Zimbra **joana.barros@tre-pe.jus.br**

Fwd: Impugnação do Edital referente ao PE N.º 02/2022

De : Comissão Permanente de Licitação <cpltrepe@gmail.com> seg., 01 de ago. de 2022 12:42

1 anexo

Assunto : Fwd: Impugnação do Edital referente ao PE N.º 02/2022

Para : cpl@tre-pe.jus.br

As imagens externas não são exibidas. Exibir as imagens abaixo

---------- Forwarded message ---------
De: **Flaviane de Freitas Palma Tomaz** <flaviik.terceirizacao@gmail.com>
Date: seg., 1 de ago. de 2022 às 11:59
Subject: Impugnação do Edital referente ao PE N.º 02/2022
To: <cpl@tre-pe.jus.br>, <cpltrepe@gmail.com>

À comissão responsável pelo PREGÃO N.º 02/2022 – ELETRÔNICO - PROCESSO SEI 0016916-56.2021.6.17.8000,

Venho por meio deste, encaminhar documento para impugnação conforme edital publicado.

Atenciosamente,

FLAVIANE DE FREITAS PALMA TOMAZ

Sócia Administradora FLAVIIK TERCEIRIZAÇÃO

E-mail:flaviik.terceirizacao@gmail.com

Livre de vírus. www.avast.com.

IMPUGNACAO_FLAVIIK_TERCEIRIZACAO_assinado.zip
799 KB

FLAVIIK Terceirização

CNPJ 46.950.034/0001-48

IMPUGNAÇÃO DE INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO

SOLICITANTE: FLAVIIK TERCEIRIZAÇÃO

Requere à: Tribunal Regional Eleitoral de Pernambuco

EDITAL DO PREGÃO N.º 02/2022 – ELETRÔNICO
PROCESSO SEI 0016916-56.2021.6.17.8000

1 - DO PRAZO PARA IMPUGNAÇÃO

Da tempestividade do prazo referente a impugnação, o art. 24, do Decreto nº 10.024, de 20 de setembro de 2019, disciplina:

"Art. 24. Qualquer pessoa poderá **impugnar** os termos do edital do pregão, por meio eletrônico, na forma prevista no edital, **até três dias úteis anteriores** à data fixada para abertura da sessão pública.

§ 1º A impugnação não possui efeito suspensivo e caberá ao pregoeiro, auxiliado pelos responsáveis pela elaboração do edital e dos anexos, **decidir sobre a impugnação no prazo de dois dias úteis**, contado da data de recebimento da impugnação."

Nesse condão temporal verifica-se como tempestivo o presente pleito empresarial em relação a necessidade de retificação das condições editalícias abaixo representadas.

2- DA LEGITIMIDADE DO DEMANDANTE

Muito embora o texto legal seja claro no tocante à qualquer pessoa. O requerente possui legitimidade para interpor os esclarecimentos, impugnação e ou recursos que forem necessários referente ao presente pedido, por possuir as condições estatuídas no Contrato Social e como sócio-administrador, representar legalmente além de realizar diversos atos perante entidades e autoridades públicas federais, estatais e municipais.

3 – DOS FATOS

Preliminarmente observe-se o OBJETO da licitação, in verbis:

"Contratação de serviços continuados de transporte de pessoas e objetos, com alocação de 23 (vinte e três) postos vinculados à categoria de motorista, de acordo com as especificações constantes do Termo de Referência (ANEXO I)."

Av Republica do Libano, 251, sala 2205 Torre A
Empresarial RioMar - Trade Center
Pina, Recife, PE
CEP 51.110-160

E-mail:flaviik.terceirizacao@gmail.com

DA POSSÍVEL ILEGALIDADE DOS ITENS 5.7.1.1 e 5.7.1.2 DO EDITAL, CONSUBSTANCIADO PELO SEU CORRELACIONAMENTO COM O TERMO DE REFERÊNCIA (ANEXO I) – EXIGÊNCIA DE EXPERIÊNCIA COM QUANTITATIVO IGUAL AO DO OBJETO DA LICITAÇÃO E EXPERIÊNCIA DE 3 ANOS, FRAGRANTE RESTRIÇÃO DE COMPETITIVIDADE NO CERTAME.

Os itens 5.7,1.1 e 5.7.1.2 do EDITAL expressamente RESTRINGE A COMPETITIVIDADE e a participação de licitantes:

"5.7.1.1 - relativamente ao(s) documento(s) mencionado(s), a licitante deverá comprovar que executou, antes da publicação do Edital de licitação, no âmbito de sua atividade econômica especificada no seu contrato social, contrato **com no mínimo 23 (vinte e três) empregados** terceirizados;

5.7.1.2 - ainda relativamente ao(s) documento(s) mencionado(s), a licitante deverá comprovar **experiência mínima de 3 (três) anos**, ininterruptos ou não, até a data da sessão pública de abertura deste Pregão, na prestação de serviços terceirizados, em conformidade com o Acórdão n.º 1214/2013 – TCU – Plenário);" **(GRIFO NOSSO)**

É mais que pacificado o entendimento que o quantitativo a ser solicitado como condição de qualificação técnica deve se limitar a 50% do seu respectivo inter-relacionamento com o quantitativo previsto no objeto do certame, na jurisprudência da egrégia corte de Contas:

"É **irregular** a exigência de atestado de capacidade técnico-operacional com quantitativo **mínimo superior a 50% do quantitativo** de bens e serviços que se pretende contratar, a não ser que a especificidade do objeto o recomende, situação em que os motivos de fato e de direito deverão estar devidamente explicitados no processo licitatório (Acórdão 2924/2019 Plenário| Relator: Ministro Benjamin Zymler)."

Cuja quantidade de motoristas objeto do presente certame perfaz 23 postos e a qualificação técnica solicita a quantidade total de postos a serem contratados, perfazendo 100% do quantitativo objeto do certame.

Além da 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 n° 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 e 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 impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da **publicidade**, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos."
>
> Lei 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.

Ratificado que a presença infundada de previsão editalícia que restrinja a competitividade importa em grave violação aos princípios legais que norteiam o certame, como melhor se observa, na sequente fundamentação.

4 – DA FUNDAMENTAÇÃO LEGAL

Dessa forma, afigura-se inválida disposição editalícia que condiciona a participação de empresas, cuja qualificação em recente julgamento do Tribunal de Contas da União, já a define como afronta ao princípio competitivo dos certames em clara restrição processual, resumidamente é notório que o TCU entende: é "quaisquer exigências especiais de habilitação devem estar previstas na lei de licitações e justificadas no processo, sob pena de serem consideradas restritivas à competitividade do certame.

É notório o que diz os Artigos 27 a 31 da Lei 8666, ou seja, enumera, de forma restrita, os documentos que poderão ser exigidos na etapa de habilitação das candidatas à contratação. Entendo que as exigências especiais de habilitação, quaisquer que sejam as particularidades do objeto, devem manter vínculo obrigatório com a lei de licitações e estar justificadas no processo, sob pena de serem consideradas restritivas à competitividade do certame.

Nesse sentido o §5º do art. 30 da Lei das Licitações veda expressamente exigências não previstas em lei, que inibam a participação na licitação.

Vejamos agora as Jurisprudências sobre "Restrição da Competitividade:

Acórdão 12879/2018-Primeira Câmara | Relator: AUGUSTO SHERMAN

Configura restrição ao caráter competitivo da licitação a exigência, para fins de comprovação da capacidade técnico-profissional (art. 30, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/1993), da demonstração de vínculo societário ou empregatício, por meio de carteira de trabalho, do responsável técnico com a empresa licitante, sendo suficiente a comprovação da disponibilidade do profissional mediante contrato de prestação de serviços, sem vínculo trabalhista e regido pela legislação civil.

Acórdão 1567/2018-Plenário | Relator: AUGUSTO NARDES

Caracteriza restrição à competitividade da licitação a exigência, como critério de habilitação, de atestado de qualificação técnica comprovando experiência em tipologia específica de serviço, salvo se imprescindível à certeza da boa execução do objeto e desde que devidamente fundamentada no processo licitatório.

Acórdão 433/2018-Plenário | Relator: AUGUSTO SHERMAN

Caracteriza restrição à competitividade da licitação a exigência, como critério de habilitação, de atestado de qualificação técnica comprovando experiência em tipologia específica de serviço, salvo se imprescindível à certeza da boa execução do objeto e desde que devidamente fundamentada no processo licitatório.

E outras dezenas de Acórdãos, no mesmo sentido.

Vejamos agora qual é o entendimento do Prof. Marçal Justen:

*"*Portanto, estão excluídas tanto as cláusulas expressamente reprovadas pela Lei nº 8.666 como **aquelas não expressamente por ela permitidas**.".

Como bem expõe Diógenes Gasparini (Parecer. BLC, out./2002, p. 645.):

"cabe, então, à Administração Pública licitante exigir, **apenas**, a comprovação dos elementos indispensáveis à execução do objeto licitado. Só o que, nesse sentido, for pertinente pode ser exigido, sem, por óbvio, ultrapassar o rol máximo das exigências consignadas nos mencionados incisos do art. 30 da Lei Federal das Licitações e contratos da Administração Pública".

Imprescindível trazer ao lume do caso o escólio do Douto Jessé Torres Pereira Júnior:

"A nenhum servidor da Administração Pública é dado, por qualquer modo, violar o caráter competitivo da licitação. Este é de sua essência, é a razão de existir do instituto. Deveria figurar

entre os princípios referidos no caput do art. 3º, embora se possa presumir sua presença entre os correlatos, tanto que será inexigível licitação 'quando houver inviabilidade de competição (art. 25)"

Oportuno, ainda, é o magistério de José dos Santos Carvalho Filho:

"(...) princípio da competitividade, correlato ao princípio da **igualdade**. Significa que a Administração **não pode adotar medidas ou criar regras que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo** da licitação. Em outras palavras, deve o procedimento possibilitar a disputa e o confronto entre os licitantes, para que a seleção se faça da melhor forma possível. Fácil é verificar que, sem a competição, estaria comprometido o próprio princípio da igualdade, já que alguns se beneficiariam à custa do prejuízo de outros. Encontramos o princípio no art. 3º, § 1º, I, do Estatuto."

"5.7.1.1 - relativamente ao(s) documento(s) mencionado(s), a licitante deverá comprovar que executou, antes da publicação do Edital de licitação, no âmbito de sua atividade econômica especificada no seu contrato social, contrato com no mínimo 23 (vinte e três) empregados terceirizados;"

O subitem supracitado se mostra desarrazoado e irregular, haja vista que, o objetivo das comprovações de qualificação técnica tem o condão de assegurar a contratante que a contratada possui capacidade para firmar o contrato e consequentemente prestar o serviço, como regula o Instrumento Convocatório.

De tal forma que os demais requisitos de qualificação se mostram compatíveis e dentro dos ditames legais, concedendo a promovedora do certame toda segurança jurídica do objeto sem deixar de lado o princípio balizar da economicidade, atrelado preponderantemente a competitividade dos certames, cujas demais exigências se apresentam como asseguradoras da seleção normal e que eventual excesso dos documentos previstos pela legislação em vigor, extrapola o disposto nos arts. 27 a 31 da Lei 8.666/93.

Cuja redação deve se limitar a capacidade técnica em quantitativo limítrofe de 50% do total licitado, afinal com redação pleiteando atestado com 12 postos, ratifica a segurança contratual e seria descabido o entendimento de que se uma empresa que consegue contratar 12 profissionais para prestação de serviços terceirizados, não conseguiria efetivar contratação de 23 postos de trabalho para atender a demanda do Órgão ora licitante. Guardando total guarida na legislação vigente e nas mais recentes jurisprudências afetas ao tema.

"5.7.1.2 - ainda relativamente ao(s) documento(s) mencionado(s), a licitante deverá comprovar **experiência mínima de 3 (três) anos**, ininterruptos ou não, até a data da sessão pública de abertura deste Pregão, na prestação de serviços terceirizados, em conformidade com o Acórdão n.º 1214/2013 – TCU – Plenário);"

O subitem supracitado se mostra desarrazoado e irregular, haja vista que, o objetivo das comprovações de qualificação técnica tem o condão de assegurar a contratante que a contratada possui capacidade para firmar o contrato e consequentemente prestar o serviço, como regula o Instrumento Convocatório.

De tal forma que os demais requisitos de qualificação se mostram compatíveis e dentro dos ditames legais, concedendo a promovedora do certame toda segurança jurídica do objeto sem deixar de lado o princípio balizar da economicidade, atrelado preponderantemente a competitividade dos certames, cujas demais exigências se apresentam como asseguradoras da seleção normal e que eventual excesso dos documentos previstos pela legislação em vigor, extrapola o disposto nos arts. 27 a 31 da Lei 8.666/93.

Cuja redação já teve evolução jurisprudencial como se segue:

2013	**2017**	**2021**
Acórdão n.º 1214/2013 – TCU – Plenário	INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 5, DE 26 DE MAIO DE 2017	Acórdão n° 1.390/2021, o Tribunal deu ciência de que:
ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, diante das razões expostas pelo Relator, em: … 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;	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) 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."*

Desta forma, cumpre destacar o conceito doutrinário do direito administrativo na evolução temporal suscitada, ao que se verifica conceitualmente como o histórico de decisões a respeito de determinada questão, cuja doutrina assim como fundamenta a doutora em Direito Administrativo Irene Patrícia Nohara, dispõe sobre a fonte de direito que elenca o nascimento do Direito e inspira o conteúdo da matéria, a reunião de julgamento e sua evolução temporal em prol de sua aplicação prática.

A linha temporal destaca que em 2013 a análise deu origem a Instrução Normativa de 2017 e recentemente foram feitas novas análises da disposição da IN, cujo título destacado que induz a qualificação técnica relata a **POSSIBILIDADE**, onde a redação do item 10.6 dispõe que a Administração **PODERÁ** exigir e em 2021, foi detalhada essa condição de exigência pautada em experiência pretérita da contratante e não simples repetição editalícia e ou normativa sem a devida fundamentação técnica e administrativa.

Desta forma, a jurisprudência tem a importância de suprir possíveis lacunas existentes na aplicação e conciliação da legislação, garantindo ações mais coesas. Ratificando o supracitado, na análise proferida em 2021 pela Corte de Contas:

Acórdão n° 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."

Desta feita, é com o intuito de ampliar a competitividade do certamente, bem como priorizar a qualidade do mesmo, que a ora IMPUGNANTE, traz a disposição deste Douto Pregoeiro, alteração do edital com a finalidade de alterar os textos dos itens editalícios supracitados, e a supressão do item 5.7.1.2 cuja redação não guarda consonância com os mais recentes entendimentos correlacionados ao tema. Desta forma, não é permitido, à luz do que determina o artigo 3º, §1º da lei 8.666/93, disfarçar a restrição à competitividade mediante exigências de especificações não necessárias à execução do serviço, ou seja, irrelevantes para o atendimento das necessidades a que se destina o objeto da licitação. Cujos demais itens de qualificação suprem a necessidade Administrativa.

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.

Em suma, não se antolha cabível simples citação de Acordão de 2013 como quesito originário da qualificação solicitada, cujo entendimento já foi resignado e detalhado em 2021, e a previsão de exigências desnecessárias no instrumento convocatório, afrontam a legalidade e a competitividade, postulados essenciais a consecução do fim primordial do procedimento licitatório, qual seja, a contratação da proposta mais vantajosa.

5 – DA ANÁLISE REQUERIDA

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:

ALTERAÇÃO da redação do item 5.7.1.1 do edital, para quantitativo de 50% do objeto. Em caso de manutenção apresentação (Anexa a resposta do presente pleito) do estudo técnico que fundamenta a exigência, assim como regula o Acórdão do TCU nº 2.924 de 2019, supracitado.

SUPRESSÃO da redação do item 5.7.1.2 do edital. Em caso de manutenção apresentação (Anexa a resposta do presente pleito) do estudo técnico pretérito que fundamenta a exigência, assim como regula os Acórdãos do TCU nº 7.164 de 2020 e nº 1.390 de 2021, supracitado.

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.

gov.br Documento assinado digitalmente
FLAVIANE DE FREITAS PALMA TOMAZ
Data: 01/08/2022 11:07:35-0300
Verifique em https://verificador.iti.br

FLAVIANE DE FREITAS PALMA TOMAZ
Sócia Administradora FLAVIIK TERCEIRIZAÇÃO
E-mail:flaviik.terceirizacao@gmail.com

Informativo
Licitações e Contratos

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO TCU

Número 395

Sessões: 7, 8, 14 e 15 de julho de 2020

Este Informativo contém informações sintéticas de decisões proferidas pelos Colegiados do TCU, relativas à área de Licitações e Contratos, que receberam indicação de relevância sob o prisma jurisprudencial no período acima indicado. Os enunciados procuram retratar o entendimento das deliberações das quais foram extraídos. As informações aqui apresentadas não constituem, todavia, resumo oficial da decisão proferida pelo Tribunal nem representam, necessariamente, o posicionamento prevalecente do TCU sobre a matéria. O objetivo é facilitar o acompanhamento dos acórdãos mais importantes do TCU. Para aprofundamento, o leitor pode acessar o inteiro teor das deliberações por meio dos links disponíveis.

SUMÁRIO

Segunda Câmara

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.

SEGUNDA CÂMARA

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.

Representação formulada ao TCU por sociedade empresária apontou possível irregularidade no Pregão Eletrônico 55/2019, realizado pela Fundação Universidade do Amazonas (FUA) com vistas à contratação de empresa especializada em "*serviços de higienização e limpeza hospitalar, com a mão de obra exclusiva para atender às necessidades do Hospital Universitário Getúlio Vargas (HUGV)*". De acordo com a representante, a irregularidade consistia na exigência, contida no edital, de "*período não inferior a 3 (três) anos de experiência na execução do objeto licitado, como requisito de qualificação técnica, sem o correspondente estudo prévio justificativo*". A unidade técnica destacou que a reiterada exigência da comprovação de experiência anterior por prazo não inferior a três anos, ainda que para contratos com lapso inicial inferior, teria levado o TCU a prolatar o Acórdão 2870/2018-Plenário, deixando assente que essa exigência deveria estar devidamente fundamentada a partir de estudos prévios à licitação e da experiência pretérita da instituição contratante, que indicassem ser esse lapso indispensável para assegurar a prestação dos serviços em conformidade com as necessidades específicas da instituição, por força da essencialidade, dos quantitativos, do risco e da complexidade. A unidade instrutiva aduziu ainda que, a despeito do elevado número de participantes no certame (quarenta e dois), tendendo a indicar a ausência de restrição à competitividade, duas licitantes teriam sido inabilitadas pelo não cumprimento da aludida exigência, e que a proposta de preço de uma delas teria sido 14,29% inferior à proposta da licitante vencedora, ao passo que o preço ofertado pela outra (empresa representante) fora 1,62% inferior ao da contratada. Apesar disso, propôs não fosse determinada a anulação do certame, ou, até mesmo, a eventual proibição de prorrogação do contrato, bastando a ciência da irregularidade verificada, em face das seguintes circunstâncias: "*(i) o objeto licitado compreenderia a prestação de serviço essencial ao funcionamento das atividades da instituição; (ii) o resultado do certame, sem a referida exigência, tenderia a também ter resultado na inabilitação daquelas duas*

empresas; (iii) a aludida exigência para a qualificação técnico-operacional em prol da contratação do serviço continuado estaria indicada no Anexo VII – A (item 10.6, "b") da IN nº 5, de 2017, do então Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão; e (iv) a jurisprudência do TCU teria sido recentemente firmada, a partir de 2018". Em seu voto, o relator concordou com a proposta de ciência à universidade, mas divergiu quanto à possibilidade de prorrogação do contrato. O relator entendeu que o Tribunal deveria, adicionalmente, determinar a não prorrogação do contrato, diante da evidente ausência de obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, ressaltando que "*o TCU não necessitaria de promover a prévia oitiva da eventual contratada, até porque a correspondente empresa não teria o eventual direito subjetivo à superveniente prorrogação do aludido contrato público, mas apenas a mera expectativa de direito sobre essa medida, já que a futura prorrogação contratual estaria sob a evidente discricionariedade da administração pública*", sem prejuízo, todavia, "*de permitir essa superveniente prorrogação contratual a partir da correspondente aceitação pela referida empresa em prol da redução dos preços e da efetiva redução, assim, desse inadequado excedente de 14,29%, atendendo, por conseguinte, aos princípios da economicidade e da busca da proposta mais vantajosa para a administração pública*". Assim sendo, nos termos da proposta do relator, o colegiado decidiu expedir determinação à FUA no sentido de a entidade abster-se de "*promover a prorrogação do subsequente contrato público derivado do aludido Pregão Eletrônico nº 55/2019*", firmado com a vencedora do mencionado certame, "*diante da evidente ausência de obtenção da proposta mais vantajosa para a administração pública, já que, sob o valor de R$ 5.326.000,00, a proposta*" de uma das empresas inabilitadas "*seria 14,29% inferior à proposta da licitante vencedora, sob o valor aí de R$ 6.087.180,26*", sem prejuízo, todavia, "*de permitir essa superveniente prorrogação contratual a partir da correspondente aceitação pela vencedora em prol da redução dos preços e da efetiva redução, assim, desse inadequado excedente de 14,29%*". Além disso, o colegiado decidiu dar ciência à FUA para que, em futuros certames, abstenha-se "*de exigir a comprovação de experiência pelos licitantes na execução do objeto licitado pelo prazo não inferior a 3 (três) anos, quando o prazo inicial do contrato a ser firmado for de 12 (doze) meses, sem a devida apresentação, para tanto, de percuciente justificativa técnica fundamentada a partir de estudos prévios à licitação e da experiência pretérita da instituição contratante, devendo indicar ser esse lapso indispensável para assegurar a prestação dos serviços em conformidade com as necessidades específicas da instituição, por força da essencialidade, dos quantitativos, do risco e da complexidade, além das demais particularidades, ante a necessária observância dos princípios administrativos da razoabilidade, da competitividade no certame e da seleção da proposta mais vantajosa para a administração, além da observância à jurisprudência do TCU, a exemplo dos Acórdãos 2.870/2018 e 2.785/2019, do Plenário, e do Acórdão 14.951/2018, da 1ª Câmara*".

Acórdão 7164/2020 Segunda Câmara, Representação, Relator Ministro-Substituto André de Carvalho.

Elaboração: Diretoria de Jurisprudência - Secretaria das Sessões

Contato: *jurisprudenciafaleconosco@tcu.gov.br*

TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DE PERNAMBUCO
ASSESSORIA JURÍDICA DA DIRETORIA-GERAL
Av. Gov. Agamenon Magalhães, 1.160 - Bairro Graças - CEP 52010904 - Recife - PE

PROCESSO	:	0016916-56.2021.6.17.8000
INTERESSADO	:	SEÇÃO DE TRANSPORTES/SETRANS; SEÇÃO DE SERVIÇOS CONTÍNUOS DE APOIO ADMINISTRATIVO/SESEC; COORDENADORIA DE APOIO ADMINISTRATIVO/COAD; SECRETARIA DE ADMINISTRAÇÃO/SA.
ASSUNTO	:	Análise acerca de impugnação formulada pela empresa Flaviik Terceirização - ME ao Edital do Pregão Eletrônico n.º 02/2022, cujo objeto é a prestação de serviços continuados de transporte de pessoas e objetos, com alocação de 23 (vinte e três) postos vinculados à categoria de motorista.

Parecer nº 761 / 2022 - TRE-PE/PRES/DG/ASSDG

Direito Administrativo. Licitação. Contratação de serviços de transporte de pessoas e objetos. Impugnação ao Edital. Tempestividade. Conhecimento. Exigências de qualificação técnico-operacional. Conformidade com o disposto na Constituição da República, na Lei n.º 8.666/93, na IN MPDG n.º 05/2017 e na jurisprudência do Tribunal de Contas União. Justificativas, estudos, análises e ponderações apostas no procedimento da contratação. Manutenção dos dispositivos editalícios. Indeferimento da impugnação.

A Comissão Permanente de Licitação/CPL encaminha para análise desta Assessoria Jurídica, por meio de mensagem eletrônica de 02/08/2022, às 09:06 hs (1927031, vol. V), impugnação apresentada pela empresa Flaviik Terceirizacao - ME (FLAVIIK SELECAO E AGENCIAMENTO DE MAO DE OBRA LTDA - ME) (1926421, vol. V), relativa ao Edital do Pregão Eletrônico n.º 02/2022 (1921538, vol. IV), cujo objeto é a prestação de serviços continuados de transporte de pessoas e objetos, com alocação de 23 (vinte e três) postos vinculados à categoria de motorista.

A CPL informa (1927031, vol. V), ainda, que a sessão de abertura do mencionado Pregão Eletrônico/PE está marcada para o **dia 09/08/2022**, **às 09:00 horas**.

Na Impugnação (1926421, vol. V), apresentada em 1.º/08/2022, a requerente questiona a legalidade dos itens 5.7.1.1 e 5.7.1.2 do edital (1921538, vol. IV), relativos à habilitação técnico-operacional, defendendo que os mencionados requisitos estariam a restringir ilegalmente a competitividade do certame.

Quanto ao item 5.7.1.1, alega, em síntese, que o referido dispositivo viola o Acórdão TCU n.º 2924/2019 - Plenário, precedente que **considera "*irregular a exigência de atestado de capacidade técnico-operacional com quantitativo mínimo superior a 50% do quantitativo de bens e serviços que se pretende contratar*, *a não ser que a especificidade do objeto o recomende, situação em***

que os motivos de fato e de direito deverão estar devidamente explicitados no processo licitatório (Acórdão 2924/2019 Plenário| Relator: Ministro Benjamin Zymler)."

Assim, como o item 5.7.1.1 do edital exige, a título de acervo técnico, o mesmo quantitativo dos postos que serão contratados, qual seja, 23 (vinte e três) postos, estaria violando o mencionado precedente da corte federal de contas, bem como restringindo de forma ilegal a competetitividade do Pregão Eletrônico n.º 02/2022 (1921538, vol. IV).

No que concerne ao item 5.7.1.2, advoga, em resumo, que o referido dispostivo infringe o Acórdão TCU n.º 1390/2021 - Plenário, o qual **considera 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*".

Dessa forma, como o item 5.7.1.2 do edital demanda, a título de acervo técnico, o referido prazo de experiência pretérita, estaria violando o mencionado precedente da corte federal de contas, bem como restringindo de forma ilegal a competetitividade da licitação (1921538, vol. IV), caso não fundamentada "*a exigência pautada em análise técnica, FUNDAMENTADA EM EXPERIÊNCIA PRETÉRITA DO ÓRGÃO*", conforme alega na impugnação (1926421, vol. V).

Em mensagem eletrônica de 1.º/08/2022 (1926847, vol. V), a Seção de Serviços Contínuos de Apoio Administrativo/SESEC, após análise dos argumentos da empresa, esclareceu que a impugnação trata a respeito da "*adoção dos requisitos estabelecidos pela IN 5/2017, cuja regra, adotada em todos os nossos certames, é ratificada pela Assessoria Jurídica da Diretoria Geral - Assdg*". Complementou que, "*diante das contestações apresentadas pela empresa, cuja matéria é eminentemente jurídica, entendemos que deve ser submetida à Assdg*".

Passa-se a opinar.

Trata-se de análise jurídica acerca de Impugnação apresentada pela empresa Flaviik Terceirizacao - ME (FLAVIIK SELECAO E AGENCIAMENTO DE MAO DE OBRA LTDA - ME) (1926421, vol. V), relativa ao edital do Pregão Eletrônico n.º 02/2022 (1921538, vol. IV), cujo objeto é a prestação de serviços continuados de transporte de pessoas e objetos, com alocação de 23 (vinte e três) postos vinculados à categoria de motorista.

Publicado o edital de licitação, eventuais dúvidas, obscuridades ou discordâncias de pessoa interessada numa licitação pública podem ser trazidos à Administração para que preste os devidos esclarecimentos sobre determinada cláusula ou condição do edital, em atenção aos arts. 40 e 41 da Lei n.º 8.666/1993:

> **Art. 40. O edital** conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e **indicará, obrigatoriamente**, o seguinte:

I - objeto da licitação, em descrição sucinta e clara;

II - prazo e condições para assinatura do contrato ou retirada dos instrumentos, como previsto no art. 64 desta Lei, para execução do contrato e **para entrega do objeto da licitação;**

III - sanções para o caso de inadimplemento;

[...]

VI - condições para participação na licitação, em conformidade com os arts. 27 a 31 desta Lei, e forma de apresentação das propostas;

VII - critério para julgamento, com disposições claras e parâmetros objetivos;

VIII - locais, horários e códigos de acesso dos meios de comunicação à distância em que serão fornecidos elementos, informações e esclarecimentos relativos à licitação e às condições para atendimento das obrigações necessárias ao cumprimento de seu objeto;

[...]

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

§ 1º **Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei**, devendo protocolar o pedido até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, devendo a Administração julgar e responder à impugnação em até 3 (três) dias úteis, sem prejuízo da faculdade prevista no § 1º do art. 113.

§ 2º Decairá do direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a administração o licitante que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização de leilão, as falhas ou irregularidades que viciariam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso.

§ 3ºA impugnação feita tempestivamente pelo licitante não o impedirá de participar do processo licitatório até o trânsito em julgado da decisão a ela pertinente.

(Destaques não constam no original)

O Decreto n.º 10.024/2019, ao regulamentar o pregão na forma eletrônica, fixa, em seu art. 24, o prazo para formulação de impugnações:

Impugnação

Art. 24. Qualquer pessoa poderá impugnar os termos do edital do pregão, por meio eletrônico, na forma prevista no edital, **até três dias úteis anteriores à data fixada para abertura da sessão pública.**

§ 1º **A impugnação não possui efeito suspensivo** e caberá ao pregoeiro, auxiliado pelos responsáveis pela elaboração do edital e dos anexos, decidir sobre a impugnação no prazo de dois dias úteis, contado do data de recebimento da impugnação.

§ 2º A concessão de **efeito suspensivo à impugnação é medida excepcional e deverá ser motivada pelo pregoeiro**, nos autos do processo de licitação.

§ 3º Acolhida a impugnação contra o edital, será definida e publicada nova data para realização do certame.

(Destaques não constam no original)

Também sobre as impugnações, assim prevê o Edital do Pregão Eletrônico n.º 02/2022 (1921538, vol. IV):

> **6 - DO PROCEDIMENTO DA LICITAÇÃO**
>
> [...]
>
> 6.2 - **Até 3 (três) dias úteis** antes da data fixada para abertura da sessão pública, qualquer pessoa poderá impugnar este Edital, pelos endereços eletrônicos cpl@tre-pe.jus.br e cpltrepe@gmail.com.
>
> 6.3 - Caberá ao Pregoeiro, auxiliado pelos setores responsáveis, decidir sobre a **impugnação** no **prazo de até 2 (dois) dias úteis,** contado da data de **recebimento da impugnação**.
>
> 6.4 - Acolhida a impugnação, apenas será designada nova data para a realização do certame se houver mudança nas condições de formulação das propostas.
>
> 6.4.1 - **As impugnações e pedidos de esclarecimentos não suspendem os prazos** previstos no certame.
>
> 6.4.1.1 - **A concessão de efeito suspensivo à impugnação é medida excepcional** e deverá ser motivada pelo pregoeiro, nos autos do processo de licitação.
>
> 6.4.1.2 - As **respostas** aos pedidos de esclarecimentos serão divulgadas pelo sistema e vincularão os participantes e a administração.
>
> (Destaques não constam no original)

Conforme acima relatado, a requerente apresentou a impugnação em 1.º/08/2022 (1926421, vol. V) e a sessão de abertura do mencionado PE está marcada para o dia 09/08/2022, às 09:00 horas. Assim, observa-se que a empresa interessada apresentou tempestivamente a impugnação em tela, uma vez que a enviou em 1.º/08/2022, antes, portanto, dos 3 (três) dias úteis anteriores à data fixada para abertura da sessão pública, prevista para 09/08/2022.

Passando à análise de mérito, inicialmente, como acima relatado, tem-se que a impugnante questionou o disposto no item 5.7.1.1 do edital, alegando, em síntese, que o referido dispostivo violaria o Acórdão TCU n.º 2924/2019 - Plenário, precedente que **considera "*irregular a exigência de atestado de capacidade técnico-operacional com quantitativo mínimo superior a 50% do quantitativo de bens e serviços que se pretende contratar**, a não ser que a especificidade do objeto o recomende, situação em que os motivos de fato e de direito deverão estar devidamente explicitados no processo licitatório (Acórdão 2924/2019 Plenário| Relator: Ministro Benjamin Zymler).*"

Destarte, como o item 5.7.1.1 exige a título de acervo técnico o mesmo quantitativo dos postos que serão contratados, qual seja, 23 (vinte e três) postos, estaria violando o mencionado precedente da corte federal de contas, bem como restringindo de forma ilegal a competetitividade do Pregão Eletrônico n.º 02/2022 (1921538, vol. IV).

No que concerne ao item 5.7.1.2, defende, em resumo, que o referido dispostivo infringe o Acórdão TCU n.º 1390/2021 - Plenário, o qual **considera 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*".

Assim, como o item 5.7.1.2 do edital exige, a título de acervo técnico, o referido prazo de experiência pretérita, estaria violando o mencionado precedente da corte federal de contas, bem como restringindo de forma ilegal a competetitividade da licitação (1921538, vol. IV), caso não fundamentada "*a exigência pautada em análise técnica, FUNDAMENTADA EM EXPERIÊNCIA PRETÉRITA DO ÓRGÃO*", conforme alega na impugnação (1926421, vol. V).

Os prefalados itens do edital (1921538, vol. IV) dipõem a respeito da qualificação técnico-operacional da seguinte forma:

> 5.7.1.1 - relativamente ao(s) documento(s) mencionado(s), a licitante deverá comprovar que executou, antes da publicação do Edital de licitação, no âmbito de sua atividade econômica especificada no seu contrato social, **contrato com no mínimo 23 (vinte e três) empregados terceirizados**;
>
> 5.7.1.2 - ainda relativamente ao(s) documento(s) mencionado(s), a licitante deverá comprovar **experiência mínima de 3 (três) anos**, ininterruptos ou não, até a data da sessão pública de abertura deste Pregão, na prestação de serviços terceirizados, em conformidade com o Acórdão n.º 1214/2013 – TCU – Plenário);

No que tange ao questionamento relativo ao item 5.7.1.1, observa-se que a Instrução Normativa - IN MPDG n.º 05/2017, norma que dispõe sobre as regras e diretrizes do procedimento de contratação de serviços sob o regime de execução indireta no âmbito da Administração Pública federal direta, assim regulamenta a matéria em seu item 10.6, alínea "c", subalínea "c.2":

> 10.6. **Na contratação de serviço continuado, para efeito de qualificação técnico-operacional, a Administração poderá exigir do licitante**:
>
> [...]
>
> c) **no caso de contratação de serviços por postos de trabalho**:
>
> c.1. quando o número de postos de trabalho a ser contratado for superior a 40 (quarenta) postos, o licitante deverá comprovar que tenha executado contrato(s) com um mínimo de 50% (cinquenta por cento) do número de postos de trabalho a serem contratados;
>
> c.2. **quando o número de postos de trabalho a ser contratado for igual ou inferior a 40 (quarenta), o licitante deverá comprovar que tenha executado contrato(s) em número de postos equivalentes ao da contratação**.
>
> (grifou-se)

Como se vê, a referida norma permite que, quando o número de postos de trabalho a ser contratado for igual ou inferior a 40 (quarenta), **como no presente caso do Pregão Eletrônico n.º 02/2022** (1921538, vol. IV), o licitante deverá comprovar que executou contrato(s) em número de postos **equivalentes** ao da contratação. Dessa forma, o mencionado dispositivo editalício está em sintonia com a referida regra da IN n.º 05/2017, uma vez que a licitação objetiva a contratação de 23 (vinte e três) postos de motorista, sendo lícita a exigência da experiência anterior na contratação dos mesmos 23 (vinte e

três) postos de trabalho, conforme item 10.6, alínea "c", subalínea "c.2" da IN MPDG n.º 05/2017. Nessa linha, apenas seria necessária a observância do percentual mencionado pela empresa impugnante (50% dos postos a contratar) na hipótese de contratação de quantitativo superior a 40 (quarenta) postos de trabalho, como esclarece a acima transcrita subalínea "c.1", o que não é o caso dos autos.

Assim, tem-se que **a impugnação (1926421, vol. V)** apresentada pela empresa Flaviik Terceirizacao - ME (FLAVIIK SELECAO E AGENCIAMENTO DE MAO DE OBRA LTDA - ME) **não merece acolhimento nesse ponto (item 5.7.1.1).**

No que concerne ao item 5.7.1.2, observa-se que a mesma IN MPDG n.º 05/2017 permite a exigência de comprovação de experiência mínima de 3 (três) anos na execução de objeto semelhante ao da contratação, conforme item 10.6, alínea "b":

> 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;
>
> (grifou-se)

Como se vê, a referida norma permite expressamente que seja exigido da licitante a comprovação de que detém experiência mínima de três anos na execução de objeto semelhante ao da contratação.

A mencionada exigência também consta expressamente do Acórdão TCU n.º 1.214/2013, como adiante se observa:

> **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 SEBRAE-SP 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.**
>
> (negritou-se)

Como acima se observa, a referida exigência decorre de estatísticas econômicas que demonstram que em torno de 58% (cinquenta e oito por cento) das empresas de pequeno porte abertas não passam do 3.º (terceiro) ano de existência. Assim, considerada a relevância do objeto contratual, o TCU entende possível a fixação da mencionada restrição.

Ademais, o art. 30, inciso II, da Lei n.º 8.666/93, expressamente permite que a comprovação da qualificação técnica seja também relativa a prazos, como se observa da transcrição abaixo:

> 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;
>
> (grifou-se)

Assim, o mencionado dispositivo editalício está em sintonia com o art. 30, inciso II, da Lei n.º 8.666/93, com a referida regra da IN n.º 05/2017 (item 10.6, alínea "b"), bem como com a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, conforme o já citado Acórdão TCU n.º 1.214/2013.

Todavia, a jurisprudência do Tribunal de Contas da União tem se mostrado contrária à utilização indiscriminada da referida exigência, entendendo necessária justificativa técnica adequada para tal restrição, sob pena de restar vulnerado o Princípio da Ampla Competitividade. Nesse contexto, cabe transcrever o teor em parte do voto e do Acórdão TCU n.º 2870/2018 - Plenário, da relatoria do Ministro Walton Alencar Rodrigues:

> VOTO:
>
> [...]
>
> Noto que a questão de fundo destes autos, a possibilidade de exigir comprovação de 3 anos de experiência para contratação de serviços continuados, tema recorrente em processos desta Corte, como, por exemplo, nos TCs Processo 027.311/2016-3, Processo 008.184/2017-8, Processo 023.487/2018-6 e Processo 027.471/2018-7, **merece ser revisitada**, para evitar a banalização que vem ocorrendo.
>
> O § 5º do art. 30 da Lei 8.666/1993 veda *"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 nesta Lei, que inibam a participação na licitação"*.
>
> O inciso II, do mesmo artigo, por sua vez, admite exigência de *"**comprovação de aptidão para desempenho de atividade** pertinente e **compatível em** características, quantidades e **prazos com o objeto da licitação** (...) "*.
>
> Ocorre que contratos de terceirização para serviços contínuos são, em regra, firmados por prazo inicial de 12 meses, prorrogáveis sucessivamente por até 60 meses. Por ser facultativa, a contratação somente será de 12 meses se a contratada não prestar um bom serviço. Evidenciando-se que não possui

condições de prestá-lo a contento, caberá à Administração não prorrogar o contrato.

Assim, 3 anos de experiência mínima, para comprovação de qualificação técnico-operacional, supera o prazo estipulado na relação contratual inicial, caracterizando critério, em princípio, exigência incompatível com objeto licitado, contrariando o inciso II do art. 30 da Lei 8.666/1993.

O impedimento à participação de empresas com menos de 3 anos de existência dificulta a entrada a novos concorrentes no setor em que se insere a contratação, principalmente no caso de serviços em que o setor público é contratante proeminente, como é o caso da segurança armada.

Além disso, restringe a competitividade do certame, pois quanto mais exigências de qualificação, menor o número de empresas aptas a cumpri-las.

Por se tratar de exigência de qualificação com potencial de restringir o caráter competitivo do certame e o desenvolvimento do setor em que se insere o objeto da contratação, a experiência anterior em lapso temporal superior ao prazo inicial do contrato deve ser objeto de adequada fundamentação, baseada em estudos prévios à licitação e na experiência pretérita do órgão contratante, que indiquem ser tal lapso indispensável para assegurar prestação do serviço em conformidade com as necessidades específicas do órgão, por força da sua essencialidade, quantitativo, risco, complexidade ou qualquer outra particularidade. Convém, também, que o órgão contratante sopese os reflexos da restrição no desenvolvimento do setor do serviço pretendido.

A exemplo de zeladoria, limpeza, conservação e dedetização de grupos sanitários, lavatórios e vestiários, há atividades em relação às quais não me parece que a empresa com 3 anos de experiência tenha melhores condições de execução a contento do que outra que tenha executado quantitativo equivalente em prazo inferior.

Nesse sentido, **fez bem o MPOG ao prever, no 10.6 do anexo VI da Instrução Normativa 5/2017, possibilidade de a Administração exigir experiência mínima de 3 anos, em vez de determinar, como lhe havia recomendado o TCU. Teria feito ainda melhor se houvesse assinalado que essa possibilidade está restrita aos casos em que as circunstâncias da prestação do serviço a ser contratado assim recomendem.**

[...]

ACÓRDÃO:

[...]

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

[...]

9.2.1. para fins de qualificação técnico-operacional, **pode** ser exigida comprovação de experiência mínima de três anos, na execução de serviços continuados compatíveis **em características e quantidades** com o objeto da licitação, executados de forma sucessiva e não contínua, a teor do disposto nos subitens 10.6, “b”, e 10.6.1 do anexo VI da Instrução Normativa 5/2017, do Ministério do Planejamento, Orçamento de Gestão (MPOG) , desde que as circunstâncias específicas da prestação do serviço assim recomendem, o que deve ser objeto de adequada fundamentação, baseada em estudos prévios à licitação e na experiência pretérita do órgão contratante;

(grifos no original e acrescidos)

Na mesma linha, o Acórdão TCU n.º 503/2021 - Plenário:

> **A despeito da IN 5/2017-Seges prever a possibilidade da Administração exigir dos licitantes a "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" (item 10.6, letra "b", do Anexo VII-A) , inclusive em atendimento a recomendação constante do subitem 9.1.13 do Acórdão 1214/2013-TCU-Plenário, Relator Ministro Aroldo Cedraz; **a jurisprudência desta Casa** (a exemplo dos Acórdãos 2.870/2018, Relator Ministro Walton Rodrigues; e 2.785/2019, Relator Ministro Raimundo Carreiro, ambos do Plenário) **tem considerado que tal parâmetro temporal deve ser objeto de justificativas nas situações em que o objeto licitado referir-se a contratação pelo período de doze meses.**
>
> (negritou-se)

Observa-se, também, que a potencial licitante invoca o Acórdão TCU n.º 1390/2021 - Plenário, o qual **considera 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*".

O referido aresto foi emitido em sentido análogo aos já mencionados Acórdãos TCU n.º 2870/2018 - Plenário e n.º 503/2021 - Plenário, acima transcritos, exigindo, para se fixar, a título de qualificação técnico-operacional, a experiência anterior de 3 (três) anos dos licitantes, a 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.

Com efeito, na espécie, observa-se que o setor contratante, ainda na fase interna da licitação, apresentou justificativa idônea para as exigências de qualificação técnica no Pregão Eletrônico n.º 02/2022 (1921538, vol. IV), conforme tópico n.º 7, do Termo de Referência (1891947, vol. III) adiante reproduzido:

> **Justificativa da qualificação técnico-operacional**
>
> Embora não seja obrigatória a adoção da IN nº 05/2017/SEGES/MPDG pelo TRE/PE, utilizamos suas regras (itens 10.6, 10.7, 10.8, 10.9, 10.10 e 11.1, do Anexo VII-A) por serem recomendadas por orgãos de controle, o que dá ao gestor do órgão maior segurança em suas contratações.
>
> Além disso, independentemente do tipo do serviço e do quantitativo dos postos, e considerando a importância da contratação para o Tribunal, **entendemos necessária a solicitação de atestado de qualificação técnica para que tenhamos na disputa empresas com experiência em execução nesse tipo de serviço, evitando-se problemas a serem equacionados futuramente pela gestão contratual**. Ressaltamos que o exigido é apenas a execução de qualquer contrato no âmbito da atividade econômica da licitante com no mínimo o mesmo quantitativo a ser contratado, e fornecimento de materiais (sem quantificação), o que acreditamos estar proporcional com a dimensão e complexidade do objeto a ser contratado.

> **Justifica-se, então, a exigência desse atestado com a finalidade de resguardar a Administração de contratar empresa que não tenha condições de gerir contrato de serviços com alocação de mão de obra**. Frise-se que a comprovação pode ser relativa a qualquer categoria e não especificamente para a qual estamos licitando.
>
> (destacou-se)

Outrossim, especificamente quanto à qualificação técnico operacional prevista nos itens 5.7.1.1 e 5.7.1.2, objeto da impugnação, a Unidade contratante assim se manifestou na Informação SESEC n.º 4085/2022 (1754172, vol. III), também emitida antes da publicação do certame:

> **- Justificativa da qualificação técnico-operacional - item 7 do TR**
>
> Esclarecemos que, **embora não seja obrigatória a adoção da IN nº 05/2017/SEGES/MPDG pelo TRE/PE, utilizamos suas regras (itens 10.6, 10.7, 10.8, 10.9, 10.10 e 11.1, do Anexo VII-A) por ser recomendada por orgãos de controle, o que dá ao gestor do órgão maior segurança em suas contratações**.
>
> Além disso, independentemente do tipo do serviço e do quantitativo dos postos, e **considerando a importância da contratação para o Tribunal, entendemos necessária a solicitação de atestado de qualificação técnica para que tenhamos na disputa empresas com experiência em execução nesse tipo de serviço, evitando-se problemas a serem equacionados futuramente pela gestão contratual**. Ressaltamos que o exigido é apenas a execução de qualquer contrato no âmbito da atividade econômica da licitante com no mínimo dois empregados, e fornecimento de materiais (sem quantificação), o que acreditamos estar proporcional com a dimensão e complexidade do objeto a ser contratado.
>
> Pontuamos, ainda, que, **embora registremos essa exigência em todos os nossos editais, com análise criteriosa dos documentos apresentados pelas licitantes classificadas, mesmo assim a gestão tem enfrentado problemas com o inadimplemento de obrigações por empresas contratadas, colocando em risco a continuidade dos serviços, o cumprimento de obrigações trabalhistas e, por conseguinte, trazendo insegurança à Administração quanto à responsabilidade pelo dano**.
>
> Justifica-se, então, a exigência desse atestado com a **finalidade de resguardar a Administração de contratar empresa que não tenha condições de gerir contrato de serviços com alocação de mão de obra. Frise-se que a comprovação pode ser relativa a qualquer categoria e não especificamente para a qual estamos licitando**.
>
> Quanto ao **quantitativo mínimo de profissionais exigido e o tempo mínimo relativo a contratos anteriores, esclarecemos que encontram-se de acordo com a norma vigente (Anexo VII-A, item 10.6, alíneas b e c.2, da IN n.º 05/2017-MPDG).**
>
> (grifou-se)

Como se vê, foram justificadas as exigências prevista nos itens 5.7.1.1 e 5.7.1.2, tendo em vista a importância da contratação para o Tribunal, a fim de que se tenha na disputa empresas com experiência na execução desse tipo de serviço, evitando-se problemas a serem equacionados futuramente pela gestão contratual, bem como considerando que "*a gestão tem enfrentado problemas com o inadimplemento de obrigações por empresas contratadas, colocando em risco a continuidade dos serviços, o cumprimento de obrigações trabalhistas e, por conseguinte, trazendo insegurança à Administração quanto à responsabilidade pelo dano*". Assim, restou clara a "*finalidade de resguardar a*

Administração de contratar empresa que não tenha condições de gerir contrato de serviços com alocação de mão de obra".

Conforme destacado pela impugnante, o TCU, no Acórdão n.º 1390/2021 - Plenário, tem entendimento no sentido de que a previsão de experiência anterior de 3 (três) anos a título de qualificação técnico-operacional deve se fundamentar em estudos prévios e **na experiência pretérita adquirida pelo órgão neste tipo de contratação**, a indicar que tal previsão seria indispensável para assegurar a prestação do serviço em conformidade com as necessidades específicas do órgão.

Nessa linha, observa-se que restou devidamente esclarecido no Requerimento de Contratação/RC (1613346, vol. I), que **as mencionadas exigências decorreram da experiência pretérita obtida pelo TRE/PE na contratação anterior dos mesmos serviços**, conforme Contrato n.º 036/2018 (0810674, vol. VIII, do Processo SEI n.º 0014255-12.2018.6.17.8000), em que se constatou que a empresa contratada na mencionada avença não detinha capacidade técnico-operacional adequada para a prestação dos serviços, sendo indispensável a referida previsão para assegurar a prestação do objeto contratual, a considerar, ainda, a grande relevância da contratação para o TRE/PE, conforme item 3 do referido RC (1613346, vol. I), adiante reproduzido:

> O Tribunal Regional Eleitoral de Pernambuco atualmente mantém contrato com a empresa **FP Global Locação de Mao de Obra e Serviços** – CT 036/2018 (0810674), processo SEI n.º 0014255-12.2018.6.17.8000 – para prestação do serviço de motorista com alocação de 22 (vinte e dois) postos com vigência até 31/12/2018, podendo ser prorrogado por mais 36 (trinta e seis) meses no interesse da Administração.
>
> A Contratação já possui em seu quarto Termo Aditivo (1219687) prorrogação até 31/12/2021, no entanto, após reiterados descumprimentos contratuais registrados nos documentos Ofício 1922 (1461506), Memorando 915/2021 (1486289) e Memorando 1531 (1564978) todos da Setrans, mesmo após várias tratativas restou verificado que a contratada não demonstra ter capital de giro ou recursos financeiros alocados para conseguir continuar executando suas obrigações financeiras a contento para com os motoristas no tocante à regularidade no pagamento de salários, auxílio alimentação, férias e diárias, o que vem causando prejuízos para os profissionais e grande esforço da gestão contratual para manter o contrato em funcionamento. Cabe ressaltar que a contratada já foi submetida a abertura de processo para apuração de responsabilidades por atraso no pagamento de diárias, férias e salários ocorridos no final de 2019 e início de 2020,conforme SEI 0012559-67.2020.6.17.8000 .

Assim, tendo em vista os mencionados estudos, análises e ponderações realizadas pelo setor contratante no Termo de Referência (1891947 vol. III), na Informação SESEC n.º 4085/2022 (1754172, vol. III), bem como no Requerimento de Contratação/RC (1613346, vol. I), documentos emitidos em momento anterior à publicação do Edital do Pregão Eletrônico n.º 02/2022 (1921538, vol. IV), entende esta Assessoria Jurídica que as exigências contidas nos itens 5.7.1.1 e 5.7.1.2 do aludido edital estão em sintonia com o disposto no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal[1], no art. 3.º, § 1.º, inciso I e art. 30, II, da Lei 8.666/1993[2], e no art. 2.º, *caput*, do Decreto 10.024/2019[3], não constituindo restrição ilegal à competitividade do certame.

Destarte, em vista das razões acima expostas, **opina esta Assessoria Jurídica pelo conhecimento da Impugnação** (1926421, vol. V) apresentada pela empresa Flaviik Terceirizacao - ME (FLAVIIK SELECAO E AGENCIAMENTO DE MAO DE OBRA LTDA - ME), relativa ao Edital do Pregão Eletrônico n.º 02/2022 (1921538, vol. IV), **por tempestiva, e, quanto ao mérito, pelo seu indeferimento *in totum*, com a manutenção de todos os dispositivos editalícios questionados**, uma vez

que compatíveis com as disposições legais, bem como opina pelo prosseguimento do certame, devendo a requerente ser comunicada dos esclarecimentos prestados.

Por medida de eficiência administrativa, entende esta Assessoria Jurídica que se mostra desnecessário o retorno dos autos a esta Unidade, tendo em vista, inclusive, o que dispõe o Enunciado n.º 5, do Manual de Boas Práticas Consultivas da Advocacia-Geral da União/AGU[4].

Recife, 5 de agosto de 2022.

João Manoel Alves Henriques
Técnico Judiciário

Ana Gabriela Ramos de Moura
Chefe de Seção

Ana Paula de Araújo Novaes
Assessora-Chefe da Assessoria Jurídica da Diretoria-Geral em exercício

[1] Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
[...]
XXI - 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.

[2] Art. 3.º 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.
§ 1.º É vedado aos agentes públicos:
I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991;

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;

[3] Art. 2.º O pregão, na forma eletrônica, é condicionado aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, do desenvolvimento sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade e aos que lhes são correlatos.

[4] BPC. Enunciado n.º 5: Ao Órgão Consultivo que em caso concreto haja exteriorizado juízo conclusivo de aprovação de minuta de edital ou contrato e tenha sugerido as alterações necessárias, **não incumbe pronunciamento subsequente de verificação do cumprimento das recomendações consignadas.**
Fonte: A atividade de exame e aprovação de minutas de editais e contratos pelos Órgãos jurídicos é prévia, consoante art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666, de 1993. Dessa maneira, **não integra o fluxo consultivo a fiscalização posterior de cumprimento de recomendações feitas na manifestação jurídica.** Com efeito, é ônus do gestor a responsabilidade por eventual conduta que opte pelo não atendimento das orientações jurídicas.

Documento assinado eletronicamente por **JOÃO MANOEL ALVES HENRIQUES**, **Técnico(a) Judiciário(a)**, em 05/08/2022, às 09:19, conforme art. 1º, § 2º, III, "b", da Lei 11.419/2006.

Documento assinado eletronicamente por **ANA GABRIELA RAMOS DE MOURA**, **Chefe de Seção**, em 05/08/2022, às 09:47, conforme art. 1º, § 2º, III, "b", da Lei 11.419/2006.

Documento assinado eletronicamente por **ANA PAULA DE ARAÚJO NOVAES**, **Assessor(a) Chefe em Exercício**, em 05/08/2022, às 09:52, conforme art. 1º, § 2º, III, "b", da Lei 11.419/2006.

A autenticidade do documento pode ser conferida no site http://sei.tre-pe.jus.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0 informando o código verificador **1931446** e o código CRC **4B59E116**.