



7809864



08004.001228/2017-45

**MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E CIDADANIA****RESPOSTA****PEDIDO DE IMPUGNAÇÃO Nº 01****1. INTRODUÇÃO**

- 1.1. Trata-se de pedido de impugnação do Pregão Eletrônico nº 20/2018, encaminhado, via correspondência eletrônica em 03 de janeiro de 2019, às 15h33min, pela empresa H2F Construções e Serviços EIRELI - ME.
- 1.2. Cumpre consignar que o pedido foi apresentado tempestivamente e na forma exigida, nos termos dos artigos 18 e 19 do Decreto nº 5.450/2005.
- 1.3. A impugnante apresentou questionamento acerca da qualificação técnica (7808511). Assim, por pertinência, os autos foram encaminhados à área técnica para manifestação.
- 1.4. Nesse sentido, a Coordenação Geral de Arquitetura e Engenharia, área demandante, posicionou-se por meio da Nota Técnica n.º 3/2019/CGAE/SAA/SE/MJ (7810846).

**2. DAS ALEGAÇÕES DA IMPUGNANTE**

- 2.1. Em suma, a impugnante alega:

A Lei de Licitações, ao regram sobre a exigência dos atestados de capacidade técnica assim determinou:

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

§ 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a:

I - capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por

execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos;"

' 5 °. 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 nesta Lei que inibam a participação na licitação". [Grifamos

Através da interpretação literal dos artigos supramencionados, é luzente que o legislador limitou as exigências de tempo, deste modo, qualquer estipulação nesse sentido, lançada no instrumento convocatório, será ilegal.

O art. 115 da Lei 8.666/93 autoriza os órgãos da Administração a expedirem normas relativas aos procedimentos operacionais observados durante a execução das licitações, porém, arremata assegurando que as disposições impostas pela mencionada Lei, não devem ser ignoradas, verbis.

Art. 115. Os órgãos da Administração poderão expedir normas relativas aos procedimentos operacionais a serem observados na execução das licitações, no âmbito de sua competência, observadas as disposições desta Lei.

A exigência polêmica passou a ser inserida nos editais após a edição da Instrução Normativa nº 05 de 2017, que dispõe sobre regras e diretrizes para a contratação de serviços continuados ou não.

Ocorre que, na prática, interpretações equivocadas e desprovidas de sustentáculo jurídico acarretam a inversão dos valores pretendidos e, por conseguinte, obstam o alcance da finalidade da Lei 8.666/93.

Nesta toada, apontamos a ilegalidade da exigência de comprovação de experiência mínima de 3 (três) anos, frente ao objeto do edital n. 20/2018, haja vista que tal imposição possui o condão de atribuir maior rigor na ora de se realizar determinada contratação, porém, não deveria ser aplicada de forma desregrada e sem vínculo direto com o objeto do certame, conforme se constata.

Por outro giro, a Administração Pública não deve se valer de tais argumentos para usurpar à revelia da lei e diretamente das empresas idôneas, o direito constitucional que lhes assegura a participar dos certames públicos.

Assim sendo, não há falar em fragilidade dos editais ou "inexperiência da maioria das empresas contratadas", pois a legislação não poderá ser arredada em caso de divergências/negligências/imperícia ou imprudência, constantes nos editais ou em razão do descumprimento das formalidades constantes em lei, seja por parte das empresas, seja por parte dos gestores públicos.

Contudo, na melhor regra de hermenêutica jurídica, a lei não contém palavras inúteis, se existem mecanismos legais para suspender a execução do contrato, buscar a reparação do dano causado ao erário, sem prejuízo da efetiva punição da empresa que se mostrar desidiosa durante a execução de determinado objeto contratado perante a Administração Pública, certamente, tais previsões, existem em razão da necessidade de mitigar ao máximo as exigências constantes nos editais, para que sejam sim, exceções e não a regra. Com isso, a Administração pública estará protegendo primordialmente, o critério da competitividade previsto na Lei 8.666/93, a bem do interesse público.

O inciso II do art. 57, da Lei Federal 8.666/93, admite prorrogação do contrato por até sessenta meses com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração.

Nesse azo, a estabilidade ofertada não é permanente e pode ser interrompida a qualquer tempo em atendimento ao interesse Público.

A conclusão, portanto, é que não há permissão legal para se estabelecer quantitativos mínimos nos atestados de capacidade técnico-operacional e nem máximos, entretanto, em cada caso concreto, deverá ser verificado se as exigências estabelecidas são pertinentes e indispensáveis para que a administração tenha as garantias necessárias que determinada empresa possui as condições técnicas para a boa execução dos serviços a serem contratados.

Por sua vez, pondera Carlos Pinto Coelho Motta, in Eficácia nas Licitações e Contratos, 1994, p. 149, citando Antônio Carlos Cintra do Amaral:

'Para efeito de qualificação técnica de empresas licitantes, a Administração deve, com base na Lei 8.666/93, exigir atestados referentes à sua capacitação técnica, com vistas à comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente compatível em características, quantidades e ... prazos com o ' objeto da licitação." (art. 30,11)." [Grifamos]

Essa, inclusive, é a inteligência do Superior Tribunal de Justiça, in verbis:  
"Administrativo.Licitação.Interpretação do art. 30, II e §1 da Lei 8.666/93.

1. Não se comete vício/ação ao art. 30, II, da Lei .666 / 93, quando, em procedimento licitatório, exige-se a comprovação, em nome da empresa proponente, de atestados técnicos emitidos por operadoras de telefonia no Brasil de execução, em qualquer tempo, de serviço de implantação de cabos telefônicos classe "L" e "C" em período consecutivo de vinte e quatro meses, no volume mínimo de 60.000 HxH, devidamente certificados pela entidade profissional competente.

2. 'O exame do disposto no art. 37, XXI da Constituição Federal, e sua parte final, referente a 'exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações', revela que o propósito aí objetivado é oferecer iguais oportunidades de contratação com o Poder Público, não a todo e qualquer interessado, indiscriminadamente, mas sim, apenas a quem possa evidenciar que efetivamente dispõe de condições para executar aquilo a que se propõe' (Adilson Dallari).

3. Mandado de segurança denegado em primeiro e segundo graus.

4. Recurso especial improvido" (Res. Nº 172.232-SP, rei. Min. José Delgado, DJU de 21.9.98, RSTJ 115/194) (Grifamos).

Nesse azo, o ato convocatório tem de estabelecer as regras necessárias para seleção da proposta mais vantajosa, sem restringir de forma geral e desarrazoada as empresas que não conseguirem comprovar os 03 anos de experiência técnico-operacional.

No caso, a exigência retomada, s.m.j., se mostra rigorosa por demais para o tipo de prestação que o particular deverá assumir.

A guisa do exposto, a gritante ilegalidade constante da exigência inserida no subitem 11.3, alínea "e", do edital 07 /2018, resta plenamente evidenciada quando verificada a modalidade de licitação aplicada no certame *sub oculi*. In casu, a modalidade PREGÃO, prevista na Lei 10.520/2002, foi criada com a finalidade de assegurar a Administração Pública maior celeridade nos procedimentos licitatórios. Com isso, tal modalidade é aplicada para os BENS E SERVIÇOS COMUNS, que são aqueles que não possuem nada de especial, ou seja, "são aqueles que partindo de uma qualidade mínima, seguem uma padronização no mercado.

Contudo, a aplicação da IN 5 de 2017-SG/MP, só se justificaria em caso de aquisição de bens e serviços complexos, o que não se aplica ao objeto do presente edital.

Conforme documentação anexa, a recorrente apresenta organização, mobilidade de pessoas e equipamentos, bem como experiência na administração de contratos no mesmo seguimento apontado no objeto do edital ora impugnado, portanto, injustificada seria a sua exclusão do certame.

#### DO PEDIDO

Ante o exposto, requer se digno Vossa Senhoria, a bem do interesse público:

a) receber o presente recurso para processá-lo e no mérito julga-lo procedente para fins de retirar do edital a exigência constante do subitem 8.74., constante do item 8, arredando assim, a exigência de comprovação de experiência mínima de 3 (três) anos na execução de objeto semelhante ao da contratação;

### 3. DA MANIFESTAÇÃO DA UNIDADE TÉCNICA

3.1. Diante das alegações da impugnante, assim se manifestou a área técnica demandante:

#### ANÁLISE DO PEDIDO DE IMPUGNAÇÃO

O pedido de impugnação em epígrafe trata da solicitação de retirada do subitem 8.7.4 do edital, abaixo citado:

**"8.7.4 Com base no item 10.6, alínea "b" do Anexo VII-A da Instrução Normativa nº 05/2017 - MPOG, comprovação que já executou objeto compatível, em prazo, com o que está sendo licitado, mediante a comprovação de experiência mínima de 3 (três) anos na execução de objeto semelhante ao da contratação, podendo ser aceito somatório de atestados."**

Em análise da Impugnação ao Pregão Eletrônico nº 20/2018, informa-se que as alegações da empresa impugnante não merecem prosperar, uma vez que a execução de um contrato pressupõe que a empresa atenda às exigências editalícias, e, dentre elas, o regramento contido na Instrução Normativa nº 05/2017.

O Ministério da Justiça é Órgão integrante do Sistema Integrado de Serviços Gerais (SISG), e está subordinado as determinações contidas na supracitada Instrução Normativa, devendo observar as recomendações ali contidas.

Salienta-se que o Termo de Referência, bem como a Minuta do Edital foram previamente analisados pela Consultoria Jurídica deste Ministério, quanto aos requisitos de legalidade das cláusulas que foram dispostas nos instrumentos que norteiam o Pregão Eletrônico nº 20/2018.

Ressalte-se que o regramento normativo contido na referida Instrução Normativa traz uma discricionariedade à Administração Pública, ou seja, “declara uma liberalidade da ação administrativa, dentro dos limites permitidos em lei, e deixa uma margem de liberdade da decisão diante do caso concreto, de tal modo que a autoridade poderá optar entre as soluções possíveis”.

Cabe gizar o entendimento exarado pelo Tribunal de Contas da União, no TC 006.156/2011-8 in verbis:

### **“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.** Grifou-se.”

Registre-se que a exigência contida no subitem 8.7.4 tem como objetivo minimizar os riscos de a administração contratar empresas que acabem não conseguindo cumprir o contrato durante todo o seu período, o que vem acontecendo com frequência.

O próprio TCU já se pronunciou por meio do Acórdão nº 2939/2010 – TCU – Plenário e, em síntese, assim constou do Voto:

“Em primeiro lugar, o requisito de quantitativos mínimos como critério de comprovação de qualificação técnico-profissional e técnico-operacional coaduna-se com o inciso II do art. 30 da Lei 8.666/1993, que admite exigência de “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”.

A própria 3ª Secex do TCU já se manifestou pela legalidade dessas exigências:

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

. ementa do Acórdão **2.939/2010-Plenário**:

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

. trecho do relatório:

"4.5 Ademais do acima exposto concluímos, alinhados aos argumentos da Administração, que as exigências postas no edital coadunam-se com os termos do art. 30, II, da Lei nº 8.666/93, que autoriza a exigência de comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, vez que a experiência exigida para habilitação ao certame, inclusive no que se refere a prazo, mostram-se razoáveis e compatíveis com os serviços que serão executados e na área em que serão executados, conforme demonstrado no arrazoado técnico de fls. 69/82."

. trecho do 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 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."

Cabe destacar ainda que as licitantes interessadas em participar do certame poderão apresentar diferentes atestados de serviços executados de forma concomitante, de acordo com o enunciado do item 8.7.5. abaixo transcrito:

"8.7.5. Poderá ser admitida, para fins de comprovação de quantitativo mínimo do serviço, a apresentação de diferentes atestados de serviços executados de forma concomitante, pois essa situação equivale, para fins de comprovação de capacidade técnico-operacional, a uma única contratação, nos termos do item 10.9 do Anexo VII-A da IN SEGES/MPDG n. 5/2017."

Informa-se ainda que tal exigência contida no Termo de Referência e no Edital que irá nortear a pretensa contratação não fere a competitividade da licitação, nem a isonomia entre as empresas interessadas no processo licitatório.

Por fim, as exigências contidas no instrumento convocatório são necessárias para garantir o funcionamento dos equipamentos que possuem importância estratégica para o Ministério da Justiça, conforme descrito no o item 3.4 do Termo de Referência, citado abaixo:

"3.4 Ressalta-se que o CPD do Ministério da Justiça configura-se atualmente como a carga elétrica mais crítica a ser alimentada pelos equipamentos UPS / Nobreaks e Grupos Motores Geradores - GMG, visto que é composta por processadores, *storages* e demais ativos de TI sensíveis à qualidade de energia. Uma falha de fornecimento da concessionária sem que os equipamentos UPS / Nobreaks e Grupos Motores Geradores - GMG estejam devidamente preparados para entrar em operação pode acarretar desligamento de todo o CPD. Tal desligamento tem grande impacto nas atividades do órgão pois impede completamente o acesso às informações do banco de dados do órgão, servidor de e-mails, histórico de e-mails e o uso da principal ferramenta de produção de documentos oficiais do MJ, o SEI, dentre outros serviços fornecidos através do referido CPD."

#### 4. **DA MANIFESTAÇÃO DA PREGOEIRA**

4.1. Em complementação à manifestação da unidade técnica, informamos ainda:

4.2. O Anexo VII-A - Diretrizes Gerais para Elaboração do Ato Convocatório da Instrução Normativa nº 05/2017 - MPOG, assim dispõe:

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;

(...)

10.6.1 É admitida a apresentação de atestados referentes a períodos sucessivos não contínuos, para fins da comprovação de que trata a alínea "b" do subitem 10.6 acima, não havendo obrigatoriedade de os três anos serem ininterruptos.

4.3. Além disso, a referida instrução retrata, em seu art. 29, que:

Devem ser utilizados os modelos de minutas padronizados de Termos de Referência e Projetos Básicos da Advocacia-Geral União, observadas as diretrizes dispostas no Anexo V, bem como os Cadernos de Logística expedidos pela Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, no que couber.

4.4. Nesse contexto, o modelo de Edital para serviços continuados sem mão de obra exclusiva da Advocacia-Geral União, aponta o seguinte:

8.8 As empresas deverão comprovar, ainda, a qualificação técnica, por meio de:

(...)

8.8.2 Comprovação de aptidão para a prestação dos serviços em características, quantidades e prazos compatíveis com o objeto desta licitação, ou com o item pertinente, por período não inferior a três anos, mediante a apresentação de atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado.

(...)

8.8.2.3 Para a comprovação da experiência mínima de 3 (três) anos, é admitida a apresentação de atestados referentes a períodos sucessivos não contínuos, não havendo a obrigatoriedade dos três anos serem ininterruptos, conforme item 10.7.1 do Anexo VII-A da IN SEGES/MPDG n. 5/2017.

(...)

**Nota explicativa:** A IN SEGES/MPDG n. 5, de 2017 exige a comprovação de experiência mínima de 3 anos (alínea "b" do item 10.6 do Anexo VII-A).

A regra da comprovação da aptidão pelo período de três anos poderá ser diminuída ou suprimida, tendo em vista a permissão normativa do item 12 do anexo VII-A da SEGES/MPDG n. 5, de 2017, em relação aos requisitos de qualificação técnica.

**A supressão ou diminuição deverá ser justificada, na medida em que gera maiores riscos para a Administração e não deve ser adotada em qualquer licitação.**

4.5. Desse modo, este Ministério com respaldo na legislação e, considerando as características da contratação em tela, opinou pela necessidade de comprovação de experiência mínima de 3 (três) anos na execução de objeto compatível para fins de qualificação técnica operacional das licitantes. Salientamos, nesse ponto, o teor da Nota Explicativa transcrita acima, no qual resta claro que a não exigência de experiência mínima de 3 (três) pode gerar maiores riscos à Administração.

4.6. Portanto, não há que se falar em ilegalidade, quebra de isonomia ou excesso de rigor na exigência ora requerida.

## 5. DA DECISÃO

5.1. Por todo o exposto e, subsidiada pela área técnica demandante, **CONHEÇO DA IMPUGNAÇÃO**, uma vez que presente os requisitos de admissibilidade e, no mérito, com lastro no posicionamento levantado, **NEGO ACOLHIMENTO** ao pedido de impugnação ao Edital do Pregão Eletrônico n.º 20/2018 interposto pela H2F Construções e Serviços EIRELI - ME.

5.2. É a decisão

---

Documento assinado eletronicamente por **ALEXANDRA LACERDA FERREIRA RIOS, Pregoeiro(a)**, em 04/01/2019, às 12:09, conforme o § 1º do art.



6º e art. 10 do Decreto nº 8.539/2015.



A autenticidade do documento pode ser conferida no site <http://sei.autentica.mj.gov.br> informando o código verificador **7809864** e o código CRC **BBE1089D**. O trâmite deste documento pode ser acompanhado pelo site <http://www.justica.gov.br/acesso-a-sistemas/protocolo> e tem validade de prova de registro de protocolo no Ministério da Justiça.

Referência: Processo nº 08004.001228/2017-45

SEI nº 7809864