

Pregão/Concorrência Eletrônica

▪ Visualização de Recursos, Contrarrazões e Decisões

RECURSO :

A
ILUSTRÍSSIMA SENHORA PREGOEIRA
VANIA RODRIGUES DE SOUZA

Processo: 00600-00009491/2023-81-e
Objeto: AQUISIÇÃO DE MATERIAL PERMANENTE (NO-BREAK), visando atender as necessidades da Secretaria Municipal de Obras e Pavimentação – SEMOB.

Pregão Eletrônico: 144/2023/SML/PVH

PORTO TECNOLOGIA COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA - EPP, pessoa jurídica de direito privado, portadora do CNPJ nº. 05.587.568/0001-74, com sede a Rua Quintino Bocaiúva, nº 1508, Bairro Olaria, município de Porto Velho/RO, portadora do CNPJ nº 05.587.568/0001-74, vem por meio de seu representante legal apresentar:

RAZOES DE RECURSO

Em face da classificação/habilitação de licitante 3D PROJETOS E ASSESSORIA EM INFORMATICA LTDA – EPP, pelas razões de fato e direito que passa a expor:

I – DOS FATOS

Segundo consta do edital de licitação, a licitação é exclusivamente direcionada para empresas que se enquadrem como ME ou EPP.

A Recorrida se apresenta como EPP, mas o Balanço Patrimonial apresentado não condiz com essa condição.

Nos termos da Lei Complementar nº 123/2006, caracteriza uma Microempresa (ME aquela que possui faturamento de até R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) por ano e uma Empresa de Pequeno Porte (EPP) aquela que tem o limite de faturamento EPP é de até R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais) por ano.

O edital determina:

11.8. Relativos à qualificação Econômico-Financeira.

11.8.1. As Licitantes, terão que apresentar Balanço Patrimonial e Demonstração do Resultado do Exercício Social já exigíveis e apresentados na forma da Lei, que comprove a boa situação financeira da empresa, vedada sua substituição por Balancetes ou Balanços provisórios, tais documentos terão que obedecer aos requisitos formais de elaboração estabelecidos em lei, devidamente registrado/autenticado pelo órgão competente;

À simples leitura do balanço apresentado, se sabe que o faturamento superou muito o valor estabelecido em lei, portanto a empresa não se enquadra na qualificação para ME ou EPP dessa licitação.

Se observarmos as receitas operacionais do trimestre de Janeiro a Março/2022, só o valor de venda com mercadorias foi de R\$ 8.227.196,22 (oito milhões, duzentos e vinte e sete mil, cento e noventa e seis reais e vinte e dois centavos) como receita bruta.

II – DO DIREITO

A licitação é orientada por princípios. A vinculação ao edital é um deles.

A vinculação se traduz em uma importante garantia para a sociedade: a de que não haverá favorecimentos ou direcionamentos nas aquisições feitas pela Administração Pública. Esclarece-se também que esse princípio está ligado ao princípio da legalidade, previsto no caput do art. 37 da Constituição Federal, bem como na Lei Federal de Processo Administrativo.

O princípio da legalidade irradia seus efeitos em todos os atos da Administração, de modo que não existe interesse público à margem da lei e coloca o princípio da VINCULAÇÃO AO EDITAL como a sua expressão.

Segundo Lucas Rocha Furtado, Procurador-Geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União, o instrumento convocatório:

é a lei do caso, aquela que irá regular a atuação tanto da administração pública quanto dos licitantes. Esse princípio é mencionado no art. 3º da Lei de Licitações, e enfatizado pelo art. 41 da mesma lei que dispõe que "a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada". (Curso de Direito Administrativo, 2007, p.416).

O TRF1 também já decidiu que a Administração deve ser fiel ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório (AC 199934000002288):

"Pelo princípio da vinculação ao instrumento convocatório, 'a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada' (Lei nº 8.666/93, art. 3º, 41 e 43, I). O edital é a lei da licitação. A despeito do procedimento ter suas regras traçadas pela própria Administração, não pode estar se furtar ao seu cumprimento, estando legalmente vinculada à plena observância do regramento".(grifo nosso).

A Administração Pública, no curso do processo de licitação, não pode se afastar das regras por ela mesma estabelecidas no instrumento convocatório, para garantir segurança e estabilidade às relações jurídicas, bem como para se assegurar o tratamento isonômico entre os licitantes, é necessário observar estritamente as disposições constantes do edital ou instrumento congêneres.

Não só o edital instrui o procedimento, mas todas as manifestações, instruções, pareceres, vinculam o administrador público.

A participação do certame licitatório é garantida em face das regras pré-estabelecidas no edital e na lei, tais regras são PREVIAMENTE postas, apresentadas a todos os licitantes, que tomam conhecimento prévio dos critérios objetivos do julgamento.

Se no curso no processo licitatório, a administração pública, passa a fazer exigências diferentes daquelas pré-estabelecidas na lei e no edital, favorecendo uns em detrimento de outros, a isonomia entre os licitantes se quebra.

O princípio da igualdade entre os licitantes, deve fazer a Administração Pública conduzir a licitação de maneira impessoal, sem prejudicar ou privilegiar nenhum licitante. Desde que preencham os requisitos exigidos no edital, todos os que tiverem interesse em participar devem ser tratados com isonomia.

Todos os dispositivos da lei de licitações ou regulamentação de um específico processo licitatório devem ser interpretados à luz do princípio da isonomia, por consequência, aceitar o produto ofertado pelo Recorrente, porque está inserido no parecer técnico anterior e na manifestação sobre os esclarecimentos requeridos por outro licitante, implica reconhecer que o mesmo é válido para o Recorrido, que apresenta o menor preço por equipamento, porque o modelo foi atestado como o adequado e como referência de preço para o certame.

Assim é obrigação da administração pública não somente buscar a proposta mais vantajosa, mas também demonstrar que concedeu a todos os concorrentes aptos a mesma oportunidade com escopo naquilo que ela mesma já estabeleceu como adequado.

Este princípio, extraordinariamente importante na prática administrativa.

A importância da licitação para a Administração Pública e, por conseguinte, para o Direito Administrativo, manifesta-se no art. 37, XXI, da Constituição da República:

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;

Dessa forma, ao estabelecer o certame para participação exclusiva de empresas ME ou EPP, deve ser pautar na legislação que regula essa atividade e que estabelece:

Art. 3º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que:

I - no caso da microempresa, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais); e

II - no caso da empresa de pequeno porte, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais).

§ 1º Considera-se receita bruta, para fins do disposto no caput deste artigo, o produto da venda de bens e serviços nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado nas operações em conta alheia, não incluídas as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos.

A receita bruta consiste no valor total gerado por uma empresa através da venda de seus produtos e/ou serviços. Ou seja: a receita bruta consiste em quanto uma companhia conseguiu faturar em determinado período.

A receita bruta da empresa é muito superior ao valor estabelecido em lei perfazendo mais de sete milhões de reais.

Assim, o princípio da igualdade dos administrados perante a Administração Pública, ao ser aplicado à licitação pública, transmuda-se no princípio da igualdade de condições a todos os concorrentes, que adquire caráter de princípio constitucional mediante a sua inclusão no texto da Carta Magna, e obriga o administrador ao cumprimento das condições do edital.

Tratando-se de licitação exclusiva para EPP ou ME, tem a licitante obrigação de exibir essa condição, pela apresentação de balanço que não exceda a receita bruta estabelecida na lei.

A receita com venda de mercadorias no período foi de R\$ 8.252.413,39 em Janeiro de 2022, de R\$ 1.291.733,10 em Junho, de R\$ 117.081,69 em Setembro, e de R\$ 199.516,05, perfazendo muito mais do que determina a lei para o enquadramento da Recorrida.

A questão não é nova, e diversas empresas se apresentam com essa condição, em licitações, sem de fato a possuir,

equiparando, o STJ a falsa declaração em licitação (grifo nosso):

PROCESSUAL CIVIL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DA CONDIÇÃO DE EPP PARA OBTENÇÃO DE TRATAMENTO FAVORECIDO NA LICITAÇÃO. 1. Na origem, Mandado de Segurança contra ato do Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, em que se objetiva afastar a aplicação da penalidade de suspensão temporária de participação em licitação e contratação com a Administração Pública pelo prazo de 1 (um) ano, além de multa no valor de R\$ 6.000,00 (seis mil reais), devido a suposta fraude em pregão eletrônico realizado pelo MPE/MG, consistente na apresentação de declaração afirmando que cumpria os requisitos legais para sua qualificação como Microempresa ou Empresa de Pequeno Porte. 2. Ao efetuar declaração falsa sobre o atendimento às condições para usufruir dos benefícios previstos na Lei Complementar 123/2006, a impetrante passou a usufruir de uma posição jurídica mais vantajosa em relação aos demais licitantes, o que fere o princípio constitucional da isonomia e o bem jurídico protegido pelos arts. 170, IX, e 179 da Constituição e pela Lei Complementar 123/2006. 3. A fraude à licitação apontada no acórdão recorrido dá ensejo ao chamado dano in re ipsa. Nesse sentido: REsp 1.376.524/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 9/9/2014; REsp 1.280.321/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 9/3/2012; REsp 1.190.189/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 10/9/2010, e REsp 1.357.838/GO, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 25/9/2014. 4. Mesmo que assim não fosse, a defesa trazida nos autos demanda dilação probatória, o que não se admite em Mandado de Segurança. 5. Recurso Ordinário não provido. (STJ - RMS: 54262 MG 2017/0132197-9, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 05/09/2017, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 13/09/2017).

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - MANDADO DE SEGURANÇA - LICITAÇÃO - ENQUADRAMENTO COMO ME e EPP - BENEFÍCIOS DA LEI 123/2006 - POSSIBILIDADE - DOCUMENTO FALSO - FRAUDE À LICITAÇÃO. 1. A Jurisprudência do Tribunal de Contas da União em julgados recentes, determina que independente da parte ter obtido vantagem ou não com a apresentação de documento, que não constitui a realidade da empresa, caracteriza-se fraude à licitação. 2. Fere o princípio da vinculação ao edital, quando o licitante declara condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou cooperativa, nos termos da Lei Complementar nº 123/06, quando o edital determina que somente deve ser assinalada referida condição, caso enquadre a parte naquela situação, o que não se verifica in casu. 3. Por bem, o provimento parcial do recurso. (TJ-MG - AI: 16474315820228130000, Relator: Des.(a) Alberto Diniz Junior, Data de Julgamento: 02/03/2023, 3ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 06/03/2023).

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. LICITAÇÃO. SANÇÃO ADMINISTRATIVA DE SUSPENSÃO DE LICITAR E CONTRATAR POR DOIS ANOS. INABILITAÇÃO. DOCUMENTO CUJA DECLARAÇÃO NELE INSERIDA FOI FALSEADA. ENQUADRAMENTO DO LICITANTE COMO EPP. FRUSTRAÇÃO DOS OBJETIVOS DA LICITAÇÃO. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. VERBA HONORÁRIA. AUSÊNCIA DE CONDENAÇÃO. FIXAÇÃO NOS TERMOS DO ART. 20, § 4º, DO CPC. SENTENÇA MANTIDA. 1 - Constitui ato ilícito a declaração falsa inserida em documento destinado ao preenchimento de exigência de edital de concorrência no qual o licitante atesta enquadrar-se como empresa de pequeno porte (EPP), nos moldes da Lei Complementar nº 123/2006. 2 - O ato ilícito consubstanciado em declaração falsa no bojo de procedimento licitatório sobre a natureza de sociedade licitante é apto a frustrar os objetivos do certame, uma vez que prejudicial ao interesse público, à isonomia e à eleição da proposta mais vantajosa à Administração Pública, haja vista que as empresas de pequeno porte gozam de disposições mais benéficas que as demais, em algumas situações, em licitações, consoante os artigos 44 e seguinte da Lei Complementar nº 123/2006. 3 - É possível a incidência da sanção de impossibilidade de licitar e contratar com sociedade de economia mista, porquanto prevista nos artigos 87 e 88 da Lei nº 8.666/93 e no edital do certame, não se mostrando desproporcional em virtude dos fatos narrados. 4 - Inexistindo condenação, a verba honorária deve ser arbitrada mediante apreciação equitativa do Magistrado, nos moldes prelecionados pelo § 4º do art. 20 do CPC, observadas os critérios das alíneas do § 3º do mesmo dispositivo legal. Apelação Cível desprovida.

(TJ-DF 20100110292788 DF 0014288-32.2010.8.07.0001, Relator: ANGELO CANDUCCI PASSARELI, Data de Julgamento: 01/08/2012, 5ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 03/08/2012 . Pág.: 115).

Dessa forma, não é possível aceitar a condição de EEP, declarada pela Recorrida.

V – DO REQUERIMENTO

Em razão de todo o exposto requer que o recurso recebido, posto que tempestivo e recebido para reconhecer que a licitante/Recorrida não apresenta a condição exigida na lei, de ME ou EPP, para participar do certame e, por consequência, seja inabilitada.

Termos em que,
Espera deferimento.

DELVANE G. COSTA – PROPRIETÁRIO.
PORTO TECNOLOGIA COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA – EPP.

Fechar