

IMPUGNAÇÃO DE INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO

SOLICITANTE: FLAVIIK TERCEIRIZAÇÃO

**Requere à: Sr.(a) Pregoeiro da
SUPERINTENDÊNCIA REGIONAL DE POLÍCIA FEDERAL NO RIO GRANDE DO NORTE - SR/PF/RN**

PREGÃO ELETRÔNICO Nº 12/2022

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:

“O objeto da presente licitação é a escolha da proposta mais vantajosa para a contratação de empresa especializada na prestação de serviços terceirizados de copeiragem, com dedicação exclusiva de mão de obra e serem executados nas dependências da Superintendência Regional de Polícia Federal no Rio Grande do Norte e na Delegacia de Polícia Federal em Mossoró/RN, conforme condições, quantidades e exigências estabelecidas neste Edital e seus anexos.”

DA FLAGRANTE ILEGALIDADE DO ITEM 9.11.1 DO EDITAL, COMBINADO COM SUA CORRELAÇÃO NO TERMO DE REFERÊNCIA – EXIGÊNCIA DE EXPERIÊNCIA COM QUANTITATIVO POR PRAZO SUPERIOR AO CONTRATO EM EXPERIÊNCIA DE 3 ANOS, FRAGRANTE RESTRIÇÃO DE COMPETITIVIDADE NO CERTAME. EXIGÊNCIA DE QUANTITATIVO IGUAL AO OBJETO DA CONTRATAÇÃO

Os itens supracitados expressamente **RESTRINGEM A COMPETITIVIDADE** e a participação de licitantes:

“9.11.1. 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, referentes a períodos sucessivos não contínuos, não havendo obrigatoriedade de os três anos serem ininterruptos.” **(GRIFO NOSSO)**

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

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

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

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

Portanto, o Órgão ora solicitante de tal qualificação deve fundamentar a exigência pautada em análise técnica, **FUNDAMENTADA EM EXPERIÊNCIA PRETÉRITA DO ÓRGÃO**. Cuja divulgação é fundamental e consubstancia à segurança jurídica que se pleiteia nos certames, bem como o atendimento pleno da publicidade dos atos administrativos, ao passo do que determina o Art. 3º da Lei de Licitações:

Voluntas legis

“Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da **isonomia**, a **seleção da proposta mais vantajosa para a administração** e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da 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 seguinte 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 8.666/93 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 Douo 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.”

“9.11.1. 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, referentes a períodos sucessivos não contínuos, não havendo obrigatoriedade de os três anos serem ininterruptos.”

Acórdão 7164/2020: Segunda Câmara, relator: André de Carvalho

“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.

É comum nos editais de Prestação de Serviços Contínuos de Cessão de Mão de Obra (Vigilância, Portaria, Apoio Administrativos, Limpeza e Conservação), **a exigência de comprovação mínima de 03 anos de experiência**, porém a Jurisprudência é bem clara, **o edital só pode fazer essa exigência se houver uma “fundamentação adequada, baseada em estudos prévios”**.

O subitem supracitado se mostra desarrazoado e irregular, haja visto 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 conseqüentemente 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 promotora 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 e entendimento da solicitação de experiência de 3 anos 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.º 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;	<i>“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 <u>estudos prévios</u> 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.”</i>

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 nº 1.390/2021, o Tribunal deu ciência de que:

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

Desta feita, é com o intuito de ampliar a competitividade do certame, 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 9.11.1 do Edital e correlatos**, em 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 com experiência do Órgão Contratante (EXPERIÊNCIA PRETÉRITA DA SUPERINTENDÊNCIA REGIONAL DE POLÍCIA FEDERAL NO RIO GRANDE DO NORTE - SR/PF/RN)**, 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 justifica cabível atualmente simples citação de Acórdão de 2013** como quesito originário da qualificação solicitada, cujo entendimento já foi resignado e detalhado em 2020 e 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:

SUPRESSÃO da redação do item **9.11.1 do Edital e correlatos**. Em caso de manutenção apresentação (Anexar a resposta do presente pleito) do **estudo técnico pretérito**, com **experiência do Órgão contratante** que fundamenta a exigência, assim como regula os Acórdãos do TCU nº 7.164 de 2020 e nº 1.390 de 2021, já referenciados no presente pleito.

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

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

Flaviane de Freitas Palma Tomaz
FLAVIANE DE FREITAS PALMA TOMAZ
Sócia Administradora FLAVIIK TERCEIRIZAÇÃO
E-mail:flaviik.terceirizacao@gmail.com