



Prefeitura Municipal de Birigui

CNPJ 46.151.718/0001-80

MANIFESTAÇÃO AO RECURSO

PREGÃO PRESENCIAL Nº 004/2022

De Acordo:



Leandro Maffei Milani
Prefeito Municipal

REFERÊNCIA: PREGÃO PRESENCIAL Nº 004/2022 – EDITAL Nº 067/2022

OBJETO: REGISTRO DE PREÇOS OBJETIVANDO A AQUISIÇÃO DE GÊNEROS ALIMENTÍCIOS TIPO GRÃOS, FARINÁCEOS E OUTROS, DESTINADOS À DIRETORIA DE PRODUÇÃO E DISTRIBUIÇÃO DE MERENDA ESCOLAR (DPDME) – SECRETARIA MUNICIPAL DE EDUCAÇÃO, PELO PERÍODO DE 12 (DOZE) MESES, CONFORME ESPECIFICAÇÕES DO ANEXO I.

I – PRELIMINARMENTE

Trata-se de recurso administrativo interposto pela empresa **LACTOSOJA SERVIÇOS E COMÉRCIO DE ALIMENTOS EIRELI LTDA – EPP (CNPJ Nº 24.753.787/0001-20)**, estabelecida na Rua Domingos João Guzzo, 80, cidade de Barra Bonita, Estado de São Paulo, doravante denominada **RECORRENTE**, contra o credenciamento e participação da empresa **MASTER FOOD RIO PRETO LTDA (CNPJ Nº 22.448.098/0001-87)**, estabelecida na Rua Vitório Gasparo nº 131, Bairro Mini Distrito Industrial Adail Vetorasso, na cidade de São José do Rio Preto, Estado de São Paulo, e da empresa **COMERCIAL MANTOVAN LTDA – ME (CNPJ Nº 37.296.224/0001-00)**, estabelecida na Rua Josina Teixeira de Carvalho nº 471, Bairro Anchieta, na cidade de São José do Rio Preto, Estado de São Paulo, denominadas **RECORRIDAS**.

II – DAS FORMALIDADES LEGAIS

Registra-se que foram cientificados os demais licitantes da existência e trâmite do recurso administrativo, não havendo o protocolo de memorial de contrarrazões. **Salienta-se que a peça recursal foi enviada via e-mail no último dia do prazo para recurso, após o encerramento de expediente do órgão (05/05/2022 às 19h45min), somente sendo tramitado no dia seguinte quando iniciado o expediente.**





Ainda que encaminhado nas condições acima descritas, o mesmo será apreciado por se tratar de fato de alta relevância para este processo licitatório.

III – SÍNTESE DAS RAZÕES DO RECURSO E CONTRARRAZÕES

A empresa **LACTOSOJA SERVIÇOS E COMÉRCIO DE ALIMENTOS EIRELI LTDA – EPP** vem através de seus respectivos memoriais apresentar recurso administrativo quanto ao credenciamento e participação das empresas **MASTER FOOD RIO PRETO LTDA e COMERCIAL MANTOVAN LTDA – ME**, por se tratar de empresas com mesmo quadro societário.

Em seus argumentos, a recorrente informa que ambas as recorridas possuem o mesmo sócio em comum, e em suas próprias palavras, [...] furtando-se das regras e princípios constitucionais, em total desacordo com as cláusulas e condições do referido edital e de acordo com a **LEI COMPLEMENTAR Nº 123, DE 14 DE DEZEMBRO DE 2006**, no seu artigo 3º, mencionado no **subitem 2.1.1.** do edital, se beneficiando com os benefícios destinados as micro ou empresas de pequeno porte nas licitações públicas, o sócio-proprietário das empresas **Recorridas**, claramente furtou-se de observar a Lei, com o intuito de receber benefícios aos quais não tem direito na participação dos certames públicos ou licitações usufruindo dos benefícios com micro ou empresa de pequeno porte, por ser único dono das empresas **Recorridas** [...]

Alega que a aceitação das empresas recorridas em prosseguir no certame por si só fere os princípios da moralidade administrativa, trazendo alguns exemplos de decisões semelhantes, não iguais, ao tema em pauta.

Conforme transcrição da peça recursal, em sua página 06, a **RECORRENTE** alega: “As empresas Recorridas apresentam fatos indiscutíveis do conluio e combinação de propostas no certame para burlar a lei e adquirir benefícios indevidamente no certame, podendo ser verificado pela formatação e modelo de todos os documentos em comum, bem como a proposta de preços assinados exclusivamente pelo único sócio-proprietário o senhor **ANDRÉ LUIZ MANTOVAN**, inclusive os dados para assinatura do contrato da Ata de Registro de Preços.”

Conclui que uma das recorridas furtou-se do Art. 3º da lei Complementar 123/2006, para beneficiar a outra do mesmo grupo econômico.

Por fim, requer que as empresas recorridas sejam desqualificadas no seu credenciamento, retiradas as propostas, inabilitadas do processo, responsabilizadas e punidas com a devida sanção perante a Prefeitura de Birigui.

As empresas recorridas foram cientificadas da existência do recurso, não apresentando contrarrazões.

Registra-se que para o correto processamento do presente julgamento, foi efetuada diligência



Prefeitura Municipal de Birigui

CNPJ 46.151.718/0001-80

junto às empresas recorridas, para que declarassem a receita bruta de ambas no último exercício financeiro, sendo apresentada por ambas.

Fato análogo também ocorreu no Pregão Eletrônico nº 07/2022 desta municipalidade, cujo recurso foi **IMPROVIDO**.

É o relatório.

IV – DO MÉRITO

O recurso será conhecido e julgado, cujas razões recursais **não serão acolhidas**, pelos motivos a seguir expostos:

Inicialmente, cumpre-nos esclarecer que a presente licitação foi elaborada e processada considerando sempre em suas etapas o disposto no Art. 3º da Lei Federal nº 8.666/93:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável 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.

No decorrer da sessão pública, verificou-se no credenciamento que as empresas **MASTER FOOD RIO PRETO LTDA** e **COMERCIAL MANTOVAN LTDA – ME** possuem em seu quadro societário o Sr. André Luiz Mantovan.

No momento do credenciamento, o Pregoeiro, utilizando-se de suas prerrogativas, procedeu com consulta à Secretaria de Negócios Jurídicos quanto a participação das recorridas, a qual manifestou-se da seguinte forma: “Proceda-se da mesma maneira como foi solucionada a dúvida no PE nº 07/2022, de modo que as empresas que possuem o mesmo sócio-administrador no seu quadro societário não concorram entre si.”

Questionados quanto a participação de ambas, os respectivos representantes informaram que as empresas não estavam concorrendo entre si, **fato este confirmado quando abertos os envelopes de propostas das empresas.**

A empresa **MASTER FOOD RIO PRETO LTDA** apresentou proposta para concorrer nos itens nº 12 e 18, enquanto a empresa **COMERCIAL MANTOVAN LTDA – ME** apresentou propostas para os itens nº 01, 02, 03, 04, 05, 06, 07, 13, 14, 15, 16, 17 e 19, ou seja, propostas diversas.

Em relação à participação de empresas com mesmo sócio, o Edital não traz informações sobre a vedação de tal participação, uma vez que não há base legal para tal impedimento.



Prefeitura Municipal de Birigui

CNPJ 46.151.718/0001-80

O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo já manifestou-se contrariamente, por diversas ocasiões, quanto à previsão editalícia de tal vedação, face a ausência de amparo legal, como exemplo, o TC 0024766.989.20-6, o qual transcrevemos parte da decisão abaixo:

Abordo, ainda para reconhecer a procedência, a questão da vedação ao acesso de empresas distintas que guardem relação de parentesco entre os sócios ou que, embora vinculadas a um mesmo grupo econômico, apresentem propostas diversas.

O Estatuto das Licitações, ao disciplinar as situações em que eventual interessado se encontra impedido de licitar, não fez tal proposição, limitando-se a especificar algumas situações, como a de pessoas que criaram o projeto, ou tenham vínculo técnico ou comercial com este, dentre outros elencados no artigo 9º4.

Abro parênteses para consignar que tais relações, não obstante não caracterizem, por si só, a ocorrência de fraude, constituem condição que pode e deve ser levada em consideração sempre que houver indícios consistentes de conluio.

Passamos agora a analisar o disposto no Art. 3º da Lei Complementar nº 123/2006, especificamente o disposto no §4º e seus incisos:

§ 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



Prefeitura Municipal de Birigui

CNPJ 46.151.718/0001-80

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.

XI - cujos titulares ou sócios guardem, cumulativamente, com o contratante do serviço, relação de pessoalidade, subordinação e habitualidade. **(GRIFOS NOSSOS)**

Verifica-se que em seus incisos IV e V, o benefício do tratamento jurídico diferenciado não poderá ser aplicado em caso de sócios de outros quadros societários, **desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo.** Conforme disposição, o valor limite é de até R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais).

A doutrina jurídica (JUSTEN FILHO, Marçal. O Estatuto da Microempresa e as licitações públicas. 2. ed. rev. e atual., São Paulo: Dialética, 2007, p. 57) explica do dispositivo da seguinte forma:

“A razão de ser da vedação consiste na tentativa de evitar que, ultrapassado o limite para a receita bruta (o que conduziria à desqualificação da entidade para receber benefícios), o interessado promova a dissociação das atividades entre diversos sujeitos. Observe-se que a primeira parte do dispositivo deve ser interpretada em vista da finalidade buscada. Logo, não basta que o sócio pessoa física desempenhe atividade empresarial. O que se busca é evitar que a sociedade, cujo sócio pessoa física é qualificado como beneficiário do regime de pequena empresa, também faça jus a benefícios equivalentes (quando a receita bruta somada superar o limite).

A situação prevista no inc. IV é muito similar. Prevê-se a desqualificação para o benefício quando o titular ou sócio participar com mais de 10% do capital de outra empresa não beneficiada pelo regi me da LC n° 123, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite. Embora similar, a hipótese é inconfundível com aquela prevista no inc. IV. A similitude reside no somatório da receita bruta do empreendimento com a receita bruta auferida por outra sociedade. Insista-se que, nesses casos, **o problema não é a participação do sócio em mais de uma sociedade, mas a circunstância de que as receitas brutas delas somadas ultrapassam o limite legal.**”

Para esta análise, foi realizada diligência junto às duas empresas recorridas, para que declarassem os valores de suas receitas brutas no último exercício, bem como apresentação de documentos comprobatórios. As recorridas assim o fizeram. O valor obtido entre a soma dos dois documentos apresentados apresentam o montante de R\$ 4.699.774,64 (quatro milhões, seiscentos e noventa e nove mil, setecentos e setenta e quatro reais e sessenta e quatro centavos), ou seja, ainda dentro das hipóteses previstas na referida Lei Complementar.



Prefeitura Municipal de Birigui

CNPJ 46.151.718/0001-80

O Ministério Público do Estado de São Paulo, através de sua publicação “Temas de Patrimônio Público Vol. I - Fraudes em Licitações e Contratos”, nos traz o seguinte raciocínio:

Questão a ser analisada é a possibilidade de participação de empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico. Inicialmente importa observar que inexistente vedação legal à participação de empresas pertencentes a um mesmo grupo econômico em procedimento licitatório. O que há nessa seara é a vedação da participação de empresas consorciadas (art. 33, Lei nº 8.666/93), que não se confundem com empresas de um mesmo grupo econômico. Assim, não podem ser impedidas de participar individualmente em licitação empresas pertencentes a um mesmo grupo econômico, quando presentes elementos comprobatórios de sua plena qualificação pessoal (personalidade jurídica, capacidade técnica e idoneidade financeira próprias), ausente prova de fraude ou conluio para frustrar o caráter competitivo do certame.

O que deve ser observado é como atua cada uma das empresas, ou seja, se cada uma tem, ou não, existência real e vida independente, não se podendo presumir a ocorrência de fraude apenas por força da coincidência da titularidade do controle societário[...]

(Disponível

em:

http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Cartilha_Eletronica/fraudesLicitacoes/FraudesLicitacoes.html. Acesso em 18/05/2022).

Outra hipótese levantada nessa mesma publicação é a fraude em casos de empresas coligadas, sendo apenas uma delas microempresa:

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.

(Disponível

em:

http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Cartilha_Eletronica/fraudesLicitacoes/FraudesLicitacoes.html. Acesso em 18/05/2022).



Prefeitura Municipal de Birigui

CNPJ 46.151.718/0001-80

No caso concreto, não verifica-se que houve tentativa de burlar a competitividade deste certame, uma vez que as empresas recorridas **não concorreram entre si**, diferentemente do caso exposto no Acórdão 2978/2013 – Plenário (TCU), ocasião em que ali as empresas envolvidas concorreram nos mesmos itens, utilizando-se ainda dos benefícios da Lei Complementar 123/2006 para os critérios de desempate, os quais prejudicaram os demais concorrentes. Tal situação inexistente na presente licitação.

Assim, considerando que ambas as empresas não concorreram para os mesmos itens, não verifica-se a existência de indícios de que tenha havido tentativa de conluio, burla ou fraude ao certame, bem como atos que viessem a comprometer, restringir ou frustrar o caráter competitivo deste. Não há como o Pregoeiro presumir de que tenha havido tais práticas contra a Administração, e consequentemente afastar a participação das empresas recorridas, uma vez observado o tratamento isonômico entre todos os participantes, bem como a competitividade do certame.

V – DA DECISÃO

Diante os fatos apresentados, decide-se pelo **CONHECIMENTO** do recurso administrativo apresentado pela empresa **LACTOSOJA SERVIÇOS E COMÉRCIO DE ALIMENTOS EIRELI LTDA – EPP**, e no mérito, pelo seu **IMPROVIMENTO**, mantendo-se inalterado o resultado proferido na sessão pública realizada em 25/04/2022.

Submete-se o presente expediente à Autoridade Superior, o Exmo. Sr. Prefeito Municipal, para concordância, e após remeta-se à Divisão de Compras, Licitações e Gestão de Contratos para publicação do resultado na Imprensa Oficial, Diário Oficial do Município e Jornal Local.

Birigui, ao dezoito dias do mês de maio de dois mil e vinte e dois.

Ênio Nicolau Linares Garcia
Pregoeiro Oficial