



PETROVIAS
Engenharia e Construções

Ce-010/2019

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DO DEPARTAMENTO DE LICITAÇÕES,
COMPRAS E CONTRATOS – DIVISÃO DE LICITAÇÕES DA PREFEITURA DE
PETRÓPOLIS/RJ.**

Referência: Tomada de Preços nº 09/2019


A empresa **PETROVIAS ENGENHARIA E CONSTRUÇÕES LTDA**, inscrita no CNPJ/MF nº 18.603.735/0001-75, estabelecida na Estrada União e Indústria, nº 12335 – Loja 05 – Itaipava – Petrópolis/RJ - CEP. 25.730-770, neste ato representada por seu Sócio abaixo assinado, vem, tempestivamente, com fulcro no artigo 109, inciso I, alínea a, da Lei 8.666/93, apresentar

RECURSO ADMINISTRATIVO

contra a decisão proferida pela SUBCOMISSÃO DE LICITAÇÕES, emitida no dia 18 de junho de 2019, em que a empresa **SERPAV COMÉRCIO E PAVIMENTAÇÃO LTDA EPP** foi considerada habilitada no certame. No entanto, não obstante a decisão exarada pela Ilustre subcomissão, resta evidenciada a ausência de cautela tendo em vista o não cumprimento das normas editalícias, conforme demonstraremos nas razões que seguem anexas.

Pede provimento.

Petrópolis, 27 de junho de 2019.


Petrovias Engenharia e Construções Ltda
José Carlos Lorenzo Gulias
Sócio Administrador



PETROVIAS

Engenharia e Construções

RECURSO ADMINISTRATIVO

Referência: Tomada de Preços nº 09/2019

I - DOS PRESSUPOSTOS RECURSAIS

Atende a empresa Recorrente aos pressupostos para admissão da inconformidade, quais sejam, o cabimento do recurso, a legitimidade para recorrer, o interesse para recorrer, a tempestividade, a regularidade formal e material. Vejamos de forma pormenorizada tais pressupostos.

O cabimento do recurso administrativo diz respeito a qualquer decisão da Administração Pública que prejudique o licitante. No caso em exame é cediço o patente prejuízo à manutenção da decisão exarada pela comissão, sendo, portanto, hipótese que embasa a interposição de recurso.

A legitimidade para recorrer também foi observada, visto que não é qualquer pessoa que pode recorrer de uma decisão administrativa. Tem que estar legitimado para tal, ou seja, fazer parte da relação jurídica procedimental licitatória. Assim sendo, é o próprio licitante que está habilitado para recorrer, ele mesmo é quem pode interpor o recurso. Desta forma, mais um pressuposto recursal foi atendido.

O interesse para recorrer significa que o licitante tem de demonstrar a necessidade e utilidade de sua interposição, sendo que a necessidade se apresenta quando o recurso é o único meio cabível para a obtenção de uma decisão administrativa que lhe seja mais favorável. Já a utilidade se configura quando o licitante foi prejudicado por uma decisão da comissão de licitação e ele tem a possibilidade de conseguir uma decisão mais favorável ou vantajosa para si com a interposição do recurso, como é o caso em tela.



Quanto à tempestividade, esta também foi observada, visto que o disposto no art. 109, I, a do Estatuto das Licitações determina o seguinte:

“Art. 109. Dos atos da Administração decorrentes da aplicação desta Lei cabem:

I - recurso, no prazo de 5 (cinco) dias úteis a contar da intimação do ato ou da lavratura da ata, nos casos de:

a) Habilitação ou inabilitação do licitante;”

Da análise dos documentos adunados, observamos que a empresa ora recorrente tomou conhecimento da decisão da Comissão Permanente de Licitação no dia 19/06/2019, iniciando-se a contagem para o recurso administrativo em 24/06/2019, findando-se na data de 28/06/2019, estando atendido em sua totalidade o requisito temporal para a apresentação deste recurso.

II - DOS FATOS

A referida licitação tem por objeto o fornecimento, transporte e aplicação de CBUQ em diversos logradouros no município de Petrópolis/RJ. Ocorre que a empresa SERPAV COMÉRCIO E PAVIMENTAÇÃO LTDA EPP foi considerada habilitada na condição de empresa de pequeno porte, mesmo tendo apresentado seu balanço financeiro do exercício 2018, com um faturamento bruto de R\$ 9.459.304,42 (nove milhões, quatrocentos e cinquenta e nove mil, trezentos e quatro reais e quarenta e dois centavos), acima do limite legal, em desacordo com o que preconiza a Lei Complementar 123/06.

A Lei Complementar nº 123/06 instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, prevendo normas gerais de tratamento diferenciado e favorecido a essas empresas, inclusive nos processos de contratação pública, a exemplo do direito de comprovar

condição de regularidade fiscal apenas por ocasião da contratação e o direito de preferência no caso de empate, na forma da Lei (arts. 42 a 45 da Lei Complementar nº 123/06).

Contudo, a fim de se valer desses privilégios, a licitante precisa atender, basicamente, a duas condições: enquadrar-se nos limites estabelecidos pelos incisos I ou II do *caput* do art. 3º da Lei Complementar nº 123/06 e não incidir nas situações previstas nos incisos do § 4º desse mesmo artigo.

Ocorre que no caso em tela o faturamento bruto da empresa não mais permite seu enquadramento como ME ou EPP, e ainda assim a Recorrida, além de participar da licitação, foi considerada habilitada, utilizando-se dos benefícios conferidos pela Lei Complementar nº 123/06, que é exclusivo para ME ou EPP.

Cabe à Administração ficar atenta a situações como essa, uma vez que a empresa Recorrida, em detrimento da obrigação de comunicar a Receita Federal quanto ao desenquadramento (mesmo tendo apresentado seu balanço financeiro do exercício 2018, com um faturamento bruto de R\$ 9.459.304,42 - nove milhões, quatrocentos e cinquenta e nove mil, trezentos e quatro reais e quarenta e dois centavos), claramente está se mantendo silente justamente para se beneficiar das prerrogativas da Lei nº 123/06, em detrimento dos demais licitantes, o que fere o princípio da igualdade nos procedimentos licitatórios.

Vale registrar que a omissão da empresa Recorrida em informar que não mais se encontra na condição de ME/EPP, com conseqüente obtenção de tratamento favorecido em licitações, justifica a incidência de sanção grave, a exemplo das impeditivas do direito de licitar e contratar com a Administração Pública.

Em recente manifestação, o Ministro Relator de decisão proferida pelo Tribunal de Contas da União (Acórdão nº 3411/2012-Plenário), ao tratar do regime da Lei nº 123/2006, ressaltou

que *“Incorre, sem dúvida, em falha gravíssima quem tenta se valer de suas disposições excepcionais para obter vantagens sobre seus competidores em licitações públicas”*.

Desta forma, a decisão proferida pela Comissão Permanente de Licitações não merece prosperar visto que se encontra visivelmente equivocada por ter sido induzida ao erro. O simples fato de constar a condição de EPP na razão social da empresa, não significa que a mesma seja realmente de pequeno porte, se não possuir os pressupostos para este enquadramento diferenciado previsto na Lei Complementar 123/2006.

Verifica-se, portanto, um latente caso de utilização indevida do tratamento diferenciado nas contratações públicas, concedido exclusivamente a microempresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP), haja vista a inexistência de pressupostos definidos na Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 (Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte).

Mediante verificação dos documentos contábeis, resta comprovada a superação do limite de faturamento bruto estabelecido pelo art. 3º da Lei Complementar 123/2006 para o enquadramento e consequente utilização do tratamento diferenciado concedido às micros e pequenas empresas:

“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:


(...)

II - no caso de 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\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais).”

Fica confirmado que a empresa mantém, indevidamente, o enquadramento como empresa de pequeno porte, quando já deveria ter informado à Junta Comercial seu

CNPJ/ME nº 18.603.735/0001-75 - NIRE nº 33.2.0946190-7

Email: petroviasesengenharia@gmail.com





desenquadramento, por ter apresentado o balanço financeiro do exercício 2018, com um faturamento bruto de R\$ 9.459.304,42 - nove milhões, quatrocentos e cinquenta e nove mil, trezentos e quatro reais e quarenta e dois centavos.

Sobre a aplicação desses dispositivos legais, o Tribunal de Contas de União manifestou sua preocupação, por meio do **Acórdão nº 1231/2008** – Plenário, como se segue:

4.1. É certo que a concretização dos privilégios previstos na Lei deverá ser cercada de cuidados por parte do gestor público. No trecho transcrito abaixo, Jonas Lima narra os problemas ocorridos nos Estados Unidos. Embora tais situações estejam previstas no Estatuto brasileiro, a cautela da Administração Pública far-se-á sempre essencial para evitar situações antijurídicas e injustas.

"(...) a utilização de pequenas empresas "de fachada" para que as grandes pudessem se beneficiar das regras favoráveis às pequenas, isso por meio de compra de cotas de capital dentro das pequenas, do desmembramento de uma empresa maior, da inclusão de sócios comuns, ou da subcontratação irregular. O resultado disso foi que no período compreendido entre os anos de 2000 a 2005 mais de US\$ 100.000.000 (cem bilhões de dólares) foram desviados das cotas que eram reservadas às verdadeiras pequenas empresas e, de forma oculta, foram parar em grandes companhias, entre outros, de setores de informática, internet, aviação e petróleo. E quando os escândalos apareceram, investigações foram iniciadas e a "Small Business Administration - SBA", foi obrigada excluir da base de dados de pequenas empresas mais de 600 (seiscentos) cadastros irregulares. (...) Embora existam projetos legislativos tramitando, na prática, apenas se tem aumentado o cuidado com a certificação e a re-certificação anual das empresas.

4.2. Também os Tribunais de Contas deverão estar atentos para possíveis fraudes, atuando junto aos seus jurisdicionados, preferencialmente de maneira preventiva, orientando-os quanto às melhores práticas a serem adotadas para evitar que o espírito da Lei seja subvertido pelo usufruto das benesses por parte de grandes empresas. No entanto, tais ponderações são insuficientes para constituir óbice à aplicação da Lei.

Vários julgados do Tribunal de Contas (Acórdãos 1028/2010-TCU-Plenário, 2259/2011-TCU-Plenário, 2606/2011-TCU-Plenário, 2846/2010-TCU-Plenário, 2928/2010-TCU-Plenário, 3228/2010-TCU-Plenário, 3217/2010-TCU-Plenário, 3381/2010-TCU-Plenário, 0588/2011-TCU-Plenário, 0744/2011-TCU-Plenário, 1137/2011-TCU-Plenário e Acórdão nº 1439/2011-TCU-Plenário) apontam no sentido de que a participação em licitação reservada a microempresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP) por sociedade que não se enquadra na definição legal reservada a



PETROVIAS
Engenharia e Construções

essas categorias configura fraude ao certame, o que resultou na declaração de inidoneidade da empresa para licitar e contratar com a Administração Pública.

Da mesma forma, a responsabilidade pela manutenção, atualização e veracidade das declarações de enquadramento nas várias categorias legais compete exclusivamente às firmas licitantes, que deverão manter seus registros atualizados, na forma da Lei Complementar nº 123/2006 (Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte), do Decreto nº 6.204/2007 e da Instrução Normativa nº 103/2007 do Departamento Nacional de Registro do Comércio (DNRC).

Observe-se que a conduta de burlar sua condição societária demonstra a má-fé da empresa Recorrida que tenta se beneficiar de uma condição legal mais favorável em detrimento dos demais licitantes, violando o princípio da igualdade de concorrência entre os licitantes. Estamos diante de tentativa de fraudar o certame licitatório.

A prática de atos com intuito de fraudar licitação custeada com recursos federais justifica a declaração de inidoneidade de empresa para participar de licitações que envolvam recursos da Administração Pública Federal, mesmo os descentralizados mediante convênios, acordos, ajustes ou outros instrumentos congêneres federais.


Observemos o caso concreto que foi objeto do julgamento do Acórdão 970/2011 – Plenário do TCU:

"Enunciado: Constitui fraude à licitação a participação de empresa na condição de microempresa ou empresa de pequeno porte, sem apresentar essa qualificação, em razão de faturamento superior ao limite legal estabelecido, situação que enseja a declaração de inidoneidade da pessoa jurídica envolvida. A perda da condição de microempresa ou empresa de pequeno porte, por ser ato declaratório, é de responsabilidade da sociedade empresarial.

Excerto

CNPJ/MF nº 18.603.735/0001-75 - NIRE nº 33.2.0946190-7

Email: petroviasengenharia@gmail.com





Voto:

Trata-se de representação de equipe de auditoria da 6ª Secretaria de Controle Externo em face de indícios de irregularidades identificados em diversos pregões, nos quais se verificou que a empresa [omissis], classificada desde 1996 como empresa de pequeno porte (EPP) e, a partir de 18/5/2009, como microempresa (ME), teria utilizado indevidamente o benefício de desempate previsto no artigo 44 da Lei Complementar 123/2006.

[...]

6. [...] a qualificação como microempresa ou empresa de pequeno porte é feita mediante declaração da Junta Comercial, que a expede com base em informação da empresa interessada, que requer à respectiva Junta o arquivamento da "Declaração de Enquadramento de ME ou EPP".

7. Da mesma forma, cessadas as condições que permitiam o enquadramento como ME ou EPP, a empresa deverá fazer a "Declaração de Desenquadramento". Essas ações competem exclusivamente às empresas interessadas em auferir os benefícios da LC 123/2006 e cuja operacionalização foi estabelecida pelo Departamento Nacional de Registro do Comércio (DNRC), na Instrução Normativa DNRC 103/2007.

8. Trata-se de "ato declaratório", de iniciativa de quem pretenda usufruir dos benefícios concedidos às ME e EPP. A declaração, conforme expressamente previsto nos artigos 11 do Decreto 6.204/2007 e 1º da IN/DNRC 103/2007, é feita "sob as penas da lei", sujeitando os infratores às cominações legalmente estabelecidas.

9. No caso concreto, observou-se infração aos ditames da referida lei por parte da empresa [omissis]. Conforme apontado nos autos, nos anos de 2006 e 2007 a empresa sacou ordens bancárias nos montantes de R\$ 2.900.837,16 e R\$ 2.743.519,19, respectivamente. Esses valores indicam que o faturamento da empresa nesses anos foi superior ao limite de R\$ 2.400.000,00 previsto no artigo 3º da LC 123/2006 para enquadramento como empresa de pequeno porte.

10. Conforme ressaltado no relatório que antecede esta proposta de deliberação, esses montantes incluem apenas valores recebidos da Administração Pública Federal, de sorte que o faturamento da empresa nesses anos pode contar efetivamente com outras fontes de receita que elevariam a soma apurada. Dessa forma, resta claro que a empresa estaria excluída do regime

diferenciado e ficaria impedida de utilizar o critério de desempate previsto no artigo 44 da LC 123/2006 (artigo 5º do Decreto 6.204/2007) em licitações ocorridas nos anos de 2007 e 2008.

11. Nesse sentido, a utilização do critério de desempate em três pregões realizados no ano de 2007 e dois pregões realizados no ano de 2008, com a consequente contratação em três deles, configura burla ao sistema criado pela LC 123/2006, bem como fraude ao procedimento licitatório.

12. Ressalte-se que a informação da perda da condição de ME ou EPP, por ser ato declaratório, era de responsabilidade da empresa [omissis] que, por não tê-la prestado e por ter auferido indevidamente os benefícios da LC 123/2006, ação que caracteriza fraude à licitação, deve ser declarada inidônea para participar de licitações na administração pública federal.”

A mera participação de licitante como microempresa ou empresa de pequeno porte, ou ainda como cooperativa (art. 34 da Lei 11.488/2007) , amparada por declaração com conteúdo falso de enquadramento nas condições da LC 123/2006, configura fraude à licitação e enseja a aplicação da penalidade do art. 46 da Lei 8.443/1992, não sendo necessário, para a configuração do ilícito, que a autora da fraude obtenha a vantagem esperada.

Verifica-se que a empresa SERPAV COMÉRCIO E PAVIMENTAÇÕES LTDA embora considerada habilitada pela Comissão Especial de Licitação, não observou todas as regras descritas no edital, também em relação aos documentos necessários para a habilitação técnica dos licitantes. Neste sentido, passamos a analisar o caso concreto.

Assim dispõe o item 2.1.14 do edital:

“2.1.12- Atestado fornecido por pessoa jurídica de direito público ou privado devidamente registrado no CREA/CAU, que comprove que o licitante já executou serviço semelhante ao objeto deste Edital, em nome da empresa e/ou de seu Responsável Técnico:



Com efeito, a Recorrida e a Douta Comissão, não atentaram para a complexidade dos serviços, que exigem uma demanda de mão de obra e equipamentos fora do normal, por se tratar de serviços executados num prazo exíguo, em vias de trânsito rápido e intenso, não podendo apenas se ater tão somente ao objeto dos serviços ora licitados.

Vejamos a transcrição conforme Artigo 30 da Lei 8.666/93 e suas alterações:

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e COMPATÍVEL EM CARACTERÍSTICAS, QUANTIDADES E PRAZOS COM O OBJETO DA LICITAÇÃO, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos; (Grifo nosso)

Pois bem, ocorre que a Empresa SERPAV, apresentou a seguinte atestação técnica, equivocadamente entendendo que assim estaria habilitada, sendo: Folhas 39 à 41 – Atestado emitido pela Concer, no valor ínfimo de R\$ 48.617,60 – (Quarenta e oito mil, seiscentos e dezessete reais e sessenta centavos), ainda que seja similar, atende somente na similaridade. Quanto a quantidades e prazos, obviamente que não atende.

Apresentou atestado técnico passado pela GE Celma, (folhas 42 à 45) e atestado passado pela Prefeitura de Paraíba do Sul, de serviços simples de operação de tapa buraco, que não possuem sequer similaridade com o objeto e complexidade do objeto licitado.

Não foi observado pela SERPAV, que deveria comprovar ao menos os itens de maior peso constantes da planilha, tais como os serviços de fresagem, SINALIZAÇÃO HORIZONTAL,

recapeamento asfáltico em vias de tráfego intenso etc. Ressalta-se que os serviços licitados, serão executados em 30 – (trinta) dias, com valor superior a R\$ 700.000,00 – (Setecentos mil reais).

Sabemos que a qualificação técnica tem a finalidade de aferir a aptidão técnica do licitante conferindo segurança à Administração Pública de que o mesmo possui pleno conhecimento técnico para a execução do contrato, caso se sagre vencedor do certame. A Administração Pública, ao avaliar a qualificação técnica dos licitantes, pretende aferir se eles dispõem dos conhecimentos, da experiência e do aparato operacional suficiente para satisfazer o contrato administrativo, o que não se verifica no caso em tela.

Os atestados de capacidade têm a finalidade de comprovar para a Administração Pública, por intermédio de um documento subscrito por terceiro alheio à disputa licitatória, de que o licitante já executou o objeto licitado em outra oportunidade e a referida execução foi a contento, o que gerará confiança e segurança à Administração licitadora de o aludido licitante possuir expertise técnica.

Portanto, a exigência e a demonstração de capacidade técnica por meio dos atestados têm o escopo de resguardar a Administração Pública de que o licitante possui expertise e aptidão técnica, caso seja o vencedor do certame e venha a ser contratado. Neste prisma, os documentos apresentados no envelope de habilitação deverão ser apreciados e interpretados sempre preconizando a teleologia (finalidade) do documento para a consecução do interesse público. Percebe-se claramente dos atestados técnicos apresentados pela Recorrida que eles não são suficientes para demonstrar que a mesma está apta a realizar o objeto licitando. Contratá-la não traria a segurança jurídica necessária e própria das relações que se esperam entre particular e poder público para a execução de obras dessa natureza.

Por fim, ressaltamos que no item 4 do edital que trata das condições de participação das empresas licitantes (fls. 02) está disposto que estas terão sua regularidade consultada no SICAF. Porém da análise da ata da reunião da subcomissão realizada em 19/06/2019, não consta a referida



PETROVIAS
Engenharia e Construções

consulta mas sim a habilitação de todas as empresas participantes, o que pode causar prejuízo à Administração Pública no caso de uma licitante apresentar algum impedimento de contratação ou estar em cumprimento de determinada sanção aplicada anteriormente.

Diante destas violações exaustivamente explicadas no presente Recurso Administrativo, não restou alternativa à Recorrente que não interpor o presente recurso.

III - DO PEDIDO

Isto posto, a empresa **PETROVIAS ENGENHARIA E CONSTRUÇÕES LTDA**, ora Recorrente, vem requerer:

- a) Seja recebido o presente recurso, nos termos descritos na Lei nº. 8.666/93;
- b) Seja reconsiderada a decisão da Comissão Permanente de Licitação no que tange a ter sido habilitada a empresa Recorrida SERPAV COMÉRCIO E PAVIMENTAÇÃO LTDA EPP, com base no que foi exposto no presente recurso, inabilitando a empresa Recorrida;
- c) Seja reconhecida a tentativa de fraude a licitação por parte da Recorrida e que a mesma seja declarada inidônea para contratações com a Administração Pública municipal, bem como com a Administração Pública Federal, por se tratar de recursos de convênio/contrato de repasse oriundos da União.

Diante do exposto, requer se digne esta subcomissão em receber o tempestivo Recurso, determinando o seu imediato processamento para, ao final, acolhendo as razões supra, reconsiderar a decisão atacada, por ser de *direito* e perfazer *JUSTIÇA!*

Termos em que,

Espera provimento.

Petrópolis, 27 de junho de 2019.



PETROVIAS
Engenharia e Construções

Petrovias Engenharia e Construções Ltda
José Carlos Lorenzo Gulias
Sócio Administrador