GESTÃO EM SAÚDE

**ILUSTRÍSSIMA SENHORA PREGOEIRA DO MUNICÍPIO DE VÁRZEA GRANDE/MT**

**REFERÊNCIA: PE 33/2021**
**ASSUNTO: RAZÕES DE RECURSO**

**MRM65 SERVICOS DE APOIO A GESTAO DE SAUDE LTDA,** inscrita no CNPJ sob nº. 19.209.889/0001-40, estabelecida à Avenida da Saudade, nº. 910, Sala Coworking, Cidade Universitária, Presidente Prudente/SP, CEP 19.050-310, fillal sob nº 1, inscrita no CNPJ 19.209.889/0002-20, Junta Comercial do Estado de Mato Grosso do Sul sob o NIRE 54920047283, com endereço comercial à filial à Avenida Pantanal, nº 42 A, Centro, na cidade de Naviraí/MS, CEP 79950-000; filial sob nº 2, inscrita no CNPJ 19 209.889/0003-01, Junta Comercial do Estado de Goiás sob o NIRE 52901616403, com endereço comercial à filial à Rua X 16, SN, Sala 39, Quadra 212. Lote 2, Sitios Santa Luzia, na cidade de Aparecida de Goiania/GO, CEP 74922-800; filial sob nº 3, inscrita no CNPJ 19.209.889/0004-92, Junta Comercial do Estado de Mato Grosso sob o NIRE 51920019597, com endereço comercial à Avenida Jose Monteiro de Figueiredo, 500, SL 224 BL 01, duque de caxias, Cuiabá - MT, CEP 78043-900, neste ato representada pela sócia administradora Maria Regina de Mendonça, com fundamento no item 11.5 do Edital, apresentar

## RAZÕES DE RECURSO

em face da decisão que, equivocadamente, HABILITOU E DECLAROU VENCEDORA a Empresa **INEMAT – INSTITUTO NEFROLÓGICO DE MATO GROSSO** – CNPJ 73.814.550/0001-18, em franca violação a diversos a regras do edital e a diversos princípios constitucionais e legais que regem as licitações, o que faz declinando os motivos de seu inconformismo pelas razões de fato e de direito a seguir expostas.

**I – DA TEMPESTIVIDADE:**

O presente recurso é tempestivo na medida em que a intenção de sua interposição foi manifestada e registrada em Ata, no dia 25/10/2021, sendo de 3 (três) dias o prazo para registrar as razões do recurso. Desse modo, tem-se como TERMO FINAL para sua interposição o dia 28/10/2021, sendo, portanto, tempestivo.

**II – DO MÉRITO:**

**DA INOBSERVÂNCIA DO DIREITO DE PREFERÊNCIA À RECORRENTE PREVISTO NA LC 123/2006. EMPATE FICTO. DO *ERROR IN PROCEDENDO*.**

Em primeiro lugar, cumpre ressaltar que a LC 123/2006 preceitua que as ME/EPP terão direito de preferência nas contratações públicas. Nesse sentido, o tratamento diferenciado e favorecido em relação ao direito de preferência ocorre mediante peculiar caracterização de situação de empate nas disputas licitatórias, estabelecendo critério específico de desempate em prestígio das empresas enquadradas.

Pela regra, em caso de empate na competição, será assegurada a preferência para a contratação das ME/EPP, sendo que a lei cria uma ficção jurídica por meio da figura do "empate ficto", caracterizado como a situação de fato na qual as propostas de preço da ME/EPP, no caso do pregão (presencial ou eletrônico) sejam iguais ou até 5% superiores à proposta mais bem classificada, nos termos do art. 44, § 2º, da LC 123/2006.

O Edital, muito bem alinhado aos benefícios previstos na LC 123/2006, determinou o procedimento a ser observado quando da verificação do empate ficto, senão vejamos:

> **8.15. DO BENEFÍCIO ÀS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE**
> **8.15.1.** Após a fase de lances, se a proposta mais bem classificada não tiver sido apresentada por microempresa ou empresa de pequeno porte, e houver propostas de microempresas e empresas de pequeno porte que se encontrarem na faixa de até 5% (cinco por cento) acima da melhor proposta ou melhor lance serão consideradas empatadas com a primeira colocada (art. 44, §2º da Lei Complementar 123/2006).

> **8.15.2.** A melhor classificada nos termos do item anterior terá o direito de encaminhar uma última oferta para desempate, obrigatoriamente em valor inferior ao da primeira colocada, no prazo de 5 (cinco) minutos controlados pelo sistema, contados após a comunicação automática para tanto.

Ocorre que tal benefício não foi obedecido pela administração pública na condução do procedimento, senão vejamos:

Após a etapa de lances, a classificação das empresas restou assim delineada:

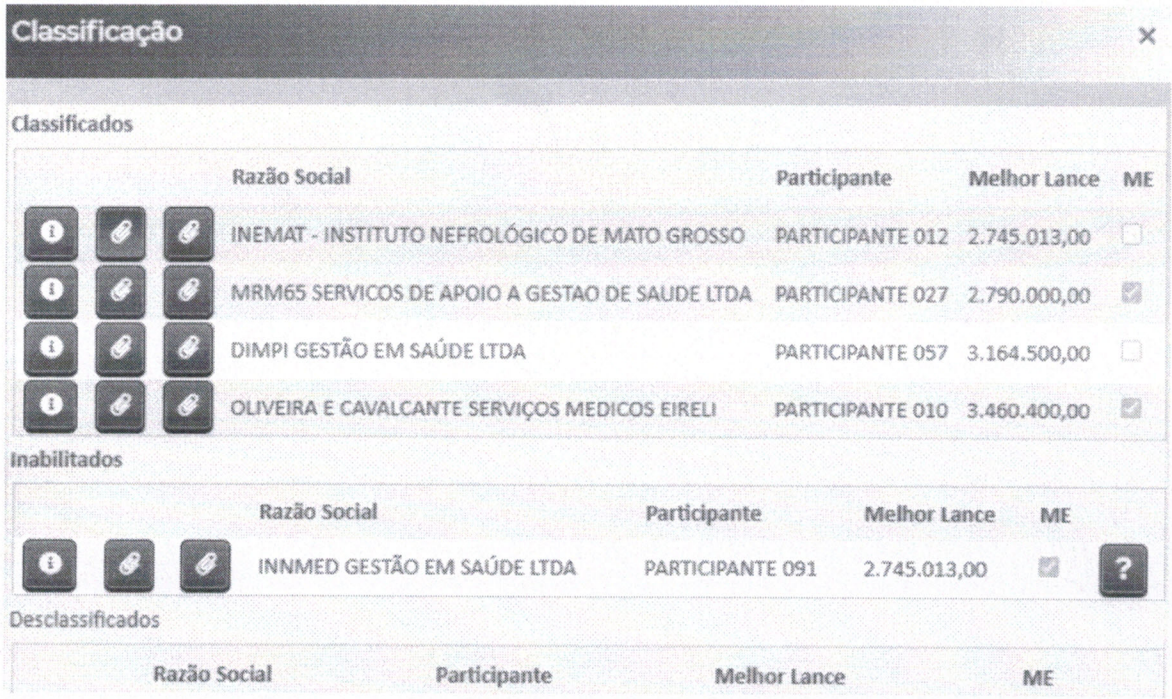
| CLASSIFICAÇÃO | EMPRESA | PORTE | VALOR |
|---|---|---|---|
| 1º | INNMED GESTÃO EM SAÚDE LTDA | EPP* | R$ 2.745.013,00 |
| 2º | INEMAT - INSTITUTO NEFROLÓGICO DE MATO GROSSO | Outras | R$ 2.745.013,00 |
| 3º | MRM65 SERVICOS DE APOIO A GESTAO DE SAUDE LTDA | EPP | R$ 2.790.000,00 |
| 4º | DIMPI GESTÃO EM SAÚDE LTDA | Outras | R$ 3.164.500,00 |
| 5º | OLIVEIRA E CAVALCANTE SERVIÇOS MEDICOS EIRELI | EPP | R$ 3.460.400,00 |

Diante da classificação e dos preços apresentados, verifica-se que a empresa MRM65, enquadrada como EPP, apresentou proposta dentro da faixa de 5% da melhor proposta e teria o direito de ser convocada para exercer a preferência, **caso** a INNMED não tivesse utilizado o benefício ilegalmente e se colocado em posição de vantagem em relação à Recorrente que possui o inquestionável direito ao benefício.

No decorrer do processo, conforme consignado no âmbito do processo, a empresa INNMED GESTÃO EM SAÚDE LTDA, conforme publicação datada de 13/10/2021, "participou como EPP, usou o benefício da Lei complementar, porém a mesma desenquadrou como EPP." Por esse motivo, qual seja, a utilização do benefício indevida e ilegalmente, prejudicando diretamente essa Recorrente que estava no intervalo de 5%, tal licitante foi INABILITADA.

Ocorre que, inabilitada a licitante classificada em 1º lugar, no presente caso a INNMED, a administração procede à nova classificação, pela qual a

licitante anteriormente classificada em 2º lugar passa a ocupar a 1ª posição, situação verificada no próprio sistema, senão vejamos:




Nesse momento, após realizar a nova classificação, cabe ao Pregoeiro, em cumprimento ao disposto no art. 44, § 2º c/c art. 45, I, ambos da LC 123/2006, DEVE reavaliar a situação jurídica de todas as licitantes ME/EPP, em vista da possibilidade de a nova classificação ter produzido novas posições de empate ficto, exatamente, como se observa no presente caso.

Para tanto, para que não pairem dúvidas sobre o procedimento estabelecido legalmente, necessária a transcrição dos dispositivos supra citados, que demonstram que o legislador ordinário pretendeu, seguindo os ditames da Constituição Federal de 1988 (art. 170, IX), conferir um tratamento "favorecido", deixando firme que a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada poderá apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame, *ipsis litteris*:

> Art. 44. Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.
> [...]
> § 2º Na modalidade de pregão, o intervalo percentual estabelecido no § 1º deste artigo **será de até 5%** (cinco por cento) superior ao **melhor preço**.

> Art. 45. Para efeito do disposto no art. 44 desta Lei Complementar, **ocorrendo o empate**, proceder-se-á da seguinte forma:
> I - a microempresa ou **empresa de pequeno porte** mais bem classificada **poderá apresentar proposta de preço inferior** àquela **considerada vencedora do certame**, situação em que será adjudicado em seu favor o objeto licitado. (grifo nosso)

Muito pertinente o ensinamento do professor Ronny Charles em situação semelhante apresentada em seu livro, a que pedimos vênia para transcrever:

> Diante da situação em que o primeiro classificado não é ME/EPP e seu valor reduzido impede o exercício do direito de desempate ficto, pela existência de uma diferença superior ao percentual de 5% estabelecido pela LC 123/06, sua desclassificação ou a não assinatura do contrato permitem novo cálculo do percentual para aplicação do desempate ficto?
>
> Exemplificamos: num determinado certame, entre as três melhores classificadas, estavam duas empresas grandes ('empresa A' e 'empresa B') e uma EPP (empresa C), ficando esta última na terceira colocação. Os valores dos lances finais das três empresas foram, respectivamente: R$ 100.000,00, R$ 140.000,00 e R$ 142.000,00.
>
> Obviamente que, ao final dos lances, a EPP não teria condições de exercer o direito de desempate ficto em relação à primeira colocada, pela diferença superior ao percentual de 5%; contudo, tendo a 'empresa A' se furtado à assinatura do contrato ou sido desclassificada, a diferença (inferior a 5%) entre os lances finais da 'empresa B' e a 'empresa C' admitem o exercício, pela EPP, do direito ao desempate ficto, em relação à 'empresa B'?
>
> **Entendemos que sim. Uma vez desclassificada a 'empresa A na sequência das propostas se identificará uma situação de empate ficto, conforme estabelecido pela LC 123/06.** (CHARLES, Ronny. Leis de licitações públicas comentadas. 5a ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 796.)

Diante do exemplo colacionado, tem-se que a empresa classificada em 1º lugar, apesar de ter apresentado lance mais baixo que as demais licitantes, não foi considerada vencedora do certame, em razão de ter sido "inabilitada" ou "desclassificada". Logo, seu lance não pode servir de parâmetro ao empate ficto na forma da lei, assim como as propostas subsequentes que também foram desclassificadas, por não ser considerado o vencedor do certame.

Entender no sentido de que a proposta inicialmente classificada em primeiro lugar, mesmo que posteriormente desclassificada ou inabilitada, possa conduzir e servir como parâmetro para o certame, seria adotar linha interpretativa contrária aos mandamentos de otimização da CF/88 e das normas infraconstitucionais, porquanto sempre que empresas conquistassem o primeiro lugar em pregões eletrônicos mediante a apresentação de preços impraticáveis e depois fossem desclassificadas ou inabilitadas ou desistissem do certame, a preferência às ME/EPP restaria inviabilizada, subvertendo a finalidade da norma.

Nesse sentido, imperioso colacionar o entendimento empreendido em diversos Tribunais, *in verbis*:

> [...] A) Ocorrendo o empate ficto nos termos dos arts. 44 e 45 da LC 123/06 (proposta apresentada até 5% superior à melhor oferta), é direito subjetivo da microempresa apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora e assim, ter adjudicado em seu favor o objeto licitado. **B) A verificação da ocorrência de empate ficto deve considerar as propostas "regulares", isto é, de licitantes que podem, efetivamente, ter o objeto do contrato adjudicado para si**, conhecíveis, portanto, somente após o julgamento dos recursos eventualmente interpostos contra seus credenciamentos ou habilitações. c) A exclusão definitiva de 7 das 9 licitantes por força de acolhimento de recurso implica na desconsideração, para quaisquer fins, dos lances por elas ofertados, não havendo que se falar em preclusão da fase de lances verbais para superação de empate ficto só porque, antes da exclusão dos "irregulares", não se configurara tal hipótese.2) AGRAVO A QUE SE DÁ PROVIMENTO. (TJPR - 5ª C.Cível - AI - 1210982-5 - Cerro Azul - Rel.: Leonel Cunha - Unânime - - J. 21.10.2014)

> [...] 9. A decisão agravada partiu da premissa de que, mesmo desclassificada a empresa, aquela melhor proposta deveria ser adotada como parâmetro para efeito de identificação de eventual ocorrência de empate ficto futuro,

valendo-se do raciocínio, segundo o qual, ao se distanciar cada vez mais da melhor oferta, mesmo que eliminada do certame, o pregoeiro estaria violando os princípios da igualdade e da melhor proposta para a Administração.
10. É notável a preocupação e a prudência da magistrada de primeiro grau em defesa de princípios elementares do processo licitatório, porém, com todo respeito, o que se deve ter em foco é a escolha da melhor proposta válida, pois o preço apenas constitui um componente desta.
**11. Portanto, os quatro milhões oferecidos, embora tenham refletido o melhor preço provisório, a empresa proponente foi desclassificada, e, nessa condição, aquele valor não pode ser computado para nenhum efeito, nem mesmo para fins de parâmetro da ocorrência de empate ficto.**
12. Provimento do agravo de instrumento.

Assim sendo, com a inabilitação da INNMED, a empresa INEMAT, que não está enquadrada como ME/EPP, passou à classificação de 1ª colocada com o **melhor preço** R$ 2.745.013,00 (dois milhões, setecentos e quarenta e cinco mil e treze reais), seguida pela empresa MRM65, enquadrada como EPP, com o valor de R$ 2.790.000,00 (dois milhões, setecentos e noventa mil reais), ou seja, DENTRO da **faixa de 5%** considerada legalmente como **EMPATE FICTO**.

Ora, após a nova classificação, verifica-se o *error in procedendo* na condução do certame em não convocar a empresa MRM65, ora Recorrente, para exercer o seu direito de preferência e apresentar proposta inferior à melhor classificada e considerada vencedora do certame, no caso, a da empresa INEMAT.

Ressalte-se que o direito de preferência e a convocação da ME/EPP decorre de uma **imposição legal** que não pode ser afastada pela administração no decorrer da licitação, sob a justificativa de que o sistema somente faz a verificação automática após a etapa de lances. Ora, se o sistema não está adequado à legislação suplantando um direito legalmente previsto, a administração deve fazer as verificações de "forma manual" em garantia da ME/EPP.

Apenas a título de exemplo, o sistema "COMPRAS.GOV.BR" (antigo comprasnet federal), sempre que 1ª colocada for desclassificada ou inabilitada, gerando uma nova ordem de classificação, há imperiosa NOVA VERIFICAÇÃO PELO SISTEMA da eventual ocorrência do empate ficto, nos exatos termos dos arts. 44 e 45, da LC 123/2006, de forma a garantir o direito de preferência.

Desse modo, em conclusão, tem-se que deve-se tomar como

GESTÃO EM SAÚDE

parâmetro de aferição da ocorrência ou não de empate ficto garantido às ME/EPP, a proposta que for declarada vencedora, esta caracterizada somente após a fase de lances e habilitação ou após o interregno recursal, e não àquela inicial e provisoriamente mais bem classificada. Nesse sentido, a administração, ao verificar a situação de empate ficto entre as propostas da INEMAT e MRM65, deve convocar esta última para exercer o seu direito de preferência.

**III – DOS REQUERIMENTOS:**

De sorte que, com fundamento nas razões precedentemente aduzidas, requer-se o PROVIMENTO do presente Recurso, com efeito, para que seja anulada a convocação e decisão de declaração de vencedora da INEMAT, de forma a respeitar o DIREITO DE PREFERÊNCIA da Recorrente, enquadrada como EPP, convocando-a para apresentar melhor oferta, em conformidade com o item 8.15 e ss. do Edital e a LC 123/2006, procedendo-se com a análise da sua habilitação para, por fim, declará-la vencedora;

Outrossim, lastreada nas razões recursais, requer-se que a Srª. Pregoeira reconsidere sua decisão, tendo em vista sua função e responsabilidade legal para esse desiderato, e, na hipótese não esperada disso não ocorrer, faça este Recurso subir, devidamente informado de todas as circunstâncias, à autoridade superior.

Nestes termos,
Pede deferimento.

Presidente Prudente/SP, 27 de outubro de 2021.

Jane Regina de Mendonça

**MRM65 SERVICOS DE APOIO A GESTAO DE SAUDE LTDA**

19.209.889/0001-40
MRM65 - SERVIÇOS DE APOIO ADMINISTRATIVO LTDA.
RUA PADRE JOÃO GOETZ, 501
JARDIM ESPLANADA - CEP: 19.061-460
PRESIDENTE PRUDENTE - SP