



TRIBUNAL DE JUSTIÇA MILITAR DE SP
Rua Doutor Vila Nova, 285 - Bairro Vila Buarque - CEP 01222-020 - São Paulo - SP - www.tjmosp.jus.br

PARECER

São Paulo, 09 de abril de 2019.

PROCESSO 19.1.000000409-0

PREGÃO ELETRÔNICO 19.1.000000409-0

Em mãos para apreciação recurso interposto pela empresa VIP Café Comércio de Máquinas e Café Ltda ME, inscrita no CNPJ sob o nº 07.196.411/0001-43, com sede na Rua Dois Córregos, 128 – Vila Bertoga – São Paulo/SP, em face do edital de pregão eletrônico em epígrafe, visando à revogação da decisão que julgou vencedora a empresa JP SMART VENDING OPERADORA DE MAQUINAS AUTOMÁTICAS LTDA, inscrita no CNPJ sob o nº 06.281.829/0001-96, com sede na Rua Conde de Lages, 44, Sala 214, Bairro Glória, Rio de Janeiro/RJ, pelas RAZÕES abaixo consignadas.

1. DO RELATÓRIO

De acordo com o relatado pela RECORRENTE, durante a sessão pública houve a desclassificação da licitante com a melhor proposta, seguindo-se o feito para análise da admissibilidade da proposta do 2º colocado.

Ocorre que, segundo aduziu, ao convocar a segunda melhor proposta para negociação, a referida estaria em condições de empate, nos termos da Lei Complementar 123/06, o que, a seu ver, deveria determinar a abertura de um novo lance à RECORRENTE, o que não aconteceu.

Seguiu consignando que, diante de tal fato, exigiu ao Sr. Pregoeiro que viabilizasse seu direito, o que não foi atendido, nascendo, assim, seu interesse em recorrer dos atos praticados na sessão pública.

No item capitulado “Das Razões da Reforma” sustentou que o direito acima encontra fundamento no disposto no art. 45 da Lei Complementar 123/06. Seguiu nos seguintes termos:

“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 nº 123/06, 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”.

Reforçando a própria argumentação, citou o artigo 5.18, e, na sequência, colacionou trechos do diálogo havido com o Sr. Pregoeiro no ato da sessão pública, como forma de demonstrar que não teve sua pretensão atendida.

Nas palavras da 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 (SIC) 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”.

Novamente citou trechos dos diálogos havidos na sessão, para, mais uma vez, comprovar sua pretensão desassistida.

Asseverou que, não obstante haver o Sr. Pregoeiro informado tratar-se de questão sistêmica, não poderia o disposto na Lei Complementar 123/06 deixar de ser aplicado, por tal razão.

Na sequência, abriu um terceiro tópico tratando do princípio da legalidade, segundo o qual à Administração cabe, exclusivamente, obedecer aquilo que a lei determina, e que sua violação implica na invalidação, necessária, do certame.

Ao final, requereu o acolhimento do recurso para ver anulada a decisão que julgou vencedora a empresa JP SMART VENDING OPERADORA DE MAQUINAS AUTOMÁTICAS LTDA, e a consequente invalidação do certame.

A empresa vencedora, JP SMART VENDING OPERADORA DE MAQUINAS AUTOMÁTICAS LTDA, em sede de contrarrazões de recurso, aduziu tratar-se de questão atinente ao “Presidente da Comissão de Licitação” (SIC), pelo que não apresentaria argumentos em face do recurso interposto.

Registrou, contudo, 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”.

Não consignou qualquer requerimento.

Eis o relatório.

2. DO MÉRITO

Muito embora tenha a recorrente consignado diversos argumentos que, a seu ver, tem o condão de invalidar a sessão pública, o que se verifica na prática é a tentativa de manipular os resultados obtidos com o fito de obter para si vantagem indevida, em detrimento da Administração Pública.

Ao citar em diversos momentos que seu direito à formulação de nova proposta fora violado, pelo fato de, em seu entender, não ser viável a negociação com o segundo colocado, mas sim obrigatória a abertura do direito de preferência, primeiramente, a licitante, de maneira flagrante tenta determinar o resultado do certame por meio de sua proposta, pelo travamento da negociação, PRERROGATIVA EXCLUSIVA DO SR. PREGOEIRO, com os demais concorrentes.

Não se trata, portanto, de violação a qualquer direito, mas sim do meio de garantir a lisura do certame, sem que, a qualquer dos presentes, se viabilize um tratamento diferenciado não previsto em Lei, o que violaria, destarte, o princípio da isonomia.

Para que não reste dúvida acerca da atuação desse subscritor, as fases do certame devem ser delineadas, bem como seus efeitos, justapostas às respectivas previsões legal e editalícia. Devem ser verificados, nessa linha, o edital do pregão em tela, o Decreto Estadual 49.722/05, a Lei Federal 10.520/02 e a Lei Complementar 123/06.

De acordo com os itens 5.1 a 5.3 do Edital, cuja previsão se encontra no artigo 10, §3º, item 3, do Decreto Estadual 49.722/05, e nos incisos V e VII, do art. 4º, da Lei 10.520/02, o certame se inicia com a abertura das propostas, para fins de classificação prévia.

Na sequência, dá-se início à fase de lances, conforme previsão do item 5.4 do edital e inciso VIII, do art. 4º da Lei 10.520/02. Ao término, é gerada nova grade com os últimos preços ofertados (Item 5.7, do edital).

Ao final, abre-se a possibilidade de as ME's e EPP's manifestarem seu interesse em formular um novo lance, com base no direito de preferência, caso a primeira colocada não seja enquadrada como Microempresa ou Empresa de Pequeno Porte, como ocorreu no presente caso.

Em seguida, inicia-se a fase de negociação com o licitante melhor colocado, com vistas à obtenção de proposta mais vantajosa à Administração (Item 5.10 do edital c/c inciso XVII, do art. 4º da Lei 10.520/02).

A fase de negociação deve respeitar a grade ordenatória obtida ao término da fase de lances (Item 5.10 do edital c/c inciso XVI, do art. 4º da Lei 10.520/02).

Nesse ponto, convém transcrever o disposto no inciso XVI, do art. 4º da Lei 10.520/02:

“XVI - se a oferta não for aceitável ou se o licitante desatender às exigências habilitatórias, o pregoeiro examinará as ofertas subsequentes e a qualificação dos licitantes, na ordem de classificação, e assim sucessivamente, até a apuração de uma que atenda ao edital, sendo o respectivo licitante declarado vencedor;” (G.N.)

A sistemática adotada pela BEC, portanto, segue, à risca o disposto na Lei das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, por considerar a aplicabilidade do direito de preferência, com o consequente lançamento de nova oferta, apenas quando da conclusão da fase de CLASSIFICAÇÃO. Há que se perceber, portanto, que, durante a fase da NEGOCIAÇÃO, se percebe exaurida e ultrapassada a fase DE ANÁLISE DO DIREITO DE PREFERÊNCIA.

Vide §1º, do art. 44 da LC 123/06:

“§1º Entende-se por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada”.

Combinado com item 5.18 do edital. In verbis:

“5.18 - 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”. (G.N.)

Nota-se, com isso, que o sistema BEC, de fato não poderia abrir a possibilidade solicitada pela recorrente, uma vez que tal assertiva não encontra supedâneo no ordenamento jurídico vigente.

Um ponto digno de nota diz respeito ao modo como o portal da Bolsa Eletrônica trata a fase de negociação. De acordo com o manual do sistema, que pode ser baixado no link https://www.bec.sp.gov.br/becsp.aspx/Downloads_Editais_minuta.aspx?idManual=4, no item 18, página 69, quando o pregoeiro rejeita uma proposta *“O sistema trará, automaticamente, se houver, o próximo licitante detentor da melhor oferta”*.

Ou seja, não há como se considerar a possibilidade de qualquer ação diversa da negociação com o segundo colocado.

E a razão para tal entendimento é bem simples: a não aceitação da proposta melhor colocada não gera sua desclassificação, mas, tão somente, afasta seu aproveitamento. A própria ata de sessão pública evidencia isso, quando mantém como “Válido e Confirmado” o lance formulado pela empresa MOURA COFFEE VENDING LOCAÇÕES E SERVIÇOS LTDA – ME.

Ainda nessa linha, chamo atenção ao fato de a empresa melhor colocada, a despeito de não haver sido declarada vencedora do certame, é enquadrada como MICROEMPRESA, o que, nos termos do art. 45, §2º da Lei Complementar 123/06 inviabiliza o direito de preferência previsto no art. 44 da mesma Lei. *In verbis*:

“§ 2º - O disposto neste artigo somente se aplicará quando a melhor oferta inicial não tiver sido apresentada por microempresa ou empresa de pequeno porte”.

Nesses termos, para fins de grade de classificação, a melhor colocada foi considerada pelo sistema, PREVIAMENTE À NEGOCIAÇÃO, o que gerou o seguinte resultado na fase de análise de eventual direito de preferência: *“não houve licitante que se encontrasse na condição de empate prevista na Lei Complementar 123/06”*.

Por fim, chamo a atenção que tal entendimento igualmente encontra guarida na legislação complementar estatutária, uma vez que o §2º, do art. 45 exige, apenas, a apresentação da proposta por ME ou EPP, para fins de não incidência do direito à preferência, e não a aceitabilidade da proposta respectiva.

3. DA DECISÃO

Por todo o exposto, recomendo o INDEFERIMENTO DO RECURSO, com a adjudicação do objeto ao licitante declarado vencedor, e a homologação do certame, nos termos do inciso VI, do art. 43 da Lei 8.666/93, combinado com o disposto no inciso XXII, do art. 4º da Lei 10.520/02.



Documento assinado eletronicamente por **Emerson Ribeiro Araújo, Pregoeiro**, em 09/04/2019, às 18:30, conforme art. 1º, III, "b", da Lei 11.419/2006.



A autenticidade do documento pode ser conferida no site <http://sei.tjmsp.jus.br/verifica.php> informando o código verificador **0227003** e o código CRC **9AB1B7F5**.