

PREGÃO ELETRÔNICO Nº 18/2019

IMPUGNAÇÃO 01

(Encaminhado por e-mail no dia 03/01/2020)

Mensagem da licitante:

"...

O Edital em seu item 17.6.4 do Edital traz a exigência de que seja apresentado pelos licitantes, ATESTADO DE CAPACIDADE TECNICA, verbis:

17.6.4. Para Qualificação Técnica deverão ser apresentados:

a) Atestado de capacidade técnica ou declaração expedida por pessoa jurídica de direito público ou privado, que comprove ter a Licitante prestado os serviços demandados nessa licitação.

Tais exigências carecem de amparo legal, além de ferirem os princípios da isonomia e da competitividade, o que fundamenta a presente Impugnação ao Edital e motiva o acolhimento dos pedidos que serão oportunamente articulados.

Inicialmente cumpre nos esclarecer que é sabido por toda a Administração Pública e pelos particulares que participam das licitações públicas que existem princípios basilares do Direito Administrativo que devem ser observados. Existem ainda órgãos de controle, tais como os Tribunais de Contas da União e dos Estados, que estabelecem procedimentos e regras que devem ser RIGOROSAMENTE OBEDECIDOS.

Apresenta-se irregular exigir que as Licitantes apresentem atestados de capacidade que versem e comprovem que a Licitante prestou exclusivamente os serviços demandados nesta licitação.

O instrumento convocatório deverá fixar que a qualificação técnica tem a finalidade de aferir a aptidão técnica do licitante conferindo segurança à Administração Pública de que o mesmo possui pleno conhecimento técnico para a execução do contrato, caso se sagre vencedor do certame.

Neste sentido, Joel de Menezes Niebuhr descreve que a “Administração Pública, ao avaliar a qualificação técnica dos licitantes, pretende aferir se eles dispõem dos conhecimentos, da experiência e do aparato operacional suficiente para satisfazer o contrato administrativo.”

Dentre os documentos arrolados taxativamente pela Lei de Licitações para cobrar dos licitantes para fins de qualificação técnica, existem os atestados de capacidade técnica que estão estipulados no artigo 30, II e § 1º, I, da Lei n. 8.666.

Os atestados de capacidade têm a finalidade de comprovar para a Administração Pública, por intermédio de um documento subscrito por terceiro alheio à disputa licitatória, de que o licitante já executou objeto similar em outra oportunidade e a referida execução foi a contento, o que gerará confiança e segurança à Administração licitadora de o aludido licitante possuir expertise técnica.

Marçal Justen Filho enaltece a relevância do atestado ao discorrer que “em todo o tipo de contratação pode cogitar-se da exigência de experiência anterior do licitante como requisito de segurança para a contratação administrativa. Aliás até se pode afirmar que em muitos casos a capacitação técnica operacional se evidencia como a única manifestação de experiência anterior relevante e pertinente.

Convém destacar que a interpretação do artigo 30 no que concerne aos atestados, deve ser cautelosa e primar pela finalidade precípua da exigência, qual seja: a demonstração de que os licitantes possuem condições técnicas para executar o objeto pretendido pela Administração caso venha a sagrar-se vencedor.

Portanto, a apresentação de atestados visa demonstrar que os licitantes já executaram, anteriormente, objetos compatíveis em características com aquele definido e almejado na licitação.

A finalidade da norma é clara: resguardar o interesse da Administração - a perfeita execução do objeto da licitação -, procurando-se, com a exigência de demonstração de capacidade, preservar a competição entre aqueles que reúnam condições de executar objeto similar ao licitado.

A própria Constituição da República assevera no inciso XXI de seu art. 37, *in fine*, que somente serão permitidas as exigências indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Por todas estas razões, não resta dúvida que os agentes públicos deverão exigir no edital é que os atestados sejam de objetos compatíveis em características com aquele definido e almejado na licitação. e não que sejam exatamente iguais ao demandado na licitação.

No caso em tela, o edital estabelece o seguinte:

17.6.4. Para Qualificação Técnica deverão ser apresentados:

a) Atestado de capacidade técnica ou declaração expedida por pessoa jurídica de direito público ou privado, que comprove ter a Licitante prestado os serviços demandados nessa licitação.

Evidentemente temos frustrado o caráter competitivo do certame e obtenção da proposta mais vantajosa para a administração ao se exigir que os licitantes apresentem atestados com produtos IDÊNTICOS ao objeto licitado!!!

A lei 8.666/93 em seu artigo 30, II, dispõe que: "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).

Este inciso deve ser interpretado conjuntamente com o § 3º do mesmo artigo, a saber: "SERÁ SEMPRE ADMITIDA A COMPROVAÇÃO DE APTIDÃO ATRAVÉS DE CERTIDÕES OU ATESTADOS DE OBRAS OU SERVIÇOS SIMILARES DE COMPLEXIDADE TECNOLÓGICA E OPERACIONAL EQUIVALENTE OU SUPERIOR". E ainda com § 5º do mesmo artigo: É VEDADA A EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE ATIVIDADE OU DE APTIDÃO com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, OU QUAISQUER OUTRAS NÃO PREVISTAS NESTE LEI, QUE INIBAM A PARTICIPAÇÃO NA LICITAÇÃO." (grifos nosso)

Restringir o universo de participantes, através de exigência de comprovação de experiência anterior EM CONDIÇÕES IDÊNTICAS AO OBJETO ou serviço que será contratado, seria excluir àqueles que poderiam atender à necessidade da Administração, prejudicando assim a economicidade da contratação e desatendendo também ao previsto no art. 37, XXI da CF: "RESSALVADOS OS CASOS ESPECIFICADOS NA LEGISLAÇÃO, AS OBRAS, SERVIÇOS, COMPRAS E ALIENAÇÕES SERÃO CONTRATADOS MEDIANTE PROCESSO DE LICITAÇÃO PÚBLICA QUE ASSEGURE IGUALDADE DE CONDIÇÕES A TODOS OS CONCORRENTES, COM CLÁUSULAS QUE ESTABELEÇAM OBRIGAÇÕES DE PAGAMENTO, MANTIDAS AS CONDIÇÕES EFETIVAS DA PROPOSTA, NOS TERMOS DA LEI, O QUAL SOMENTE PERMITIRÁ AS EXIGÊNCIAS DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA E ECONÔMICA INDISPENSÁVEIS À GARANTIA DO CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES". (grifo nosso)

DIANTE DESTAS CONSTATAÇÕES, PODE-SE AFIRMAR QUE SE TORNA INVIÁVEL EXIGIR DO LICITANTE, NO TOCANTE À QUALIFICAÇÃO TÉCNICA, ATESTADOS DE EXPERIÊNCIA ANTERIOR NA REALIZAÇÃO DE SERVIÇO OU REFERENTE A OBJETO IDÊNTICO AO QUE SERÁ CONTRATADO, EXCETO NOS CASOS EM QUE A RESTRIÇÃO FOR ESSENCIAL AO CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO.

É necessário, portanto, que as exigências relativas à qualificação técnica sejam interpretadas em consonância com o disposto no art. 37, XXI da Carta Magna, juntamente com os demais dispositivos infraconstitucionais, a fim de que sejam exigidos somente os requisitos indispensáveis ao cumprimento da obrigação, de modo a possibilitar a ampla participação de competidores interessados em contratar com a Administração, assegurar a economicidade da contratação e garantir, sempre que possível, o tratamento isonômico.

Assim esclarece o Doutrinador Marçal Justen Filho, em "Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos" (São Paulo: Dialética. 11 ed. pp. 304, 322, 336 e 337):

"(...) Vale insistir acerca da inconstitucionalidade de exigências excessivas, no tocante à qualificação técnica. Observe-se que a natureza do requisito é incompatível com disciplina precisa, minuciosa e exaustiva por parte da Lei. É impossível deixar de remeter à avaliação da Administração a fixação de requisitos de habilitação técnica.

Essa competência discricionária não pode ser utilizada para frustrar a vontade constitucional de garantir o mais amplo acesso a licitantes, tal como já exposto acima. A Administração apenas está autorizada a estabelecer exigências aptas a evidenciar a execução anterior de objeto similar. Vale dizer, sequer se autoriza exigência de objeto idêntico. (...)

(...) Também não se admitem requisitos que, restritivos à participação no certame, sejam irrelevantes para a execução do objeto licitado.

Deve-se considerar a atividade principal e essencial a ser executada, sem maiores referências a especificações ou detalhamentos. Isso não significa afirmar que tais peculiaridades sejam irrelevantes.

São significativas para a execução do objeto, mas não para a habilitação.

"Não cabe à Administração ir além do mínimo necessário à garantia do princípio da República. Logo, não se validam exigências que, ultrapassando o mínimo, destinam-se a manter a Administração em situação 'confortável'. A CF/88 proibiu essa alternativa"

(...) A Lei nº 8.666 disciplinou de modo minucioso a matéria da qualificação técnica. Um dos caracteres mais marcantes da Lei nº 8.666 foi a redução da margem de liberdade da Administração Pública nesse campo e a limitação do âmbito das exigências.

Buscou evitar que exigências formais e desnecessárias acerca da qualificação técnica constituam-se em instrumentos de indevida restrição à liberdade de participação em licitação.

(...). A LEGISLAÇÃO VIGENTE NÃO PROÍBE AS EXIGÊNCIAS DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA, MAS REPRIME AS EXIGÊNCIAS DESNECESSÁRIAS E MERAMENTE FORMAIS" (grifo nosso)

Ademais, a Lei nº 10.520/2002, que rege as licitações públicas na modalidade pregão, estabelece o seguinte quanto à verificação das condições de habilitação:

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

(...) XIII - a habilitação far-se-á com a verificação de que o licitante está em situação regular perante a Fazenda Nacional, a Seguridade Social e o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, e as Fazendas Estaduais e Municipais, quando for o caso, com a comprovação de que atende às exigências do edital quanto à habilitação jurídica e qualificações técnica e econômico-financeira;" (grifo nosso)

Em seu art. 9º, a citada Lei prevê para a modalidade de pregão a aplicação subsidiária das normas previstas na Lei nº 8.666/1993. Esta, por seu turno, estabelece a seguinte regra na seção relativa à habilitação:

"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)

O conjunto normativo mencionado busca garantir à Administração a contratação da proposta mais vantajosa possível, associada a garantias mínimas de que o objeto será cumprido de maneira satisfatória. Todavia, como elucidado pela RECORRENTE, consoante as normas vigentes acerca da licitação, o atestado de capacidade é exigível nos casos em que refere-se a aquisição de bens ou serviços mais complexos, o que não se enquadra no pregão em epígrafe.

DOS REQUERIMENTOS

Por todo o exposto, resta claro que o edital fere os preceitos acima transcritos, inviabilizando a participação de diversas empresas no referido certame caso mantidas as exigências impugnadas.

Desta forma, com escopo nos argumentos acima expendidos, amparados pelo entendimento dos Colendos Tribunais Superiores e da melhor doutrina que trata da matéria, consignados anteriormente, requer seja dado provimento à presente impugnação para que seja retificado o instrumento convocatório em espeque, julgando procedente a presente IMPUGNAÇÃO, ainda, para o efeito de:

1 - declarar nulo o item do edital e qualquer outro item que exija a comprovação de ter a Licitante prestado os serviços demandados nessa licitação.

Caso não entenda pela adequação do edital, pugna-se pela emissão de parecer, informando quais os fundamentos legais que embasaram a decisão do Sr. Pregoeiro. Informa, igualmente, que na hipótese, ainda que remota, de não modificados os dispositivos editalícios impugnados, tal decisão certamente não prosperará perante o Poder Judiciário, pela via mandamental, sem prejuízo de representação junto ao Tribunal de Contas da União.

Por tudo, aguarda-se o deferimento.

...”

Resposta:

Impugnação deferida parcialmente.

1) A impugnante embasa seus pedidos em disposições da Lei 8.666/1993. Ocorre que o certame é regido pelas disposições especiais da Lei 13.303/2016, dado que a Finep possui natureza jurídica de empresa pública, assim como pelo Regulamento de Compras, Contratações e Contratos Administrativos - RCCCA. Logo, não procede a alegação contrariedade entre o edital e o art. 30, II, da Lei 8.666/1993, sendo incogitável a anulação do certame com este fundamento.

2) O texto do edital é aquele que consta na minuta-padrão de editais de pregões eletrônicos da Finep, aprovada pela Diretoria Executiva em conjunto com o RCCCA, em cumprimento à determinação contida no art. 40 da Lei das Estatais. Portanto, o texto da minuta possui fundamento jurídico.

3) De fato, o texto da minuta pode dar azo a interpretação no sentido de que somente atestados ou declarações relativas aos serviços demandados na licitação podem ser aceitos, conforme alegado pela impugnante. A Lei das Estatais, diversamente da Lei 8.666/1993, não especifica expressamente os meios admissíveis de comprovação da qualificação técnica, todavia, a aceitabilidade de atestados ou declarações relativas a serviços compatíveis em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação prestigia o princípio da obtenção de competitividade, insculpido no art. 31 da Lei 13.303/2016 e replicado no art. 3º do RCCCA. Nessa é, aliás, a opinião da unidade técnica da Finep no caso concreto.

Dessa forma, a impugnação é acolhida parcialmente, com vistas a alterar o texto impugnado, deixando-se clara a admissibilidade de atestados relativos a serviços compatíveis em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação. Não há que se anular a licitação e seu edital ou mesmo republicá-lo com o reinício da contagem do prazo de publicação, tendo em vista que a alteração não implica em reavaliação das propostas dos interessados.

Atenciosamente,

Felipe Mazza Mascarenhas
Pregoeiro