

AO ILUSTRÍSSIMO SENHOR (A) PREGOEIRO (A) DA PREFEITURA MUNICIPAL DE AGRONÔMICA/SC

PROCESSO LICITATÓRIO N.º 13/2023

PREGÃO ELETRÔNICO N.º 11/2023

ALTO VALE DE MINERAÇÃO já qualificada, comparece, respeitosamente, perante Vossa Senhoria, apresentar RÉPLICA À MANIFESTAÇÃO apresentada por ROSANE HASSE MARCELLOS LTDA, já qualificada, com mesma sede e domicílio da CENTRAL DE BRITAGEM CASTELINHO LTADA:

SÍNTESE DOS FATOS, NO QUE INTERESSA

Após declarada inabilitada por ausência de LAO própria, a empresa Rossane Hasse Marcellos Ltda interpôs recurso administrativo, sob alegação de que, por exercer apenas a comercialização de material, não operando britagem, está dispensada deste requisito.

Sem a oportunidade de manifestação de outras licitantes, sobreveio o Parecer Jurídico 39/2023-JK opinando pelo provimento do recurso, no dia 21/03/2023. No mesmo dia foi acatado o parecer jurídico em questão, tendo sido a empresa Rossane Hasse Marcellos declarada vencedora.

No dia 23/03/2023, a empresa Alto Vale de Mineração Ltda, no exercício do amplo contraditório e defesa, apresentou contrarrazões ao recurso, ao qual foi negado conhecimento, no dia 27/03/2023, por meio do Parecer Jurídico 41/2023-JK, sob fundamento de ausência de previsão no edital.

Ante à negativa de conhecimento das contrarrazões, que traziam em seu bojo indícios graves de evidente fraude ao edital, a empresa Alto Vale de Mineração Ltda, reformulou suas alegações em forma de denúncia, amparada no item 13.5 do instrumento convocatório, segundo o qual, a licitante pode ser desqualificada por motivo relacionado com a capacidade jurídica, regularidade fiscal e trabalhista, qualificação econômico-financeira, qualificação

técnica e/ou inidoneidade e demais exigências previstas para habilitação “**em razão de fatos supervenientes conhecidos após o julgamento.**”

A denúncia também se ampara no item 18.3 do edital que confere à pregoeira ou autoridade superior, “**em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou complementar a instrução do processo**” (grifado).

Assim, a empresa “Alto Vale”, posteriormente ao julgamento, apresentou provas de que a empresa Rossane Hasse Marcellos Ltda é apenas um braço comercial da outra licitante, Central de Britagem Castelinho Ltda, estando ambas na mesma sede, utilizando-se das mesmas estruturas físicas e operacionais, inclusive domínio na internet (endereços de e-mails) e outros indícios (não impugnados pela empresa declarada vencedora) de que, na verdade, são uma única empresa se utilizando de dois (02) CNPJ distintos com intuito de fraudar a licitação.

No dia 06/04/2023, depois de facultado pela Leiloeira, a empresa Rossane Hasse Marcellos Ltda, apresentou manifestação à denúncia, alegando que “*Em que pese o parentesco existente entre os sócios não há consórcio, nem coligação tão menos controle e subsidiariedade entre as empresas Rosane Hasse Marcellos e Central de Britagem Castelinho LTDA, uma vez que possuem administração autônomas e destinam-se a ramos comerciais distintos*”.

Alega, ainda, que a Lei 14.133/2019 não se aplica à presente disputa e que, tanto o TCU quanto o Poder Judiciário tem entendimentos de que não há impedimentos de que empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico participem de licitações, segundo a Lei 8.666/1993, ainda vigente e aplicável ao caso.

DA COLIGAÇÃO, SUBSIDIÁRIA, GRUPO ECONÔMICO DE DIREITO – EXISTÊNCIA DE EMPRESA ÚNICA, SOB O MANTO DE DOIS CNPJ COM INTUITO DE FRAUDAR O EDITAL.

O edital é claro, objetivo e direto ao mencionar, no item “3.2” ao prever que “Não será admitida a participação de controladas, coligadas ou

subsidiárias entre si”. Assim, ainda que a Lei 8.666/1993 e os entendimentos jurisprudenciais a ela relacionados, não impeçam a participação de empresas nestas condições, a vinculação ao instrumento convocatório é decorrente da própria lei 8.666/1993, conforme se denota dos seus artigos 3º, art. 41 e art. 55, XI:

*“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 vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.**”*

*“Art. 41. **A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.**”*

*“Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam: [...] XI – **a vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor.**”*

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório, ao mesmo tempo em que privilegia a transparência do certame, garantindo a plena observância dos princípios da igualdade, impessoalidade, publicidade, moralidade e probidade administrativa, preceitua que o julgamento das propostas seja o mais objetivo possível, nos exatos termos das regras previamente estipuladas. Isso sem contar a necessidade de perpetuação de tal vinculação durante toda a execução do contrato.

A Administração tem o dever de respeitar aquilo que foi estabelecido pelo diploma editalício, não podendo, de forma alguma, esquivar-se das regras preliminarmente estabelecidas.

Tal princípio não é mera conveniência ou simples prerrogativa legal que pode ser facilmente descartada. Jamais poderia se falar no desrespeito a tal princípio, este está atrelado a, praticamente, todos os demais princípios arrolados pela legislação, doutrina e aceitos pela jurisprudência, a Isonomia e o Julgamento Objetivo são exemplos de princípios adstritos diretamente àquele.

O próprio instrumento convocatório torna-se lei no certame ao qual regulamente, é impossibilitado que as cláusulas sejam descumpridas por qualquer uma das partes, seja a Administração, sejam as empresas participantes.

É impossível a execução de um certame sem que seja observado o princípio da vinculação ao instrumento convocatório. Sem este jamais poderá ser alcançado o julgamento objetivo. No mesmo passo, também será impossível atingir o princípio constitucional da Isonomia, que estabelece a igualdade de condições entre os participantes.

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório tem como finalidade principal **evitar que administradores realizem análise de documentos de habilitação de forma arbitrariamente subjetiva, o que pode viabilizar o direcionamento do contrato em defesa de interesses pessoais ou de terceiros, em total contrariedade com o princípio da isonomia entre os licitantes e demais princípios da administração pública como moralidade, impessoalidade, legalidade e afronta ao interesse público.**

A empresa nega a existência de subsidiariedade (algo público e notório na região), porém, sequer refuta as informações de que compartilham a mesma sede, com os telefones de ambas estampadas na fachada de um mesmo prédio; não refuta o fato de que seu e-mail utiliza o mesmo domínio da empresa “Castelinho” como sendo apenas um departamento comercial das pedras britadas pela primeira (comercial@castelinho.ind.br).

Ou seja. limita a apresentar uma negativa geral, ainda que contrária aos documentos por ambas apresentadas no certame, indicando os endereços de e-mails da mesma estrutura, e cujos números de telefones, tanto de uma quanto da outra, estão na mesma sede da empresa “Castelinho”, provando, de fato, serem uma única empresa desmembrada em 02 CNPJs:



A bem da verdade, ambas são uma coisa só e a simples diligência em suas sedes o comprovam: a recorrente sequer tem sede própria.

Curiosamente, apenas ao final da sua manifestação contra a denúncia, houve por bem em alterar seu endereço de e-mail de comercial@castelinho.ind.br, endereço onde certamente recebeu e de onde enviou as missivas anteriores para rosanehmarcellos@gmail.com, numa clara tentativa, tardia, diga-se, de camuflar a sua interligação e interdependência com a licitante Central de Britagem Castelinhos Ltda, que opera a britagem do material que ela comercializa, em franca afronta ao edital.

Logo, por determinação legal, a comissão julgadora e a autoridade superior, devem se valer de critérios objetivos na análise dos documentos apresentados, sendo certo que se os documentos de habilitação indicam a complementariedade, subsidiariedade, coligação, compartilhamento de estruturas físicas, operacionais e eletrônicos e o edital proíbe participação de empresas nesta condição, a fraude está provada, já que, o conluio é evidente.

Neste sentido é o entendimento do TCU:

“Não há vedação legal à participação, em uma mesma licitação, de empresas cujos sócios tenham relações de

parentesco entre si. Contudo, essas relações podem e devem ser levadas em conta sempre que houver indícios consistentes de conluio.” Acórdão 1448/2013- Plenário.

“A participação de sociedades coligadas em um mesmo certame licitatório, por si só, não é considerada um ato ilícito. A participação de empresas pertencentes a sócios comuns pode ser considerada regular, se atuarem de forma independente, sem arranjos que possam macular a competitividade do certame” – Acórdão 1539/14 – Plenário.

No caso, ainda, a vedação legal encontra amparo nos artigos 3º, art. 41 e art. 55, XI que, ao se referirem ao princípio obrigatório de vinculação ao edital, remetem ao item 3.2 do instrumento convocatório, de forma que a só análise objetiva dos documentos de habilitação de ambas as empresas comprovam a ligação entre elas, associadas ao fato de estarem, de fato, abrigadas ambas as sedes sob o mesmo teto. Na verdade, é apenas uma empresa.

Analisando os termos de habilitação de ambas as coligadas, extrai-se que, na verdade, se trata de uma única empresa (Castelinho) sendo que a vencedora seria apenas o departamento comercial da outra licitante coligada, escondida sob outro CNPJ.

Isso porque, do termo de habilitação da “Rossane Hasse”, consta o telefone de contato como sendo (47) 3544-0405, o mesmo que consta no comprovante de situação cadastral da Central de Britagem Castelinho Ltda, perante a Receita Federal do Brasil e é exibido na fachada da “Castelinho”.

No mesmo documento também se nota que o e-mail de contato da recorrente é o endereço eletrônico comercial@castelinho.ind.br, o que prova não haver autonomia administrativa, estrutural e operacional, já que atua como mero departamento comercial da outra licitante coligada:

TERMO DE HABILITAÇÃO

A Empresa ROSANE HASSE MARCELLOS LTDA, inscrita no CNPJ 95840757000108, sediada na cidade de: Trombudo Central - SC, ROD BR 470 KM 158, telefone: 4735440405, neste ato representado por seu sócio/representante, o Sr(a) ROSANE HASSE MARCELLOS, CPF 72045213900 e email: comercial@castelinho.ind.br, com poderes estabelecidos no ato de investidura (atos constitutivos da pessoa jurídica, ata de eleição do outorgante, etc.), declara sob as penas previstas na Decreto 10.024/2019, reunir todos os requisitos exigidos no ato convocatório para a habilitação, quanto às condições de qualificação jurídica, fiscal, técnica e econômica-financeira.

Em comparação com o termo de credenciamento da sua coligada, a Central de Britagem Castelinho Ltda, se verifica o mesmo número de telefone

((47-3544-0405) e que o endereço eletrônico de e-mail possui o mesmo domínio usado pela recorrente, mas como sendo o setor administrativo da única empresa de fato existente, a “Castelinho”:
administrativo@castelinho.ind.br.

TERMO DE CREDENCIAMENTO

A empresa CENTRAL DE BRITAGEM CASTELINHO LTDA, inscrita no CNPJ 01408503000163, com sede na cidade de Trombudo Central, à Rua BR 470 KM 158 nº 2001, telefone (47) 3544-0405, por intermédio de seu representante legal, através do presente instrumento, torna público o credenciamento do senhor ÉRICA LEVINA MARCELLOS, CPF 07470271961, com endereço para correspondência eletrônica através do e-mail administrativo@castelinho.ind.br, para participar deste processo de licitação na modalidade de "Pregão Eletrônico", podendo para tanto, desempenhar todas as funções inerentes ao certame tais como concordar com todas as condições previstas no instrumento convocatório, apresentação de propostas, oferta e desistência de lances, apresentação de recursos e tudo mais que se fizerem necessários ao de suas atividades como se o próprio licitante fosse.

E diga-se, não é a primeira vez que as coligadas disputam licitações como se duas empresas fossem, embora sejam a mesma empresa, visando obter ilícita e nítida vantagem com relação aos demais licitantes, combinando propostas e estratégias.

Ao se apresentarem como duas empresas, sem coligação entre si, apesar de desfrutarem das mesmas estruturas físicas, operacionais, administrativa e societária (cônjuges e filhos) o grupo consegue controlar as ofertas, aumentando as chances de, por um ou por outro CNPJ, sagrar-se vitorioso. Não há como se reputar de boa-fé!

DA FALTA DE AUTONOMIA DA ROSSANE HASSE MARCELLOS LTDA

Ao ser confrontada sobre como conseguirá comprar no mercado e fornecer o material (portanto, revender) a preço mais competitivo do que a segunda colocada, que opera a britagem e atua no mesmo mercado, a empresa denunciada limitou-se a dizer que *“os valores e produtos ofertados pela licitante são de inteira responsabilidade da mesma, no caso, se **possuir autonomia para pregar valores mais baixos não há vedação**, nem mesmo obrigação de explicar-se.”*

Ocorre que referida empresa não tem autonomia para o fornecimento do produto, uma vez que, em tese, adquire de terceiro, revendendo o material.

Portanto, **se ela depende de um fornecedor** com quem deve ter ajustado anteriormente o preço (ou ainda vai buscar fornecedor?) há aí uma

relação de dependência não de autonomia. A empresa que apenas revende o produto, ou já tem todo o estoque a ser fornecido, adquirido a preço quase vil que lhe comporte lucro ao revendê-lo abaixo da segunda colocada, que atua no mesmo mercado, na mesma região, com a diferença de que também opera britagem, ou precisaria ter negociado com seu fornecedor previamente o preço final pelo qual seria aceito o fornecimento.

É de interesse público que a empresa se explique.

Isso porque, para que ela pudesse ofertar lance tão competitivo, já deveria ter ajustado com seu fornecedor o limite aceitável pelo qual ele estaria disposto. Logo, não há se falar em autonomia se ela depende de outra empresa para lhe fornecer o produto que apenas revende (segundo alega).

A defesa apresentada pela denunciada parece fazer chacota da inteligência dos operadores da Administração Pública e das demais participantes do certame.

Não poderia ser mais equivocada afirmação de que tem autonomia e de que não deve explicações (isso não pode ser aceito) pois trata-se de uma concorrência pública, regida por lei e pelo edital, nos termos da Constituição, de forma que é de interesse público e deve sim se explicar, ainda mais quando comprovada a participação de outra empresa que opera britagem e cujo sócio é marido da sócia da empresa vencedora, estando ambas abrigadas no mesmo endereço, cuja fachada ostenta os números de telefones de ambas e quando o e-mail cadastrado na habilitação indica ser apenas o departamento comercial daquela que perdeu a concorrência e que opera britagem do material a ser contratado.

Então, sim, em decorrência dos princípios que regem a licitação, expressos em lei e tendo em vista as provas de coligação entre as concorrentes, deve a vencedora sim, se explicar de onde comprará a brita a ser comercializada, sendo que atua como mero departamento comercial da Central de Britagem Castelinho Ltda, que está situada no mesmo endereço.

É óbvio que já tem fornecedor e com ele acertou o preço que poderia suportar, caso contrário, estaria assumindo a obrigação de buscar

ainda no mercado empresa que se sujeitasse a vender, com lucro, a preço tão baixo apto a suportar a revenda, também com lucro.

Evidente que a procedência, do material seria a empresa do grupo familiar que perdeu a licitação, mas ganhou por meio do seu departamento comercial, controlando os lances, combinando estratégias e preços, previamente.

A má-fé é evidente e, certamente, deverá ser reconhecida pela Administração ou, se necessário, na esfera do Tribunal de Contas ou do Poder Judiciário, se necessário for, já que não é a primeira vez que a empresa, disfarçada sob dois CNPJs, burla licitação visando obter vantagem com relação aos demais participantes do certame.

Ao apresentar defesa lacunosa, sem ao menos impugnar que opera na mesma sede que a sua coligada, Central de Britagem Ltda, ocorre uma confissão ficta. Todavia, uma simples diligência à sede da empresa “Castelinho” se comprova se tratar de uma única empresa e isso é público e notório na região e entre os mineradores. A empresa Alto Vale de Mineração Ltda está certa de que a Administração Pública do Município de Agronômica está atenta aos fatos relatados na presente denúncia e zelará pela lisura do procedimento, sob o qual não pode pairar falta de explicações claras, com provas contundentes de que a empresa possui fornecedor próprio e autônomo, que lhe fornecerá o material licitado a preço que justifique, economicamente, a empreitada.

O que não se pode é permitir alegação evasiva que sequer refuta as alegações provadas na denúncia, limitando-se a negar, de forma geral que não está ligada à empresa familiar que tem sede no mesmo local e sim, atua no mesmo ramo, já que a Central de Britagem Castelinho também atua no Comércio varejista de cal, areia, pedra britada, tijolos e telhas (cód. 47.44-0-04) bem como no Comércio atacadista especializado de materiais de construção não especificados anteriormente (Cód. 46.79-6-04), tal como a Rossane Hasse Marcellos Ltda.

Logo, mesmo antes da Nova Lei de Licitação, o Tribunal de Contas da União (TCU) já deixou claro que a participação de empresas

relacionadas “*pode ser considerada regular, se atuarem de forma independente, sem arranjos que possam macular a competitividade do certame*” (Acórdão 1539/2014 – Plenário: BENJAMIN ZYMLER).

Ocorre que não há aqui independência entre as empresas relacionadas, sendo mero departamento comercial da outra, atuando em família na mesma sede, compartilhando contratos e licitação de forma que a brita que seria fornecida pela recorrente somente teria condições de competitividade se não houvesse custos na sua aquisição, já que a própria não atua em britagem e nem tem LAO para tal atividade.

O arranjo, isso é nítido, mediante combinação de preços para direcionar o resultado do certame e consiste em que aquela que apenas participou do processo, para fraudar a licitação e frustrar os princípios licitatórios, forneceria as britas por ela britadas e comercializadas pelo seu departamento comercial escondido sob outro CNPJ.

DO INUSITADO PEDIDO DE MUDANÇA DE ENDEREÇO ELETRÔNICO DE E-MAIL CADASTRADO NA HABILITAÇÃO PELA DENUNCIADA

O item 7.2, “a’ do edital prevê que a proposta deve conter o “e-mail” da concorrente. O item 14.2 diz que a convocação será feita por e-mail informado pela licitante, bem como o item 18.9 prevê que as comunicações ocorrerão no mesmo endereço.

Ao se habilitar no processo licitatório, a empresa Rossane Hasse Marcellos Ltda informou ou e-mail comercial@castelino.ind.br, deicando claro que se trata de mero departamento comercial da outra concorrente, a Central de Britagem Castelinho Ltda, ambas sediadas no estabelecimento cuja fachada ostenta o nome fantasia “Castelinho” bem como os telefones de ambas as licitantes, o que prova serem uma só.

Todavia, ao responder a denúncia, a denunciada requer que “*as futuras decisões e manifestações lhe sejam enviadas via e-mail, ao endereço eletrônico: rosanehmarcellos@gmail.com*”, alterando aquele constante da habilitação, por meio do qual se comunicava com a Administração Pública até então, nos termos do edital.

Qual o motivo de tal requerimento formulado após a denúncia? Certamente, ante o princípio da legalidade e sendo certo que, também nos termos do item 3.2.1 - A não observância das vedações (inclusive da participação de empresas coligadas) é de inteira responsabilidade da licitante que, pelo descumprimento se sujeita às penalidades cabíveis, sendo evidente a tentativa de enganar a Administração Pública, este requerimento, por expressa vinculação ao edital, não há de ser aceita, devendo as comunicações continuarem no endereço da empresa coligada, comercial@castelino.ind.br, pois se trata de mera tentativa de suavizar as marcas da tentativa de fraude, o que denota má-fé.

DA PENALIDADE A SER IMPOSTA

O caso é grave e exige reprimenda à altura pois, segundo o art. 90 da Lei nº 8.666/1993 por configurar crime:

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.

Assim, havendo denúncias de possível cometimento de crime, requer à idônea Administração Pública do Município de Agronômica que, ao aplicar a pena máxima administrativa prevista no edital, encaminhe os autos ao Ministério Público, competente para instauração de inquérito e eventual propositura de ação penal, dando posterior publicidade ao ato, como deve ser toda atuação do Poder Público.

REQUERIMENTOS

Isto posto, **REQUER:**

- A) A Desclassificação de ambas as empresas, por tentativa de fraude a licitação, bem como a aplicação de penalidade máxima prevista no edital;

- B) A promoção de diligência, destinadas a esclarecer ou complementar a instrução do processo, quanto aos fatos aqui articulados e provas apresentadas, **nos termos do item 18.3 do Edital**, especialmente para a que a recorrente esclareça de onde virá a brita a ser por ela fornecida, já que não opera britagem. Como conseguirá revender à Prefeitura de Agronômica, brita adquirida de forma autônoma e independente da Central de Britagem Castelinho, da qual é departamento comercial (comercial@castelinho.ind.br) a preço tão competitivo? De qual britador virá a brita? Esse britador possui LAO? O fornecedor da empresa licitante vencedora já havia dado aval para o preço mínimo a ser por ele suportado?
- C) O encaminhamento dos autos às autoridades competentes para analisar as eventuais responsabilidades civis, administrativas e criminais, sobretudo ao Ministério Público de Santa Catarina, titular para propositura de inquéritos e ação penal, se for o caso, para proteção do interesse público;
- D) Em caso de negativa de qualquer dos requerimentos, cópias de todos os documentos apresentados por todos os licitantes, inclusive de missivas eletrônicas nos endereços cadastrados na habilitação, para fins de análise e tomadas de decisões adequadas para proteção dos direitos privados da licitante denunciante;

Pede deferimento.

Trombudo Central, 12 de abril de 2023.

ALTO VALE DE MINERAÇÃO