

■ Visualização de Recursos, Contrarrazões e Decisões

RECURSO :

À

SOCIEDADE DE PORTOS E HIDROVIAS DO ESTADO DE RONDÔNIA – SOPH/RO
COMISSÃO DE LICITAÇÕES

Digníssimo Pregoeiro e Equipe Julgadora,

A empresa COMBATE LTDA EPP, inscrita no CNPJ nº 07.529.101/0001-01, situada na Av. Abunã nº1784, bairro São João Bosco, no município de Porto Velho/RO, por intermédio de seu representante legal, o Sr. ANTONIO MARCOS MOURÃO FIGUEIREDO, portador do RG nº 668.954 SSP/RO e do CPF. 520.294.502-78, infra – assinado, tempestivamente, vem, com fulcro no inciso XVIII, do Artigo 4º, da Lei 10.520/02, do inciso IV do art. 170 da Constituição, e ainda, todas legislações pertinentes, e, à presença de Vossa Senhoria, a fim de apresentar:

RECURSO ADMININSTRATIVO:

Em face da decisão em declarar vencedora, a empresa LIDERANCA LIMPEZA E CONSERVACAO LTDA, CNPJ/CPF: 00.482.840/0001-38 nos itens do Grupo I em que teve a proposta aceita e considerada habilitada, e, ainda pelos atos irregulares cometidos pelo nobre pregoeiro pelo não cumprimento da Lei Complementar 123/2006 Art. 44 § 2º, Art. 45 § 3º e do Regulamento Interno de Licitações e Contratos da Sociedade de Portos e Hidrovias do Estado de Rondônia SOPH-RO, art. 51 e 52.

I - BREVE SÍNTESE:

Trata-se do procedimento licitatório na modalidade de Pregão Eletrônico Nº 21/2023 - SOPH-RO PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 0040.000018/2023-30, visando a "Prestação de serviços continuados de limpeza, asseio e conservação predial para atender o poligonal portuário, com fornecimento de mão de obra, saneantes domissanitários, materiais e equipamentos necessários à plena execução dos serviços, em conformidade à todas as especificações técnicas, unidades e quantidades definidas no Edital/Termo de Referência e todos os seus anexos, tendo a data e hora de abertura marcada para 21 de dezembro de 2023 ás 09h30m (Horário de Brasília).

Preliminarmente, convém destacar que se deve respeitar todos os princípios norteadores das licitações.

Vislumbra-se que: "A licitação se destina a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração 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 lhe são correlatos"

Segundo a 4ª Edição - Revista, atualizada e ampliada, Licitações e Contratos - Orientações e Jurisprudência do TCU, nada poderá ser criado ou feito sem que haja previsão nas legislações pertinentes.

Vale frisar que essa recorrente registrou proposta para disputar os itens de número 1 até sub-sequentemente 3 do Grupo I.

Imperioso destacar que, o nobre Pregoeiro e toda equipe julgadora devem nortear seus atos nos princípios constitucionais que balizam à administração pública e ditames da lei de licitações, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo a moralidade.

O grupo I foi dividido em 3 itens para oferta de lances dos interessados:

Item 1 - Prestação de serviços continuados de limpeza, asseio e conservação predial para a ÁREA INTERNA DO PORTO, com fornecimento de mão de obra, saneantes domissanitários, materiais e equipamentos necessários à plena execução dos serviços (Produtividade de referência: 800) 1.465,60 m² mensal x 12 meses = 17.587,20 m²

Item 2 - Prestação de serviços continuados de limpeza, asseio e conservação predial para as ESQUADRIAS DE VIDRO das instalações do Porto, com fornecimento de mão de obra, saneantes domissanitários, materiais e equipamentos necessários à plena domissanitários, materiais e equipamentos necessários à execução dos serviços (Produtividade de referência: 300) 175,21 m² mensal x 12 meses = 2.102,52 m²

Item 3 - Prestação de serviços continuados de limpeza, asseio e conservação predial para os BANHEIROS das instalações do Porto, com fornecimento de mão de obra, saneantes domissanitários, materiais e equipamentos necessários à plena execução dos serviços (Produtividade de referência: 200) 264,44 m² mensal x 12 meses = 3.173,28 m²

Decorrido a fase de lances, havendo mais de 10 (dez) participantes, o nobre pregoeiro convocou a empresa LIDERANCA LIMPEZA E CONSERVACAO LTDA, CNPJ/CPF: 00.482.840/0001-38 para o envio de proposta atualizada ao seu lance final.

A empresa LIDERANCA LIMPEZA E CONSERVACAO LTDA, CNPJ/CPF: 00.482.840/0001-38 teve o lance final com os seguintes valores: Item 1 R\$156.000,00, Item 2 R\$9.144,00 e Item 3 R\$111.912,00, perfazendo o valor total de sua proposta ofertada na fase de lances R\$277.056,00.

Contudo, passou despercebido na análise do nobre Pregoeiro que a empresa LIDERANCA LIMPEZA E CONSERVACAO LTDA, CNPJ/CPF: 00.482.840/0001-38 não é enquadrada como Micro Empresa ou Empresa de Pequeno Porte.

Essa Recorrente é a primeira remanescente do Grupo I, tendo ofertado como lance final, os seguintes valores: Item 1 R\$209.485,90, Item 2 R\$8.939,56 e Item 3 R\$60.953,33, perfazendo o valor total de sua proposta ofertada na fase de lances R\$279.378,84.

É imperioso afirmar que, a Lei Complementar nº 123/06 assegura às microempresas e às empresas de pequeno porte preferência nas contratações, direito de preferência em caso de empate (art. 44). No pregão, consideram-se empatadas aquelas situações em que as propostas apresentadas por ME e EPP sejam iguais ou até 5% superiores ao melhor preço obtido ao final da fase de lances (art. 44, § 2º, da LC no 123/06).

Nos termos do art. 45, § 3º, da LC nº 123/06, havendo o empate, a ME ou EPP mais bem classificada será convocada para apresentar nova proposta, logo após o encerramento da fase de lances, quando lhe será oportunizado o prazo de cinco minutos para exercer seu direito de preferência.

O nobre pregoeiro não procedeu seus atos em conformidade ao previsto na LC nº 123/06, o que está previsto como obrigatoriedade, ou seja, não considerou uma empresa remanescente ME ou EPP que apresentou proposta que seja igual ou até 5% superior ao melhor preço obtido e não oportunizou o direito de preferência ao final da fase de lances. O nobre pregoeiro convocou a grande empresa LIDERANCA LIMPEZA E CONSERVACAO LTDA, CNPJ/CPF: 00.482.840/0001-38 para o envio de sua proposta e planilha atualizada primeiramente, antes de negociar com a remanescente ME ou EPP para exercer o seu direito de preferência.

Com esse ato irregular surge um grande imbróglio, pois, sendo uma média ou grande empresa a licitante mais bem classificada ao final da fase de lances, e verificada a existência de ME ou EPP com ela empatada, segundo a sistemática definida pela LC nº 123/06, não poderia o pregoeiro negociar com a licitante primeira classificada de modo a ampliar a sua diferença de preços em relação a ME ou EPP para mais de 5% e assim evitar a aplicação do direito de preferência. Antes de negociar com a primeira classificada na forma da Lei nº 10.520/02, necessariamente cumpre ao pregoeiro aplicar a sistemática da LC nº 123/06, e, negociar primeiramente com a remanescente enquadrada como ME/EPP.

Desde logo, não pode ser considerado válido, ou, ato regular, o cometido pelo pregoeiro, negociar primeiro com a grande empresa para somente depois verificar, com base no preço reduzido, a condição de empate prevista na Lei Complementar nº 123/06.

Isso porque, essa prática funciona como expediente capaz de inibir o direito de preferência dado às MEs e EPPs pela Lei Complementar nº 123/06. Ou seja, para evitar o empate, bastaria a licitante mais bem classificada, por meio da negociação, elevar a diferença de sua proposta para a ME ou EPP em mais de 5%.

As medidas previstas no Estatuto das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte constituem o estabelecimento de verdadeira política pública, ao passo que instituem normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser concedido a essas pessoas, conforme previsto na Constituição da República.

Por essa razão, encerrada a etapa de lances no pregão, deve o pregoeiro, no primeiro momento (após a fase de lances), examinar a aceitabilidade das propostas e, apurada a condição de empate na forma LC nº 123/06, conceder o direito de preferência à ME ou à EPP. Somente depois será viável intentar negociação com a licitante mais bem classificada, a qual poderá ser, inclusive, uma ME ou EPP que tenha exercido o direito de preferência.

Enfim, o fato é que, gostando ou não, enquanto os arts. 44 e 45 da Lei Complementar nº 123/06 forem válidos, vigentes e eficazes, deverão continuar sendo aplicados antes da negociação de preços com a licitante mais bem classificada ao final da fase de lances.

O nobre pregoeiro contrariou a obrigatoriedade imposta pela Lei Complementar nº 123/06 em não negociar logo após a fase de lances primeiramente com a empresa remanescente enquadrada como ME/EPP para usufruir do benefício descrito na legislação. Esse fato está comprovado pela mensagem do pregoeiro no sistema comprasnet, convocando a empresa LIDERANCA LIMPEZA E CONSERVACAO LTDA, CNPJ/CPF: 00.482.840/0001-38 no dia 22 de dezembro de 2023 às 09h10m26s horário de Brasília para envio do anexo (proposta atualizada) para o Grupo I.

O fato do nobre pregoeiro convocar e negociar primeiramente com a empresa LIDERANCA LIMPEZA E CONSERVACAO LTDA, CNPJ/CPF: 00.482.840/0001-38 que não está enquadrada como ME ou EPP, não poderia jamais ter ocorrido, além de que, ao cometer o ato irregular, a empresa LIDERANCA LIMPEZA E CONSERVACAO LTDA, CNPJ/CPF: 00.482.840/0001-38 ofertou como lance final para o item 3 do Grupo I, valor acima do que foi estabelecido como aceitável no instrumento convocatório. O Edital traz em seu texto no item 1.3 a impossibilidade da licitante proceder de tal forma.

Vejamos o que diz o item 1.3

"1.3 O valor da proposta/lance final, não poderá ultrapassar o valor máximo aceitável, sob pena de não aceitação da proposta da licitante, por parte do pregoeiro. Caso a licitante classificada em primeiro lugar tenha sua proposta/lance final superior ao máximo aceitável, a mesma será convocada via chat para negociar. Se concordar reduzir o seu valor final para um valor igual ou inferior ao máximo aceitável, sua proposta será aceita. Caso não aceite reduzir o referido valor, será convocado para fazê-lo o segundo colocado, e assim sucessivamente, na obedecendo a ordem de classificação, até que se obtenha uma proposta igual ou inferior ao valor máximo aceitável. Se nenhum dos licitantes aceitar reduzir o valor para que se tenha uma proposta final dentro do valor máximo aceitável, o item será cancelado."

O valor máximo aceitável e descrito no Instrumento Convocatório encontra-se na tabela do item 1.2, sendo para o Grupo I – Item 1 R\$213.860,35, Item 2 R\$9.124,94 e Item 3 R\$60.958,71, perfazendo o valor Total de todos os itens do Grupo I R\$283.944,00.

A empresa LIDERANCA LIMPEZA E CONSERVACAO LTDA, CNPJ/CPF: 00.482.840/0001-38 terminou a fase de lances ofertando para o item 3, o valor final de R\$111.912,00.

O nobre Pregoeiro, ao convocar a empresa LIDERANCA LIMPEZA E CONSERVACAO LTDA, CNPJ/CPF: 00.482.840/0001-38 para o envio de planilha atualizada e a composição de custos unitários da proposta, proporciona facilidade para a licitante LIDERANCA LIMPEZA E CONSERVACAO LTDA, CNPJ/CPF: 00.482.840/0001-38, pois, a mesma para ter sua proposta aceita, deverá conceder desconto de no mínimo R\$50.953,29 para chegar no valor máximo aceitável, e por isso, o nobre pregoeiro convocou para negociar primeiramente a empresa LIDERANCA LIMPEZA E CONSERVACAO LTDA, CNPJ/CPF: 00.482.840/0001-38.

Em outras palavras, pelo ocorrido, há aparente existência de possibilidade da empresa LIDERANCA LIMPEZA E CONSERVACAO LTDA, CNPJ/CPF: 00.482.840/0001-38 já ter à informação do ato em que o nobre pregoeiro iria praticar.

Está evidente a manobra utilizada, vejamos: a empresa LIDERANCA LIMPEZA E CONSERVACAO LTDA, CNPJ/CPF: 00.482.840/0001-38 terminou a fase de lances, ofertando o lance final de todos os itens do Grupo I no valor de R\$277.056,00.

Essa Recorrente terminou a fase de lances, ofertando o lance final de todos os itens do Grupo I no valor de R\$279.378,84. Uma diferença de R\$2.415,74.

Caso o nobre pregoeiro convocasse primeiramente para negociar, a Recorrente que é ME/EPP e poderia usufruir do benefício da LC 123/06, (sendo dessa forma que obrigatoriamente deveria ocorrer e não foi), certamente seria oferecido o desconto sobre o valor total em que terminou a fase de lances do certame, R\$279.378,84 do valor total/final oferecido pela empresa LIDERANCA LIMPEZA E CONSERVACAO LTDA, CNPJ/CPF: 00.482.840/0001-38 versus R\$277.056,00 do valor total/final oferecido por essa Recorrente.

Para validar todas as argumentações acima expostas, e, o que mais chama a atenção na condução do certame dentre todos os atos irregulares cometidos pelo nobre pregoeiro, é que, após aceitar a proposta da LIDERANCA LIMPEZA E CONSERVACAO LTDA, CNPJ/CPF: 00.482.840/0001-38 no valor total de todos os itens do Grupo I de R\$221.835,02, já concedido o ajuste/desconto, o nobre pregoeiro convoca as remanescentes ME/EPP à ofertar lances e usufruir da LC 123/06, estranhamente faltando 20 (vinte) minutos para o término do expediente, ainda que, todas as convocadas após a manobra praticada, encontram-se acima do percentual permitido de 5% estabelecido pela LC 123/06.

É afirmativo dizer que, se tivesse sido concedido o direito de preferência para cobertura do valor total/final oferecido pela empresa LIDERANCA LIMPEZA E CONSERVACAO LTDA, CNPJ/CPF: 00.482.840/0001-38 na fase de lances - R\$279.378,84, após ter ocorrido a irregularidade do pregoeiro em convocar primeiramente para negociar a mesma, sendo que não se encontra qualificada como ME/EPP, qualquer remanescente convocada estaria coadunando com o ato irregular do pregoeiro e consequentemente praticando um ato irregular.

Isso não poderia ter ocorrido dessa maneira, e não poderia por quê?

Devido estar assegurado os ditames da LC 123/06 no Regulamento Interno de Licitações e Contratos da Sociedade de Portos e Hidrovias do Estado de Rondônia SOPH-RO, art. 51 e 52, e, por estar explícito no texto da Lei Complementar 123/06 Art. 45 § 3º, em fixar o momento do exercício do direito de preferência. Especificamente na modalidade pregão, a lei é textual em determinar a convocação da ME ou EPP em empate ficto com outra participante assim não qualificada, para que ela apresente nova proposta com redução do preço alcançado, imediatamente após o encerramento dos lances.

Há diversas decisões favoráveis sobre o tema:

DIREITO ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA. EXISTÊNCIA DE EMPATE FICTO EM PREGÃO ELETRÔNICO. TRATAMENTO FAVORECIDO ÀS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE. PROPOSTA PARÂMETRO PARA FINOS DESEMPEATE DEVE SER AQUELA DE MENOR PREÇO APRESENTADA NA FASE DE LANCES. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. I - A questão de mérito está amparada na incidência dos artigos 44 e 45 da Lei Complementar n. 123/2006, isto é, houve a criação de um empate ficto nos certames licitatórios envolvendo Microempresas ou Empresas de Pequeno Porte - ME e EPP; II - No caso em exame de pregão eletrônico, em que a fase de habilitação é posterior à verificação e julgamento das propostas, a celeuma constatada é a de qual proposta servirá como marco para determinação do empate ficto de 5%: a menor oferta exequível apresentada por qualquer licitante ou a menor oferta exequível válida apresentada por licitante regularmente habilitado? III - Dando-se primazia aos princípios da celeridade e oralidade, observa-se o quanto burocrático e moroso seria o procedimento do pregão eletrônico, se houvesse a opção pela interpretação alargada do artigo 45, I da Lc. n. 123/2006 no sentido de somente aceitar como parâmetro a proposta do licitante habilitado, o pregoeiro deveria abrir nova realização do processo de desempate. Imagine-se, ainda, que após os novos selecionados dentro da porcentagem legal, a segundo colocada também restasse inabilitada. Ora, abrir-se-ia novo looping do processo de desempate, atrasando, indefinidamente, a tramitação do procedimento licitatório; IV - Em síntese, a proposta-parâmetro para fins de realização do processo de empate ficto deve ser aquela apresentada pela empresa que apresentou o menor preço logo após a fase de lances do pregão eletrônico, optando-se pela literalidade do artigo 44, § 2º da Lc n. 123/2006; V - Apelação conhecida e desprovida.

(TJ-AM XXXXX20178040001 AM XXXXX-58.2017.8.04.0001, Relator: João de Jesus Abdala Simões, Data de Julgamento: 06/06/2018, Câmaras Reunidas)

II – DOS PEDIDOS:

Ante o exposto, bem como amparada nas razões acima expendidas, requer à Vossa Senhoria:

- a) O acolhimento das informações prestadas;
- b) Rever todos os atos irregulares praticados pelo Pregoeiro, promovendo o poder-dever de autotutela dos atos administrativos, preconizado pela Súmula STF n. 473;
- c) Não reconhecer o valor total de R\$221.835,02 apresentado na proposta atualizada da empresa LIDERANCA LIMPEZA E CONSERVACAO LTDA, CNPJ/CPF: 00.482.840/0001-38, sem primeiramente ter negociado com a Recorrente e oportunizar o direito de preferência;
- d) Volta à fase para convocação dessa Recorrente para usufruir do direito de preferência, amparado pela Lei Complementar 123/2006. 44 § 2º e Art. 45 § 3º, considerando o valor total da proposta apresentada pela empresa LIDERANCA LIMPEZA E CONSERVACAO LTDA, CNPJ/CPF: 00.482.840/0001-38 na fase final de lances do Grupo I - Item 1 R\$156.000,00, Item 2 R\$9.144,00 e Item 3 R\$111.912,00, perfazendo o valor total de sua proposta R\$277.056,00;
- e) Caso entenda por manter a decisão e declarada habilitada e vencedora no certame LIDERANCA LIMPEZA E CONSERVACAO LTDA, CNPJ/CPF: 00.482.840/0001-38, pugna-se pela emissão de parecer, informando quais os fundamentos e dispositivos legais que embasaram a decisão do nobre Pregoeiro, Comissão de Licitações;
- f) Seja submetido ao conhecimento da Autoridade Superior para conhecimento, providências e emissão de parecer.

Termos em que espera deferimento.

Atenciosamente,

Porto Velho/RO, 29 de dezembro de 2022.

COMBATE LTDA EPP,
CNPJ nº 07.529.101/0001-01
ANTONIO MARCOS MOURÃO FIGUEIREDO
RG nº 668.954 SSP/RO e do CPF. 520.294.502-78
Sócio Administrador

Fechar