

PREGÃO ELETRÔNICO Nº 07/2018

OBJETO: Contratação de empresa especializada na prestação de serviços de organização e realização de eventos demandados pela Finep.

IMPUGNAÇÃO 03

(Encaminhado por e-mail no dia 02/03/2018)

Mensagem do licitante:

RAZÕES DE IMPUGNAÇÃO

A licitação convocada pelo edital em questão tem por objeto a contratação de empresa especializada na prestação de serviços de organização de eventos, sob demanda, da FINEP. Condições do Edital e seus anexos.

Ocorre que, o edital de licitação contém vícios insanáveis que devem ser extirpados, sob pena de anulação de todo o certame.

Um dos princípios basilares do Direito Administrativo e da licitação pública é o da legalidade, não devendo o administrador público nunca se afastar. Assim, ao inserir requisitos de habilitação em certame público, estes devem estar em consonância com a legislação em vigor.

Ao exigir Atestado de Qualificação Técnica nas condições estabelecidas no referido edital, o administrador não só se afastou da legalidade, como realizou exigências extremamente rigorosas que reduzem o universo de participantes no certame, impossibilitando a seleção da proposta mais vantajosa.

DO DIREITO

Conforme determina § 1º do art. 3º da Lei 8666/93:

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

L- admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo 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: (grifei).

Vale destacar a lição de Marçal Justen Filho, mestre consagrado, que define:

*"Especialmente em virtude da regra constitucional (art. 37, XXI), **somente poderão ser impostas exigências compatíveis com o mínimo de segurança da Administração Pública.** A regra geral é sempre a mesma: **Não poderão ser impostas exigências excessivas ou inadequadas**" (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 11ª edição. Dialética, p. 322). (grifei)*

Nesta esteira, cabe transcrever a elucidativa lição do Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, ao traçar os parâmetros da aplicação prática do supramencionado princípio, *in* Curso de Direito Administrativo, Malheiros Editores, 14ª ed, 2002, págs. 474/475, que leciona:

*"O princípio da igualdade implica o dever não apenas de tratar isonomicamente todos os que afluírem ao certame, mas também o **de ensinar oportunidade de disputa-lo a quaisquer interessados que, desejando dele participar, podem oferecer as indispensáveis condições de garantia,** é o que prevê o já referido art. 37, XXI, do Texto Constitucional. Aliás, o § 1º do art. 3º da Lei 8.666 proíbe que o ato convocatório do certame admita, preveja, inclua ou tolere cláusulas ou condições capazes de frustrar ou restringir o caráter competitivo do procedimento licitatório..."(grifei).*

As exigências editalícias além de não estarem claras na interpretação do Edital, ainda extrapolam a Lei das Licitações.

Para o saudoso HELY LOPES MEIRELLES, "o princípio da legalidade é o princípio basilar de toda Administração Pública. Significa que toda atividade administrativa está sujeita aos

mandamentos da lei e deles não pode se afastar ou desviar, sob pena de invalidade”. (Licitação e Contrato Administrativo , Malheiros , 1 2ª Edição / 199 , p 34) .

No mesmo sentido afirma o ilustre MARÇAL JUSTEN FILHO:

“No procedimento licitatório, desenvolve -se atividade vinculada. Isso significa ausência de liberdade (como regra) para a autoridade administrativa. A lei define as condições de atuação estabelecendo a ordenação (sequência) dos atos a serem praticados e impondo condições excludentes de escolhas pessoais ou subjetivas”. (Comentário à Lei de Licitações e Contratos Administrativos , Dialética , São Paulo , 1999 , p . 65) .

Assim, as cláusulas do ato convocatório devem ser interpretadas sempre em conjunto com a lei de regência, suporte da conduta do Administrador Público, nos termos da Constituição Federal.

COMPROVAÇÃO DE ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA – IRREGULARIDADES DOS ITENS 13.6.4, “a”, “b”.

A exigência de qualificação técnica tem por objetivo unicamente assegurar que o licitante estará apto a dar cumprimento às obrigações assumidas com a Administração, não podendo a sua comprovação ser feita mediante a formulação de exigências desarrazoadas, que podem comprometer a observância do princípio constitucional da isonomia, resvalando seus efeitos sempre na direção de um possível negócio menos vantajoso para a Administração Pública, considerando ser a causa principal da diminuição do número de concorrentes, além da possibilidade de esconder um eventual direcionamento. Por tudo isso, deve ser evitada exigências excessivas.

Em matéria de licitação, não há como ignorar que o legislador constituinte impôs restrições à própria elaboração legislativa, tornando constitucional a disciplina sobre a matéria, vem daí o inciso XXI do artigo 37 da CF, no sentido de estabelecer ressalvas ao disciplinamento legislativo ordinário, estabelecendo limites às exigências de qualificação técnica e econômicas indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações, tanto da entidade pública como dos concorrentes.

Por isso, não tem sentido, quebrar o princípio da isonomia entre os concorrentes, por questões meramente numéricas, quando a própria lei permite a comprovação da capacitação através de certidões ou atestados de obras ou serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente, não restringindo atestados de natureza e quantidades compatíveis as do objeto deste pregão.

A exigência de atestados de capacidade técnica da forma pretendida no edital, não atende ao descrito no art. 30 da Lei n.º 8.666/93.

O limite da exigência de atestados de capacidade técnica é a necessidade de proteger a Administração dos maus prestadores de serviços. Ocorre que, esse limite não pode exceder o necessário.

Dessa forma concluímos que as exigências, quando legal, não cria desigualdade alguma entre os interessados, mas apenas decorre do poder da Administração Pública escolher e contratar o licitante que melhor atenda aos seus interesses, no entanto, as exigências contidas no subitem 14.8 e 14.9 e 14.11 do ANEXO I - TERMO DE REFERÊNCIA extrapola a lei específica e infringem princípios constitucionais e administrativos.

Dispõe o subitem 14.8, 14.9 e 14.11:

14.8. Comprovar a realização de ventos em pelo menos 10 Estados nos anos de 2012 a 2017;

14.9. Ter prestado serviço de organização de eventos ininterruptamente durante 24 meses nos últimos 36 meses. Em outras palavras, a licitante deve ter prestado serviços por 24 meses sem interrupção nos últimos três anos.

14.11. Os atestados referir-se-ão a contratos já concluídos, no caso de estar em execução, apenas serão aceitos com a apresentação do contrato e com prazo de execução não inferior a 36 meses.

As Exigências excessivas têm como única finalidade comprometer a garantia constitucional de igualdade de condições a todos os concorrentes do certame.

Tal exigência prevista nos subitens acima são descabidas, extrapolando os limites legais, se tornando desproporcional.

Por se tratar de uma ata de registro de preço a contratação será por quantidade estimada. Com isso, a quantidade descrita no edital não condiz com a verdadeira quantidade a ser contratada. Salientamos que, no edital não descreve a quantidade de eventos, como já mencionado, apenas descreve a quantidade de cada serviço. Sendo assim, o descritivo do edital pode estar se referindo a 01 evento como

a 100 eventos.

Da forma que está no edital, a administração pode ter solicitado atestado de 100% do quantitativo em vez de 50%, o que iria em desencontro com nossa legislação, doutrina e a jurisprudência do Tribunal de Contas. (14.8)

No mais, essa licitação trata-se de uma Ata de Registro de Preço, em que o prazo máximo de prestação de serviços será de 12 meses sem prorrogação, sendo assim, não justifica essa administração solicitar atestado de 24 meses de prestação de serviços. (14.9)

Além disso, é de conhecimento que não é possível solicitar atestados delimitando tempo ou época de realização do objeto, bem como estipulando a execução em locais específicos, pois tais exigências, que são restritivas, ferem o caráter competitivo do certame. Desta forma, não é permitido solicitar atestado com prazo máximo ou mínimo de 36 meses. (14.11)

Portanto, não há embasamento que possa justificar tais exigências, violando até o entendimento do TCU, pois conforme já mencionado, uma empresa que realizou serviço de hospedagem seja em qual Estado for, possui total capacidade de realizar em qualquer outro Estado.

O edital, nesses casos, tem efeito celetista e não convocatório, solicitando que nos atestados de capacidade técnica possuam informações desnecessárias, impedindo diversos licitantes de participar do certame.

Destacamos a licitação do Professor Marçal Justen Filho:

A Lei n. 8.666/93 disciplinou de modo minucioso a matéria da qualificação técnica. Um dos caracteres mais marcantes da Lei nº 8.666 foi a redução da margem de liberdade da Administração Pública nesse campo e a limitação do âmbito das exigências. Buscou evitar que exigências formais e desnecessárias acerca da qualificação técnica ferisse os princípios constitucionais que regem a licitação pública.

A qualificação técnica constitua-se de instrumentos de indevida restrição à liberdade de participação em licitação. O objetivo é eliminar distorções ocorridas no sistema anterior, em que os requisitos de qualificação técnica acabavam por inviabilizar o acesso de muitas empresas à licitação. Isso não significa substituir uma distorção por outra. A legislação vigente não proíbe as exigências de qualificação técnica, mas reprime exigências

desnecessárias ou meramente formais.

A Administração não tem liberdade para impor exigências quando a atividade a ser executada não apresentar complexidade nem envolver graus mais elevados de aperfeiçoamento. Especialmente em virtude da regra constitucional (art. 37, XXI), somente poderão ser impostas exigências compatíveis com o mínimo de segurança da Administração Pública. A regra é sempre a mesma: não poderão ser impostas exigências excessiva ou inadequada. ' (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 6ª ed. São Paulo: Dialética, 1999, p. 315-316).

Pelo que se vê, embora louvável o zelo da administração, não parece haver formulado solução adequada ao indisfarçável fim de impedir que o ato convocatório contenha cláusulas discriminatórias, que direcione a fase de habilitação preliminar rumo ao favorecimento de determinado licitante. Isso porque, formula exigência de modo a proceder a exclusão anti-isonômica de interessado ao certame. Resultado antagônico à finalidade da Licitação.

Daí dizer HELY LOPES MEIRELLES 2 que:

"é nulo o edital genérico, impreciso ou omissivo em pontos essenciais ou que faça exigências excessivas ou impertinentes ao objeto da licitação". ((Licitação e Contrato Administrativo, pág. 26, Ed. RT, 10ª ed. 1991).

A preocupação pela validade formal e substancial do ato convocatório é constante, porque qualquer vício, que se afigure como grave leva à nulidade da licitação, desde seu início.

Destacamos que, o inciso I, § 1º do artigo 3º da Lei n. 8.666/93 veda a interpretação limitativa e a inclusão nos editais de cláusulas restritivas ao caráter competitivo da licitação, como de resto já determinou o Superior Tribunal de Justiça:

(...) A busca da melhor proposta recomenda a admissão do maior número de licitantes. Quanto mais propostas houverem, maior será a chance de um bom negócio. Por isto, os preceitos do edital não devem funcionar como impedimento, para abater concorrentes. (STJ. Mandado de Segurança n. 5.623, DJ de 18/02/1998, p. 02, g.n).

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. HABILITAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. EDITAL. 1 . As regras do edital de licitação devem ser interpretadas de modo que, sem causar qualquer prejuízo à administração e aos interessados no certame, possibilitem a participação do maior número possível de concorrentes a fim de que seja possibilitado se

encontrar entre as propostas mais vantajosa(...). Segurança concedida. (Mandado de Segurança n. 5.606/DF, STJ, Rel. Min. José Delgado, DJ de 10/08/1998)

Dessa forma, qualquer exigência capaz de limitar o universo de competidores e desnecessária ao regular cumprimento do objeto licitado, como é aquelas ora questionadas, será ilegal, conforme veementemente combatem a doutrina e a jurisprudência.

O caráter competitivo constitui um princípio essencial de toda licitação; não haverá licitação se, por qualquer razão, faltar a essa a competição, ficando a seleção da proposta mais vantajosa seriamente comprometida.

As exigências do subitem atacado violam o §1º, §2 e §3 e §5º do art. 30, da Lei 8.666/93, pois extrapolam o limite legalmente aceitável e autorizado no que tange à comprovação da capacitação técnica -operacional.

DO PEDIDO

Pelo exposto, espera o acolhimento e provimento da presente impugnação e representação, a fim de que se corrija o vício detectado, na forma da lei, sendo também designada nova data para a realização do certame.

Informamos que, encaminhamos a mesma como Representação ao Tribunal de Contas da União.

Finalmente, espera a impugnante que a Administração receba a impugnação do presente edital como uma sincera contribuição para o aprimoramento dos procedimentos administrativos, já que tal mister é obrigação não só dos eventuais ocupantes de cargos e funções públicas como também de todos os administrados.

Resposta:

Indeferido.

A impugnação faz menção a Registro de Preço, que não é o caso, e fundamenta sua tese em itens do Termo de Referência inexistentes.

Atenciosamente,

Felipe Mazza Mascarenhas

Pregoeiro