprovado suas amostras, que são fabricadas em perfeita conformidade com a regulamentação dos órgãos fiscalizadores do setor de cosméticos.

Conforme denota-se, a análise das amostras foi realizada de maneira subjetiva, indo na contramão dos princípios da competitividade e interesse público, conforme segue:

"OBS.: A comissão analisou juntamente com a Secretária Adjunta de Saúde as amostras dos itens licitados, e verificou-se em teste de absorção em conformidade com descrito em edital, para o Item 2 a marca em face apresentou resultado insatisfatório, sendo, portanto, reprovado".

Entretanto, a Recorrente não se conforma com o resultado da avaliação das amostras de fraldas, que restaram reprovadas pela administração pública.

Inicialmente o edital não continha exigência da apresentação de amostras, no entanto, com a retificação do edital no dia 29/01/2021, foi incluída a apresentação de amostras, conforme segue:

DA ANALISE DAS AMOSTRAS

- I- *Após a classificação da proposta de menor valor, deverá a licitante vencedora apresentar amostra do produto cotado. A comissão, juntamente com a Sra. INDAIARA WISNIEWSKI RABER, Secretária Municipal de Saúde Adjunta, ou outros servidores designados pela Secretária de Saúde. se reunirão para análise das amostras em até 48(quarenta e oito horas), sendo o resultado publicado no site do município.*
- II- *Para fins de análise das amostras o critério de avaliação será objetivo, avaliando-se a amostra com o descritivo do item do edital.*

Desta feita, tendo em vista potenciais ilegalidades que maculam o certame, não restou alternativa à Recorrente senão o ingresso do presente recurso, visando a reconsideração do ato administrativo.

DA NA ANÁLISE SUBJETIVA DAS AMOSTRAS

Cumprido destacar preliminarmente, que a Recorrente é distribuidora de fraldas descartáveis infantis e geriátricas, realizando entregas a diversos órgãos públicos, sendo que não há, em todos esses anos, nenhuma mácula que venha a desaboná-la quanto a qualidade dos produtos entregues, junta inclusive, parecer de conformidade da qualidade de produtos, emitido por alguns Municípios, os quais fornece fraldas descartáveis.

Isso porque, os produtos distribuídos pela Recorrente obedecem todos os padrões de qualidade exigidos pelos órgãos competentes, é detentora da AFE (Autorização de Funcionamento) da ANVISA, seus laudos de absorção são satisfatórios, sendo que, produz um produto de excelente qualidade.

As fraldas da Recorrente são desenvolvidas com a mais alta tecnologia e qualidade, para pessoas que necessitam de cuidados especiais com incontinência severa. A fralda possui alta absorção com camada de gel superabsorvente, difusor de líquidos prolongando a sensação seca (transfer layer), barreiras antivazamento aliados a seu formato anatômico, indicador de umidade. O produto é hipoalergênico e dermatologicamente testado, contando ainda com fitas adesivas reposicionáveis que garantem o ajuste ideal ao corpo.

Portanto, um produto de excelente qualidade. Aliá-la do certame por meio de análise subjetiva das amostras, que em nada contribuem para qualidade do produto, seria ofender diversos princípios licitatórios, em especial aqueles contidos no artigo 3º da Lei 8.666/93.

As fraldas distribuídas pela Recorrente, tem na sua composição matérias prima, fornecidas pelas maiores empresas do setor, como bem demonstrado a seguir.

Fita Trilaminada – FAZTAPE IND. COM. IMP. E EXP. DE FITAS ADESIVAS EIRELI

Não-tecido e Barreiras de Proteção – FITESA

Celulose – INTERNATIONAL PAPER

Filme – PRISMAPACK

Marcador de Umidade e Colas – ONEPACK

Fitas e Fios de elastano– 3M

Elastano – The LYCRA COMPANY INDÚSTRIA E COMÉRCIO

Gel absorvente – PRIME DO BRASIL

É notório que o órgão licitante não pode realizar laudo de avaliação em desacordo com a legislação, com métodos subjetivos, e critérios diversos daqueles estabelecidos por Laboratório/Instituto.

O órgão licitante deve ter condições técnicas para sua avaliação, não podendo se valer de critérios subjetivos para avaliação.

Neste sentido, preconiza Marcello Rodrigues Palmieri:

"...se a Administração Pública promotora da licitação optar por exigir amostras dos produtos licitados, deverá estar preparada para avaliar tecnicamente e de modo objetivo as características inerentes a tais produtos. Não raras as vezes em que a Administração, num dado momento do certame, solicita que as licitantes entreguem suas amostras e a própria Comissão de Licitação ou o pregoeiro com sua equipe de apoio passam a analisá-las durante a sessão pública em que a licitação se desenvolve. Exemplo clássico: aquisição de café em pó para consumo dos servidores públicos. Em determinado momento da sessão pública, as amostras são entregues pelas licitantes e, na presença de todos, o café é preparado (utilizando-se as diversas amostras entregues), e a partir daí a própria Comissão de Licitação ou o pregoeiro com sua equipe passam a degustar a bebida e atribuem uma nota referente à palatabilidade do café, sendo aprovadas as que obtiverem uma nota (média), digamos, superior a sete. Com o devido respeito, tal procedimento é completamente equivocado dada a total subjetividade que o envolve. O sabor do café que agrada alguns pode desagradar outros e vice-versa". (cf. in Boletim de Licitações e Contratos nº 10/2006, p. 943 e 944)

Desta feita, as amostras de fraldas descartáveis exigidas pela administração deveriam passar por uma avaliação técnica em órgãos ou empresas/laboratórios competentes para emissão de laudos técnicos, como p. ex., aprovadas pela ANVISA, pois sem essa condição de autorização da ANVISA, a empresa, seria considerada inabilitada na fase de habilitação.

Pois se a administração pública, prevê no Edital a qualificação técnica, sendo a AFE – Autorização de Funcionamento de Empresa, expedida pela ANVISA, requisito previsto no item **6.2.4**, justamente, para garantir que a empresa licitante, produz um produto em perfeita consonância com normas de qualidade e segurança da saúde.

6.2.4 da Documentação complementar

(...)

d) - Autorização de Funcionamento, expedida pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária - Lei Federal nº 6.360/1976;

e) - Alvará de Licença atualizado, expedido pela Vigilância Sanitária Estadual ou Municipal da sede da licitante, em acordo com o código sanitário e legislação complementar;

f) - Comprovação de que houve a comunicação prévia de comercialização do produto ofertado, conforme previsto na Portaria MS nº 1.480 de 31 de dezembro de 1990, devendo tal documento conter o nº de expediente junto a ANVISA;

O que não é aceitável, é a administração pública exigir qualificação técnica, mas realizar avaliação de amostras com critérios próprios e subjetivos, reprovando produtos com atendem as normas de fabricação e segurança da ANVISA e todos os órgãos que regulamentam o produto objeto do edital.

Logo, a avaliação das amostras, além de técnica, deve ser clara, sob pena de violação ao princípio do julgamento objetivo das amostras, e de haver direcionamento à determinada marca, com frustração do caráter competitivo do certame, salvaguardando todos os diplomas legais que regem os procedimentos licitatórios.

No tocante a avaliação técnica das amostras:

- Como foi feita a análise das amostras, para determinar que as mesmas não atendem as exigências do edital;
- quais métodos foram utilizados pela administração pública para avaliar as amostras conforme o Termo de Referência?
- quanto aos critérios técnicos avaliados, como se deu a análise?
- qual a norma técnica foi utilizada? Para considerar insatisfatório produto regularmente homologado e licenciado pelo Anvisa?
- a avaliação obedeceu os padrões de análise técnica, os quais as amostras já foram submetidas em laboratório credenciado pela Anvisa, para serem consideradas aprovadas pelos órgãos fiscalizadores?

Pela subjetividade do laudo de análise de amostras apresentado, a Recorrente tem cerceado seu direito de defesa, visto que desconhece os critérios que administração pública utilizou para reprovar suas amostras, e noutro ponto, aprovar as amostras de outros licitantes.



No tocante a capacidade de absorção das fraldas, o produto distribuído pela Recorrente é produzido com tecnologia de ponta, possui camada de gel superabsorvente, difusor de líquidos prolongando a sensação seca (transfer layer), oferecendo a segurança de absorção que se espera do produto.

Pelo exposto, a Recorrente respeitosamente, pugna que, seja reconsiderada a decisão que reprovou as amostras da empresa, declarando aprovadas, ou de outra forma, que ocorra uma segunda análise das amostras, realizada por profissional técnico, em laboratório credenciado pela Anvisa.

DO DIREITO

Os procedimentos licitatórios devem respeitar diversas regras e princípios, com destaque para o da competitividade e igualdade, para que a administração pública possa, posteriormente, selecionar a proposta que seja mais vantajosa, ao teor do artigo 3º da Lei 8.666/93:

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

ARTS. 44, §1.º - VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO JULGAMENTO OBJETIVO DAS PROPOSTAS:

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.

§ 1º É vedada a utilização de qualquer elemento, critério ou fator sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado que possa ainda que indiretamente elidir o princípio da igualdade entre os licitantes.

A exigência de apresentação de amostras, permite que a Administração Pública avalie a compatibilidade material entre o objeto ofertado pelo licitante, sua necessidade e o Termo de Referência do edital.

Em sede de licitação, nos termos do art. 40, inc. I, da Lei de Licitações, ao se referir ao tema em comento do recurso, diz que o método de avaliação das amostras, e apresentação devem constar de maneira objetiva no instrumento convocatório.

Neste sentido, o Senado Federal se manifestou no Livro Licitações e Contratos Administrativos: Teoria e Jurisprudência, 2ª edição, de autoria de Victor Aguiar Jardim de Amorim, assim dispõe sobre amostras e avaliação:

"2.2.3. Exigência de amostras

A finalidade da amostra é permitir à Administração aferir a compatibilidade material entre o objeto ofertado pelo licitante e a solução hábil a satisfazer sua necessidade. É cabível a exigência de amostra quando uma análise meramente formal da proposta não é suficiente para conferir segurança à Administração quanto à adequação do objeto ofertado pelo particular.

*Desde que devidamente justificada no processo licitatório, será possível exigir amostra, **devendo a Administração estabelecer, no ato convocatório, critérios objetivos, detalhadamente especificados, de apresentação e avaliação, bem como de julgamento técnico e de motivação das decisões relativas às amostras apresentadas** (BRASIL, 2011m, grifo nosso)".*

A respeito, de acordo com o artigo 3º, da Lei de Licitações (nº 8.666/93), 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 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".

Os fins da conduta administrativa têm que ser dotados de razoabilidade e justiça e, pois a desrazão da conduta afasta-a da juridicidade obrigatória para a Administração Pública, sem falar na demora e postergação decorrentes que poderiam ser evitadas, no atendimento das reclamadas e urgentes demandas sociais e finalidades de interesse público - função e fim último do Estado.

Assim, os princípios da razoabilidade e proporcionalidade devem permear tais julgamentos e fundamentam-se na própria Lei das Licitações e, nos mesmos preceitos que arrimam constitucionalmente os princípios da legalidade e da finalidade(arts.5ºII, LXIX, 37 e 84 CF).

Em razão de potencial ilegalidade na reprovação das amostras, que atendem as exigências do edital, frustrando o caráter do melhor interesse público, estando legalmente apta a contratar com o ente público deve-se conduzir à revisão do comando administrativo, declarando NULO o ato que reprovou as amostras.

DOS PEDIDOS

Ante o exposto requer:

- a) O recebimento do presente Recurso Administrativo com efeito suspensivo, nos termos do art. 109, I, b e §2º, da Lei nº 8633/93 e art. 9º da Lei nº 10.520/02.
- b) Conduzir à revisão do comando administrativo, declarando NULO o ato que reprovou as amostras
- c) Subsidiariamente, nova análise das amostras, realizada por profissional técnico, em laboratório credenciado pela Anvisa, evitando a violação ao princípio do julgamento objetivo das amostras, da competitividade, economicidade, assim salvaguardando o interesse público.
- d) Ao final, julgar totalmente **procedente o presente recurso**, para fins de rever a avaliação que reprovou as amostras, declarando a nulidade **de todos os atos praticados a partir deste, com a imediata** adjudicação do objeto do certame à licitante FARMAMED PRODUTOS HOSPITALARES LTDA , **por ter apresentado as amostras em conformidade com as especificações do edital.**
- e) Não reconhecendo a procedência do presente recurso , **requer o imediato encaminhamento à Autoridade Superior nos termos do art. 109, §4º da Lei 8.666/93.**

A Recorrente manifesta respeitosamente que visualiza claramente com convicção e certeza neste Processo Administrativo, uma ilegalidade quanto a reprovação das suas amostras, e que, caso está impugnação não seja acatada e deferida, buscará os meios legais para fazer valer seu direito a adjudicação e contratação dos itens que foi vencedora no presente edital.

Nestes termos, pede e espera deferimento.

Santa Rosa/RS, 11 de fevereiro 2021.

P.P. Santa Rosa

FARMAMED PRODUTOS HOSPITALARES LTDA -