EDITAL Nº 006/2017
MODALIDADE: PREGÃO PRESENCIAL

Recurso Administrativo

Objeto: Contratação de empresa para prestação de serviços de transporte escolar e universitário, de alunos da rede pública municipal, dentro da circunscrição e adjacências do município de São Simão, Zona Urbana e Rural, por preço unitário por km rodado, nele incluídos todos os tributos, encargos, despesas indiretas e benefícios abrangendo o fornecimento de veículos convencionais e adaptados, abastecidos de combustível, com toda a manutenção corretiva e preventiva inclusa, motorista habilitados dentro das categorias exigíveis.

I - INFORMAÇÃO

A empresa **JP TRANSPORTE E TURISMO LTDA.**, inscrita no CNPJ sob o nº. 07.236.461/0001-07, apresentou Recurso Administrativo em face das decisões proferidas pela Pregoeira na sessão de credenciamento, julgamento e habilitação, referente ao Pregão Presencial nº. 006/2017.

As empresas SANTOS E ARAUJO TRANSPORTES LTDA. ME; VALDIRENE MARIA DE ARAUJO ALVES; DIVINA APARECIDA ALVES – ME; ANGELITA TRANSPORTES; JOÃO ANTÔNIO MARQUES; FIORETUR TRANSPORTE E TURISMO LTDA. e MENEZESTUR – TRANSPORTE E TURISMO LTDA. apresentam contrarrazões combatendo os argumentos apresentados pela recorrente.

É o breve relato.

II – DO MÉRITO

2.1. Quanto ao Credenciamento das Empresas Santos e Araújo Transportes Ltda. ME, Figueiredo & Silva Ltda. e Gilcelio dos Santos ME

Conforme afirmado pelo recorrente, essas três empresas continham procurações concedendo poderes para os mesmos advogados.

Entendemos que esse fato, por si só, não configura conluio, ou tentativa de fraudar o procedimento licitatório.

Durante todo o procedimento licitatório **essas empresas não tiverem a mesma pessoa (procurador ou qualquer outra pessoa) participando**

isoladamente e em conluio, ou defendendo os direitos de mais de uma empresa.

Não existe ilicitude alguma no certame, porque aos particulares é permitido fazer tudo aquilo que a lei não proíbe. E o que a lei proíbe é a fraude, o conluio, a articulação feita com o propósito de fraudar a licitação. **Mas fraude não se presume.**

A proibição da Lei de Licitações é de que o mesmo concorrente (pessoa física ou jurídica) participe mais de uma vez em uma mesma licitação, isoladamente e em consórcio, ou integrando mais de um consórcio. O dispositivo regulamentar não impede que pessoas jurídicas distintas, ainda que tenham procuradores em comuns participem da mesma licitação.

O que a norma veda – repita-se – é que a mesma pessoa se apresente mais de uma vez na mesma licitação.

E não foi isso que aconteceu no presente caso.

Cada empresa teve uma pessoa diferente credenciada.

Cumpre salientar que **essas três empresas apresentaram toda a documentação exigida no edital e, além disso, apresentaram o menor preço**.

Esta última consideração é extremamente importante. Não se pode aceitar empresas de fachada, constituídas apenas para fraudar licitações, mas, em contrapartida, não se pode afastar empresas sérias, idôneas, realmente existentes, funcionando regularmente, apenas em razão da coincidência de advogados.

Para concluir essa situação apresentamos o entendimento do **Tribunal de Contas da União**, em caso que trata de duas empresas do mesmo grupo econômico, muito mais sério do que o apresentado na presente licitação, onde as empresas tinham os mesmos procuradores:

> "Para alguns, a apresentação de propostas **por duas empresas do mesmo grupo econômico** poderia ensejar a figura delituosa descrita no art. 90 da Lei nº 8.666/93:
> 'Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação.
> Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.'
> Para se saber se a participação de duas empresas do mesmo grupo econômico em uma mesma licitação pode ser havida como ilícita, é

> importante verificar como a melhor doutrina analisa e identifica quais condutas são suscetíveis de aplicação do mencionado dispositivo penal. Duas são as condutas puníveis: frustrar e fraudar, quando incidentes sobre o indispensável caráter competitivo da licitação.
> Frustrar significa enganar, baldar, tornar inútil, no caso, a competitividade da licitação. É conduta comissiva. Há que haver uma ação.
> **O caráter competitivo é a circunstância que torna a escolha do negócio de interesse da Administração Pública dependente de licitação. É a essência mesmo da licitação, já que somente cabe esse procedimento onde mais de um interessado pode atender ao desejado por quem está obrigado, em tese, a licitar. O que se proíbe, então, é frustrar ou fraudar mediante ajuste, combinação ou por qualquer outro meio essa competição, evitando a disputa entre os interessados e abrindo oportunidade para a contratação direta.**
> Como se pode notar, claramente, isso ocorre na conduta objeto deste exame, desde que, conforme foi destacado, as empresas envolvidas sejam reais, verdadeiras, atuantes, e não meras estruturas de fachada, constituídas com o objetivo de fraudar.
> **A fraude e o conluio não se presumem. Devem ser comprovados, pelo menos por meio de um feixe convergente de indícios, entre os quais se destaca a existência meramente formal, não efetiva, de qualquer das empresas licitantes.**
> 6 CONCLUSÃO
> Hoje, diante do texto legal, tal como se encontra redigido há mais de vinte anos, uma mesma empresa não pode apresentar duas propostas, **mas nada impede que empresas distintas, embora vinculadas a um mesmo grupo econômico, apresentem diferentes propostas.**
> **À luz do quanto foi acima exposto, pode-se afirmar, com segurança, que a simples participação, nos mesmos procedimentos licitatórios, de duas empresas cujas ações ou cotas pertencem ao mesmo grupo de pessoas, não configura violação ao sigilo da licitação nem fraude comprometedora da competitividade do certame.**' (Acórdão TC-010.468/2008-8)

Frisa-se, conforme informado pelo próprio recorrente: ***"Aberta a fase de Credenciamento, a Pregoeira recolheu a documentação apresentada pelos Representantes das 15 empresas presentes"***.

Nesse procedimento licitatório tivemos a participação de 15 empresas, com ampla competitividade, respeitando os princípios da **legalidade e economicidade**, dentre outros.

2.2. Da alegação de aceitação de propostas sem comprovação de custos

Nos termos do **Acórdão Consulta nº. 00031/2011 do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado de Goiás** nas licitações na modalidade pregão, o caso, **não se afigura obrigatório que o orçamento em questão integre o edital do certame.**

Conforme já informado ao Recorrente quando da interposição de impugnação ao edital, caso desejasse ter acesso ao preço estimado, deveria comparecer a sede da Prefeitura, na sala da Comissão de Licitação para ter acesso ao procedimento licitatório, onde consta tal orçamento.

A Administração Pública realizou uma ampla pesquisa de preços para avaliar o preço de mercado e com isso chegar ao valor estimado da presente licitação, e mais do que isso, **obter o preço mais vantajoso**.

As propostas apresentadas respeitaram o estabelecido no edital de licitação.

2.3. Quanto a alegação de ausência de habilitação técnica e econômica-financeira

A empresa recorrente afirma que para a presente licitação na modalidade Pregão são necessárias as apresentações de todos os documentos disciplinados nos arts. 28 a 31 da Lei nº. 8.666/93, sendo imprescindível a qualificação técnica dos licitantes.

Esta exigência não é obrigatória, senão vejamos:

Prescreve **o inciso XIII do artigo 4º da Lei nº 10.520/02** que:

> "**a habilitação far-se-á com a verificação de que o licitante está em situação regular perante a Fazenda Nacional, a Seguridade Social e o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, e as Fazendas Estaduais e Municipais**, quando for o caso, com a comprovação de que **atende às exigências do edital quanto à** habilitação jurídica e **qualificações técnica** e econômico-financeira".

Assim, é de lavra de **Joel de Menezes Niebuhr** em sua obra Pregão Presencial e Eletrônico, Ed. Zênite, 4ª edição, pág. 130, os seguintes ensinamentos:

> "Portanto, **cumpre deixar muito claro que a sistemática de habilitação na modalidade pregão não é a mesma das demais modalidades regidas pela Lei nº 8.666/93. No pregão, a sistemática de habilitação é menos formalista, é para ser simples, conferindo-se competência aos agentes administrativos para avaliarem com discricionariedade quais os documentos que devem ser exigidos**; quais os documentos efetivamente são relevantes e importantes para a configuração, **sobremodo, da** habilitação jurídica, **qualificação técnica** e econômico- financeira daqueles que postulam contratar com a Administração Pública."

No mesmo sentido **Marçal Justen Filho** leciona:

> "**O elenco dos arts. 28 a 31 deve ser reputado como máximo e não como mínimo**. Ou seja, **não há imposição legislativa a que a Administração, em cada licitação, exija comprovação integral quanto a cada um dos itens contemplados nos referidos dispositivos**. O edital não poderá exigir mais do que ali previsto, **mas poderá demandar menos.**
> **Essa interpretação foi adotada pelo próprio STJ**, ainda que examinando a questão específica da qualificação econômica. **Determinou-se que "não existe obrigação legal a exigir que os concorrentes esgotem todos os incisos do art. 31, da Lei 8.666/93"** (REsp nº 402.711/SP, rel. Min. José Delgado, j. em 11.06.2002). Os fundamentos que conduziram à interpretação preconizada para o art. 31 são extensíveis aos demais dispositivos disciplinadores dos requisitos de habilitação." (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos,14ª ed., pg. 401)

Nota-se que o Município exigiu no item VIII, "1.4" do Edital:

> **"1.4 – QUALIFICAÇÃO ECONOMICO-FINANCEIRA**
> a) Certidão de Falência ou Concordata, expedida pelo Cartório Distribuidor da sede da pessoa jurídica, com data não superior a 60 dias corridos da emissão."

Portanto, ao que tudo indica o recorrente quer se sagrar vencedor a todo custo, pois afirma que não foi exigida qualificação econômico-financeira, quando na verdade foi exigido.

No que pertine a qualificação técnica, entendeu a Administração, em razão de sua discricionariedade e por se tratar a licitação na modalidade pregão, onde o objeto é um SERVIÇO COMUM, não exigir tal qualificação, em consonância com **o inciso XIII do artigo 4º da Lei nº 10.520/02.**

Assim sendo, conforme a lei de regência do pregão, a autoridade competente não está obrigada a exigir no edital todos os documentos listados nos artigos 28, 30 e 31 da Lei nº 8.666/93. Pode a administração exigir todos os documentos elencados, parte deles ou acrescentar os que considerar necessários.

"Ad Argumentandum", numa análise exclusivamente positivista, **decai o direito à impugnação do edital, independentemente do vício existente, caso inerte o interessado até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes.**

Neste quadro normativo, o **Superior Tribunal de Justiça** vem assim decidindo:

> Ementa: ADMINISTRATIVO - LICITAÇÃO DO TIPO MENOR PREÇO - IMPUGNAÇÃO DO EDITAL - DECADÊNCIA - COMPATIBILIDADE COM A EXIGÊNCIA DE PREÇOS UNITÁRIOS E COM O VALOR GLOBAL. 1. **A partir da publicação do edital de licitação, nasce o direito de impugná-lo, direito que se esvai com a aceitação das regras do certame, consumando-se a decadência** (divergência na Corte, com aceitação da tese da decadência pela 2ª Turma - ROMS 10.847/MA). 2. A licitação da modalidade menor preço compatibiliza-se com a exigência de preços unitários em sintonia com o valor global – arts. 40, 44, 45 e 48 da Lei 8.666/93. 3. Previsão legal de segurança para a Administração quanto à especificação dos preços unitários, que devem ser exeqüíveis com os valores de mercado, tendo como limite o valor global. 4. Recurso improvido. (Processo RMS 15051 / RS RECURSO ORDINARIO EM MANDADO DE SEGURANÇA 2002/0075521-5 - Relator(a) Ministra ELIANA CALMON (1114) Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA Data do Julgamento 01/10/2002 Data da Publicação/Fonte DJ 18.11.2002 p. 166 LEXSTJ vol. 159 p. 50).

> "ROMS. LICITAÇÃO. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. DESCLASSIFICAÇÃO. NÃO OBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO EDITAL PELA EMPRESA RECORRENTE. DECISÃO ADMINISTRATIVA PROFERIDA SOB O CRIVO DA LEGALIDADE. I - **O edital é elemento fundamental do procedimento licitatório. Ele é que fixa as condições de realização da licitação, determina o seu objeto, discrimina as garantias e os deveres de ambas as partes, regulando todo o certame público. II - Se o Recorrente, ciente das normas editalícias, não apresentou em época oportuna qualquer impugnação, ao deixar de atendê-las incorreu no risco e na possibilidade de sua desclassificação, como de fato aconteceu**." III - Recurso desprovido." (STJ – RMS 10847/MA – Rel. Min. Laurita Vaz – SEGUNDA TURMA – Jul. 27.11.02 – Pub. 18.02.02, p. 279).

Como se vê, a Jurisprudência é incisiva ao dispor que o licitante que deixa de impugnar/questionar o Edital não pode reabrir discussão sobre interpretação/extensão de cláusula do ato convocatório quando da prolação de decisão na fase de habilitação.

Neste sentido é a lição de **Marçal Justen Filho**:

> "Também de modo inerente a todo procedimento, aplica-se o princípio da preclusão, instituto desenvolvido no campo processual. **A preclusão funciona como um impedimento ao retorno do procedimento a estágio anterior. É vedado questionar, nas fases subsequentes, aquilo que foi objeto de decisão em fase anterior**." (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, pg. 74).

Desta forma, ao não apresentar a Impugnação ao edital os licitantes aceitaram as regras do certame, consumando a decadência, devendo, então, participar do certame com estrita observância do quanto fixado no ato convocatório o qual, em última análise, se caracteriza pela lei interna da licitação.

III - DECIDO

Conhecer do recurso, mas negar-lhe provimento, em razão dos fundamentos acima expostos.

São Simão, 18 de abril de 2017.

WILBER FLORIANO FERREIRA
Prefeito Municipal