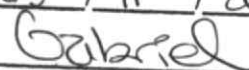


ILUSTRÍSSIMO SENHOR (a) PRESIDENTE (a) DA COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÕES DA PREFEITURA MUNICIPAL DE BIRIGUI

PREZADO SENHOR (A) PREGOEIRO (A)

PREFEITURA MUNICIPAL DE BIRIGUI  
Diretoria de Materiais

Certifico que recebi este expediente na  
Diretoria de Materiais às 15 : 00 h  
do dia 23 / 11 / 2015.



Servidor Responsável

PREGÃO PRESENCIAL N° 140/2015

EDITAL N° 223/2015

DATA E HORA DA ABERTURA DA SESSÃO PÚBLICA: 19/11/2015

OBJETO: OBJETO: AQUISIÇÃO DE APARELHO DE ANESTESIA DESTINADO AO ATENDIMENTO DO CONVÊNIO N° 836/2014, FIRMADO COM A SECRETARIA DE ESTADO DA SAÚDE-SECRETARIA DE SAÚDE, CONFORME ESPECIFICAÇÕES DO ANEXO I.

**RECURSO**

A CIRÚRGICA NEVES LTDA EPP, inscrita no CNPJ sob o n° 04.182.003/0001-44, estabelecida na Rua Vinte e Quatro de Dezembro, n° 1.360, Bairro Alto Cafezal, CEP. 17.504-010 na Cidade Marília – SP, neste ato representada pelo Sr. Odair Donizeti Neves, portador do documento de identidade n° 12.158.313 SSP/SP, inscrito no CFP sob o N° 031.513.388-01 vem mui respeitosamente perante V.S.ª, tempestivamente, apresentar **RECURSO** contra os atos decisórios do Processo Licitatório supra citado, realizado pela Prefeitura Municipal de Birigui, tendo este processo sido realizado de forma presencial.

I- DOS FATOS

O presente instrumento público visa através de edital nº 223/2015 realizar **Aquisição de aparelho de anestesia destinado ao atendimento do convênio nº 836/2014, firmado com a Secretária de Estado da Saúde –Secretária da Saúde, conforme especificações do Anexo I,** a qual será processada e julgada em conformidade com a Lei Federal nº. 10.520/02, Decreto Municipal nº. 4.186/2007 aplicando-se subsidiariamente no que couber a Lei Federal nº. 8.666/93, atualizada pela Lei complementar nº 123 de 14 de dezembro de 2006, atualizada pela Lei Complementar nº 147 de 07 agosto de 2014 e demais normas aplicáveis.

No processo em questão, tendo a Recorrente atendido a todos os quesitos, editais, inclusive no que se refere a Lei 123 de 14 de dezembro de 2006, pois encontra-se devidamente enquadrada na condição de EPP- Empresa de Pequeno Porte, conforme documentos apresentados no processo.

Ocorre que, na etapa de lances os benefícios assegurados pela Lei nº 123/2006, artigos 44 e 45, as Empresas ME e EPP, não foram respeitados, ou seja, houve flagrante desrespeito à **legislação vigente.**

A Lei Complementar nº 123/06 assegura às microempresas e às empresas de pequeno porte preferência nas contratações, direito de preferência em caso de empate técnico (art. 44). No pregão, consideram-se empatadas aquelas situações em que as propostas apresentadas por ME e EPP sejam iguais ou até 5% superiores ao melhor preço obtido ao final da fase de lances (art. 44, § 2º, da LC nº 123/06).

Nos termos do art. 45, § 3º, da LC nº 123/06, havendo o empate, a ME ou EPP mais bem classificada será convocada para apresentar nova proposta, logo após o encerramento da fase de lances, quando lhe será oportunizado o prazo de cinco minutos **para exercer seu direito de preferência**, no processo em epígrafe, **NÃO OCORREU**, pois por liberalidade da Pregoeira, e contrário a legislação em flagrante desrespeito, após declinar na etapa de lance a Recorrente, restou **APENAS** <sup>2</sup>



Representante: **KTK/ Ortosíntese/ Samtronic/ Deltronix/Instramed**  
a Empresa vencedora com valor inferior inferior a 5%, ao preço da Recorrente/EPP, assim a Pregoeira iniciou fase de **NEGOCIAÇÃO DIRETA COM A EMPRESA DIXTAL**, ou seja, não possibilitou o exercício do direito de preferência da EPP.

Por final, restou consagrada de forma irregular como vencedora a Empresa **Dixtal Biomédica Indústria e Comércio Ltda.**, razão pela qual a Recorrente vem impetrar o presente recurso.

## II- DO MÉRITO

É mister inicialmente reiterar que, conforme rege a Lei 8.666/93 e suas alterações, Lei Complementar nº 123/06 o Edital em questão é soberano e possui em seu escopo cláusulas para tratamento diferenciado de Empresas ME e EPP, assim consideradas e devidamente comprovadas nos termos da Lei.

Dispõe o edital:

“3.2 - Para obter os benefícios da Lei Complementar n.º 123/06, atualizada nos termos da Lei Complementar n.º 147/2014, a qualidade de microempresa ou empresa de pequeno porte deverá estar expressa no documento apresentado em cumprimento ao item 3.1, alínea “a”, e item 6.1.1, alíneas “a” a “d” deste edital, nos termos do disposto no artigo 72 da referida Lei Complementar N.º 123/06, atualizada nos termos da Lei Complementar n.º 147/2014.

3.2.1 - para se enquadrar na condição de microempresa ou empresa de pequeno porte, a sociedade empresária, a sociedade simples e o empresário a que se refere o artigo 966 da Lei 10.406/02, devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, deverão cumprir as disposições do artigo 3º da Lei Complementar n.º 123/06, além de não incorrer em nenhuma das exceções contidas nos incisos I a X do § 4º do artigo 3º da Lei Complementar n.º 123/06, atualizada nos termos da Lei Complementar n.º 147/2014.”

A Recorrente, atendeu as cláusulas acima determinadas pelo Edital, razão pela qual não entendeu o porquê da Pregoeira, usa-la em benefício de empresa não enquadrada na Lei 123/06, como ocorreu no caso em tela, é fato que todas as exigências ali contidas devem ser seguidas





**CIRURGICA NEVES LTDA -EPP**

Representante: KTK/ Ortosíntese/ Samtronic/ Deltronix/ Instramed não podendo/devendo a Administração legislar, entender ou subentender sob critérios a divergir do Instrumento Convocatório sob pena de frustrar o caráter competitivo da licitação, ferindo o princípio da isonomia, estabelecendo distinções e em especial CRIANDO VÍCIOS AO EDITAL não permitidos por Lei, sob pena de questionamentos aos Órgãos reguladores competentes.

No processo em questão, a Empresa **Dixtal** declarada vencedora no certame, teve prerrogativas, que são contrárias a Lei 123/06, ou seja, a Recorrente tendo declinado no valor de **R\$ 58.499,00**, a Empresa **Dixtal** ofertou em seguida o valor de **R\$ 58.000,00**, ou seja, lance **INFERIOR A 5%**, e a Pregoeira por liberalidade iniciou fase de **negociação direta com a Empresa Dixtal**, chegando ao valor de **R\$ 55.000,00**, assim, impedindo a Empresa EPP- Recorrente de exercer o direito de preferência, ou seja, a Pregoeira **NÃO CONCEDEU ESTE DIREITO ESTABELECIDO EM LEI 123/06**.

O ato perpetrado pela Pregoeira, macula o processo e causa vícios insanáveis, com desrespeito à Lei e notório privilégio a Empresa vencedora.

Neste sentido entendimentos Jurisprudencias:

**REEXAME NECESSÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - PROCESSO LICITATÓRIO - LC 123/06 - MICROEMPRESA - CONDIÇÃO COMPROVADA. 1 - Concede-se mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, sempre que, ilegalmente, ou com abuso de poder, alguém estiver sofrendo violação ou houver justo receio de sofrê-la, por parte de autoridade. 2 - Em sede de licitação envolvendo micro ou empresa de pequeno porte, legítima é a aplicação dos arts. 44 e 45, da LC 123/06 que autoriza a adoção do procedimento para efeito de desempate entre as propostas. 3 - Comprovada a condição da parte impetrante como microempresa, nos termos e prazos edilícios, há de se considerá-la como vencedora do certame. (TJ-MG - REEX: 10627120000880002 MG, Relator: Rogério Coutinho, Data de Julgamento: 27/03/2014, Câmaras Cíveis / 8ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 07/04/2014).**

**APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA - PRETENSÃO DE VER DECLARADA A NULIDADE DE LICITAÇÃO, COM FULCRO NA INAPLICABILIDADE DA LEI**



Representante: KTK/ Ortosíntese/ Samtronic/ Deltronix/ Instramed  
COMPLEMENTAR N. 123/2006 E NA EXISTÊNCIA DE VÍCIOS  
FORMAIS E PROCEDIMENTAIS - INOCORRÊNCIA - BENEFÍCIOS  
PREVISTOS NO DENOMINADO ESTATUTO NACIONAL DA  
MICROEMPRESA E DA EMPRESA DE PEQUENO PORTE, EM  
SEUS ARTIGOS 44 E 45, QUE SÃO AUTO-APLICÁVEIS -  
AUSÊNCIA, ADEMAIS, DE QUALQUER PREJUÍZO EFETIVO À  
RECORRENTE POR CONTA DAS IRREGULARIDADES  
APONTADAS - RECURSO DESPROVIDO. "[. . .] não caberá negar  
a uma ME ou a uma EPP a possibilidade de beneficiar-se das  
regras previstas nos arts. 42 a 45 da LC n. 123, nem mesmo sob  
o argumento de ausência de regulamentação. Também não  
caberá afirmar que o ato convocatório não forneceu a solução  
cabível para o exercício e para o deferimento dos benefícios.  
Ainda que não haja regulamentação e não obstante o silêncio do  
edital, os benefícios previstos na LC n. 123 deverão ser  
reconhecidos, deferidos e aplicados - sob pena de  
configuração de nulidade da decisão denegatória."(Marçal  
Justen Filho, in O Estatuto da Microempresa e as Licitações  
Públicas, 2ª ed., São Paulo: Dialética, 2007. p. 21)." O prestígio às  
formalidades que envolvem o processo licitatório deve preservar  
o caráter competitivo do certame e o interesse público, que  
constituem seu real objetivo. " (Reexame Necessário em  
Mandado de Segurança n. 2010.051881-4, rel. Des. Sônia Maria  
Schmitz, j. 26-10-2010). (TJ-SC - MS: 20080572206 SC  
2008.057220-6 (Acórdão), Relator: Cid Goulart, Data de  
Julgamento: 04/11/2013, Segunda Câmara de Direito Público  
Julgado)

Destarte, o edital ser claro em mencionar que será respeitado o direito de preferência para as Empresa ME e EPP, em consonância com a Lei 123/06, nos termos do item III, cláusulas 3.2 e 3.21, não foi que pudemos observar no caso em tela.

Tendo em vista que, o processo deve transcorrer dentro dos ditames legais, e assim, seguindo as normativas vigentes como a Lei Federal nº. 10.520, de 17 de julho de 2002, Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, o Administrador público na qualidade de executor de atos deve ter como norte os princípios constitucionais que regem as Licitações públicas, são eles, a isonomia, legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.



Representante: KTK/ Ortosíntese/ Samtronic/ Deltronix/Instramed  
No processo em questão houve verdadeira afronta a todos os princípios

acima mencionados de forma a prejudicar a Recorrente, que tem seus direitos assegurado em Lei, e foram frontalmente violados, ferindo portanto o Princípio da Isonomia exposto na Constituição Federal inscrito no artigo 5º, que veda a distinção de toda e qualquer natureza, estabelecendo a igualdade de todos perante a lei, ou seja, não pode haver distinção entre licitantes, devendo todos ser tratados de forma igual pela administração pública naquilo que couber, não havendo privilégios de uns em detrimentos de outros.

Ocorre que, ao iniciar fase de **NEGOCIAÇÃO DIRETA** com a Empresa **DIXTAL** após a Recorrente declinar e **permitir que esta exercesse o direito de preferência garantido por lei**, causou a aqueles que confiam na Administração Pública indignação, porque depositamos nestes entes confiança, e prezamos para que façam com o dinheiro público aquisições que sejam de qualidade e benéficas aos usuários, o servidor público tem a função/dever de garantir a aquisição/contratação dentro dos parâmetros legais, deverá agir no estrito cumprimento da LEI, o que não ocorreu.

### III- DOS FUNDAMENTOS LEGAIS

O princípio da Legalidade, previsto no art.5º, II da Constituição Federal, limita a Administração Pública a somente exigir nos Editais de licitação o que está previsto na lei, bem como, cumprir a Lei que rege as compras da Administração Pública, não favorecendo e nem beneficiando qualquer licitante, senão aqueles previstos em Lei.

Alexandre de Moraes, analisando este tema se expressa da seguinte maneira:

**“O Administrador público somente poderá fazer o que estiver expressamente autorizado em lei e nas demais espécies normativas, inexistindo, pois, incidência de sua vontade subjetiva, pois na administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza (MORAES, Direito Constitucional, p.324).”**



**Representante: KTK/ Ortosíntese/ Samtronic/ Deltronix/ Instramed**

*Este princípio, constitui em uma garantia para os licitantes, pois o mesmo proíbe que a Administração Pública, inclua como requisito para habilitação qualquer documento que não tem previsão legal e que não esteja incluída na Lei 8.666/93, e suas atualizações, bem como solicite nos descritivos técnicos características peculiares, que apenas um fornecedor possui, que mantenha classificada licitante que não atende aos requisitos do edital, ou ainda, beneficie uma empresa em detrimento da outra.*

*Neste sentido, tendo que a declaração de vencedora dada a Empresa **DIXTAL**, ocorreu de forma irregular, devem os atos serem **sumariamente considerados como NULOS**, pois, não pode a Sra. Pregoeira por simples ato de vontade entender este da melhor forma que lhe aprouver, esta deve respeitar o Edital e as Leis que o embasam, e assim seguir o que ali determina, **senão para que serviria o instrumento convocatório**, poderia chamar o Fornecedor e negociar livremente sem o uso de Edital, gastos com publicação, trabalho de outros servidores, gerando custos desnecessários ao erário público.*

*Cumprido ressaltar que, o representante da Recorrente a todo instante alertou a Pregoeira e sua Equipe quanto aos seus direitos, estabelecidos na Lei 123/06, no entanto, ainda assim, de forma irregular a esta iniciou-se fase **NEGOCIAÇÃO DIRETA** com a empresa vencedora.*

*Neste passo, tem-se que observar uma das garantias constitucionais para o licitante, que se retrata no Princípio da Impessoalidade, que tem por objetivo limitar as ações do Administrador Público a praticar atos para o seu fim legal, ou seja, nas licitações não é basicamente escolher a proposta mais vantajosa para Administração, é o impedimento em favorecer determinadas pessoas por amizade, ou simplesmente simpatia, este princípio também é chamado de princípio da finalidade administrativa. Conforme afirmado por Hely Lopes Meirelles.*

**“O princípio da impessoalidade, referido na Constituição de 1988 (art.37, caput), nada mais é que o clássico princípio da finalidade, o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para o seu fim legal. E o fim legal é,**



**Representante: KTK/ Ortosíntese/ Samtronic/ Deltronix/Instramed  
unicamente aquele que a norma de direito indica expressa  
ou virtualmente como objetivo do ato, de forma impessoal.  
(MEIRELLES, Direito administrativo brasileiro, p.82). "**

*Com este princípio pode se concluir que o administrador é um executor de atos, cabendo a este exercer e cumprir as manifestações da vontade Estatal, ou seja, cumprir a Lei.*

*Pelo princípio da moralidade administrativa, não bastará ao Administrador o cumprimento da estrita legalidade, devendo ele, no exercício de sua função pública, **respeitar os princípios éticos de razoabilidade e justiça**, pois a moralidade constitui a partir da Constituição Federal de 1988, pressuposto de validade de todo ato da Administração Pública.*

*A Administração Pública deve privar pela legalidade dos atos públicos e isso tem como fator norteador o Princípio da Probidade Administrativa que se refere à honestidade que deve ter o Administrador público nas licitações, não procurando satisfazer os próprios interesses. Os integrantes das Comissões de Licitação, e todos aqueles que têm participação nas licitações não devem de maneira alguma visar o proveito próprio, sendo assim honestos e íntegros, é o que todos os licitantes esperam.*

*Visando estabelecer a transparência de seus atos a Administração Pública, se encontra vinculada ao Instrumento Convocatório, sendo assim, a Lei interna daquele processo, não podendo ser exigido, nada mais do que consta no edital, nem mesmo, realizar atos não previsto neste e nas Leis que regulamentam todo o processo.*

*Assim dispõe os artigos 44 e 45 da Lei 123/2006:*

**Art. 44. Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.**

§ 1º (...)

§ 2º Na modalidade de pregão, o intervalo percentual estabelecido no § 1º deste artigo será de até 5% (cinco por cento) superior ao melhor preço.

**Art. 45. Para efeito do disposto no art. 44 desta Lei Complementar, ocorrendo o empate, proceder-se-á da seguinte forma:**





Representante: KTK/ Ortosíntese/ Samtronic/ Deltronix/ Instramed  
I - a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada poderá apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame, situação em que será adjudicado em seu favor o objeto licitado;  
II - (...)  
III - (...)  
§ 1º (...)  
§ 2º (...)  
§ 3º No caso de pregão, a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada será convocada para apresentar nova proposta no prazo máximo de 5 (cinco) minutos após o encerramento dos lances, sob pena de preclusão.

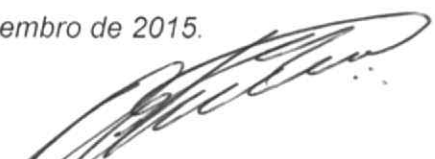
*Pugna, pelo comprimento da Lei 123/06 nos termos dos artigos 44 e 45 e seus incisos, de modo a garantir a Empresa de Pequeno Porte ora Recorrente o direito de preferência na contratação do processo em epigrafe, pois a negociação direta realizada com a Empresa Dixtal se procedeu de forma ilícita.*

#### IV- DOS REQUERIMENTOS

*Diante do exposto, requer que seja o presente Recurso recebido e processado, afim de que V.S.<sup>a</sup> proceda a desclassificação da Empresa **Dixtal Biomédica Indústria e Comércio Ltda**, ora declarada vencedora no certame de forma irregular e por conseguinte em atendimento a Lei 123/06, artigos 44 e 45 seja dado o direito de preferência a Empresa **Cirúrgica Neves Ltda Epp**, possibilitando a retomada da etapa de negociações, que desde já requer como medida de *lidima justiça*, desta forma sanando tal ilegalidade e os vícios que maculam o certame.*

Nestes Termos,  
aguardamos um pronunciamento.

Marília, 20 de novembro de 2015.

  
\_\_\_\_\_  
Odair Donizeti Neves  
Sócio-Diretor  
CPF: 031.513.388-01/ RG: 12.158.313 SSP/SP

9