

EXMO. SR(a) PREGOEIRA DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO DOMUNICÍPIO DE PARANAIGUARA - GO.

A/C: SRª CLARISSA TAKE CHIYOSHI

REF.: EDITAL DO PREGÃO PRESENCIAL Nº. 041/2018 - SRP

RECURSO ADMINISTRATIVO

A DELTA PRODUTOS E SERVIÇOS LTDA, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ 11.676.271/0001-88, com sede à Estrada do Palmital, 5.000, Palmital, Saquarema/RJ, por seu representante infra assinado, tempestivamente, vem com fulcro no art.109, da Lei 8.666/93, à presença Vossa Senhoria, a fim de apresentar **RECURSO ADMINISTRATIVO** contra a **HABILITAÇÃO da licitante KM INDUSTRIA E COMERCIO DE MOVEIS - EIRELI**.

I - DOS FATOS SUBJACENTES

Acudindo ao chamamento dessa Instituição para o certame licitacional supracitado, participaram dele forma presencial a empresa recorrente e a empresa momentaneamente vencedora, sucede que após a fase de credenciamento e lances, essa conceituada Comissão de Licitações julgou a empresa **KM INDUSTRIA E COMERCIO DE MOVEIS - EIRELI** habilitada no processo.

II - DA CONTRA RAZÃO

Inconformados com as decisões levadas a efeito nos autos da licitação em apreço, contra a decisão proferida, que **HOMOLOGOU** a empresa **KM INDUSTRIA E COMERCIO DE MOVEIS - EIRELI** no processo supra mencionado, desconsiderando a prerrogativa de



PRODUTOS E SERVIÇOS LTDA

averiguação e constatação se a empresa vencedora atenderiam ou não com seus produtos as especificações contidas no edital.

Entendemos que para precaver a Administração de um mau negócio e não ficar à mercê de licitantes que não possuem o objeto da qualidade requerida pelo Poder Público. Explicamos por quê. A apresentação da amostra não pode, de hipótese alguma, ser entendida como devassa ao sigilo constante da proposta, vez que ela - a amostra - será tão-somente a materialização da descrição do objeto ofertado pelo licitante, objeto esse já conhecido de todos desde a publicação do edital, haja vista que as especificações técnicas, obviamente, foram divulgadas. Se porventura o objeto de que o licitante dispõe para oferecer para o Poder Público for diferente do exigido, por consectário lógico, será desclassificado por não atendimento aos requisitos constantes do edital.

Outro ponto é que a exigência da amostra se deve ao fato de ser averiguada as características do produto sob o plano da sua real compatibilidade com o objeto licitado. Não se resume apenas a ver no papel (mera descrição documental, abstrata), mas aferir sua qualidade.

Demais disso, se a celeridade é uma peculiaridade do pregão, ela não deve ser entendida como realizar procedimentos atropelando o bom senso. Em sendo possível resguardar o Poder Público de uma eventual "licitação de grego" (tomando por analogia, e salvas as devidas proporções, o célebre exemplo do cavalo de Tróia), não há motivo para, respeitando-se os trâmites previstos para o procedimento em tela, impedir o requerimento das amostras.

O Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório está insculpido no artigo 41, da Lei 8.666/93, que determina:



PRODUTOS E SERVIÇOS LTDA

"Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada".

Ao comentar o art. 41 acima transcrito, o Prof. Marçal Justen Filho, em sua obra "Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos", ensina:

"O descumprimento a qualquer regra do edital deverá ser reprimido, inclusive através dos instrumentos de controle interno da Administração Pública". (pág. 382).

No dizer do saudoso Prof. Hely Lopes Meirelles, em sua obra "Licitação e Contrato Administrativo",

"Nada se pode exigir ou decidir além ou aquém do edital, porque é a lei interna da concorrência e da tomada de preços" (pág 88).

Em particular alertamos, ser do nosso conhecimento, que a empresa classificada pelo menor preço, NÃO POSSUI OS PRODUTOS ESPECIFICADOS NO TERMO DE REFERENCIA, ISSO PODE SER CONSTADO VERIFICANDO O SITE DA EMPRESA MV2 (MARCA COTADA PELA LICITANTE KM <http://www.m2vmoveis.com.br/>), podemos verificar que são produtos com espessuras de componentes, estrutura e design diferentes e que não atendem as especificações editalícias, possibilitando assim que essa referida empresa forneça um produto de baixa qualidade com preço inferior aos demais concorrentes, sendo a apresentação das amostras de caráter imprescindível para a comprovação do acima exposto e que interfere diretamente nos quesitos de qualidade exigidos pela administração pública.

Sobreleva-se ressaltar, que ao caso em tela caberá a administração separar o joio do trigo, e contratar acertiva e legitimamente atendendo a exigências impostas no seu próprio edital instrumento régio do certame.

E assim, é de se chegar à lógica conclusão de que a, desclassificação da empresa habilitada por descumprimento dos dispositivos editalícios, não podendo prevalecer de forma alguma, restando inobservada, também, a necessidade basilar de respeito aos ditames do instrumento convocatório, o que é expressamente vedado também pelo art. 3º, §1º, da Lei 8.666/93.

E assim, seja provido, em todos os seus termos, o presente instrumento, e por isso mesmo atendidos os seus pedidos e prevalência da lei, da doutrina e dos princípios da moralidade administrativa, a publicidade, a ampla defesa e a **LEGALIDADE**.

III - DA SOLICITAÇÃO DE AMOSTRAS

Para que o órgão se certifique que a empresa vencedora do certame tenha condições de fornecer o produto especificado no edital, a exigência de amostra é fundamental para dirimir qualquer dúvida ou até mesmo para e resguardar de um mal negócio.

A questão da exigibilidade de amostras ainda é tema de discussões, tanto a respeito da previsão legal, quanto sobre o momento de sua exigência e de sua análise. Contudo, é extremamente comum encontrarmos nos editais licitatórios a exigência de sua apresentação.

De acordo com os incs. IV e V do art. 43 da Lei 8666, que dispõem que a Administração deverá verificar a conformidade de cada proposta com os requisitos do edital, bem como somente poderá classificar propostas que estiverem de acordo com os critérios de avaliação previstos no ato convocatório.

Dessa forma, portanto, em face da inexistência de um procedimento previsto pela legislação licitatória caberá ao edital



PRODUTOS E SERVIÇOS LTDA

ou carta-convite prever o momento de apresentação, a forma de análise, bem como o destino final da amostra.

Compete à Administração, nos termos do art. 40, inc. I, da Lei de Licitações, descrever criteriosamente o objeto a ser contratado com informações suficientes para resguardar a qualidade do objeto.

Contudo, se mesmo descrevendo minuciosamente o objeto, o Poder Público verificar a necessidade de exigir amostras para assegurar-se da qualidade do que irá contratar, deverá ter a precaução de prever todo o procedimento no seu edital e ter condições técnicas para sua avaliação, não podendo valer-se de critérios subjetivos de avaliação, como p. ex., emitir a avaliação do produto por simples degustação realizada pelos membros da Comissão de Licitação, pregoeiro ou equipe de apoio.

Para corroborar esse entendimento pedimos vênha para transcrever a seguinte passagem do artigo intitulado "Amostras nas modalidades tradicionais (concorrência, tomada de preços, convite) e no pregão", da lavra do saudoso Marcello Rodrigues Palmieri:

"...se a Administração Pública promotora da licitação optar por exigir amostras dos produtos licitados, deverá estar preparada para avaliar tecnicamente e de modo objetivo as características inerentes a tais produtos. Não raras as vezes em que a Administração, num dado momento do certame, solicita que as licitantes entreguem suas amostras e a própria Comissão de Licitação ou o pregoeiro com sua equipe de apoio passam a analisá-las durante a sessão pública em que a licitação se desenvolve. Exemplo clássico: aquisição de café em pó para consumo dos servidores públicos. Em determinado momento da sessão pública, as amostras são entregues pelas licitantes e, na presença de todos, o café é preparado (utilizando-se as diversas amostras entregues), e a partir daí a própria Comissão de Licitação ou o pregoeiro com sua equipe passam a degustar a bebida e atribuem uma nota referente à palatabilidade do café, sendo aprovadas as que obtiverem uma nota (média), digamos, superior a sete. Com o devido respeito, tal procedimento é completamente equivocada dada a total

PRODUTOS E SERVIÇOS LTDA

subjetividade que o envolve. O sabor do café que agrada alguns pode desagradar outros e vice-versa". (cf. in Boletim de Licitações e Contratos nº 10/2006, p. 943 e 944)

Conforme acima exposto, portanto, as amostras exigidas pela Administração deverão passar por uma avaliação técnica em órgãos ou empresas competentes para a emissão de laudos técnicos, como p. ex., os organismos de certificação de produtos, os quais são encontrados no site do Inmetro.

Tendo em vista inexistência de normatização, diversos são os momentos em que Administrações têm exigido amostras.

No entanto, ainda que cada ente público possa prever em seu edital o momento para entrega da amostras é pacífico tanto na doutrina quanto na jurisprudência que elas não poderão ser exigidas para fins habilitatórios, uma vez que não podem ser consideradas documentos de habilitação (arts. 28 a 31 da Lei nº 8.666/93), razão pela qual o mais adequado é que sejam exigidas para fins classificatórios.

Nesse sentido leciona Marçal Justen Filho:

"Não se admitem exigência de natureza não documental. Não poderá, por exemplo, ser prevista a apresentação de amostras de produtos para exames na fase de habilitação. Porém, essas exigências podem ocorrer para propostas, mesmo em licitação de menor preço. (cf. in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 12ª ed., São Paulo, Dialética, 2008, p. 378 grifo nosso)

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

PRODUTOS E SERVIÇOS LTDA

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 grifo nosso).

Uma vez estabelecido que a apresentação de amostras deva ocorrer na fase de classificação das propostas, surge uma pergunta: em qual etapa da classificação e julgamento das propostas deve ocorrer?

Aqui não existe certo ou errado, mas sim, o mais viável e econômico para a Administração. Para tanto, apresentamos dois procedimentos que poderão ser seguidos pelo Poder Público. Alerta-se que estes procedimentos serão para as modalidades concorrência, tomada de preços e convite. Em relação ao pregão procederemos ao estudo mais adiante.

O primeiro deles seria mediante a suspensão da sessão de julgamento, após a abertura dos envelopes de propostas, para a análise das amostras de todos os licitantes habilitados. Após a emissão do laudo, a Administração teria condições de classificar ou desclassificar as empresas participantes do certame. Nesta hipótese de desclassificação, o fundamento seria o art. 48, inc. I da Lei de Licitações.

O procedimento acima descrito, conforme ensinava Marcello Rodrigues Palmieri "não se mostra como o mais ágil e econômico, na medida em que, se o número de licitantes for mais elevado, a Administração deverá receber as amostras de todas elas, submetê-las aos respectivos testes, aguardar o laudo técnico de todas, além do que terá o ônus de pagar o valor correspondente à análise de todas as amostras (mesmo tendo um laboratório próprio, estes entraves também poderão estar presentes)".

O segundo procedimento prestigia os princípios da celeridade e economicidade e encontra respaldo tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Assim, as amostras deverão se solicitadas apenas do licitante que está provisoriamente classificado em primeiro lugar, ou seja, que tenha apresentado o menor preço.

Inclusive esse tem sido o reiterado entendimento do TCU conforme demonstra o Acórdão nº 491/2005, do qual transcrevemos o seguinte trecho:

"7. Ademais, essa cláusula impositiva não se coaduna com a jurisprudência desta Corte, que vem entendendo que a exigência de amostra ou protótipos deve ser feita apenas ao licitante provisoriamente em primeiro lugar (e não a todos, como ocorreu), de forma previamente disciplinada e detalhada no instrumento convocatório, nos termos dos arts. 45 e 46 da Lei n. 8.666/1993 (v.g. Decisão n. 197/2000 - Plenário - TCU e Acórdãos ns. 1.237/2002, 808/2003 e 99/2005, todos do Plenário).

8. A propósito, calha transcrever trecho do Voto do Ministro Walton Alencar Rodrigues no TC 001.103/2001-0, condutor do Acórdão 1237/2002 - Plenário - TCU, que bem ilustra esse posicionamento do Tribunal: (grifo nosso)

A exigência de amostras, na fase de habilitação, ou de classificação, feita a todos os licitantes, além de ilegal, poderia ser pouco razoável, porquanto imporia 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

PRODUTOS E SERVIÇOS LTDA

a competitividade do certame, além de prevenir a ocorrência de inúmeros problemas para a administração.

Não viola a Lei 8.666/93 a exigência na fase de classificação de fornecimento de amostras pelo licitante que estiver provisoriamente em primeiro lugar, a fim de que a Administração possa, antes de adjudicar o objeto e celebrar o contrato, assegurar-se de que o objeto proposto pelo licitante conforma-se de fato às exigências estabelecidas no edital'.

Por fim, atente-se, que o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo possui um posicionamento um pouco diferente conforme se verifica pela Súmula nº 19, in verbis:

"SÚMULA Nº 19 - Em procedimento licitatório, o prazo para apresentação das amostras deve coincidir com a data da entrega das propostas"(grifo nosso).

Amostras no pregão presencial e eletrônico. Logo após o surgimento da modalidade pregão muito se discutiu sobre a viabilidade ou não da exigência de amostras, alegando-se a incompatibilidade com a celeridade da modalidade.

Atualmente, no entanto, a doutrina e a jurisprudência já admitem a sua exigência conforme assevera o mestre Marçal Justen Filho:

"...a natureza comum do objeto não exclui o cabimento de amostras. Assim se passa porque a natureza comum do objeto não elimina a existência de variações de qualidade. Mesmo quando se trata de objetos padronizados e disponíveis no mercado, a qualidade não é única nem uniforme. Portanto, a exigência de amostra não é um indicativo de que o objeto seria incompatível com o pregão." (cf. in. Pregão - Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico, 5ª ed., São Paulo, Dialética, 2009, p. 133) (grifo nosso)

Assim, podemos afirmar que as amostras também são compatíveis com esta modalidade, devendo a verificação, a nosso ver, ocorrer no

PRODUTOS E SERVIÇOS LTDA

momento da avaliação da aceitabilidade da proposta provisoriamente classificada em primeiro lugar (art. 4º, inc. XI da Lei nº 10.520/02).

Após o resultado do teste da amostra, se amostra for aprovada, o pregoeiro deverá proceder à abertura do envelope de habilitação somente desse licitante. Se a amostra for reprovada no teste realizado, a proposta deverá ser desclassificada e o pregoeiro deverá examinar a oferta seguinte na ordem de classificação, conforme o disposto no art. 4º, inc. XVI da Lei nº 10.520/02.

Ressalte-se, no entanto, que esse nosso entendimento não é pacífico, havendo quem entenda, a exemplo do mestre Marçal Justen Filho que 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 dispunha 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) (grifo nosso).

Conclui-se, dessa forma, que constatando o Poder Público a necessidade de apresentação de amostras, podendo a Administração pautar-se nos momentos de apresentação e análise acima exarados.

IV - DO PEDIDO

Desta forma, requer a empresa recorrente que essa Comissão de Licitação solicite a empresa **KM INDUSTRIA E COMERCIO DE MOVEIS -EIRELI QUE APRESENTE AS AMOSTRAS DOS ITENS CONSTANTES NO TERMO DE REFERENCIA** e que após a constatação de que a mesma não atende as medidas, layout e demais características contidas nas especificações editalícias pré-estabelecidas no edital, que a empresa **SEJA DESABILITADA DO CERTAME**.

Nestes Termos

P. Deferimento

Saquarema /RJ, 05 de Dezembro de 2018.



p/ José Alberto Rodrigues

CI n.º RG 358570 SSP/GO

CPF n.º 081.920.811-68

Procurador

☐ 11.676.271/0001-88 ☐
DELTA PRODUTOS E SERVIÇOS LTDA.
Estrada do Palmital nº 5000 Bairro Palmital
CEP: 28.993-000
☐ SAQUAREMA-RJ ☐