

RESPOSTA À IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

Processo Administrativo n.º 23381.003917.2022-48

Referência: Pregão Eletrônico (SRP) n.º 010/2022

Objeto: Contratação de empresa(s) especializada(s) na prestação, de forma contínua e com a dedicação exclusiva de mão de obra, de serviços de apoio administrativo, para fins de atendimento às necessidades institucionais, conforme condições, conforme condições, quantidades e exigências estabelecidas no instrumento convocatório em epígrafe.

1. RESUMO

Trata-se de peça impugnatória impetrada por empresa(s) interessada(s) em participar do certame, doravante denominada impugnante(s), que apresentou(ram) em 25 de outubro de 2022, via correio eletrônico - licitacao@ifpb.edu.br, encaminhado às 18h49min, ao instrumento convocatório acima identificado.

Em sede de admissibilidade, verificou-se que foram preenchidos os pressupostos de legitimidade, fundamentação, pedido de provimento à impugnação, reconsideração das exigências e tempestividade, e interesse processual, conforme comprovam os documentos colacionados ao Processo de Licitação já identificado, pelo que se passa à análise de sua alegação.

2. RAZÕES DA IMPUGNAÇÃO

A(s) impugnação(ões), em síntese, argumenta(m) a(s) insurgente(s), conforme síntese abaixo transcrita:

[...]

DA POSSÍVEL ILEGALIDADE DO ITEM 9.11.2.5 DO EDITAL, CONSUBSTANCIADO PELO SEU CORRELACIONAMENTO COM O TERMO DE REFERÊNCIA (ANEXO I) – EXIGÊNCIA DE EXPERIÊNCIA COM QUANTITATIVO POR PRAZO SUPERIOR AO CONTRATO EM EXPERIÊNCIA DE 3 ANOS, FRAGRANTE RESTRIÇÃO DE COMPETITIVIDADE NO CERTAME.

O item 9.11.2.5 do EDITAL expressamente RESTRINGE A COMPETITIVIDADE e a participação de licitantes:

“9.11.2.5. Deverá haver a comprovação da **experiência mínima de 3 (três) anos** na prestação dos serviços, sendo aceito o somatório de atestados de períodos diferentes, não havendo obrigatoriedade de os 3 (três) anos serem ininterruptos, conforme item 10.7.1 do Anexo VII-A da IN SEGES/MPDG n.º 5/2017.” (**GRIFO NOSSO**)

A atual jurisprudência dada à redação dada pela Instrução Normativa SEGES/MPDG n. 5/2017, que foi recentemente interpretada pela Corte de Contas com emissão de Acórdãos que limitam tal caracterização, **SOB RESPONSABILIDADE DO ÓRGÃO RESPONDER PELA RESTRIÇÃO DE COMPETITIVIDADE**, assim como define o **Acórdão nº 1.390/2021**, o Tribunal deu ciência de que:

“a) exigência de comprovação de experiência mínima de três anos na prestação dos serviços licitados, a despeito do prazo inicial da contratação ser de apenas doze meses (item 9.11.4.5 do edital), **sem prévia e adequada fundamentação - baseada em estudos prévios e na experiência pretérita adquirida neste tipo de contratação** - de que seria indispensável para assegurar a prestação do serviço em conformidade com as necessidades específicas do órgão, **acarretando injustificada restrição potencial à competitividade do certame**, o que afronta os arts. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, 3º, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/1993 e 2º, caput, do Decreto 10.024/2019, além de contrariar a jurisprudência do TCU Acórdãos 2.870/2018, 2.785/2019 e 503/2021, todos do Plenário.”

Cuja fundamentação e abrangência doutrinária foi formulada no informativo de licitações e Contratos do Tribunal de Contas da União nº 395, cujo preâmbulo destaca a relevância jurisprudencial do mesmo:

“1. Em licitações de serviços continuados, para fins de qualificação técnico-operacional, a exigência de experiência anterior mínima de três anos (subitens 10.6, b, e 10.6.1 do Anexo VII-A da IN-Seges/MPDG 5/2017), lapso temporal em regra superior ao prazo inicial do contrato, deve ser objeto de adequada fundamentação, baseada em estudos **prévios e na experiência pretérita** do órgão contratante, que indiquem ser tal lapso indispensável para assegurar a prestação do serviço em conformidade com as necessidades específicas do órgão, por força da sua essencialidade, quantitativo, risco, complexidade ou qualquer outra particularidade.”

Portanto, o Órgão ora solicitante de tal qualificação deve fundamentar a exigência pautada em análise técnica, **FUNDAMENTADA EM EXPERIÊNCIA PRETÉRITA DO ÓRGÃO**.

Cuja divulgação é fundamental e consubstancia à segurança jurídica que se pleiteia nos certames, bem como o atendimento pleno da publicidade dos atos administrativos, ao passo do que determina o Art. 3º da Lei de Licitações:

Voluntas legis

“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 imparcialidade, da moralidade, da igualdade, da **publicidade**, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.”

Lei n.º 8.666/1993

Pois bem, como todo ato administrativo exige justificativa e a transparência correlata ao emprego futuro de recursos públicos, o presente pedido visa solicitar a exclusão do aspecto restritivo supracitado ou em caso de indeferimento do presente pedido, que seja **anexado** o estudo técnico pretérito que fundamentou a exigência, baseada no índice de rescisões contratuais oriundas da ausência de tal qualificação, bem como demais aspectos que tornam imprescindível a qualificação técnica apresentada.

[...]

EX POSITIS, Requer a Vossa Senhoria que conheça da presente peça para corroborar o entendimento, acerca da necessidade de que sejam promovidas as devidas alterações no Edital do PREGÃO ELETRÔNICO em referência, em face das irregularidades e ilegalidades apontadas nesta peça, caso em que se a decisão for mantida pelo Pregoeiro o que se espera em face dos ditames erigidos pelos princípios licitatórios, então, dirigir a presente peça devidamente instruída à AUTORIDADE COMPETENTE, com as razões que seguem em anexo, tudo conforme esposado fartamente nesta peça, e por serem estes atos expressão da mais sábia e boa justiça, para ao fim requerer:

SUPRESSÃO da redação do item 9.11.2.5 e seus correlatos do edital. Em caso de manutenção apresentação (Anexar a resposta do presente pleito) do estudo técnico pretérito, com experiência do Órgão contratante que fundamenta a exigência, assim como regula os Acórdãos do TCU nº 7.164 de 2020 e nº 1.390 de 2021, já referenciados no presente pleito.

Resta comprovado que o instrumento convocatório em questão, no teor em que foi publicado, encontra-se eivado de irregularidades, sendo carecedor de modificações nos pontos aqui debatidos, visando dar maior competitividade ao certame a luz da legalidade.

Cuja reformulação, em análise preliminar, não afronta nem configura prioritariamente a modificação de propostas que ensejaria reabertura de prazo legal previsto no Art. 21 da Lei 8.666\93, dada as características de ampliação do caráter competitivo do certame com exclusão de cláusula claramente restritiva.

3. DA ANÁLISE

O Pregoeiro, no uso de suas atribuições legais, responde à presente impugnação, conforme manifestação da área técnica desta Autarquia, o qual destaco a seguir:

O cerne da questão reside em aferir a legalidade / ilegalidade da exigência de qualificação técnica contido no subitem 9.11.2.5 do Edital, in verbis:

9.11.2.5. Deverá haver a comprovação da experiência mínima de **3 (três) anos na prestação dos serviços**, sendo aceito o somatório de atestados de períodos diferentes, não havendo obrigatoriedade de os **3 (três) anos** serem ininterruptos, conforme item 10.7.1 do Anexo VII-A da IN SEGES/MPDG n.º 5/2017.

Tal exigência de qualificação técnica possui previsão no artigo 30, inciso II, da Lei n.º 8.666/93 e na própria IN SEGES/MPDG n.º 5/2017:

Lei n.º 8.666/93

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

[...]

II - **comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação**, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos; **(grifo nosso)**

Anexo VII-A da Instrução Normativa SEGES/MPDG nº 5/2017.

10.6. Na contratação de serviço continuado, para efeito de qualificação técnico-operacional, a Administração poderá exigir do licitante:

[...]

b) comprovação que já executou objeto compatível, em prazo, com o que está sendo licitado, mediante a comprovação de experiência mínima de três anos na execução de objeto semelhante ao da contratação, podendo ser aceito o somatório de atestados;

A jurisprudência tem considerado legítima a inserção em Editais de exigências de qualificação técnica operacional incluindo quantitativos mínimos, desde que demonstrada sua necessidade e pertinência e desde que não ofenda os princípios da competitividade, da legalidade e da isonomia:

As exigências de comprovação de execução de serviço pelo prazo mínimo de 3 (três) anos, trazida no artigo 30, inciso II, da Lei n.º 8.666/93 e na própria IN SEGES/MPDG n.º 5/2017, encontra guarida nas conclusões do famoso Acórdão do TCU nº 1.214/2013-Plenário, que traz muitos argumentos práticos e legais que justificam boa parte das exigências trazidas no presente certame.

A peça técnica tratou de justificar a sugestão ao plenário do TCU, nos termos abaixo:

[...]

III.b.3 – Experiência mínima de 3 anos

121. Observe-se, ainda, que o mesmo art. 30, inciso II, da Lei 8.666/93, autoriza expressamente a administração a exigir da licitante a comprovação de que já executou objeto compatível, em prazo, com o que está sendo licitado. De acordo com o art. 57, inciso II, dessa Lei, os contratos para prestação de serviços de forma contínua poderão ser prorrogados por até sessenta meses. Nesse sentido, compreendemos pertinente que a exigência relativa a prazo possa ser feita até o limite das prorrogações sucessivas.

122. Não obstante a autorização legal, verifica-se que a Administração não fixa exigência relativa a prazo nas licitações e contrata empresas sem experiência, as quais, com o tempo, mostram-se incapazes de cumprir o objeto acordado.

123. Pesquisa apresentada pelo SEBRAESP demonstra que em torno de 58% das empresas de pequeno porte abertas em São Paulo não passam do terceiro ano

de existência. Esse dado coaduna com a constatação da Administração Pública de que as empresas estão rescindindo, ou abandonando, os contratos, antes de completados os sessenta meses admitidos por lei.

124. Portanto, em relação ao prazo, a proposta do grupo é a comprovação de **experiência mínima de três anos** na execução de objeto semelhante ao da contratação.(**grifo nosso**)

Conveniente a transcrição do voto do Ministro Relator Aroldo Cedraz:

[...]

80. Mais uma vez, com as devidas vêrias, discordo da unidade técnica. Tal como fez na análise das questões relacionadas à qualificação econômico-financeira, a unidade adotou uma visão bastante restritiva, basicamente argumentando que tais exigências (20 postos e experiência mínima de 3 anos) não estão previstas em lei e, portanto, sua exigência nos editais seria indevida. Particularmente em relação à experiência mínima, ressalta que seria necessária a expedição de decreto regulamentador para possibilitar a inserção de tal requisito nos editais.

81. Na mesma linha que defendi anteriormente, também nesse caso entendo de forma diferente. A lei possui caráter geral, pois se destina a regular todas as situações. Em razão disso, dada a diversidade de possíveis objetos, seria difícil e até temerário a legislação entrar em um nível de detalhe tal a especificar quantidades e percentuais a serem requeridos. O art. 30, inciso II, da Lei 8.666/93 estabelece que a administração deve exigir que a licitante comprove a aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto. Os parágrafos do citado artigo estabelecem algumas regras para tentar evitar abusos ou exigências desarrazoadas, no sentido de garantir a observância do art. 37, inciso XXI, in fine da Constituição Federal, que só permite as exigências de qualificação técnica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. Algumas das restrições feitas pela Lei 8.666/93 relativas às exigências que podem ser

estabelecidas são as seguintes: vedação da exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou em locais específicos, proibição de exigências de propriedade e de localização prévia de equipamentos e pessoal.

82. Estando as exigências dentro dos limites autorizados pela lei, não há porque a priori, considerá-las indevidas. O que se deve verificar é sua pertinência para garantir a cumprimento (ou ao menos diminuir o risco de descumprimento) das obrigações das contratadas, sem restringir indevidamente a competitividade das licitações. Entendo que os argumentos utilizados pelo grupo demonstram a adequabilidade dessas exigências, que já foram consideradas legais pelo Tribunal em algumas ocasiões, conforme registrado abaixo. Mencione-se que nos processos abaixo mencionados, a própria 3^a Secex manifestou-se pela legalidade dessas exigências:"

– **TC 019.549/2010-5** – uma das exigências de qualificação técnica contida no edital foi a de o licitante comprovar experiência mínima de três anos na área dos serviços a serem contratados.

Ementa do Acórdão 2.939/2010-Plenário:

[...]

É compatível com o inciso II do art. 30 da Lei 8.666/1993 a exigência de requisito temporal de atuação do licitante na área do serviço de natureza contínua licitado, desde que por período inferior ao prazo de 60 (sessenta) meses previsto no inciso II do art. 57 daquela Lei”

Trecho do relatório:

[...]

4.5 Ademais do acima exposto concluímos, alinhados aos argumentos da Administração, que as exigências postas no edital coadunam-se com os termos do art. 30, II, da Lei nº 8.666/93, que autoriza a exigência de comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, vez que a

experiência exigida para habilitação ao certame, inclusive no que se refere a prazo, mostram-se razoáveis e compatíveis com os serviços que serão executados e na área em que serão executados, conforme demonstrado no arrazoado técnico de fls. 69/82.”

Trecho do relatório:

[...]

7. Em segundo lugar, por se tratar de serviço de natureza contínua, que podem se estender por longo período, a exigência temporal de experiência mínima no mercado do objeto também é, em princípio, compatível com o dispositivo legal há pouco mencionado, já que o tempo de atuação é critério relevante para avaliar a solidez do futuro fornecedor e, com isso, assegurar boa execução do objeto.

8. Acrescente-se que, na situação em foco, o estipulado prazo de três anos de atuação no mercado, conforme reconheceu a Secex/3, é compatível, dada a natureza contínua dos serviços em questão, com o prazo máximo de 60 meses autorizado pelo inciso II do art. 57 da Lei 8.666/1993.

9. Finalmente, destaco que o simples fato de haverem sido habilitadas no certame quinze empresas já é suficiente para demonstrar que as regras inseridas no instrumento convocatório, ao contrário do alegado pela representante, não ferem nem a competitividade da licitação, nem a isonomia entre os interessados.”

Por fim, consta no Acórdão TCU nº 1.214/2013 – Plenário:

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, diante das razões expostas pelo Relator, em:

9.1 recomendar à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento que incorpore os seguintes aspectos à IN/MP 2/2008:

(...)

9.1.13 seja fixada em edital, como qualificação técnico-operacional, a obrigatoriedade da apresentação de atestado comprovando que a contratada tenha executado serviços de terceirização compatíveis em quantidade com o objeto licitado por período não inferior a 3 anos;

Importante destacar um posicionamento do TCU sobre o tema, publicado no Informativo Rescisões contratuais antes e depois do Acórdão TCU 1.214/2013: possíveis efeitos de controle na terceirização (Julho-Dezembro/2021):

1. O TCU recomendou diversas medidas, entre elas, em especial, critérios mais rigorosos de habilitação, tais como patamar mínimo de Capital Circulante Líquido, Patrimônio Líquido proporcional aos compromissos já assumidos **e três anos de experiência no ramo licitado**. No Acórdão nº 8364/2012 – 2ª Câmara, tratando de critérios similares adotados em seus próprios editais, a Corte de Contas afirmou ter o objetivo de afastar as empresas aventureiras que rotineiramente aparecem, atuando de forma proativa, porque, se os órgãos públicos ficam silentes, correm o risco de “serem acusados de omissão e, eventualmente, por contratarem mal, virem a ser condenados subsidiariamente em feitos trabalhistas” (grifo nosso).

Do exposto, temos que as exigências relativas à qualificação técnica foram interpretadas em consonância com o art. 37, inciso XXI da CF, juntamente com os demais princípios administrativos, na busca do cumprimento da obrigação pelo maior número possível de competidores interessados em contratar serviço objeto da presente contratação.

Nestes termos, a exigência não constitui, por si só, restrição indevida ao caráter competitivo de licitações realizadas pelo Poder Público, fundado no art. 30, I, da Lei n.º 8.666/93, como afirmado pela Impugnante, e sim, presta-se a assegurar que a contratada possui aptidão mínima para gerenciar contratos de prestação, de forma contínua e com a dedicação exclusiva de mão de obra, de serviços de apoio administrativo, perante a Administração Pública, nos termos do artigo 30 da Lei n.º 8.666/93, que disciplina:

[...]

II - Comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação e indicação das instalações e aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como, da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

Portanto, a lei atribui ao gestor público a prerrogativa de escolher os critérios que melhor se adequem as características do objeto, tendo observado aqui os parâmetros fixados, bem como, os princípios relativos às licitações, sempre na busca da proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

Na verdade, trata-se de a condição de habilitação de capacidade compatível com a finalidade do certame e não capacidade específica.

Ora, não basta um perfeito procedimento administrativo ancorado no princípio da isonomia e da mais ampla competitividade para que se tenha um certame licitatório eficiente. O imperioso é que a proposta seja a mais vantajosa para a Administração dentro do que ela deseja contratar.

Por isso, a exigência de qualificação técnica disciplinada no instrumento convocatório tem como fundamento atestar que a licitante é capaz de cumprir o objeto da licitação, com aquisição de serviço já testado e aprovado, que tenha infraestrutura mínima, experiência compatível, aparelhamento necessário, evitando serviços de baixa qualidade e que não atendam os requisitos para a prestação dos serviços ora demandados. Condição esta, a qual a Impugnante apresenta indícios de que não possui, haja visto, após consulta ao cadastro nacional da pessoa jurídica, ter sido possível constatar que a mesma foi constituída em 28 de junho do corrente ano.

Não se trata de exigência excessiva, mas sim, compatível com o objeto licitado. Não se busca qualquer um que apresente gestão de mão de obra sem qualquer semelhança com a especificação que se deseja contratar simplesmente porque o preço é o menor. É imperativo compreender que quando a Administração contrata determinada empresa com capacidades técnico-operacional,

profissional e econômico-financeira frágeis, o prejuízo social, econômico e administrativo é certo e enorme. E é justamente desses prejuízos que a Administração deseja esquivar-se mediante a aplicação, dentre outras regras, da exigência editalícia aqui debatida e defendida.”

E não existe outro modo de se aferir a qualificação técnica da licitante, no que diz respeito à comprovação de experiência anterior na execução de serviços compatíveis com o que deseja ser contratado.

Neste sentido a decisão da Juíza Federal, que decidiu:

[...]

A Administração Pública deve exigir rigidez na capacitação técnica das empresas a fim de anteder ao interesse público, **a exemplo de experiência anterior na execução de um objeto idêntico àquele licitado**, desde que exista alguma justificativa lógica, técnica ou científica que dê respaldo a tanto, o que ocorre naturalmente nos contratos de grande vulto, de extremo interesse para os administrados. Nesses termos, a Turma, acompanhando o voto da relatora, negou provimento á apelação da empresa.” – TRF 1, Proc. 2009.33.00.008934-1/BA, Juíza convocada Rosana Nova Alves Weibel Kaufmann, J. 13.12.2018

Diferentemente do que quer fazer crer a Impugnante, a tentativa de flexibilizar esta cláusula denota uma possível falta de capacidade técnica que pode vir a prejudicar serviços, e por isso deve ser observado o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, afastando-se alegação de restrição à competitividade.

Nesta linha ensina Marçal Justen Filho:

[...]

Existe portanto, uma margem de discricionariedade para a Administração configurar, em cada caso, as exigências e requisitos de participação. Ao elaborar o ato convocatório, a Administração deverá avaliar a complexidade da futura contratação e estabelecer, com derivação, os requisitos de habilitação e as condições de participação. Essa margem de discricionariedade não se

confunde com arbitrariedade. A escolha administrativa está delimitada não apenas pela Lei como também pela própria Constituição. Existe um mandamento constitucional, no já referido art. 37, XXI, da CF. A constituição não admite exigências que superem ao mínimo necessário para assegurar a obtenção pela Administração de uma prestação de serviço adequada." In Comentários à lei de licitações e contratos administrativos, Ed. RT, 16 ed., p. 542-543

Vale o registro de que o Edital e anexos receberam parecer favorável - PARECER n. 00350/2022/COORD/PFIFPARAÍBA/PGF/AGU.

Diante do exposto, conclui-se que o Edital foi elaborado com razoabilidade e proporcionalidade, com cláusulas definidas a partir de estudos técnicos realizados na fase interna da licitação e que, para fins de habilitação dos participantes, as exigências guardam estrita pertinência e compatibilidade com o objeto de contratação, afastando-se a alegação de restrição à competição, mas sim, trazendo à tona que se visa a contratação de serviço compatível, ao mínimo necessário, para garantir a regular execução e sempre observância dos limites traçados pela Lei n.º 8.666/93.

4. MANIFESTAÇÃO DO PREGOEIRO

Reputando a manifestação da Equipe Técnica, que este Pregoeiro adota como fundamento para decidir, resta comprovado que não assiste razão à Impugnante na medida em que os pontos impugnados estão fundamentalmente justificados.

Conclui-se, assim, que a Impugnante carece de razão em suas alegações, uma vez que não há ilegalidade, constitucionalidade ou invalidade do Edital do Pregão Eletrônico (SRP) nº 010/2022, razão pela qual NÃO subsistem motivos para qualquer alteração do Edital e sua republicação.

5. DECISÃO

Diante do exposto e, subsidiado pela unidade técnica demandante, CONHEÇO DA IMPUGNAÇÃO, uma vez que presente os requisitos de admissibilidade, e, no mérito, com lastro nos

posicionamentos levantados, NEGO PROVIMENTO, decidindo pela improcedência dos pedidos de impugnação ao Edital do Pregão Eletrônico (SRP) n.º 010/2022.

Cumpre informar que o Pedido de Impugnação e os demais documentos necessários para embasamento da tomada de decisão restam juntados ao processo administrativo com as devidas rubricas.

Importa consignar que os pedidos de impugnação e de esclarecimento, com as respectivas respostas, encontram-se disponibilizados no Portal Institucional no seguinte endereço eletrônico:
<https://www.ifpb.edu.br/transparencia/licitacoes/ano-2022/pregao-eletronico/edital-pregao-eletronico-srp-n-deg-010-2022>

É a decisão

João Pessoa - PB, 27 de outubro de 2022.

UBALDINO GONCALVES SOUTO MAIOR FILHO

Pregoeiro