AO DAF;

Para ciência dessa Diretoria, bem como para oportunizar sua contribuição no processo decisório, encaminhamos nosso entendimento com relação ao recurso interposto pela licitante SERGE contra sua desclassificação no Pregão Eletrônico nº 16/2018 (fls. 902 a 910).

Os argumentos apresentados pela recorrente não nos trouxeram dados ou fatos que alterassem nosso entendimento a respeito dos motivos que levaram à sua desclassificação. Houve contrarrazões apresentadas pela empresa Produserv Serviços Eireli que apenas reforçaram os pontos já analisados (fls. 911 a 936). Sendo assim, mantivemos nosso posicionamento, o qual detalhamos a seguir:

ANÁLISE E JULGAMENTO PELA PREGOEIRA DO RECURSO INTERPOSTO PELA EMPRESA SERGE SERVIÇOS DE CONSERVAÇÃO E LIMPEZA LTDA EPP - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL, COM RELAÇÃO A SUA DESCLASSIFICAÇÃO NO PREGÃO ELETRÔNICO Nº 16/2018.

Após análise dos argumentos apresentados pela RECORRENTE temos a considerar:

1. ***DA NÃO COMPROVAÇÃO DA QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA POR ESTAR NA FASE POSTULATÓRIA DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL*:**

   De acordo com os argumentos da própria recorrente, a Recuperação Judicial - RJ consiste num processo de tentativa de um novo fôlego para a empresa, renegociando dívidas com os credores e buscando, através de um Plano de recuperação, evitar a falência.

   Esse processo é balizado na Lei nº 11.101/05 e acompanhado pela justiça, devendo seus atos serem por ambas autorizados. Não basta estarem previstos na lei, mas devem ser convalidados pela justiça para que surtam efeitos.

   Cumpridos os primeiros requisitos do procedimento de RJ, a SERGE apresentou em julho/2018 seu Plano de Recuperação para aprovação dos credores, conforme determina o art. 53 da referida Lei. Contudo, às fls.724/v consta a objeção ao Plano apresentada pelos credores Banestes S.A. e Banco Bradesco S.A., fazendo com que se tornasse obrigatória a convocação da Assembleia geral de Credores para sua aprovação.

Segundo o art. 56 da mesma lei, a realização de tal assembleia não excederá a 150(cento e cinquenta) dias contados do deferimento do processamento da RJ. Ou seja, deveria ter sido realizada em outubro/2018, mas até a presente data, segundo documentação apresentada pela SERGE, não ocorreu. Como podemos perceber, não é extemporânea a exigência do Plano aprovado, como quis fazer parecer a recorrente.

Todos esses fatos, tanto a objeção dos credores ao Plano quanto a não realização da assembleia, deixa-nos inseguros com relação a sua efetiva aprovação. A rejeição do Plano de Recuperação acarretará a decretação de falência da empresa, portanto é condição essencial para garantir a viabilidade da "recuperanda".

A requerente alega que o edital não previu a exigência do Plano de Recuperação aprovado pelos credores, portanto não poderia tê-lo exigido. Acontece que o edital exigiu, em seu item **14.4.2.2.**, a sentença homologatória do plano de recuperação judicial, além do cumprimento dos demais requisitos de habilitação constantes neste Edital. O edital também exigiu, em seu item 14.3, a documentação de Regularidade Fiscal, que consiste principalmente nas Certidões de Regularidade junto às Fazendas Públicas.

A SERGE então apresentou, para comprovação de sua regularidade, o deferimento do processamento da RJ. Este documento, portanto, para que fosse utilizado como comprovação de regularidade fiscal, foi analisado pela pregoeira, e sobre ele foi realizado o julgamento em todos os seus aspectos. Documento anexado ao processo pela licitante passa a dele fazer parte para todos os seus efeitos. Se o documento anexado para fins de regularidade fiscal comprometer sua regularidade econômico-financeira, é dever do pregoeiro argui-la.

Apesar do art. 52 da Lei nº 11.101/05, em seu inciso II, dispensar a apresentação das certidões de regularidade fiscal pelas empresas em processamento de RJ para o exercício de suas atividades, **excetua essa dispensa para contratação com o poder público**. Contudo, o Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo – TCES ainda possibilita participar de licitação a empresa que apresentar certidão positiva de Recuperação Judicial, desde que o juízo em que tramita o procedimento da RJ certifique que a empresa está apta econômica e financeiramente a suportar o cumprimento de um futuro contrato com a Administração pública, levando em consideração o objeto a ser contratado.

Essa seria uma possibilidade que poderia ter sido arguida pela recorrente ainda na fase de impugnação do edital. Agora, porém, é extemporânea. A prova de capacidade econômico-financeira é ônus da licitante. Não cabe à administração "explicitar as razões concretas pelas quais considera inexistir" tal capacidade, como alega a recorrente. Cabe, antes, à licitante comprovar por documentos objetivos sua capacidade, documentos esses que não foram todos apresentados, uma vez que, em se tratando de Recuperação Judicial, o documento indicado seria o Plano devidamente aprovado.

A SERGE alega em seu recurso que, sendo o poder público um dos principais "clientes", ao desclassificá-la estaríamos alijando quaisquer possibilidades de recuperação da sua atividade econômica. Pois bem. Ao verificarmos o Plano de Recuperação Judicial apresentado pela empresa, vemos que a mesma alega que tem implementado um plano de crescimento de forma a pulverizar seus contratos em diversos tomadores de serviços, da rede privada e de órgãos públicos de diferentes esferas, bem como captação de novos clientes (fls. 715), como forma de dar a seus credores a confiança necessária para que aprovem o Plano.

A CETURB-ES nunca foi Contratante da SERGE, portanto estaríamos incluídos no rol de possíveis novos clientes, e a empresa nunca poderia contar como certa essa contratação. Ainda que hoje sejamos contratantes de uma das empresas do grupo, nunca poderíamos ser responsabilizados pela recuperação da empresa, uma vez que nenhum procedimento de contratação pública, realizado através de licitação, garante a nenhuma empresa que será a Contratada. Trata-se de procedimento isonômico e imparcial, dependendo exclusivamente do desenrolar dos acontecimentos durante o processo. Se por alguns segundos de diferença outra empresa tivesse enviado um lance menor, estaríamos agora em outro contexto e nem caberia essa discussão.

2. DA HABILITAÇÃO JURÍDICA IRREGULAR:

Em seu recurso a SERGE alega que a irregularidade apontada na habilitação jurídica se deveu a exigência do balanço patrimonial de 2018, quando ainda não era exigível pela lei. Contudo, se fosse esse o caso, não seria irregularidade jurídica e sim econômica.

A irregularidade apontada diz respeito ao enquadramento da empresa como EPP e à situação irregular em que se encontra na Junta Comercial do Estado do Espírito Santo - JUCEES. A alteração contratual foi realizada em Janeiro/2018, quando a empresa havia acabado de encerrar o exercício de 2017 com uma Receita Bruta Operacional superior a vinte e quatro milhões de reais, conforme balanço apresentado. Portanto, a alteração de porte foi irregular.

Apresenta ainda a alteração contratual, datada de 09/01/2018, passando a ter apenas um sócio, Sr. Marcos Silva, assim permanecendo até a presente data. Contudo, o prazo legal para que a empresa Ltda opte por acrescentar mais um sócio ou se tornar uma EIRELLI é de 180 dias (art. 1033 da Lei nº 10.406/2002), prazo esse encerrado desde julho/18 sem que a empresa tenha feito essa alteração.

Em seu recurso alega que a JUCEES não autorizou sua mudança para EIRELLI, por "estranho argumento". Contudo, a despeito de haver questões judiciais envolvidas, a empresa cujo Ato Constitutivo está em situação irregular não está apta a participar de licitações públicas. Não basta alegar "excesso de burocracia da JUCEES" ou "demora do judiciário" para que fechemos os olhos para as irregularidades e habilitemos a licitante. Fosse assim, o critério de julgamento seria subjetivo e diversos outros princípios legais seriam feridos.

3. *DO DESATENDIMENTO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO PELA DECLARAÇÃO APRESENTADA SER DIFERENTE AO MODELO DO EDITAL*:

Com relação a este item, a SERGE fundamentou sua defesa no fato de que não se deve transbordar a personalidade jurídica e punir seus sócios por sanções aplicadas à empresa.

Citou tese doutrinária contrária à penalização de uma empresa apenas porque tem sócio em comum com outra empresa anteriormente penalizada, alegando ser dispositivo inconstitucional.

Enfim, a despeito dessas discussões estarem ainda pendentes e serem passíveis de discordância, e ainda sem considerar o fato de que não se trata de penalizar outra empresa com mesmo sócio, uma vez que a penalizada pelo IFES foi a própria SERGE (fls. 727 a 729), a questão de base aqui é outra: a apresentação de documento divergente do modelo oferecido.

E divergente justamente no trecho do texto que dizia respeito ao artigo da lei que agora a recorrente diverge e alega ser inconstitucional.

Vejamos:

Diz a minuta da Declaração de Sujeição - Modelo E do edital:

- Que a empresa é idônea e atende a todos os pré-requisitos do edital e às demais exigências contidas na Lei n.º 13.303/16 e no RILC da CETURB-ES;

- Que não se enquadra nas hipóteses previstas no artigo 38 da Lei nº. 13.303/16, atendendo às condições de participação do edital e legislação vigente;

Diz a Declaração apresentada pela SERGE:

- Que a empresa é idônea e atende as exigências do edital, não estando suspensa com a CETURB nem com qualquer órgão Estadual;

Conforme comprovado, a Serge está cumprindo penalidade aplicada pelo IFES/ES, e encontra-se suspensa para contratar com aquele órgão, estando inserida, portanto, na hipótese prevista no inciso IV do Art. 38 da Lei nº 13.303/16:

> *Art. 38. Estará impedida de participar de Licitações e de ser contratada pela empresa pública ou sociedade de economia mista a empresa:*
>
> *(...)*
>
> *IV – Constituída por sócio de empresa que estiver suspensa, impedida ou declarada inidônea.*

Para nós está claro que a proponente altera a redação modelo, ciente que o faz para evitar falsa declaração de sujeição, uma vez que, independentemente de teses divergentes, a lei veda sua participação.

Diante de todos os argumentos apresentados, esta Pregoeira reconhece a admissibilidade do recurso interposto pela SERGE Serviços de Conservação e Limpeza LTDA EPP - em recuperação judicial, para julgá-lo **IMPROCEDENTE**, **MANTENDO SUA DESCLASSIFICAÇÃO** no Pregão Eletrônico nº 16/2018.

E para que seja analisado nosso posicionamento e ratificado em segunda instância administrativa pelo DP, conforme previsto no Art. 88 do RILC, encaminhamos o processo.

Em 12/03/2019,

Fernanda de Assis Rezende
Pregoeira
CETURB-GV

CETURB ES
COMPANHIA ESTADUAL DE TRANSPORTES COLETIVOS DE PASSAGEIROS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

FOLHAS Nº 946
PROCESSO Nº 1752
RUBRICA

Ao DP.

Ciente da manifestação da COPEL às fls. 943/945, onde encaminho a mesma para ratificação.

Em: 12/03/2019

Renato Ramalhete Delboni
Diretor Administrativo e Financeiro
CETURB-ES

CETURB ES
COMPANHIA ESTADUAL DE TRANSPORTES COLETIVOS DE PASSAGEIROS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

FOLHAS Nº 947
PROCESSO Nº 1752/17
RUBRICA

À ASSJUR

Para análise jurídica do prosseguimento do Pregoeiro às fls. 943 a 945.

Cariacica, 12/03/19

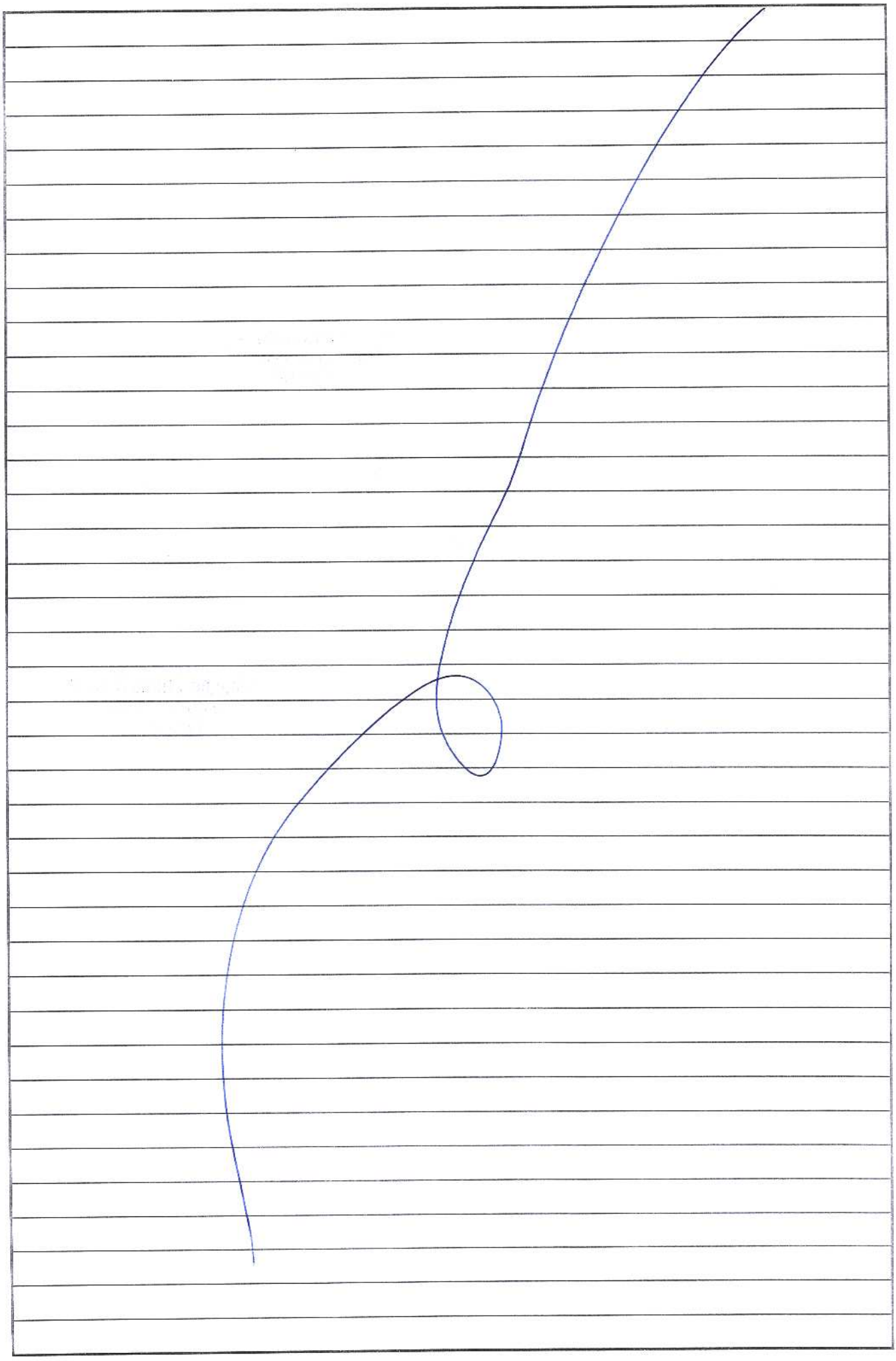
Raphael Trés da Hora
Diretor Presidente
CETURB-ES

Ao Diretor Presidente,

Reiteramos as manifestações de lavra do Pregoeiro. Também reiteramos as razões que expendemos em fevereiro deste ano nestes autos, pois parecem cabíveis ao caso.

Vitória, 13/03/2019

Vladimir Cunha Bezerra
Advogado - CETURB-GV
OAB/ES 13.713



CETURB ES
Companhia Estadual de Transportes Coletivos de Passageiros do Estado do Espírito Santo

CETURB / DP
N.º Processo: 1752 / 2017
Fls.: _____
Rubrica: _____

Av. Jerônimo Monteiro, 96 - Ed. Aureliano Hoffmann, 5º, 6º e 7º Andares - Centro
CEP: 29010-002 - Vitória / ES – www.ceturb.es.gov.br

Ref.: Processo nº 1752 / 2017

RATIFICAÇÃO

À COPEL,

Trata-se de processo administrativo objetivando a contratação de serviços de conservação, limpeza e copeiragem nas dependências da CETURB-GV e dos Terminais, incluindo o fornecimento de todos os materiais e equipamentos necessários à execução dos serviços.

Diante das razões e fundamentações deduzidas por essa COPEL contidas as fls. 943/945 as quais acolho e passam a fazer parte integrante desta decisão,

DECIDO:

1. Pela manutenção da Decisão dessa COPEL que declarou vencedora a empresa PRODUSERV SERVIÇOS LTDA – ME, uma vez que a mesma se encontra com regularidade fiscal.

2. Prossiga o certame, dando ciência aos interessados, enviando cópia da decisão por vias oficiais.

Vitória, 12 de março de 2019.

RAPHAEL TRÉS DA HORA
Diretor Presidente - CETURB