



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

## DESPACHO

São Paulo, 16 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, nº 128 – Vila Bertioga – 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, nº 44, Sala 214, Bairro Glória, Rio de Janeiro/RJ, pelas RAZÕES abaixo consignadas.

Alega a RECORRENTE que com a desclassificação da primeira colocada, em sede de negociação e abertura da mesma fase com o segundo colocado, não lhe foi concedido o direito à formulação de um novo lance, previsto no inciso I, art. 45 da Lei Complementar 123/06, pelo que, em seu entender, foi violado seu direito de preferência.

O pleito pode ser resumido no seguinte trecho, transcrito:

*“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 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”.*

Requeru, ao final, a anulação do certame, por vício de legalidade.

A empresa vencedora não se dignou a consignar razões, tão somente afirmando ser a decisão tomada pelo Sr. Pregoeiro soberana, pelo que deve ser respeitada.

O Sr. Pregoeiro consignou ser impossível o acolhimento do recurso, levando em conta o fato de o certame não permitir tal assertiva.

De acordo com a manifestação juntada aos presentes autos, o direito de preferência se verifica ao término da fase de lances, o que não houve no presente certame pois a melhor proposta foi apresentada por empresa enquadrada nos termos do § 2º, art. 45 da Lei Complementar nº 123/06.

Outrossim, a desclassificação mencionada, de acordo com o Sr. Pregoeiro, se deu em sede de negociação, e, portanto, não haveria a possibilidade de retroagir aos atos praticados, conforme pugna RECORRENTE.

Assevera que:

*“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:*

*(...)*

*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”.*

Ao final, pugnou pelo indeferimento do recurso, com a adjudicação do objeto ao licitante declarado vencedor, e a homologação do certame, nos termos do inciso VI, art. 43 da Lei 8.666/93, combinado com o disposto no inciso XXII, art. 4º da Lei 10.520/02.

O Sr. Coordenador de Gestão Administrativa e o Sr. Diretor de Administração e Contabilidade se alinharam ao posicionamento do Sr. Pregoeiro, tendo o último destacado o transcrito:

*“Esclareço que conforme demonstrado na Ata de Sessão Pública, página 04, documento (0225719), o direito de preferência exercido pelas micros e pequenas empresas, no Pregão Eletrônico realizado pela BECSP, se dá na etapa final da fase de lances, após essa fase, inicia-se a fase de negociação, sendo que nesta nova etapa não se permite mais o exercício do direito de preferência, conforme consta da própria Ata, e ratificado pelo Sr. Coordenador de Gestão Administrativa”.*

Eis a síntese do necessário.

De fato, a pretensão recursal não merece acolhimento.

Isso porque, efetivamente, o arcabouço normativo que dá embasamento ao Sistema BEC não conta com a previsão alegada pelo RECORRENTE.

Vejamos.

De acordo com o art. 44, §1º, da Lei Complementar nº 123/06, *“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”.* (G.N.)

É de se ressaltar que o texto em destaque faz referência à classificação das propostas, para fins de apuração de eventual exercício do direito de preferência.

A fase classificatória, de acordo com os itens 5.7 e 5.8 do Edital, se encerra ao término da etapa de lances. Em termos:

*“5.7 - Encerrada a etapa de lances, o sistema divulgará a nova grade ordenatória, contendo a classificação final, em ordem crescente de valores, considerando o último preço admitido de cada licitante.*

*5.8 - Para essa classificação, será considerado o último preço ofertado, por licitante”.* (G.N.)

A eliminação da proposta vencedora, apresentada por microempresa, se deu na fase seguinte à classificação, qual seja a FASE DE NEGOCIAÇÃO.

A intenção recursal, na realidade, visa à retroação da Fase de Negociação para a Fase de Classificação, o que, como já explanado, não encontra guarida legal.

Texto análogo, em sentido contrário ao pleiteado, pode ser verificado, inclusive, nas disposições do § 5º, art. 43 da Lei nº 8.666/93, a seguir transcrito:

*“§5º Ultrapassada a fase de habilitação dos concorrentes (incisos I e II) e abertas as propostas (inciso III), não cabe desclassificá-los por motivo relacionado com a*

*habilitação, salvo em razão de fatos supervenientes ou só conhecidos após o julgamento". (G.N.)*

Nestes termos, INDEFIRO o recurso interposto e determino o seguimento do certame, nos termos da Lei nº 10.520/02 combinada com as disposições da Lei nº 8.666/93.



Documento assinado eletronicamente por **Gilson Rosenfeld Roza, Secretário**, em 16/04/2019, às 20:39, conforme art. 1º, III, "b", da Lei 11.419/2006.



A autenticidade do documento pode ser conferida no site <http://sei.tjmosp.jus.br/verifica.php> informando o código verificador **0227769** e o código CRC **D717AB23**.