



RESPOSTA AO PEDIDO DE IMPUGNAÇÃO Nº 02

Ref. Pregão Eletrônico nº 06/2022 – SUREG/PR - 21450.000043/2022-81, que tem como objeto a contratação de empresa especializada para a prestação, de forma contínua, de serviços de vigia patrimonial, diurna e noturna, inclusive sábados, domingos e feriados, com alocação de mão de obra exclusiva, conforme condições e exigências estabelecidas neste Edital, nas dependências da Companhia Nacional de Abastecimento – CONAB – SUREG-PR - Sede, situada na R. Mauá, 1114/1116 – Alto da Glória, CEP 80030-200, Curitiba-PR.

I - PRELIMINARMENTE

A Impugnação foi apresentada tempestivamente, através de correio eletrônico no dia 19/10/2022 às 10:43, observando os termos da Lei nº 10.520/2002, do Decreto nº 10.024/2019 e do Edital de Pregão Eletrônico nº 06/2020.

II - DOS FATOS

A Licitante remeteu impugnação por e-mail, cujo recorte argumentativo apresentamos a seguir:

“O processo licitatório está subordinado a princípios jurídicos rígidos, como o da isonomia, da executoriedade das leis sem discricionariedade, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da probidade, da publicidade. O que não pode coexistir numa licitação pública são exigências descabidas, ilegais e absurdas, em tudo incompatíveis com o objeto da licitação e isso, à toda evidência, é o caso dos autos.

A licitação, como se sabe, consiste num instrumento jurídico para afastar a arbitrariedade na escolha dos contratantes e a isonomia entre eles, a priori, significa tratamento igual para situações iguais e, por isso, as exigências constantes do edital são endereçadas a todos, indistintamente, que se disponham a concorrer ao objeto licitado. Sob tal prisma, pode-se concluir que essa ou aquela exigência, quando legal, não cria desigualdade alguma entre os interessados, mas apenas decorre do poder da Administração Pública escolher e contratar o licitante que melhor atenda aos seus interesses, no entanto, uma exigência relacionada ao cumprimento do atestado de capacidade técnica, contida na alínea “a” do subitem 10.4.4.1, extrapola a lei específica e infringe princípios constitucionais e, em assim sendo, não pode ser considerada válida tal exigência.

Assim dispõe o dispositivo editalício em comento, com destaque à exigência excessiva, a qual estaremos abordando neste ato impugnatório:

“10.4.4.1. As empresas deverão comprovar a Qualificação Técnica por meio de: um ou mais Atestados de Capacidade Técnica emitidos por entidade da Administração Federal, Estadual, Distrital ou Municipal, direta ou indireta e/ou empresa privada, de execução de serviços com características e condições semelhantes ao objeto que comprovem: a) Experiência mínima de 3 (três) anos na prestação de serviços terceirizados, ininterruptos ou não, até a data da sessão pública de

abertura da licitação:” (Original sem grifo) A celeuma cinge-se, em primeiro momento, à correta interpretação das exigências do Edital, especialmente naquilo que concerne à habilitação técnica dos licitantes. Em um segundo momento é importante dirimirmos a questão referente aos limites das condições de habilitação frente à regra do art. 30 da Lei de Licitações, 8.666/93.

Cumpra aqui fazer um parêntese para explicar que a aplicação subsidiária significa que o emprego de uma determinada lei (8.666/93) se dará quando o regramento porventura existente não for completo (10.520/02), ou seja, a aplicação será complementar, possibilitando o aperfeiçoamento da lei existente, trazendo maior efetividade e justiça ao processo. A impugnante entende que a necessidade de comprovação da prestação de serviços perante o atestado de capacidade técnica ter de ser “MÍNIMA DE 3 (TRÊS) ANOS NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS TERCEIRIZADOS, ININTERRUPTOS OU NÃO”, insculpida no dispositivo supracitado, CONTRARIA A DEFINIÇÃO DO § 5.º DO ART. 30 DA LEI 8.666/93, o qual veda “a exigência de comprovação de atividade ou aptidão com limitações de tempo ou época, ou ainda locais específicos”. Neste contexto, destaco que o art. 37, XXI da Constituição Federal de 1988 estabelece que, nos processos licitatórios, somente serão admitidas as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações que serão contratadas.

Portanto, a regra é exigir tão-somente aquilo que consta no artigo 30 da Lei nº 8.666/93 para a qualificação técnica e aquilo que consta no artigo 31 para a qualificação econômica-financeira. Mesmo porque a vigência estipulada no edital para a referida contratação é de 1 (um) ano, ou seja, 12 (doze) meses, conforme disposição do subitem 12.6, sendo suficiente um atestado que apresentasse um período de execução de pelo menos 6 (seis) meses, ou seja, 50% (cinquenta por cento) do período inicial de contratação, especificado pelo instrumento convocatório.

Assim, não há justificativa plausível e suficiente que demonstre a necessidade de se exigir que a comprovação seja “MÍNIMA DE 3 (TRÊS) ANOS NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS TERCEIRIZADOS, ININTERRUPTOS OU NÃO”. Desta forma, pela simples constatação direta da inexistência dessa exigência na LEI Nº 8.666/93 e LEI Nº 10.520/2002, sendo, portanto, descabida a exigência contida nos itens supramencionados. Para arrematar, vem ao caso um precedente jurisprudencial do Colendo Superior Tribunal de Justiça, em sede de Mandado de Segurança, relatado pelo eminente Ministro José Delgado, no sentido de que o ordenamento jurídico regulador da licitação não prestigia decisão assumida pela Comissão de Licitação que inabilita concorrente com base em circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, fazendo exigência sem conteúdo de repercussão para configuração de habilitação jurídica, da qualificação técnica, da capacidade econômico-financeira e da regularidade fiscal (MS 5779/DF).

DESSA FORMA, QUALQUER EXIGÊNCIA CAPAZ DE LIMITAR O UNIVERSO DE COMPETIDORES E DESNECESSÁRIA AO REGULAR CUMPRIMENTO DO OBJETO LICITADO, COMO A QUE ESTÁ SENDO QUESTIONADA, SERIA ILEGAL, CONFORME VEEMENTEMENTE COMBATEM DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA. O CARÁTER COMPETITIVO CONSTITUI UM PRINCÍPIO ESSENCIAL DE TODA LICITAÇÃO; NÃO HAVERÁ LICITAÇÃO SE, POR QUALQUER RAZÃO, FALTAR A ESSA A COMPETIÇÃO, FICANDO A SELEÇÃO DA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA SERIAMENTE COMPROMETIDA. Dessa forma, as exigências dos itens atacados violam o art. 30, § 1º, I e §§ 3º e 5º da Lei 8.666/93, pois extrapolam o limite legalmente aceitável e autorizado no que tange à comprovação da capacitação técnico-operacional. Nesse sentido, vide os ensinamentos do Professor Marçal JUSTEN FILHO: "Na linha de proibir cláusulas desarrazoadas, estabeleceu-se que somente podem ser previstas no ato convocatório exigências autorizadas na Lei (art. 30, § 5º). Portanto, estão excluídas tanto as cláusulas expressamente reprovadas pela Lei nº 8.666 como aquelas não expressamente por ela permitidas. (...) Vale insistir acerca da inconstitucionalidade de exigências excessivas, no tocante à qualificação técnica. (...) É impossível deixar de remeter à avaliação da Administração a fixação dos requisitos de habilitação técnica. Essa competência discricionária não pode ser utilizada para frustrar a vontade.

constitucional de garantir o mais amplo acesso de licitantes.” (g. n.).1 Assim, e considerando-se que a Constituição Federal, bem como a Lei n. 8.666/93, autorizam apenas as exigências mínimas necessárias à satisfatória execução do objeto licitado, as exigências dos itens atacados são manifestamente ilegais e comprometem o caráter competitivo do presente certame ao limitar ilegalmente a comprovação de qualificação técnica. Por todo o exposto, verifica-se que as exigências ora atacadas, reduzem a competitividade do torneio, sem qualquer proveito para a administração, o que vulnera os princípios inscritos no art. 37, XXI, in fine, da Constituição da República e no art. 3º, §1º e §5º, da Lei n.º 8.666/93. II – DO PEDIDO Assim, requer sejam analisados os pontos detalhados nesta impugnação, com a correção necessária do ato convocatório para que se afaste qualquer antijuridicidade que macule todo o procedimento que se iniciará, culminando com a alteração do edital de maneira a modificar a regra que exige período mínimo da prestação dos serviços a serem comprovados pelo atestado de capacidade técnica, de modo a deixar tal condição livre em razão dos regramentos legais da licitação. Havendo ajustes ao edital, deverá como consequência natural, ser devolvido o prazo legal, nos termos do que ensina o §4º do art. 21 da Lei 8.666/93:

“Art. 21. Os avisos contendo os resumos dos editais das concorrências, das tomadas de preços, dos concursos e dos leilões, embora realizados no local da repartição interessada, deverão ser publicados com antecedência, no mínimo, por uma vez: (...) § 4o Qualquer modificação no edital exige divulgação pela mesma forma que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas.” Por fim, a Lei de Licitações dispôs que qualquer modificação no edital exige publicação semelhante à inicial, reabrindo-se o prazo de intervalo mínimo, exceto no caso em que as mudanças realizadas, inquestionavelmente, não alteram o conteúdo das propostas. Nos encontramos com nova disciplina generalista ao se tratar da expressão “alteração que não afeta a formulação das propostas”. Para sanar as dúvidas na interpretação da Lei, mais uma vez recorreremos à doutrina, trazendo à baila as palavras do festejado Marçal Justen Filho (2005, p.192), que, sobre as alterações irrelevantes no edital, leciona: “O que se entende por “não afetar a formulação das propostas”? O dispositivo tem de ser interpretado de acordo com o princípio da razoabilidade. Em princípio, toda e qualquer alteração do edital afeta a formulação das propostas. Excluídas questões totalmente irrelevantes, que nem precisam ser objeto de disciplina no edital, a quase totalidade das regras ali previstas devem ser respeitadas pelos licitantes na elaboração das propostas. O problema fundamental reside na viabilidade de elaboração das propostas segundo o prazo original. Ou seja, é obrigatório reabrir o prazo quando a inovação trazida não puder ser atendida no prazo remanescente.

Assim, por exemplo, modificar data ou local de entrega de propostas não envolve maior problema para os licitantes. O mesmo se diga quanto a modificações acerca das condições de participação ou de elaboração de propostas que não importem ampliação de encargos ou substituição de dados.” Caso contrário, há o iminente risco de todo o ritual do artigo 4º da Lei n.º 10.520/2002, ser considerado inválido, considerados os equívocos no edital ora apontados, com desperdício da atividade ocorrida na sessão pública, incluindo avaliação das propostas e dos documentos de habilitação. Requer, caso não corrigido o edital nos pontos ora invocados, seja mantida a irresignação da ora impugnante, para posterior juízo de anulação por parte da autoridade competente para tanto, considerando que será formalizada REPRESENTAÇÃO JUNTO AO TRIBUNAL DE CONTAS para as devidas providências, haja vista regramento taxativo da legislação vigente a respeito do tema em questão

III – DA ANÁLISE

Inicialmente, esclareço que o presente Edital foi analisado e aprovado pela Procuradoria Regional da CONAB - SUREG/PR, nos termos do artigo 216 do Regulamento de Licitações e Contratos, suportado pela Lei nº 13.303/2016 e o RLC-CONAB.

O Edital foi elaborado por agente público competente e ampara-se na Lei nº 13.303/2016, do Decreto 10.024/2019 e do Regulamento de Licitações e Contratos da Conab – RLC (NOC 10.901).

Em síntese, o fundamento a ser interpretado como contraponto ao impugnante reside em aferir a legalidade/ilegalidade sobre **a exigência de atestado de capacidade técnica** para habilitação como consta no item 10.4.4.1 .do Edital, demonstrando execução do serviço pelo prazo mínimo de 03 (três) anos.

Vale mencionar que **todo o procedimento justificador para as exigências técnico-normativas contidas em Edital encontram-se no referido processo administrativo** e seu Termo de Referência, onde fora organizada toda deliberação de cunho técnico pela própria gestora técnica demandante dos serviços a serem requeridos em certame público proposto.

A exigência de capacidade técnica de compatibilidade ao objeto do Edital não constitui, em si mesma, restrição indevida ao caráter competitivo de licitações realizadas pela Administração Pública, como afirmado pela Impugnante, mas, sim, **a asseguaração de que a contratada gerencia ou gerenciou serviços compatíveis à prestação de serviços de vigias**, destacando o Art. 157 do Regulamento de Licitações e Contratos da Conab – RLC (NOC 10.901) – “XII - Habilitação – Qualificação Técnica e Operacional”.

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 de vigias para este órgão.

Destacando aqui subsidiariamente o art. 30, I, da Lei 8.666/93, como afirmado pela Impugnante, **o legislador autoriza expressamente a administração a exigir da licitante a comprovação de que já executou objeto compatível, em prazo, com o que está sendo licitado. Cabe, ainda, complementar com a leitura do Art. 57, inciso II, dessa Lei, os contratos para prestação de serviços de forma contínua poderão ser prorrogados por até sessenta meses.** Nesse sentido, é evidente a pertinência que a exigência relativa a prazo possa ser feita até o limite das prorrogações sucessivas.

Não obstante a autorização legal, verifica-se que **a Administração que 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.**

Complementarmente, destacamos abaixo enxertos de jurisprudência já amplamente debatida nos tribunais de contas sobre o tema:

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 voto: “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.”

TC 028.029/2010- exigiu-se no edital que o licitante comprovasse o gerenciamento de 20 postos de trabalho, em licitação que tinha por objetivo a contratação de 8 postos, e demonstrasse experiência mínima de 3 anos.

Ementa do Acórdão 8.364/2012-2ª Câmara: “Em processos licitatórios que se destinem a contratar quantitativo de terceirizados inferiores a 40 (quarenta) postos de trabalho, é válida a exigência de habilitação técnico-operacional de a licitante comprovar que gerencia, na data de publicação do edital, o mínimo de 20 (vinte) empregados terceirizados no âmbito de sua atividade econômica principal e/ou secundária, especificada no seu contrato social registrado na junta comercial competente, bem como no Cadastro de Pessoas Jurídicas da Receita Federal do Brasil” .

Trecho do voto: “4.Com efeito, também entendo que as exigências de experiência mínima de 3 (três) anos no mercado do objeto licitado e de estar gerindo 20 postos, apesar de serem complementares, não se sobrepõem nem são excludentes, tendo em vista que buscam avaliar competências distintas. A primeira **atenta para a experiência e a estabilidade da empresa no mercado ao passo que a segunda busca aferir a sua capacidade de gestão de pessoas e a de suportar os custos mínimos de administração inerentes à prestação dos serviços, independentemente do número de postos.** ... “7. Consoante estimativas criteriosas feitas pela Segedam e cujos cálculos estão detalhados no relatório que antecede este voto, são precisos pelo menos 20 postos de trabalho para que seja gerada renda suficiente para manter em funcionamento uma 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.**

Logo o Edital propõe além da manutenção da competitividade o resguardo do órgão quanto a responsabilidade trabalhista, demandando a contratação de empresas com o mínimo de experiência e atuação no objeto licitado.

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.

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.”

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 de qualificação técnica guardam estrita pertinência e compatibilidade com o objeto de contratação, afastando a alegação de restrição à competição,** mas sim, trazendo à tona que se visa a contratação

de serviço compatível ao serviço inerente ao Edital, para garantir a regular execução e sempre observância dos limites traçados pela legislação.

IV – DA DECISÃO

PELO EXPOSTO, presentes os requisitos de forma prescritos em lei, a impugnação reúne condições para ser conhecida, e, no mérito, ser julgada **IMPROCEDENTE**, tomando por base a justificativa ora apresentada, para a manutenção do requisito ora impugnado, bem como todas as condições e exigências descritas no edital.

Considerando o disposto no item 19 do Edital, tendo em vista o IMPROCEDÊNCIA DA IMPUGNAÇÃO, permanece a data para a realização do pregão, qual seja, 24 de outubro às 9h, pelo sítio www.compras.gov.br.

Outrossim, estaremos disponibilizando no site da CONAB, por meio do link <<https://www.conab.gov.br/licitacoes-e-contratos/licitacoes-e-atas-de-registro-de-precos/itemlist/category/324-licitacoes-e-atas-de-registro-de-preco-pr>> o pedido impugnação original e a manifestação deste Pregoeiro.

São José-SC, 21 de outubro de 2022.

Diego Luis Minsky
PREGOEIRO