

DECISÃO DA PREGOEIRO – RECURSO ADMINISTRATIVO

Processo Administrativo nº: 020/2023

Pregão Eletrônico nº: 027/2023

Objeto: Contratação de Serviços Contínuos de Limpeza, Conservação e Higienização nos Entrepósitos de Guaratinguetá, Piracicaba, São José dos Campos e Sorocaba, conforme especificações constantes do ANEXO I – TERMO DE REFERÊNCIA.

Recorrente 1: ORBENK ADMINISTRACAO E SERVICOS LTDA – CNPJ 79.283.065/0001-41

Recorrente 2: A S N AMBIENTAL LTDA – CNPJ 10.723.250/0001-03

Trata-se-se a presente de julgamento de RECURSOS administrativo apresentados pelas empresas **ORBENK ADMINISTRACAO E SERVICOS LTDA – CNPJ 79.283.065/0001-41** e **A S N AMBIENTAL LTDA – CNPJ 10.723.250/0001-03** opondo-se à decisão do pregoeiro que habilitou a empresa **ARAUNA SERVICOS ESPECIALIZADOS LTDA – CNPJ 04.900.474/0001-40** como vencedora do referido pregão eletrônico.

I. DA ADMISSIBILIDADE DO RECURSO

Após o informe do prazo para registro da intenção de recurso em sessão pública do dia 21/11/2023, as empresas **ORBENK ADMINISTRACAO E SERVICOS LTDA** e **A S N AMBIENTAL LTDA**, por apresentarem os pressupostos legais para admissibilidade das peças recursais, tiveram suas intenções de recorrer aceitas pelo Pregoeiro.

Na sequência, as razões que motivaram a intenção de recorrer da empresa **A S N AMBIENTAL LTDA**, bem como a contrarrazão da empresa habilitada, foram devidamente disponibilizadas no Sistema Compras dentro do prazo estipulado da referida sessão e foram analisadas pelo Pregoeiro.

A empresa **ORBENK ADMINISTRACAO E SERVICOS LTDA**, por sua vez, não apresentou suas razões de Recurso no prazo estipulado para este fim no Sistema Compras.

Assim, o presente recurso será julgado, fundamentalmente, considerando os termos impetrados pela empresa **A S N AMBIENTAL LTDA**. Estes documentos encontram-se disponíveis para consulta no sítio www.gov.br/compras e fisicamente constantes no Processo Administrativo nº 020/2023.

II. DO(S) ARGUMENTO(S) DA EMPRESA RECORRENTE

Nas razões de seu inconformismo, a recorrente **A S N AMBIENTAL LTDA** alega ter sido incorreta sua inabilitação. A empresa, equivocadamente, teria assinalado a opção de enquadramento como ME/EPP, sem o ser, tendo em vista o faturamento auferido no ano calendário de 2022.

Alega que, apesar do equívoco, deixou de apresentar lance final quando convocada, ao ocorrer empate ficto com a primeira colocada, ciente “*de que não possuía condições para auferir o citado benefício, deixando-lhe, portanto, transcorrer in albis o prazo da convocação, sem qualquer registro de lances.*”.

Ressalta que:

“Ademais, ressalta-se que, mesmo que o Recorrente não tivesse selecionado a opção do referido enquadramento, não houve qualquer prejuízo ao certame, tão pouco à administração pública, uma vez que não haviam propostas subsequentes que pudessem ser convocadas para o exercício da preferência da contratação.

Ou seja, para a manutenção da colocação do Recorrente no certame, não houve qualquer vinculação e, tão pouco, auferimento de qualquer vantagem conferida pela Lei Complementar sob nº 123/06.”

Traz, em sua peça, jurisprudência sobre a matéria a fim de corroborar suas alegações.

Argumenta que deve-se usar o bom senso e a razoabilidade para a revisão de falhas materiais, na busca da proposta mais vantajosa para a Administração, pautando-se pelo formalismo moderado, uma vez que, *“quando se verificar falha formal, que poderia ser sanada mediante diligência, considerando irregular a desclassificação de licitante.”*

Assim, a Recorrente requer que seja julgado Recurso como procedente com base nos pontos destacados, alegando que não auferiu qualquer vantagem e, tão pouco, houve a má-fé inerente a pretensão para utilização dos benefícios da Lei Complementar 123/2006, bem como não ocorreu qualquer prejuízo ao certame, fazendo jus, desta forma, à manutenção de sua participação, determinando-se a continuidade dos atos inerentes à análise de sua proposta e documentos de habilitação.

III. DAS CONTRARRAZÕES

A empresa **ARAUNA SERVICOS ESPECIALIZADOS LTDA**, vencedora deste certame público, apresentou suas contrarrazões em prazo legal, dizendo que o recurso administrativo interposto pela recorrida não deve prosperar e faz, resumidamente, as seguintes ponderações:

Alega que a empresa Recorrente cadastrou sua proposta no Sistema Compras como EPP *“sem ter as credenciais prevista em Lei para tal e assim poder obter vantagens previstas na Lei 123/2006, conforme pode ser verificado na declaração extraída do sistema”*.

Argumenta que a empresa Recorrente foi corretamente inabilitada, sendo sua responsabilidade objetiva, independentemente de ter ou não obtido qualquer vantagem no certame:

“A mera declaração falsa é motivo mais do que suficiente para a aplicação de sanção. Especialmente neste caso, onde o ato de selecionar essa opção do sistema na hora de cadastrar a proposta, fez que com o sistema a tratasse automaticamente de maneira favorecida e diferenciada, independentemente de qualquer ação do pregoeiro, não importando se ela ganhou a licitação ou sequer se deu lances. Ela cadastrou proposta e o sistema a coloca automaticamente na disputa, em condição favorecida.”

Cita diversos Acórdãos que se coadunam com suas alegações e menciona o princípio da vinculação ao Edital, uma vez que havia a previsão no Instrumento Convocatório sobre a mera declaração como ME ou EPP de licitante que não se enquadra na definição legal.

Por fim, defende que há indícios para denotar que a conduta da Recorrente é suficiente para caracterizar fraude a licitação, devendo permanecer inabilitada no certame.

IV. DA ANÁLISE DO RECURSO

Declarada a habilitação da empresa **ARAUNA SERVICOS ESPECIALIZADOS LTDA – CNPJ** como vencedora do Pregão Eletrônico 027/2023, foi aberto o prazo para registro de intenção de Recurso. As empresas **ORBENK ADMINISTRACAO E SERVICOS LTDA** e **A S N AMBIENTAL LTDA** registraram suas intenções.

Transcorrido o prazo informado no Sistema Compras, a empresa **ORBENK ADMINISTRACAO E SERVICOS LTDA** não apresentou as razões que justificam sua intenção para recorrer.

A empresa **A S N AMBIENTAL LTDA** opondo-se à decisão do Pregoeiro que procedeu sua inabilitação, apresentou os motivos de recorrer que serão ora analisados e a empresa **ARAUNA SERVICOS ESPECIALIZADOS LTDA**, vencedora do referido pregão eletrônico, ofereceu suas contrarrazões.

A peça recursal apresentada pela empresa **A S N AMBIENTAL LTDA** objetiva que sua inabilitação seja revista, diante dos argumentos de que houve equívoco no cadastramento da licitante como sendo empresa ME/EPP e que, constatado este fato, deixou de agir quando solicitada no Sistema Compras para apresentação de novos lances na ocasião do empate ficto apontado por aquele Sistema com a então primeira colocada.

Faz, no bojo de suas alegações, a exposição dos pontos de seu entendimento, especialmente quanto à ausência de má-fé, de não ter auferido qualquer vantagem e de que não houve prejuízo para a Administração em relação ao fato.

A Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006, estabelece normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

O Edital, por seu turno, traz a previsão da participação no Pregão Eletrônico de Empresas de Pequeno Porte e Micro Empresas, desta forma qualificadas nos termos da Lei Complementar 123/2006.

A empresa **A S N AMBIENTAL LTDA**, ao participar do Pregão Eletrônico 27/2023, assinalou no campo destinado às empresas ME/EPP que fazia jus a esta condição e, a partir deste momento, o Sistema Compras passou a aplicar-lhe, automaticamente, o tratamento diferenciado e favorecido previsto em Lei.

Durante a realização do Pregão, iniciada a negociação com a empresa licitante melhor classificada, **A S N AMBIENTAL LTDA**, tendo em vista a urgência da contratação, em paralelo à análise da proposta comercial e das planilhas de custo, foi realizada a verificação dos documentos de habilitação.

Conforme previsto em Edital, um licitante que se declarou como ME/EPP deve ter seus documentos pertinentes averiguados pela área técnica da **CEAGESP** (DECON/SECCP) a fim de estabelecer-se a coerência da informação prestada no Sistema Compras com a sua qualificação econômico financeira.

Em relação ao mérito, a área técnica manifestou-se da seguinte maneira:

“Conforme o embasamento legal (incisos I e II do Artigo 3º da Lei Complementar nº 123) e de acordo com as informações da DRE, a empresa não se enquadra nos limites de ME e também nos limites de EPP. A Receita Operacional Bruta está acima do limite de EPP (conforme embasamento legal).” (grifamos).

Informada de tal situação através do chat do Sistema Compras, o licitante **A S N AMBIENTAL LTDA** alegou equívoco no enquadramento, alegando que não houvera o auferimento de qualquer benefício conferidos a empresas ME/EPP, e dele não decorreu nenhum prejuízo ao certame.

Declarada vencedora do certame a licitante **ARAUNA SERVICOS ESPECIALIZADOS LTDA**, a empresa **A S N AMBIENTAL LTDA** ingressou com intenção e razões de Recurso, no sentido de que a decisão por sua inabilitação seja revista pelo Pregoeiro, pelos motivos alegados em sua peça recursal.

Isto posto, passo à análise do mérito.

Não merece prosperar a alegação da empresa **A S N AMBIENTAL LTDA** em relação sua inabilitação.

Constatada a declaração de um licitante da condição de ME/EPP, em atendimento à Lei e pelo Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório, é necessária a verificação desta condição.

Os documentos relativos à qualificação econômico-financeira da empresa foram submetidas à análise da Seção competente desta Companhia e concluiu-se pela Receita Operacional Bruta de R\$ 20.688.564,57 para o ano de 2022, ou seja, acima do limite estabelecido pela Lei 123/2006 para enquadramento de uma empresa como ME ou EPP.

Diante deste fato, não houve outra alternativa ao Pregoeiro se não a de inabilitar a empresa. Conforme descrito em Edital, a **mera** declaração do licitante como ME/EPP e não o sendo é suficiente para sua penalização.

Nos termos do Edital, no item 4.4., é responsabilidade exclusiva do licitante as transações por ele efetuadas no Sistema Compras, mediante a utilização da senha de acesso. Neste ponto, inclui-se, inclusive, o ato de assinalar “sim” ou “não”, em campo próprio do Sistema, a informação relativa a declaração de que cumpre os requisitos estabelecidos no art. 3º da Lei Complementar nº 123, de 2006, estando apto a usufruir do tratamento favorecido estabelecido em seus artigos 42 a 49 – item 4.6.1. do Instrumento Convocatório.

Além disso, a despeito da alegação da Recorrente sobre a não ocorrência benefícios pela declaração, bem como prejuízos à Administração, a jurisprudência preceitua diferentemente, como no julgado do STJ abaixo descrito, que trata a declaração da qualidade de ME/EPP indevida como um *dano in re ipsa*.

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.

RMS 54262 / MG - RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA - 2017/0132197-9 –
Ministro HERMAN BENJAMIN – ÓRGÃO JULGADOR: T2 - SEGUNDA TURMA
DATA DO JULGAMENTO: 05/09/2017 - DATA DA PUBLICAÇÃO/FONTE: DJe 13/09/2017

Ademais, inclusive citado pelo Pregoeiro em Sessão quando da inabilitação da empresa, há diversos julgados do Tribunal de Contas sobre o assunto:

11. Diferentemente da unidade técnica, entendo que, mesmo com o acatamento da defesa em relação à participação da recorrente no Pregão Eletrônico 334/20119, não houve equívoco do relator ou deste Tribunal no que tange à deliberação ora recorrida. O fato de a empresa não ter vencido o certame questionado não é fundamento para o afastamento da pena, pois, em diversas assentadas esta Corte de Contas defendeu que a simples participação em certames exclusivos ou com benefícios para ME/EPP de empresa, por meio de declarações falsas, enseja apenação, pois configura fraude à licitação.

12. Como afirma o MP/TCU em seu parecer, a simples participação de licitantes não enquadrados como microempresas e empresas de pequeno porte, por meio de declarações falsas, constitui fato típico previsto no art. 90 da Lei 8.666/1993. Nesse caso, não se exige que o autor obtenha a vantagem esperada para que o ilícito seja consumado, isso seria mero exaurimento.

NÚMERO DO ACÓRDÃO 1797/2014 - PLENÁRIO
RELATOR AROLDO CEDRAZ
PROCESSO 028.752/2012-0
TIPO DE PROCESSO REPRESENTAÇÃO (REPR)
DATA DA SESSÃO 09/07/2014
NÚMERO DA ATA 25/2014 - Plenário
RECURSOS Acórdão 2761/2014 - Plenário

Sobre a mesma questão, destacamos:

5. Concluiu-se, portanto, que **a empresa teria apresentado uma declaração falsa para participar da licitação como EPP** (peça 4, p. 2) e, de acordo com a jurisprudência desta Corte, **a mera participação de empresa que apresente declaração falsa é elemento bastante para configurar a fraude**, não se fazendo necessário que obtenha a vantagem esperada (Acórdãos 1.702/2017, Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues; 1.797/2014, Relator Ministro Aroldo Cedraz, 2.858/2013, Relator Ministro Benjamin Zymler; 970/2011, Relator Ministro-Substituto Augusto Sherman, todos do Plenário).

6. Ressaltou-se que, embora não tenha usufruído diretamente do direito de preferência previsto no art. 44 da LC 123/2006, **o fato de ter sido considerada EPP impediu que outra licitante, qualificada como microempresa (Buffet L & L Ltda. - ME)**, cuja proposta não ultrapassou 5% do menor lance proposto, exercesse essa prerrogativa, deixando de ser oportunizada a ela a apresentação de oferta de menor valor diante do empate ficto. (grifos e destaques acrescidos)

7.2. Verifica-se, portanto, que o ilícito praticado pela recorrente não exige a obtenção da eventual vantagem econômica almejada para a caracterização da fraude à licitação. Trata-se de ilícito formal ou de mera conduta, sendo desnecessário se observar seu resultado efetivo ou sua consumação.

Neste julgado, traz os dizeres no Voto:

7. De fato, consoante consignado no acórdão recorrido, o entendimento deste Tribunal acerca da matéria sob exame é no sentido de que a simples participação em certames exclusivos ou com benefícios para

microempresas e empresas de pequeno porte de licitantes não enquadrados como tal (faturamento bruto não superior ao limite previsto no art. 3º da Lei Complementar nº 123/2006) , por meio de declarações falsas, configura fraude à licitação, tipificada no art. 90 da Lei nº 8.666/1993, ensejando, destarte, apenação, independente da obtenção de vantagem em face do ilícito praticado.

NÚMERO DO ACÓRDÃO 1677/2018 - PLENÁRIO
RELATOR AUGUSTO NARDES
PROCESSO 028.597/2017-6
TIPO DE PROCESSO REPRESENTAÇÃO (REPR)
DATA DA SESSÃO 25/07/2018
NÚMERO DA ATA 28/2018 - Plenário

Deste modo, tendo em vista os fatos, os argumentos dos envolvidos, a previsão editalícia e a jurisprudência acerca do tema, conclui-se que a mera declaração, por parte de um licitante, como empresa enquadrada na condição de ME/EPP leva, automaticamente o Sistema Compras e sem a influência do Pregoeiro, ao tratamento diferenciado previsto na Lei Complementar 123/2006.

A respeito da posterior alegação, por parte da Recorrente, de que tal declaração deu-se de forma equivocada e que dela não obteve benefícios, nem decorreram prejuízos à Administração, não afasta o caráter objetivo e de mera conduta da ação, conforme a jurisprudência mencionada.

V. DA DECISÃO

Por todo exposto e segundo entendimento dos princípios basilares da licitação pública e os deveres correlatos, primando pelos princípios gerais que regem o Direito Administrativo, em consonância com os ditames da Lei nº 13.303/2016, Lei nº 10.520/2022, Decreto Federal nº 10.024/2019, termos do Edital e todos os atos até então praticados, bem como em atenção ao recurso impetrado pela recorrente, além da contrarrazão aduzidas, **DECIDO POR ADMITIR E CONHECER O RECURSO** interposto pela empresa **A S N AMBIENTAL LTDA** e, no **MÉRITO**, julgá-lo **IMPROCEDENTE**.

Ressalto que a presente decisão não é vinculativa à autoridade superior competente, apenas faz uma contextualização fática e documental com base no que foi carreado ao processo administrativo, confrontando-o com os elementos do edital e da Lei, de modo a fornecer subsídios à autoridade superior à quem cabe a decisão final, ratificando ou não a decisão do Pregoeiro.

Diante disso, a decisão do Pregoeiro é submetida à Autoridade Superior para apreciação e posterior ratificação, nos termos do inciso IV, do artigo 13º do Decreto nº 10.024/2019.

São Paulo, _____ de _____ de 2023.

Gerson Ulisses de Moraes Junior
Pregoeiro