

## **À COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO DO MUNICÍPIO BARRA BONITA/SC.**

Prezado Presidente,

Tomada de Preço n. 52/2019 TP  
Processo Licitatório n. 51/2019.  
Data do Processo 26/04/2019.

**DEIVYS KUNRATH – ME (GDK ENGENHARIA & CONSTRUÇÃO)**, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF sob o n. 23.351.128/0001-03, com sede administrativa na Avenida Porto Alegre, nº 2323, Bairro Pioneiro, na cidade de Pinhalzinho/SC, neste ato representada por seu sócio administrador, **Sr. Deivys Kunrath**, inscrito no CPF/MF sob o n. 087.989.269-26, vem, em tempo e modo oportunos e com fundamento na legislação vigente, apresentar as **RAZÕES RECURSAIS** em face do disposto na ata do processo licitatório em comento, e o faz com fulcro nos fatos e argumentos a seguir anotados.

### **1. DA NECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO E DA TEMPESTIVIDADE DO RECURSO.**

Tendo em vista que, conforme a ata do processo licitatório ora atacado, a Recorrente restou inabilitada do certame, imperiosa a interposição do presente recurso, o qual visa à habilitação desta para o processo licitatório em comento, pelos fatos e fundamentos que a seguir serão arguidos.

Ainda, importante constar que o presente recurso se mostra **tempestivo**, tendo em vista ter sido interposto antes da data limite fixada na ata de recebimento e abertura de documentação, data esta determinada para o dia de 29 de maio de 2019.

Assim sendo, deve ser recebida e posteriormente julgada a presente peça, nos termos da lei aplicável ao tema.

### **2. DOS ARGUMENTOS DA RECORRENTE.**

Em que pese ter sido inabilitada para o certame, sob o argumento de que a Recorrente "*não apresentou comprovante do material (tinta) a ser utilizada na obra*", tal situação não pode prevalecer, tendo em vista os seguintes fatos e fundamentos jurídicos.

Nobre Comissão, a Recorrente restou inabilitada por não cumprir os itens 4.8 e 4.8.1 do edital licitatório, *in verbis*:

#### 4. ENVELOPE Nº. 001 – HABILITAÇÃO

[...]

4.8 – Os licitantes devem comprovar através de prospectos/catálogos ou amostra das tintas, a qualidade da tinta a ser utilizada na execução do projeto.

4.8.1 – As tintas a serem utilizadas devem ser utilizadas devem ser de primeira qualidade, primeira linha, ou (premium).

Contudo, a inabilitação da Recorrente, **além de ilegal**, mostra-se em afronta aos princípios basilares da Administração Pública, conforme poderá ser observado:

#### **2.1. Da obscuridade quanto ao momento da comprovação da qualidade das tintas a serem utilizadas na execução do projeto.**

Julgadores, em melhor análise ao Edital do certame, existe clara obscuridade quanto ao momento da apresentação do prospecto/catálogo ou amostra das tintas a serem utilizadas na execução do projeto.

Verifica-se que a exigência editalícia não impõe aos licitantes que seja comprovado via prospecto/catálogo ou amostra das tintas no **momento da abertura dos envelopes do processo licitatório**.

O Edital prevê que "*os licitantes devem comprovar através de prospectos/catálogos ou amostra das tintas, a qualidade da tinta a ser utilizada na execução do projeto*", contudo, **não determina o momento em que deve ser feita tal comprovação**.

Ademais, somado a tal fato e conforme será demonstrado no tópico a seguir, não pode a Administração Pública condicionar a habilitação de qualquer dos licitantes a apresentação de amostras. O licitante, ciente de tal situação, sequer imaginou que poderia ser inabilitado caso não apresentasse as amostras no momento da abertura do primeiro envelope.

Assim sendo, da forma como está estruturado, certamente o Edital induziu a licitante Recorrente em erro, tendo em vista ter deixado clara margem de interpretação no tópico ora abordado. Desta forma, permitindo ampla interpretação, não pode o Recorrente ser penalizado por falha editalícia, devendo, desta forma, ser habilitado para participar do certame licitatório ora atacado.

#### **2.2. Da impossibilidade de exigência de amostra como condição para participação na licitação.**

Conforme pacífico entendimento doutrinário e jurisprudencial, a apresentação das amostras ou catálogos, em qualquer modalidade licitatória, seja

esta presencial ou eletrônica, deve ser exigida somente ao primeiro colocado do processo licitatório. Observa-se:

"Se for o caso de apresentação de amostras, afigura-se evidente o descabimento de impor-se a exigência em relação a todos os licitantes. A única alternativa será determinar que o licitante cuja oferta sagrar-se vencedora deverá apresentar a amostra antes da assinatura do contrato. Ou seja, os licitantes terão conhecimento de que, se saírem vencedores do certame, terão de encaminhar imediatamente a amostra do objeto ofertado" (cf. Marçal Justen Filho in Pregão – Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico, 2ª ed., Dialética, São Paulo, 2003, p. 116).

A apresentação de amostra deverá ser feita apenas pelo licitante que se sagre vencedor do certame, ou seja, para fins de contratação. Vejamos:

"[...] a apresentação e o julgamento da amostra deverá ocorrer como última etapa antes de proclamar-se o vencedor do certame. Isso significa que, encerrada a fase de lances, deverá desencadear-se o exame da documentação de habilitação. Somente se passará ao recebimento e avaliação de amostras relativamente ao licitante que preencher todos os demais requisitos para ser contratado. Desse modo, evita-se que sejam promovidas as diligências relativamente à amostra em face de um licitante que não disponha de condições de ser contratado por ausência de requisitos de habilitação (....)".(cf. in. Pregão – Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico, 5ª ed., São Paulo, Dialética, 2009, p. 137 e 138).

Corroborando esse entendimento, temos as lições de Marcelo Palavéri:

"Com efeito, as amostras nada têm a ver com a fase de habilitação, de modo que não estão elas vinculadas, não podendo permitir, no caso de inadequadas, a inabilitação dos licitantes. Amostras dizem respeito ao objeto da disputa, portanto vinculadas à proposta comercial, devendo ser analisada como parte integrante desta". (cf. in *Licitações Públicas. Comentários e notas às súmulas e à jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo*, 1ª ed., Belo Horizonte, Ed. Fórum, 2009, p. 303 e 304).

A Corte de Contas da União assim se manifestou:

**A EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE AMOSTRAS EM PREGÃO PRESENCIAL É ADMITIDA APENAS NA FASE DE CLASSIFICAÇÃO DAS PROPOSTAS E SOMENTE DO LICITANTE PROVISORIAMENTE CLASSIFICADO EM PRIMEIRO LUGAR.**

Representação de empresa acusou supostas irregularidades na condução do Pregão Presencial para Registro de Preços nº 20/SME/DME/2012, realizado pela Secretaria Municipal da Educação de São Paulo, com aporte de recursos federais e que tinha por objeto a aquisição de suco de

laranja integral pasteurizado congelado e de néctar de frutas congelado. Além da realização de pregão presencial em vez de sua forma eletrônica e a ausência de especificação de quantitativos dos itens a serem adquiridos, **detectou-se suposta irregularidade consistente na "exigência de amostras de todas as licitantes"**. Quanto a esse quesito do edital, a unidade técnica informou que **"A jurisprudência consolidada do TCU é no sentido de que a exigência de apresentação de amostras é admitida apenas na fase de classificação das propostas, somente do licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar e desde que de forma previamente disciplinada e detalhada no instrumento convocatório"**. Mencionou, em seguida, deliberações que respaldam esse entendimento: Acórdãos 1.291/2011-Plenário, 2.780/2011-2ª Câmara, 4.278/2009-1ª Câmara, 1.332/2007-Plenário, 3.130/2007-1ª Câmara e 3.395/2007-1ª Câmara. O relator, em face desse e dos demais indícios de irregularidades apontados na representação determinou a suspensão cautelar do certame e a oitiva daquele órgão, decisão essa que mereceu o endosso do Plenário. Após a análise das respostas à oitiva realizada, ressaltou a unidade técnica que: **"A exigência de amostras a todos os licitantes, na fase de habilitação ou de classificação, além de ser ilegal, pode impor ônus excessivo aos licitantes, encarecer o custo de participação na licitação e desestimular a presença de potenciais interessados"**. Potenciais interessados de cidades próximas a São Paulo ou em outros Estados seriam submetidos a ônus maior, dada a necessidade de envio de representante para apresentar amostra, "quando sequer sabem se sua proposta será classificada em primeiro lugar". Propôs, ao final, em razão dessa e das outras irregularidades identificadas no edital, a anulação do certame. O relator endossou a análise e as conclusões da unidade técnica. **O Tribunal, então, em face dessa e de outras ocorrências, decidiu: a) assinar prazo para que a Secretaria Municipal da Educação do Município de São Paulo adote providências com o intuito de anular o Pregão Presencial para Registro de Preços nº 20/SME/DME/2012; b) determinar a esse órgão também que, caso opte por promover nova licitação em substituição ao Pregão Presencial para Registro de Preços nº 20/SME/DME/2012: "(...) observe que a exigência de apresentação de amostras é admitida apenas na fase de classificação das propostas, somente do licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar e desde que de forma previamente disciplinada e detalhada no instrumento convocatório"**. Precedentes mencionados: Acórdãos nº 1.291/2011-Plenário, nº 2.780/2011-2ª Câmara, nº 4.278/2009-1ª Câmara, nº 1.332/2007-Plenário, nº 3.130/2007-1ª Câmara e nº 3.395/2007-1ª Câmara. Acórdão nº 3269/2012-Plenário, TC-035.358/2012-2, rel. Min. Raimundo Carreiro, 28.11.2012. (grifo nosso).

Em outro Acórdão, o mesmo Tribunal assim entendeu:

"AMOSTRAS. DOU de 13.06.2008, S. 1, p. 106. Ementa: O TCU determinou ao Gabinete do Comandante do Exército que, em certames licitatórios, se limitasse a exigir a apresentação de amostras ou

**protótipos dos bens a serem adquiridos ao licitante provisoriamente em primeiro lugar**, nos termos dos incisos XII e XIII, art. 4º da Lei nº 10.520/2002 c/c art. 30 da Lei nº 8.666/1993, observando, no instrumento convocatório, os princípios da publicidade dos atos, da transparência, do contraditório e da ampla defesa (item 9.2.1, TC-017.246/2006-5, Acórdão nº 1.113/2008-TCU-Plenário)".

"12. **De fato, não há que se falar em exigência de amostras de todos os participantes do pregão.** Nesse sentido, cabe novamente transcrever trecho do Voto do Ministro Walton Alencar Rodrigues no TC 001.103/2001-0, condutor do Acórdão n. 1.237/2002-Plenário-TCU, que bem elucidou esta questão:

"A exigência de amostras, na fase de habilitação, ou de classificação, feita a todos os licitantes, além de ilegal, poderia ser pouco razoável, porquanto importaria ônus que, a depender do objeto, seria excessivo, a todos os licitantes, encarecendo o custo de participação na licitação e desestimulando a presença de potenciais licitantes."

"A solicitação de amostra na fase de classificação apenas ao licitante que se apresenta provisoriamente em primeiro lugar, ao contrário, não onera o licitante, porquanto confirmada a propriedade do objeto, tem ele de estar preparado para entregá-lo, nem restringe a competitividade do certame, além de prevenir a ocorrência de inúmeros problemas para a administração".

Não há previsão na legislação da possibilidade de pedir amostra no processo licitatório. Tanto para a doutrina como para a jurisprudência, **em hipótese alguma é possível que a Administração peça amostra como condição de habilitação da empresa no processo licitatório, seja qual for a modalidade de licitação.**

**Os documentos de habilitação têm a ver com a empresa e não com o produto que esta comercializa.**

Assim, a Administração Pública deve solicitar as amostras somente na fase da análise das propostas.

Desta forma, **resta claro que a Administração Pública não pode condicionar a habilitação ou não da Recorrente a apresentação de prospecto/catálogo ou amostra das tintas, tendo em vista sua ilegalidade**, conforme amplamente demonstrado pela doutrina e julgados acima elencados.

Uma conduta diversa desta, qual seja, a habilitação da Recorrente, sem sobra de dúvidas esta eivada de ilegalidade, motivo pelo qual deve ser atacada e reformada pelo julgador competente.

### 2.3. Da violação dos princípios que regem a administração pública.

Devemos nos atentar ainda que a exigência da apresentação do prospecto/catálogo ou amostra das tintas quando da fase classificatória ou de habilitação **ocasiona a significativa diminuição do universo de licitantes** e, por consequência, a eventualidade de que a Administração Pública não contrate a proposta mais vantajosa para si.

Nesse sentido, dispõe a Lei de Licitações, a qual é clara em seu art. 3º, ao disciplinar que:

**Art. 3º** A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Desta forma, a exigência contida no edital vai contra os princípios basilares da administração pública, restringindo a competição e, conseqüentemente, os interesses da própria Administração Pública.

O certame licitatório tem como princípio basilar a isonomia entre os licitantes, buscando a máxima competitividade, com o fim de alcançar a proposta mais vantajosa à Administração Pública. Sendo assim, são vedadas exigências editalícias que apenas impedem, dificultem ou tragam formalismos exacerbados a participação de empresas na licitação, ferindo o princípio da isonomia, conforme ensina o professor Marçal Justen Filho<sup>1</sup>:

"Não se admite, porém a discriminação arbitrária, produto de preferências pessoais e subjetivas do ocupante do cargo público. A licitação consiste em um instrumento jurídico para afastar a arbitrariedade na seleção do contratante."

"Assim, o ato convocatório viola o princípio da isonomia quando: a) estabelece discriminação desvinculada do objeto da licitação; b) prevê exigência desnecessária e que não envolve vantagem para a Administração; c) impõe requisitos desproporcionados com necessidades de futura contratação; d) adota discriminação ofensiva de valores constitucionais ou ilegais."

"Veda-se cláusula desnecessária ou inadequada, cuja previsão seja orientada não a selecionar a proposta mais vantajosa, mas a beneficiar particulares. (...) A incompatibilidade poderá derivar de a restrição ser excessiva ou desproporcionada às necessidades da Administração. Poderá,

<sup>1</sup> FILHO, Marçal Justen. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos – 8ª edição, Dialética – 2001, págs. 60, 61 e 78.



também, decorrer da inadequação entre a exigência e as necessidades da Administração." (grifos nosso).

O entendimento do STJ adapta-se perfeitamente ao caso ora debatido. Vejamos:

**"As regras do edital de procedimento licitatório devem ser interpretadas de modo que, sem causar qualquer prejuízo à administração e aos interessados no certame, possibilitem a participação do maior número possível de concorrentes, a fim de que seja possibilitado se encontrar, entre várias propostas, a mais vantajosa" (STJ, MS n. 5606/DF, Min. José Delgado, j. 13.5.98).**

Sobre a relevância deste tema, convém citarmos explanação sem retoques elaborada por Toshio Mukai, o qual leciona que *"a disputa entre os proponentes é tão essencial na matéria que, se num procedimento licitatório, por obra de conluio, faltar a competição (ou oposição) entre os concorrentes, falecerá a própria licitação, inexistirá o instituto mesmo"*.<sup>2</sup>

O presente recurso pretende evitar que ocorra restrição desnecessária do universo de possíveis e capacitados competidores, obstando assim a busca da contratação mais vantajosa.

Caso mantenha-se o entendimento no sentido de inabilitação da Recorrente sob este argumento, sem sobra de dúvidas estarão prejudicados os princípios basilares que regem a Administração Pública, especialmente ao princípio da legalidade, da isonomia e o princípio da competitividade.

O presente recurso pretende evitar que ocorra a restrição desnecessária do universo de possíveis e capacitados competidores, o que obsta a contratação da proposta mais vantajosa e limita o leque da licitação a determinadas empresas.

#### **2.4. Da necessidade de cumprimento da exigência editalícia para a contratação da licitante.**

Excelências, não há dúvidas de que, caso consagre-se vencedora no presente processo licitatório, deverá a Recorrente efetivamente comprovar a qualidade das tintas a serem utilizadas na obra, sob pena de não contratação e consequente contratação da empresa que classificou-se em segundo lugar no processo licitatório, e assim sucessivamente. Veja-se o que dispõe a Lei 10.520/02, em seu art. 4º:

**Art. 4º.** A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

[...]

---

<sup>2</sup> MUKAI, Toshio. *Estatutos Jurídicos das Licitações*, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 1992, p.19.

XVI - se a oferta não for aceitável ou se o licitante desatender às exigências habilitatórias, o pregoeiro examinará as ofertas subseqüentes 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;

Desta forma, está ciente a Recorrente de que tem o ônus de comprovar a qualidade das tintas, caso vencedora.

**Não há para a Administração Pública qualquer prejuízo ao habilitar a Recorrente.** Muito pelo contrário, somente terá benefícios, tendo em vista que o universo de competidores irá aumentar, podendo ela assim optar pela proposta que lhe é mais vantajosa, atendendo seus interesses e da população local e cumprindo com os princípios que regem a própria Administração Pública, especialmente no que tange a **legalidade e eficiência**.

### 3. CONCLUSÕES

Nobre Comissão, resta claro que a exigência do prospecto/catálogo ou amostra das tintas quando da fase classificatória ou de habilitação não se coaduna com o melhor direito, doutrina e entendimento dos Tribunais pátrios.

Além do mais, tal fato vai de encontro com os princípios basilares da Administração Pública, tendo em vista que obsta a contratação mais vantajosa, além de ser manifestamente ilegal.

Assim, na melhor forma de direito e **com a finalidade de evitar o ajuizamento da medida judicial cabível para que possa estar devidamente habilitada para o certame, a Recorrente pugna por sua habilitação no presente processo, tendo em vista os exaustivos fatos aqui elencados.**

Somente para corroborar tal fato, no que tange ao entendimento judicial acerca do tema, importante trazer um julgado do Tribunal Catarinense a respeito da matéria, onde não se olvida a concessão da ordem para a habilitação de licitantes em casos análogos. Veja-se:

MANDADO DE SEGURANÇA. REEXAME NECESSÁRIO. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. APRESENTAÇÃO DE AMOSTRAS NA FASE DE HABILITAÇÃO. ARBITRARIEDADE. SENTENÇA MANTIDA. ISENÇÃO DE CUSTAS PROCESSUAIS. INTELIGÊNCIA DO ART. 35 DA LC 161/97. CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. INVIABILIDADE EM SEDE DE MANDADO DE SEGURANÇA QUANDO FOR VENCIDA A FAZENDA PÚBLICA.

[...]



O caso não comporta grandes digressões sobre o tema, uma vez que a sentença garantiu a aplicação dos princípios norteadores do Direito Administrativo relacionados ao processo licitatório.

Dessume-se dos autos que o Edital n. 337/2008, estabelecia como condicionante a entrega de amostras e prospectos do material a ser fornecido. Tal medida visava assegurar a melhor opção de compra para o município dentro das especificações do material exigido.

Ocorre que, a exigência de amostras na fase de habilitação entremostra-se ilegal, afrontando ao disposto no preceito do art. 3º, §1º, I, da Lei n. 8.666/93.

Assim, sendo cediço que este tipo de exigência é viável apenas em etapa adiantada do certame público, sua postergação para garantir a participação dos licitantes é medida indiscutivelmente acertada.

Reexame Necessário em Mandado de Segurança n. 2009.006060-1, de Joinville. Relator Des. Pedro Manoel Abreu (grifo nosso)

#### **4. DOS PEDIDOS**

Diante do exposto, requer:

- a)** O recebimento do presente recurso e seu julgamento;
- b)** Seja deferida a habilitação da empresa Recorrente no certame licitatório, tendo em vista esta estar perfeitamente apta para sua habilitação;
- c)** Supletivamente, sendo necessário, sejam encaminhadas as anexas razões à apreciação da autoridade superior, forte no que dispõe o art. 109 da Lei 8.666/93, para que analise e decida em última instância, no intuito de conceder a habilitação à Recorrente.

Termos em que,

Pede e espera deferimento.

De Pinhalzinho/SC p/ Barra Bonita/SC, 29 de maio de 2019.



**DEIVYS KUNRATH - ME**

CNPJ/MF nº 23.351.128/0001-03

Deivys Kunrath – Sócio Proprietário

**Assunto** Recurso empresa DEIVYS KUNRATH - ME  
**De** GDK CONSTRUÇÕES <construtoragdk@hotmail.com>  
**Para** compras@barrabonita.sc.gov.br  
<compras@barrabonita.sc.gov.br>  
**Data** 2019-05-28 09:55



- RECURSO BARRA BONITA.pdf (~531 KB)

Bom dia, segue em anexo recurso da empresa DEIVYS KUNRATH - ME.  
Desde já, obrigado.

Att. Deivys Kunrath  
Engenheiro Civil / CREA-SC: 136508-0  
Fone: (49) 991957998