

GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO
TRIBUNAL DE JUSTICA MILITAR TRIBUNAL DE JUSTICA
MILITAR

RECURSO

Pregão Eletrônico nº:
19.1.000000409-0-TJM
Processo nº:
19.1.000000409-0-DAC/CGA
Objeto:
Contratação de locação e manutenção de máquinas de bebidas quentes (ampla concorrência)
Licitante Autor:
07.196.411/0001-43 - vip cafe comercio de maquinas e cafe ltda

INTERPOSIÇÃO DE RECURSO

Mensagem:
Gostaria de interpor recurso para que seja verificado o não cumprimento ao direito de microempresa após desclassificação da melhor proposta.
Data:
29/03/2019 16:52:37

JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DE RECURSO

Pregoeiro:
EMERSON RIBEIRO ARAUJO
Mensagem:
Data:
29/03/2019 16:55:41
Decisão:
Aceitar

MEMORIAIS

Mensagem:
Ilustríssimo Senhor Presidente da Comissão de licitação do Tribunal de Justiça Militar
Ref. Edital nº 19.1.000000409-0-TJM
A empresa Vip Café Comércio de Máquinas e Café Ltda ME, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ: 07.196.411/0001-43, com sede na Rua Dois Córregos, 128 – Vila Bertioga – São Paulo/SP, por seu representante legal infra assinado, tempestivamente, vem à presença de Vossa Senhoria, a fim de interpor

RECURSO ADMINISTRATIVO

Contra a decisão desta digna comissão de licitação que julgou habilitada a licitante JP SMART VENDING OPERADORA DE, apresentando no articulado as razões de sua irrisignação.

I – Dos Fatos Subjacentes

Acudindo ao chamamento desta instituição para o certame licitacional, a recorrente e outras licitantes dele vieram a participar.

Sucedendo que, depois de finalizada a fase de lances, houve a desclassificação da licitante com a melhor proposta apresentada, seguindo a admissibilidade ao 2º colocado com a melhor proposta apresentada. Como se pode notar ao analisar as propostas, com a desclassificação do 1º licitante, o 2º colocado

encontrava-se em condição de empate com esta recorrente, tendo em vista de que o valor apresentado estava a menos de 5% do valor apresentado por esta recorrente.

Neste momento, foi solicitado por esse recorrente ao sr. Pregoeiro para que nos fosse dada a opção de exercer nosso direito de preferência com base nas condições estabelecidas na Lei Complementar nº123/06, visto que a proposta apresentada pelo 2º colocado se enquadrava a menos de 5% do valor apresentado por esta recorrente mas este direito não foi atendido.

II – Das Razões da Reforma

Conforme disciplinado pelo Art. 45 da Lei Complementar 123/06 O desempate poderá ocorrer de diversas formas, ou seja, uma das hipóteses seria a interessada apresentar proposta com preço inferior aquela considera vencedora do certame e aí a mesma sairia vencedora do certame. E no caso da modalidade pregão a ME ou EPP terá que apresentar nova proposta no prazo de 05 minutos após encerrados os lances, sob pena de preclusão.

Nos casos em que não tiver obtido êxito na negociação, a Comissão de Licitação irá para o segundo critério de desempate, qual seja, convocará as remanescentes que porventura se enquadrarem nas hipóteses dos §§ 2º do art. 44 da LC nº 123/06, pela ordem de classificação dos preços.

De acordo com edital da licitação em apreço, na cláusula 5.9, fica assegurada às licitantes microempresas ou empresas de pequeno porte as condições estabelecidas na Lei Complementar nº123/06, de que a detentora da proposta de menor valor, dentre aquelas cujos valores sejam iguais ou superiores a 5% (cinco por cento) ao valor da proposta melhor classificada, lhe será assegurada preferência à contratação.

De acordo com a cláusula 5.18 do mesmo edital que diz: “Se a oferta não for aceitável, se a licitante desatender às exigências para a habilitação, ou não sendo saneada a irregularidade fiscal, nos moldes dos itens 5.15 a 5.18, o Pregoeiro, respeitada a ordem de classificação de que trata o item 5.9, examinará a oferta subsequente de menor preço, negociará com o seu autor, decidirá sobre a sua aceitabilidade e, em caso positivo, verificará as condições de habilitação e assim sucessivamente, até a apuração de uma oferta aceitável cujo autor atenda aos requisitos de habilitação, caso em que será declarado vencedor.

Como podemos ver, a cláusula 5.18 é clara ao dizer que será respeitada a ordem de classificação de que trata o item 5.9, que justamente assegura a preferência de microempresas ou empresas de pequeno porte como já demonstrado acima.

Nota-se em diálogo registrado em ata e descrito abaixo de que foi solicitado por este recorrente no andamento do certame o exercício deste benefício, sendo negado pelo sr. Pregoeiro, informando de que só se abre a preferência após a fase de negociação.

FOR0067 “sr. pregoeiro, com a desclassificação do for305, gostaríamos de exercer nosso direito de preferencia por empresa de pequeno porte”

Pregoeiro: “Informo que só se abre a preferência após a fase de negociação, se for o caso.”

Conforme disposto na Lei 8666/93, art. 44 que reza que 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.

O art. 44 da LC nº 123/06, estabelece o critério de desempate para ME e EPP nas licitações, afora os já determinados pela Lei nº 8.666/93, em seus arts. 3º, § 2º (preferências por empresas) e 45º, § 2º (sorteio).

No entendimento de Jonas Lima:

“Não se trata de uma situação de ”empate”, mas sim de uma verdadeira possibilidade para que a Microempresa ou a Empresa de Pequeno Porte possa, se desejar, exercer a “faculdade” de “cobrir” a oferta da outra empresa, não enquadrada na lei”.

Ainda em diálogo durante o certame, insistimos com o sr. Pregoeiro de que gostaríamos de exercer nosso direito de microempresa mas foi respondido de que o sistema BEC não lhe deu esta opção,

conforme descrito abaixo.

FOR0067 “sr. pregoeiro, com a desclassificação do licitante for 305, não deveríamos ter direito a preferência por se tratar de empresa de pequeno porte? Este direito não deve ser exercido antes da fase de negociação com o licitante for242”

Pregoeiro “A priori, registro que esse tipo de preferência por empate ficto previsto na Lei 123/2006 é feito automaticamente no sistema BEC, o que não houve.”

“Ademais, só após as outras empresas darem os lances e fazerem as negociações é que se pode falar sobre essa preferência.”

Nota-se que com a desclassificação da melhor oferta, deveria ser respeitada a ordem de classificação, disponibilizando o direito de preferência a microempresa, já que a 2º colocada não estava com preço acima dos 5% (cinco por cento) apresentado por esta recorrente.

Diferentemente do que foi dito pelo sr. Pregoeiro durante o certame, o direito de preferência a microempresas deve ser exercido na ordem de classificação das propostas, sendo inoportuna apresentação deste direito após a fase de negociação, tendo em vista de que, com a negociação com o 2º licitante, abre possibilidade de que este melhore sua oferta, sem que este recorrente, gozando do direito de microempresa, possa fazê-lo antecipadamente, como propõe a Lei Complementar nº 123/06.

Como podemos notar o correto após a desclassificação do 1º colocado, seria abrir o direito de preferência à proposta melhor classificada, estando esta dentro da margem de 5% (cinco por cento) para que pudesse melhorar sua proposta e ser beneficiado por se tratar de microempresa, como prevê a Lei Complementar nº 123/06.

Ainda durante o curso do certame, insistimos com o sr. Pregoeiro para que fosse dado a este recorrente o direito de microempresa e nos foi respondido de que se tratava de sistema e que não aparecia esta opção, conforme descrito em ata e reproduzido abaixo.

FOR0067 - Atenderíamos ao preço e gostaríamos de exercer nosso direito, tendo em vista de que o lance do licitante for 242 não é 5% superior a nosso ultimo lance enviado.

Pregoeiro - A priori, registro que esse tipo de preferência por empate ficto previsto na Lei 123/2006 é feito automaticamente no sistema BEC, o que não houve.

Pregoeiro - Ademais, só após as outras empresas darem os lances e fazerem as negociações é que se pode falar sobre essa preferência.

FOR0067 - sr. pregoeiro, abrindo negociação com o licitante for242, seremos prejudicados mesmo estando dentro da margem que a lei nos concede de 5% sobre o valor melhor classificado.

FOR0067 - desclassificando o licitante for305, acredito que nós seríamos a proxima empresa a se manifestar, tendo em vista se tratar de empresa de pequeno porte.

Pregoeiro - Volto a dizer que é sistêmico e, aliás, não é a prática.

Pregoeiro - Nem poderia deixar de negociar com o melhor valor, visto ser fase obrigatória, como dita o E. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.

Pregoeiro - E mesmo sendo oriundo de uma desclassificação.

FOR0067 - sr. pregoeiro,. desculpe a insistência mas a melhor proposta após a desclassificação do for305 poderia ser a nossa se nos fosse dado o direito de microempresa. Abrir negociação com o licitante for242 fere esse direito.

FOR0067 - acredito que deveria ser aberta negociação conosco primeiro, tendo em vista este direito.

Pregoeiro - O Sr. entendeu que isso é colocado pelo sistema, e não pelo Pregoeiro?

Pregoeiro - Pelo site www.bec.sp.gov.br?

Nota-se diante do diálogo entre este recorrente e o sr. Pregoeiro de que foi solicitado por diversas vezes o uso de benefício de microempresa por este recorrente mas não houve entendimento pelo sr. Pregoeiro,

que nos disse que não havia esta opção no sistema BEC.

Todavia, não é possível se admitir perda de um direito assegurado pela Lei Complementar nº 123/06 por falha do sistema, caso tenha sido este o motivo.

III – Princípio da Legalidade

O primeiro a ser considerado é o princípio da legalidade, que consiste em obedecer fielmente o que determina a lei. O mesmo encontra-se explicitamente previsto no art. 4º da Lei nº 8.666/93, o qual determina que: “Todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta Lei, podendo qualquer cidadão acompanhar o desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização de trabalhos”.

O princípio da legalidade quer dizer que toda atividade administrativa esta sujeita ao atendimento da lei e dele não pode se afastar ou desviar, sob pena de invalidação do certame.

Hely Lopes Meirelles denomina o princípio da legalidade de princípio do procedimento formal.

No entendimento de Hely Lopes Meirelles:

“O princípio do procedimento formal é o que impõe a vinculação da licitação às prescrições legais que a regem em todos os seus atos e fases. Essas prescrições decorrem não só da lei mas, também, do regulamento, do caderno de obrigações e até do próprio edital ou convite, que complementa as normas superiores, tendo em vista a licitação a que se refere”.

IV – Do Pedido

De sorte que, com fundamento nas razões precedentemente aduzidas, requer-se o provimento do presente recurso, com efeito, para que seja anulada a decisão em apreço, na parte atacada neste, declarando-se a inválida a habilitação da empresa JP SMART VENDING OPERADORA para atendimento da Lei Complementar nº123/06 e invalidação do certame por não cumprimento desta mesma lei.

Outrossim, lastreada nas razões recursais, requer-se que essa Comissão de Licitação reconsidere sua decisão e, na hipótese não esperada disso ocorrer, faça este subir, devidamente informado, à autoridade superior, em conformidade com o § 4º, do art. 109, da Lei nº 8666/93, observando-se ainda o disposto no § 3º do mesmo artigo.

Nestes termos

P. Deferimento.

São Paulo, 30 de março de 2019.

Vip Café Comércio de Máquinas e Café Ltda ME

CNPJ nº 07.196.411/0001-43

Daniel Fernandes Hellmeister

Sócio Diretor

RG nº 25.769.311-7

Data:

30/03/2019 11:23:27

CONTRARRAZÕES

Nome:

JP SMART VENDING OPERADORA DE MÁQUINAS AUTOMATICAS Ltda

Mensagem:

Ao Ilustríssimo pregoeiro, presidente da comissão de licitação do PE 19.1.000000409-0-TJM.

Em ref. ao PE 19.1.000000409-0-TJM, processo nº 19.1.000000409-0-DAC/CGA - Tribunal de Justiça Militar/SP

A JP SMART VENDING OPERADORA DE MAQUINAS AUTOMÁTICAS LTDA, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ nº. 06.281.829/0001-96, ACEITA E HABILITADA no presente pregão, vem apresentar CONTRA-RAZÕES ao recurso impetrado por VIP CAFÉ COMÉRCIO DE MÁQUINAS E CAFÉ LTDA ME.

Por entendermos tratar de uma questão que envolve única e exclusivamente o sr. presidente da comissão de licitação do referido pregão e a empresa VIP CAFÉ COMÉRCIO DE MÁQUINAS E CAFÉ LTDA ME, informamos que nos isentaremos de apresentar alguma argumentação.

Gostaríamos, apenas, de registrar o nosso entendimento de que o pregoeiro é a autoridade máxima de um certame e que em algumas situações inerentes de um PREGÃO ELETRÔNICO, o mesmo está sujeito as decisões automatizadas da plataforma, impedindo, assim, qualquer atuação direta.

Cordialmente,

JP SMART VENDING OPERADORA DE MAQUINAS AUTOMÁTICAS LTDA;

CNPJ: 06.281.829/0001-96

Rafael Menezes Tupinanbá Sousa – Administrador

RG nº 21.164.064-4 DIC/RJ

Data:

05/04/2019 12:45:02