

**AO
SETOR DE LICITAÇÕES
COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO**

Ref. nº 492/2022

Modalidade: Concorrência 17/2022

LUCIANO GERALDO RODRIGUES DA SILVA & CIA LTDA, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº: 22.745.964/0001-00, estabelecida na Rua Paládio, nº33, Cruzeiro Celeste, João Monlevade- MG, CEP nº35.931-060, representada por seu sócio Sr. Luciano Geraldo Rodrigues da Silva, brasileiro, casado, portador da carteira de identidade: M-7463358 SSP-MG, CPF sob o nº:033.751.216-79, **com fulcro no artigo 109 da Lei Federal nº8.666/93 e 10.520/20 Lei Federal, RECURSO ADMINISTRATIVO** em face da **DECISÃO DA COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO** no bojo do certame em comento, nos termos e fundamentos a seguir aduzidos:

1- RECURSO ADMINISTRATIVO

Promovido pela Prefeitura Municipal de João Monlevade- MG, através do Sistema de Registro de Preços n. 492/2022 na modalidade concorrência, cujo objeto compreende a contratação eventual e futura de empresa especializada para serviços de pavimentação poliédrica (novos pavimentos) e infraestrutura em diversos logradouros no município de João Monlevade- MG, com fornecimento de equipamentos, mão-de-obra, materiais e serviços técnicos necessários a execução do objeto, pelos motivos que passa a expor:



1.1- DA TEMPESTIVIDADE DO PRESENTE RECURSO, DO EFEITO SUSPENSIVO E DO CABIMENTO.

Considerando que o art.109, I, da Lei n. 8.666/93 dispõe sobre a interposição de recurso no prazo de 5 (cinco) **dias úteis**, a contar da intimação do ato. Considerando, ainda, que o edital dispõe no item 20.1 que a interposição de recurso deverá ser nos moldes do artigo anteriormente citado.

Considerando que a Comissão exarou ato de anuência favorável a interposição de recurso no dia 13/12/2022, em que o prazo fatal começa a contar do primeiro útil subsequente no dia 14/12/2022, de modo que o prazo finda-se no dia 20/12/2022. Com efeito, a Recorrente observa o prazo legal preceituado, sendo tempestivo o Recurso.

No tocante ao efeito suspensivo o art. 109, §2º, da Lei 9.784/99 recepciona a possibilidade do recurso em apreço adquirir efeito suspensivo para sobrestar o ato administrativo. De igual modo, o art. 109, §2º, da Lei 8.666/93, preconiza o mesmo entendimento, senão vejamos:

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

§ 2º O recurso previsto nas alíneas a e b do inciso I deste artigo terá efeito suspensivo, podendo a autoridade competente, motivadamente e presentes razões de interesse público, atribuir ao recurso interposto eficácia suspensiva aos demais recursos.

Ademais, se o caráter suspensivo do recurso não for convalidado pela administração, estaremos esvaziando o sentido constitucional do art. 5º, inciso LV, da CF/88, pois tornará o recurso em questão imprestável, extirpando o comando segundo o qual os litigantes em processo judicial ou administrativos têm prerrogativas asseguradas de ampla defesa e contraditório.

Posto isto, diante da plena comprovação de atendimento ao edital, pugna-se, pelo recebimento do presente recurso, **em seu efeito suspensivo.**

2- BREVE INTROITO DA LICITAÇÃO

Trata-se de certame licitatório n. 17/2022- Sistema de Registro de Preços, na modalidade concorrência, visando à contratação eventual e futura de empresa especializada para serviços de pavimentação poliédrica (novos pavimentos) e infraestrutura em diversos logradouros no município de João Monlevade- MG, com fornecimento de equipamentos, mão-de-obra, materiais e serviços técnicos necessários a execução do objeto.

Ao ingressar no certame, ofereceu sua proposta com fundamento em sólido estudo de viabilidade econômica e exequibilidade de sua proposta para atender tudo quanto preceituado no edital em apreço. Infelizmente, após análise das propostas, a Administração entendeu por declarar a Empresa **ROCHA & ROCHA CONSTRUTORA LTDA** como vencedora do certame.

Denota que a respeitável decisão da Comissão não merece prosperar, conforme restará demonstrado, mormente porque há erros na apresentação de documentos, os mesmos não foram feitos em momentos oportunos pela a empresa **ROCHA & ROCHA CONSTRUTORA LTDA**, que deverá ser considerada como uma empresa de média ou grande porte, conforme passa a expor :

3- DAS RAZÕES E FUNDAMENTOS DA RECORRENTE

3.1- DA COMPROVAÇÃO DE MICROEMPRESAS (ME) E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE (EPP).

Ao acompanharmos o credenciamento e a abertura dos envelopes contendo a documentação e propostas exigidas em Edital, verificou-se que neste ato a empresa ganhadora do certame não incluiu dentro do envelope a declaração de enquadramento no porte de microempresa ou empresa de pequeno porte, sendo assim, não pode ser concedido o tratamento favorecido, diferenciado e simplificado, em consonância com a Lei Complementar nº123/2006. Conforme disposto no Edital, em seu item 9.5:

9.5. As empresas enquadradas no regime diferenciado e favorecido das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, que não apresentarem a declaração prevista no subitem 9.1 poderão participar normalmente do certame, porém em igualdade de condições com as empresas não enquadradas neste regime. (destaque nossos).

No entanto, é de saber que a falta de comprovação do enquadramento de Microempresa ou Empresa de Pequeno Porte não poderá jamais ser motivo de inabilitação da empresa, pois isto seria uma grande atrocidade passiva de representação no Ministério Público ou Tribunal de contas.

Ocorre nesse caso é que se a empresa não comprova o seu enquadramento ela vai competir de igual para igual a uma empresa normal sem as prerrogativas da Lei 123/06- Estatuto das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte.

Disto isto, cabe esclarecer que a Recorrente, apresentou em momento oportuno e em conformidade com o Edital a comprovação do seu enquadramento como **MICROEMPRESA**. Assim como disposto no item 9.1:

9.1. A Microempresa ou a Empresa de Pequeno Porte que quiser usufruir dos benefícios concedidos pela LC nº 123/2006 e posteriores alterações, deverá apresentar no envelope de habilitação, declaração de enquadramento como Microempresa ou Empresa de Pequeno Porte, no tipo societário correspondente; (destaques nossos).

Deste modo, o que preliminarmente se requer é a concessão das prerrogativas da Lei 123/2006, uma vez que, a **EMPRESA LUCIANO GERALDO RODRIGUES DA SILVA & CIA LTDA, cumpriu com todos os requisitos previsto no Edital.**

3.2 - DO EMPATE FÍCTO

Com a finalidade de falcitar o acesso dos pequenos empresários ao grande mercado público, a Lei Complementar nº123/2006 estabeleceu uma série de normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às ME e EPP, no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que devem, independente de normativa própria, aplicar as regras constantes no Estatuto de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte em suas contratações.

Esse tratamento diferenciado e favorecido incide tanto na fase de habilitação dos certames como na fase de julgamentos das propostas.

Um dos mecanismos de preferência preconizados na Lei Complementar 123, trata-se do empate ficto, que tem por objetivo oportunizar às micro e pequenas

empresas, que estejam classificadas dentro de uma certa margem, **o oferecimento de nova proposta de preço inferior ao da melhor classificada**, quando esta tenha sido apresentada por uma média ou grande empresa. Nos termos da LC 123/2006 a respeito, vejamos:

“Art. 44. Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, **preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte**.
 § 1º Entende-se por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada.
 § 2º Na modalidade de pregão, o intervalo percentual estabelecido no § 1º deste artigo será de até 5% (cinco por cento) superior ao melhor preço. (grifos nossos).

No caso em tela, verifica-se que a diferença entre a primeira colocada, Empresa Rocha & Rocha e a segunda colocada Empresa Luciano Geraldo Rodrigues da Silva & CIA LTDA, é de apenas **0,4% (zero, quatro por cento)**. Veja-se:

LICITANTES	VALOR APRESENTADO	VALOR APURADO	CLASSIFICAÇÃO
ROCHA & ROCHA CONSTRUTORA LTDA	R\$ 5.270.942,32	R\$ 5.270.803,33	1º
LUCIANO GERALDO RODRIGUES DA SILVA & CIA LTDA	R\$ 5.292.218,16	R\$ 5.292.224,16	2º

Com isso, deve-se observar que a primeira colocada deverá ser considerada como uma empresa de médio ou grande porte, haja vista que, em momento oportuno não fez as devidas comprovações de enquadramento a ME ou EPP, ao contrário da Recorrente que conforme o Edital, apresentou no momento devido a comprovação de enquadramento a Microempesa.

Desta feita, observa-se que a proposta encontra-se dentro da faixa do empate ficto, de modo que, à Recorrente deve-se ser concedido o direito de apresentar uma nova proposta de valor inferior, ou seja o valor de R\$5.263.403,17 (cinco milhões, duzentos e sessenta e três mil, quatrocentos e três reais e dezessete centavos).

Neste entendimento, defende o Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

EMENTA: REMESSA NECESSÁRIA - APELAÇÃO CÍVEL - PRELIMINAR - PERDA DO OBJETO - REJEIÇÃO - MANDADO DE SEGURANÇA - PROCESSO LICITATÓRIO - PROPOSTA DE PREÇO - EMPATE FICTO (ART. 5º, § 1º DO DECRETO Nº 8.538/2005, ART. 44, § 1º, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/2006)- OCORRÊNCIA - EMPRESA DE PEQUENO PORTE - GARANTIA DE



APRESENTAÇÃO DE NOVA PROPOSTA - INTELIGÊNCIA DA CLÁUSULA Nº 9.9.3 DO CERTAME, ART. 5º, § 4º, I, DO DECRETO Nº 8.538/2005 E ART. 45, I, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/2006 - DESCUMPRIMENTO - OFENSA AO PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO E DAS LEIS QUE REGEM A MATÉRIA - VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO - CONCESSÃO DA SEGURANÇA - SENTENÇA MANTIDA - DEMAIS MATÉRIAS DO RECURSO VOLUNTÁRIO PREJUDICADAS. 1. O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que a superveniente adjudicação do objeto licitado não implica a perda do objeto na ação em que se alegam nulidades no procedimento licitatório. 2. **Consoante o art. 5º, § 1º do Decreto nº 8.538/2005 e art. 44, § 1º, da Lei Complementar nº 123/2006, entende-se haver empate quando as ofertas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até dez por cento superiores ao menor preço. 3. **Considerando a ocorrência do empate ficto e que não foi observada a cláusula nº 9.9.3 do Processo Licitatório nº 54/2016 - Concorrência nº 08/2016, art. 5º, § 4º, I, do Decreto nº 8.538/2005 e art. 45, I, da Lei Complementar nº 123/2006, que impõem tratamento diferenciado à Empresa de Pequeno Porte, com a garantia de apresentação de nova proposta, forçoso o reconhecimento da violação de direito líquido e certo da impetrante.** 4. Havendo ofensa ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, concede-se a segurança para determinar a suspensão do Processo Licitatório nº 054/2016, Concorrência nº 08/2016, tornando sem efeito a homologação, a adjudicação, a contratação da empresa vencedora, bem ainda a desclassificação da impetrante. 5. Sentença mantida. 6. Prejudicadas as demais matérias do recurso voluntário. (TJ-MG - AC: 10000160425906003 MG, Relator: Raimundo Messias Júnior, Data de Julgamento: 04/12/2018, Data de Publicação: 06/12/2018) (Grifos nossos)**

Logo, a Constituição federal de 1988, em seu art. 170, IX, é cristalina ao exigir tratamento favorecidos às MPEs, obviamente que, na dúvida, interpreta-se-á a **regra em favor das microempresas e empresas de pequeno porte.**

Ao passo que o saudoso Diogenes Gasparine defende a constitucionalidade do empate ficto e favorecimento as ME e EPP, uma vez que é mandamento constitucional o incentivo às pequenas empresas.

Ademais, a garantia de que a pequena empresa possa reduzir, no certame licitatório, a proposta então considerada menor, ofertada por maiores empresas, garante que a licitação atinja seu objetivo principal, qual seja, a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração.

Deste modo, caso essa respeitável comissão optar por não reconhecer o empate ficto e conceder a essa recorrente o direito de apresentar uma melhor

proposta, restará evidente a violação do direito líquido e certo, bem como ofensa ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, e a Constituição Federal.

Dito isto, impõe-se que a **EMPRESA ROCHA & ROCHA CONSTRUTORA LTDA**, seja reconhecida como uma empresa de médio ou grande porte. E que a **EMPRESA LUCIANO GERALDO RODRIGUES DA SILVA & CIA LTDA** seja reconhecida como Microempresa, uma vez que, cumpriu com todos os requisitos do Edital e receba o tratamento diferenciado e simplificado garantido por lei, e lhe seja oportunizado a apresentação de uma melhor proposta, no valor de **R\$5.263.403,17 (cinco milhões, duzentos e sessenta e três mil, quatrocentos e três reais e dezessete centavos)**, em razão do **EMPATE FÍCTO**.

4- DO PEDIDO

Ante ao exposto, REQUER que seja conhecido e provido o presente RECURSO, para modificar a decisão que declarou a **ROCHA & ROCHA CONSTRUTORA LTDA** como vencedora do certame, pois o feito não observou os itens dispostos no Edital, na qual, preconiza o direito de tratamento diferenciado nos termos da Lei Complementar 123/06, para as Microempresas e Empresas de Pequeno Porte.

Desta maneira, é de direito que seja acolhido o empate fícto em favor da empresa **LUCIANO GERALDO RODRIGUES DA SILVA & CIA LTDA**, reconhecendo como a melhor proposta o valor de **R\$5.263.403,17 (cinco milhões, duzentos e sessenta e três mil, quatrocentos e três reais e dezessete centavos)**, sendo está a vencedora do certame.

Apenas em atenção ao princípio da eventualidade, caso o presente recurso não seja provido, o que não acredita, requer seja remetido à Autoridade Superior, para, em reexame, reformar a decisão recorrida e determinar que a Recorrente possa apresentar suas documentações mediante diligências complementares.

Termos em que,
Pede deferimento.

João Monlevade-MG, 14 de dezembro de 2022.

LUCIANO GERALDO RODRIGUES DA SILVA & CIA LTDA

Setor de Compras e Licitações
Recebemos em: 19/12/22
Às 14:28 horas
<i>Ricardo Oliveira</i>
Assinatura