

À PREFEITURA DE VITÓRIA – ESTADO DO ESPÍRITO SANTO – SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE –
EQUIPE DE PREGÃO.

PROCESSO LICITATÓRIO Nº 175/2021

Pregão Eletrônico nº 175/2021

À Autoridade Superior e ao Sr. Pregoeiro Pablo Mendes Martins.

Ref.: Recurso Administrativo em face da declaração de vencedor à empresa CLÍNICA MÉDICA DR.
MARCO FÁBIO S/S (ME).

SERMEP SERVIÇOS MEDICOS LTDA, pessoa jurídica de natureza privada, inscrita no CNPJ nº: 20.231.343/0001-74, com sede na Rua Presidente Vargas, Nº 285, Bairro Centro, no Município de Brumadinho CEP 35.460-000, representada por seu diretor presidente, vem, com fulcro no edital de licitação e Lei Federal 8.666/93, apresentar Recurso Administrativo em face da declaração de vencedor à empresa CLÍNICA MÉDICA DR. MARCO FÁBIO S/S (ME), conforme fatos e fundamentos a seguir delineados:

1. DO BREVE RELATO.

Na sessão de lances que ocorreu em 16/09/2021, a empresa CLÍNICA MÉDICA DR. MARCO FÁBIO S/S (ME), se declarou como Microempresa, contudo, não apresentou a certidão requerida no item 11.3.6, alínea “a”, vejamos:

11.3.6 – Os licitantes que invocarem a condição de Microempresa (ME) ou Empresa de Pequeno Porte (EPP) ou Microempreendedor Individual (MEI) para fins do exercício de quaisquer dos benefícios previstos na Lei Complementar 123/2006 e suas alterações, os seguintes documentos:

a) certidão expedida no presente exercício pelo órgão competente, a saber: Registro de Empresas Mercantis (Junta Comercial) ou Registro Civil de Pessoas Jurídicas (Cartório) ou Certificado da Condição de Microempreendedor Individual – CCMEI, disponível em <http://www.portaldoempreendedor.gov.br>, conforme o caso, do local onde a pessoa jurídica tenha sido registrada, atestando que a empresa se enquadra na condição de Microempresa (ME) ou Empresa de Pequeno Porte (EPP) ou Microempreendedor Individual (MEI), na forma do art. 3º da Lei Complementar 123/2006 e suas alterações;

Sendo assim, por ausência de apresentação de documentos exigidos em edital, requer sua inabilitação conforme fatos e fundamentos a seguir.

2. DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS

a. DA CONDIÇÃO DE MICROEMPRESA LEI COMPLEMENTAR 123/2001.

Dispõe a norma do artigo 3º, parágrafo 4º da Lei Complementar nº 123/2006:

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 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). (Redação dada pela Lei Complementar nº 155, de 2016) Produção de efeito

§ 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.

§ 2º No caso de início de atividade no próprio ano-calendário, o limite a que se refere o caput deste artigo será proporcional ao número de meses em que a microempresa ou a empresa de pequeno porte houver exercido atividade, inclusive as frações de meses.

§ 3º O enquadramento do empresário ou da sociedade simples ou empresária como microempresa ou empresa de pequeno porte bem como o seu desenquadramento não implicarão alteração, denúncia ou qualquer restrição em relação a contratos por elas anteriormente firmados.

4º Não poderá se beneficiar do tratamento jurídico diferenciado previsto nesta Lei Complementar, incluído o regime de que trata o art. 12 desta Lei Complementar, para nenhum efeito legal, a pessoa jurídica:

I – de cujo capital participe outra pessoa jurídica;

II – que seja filial, sucursal, agência ou representação, no País, de pessoa jurídica com sede no exterior;

III – de cujo capital participe pessoa física que seja inscrita como empresário ou seja sócia de outra empresa que receba tratamento jurídico diferenciado nos termos desta Lei Complementar, desde que a

receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo;

IV – cujo titular ou sócio participe com mais de 10% (dez por cento) do capital de outra empresa não beneficiada por esta Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo;

V – cujo sócio ou titular seja administrador ou equiparado de outra pessoa jurídica com fins lucrativos, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo;

VI – constituída sob a forma de cooperativas, salvo as de consumo;

VII – que participe do capital de outra pessoa jurídica;

VIII – que exerça atividade de banco comercial, de investimentos e de desenvolvimento, de caixa econômica, de sociedade de crédito, financiamento e investimento ou de crédito imobiliário, de corretora ou de distribuidora de títulos, valores mobiliários e câmbio, de empresa de arrendamento mercantil, de seguros privados e de capitalização ou de previdência complementar;

IX – resultante ou remanescente de cisão ou qualquer outra forma de desmembramento de pessoa jurídica que tenha ocorrido em um dos 5 (cinco) anos-calendário anteriores;

X – constituída sob a forma de sociedade por ações.

Denota-se, que a empresa em questão se declara como MICROEMPRESA, enquanto na verdade encontra-se enquadrada como EMPRESA DE PEQUENO PORTE, cabendo a esta informar à Receita Federal o seu enquadramento, sob pena de sanções legais.

É que, conforme faz prova a imagem a seguir, no credenciamento, a empresa declarou-se no Banco do Brasil como Microempresa, entretanto, considerando o balanço patrimonial apresentado e renda auferida no ano de 2020 de R\$ 1.609.397,39 (um milhão, seiscentos e nove mil, trezentos e noventa e sete reais e trinta e nove centavos), sem nenhuma dúvida, ela já superou o limite estabelecido na legislação, que classifica Micro Empresa como aquelas que faturam até R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil) anualmente, vejamos:

Lote [nº 1]

Resumo do lote SERVIÇO DE PLANTÃO MÉDICO.

Tratamento aplicado Com tratamento diferenciado para ME/EPP/COOP **ME/EPP/COOP**

Tipo de disputa Decreto Nº 10.024 - Modo de disputa aberto e fechado **Critério de seleção** Todas as propostas

Situação do lote Declarado vencedor **Data e o horário** 22/09/2021-15:38:43:477

Tempo mínimo lances intermediários 20 segundo(s) **Tempo mínimo cobrir melhor oferta** 3 segundo(s)

Tempo de disputa sessão pública 15 minutos **Tempo aleatório de disputa** 0 - 10 minutos

Intervalo mínimo diferença de valores R\$ 0,01 **Valor mínimo cobrir melhor oferta** R\$ 0,01

Valor estimado do lote R\$ 825.278,40

CNPJ 13.667.864/0001-03

Fornecedor CLINICA MEDICA DR MARCO FABIO S/S - ME

Telefone (44) 991724303

Nome contato MARCO FABIO SELICANI PEDRO

Arrematado R\$ 648.900,00 **Negociado** R\$ 648.897,60

Justificativa Por apresentar proposta comercial e documentação de habilitação de acordo com as exigências do edital, conforme parecer técnico constantes nos autos, alteramos a situação da presente licitação para Declarado Vencedor, nos termos do Art. 4º, inciso XVIII da Lei nº 10.520/2002.

BALANÇO PATRIMONIAL

Entidade: CLINICA MEDICA DR. MARCO FABIO S/S

Período da Escrituração: 01/01/2020 a 31/12/2020 **CNPJ:** 13.667.864/0001-03

Número de Ordem do Livro: 3

Período Selecionado: 01 de Outubro de 2020 a 31 de Dezembro de 2020

Descrição	Nota	Saldo Inicial	Saldo Final
ATIVO		R\$ 1.431.264,80	R\$ 1.609.397,39
ATIVO CIRCULANTE		R\$ 1.431.264,80	R\$ 1.609.397,39

E é em razão de tal fato é que a empresa em questão não apresentou a declaração requerida no item 11.3.6, alínea "a" do edital, já que, seu porte não condiz com a definição cadastrada no Banco do Brasil.

Portanto, há indícios de que a ausência da declaração/certidão requerida no item 11.3.6 do edital não se tratou de um mero esquecimento, mas sim, de um ato premeditado para gozar do benefício concedidos às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte indevidamente.

Ressaltamos não ser atribuição do pregoeiro analisar a voluntariedade da conduta praticada pelo licitante, principalmente quando se refere à conduta criminosa, cuja tipificação compete tão somente ao juízo natural. Assim, o enquadramento em fraude à licitação no art. 90 da Lei nº 8.666/93 pressupõe um devido processo legal de natureza processual penal. As atribuições do pregoeiro restringem-se ao âmbito administrativo e enquanto perdurar o certame.

A má fé não se presume, deve ser efetivamente comprovada. Contudo não se exclui a verificação da denominada boa-fé objetiva, cujo enquadramento se perfaz diante das situações concretas colocadas sob apreciação. Assim, com base nas regras que regem a boa-fé objetiva pode-se verificar se houve conduta lesiva aos interesses dos demais licitantes. O art. 7º da Lei nº 10.520/2002, viabiliza uma análise acurada dos fatos por prescrever sanção ao comportamento inidôneo do licitante:

Art. 7º Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e, será descredenciado no Sicaf, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4º desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.

Sendo assente que o valor da receita bruta da empresa exceda ao valor legal para a sua qualificação como microempresa, deve esta ser inabilitada em obediência ao princípio da isonomia.

Sobre tal conduta, comumente enfrentada em processos licitatórios, manifesta o Ministério Público do Estado de São Paulo *in* Cartilha Eletrônica Fraudes em Licitação e Contratos¹:

Hipótese de fraude também se apresenta no caso em que empresas coligadas (mesmo grupo econômico ou jurídico), sendo apenas uma delas microempresa, invocam o benefício legal conferido pela Lei Complementar 147/2014. Já se decidiu que a participação simultânea de empresas coligadas em licitação afronta a legislação quando evidenciado que a empresa de maior porte – não enquadrada como microempresa ou de pequeno porte – busca usufruir indiretamente os benefícios da Lei, por meio da sociedade de pequeno porte (Acórdão 2978/2013 – Plenário, TC 036.959/2011-1, relator Ministro Benjamin Zymler, 6.11.2013).

Vale destacar, ainda, que, havendo indícios de que a forma de constituição das empresas criou a possibilidade, em tese, de burlar a competitividade das licitações, numa espécie de manobra jurídica, porquanto participam dos certames de forma alternada, não soa desarrazoada ou ilegal a desconsideração da personalidade jurídica operada na via administrativa, estendendo-se a proibição à empresa integrante do mesmo grupo econômico.

Nesses casos aplica-se o que a doutrina e a jurisprudência têm chamado de teoria da desconsideração expansiva da personalidade jurídica, que autoriza a extensão dos efeitos de punições a outras empresas. O entendimento encontra respaldo na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que considerou que a constituição de nova sociedade, com o mesmo objeto social, com os mesmos sócios e com o mesmo endereço, em substituição a outra declarada inidônea para licitar com a Administração Pública Estadual, com o objetivo de burlar a aplicação da sanção administrativa, constitui abuso de forma e fraude à Lei de Licitações, de modo a possibilitar a aplicação da teoria da

¹http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Cartilha_Eletronica/fraudesLicitacoes/FraudesLicitacoes.html - Acesso em 01/12/2020

desconsideração da personalidade jurídica para estenderem-se os efeitos da sanção administrativa à nova sociedade constituída. Nesse contexto, entendeu-se que a Administração Pública pode, em observância ao princípio da moralidade administrativa e da indisponibilidade dos interesses públicos tutelados, desconsiderar a personalidade jurídica de sociedade constituída com abuso de forma e fraude à lei, desde que facultado ao administrado o contraditório e a ampla defesa em processo administrativo regular (RMS n. 15166/BA, rel. Min. Castro Meira, j. 7-8-2003).

Ademais, a “... aplicação da proibição de contratar com a administração pública não teria efeito prático algum se fosse permitido que os sócios burlassem a lei, mediante a constituição ou utilização de outra sociedade, com o mesmo objeto comercial, para, assim, continuarem a participar das licitações” (TRF5 – Apelação Cível n. 549737/AL, rel. Des. Francisco Barros Dias, Data da Publicação DJE 13-12-2012).

Havendo, portanto, indícios de violação aos princípios da moralidade, impessoalidade e competitividade dos certames licitatórios, afigura-se plenamente possível a desconsideração da personalidade jurídica para estender os efeitos da sanção administrativa a outra empresa integrante do grupo econômico, a qual possui os mesmos sócios, corpo diretivo e endereço (MS n. 2013.055573-2, da Capital, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. 9-4-2014).

Vale observar, ainda, que a constatação de que determinada pessoa jurídica foi constituída para fins ilícitos, pode acarretar sua dissolução, nos termos do artigo 1218, inciso VII, do Código de Processo Civil e 19, inciso III, da Lei nº 12.846/2013.

De igual forma, manifesta o Tribunal de Contas da União, vejamos:

“Participação de empresa, em processo licitatório, como microempresa (ME) ou empresa de pequeno porte (EPP), sem possuir os requisitos legais para tanto, pode ensejar a sua declaração de inidoneidade.

Em sede de representação, foi apurada a possível participação indevida de empresa em licitações públicas, na condição de ME ou EPP, sem possuir os requisitos legais necessários para tal caracterização. Em seu voto, com relação à empresa supostamente beneficiada com o enquadramento indevido, o relator ressaltou ter ficado comprovado **“que seu faturamento bruto era superior ao limite estabelecido para o enquadramento como pequena empresa, que a empresa não solicitou à época a alteração de sua condição e, por fim, que participou de procedimento licitatório exclusivo para micros e pequenas empresas, vencendo o certame, beneficiando-se de sua própria omissão”. Ao não declarar a mudança de enquadramento legal, a empresa “descumpriu o art. 3º, § 9º, da Lei Complementar nº 123/2006, o art. 11 do Decreto nº 6.204/2007 e o art. 1º da Instrução Normativa do Departamento Nacional de Registro do Comércio nº 103/2007”. Essa omissão possibilitara à empresa “benefícios indevidos específicos de ME ou EPP**

e a obtenção, na Junta Comercial, da 'Certidão Simplificada', documento que viabilizou sua participação em licitações públicas exclusivas para ME ou EPP". Embora tenha considerado grave a omissão da empresa em informar o seu desenquadramento, o relator, em razão da baixa materialidade dos valores envolvidos nas licitações analisadas, entendeu suficiente a expedição de alerta à aludida empresa no sentido de que "a repetição da infração ensejará a declaração de sua inidoneidade, impossibilitando que contrate com o Poder Público por até 5 anos", no que foi acompanhado pelo Plenário. Acórdão n.º 2924/2010-Plenário, TC-007.490/2010-0, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 03.11.2010."

Em situação análoga, decidiu o Tribunal de Justiça do Paraná:

TJ-PR - Agravo de Instrumento AI 5831032 PR 0583103-2 (TJ-PR)

Data de publicação: 21/07/2009

Ementa: 1) ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. **NÃO**

COMPROVAÇÃO DA CONDIÇÃO DE MICROEMPRESA OU EMPRESA DE PEQUENO PORTE. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO DE USUFRUIR DOS BENEFÍCIOS DA LC Nº 123 /06. **Não** havendo prova do cumprimento, no momento próprio, dos requisitos exigidos no Edital de Licitação para usufruir dos benefícios da Lei Complementar nº 123 /06, que trata da **Microempresa** e da Empresa de **Pequeno Porte**, inexistente ilegalidade na desclassificação do certame, tendo a Administração Pública observado o princípio da vinculação ao instrumento convocatório. 2) AGRAVO DE INSTRUMENTO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

A qualificação como Microempresa e Empresa de Pequeno Porte é promovida mediante a declaração da junta Comercial que expede com base em informação da empresa interessada, que requer a respectiva junta o arquivamento da "Declaração de Enquadramento de ME e EPP".

É inquestionável que se trata de descumprimento do Edital, na medida em que a licitante não procedeu na apresentação dos documentos mínimos para ser considerada habilitada. Isso porque decorre lógico que eventuais inconformidades apresentadas pela licitante com o exigido no Edital, deve merecer somente uma atitude de parte das Comissões de Licitações, a inabilitação desse concorrente: do contrário, quebra-se os princípios e a legalidade do procedimento e exsurge a possibilidade ilegal de responsabilização de quem deu causa a ilegalidade.

O saudoso mestre Hely Lopes Meirelles, já definia que a licitação:

"realiza-se através de um procedimento vinculado, no desenvolver do qual a Administração não pode afastar-se das prescrições legais que bitolam a sua tramitação, sob pena de invalidar o contrato subsequente," (Direito Administrativo Brasileiro 2a. 00. pág. 251

Adilson Dallari apostila:

"Acreditamos que os elementos verdadeiramente essenciais a qualquer modalidade de licitação e que, por isso mesmo, devem ser considerados como princípios fundamentais deste procedimento são três: igualdade, publicidade e estrita observância das condições do edital". (Aspectos Jurídicos da Licitação, Editora Juriscredi Ltda, pág. 33)

Art. 30- LEI 8.666/93 "A Licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a 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 lhes são correlatos. (sublinhamos)

Já o art. 4º da lei das licitações assegura:

"Todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta lei.

Neste sentido, pede-se a inabilitação da licitante CLÍNICA MÉDICA DR MARCO FABIO S/S – ME.

b. DA AUSÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS.

A lei é bastante clara sobre a desclassificação de propostas e documentos que estiverem em desacordo com o edital, estaríamos ferindo regras do edital sem contar no prejuízo para os demais licitantes. (princípio da vinculação ao instrumento convocatório).

"Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos: [...] § 3º É facultada à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, **vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta.**" [Grifou-se]

Perante a Lei, entendemos tratar-se de documentos importantes que necessariamente deveriam ser apresentados, caso contrário não seriam exigidos na licitação. A ausência de algum documento exigido no edital enseja a emanção do ato administrativo de inabilitação do concorrente, tendo respaldo nos artigos 30 e 41 da Lei nº 8.666/93 e princípios da vinculação ao instrumento convocatório, julgamento objetivo, isonomia e indisponibilidade do

interesse público. Se uma licitante não demonstrou, da forma prevista no Edital de convocação, o cumprimento dos requisitos relativos à qualificação técnica, econômico-financeira, fiscal e jurídica de habilitação, não tem direito líquido e certo a ser habilitada no certame. Seguindo sim o atendimento das regras que nortearam todo o procedimento licitatório.

A empresa recorrida não apresentou diversos documentos, como também, apresentou certidão vencida, sendo promovida diligência por parte desta administração, conforme extrai-se do Relatório de Conduta anexo ao sistema e abaixo transcrito:

Observamos então que a Certidão Negativa de Falência apresentada pela arrematante foi emitida no dia 13/07/2021, ou seja, 65 (sessenta e cinco) dias anteriores a data da sessão de disputa do referido Pregão, extrapolando em 05 (cinco) dias o limite de 60 (sessenta) dias exigido em Edital.

(...)

a referida empresa atendeu aos requisitos finalizados no Instrumento Convocatório, tendo apresentado todos os documentos solicitados devidamente válidos, com exceção da declaração expressa do proponente assumindo a obrigação de disponibilizar, no prazo máximo de dez dias consecutivos a partir da data de recebimento da Ordem de Serviço, equipe técnica qualificada, composta de, no mínimo, um representante técnico médico especialista em Medicina de Urgência e Emergência e profissionais, devidamente qualificados, com experiência mínima de 06 (seis) meses em atendimento de urgência e emergência, comprovada em Carteira de Trabalho e Previdência Social e/ou Contrato de Trabalho e/ou Declaração emitida por Instituição Pública e/ou Contrato de Trabalho e/ou Declaração emitida por instituição Pública e/ou privada, que façam parte do quadro permanente do proponente;

(...)

Importante citar que, quando fase de análise técnica, o setor requisitante identificou também a necessidade de realizar diligência buscando identificar o atendimento da condição exigida no subitem 11.3.5 “c”, vez que a Declaração solicitada no referido subitem não fora anexada juntamente com os demais documentos de habilitação. Tendo sido declarado na proposta definitiva anexada após a sessão de disputa, no item 3.3 da Proposta, e de forma incompleta.

Em que pese a possibilidade de promover diligência, cumpre expor que, conforme disposto na norma do artigo 43, §3º da Lei Federal 8.666/93, tal ato não pode gerar a inclusão posterior de documentos que deveriam constar originalmente na proposta.

Notem que ao solicitar os documentos exigidos nos itens 11.3.5 “c” e 11.3.3 “b”, o Pregoeiro extrapolou os limites do seu poder diligenciador, fazendo inserir novos documentos que originalmente deveriam constar na documentação inserida no sistema.

Ao promover tal conduta, infringido o §3º da norma do artigo 43 da Lei 8.666/93, que assim dispõe:

“É facultada à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta”. (grifei)

Tal dispositivo impõe a impossibilidade de alteração dos documentos originalmente apresentados, sendo permitida à Comissão de Licitação tão somente, promover diligências a esclarecer ou complementar a instrução do processo.

Ao requerer o envio de novos documentos que deveriam constar originalmente no sistema, violada a norma susoditas, gerando vício de legalidade no processo licitatório em questão.

Ora, ainda que expresso em Lei, Decreto e no próprio edital de licitação, as regras acima estabelecidas não foram respeitadas pelo julgador do certame. Cabe salientar que o item 17.6 do edital permite ao Pregoeiro realizar diligência, sendo vedada a inclusão de quaisquer documentos que deveriam constar originalmente na proposta.

17.6 – É facultado à Administração, em qualquer fase desta licitação, a promoção de buscas e/ou diligências destinadas a esclarecer e/ou complementar a instrução do processo, **vedada a inclusão de quaisquer documentos que deveriam constar originalmente na proposta.** (grifou-se)

Vale salientar que o Pregoeiro extrapolou tanto os limites de sua atuação. Agiu como se pertencente aos quadros funcionais da licitante, promovendo atos que deveriam ser promovidos por funcionários da empresa.

Antevendo toda e qualquer manifestação contrária, cumpre esclarecer que a inserção de novos documentos jamais poderá ser considerada como diligência, já que não visou o esclarecimento de pontos omissos, tampouco, a complementação da instrução processual, mas sim, em alteração e inclusão de documento posterior que POSSIBILITOU o preenchimento intempestivo das regras estabelecidas em edital, gerando a declaração de vencedor indevida.

O respeito ao princípio da isonomia é garantido ao se reputar a diligência como um dever da Comissão de Licitação/Pregoeiro, porquanto, sabe-se, de antemão, que o tratamento será o mesmo para todo e qualquer licitante, desde que seja cabível a realização das diligências e não se trate de correção de irregularidade essencial, como enfrentando.

Ademais, inobstante a clara violação aos princípios da vinculação ao instrumento convocatório, julgamento objetivo e isonomia, ainda pendente documentação por parte da empresa recorrente, ao passo que, não foi apresentada tempestivamente, tampouco, intempestivamente o seguinte documento:

11.3.6 – Os licitantes que invocarem a condição de Microempresa (ME) ou Empresa de Pequeno Porte (EPP) ou Microempreendedor Individual (MEI) para fins do exercício de quaisquer dos benefícios previstos na Lei Complementar 123/2006 e suas alterações, os seguintes documentos:

a) certidão expedida no presente exercício pelo órgão competente, a saber: Registro de Empresas Mercantis (Junta Comercial) ou Registro Civil de Pessoas Jurídicas (Cartório) ou Certificado da Condição de

Microempreendedor Individual – CCMEI, disponível em <http://www.portaldoempreendedor.gov.br>, conforme o caso, do local onde a pessoa jurídica tenha sido registrada, atestando que a empresa se enquadra na condição de Microempresa (ME) ou Empresa de Pequeno Porte (EPP) ou Microempreendedor Individual (MEI), na forma do art. 3º da Lei Complementar 123/2006 e suas alterações;

O Edital é claro e vincula todos os licitantes. É a lei da licitação no caso concreto, não sendo facultado à Administração usar de discricionariedade para desconsiderar determinada exigência do instrumento convocatório.

O descumprimento das cláusulas constantes no mesmo implica na inabilitação da licitante, pois, do contrário, estar-se-iam afrontando os princípios norteadores da licitação, expressos no art. 3º da Lei nº 8.666/93:

Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a 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.

FILHO: Nesse sentido, ressalte-se lição do administrativista MARÇAL JUSTEN

“Depois de editado o ato convocatório, inicia-se a chamada fase externa da licitação. Os particulares apresentam as suas propostas e documentos, que serão avaliados de acordo com os critérios previstos na Lei e no ato convocatório. Nessa segunda fase, a Administração verificará quem, concretamente, preenche mais satisfatoriamente as condições para ser contratado. Também nessa etapa se exige o tratamento isonômico. Trata-se, então, da isonomia na execução da licitação. Todos os interessados e participantes merecem tratamento equivalente.”

Assim, a empresa CLÍNICA MÉDICA DR MARCO FABIO S/S - ME., ao deixar de apresentar os documentos requeridos em edital, descumpriu a regra estabelecida para todos os participantes.

Como é consabido, aquele que participa da licitação tem o dever jurídico de atentar para todas as suas exigências. Com efeito, aquele que não apresenta os documentos exigidos ou apresenta-os incompletos ou defeituosos descumpra seus deveres e deverá ser inabilitado.

Sobre o tema, assevera JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO:

“A vinculação ao instrumento convocatório é garantia do administrador e dos administrados. Significa que as regras traçadas para o procedimento devem ser fielmente observadas por todos. Se a regra fixada não é respeitada, o procedimento se torna inválido e suscetível de correção na via administração ou judicial. O princípio da vinculação tem extrema importância. Por ele, evita-se a alteração de critérios de julgamento, além de dar a certeza aos interessados do que pretende a Administração. E se evita, finalmente, qualquer brecha que provoque violação à moralidade administrativa, à impessoalidade e à probidade administrativa. (...) Vedado à Administração e aos licitantes é o descumprimento das regras de convocação, deixando de considerar o que nele se exige, como, por exemplo, a dispensa de documento ou a fixação de preço fora dos limites estabelecidos. Em tais hipóteses, deve dar-se a desclassificação do licitante, como, de resto, impõe o art. 48, I, do Estatuto”.

Por fim, e não menos importante, o STJ já se manifestou diversas vezes a respeito do tema (por exemplo: RESP 595079, ROMS 17658). No RESP 1178657, o tribunal decidiu:

ADMINISTRATIVO. PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. PREGÃO. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO EDITAL. REQUISITO DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA NÃO CUMPRIDO. DOCUMENTAÇÃO APRESENTADA DIFERENTE DA EXIGIDA. O Tribunal de origem entendeu de forma escoreta pela ausência de cumprimento do requisito editalício. Sabe-se que o procedimento licitatório é resguardado pelo princípio da vinculação ao edital; esta exigência é expressa no art. 41 da Lei n. 8.666/93. Tal artigo veda à Administração o descumprimento das normas contidas no 5 edital. Sendo assim, se o edital prevê, conforme explicitado no acórdão recorrido (fl. 264), "a cópia autenticada da publicação no Diário Oficial da União do registro do alimento emitido pela Anvisa", este deve ser o documento apresentado para que o concorrente supra o requisito relativo à qualificação técnica. Seguindo tal raciocínio, se a empresa apresenta outra documentação - protocolo de pedido de renovação de registro - que não a requerida, não supre a exigência do edital. Aceitar documentação para suprir determinado requisito, que não foi a solicitada, é privilegiar um concorrente em detrimento de outros, o que feriria o princípio da igualdade entre os licitantes.

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 esta se furtar ao seu cumprimento, estando legalmente vinculada à plena observância do regramento”.

O mesmo TRF1, noutra decisão (AC 200232000009391), registrou:

Conjugando a regra do art. 41 com aquela do art. 4º [Lei nº 8.666/93], pode-se afirmar a estrita vinculação da Administração ao edital, seja quanto a regras de fundo quanto àquelas de procedimento. (...) O descumprimento a qualquer regra do edital deverá ser reprimido, inclusive através dos instrumentos de controle interno da Administração Pública. Nem mesmo o vício do edital justifica a pretensão de ignorar a disciplina por ele veiculada. Se a Administração reputar viciadas ou inadequadas as regras contidas no edital, não lhe é facultado pura e simplesmente ignorá-las ou alterá-las (...)"(Justen Filho, Marçal; Comentários à lei de licitações e contratos administrativos; 8ª ed., São Paulo, Dialética, comentários ao art. 41, pgs. 417/420). A conduta da Administração na condução do pleito foi de estrita observância e vinculação ao edital, sendo o direito prejudicado pertencente a terceiro que não observou as prescrições editalícias, sendo descabida a pretensão de beneficiar-se de sua desídia.

As decisões acima reforçam a mesma posição do TCU, como se constata no sumário do acórdão a seguir transcritos:

Acórdão 4091/2012 - Segunda Câmara REPRESENTAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO PARA REGISTRO DE PREÇO. EXIGÊNCIA DE ATESTADOS DE CAPACIDADE TÉCNICA EM PERCENTUAL MÍNIMO DE 50% PARA TODOS OS ITENS LICITADOS. ILEGALIDADE. ACEITAÇÃO DE ATESTADOS DOS VENCEDORES EM DESACORDO COM O PRÓPRIO EDITAL. MALFERIMENTO DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. APLICAÇÃO DE MULTA 7 AOS RESPONSÁVEIS. DETERMINAÇÕES. PEDIDO DE REEXAME. CONHECIMENTO. NEGATIVA DE PROVIMENTO Acórdão 966/2011 - Primeira Câmara REPRESENTAÇÃO. LICITAÇÃO. POSSÍVEIS IRREGULARIDADES EM PREGÃO ELETRÔNICO. CONSTATAÇÃO DE ALGUMAS FALHAS RELACIONADAS À INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. PROCEDÊNCIA PARCIAL. DETERMINAÇÃO.

Face ao exposto, com base nos princípios da legalidade, isonomia, vinculação ao instrumento convocatório, resta claro que equivocada e ilegal a decisão do Pregoeiro que declarou a empresa CLÍNICA MÉDICA DR MARCO FABIO S/S - ME. vencedora no certame, motivo pelo qual, pede a reforma da decisão e consequente desclassificação da referida empresa.

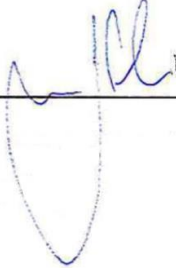
3. DOS PEDIDOS E REQUERIMENTOS.

Por todo o exposto, requer seja a empresa CLÍNICA MÉDICA DR MARCO FABIO S/S - ME., inabilitada no Pregão Eletrônico nº 175/2021, instaurada pelo município de Vitória/ES.

Termo em que,

Pede deferimento.

Brumadinho/MG, 27 de junho de 2021.



João Pedro Laurito Machado
Diretor Administrativo
Grupo LiveMed
Sermeop Serviços Médicos LTDA