

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO RESPONSÁVEL PELO PREGÃO ELETRÔNICO Nº. 04/2013 – INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS EDUCACIONAIS ANÍSIO TEIXEIRA-INEP – COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO (Processo nº. 23036.005489/2012-46).

EDITAL DO PREGÃO ELETRÔNICO Nº. 04/2013 – INEP– CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE RECEPCIONISTA E ASCENSORISTA, DE FORMA CONTÍNUA, PARA ATENDER AS NECESSIDADES DO INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS EDUCACIONAIS-INEP (PREGÃO Nº. 04/2013 E SEUS ANEXOS. CLÁUSULAS QUE APRESENTAM EXIGÊNCIAS QUE VIOLAM O PRINCÍPIO DA ISONOMIA. DECISÕES DO TCU. NECESSIDADE DE RETIRADA DOS REFERIDOS ITENS SOB PENA DE NULIDADE DE TODO O CERTAME.

IMPUGNAÇÃO DOS ITENS 12.5.1.1.1, 12.5.1.2,12.5.1.4 DO EDITAL DE PREGÃO ELETRÔNICO Nº. 04/2013

Pois no entender desta Impugnante, tais exigências não podem prosperar, uma vez que sua permanência irá inviabilizar a participação de diversas empresas neste certame, reduzindo o caráter da competitividade do mesmo, o que acabará por gerar irregularidades e ilegalidades no procedimento, haja vista a violação aos princípios constitucionais basilares de todo procedimento licitatório (Motivação, Publicidade, Economicidade, Legalidade, Probidade, Igualdade).

O que faz nos seguintes termos:

DA TEMPESTIVIDADE

O Ato Convocatório em seu item 3 reza que o edital poderá ser impugnado até 02 (dois) dias úteis antes da data fixada para a abertura da sessão pública. De se notar que o Edital segue o preceito legal norteador do Pregão Eletrônico, o que, já de início, demonstra que O INEP, como sempre, imprime aos seus procedimentos licitatórios extrema lisura e idoneidade.

Como a data de abertura da Sessão está marcada para dia 18/02/2013, que é a mesma data de abertura das propostas comerciais, é possível concluir pela tempestividade do presente, conforme data de protocolo.

Saliente-se que, no mesmo sentido, dispõe a Lei de Licitações e Contratos – Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, expressando no caput do art. 41 os pressupostos do princípio da vinculação ao instrumento convocatório e normatizando a impugnação ao edital. Segundo os §§ 1º e 2º do referido artigo, detêm legitimidade para impugnar editais o cidadão e o interessado em participar dos respectivos certames. Senão vejamos:

§ 2º do art. 41 da LLC, *ipsis verbis*:

"Art. 41. (...)

§ 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.

Conforme dita melhor doutrina, acaso a impugnação seja aceita pela autoridade que subscreveu o edital, o impugnante permanecerá na licitação sem atender aquela condição irregular; ao revés, a impugnação deverá subir para decisão da autoridade superior, o que acreditamos, não será o caso.

De igual forma, o fato de a impugnação ao edital ser aceita pelo Pregoeiro não implica necessariamente a anulação do certame, mesmo porque, no presente caso, a reclamação se refere apenas a alguns dispositivos editalícios, e assim sendo, entendemos que o Pregoeiro poderá simplesmente desconsiderar tais itens, ou retificá-los e dar andamento ao procedimento.

Por força do pequeno exposto, a impugnação é tempestiva e a solução, vale dizer, a alteração e/ou retirada dos itens 12.5.1.1.1, 12.5.1.2, 12.5.1.4 do Termo de Referência, não trará maiores problemas ao regular andamento do Edital.

DO OBJETO DO PREGÃO

Conforme item I. DO OBJETO, o pregão eletrônico nº. 04/2013 tem por finalidade Contratação de empresa para a prestação de serviços de recepcionista e ascensorista, de forma contínua, para atender às necessidades do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais - INEP, em Brasília - DF, conforme especificações do Edital(Pregão nº. 4/13) e seus anexos.

Ora, o texto é bastante claro quanto à finalidade da contratação, e não requer, S.M.J, qualquer interpretação por parte dos licitantes, mas tão somente a compreensão de que deverão estar aptos e qualificados para efetivar os serviços licitados.

Pois bem, o que ocorre é que os itens ora hostilizados pela Impugnante trazem exigências que quebram o caráter de isonomia do certame e impõe, por sua vez, dificuldades injustificadas e desnecessárias, especificamente no que diz respeito à aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto desta licitação, demonstrando que a licitante administra ou administrou serviços continuados de recepcionistas, com, no mínimo, 40% (quarenta por cento) do número de empregados que serão necessários para suprir os postos a serem contratados em decorrência deste Edital e o Termo de Referência(subitem 12.5.1.1.1);

É também desnecessária a exigência do subitem 12.5.1.2. experiência mínima de 2 (dois) anos, ininterruptos ou não, na prestação destes serviços terceirizados:

Por outro lado também se mostra desnecessária a exigência do subitem 12.5.1.4. Cópia(s) de contrato(s) vigente(s) e em execução, na data da publicação do Edital, comprovando que a licitante gerencia, no âmbito de sua atividade econômica principal e/ou secundária especificadas no seu contrato social, registrado na junta comercial competente, no mínimo, 5 (cinco) empregados;

DOS ITENS IMPUGNADOS

DO SUBITEM 12.5.1.1.1

Assim dispõe o texto do referido item:

12.5.1.1.1 aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto desta licitação, demonstrando que a licitante administra ou administrou serviços continuados de recepcionistas, com, no mínimo, 40% (quarenta por cento) do número de empregados que serão necessários para suprir os postos a

serem contratados em decorrência deste vEdital e o Termo de Referência;

DO SUBITEM 12.5.1.2

12.5.1.4. Cópia(s) de contrato(s) vigente(s) e em execução, na data da publicação do Edital, comprovando que a licitante gerencia, no âmbito de sua atividade econômica principal e/ou secundária especificadas no seu contrato social, registrado na junta comercial competente, no mínimo, 5 (cinco) empregados;

DO MÉRITO

DO SUBITEM 12.5.1.1.1 – ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA

A exigência, data vênua, deve ser decorrência de algum equívoco na hora da confecção do Edital, em especial porque tal item constitui uma **reserva de mercado** e, portanto, fato impeditivo à participação de várias empresas no procedimento licitatório, além de não guardar qualquer logicidade em relação ao próprio objeto do edital, e, nem tampouco, apresenta alicerce legal para ser exigido.

Conforme se depreende da leitura do item, trata-se de qualificação técnico-operacional, que segundo doutrina de Marçal Justen Filho, pode ser conceituada como sendo : "a comprovação documental da idoneidade técnica para execução do objeto do contrato licitado, mediante a demonstração de experiência anterior na execução de contrato similar e da disponibilidade do pessoal e dos equipamentos indispensáveis" (MARÇAL JUSTEN FILHO, **Curso de Direito Administrativo**, 4ª ed., Dialética, 2009, p. 399). Trata-se de requisito de habilitação na licitação.

O tema da qualificação técnica não é de fácil assimilação no direito positivo, em especial, por conta do teor do art. 30 da Lei 8.666/93. Trata-se da norma que impõe limites à exigência de documentação comprobatória da capacidade técnica dos licitantes, e isto, com plena autorização da Constituição Federal, que em seu artigo 37, inciso XXI, dispõe que:

“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.**”

“Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;
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;

- III - comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação;
- IV - prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso.

Ao ponderar as questões jurídicas e técnicas envolvidas, tanto a doutrina quanto farta jurisprudência têm entendido que a exigência de comprovação da capacidade técnico-operacional conduz a uma **reserva de mercado**, o que violaria a razoabilidade e a proporcionalidade.

Em qualquer situação, a exigência de comprovação de qualificação mediante serviços anteriores deve ser ponderada e compatível (em natureza e extensão) com o objeto da licitação, sob pena de se tornar arbitrária.

A verificação dessa qualificação por meio de atestados de serviços anteriores conduz a um resultado artificial e, de certo modo, arbitrário. Sobre isto, confira-se trecho do voto do Conselheiro Cezar Miola, do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro **TP-0511/2009, do Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul:**

“Repiso que a exigência dessas certificações, do modo como usualmente se produzem e são formalmente requeridas, efetivamente afronta o princípio da proporcionalidade. E isso porque, no louvável intuito de obter melhores garantias de atingimento dos objetivos colimados pela Administração quando da execução de obras e serviços na área de engenharia, exige-se uma certificação não necessariamente eficaz - e, como antes se mencionou, nem sempre segura -, o que, reconhecidamente, acaba por restringir a competição, quando medidas outras de preservação do interesse público específico poderiam ser implementadas, com melhores resultados práticos, em benefício da sociedade.

Entre essas cautelas em prol do Erário, podem ser relacionadas uma correta análise da higidez financeira das empresas licitantes; a exigência de demonstração cabal da capacidade de mobilização em favor do empreendimento (recursos humanos, maquinário, infra-estrutura de apoio, instalações, etc.); a elaboração de termos contratuais com disposições claras, definição pormenorizada de direitos e obrigações recíprocos e previsão de efetiva imposição de penalidades por inadimplemento; e fiscalização atuante, com acompanhamento pari passu da execução das obras e serviços contratados.”

Conforme se observa, segundo o entendimento do Tribunal, como a exigência de atestados de capacidade técnico-operacional é inidônea como instrumento de aferição da efetiva qualificação para a execução do contrato, acaba por se tornar um **meio de restrição de acesso de novos agentes ao mercado de contratações públicas**. Isso é explicado no trecho seguinte:

“Assim, o que se sustenta, em face das regras e princípios constitucionais, é a possibilidade de novas organizações também terem acesso às contratações públicas, observados, por lógico, critérios e garantias que preservem amplamente o interesse público.

Ou, dito de outro modo: não se pode admitir que a execução de obras públicas se transforme em "prerrogativa" exclusiva das empresas atualmente constituídas e já "qualificadas", num entendimento que leva a verdadeiro absurdo e também colide com os princípios da livre iniciativa, da livre concorrência e da equidade (arts. 1º, IV, e 170, IV, da CR/1988), além daqueles já antes referidos.

Em suma: à luz da interpretação restritiva, quem não detém experiência/qualificação nunca a terá, porque absolutamente impedido de obtê-la. E, então, a concorrência se resumirá a um número restrito e privilegiado de concorrentes, com todas as limitações, riscos e possíveis ônus decorrentes. Será esta uma conclusão reducionista, literal, desproporcional, injusta e até perigosa. E, por tudo isso, inaceitável.”

Resta evidente, da leitura do dispositivo, que é possível a exigência de comprovação de capacidade técnico-profissional do licitante, ou seja, da existência, no quadro permanente da empresa, de profissionais que detenham experiência anterior na execução de contrato similar. **Todavia, não fica explícita a possibilidade de exigência de comprovação da capacidade técnico operacional, vale dizer, da experiência anterior da própria empresa licitante.**

A perplexidade deriva do veto presidencial ao conteúdo do inciso II, alíneas "a" e "b", do § 1º do aludido artigo. Tais alíneas é que dispunham sobre a exigência de comprovação da capacidade técnico-operacional. Em virtude do veto e para dar conta da realidade, coube à doutrina e à jurisprudência o entendimento de que a exigência de comprovação da capacidade técnico-operacional desapareceu, pois havia sido prevista exclusivamente no art. 30, § 1º, inciso II, bem como porque o § 5º, ainda do art. 30, veda a exigência de comprovação restritiva da participação no certame, não prevista na Lei 8.666.

Ora, o que está a se exigir cria uma reserva de mercado, conforme alinhavado nas razões acima e ainda, fere o artigo 37, inciso XXI da Carta Magna.

A doutrina de Toshio Mukai, ensina que:

“o princípio da igualdade é o princípio fundamental da licitação, posto que oferece aos licitantes iguais oportunidades de vencer o certame. Observa-se que o inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal, ao contemplá-lo, diz que no processo de licitação pública deverá ser assegurada a igualdade de condições a todos os concorrentes. No caso, já de se entender concorrentes concretos e potenciais, eis que o princípio vigora já quando da elaboração do Edital; não pode o instrumento convocatório conter cláusulas discriminatórias.

O princípio da competitividade é um dos princípios fundamentais da licitação, é também conhecido como o princípio da oposição, é tão essencial à matéria que se num procedimento licitatório, por obra e conluio, faltar a competição (ou oposição) entre os concorrentes, falecerá a própria licitação, posto que esta é sinônimo de competição” (Curso avançado de Licitações e Contratos Públicos – pag. 08,09 – Ed. Juarez Oliveira – Ed. 2000).

No mesmo sentido, Marçal Justen Filho ensina que “*respeitadas as exigências necessárias para assegurar a seleção da proposta mais vantajosa, serão inválidas todas as cláusulas que, ainda indiretamente, prejudiquem o caráter competitivo da licitação. Veda-se a cláusula que visa não a seleção da proposta mais vantajosa e sim a beneficiar alguns particulares*” (comentários à lei de licitações e contratos. Pg. 78,79 – Ed. Dialética – Ed. 1999).

A Administração deve estabelecer regras que não causem prejuízo a ela própria e nem aos administrados, e ainda, regras que permitam a participação do maior número possível de concorrentes, pois só assim encontrar-se-á a proposta mais vantajosa.

Em sede jurisprudencial, não é outro o entendimento. Com toda veemência, o Tribunal de Contas da União, no Acórdão 423/2007, observou que exigências como a ora impugnada não têm amparo legal, **além de constituir uma cláusula restritiva ao caráter competitivo das licitações**, por não ser, em princípio, uma condição indispensável à garantia do cumprimento das obrigações advindas dos contratos a serem celebrados.

Por força deste exposto, cumpre requerer a exclusão do subitem 12.5.1.1.1 do certame, e sugerir que a exigência se refira tão somente à capacidade técnico-profissional, vale dizer, à exigência de que a empresa apresente a certidão de acervo técnico de seu profissional com experiência na prestação dos serviços licitados.

Ademais, o referido texto, por si só, sem qualquer dificuldade, demonstra a violação ao princípio da competitividade, vale ponderar: qual a razão de contratar somente empresa administra ou administrou serviços continuados de recepcionistas, com, no mínimo, 40% (quarenta por cento) do número de empregados que serão necessários para suprir os postos a serem contratados em decorrência deste Edital e o Termo de Referência? Isso não demonstra garantia alguma de excelência na prestação de serviços e sim conduz a uma reserva de mercado, privilegiando poucas empresas que atuam no mercado.

Aplica-se, ao caso, o comando normativo já mencionado acima, qual seja, o artigo 3º da Lei Licitação Federal. O poder da Administração não é absoluto ao fazer exigências no âmbito de um certame, ao contrário, encontra limites nos princípios gerais de licitação elencados nos termos do artigo 3º da Lei 8666/93, *in verbis*:

*“Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da **isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração** 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.*

O princípio da competitividade estabelece ser defeso ao Administrador Público prever cláusulas ou condições, impertinentes ou irrelevantes para o específico objeto do contrato, **que restrinjam ou frustrem seu caráter competitivo**, conforme prevê o artigo 3º acima, cujo parágrafo 1º, inciso I, também salienta que:

“§ 1º 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 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;”

Nesse sentido, conforme já aventado, entende o Tribunal de Contas da União que não pode a Administração adotar critério que represente condição determinante de intensa restrição da competitividade do certame, ou seja, quando pouquíssimas empresas puderem cumpri-la (Acórdão 152/2002 – Plenário, Rel Min. Walton Alencar Rodrigues).

Ainda, nestes termos, colaciona-se parte do voto proferido pela Relatora Drª. Liselena Schifino Robles Ribeiro, por ocasião do Reexame Necessário n.º 70026373274, levado a efeito pela Vigésima Primeira Câmara Cível do TJRS, em 15/09/2008 e publicado no Diário de Justiça de 24/09/2008:

*“Entendeu o magistrado a quo que ‘As formalidades do edital devem ser examinadas **segundo a utilidade e finalidade, considerando, ainda, o princípio da competitividade que domina todo o procedimento**. No caso, comprovado que, no período de 19 a 22 de janeiro de 2007, o site da CEF estava fora do ar, impossibilitando a emissão de nova certidão negativa, razoável que o documento fosse apresentado após, como o foi, feita a prova de regularidade. As formalidades do edital devem ser examinadas segundo a utilidade e finalidade, considerando, ainda, o princípio da competitividade que domina todo o procedimento. A interpretação dos termos do edital não pode conduzir a atos que acabem por malferir a própria finalidade do procedimento licitatório, **restringindo o número de concorrentes e prejudicando a escolha da melhor proposta**, como decidiu o STJ, no MS nº 58.69-DF, in DJU 07-10-03:*

Despiciendo argumentar que a reserva de mercado fere a livre concorrência, uma vez que o mercado tem livre iniciativa para buscar a melhor contratação, aquisição e a melhor oportunidade, mas sempre respeitando a livre concorrência, pois a sua limitação é uma infração à ordem econômica prevista no art. 170 da Constituição Federal.

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

- I - soberania nacional;**
- II - propriedade privada;**
- III - função social da propriedade;**

- IV - livre concorrência;**
- V - defesa do consumidor;**
- VI - defesa do meio ambiente;**
- VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)**
- VII - redução das desigualdades regionais e sociais;(grifamos)**

Em conseqüência da argumentação acima, a medida correta a ser tomada por esse Pregoeiro, não é outra, senão, excluir o item 12.5.1.1.1 do Termo de Referência.

DO SUBITEM 12.5.1.2 – EXPERIÊNCIA MÍNIMA DE 2 (DOIS) ANOS, ININTERRUPTOS OU NÃO, NA PRESTAÇÃO DESTES SERVIÇOS TERCEIRIZADOS

Mais uma vez uma esdrúxula exigência que conduz à uma reserva de mercado e é também uma violação ao art. 37, inciso XXI da CF, posto que é uma exigência que pode afastar ótimos competidores, empresas idôneas, com capacidade para cumprir com o contrato, mas que seriam afastadas da licitação em virtude de terem que comprovar prazo de experiência.

“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.**”

É preciso trazer à baila novamente os ensinamentos de Marçal Justen Filho, o qual ensina que **“respeitadas as exigências necessárias para assegurar a seleção da proposta mais vantajosa, serão invalidas todas as cláusulas que, ainda indiretamente, prejudiquem o caráter competitivo da licitação. Veda-se a cláusula que visa não a seleção da proposta mais vantajosa e sim a beneficiar alguns particulares”** (comentários à lei de licitações e contratos. Pg. 78,79 – Ed. Dialética – Ed. 1999). (grifamos)

Também mais uma vez nos socorremos da Lei de Licitações a qual impõe limites à documentação relativa à qualificação em seu art. 30.

“Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;

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;

III - comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação;

IV - prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso.

~~§ 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II deste artigo, no caso de licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente certificados pela entidade profissional competente, limitadas as exigências a:~~

~~a) quanto à capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data da licitação, profissional de nível superior 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;~~

~~b) (VETADO)~~

~~§ 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: (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)...."~~

Como disposto nas considerações referente à impugnação do item anterior, a exigência, *data vênia*, deve ser decorrência de algum equívoco na hora da confecção do Edital, em especial porque tal item constitui uma reserva de mercado e, portanto, fato impeditivo à participação de várias empresas no procedimento licitatório, além de não guardar qualquer logicidade em relação ao próprio objeto do edital, e, nem tampouco, apresenta alicerce legal para ser exigido.

Assim sendo é salutar e primordial para obediência aos princípios da legalidade e da competitividade que a licitante se abstenha de exigir experiência mínima de dois anos, ininterruptos ou não, na prestação de serviços terceirizados, objeto da licitação, a fim de não conduzir o certame para uma reserva de mercado, tendo quer ser o item também excluído do Edital.

DO SUBITEM 12.5.1.4 – CÓPIA(S) DO CONTRATO(S) VIGENTE(S) E EM EXECUÇÃO, NA DATA DA PUBLICAÇÃO DO EDITAL, COMPROVANDO QUE A LICITANTE GERENCIA, NO ÂMBITO DE SUA ATIVIDADE ECONÔMICA PRINCIPAL E/OU SECUNDÁRIA ESPECIFICADAS NO SEU CONTRATO SOCIAL, REGISTRADO NA JUNTA COMERCIAL, NO MÍNIMO, 5 (CINCO) EMPREGADOS;

Incansavelmente nos socorremos do art. 37 da CF e do art. 30 da Lei 8.666/93, in verbis:

“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.”

“Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;

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;

III - comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação;

IV - prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso.

É um item desnecessário (12.5.1.4) que como os outros conduz a uma reserva de mercado, posto que é uma exigência que pode afastar ótimos competidores, empresas idôneas, com capacidade para cumprir com o contrato, mas que seriam afastadas da licitação em virtude de terem que desnecessariamente provar o gerenciamento de quantitativo de empregados, uma exigência tanto que curiosa, pois a legislação é clara em exigir o mínimo necessário para que as empresas comprovem aptidão para a execução do contrato. Nesse Sentido se posiciona Marçal Justen Filho:

“ respeitadas as exigências necessárias para assegurar a seleção da proposta mais vantajosa, serão inválidas todas as cláusulas que, ainda indiretamente, prejudiquem o caráter competitivo da licitação. Veda-se a cláusula que visa não a seleção da proposta mais vantajosa e sim a beneficiar alguns particulares” (comentários à lei de licitações e contratos. Pg. 78,79 – Ed. Dialética – Ed. 1999).”

A verificação dessa qualificação por meio de atestados de serviços anteriores conduz a um resultado artificial e, de certo modo, arbitrário. Sobre isto, confira-se trecho do voto do Conselheiro Cezar Miola, do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro **TP-0511/2009, do Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul:**

“Repiso que a exigência dessas certificações, do modo como usualmente se produzem e são formalmente requeridas, efetivamente afronta o princípio da proporcionalidade. E isso porque, no louvável intuito de obter melhores garantias de atingimento dos objetivos colimados pela Administração quando da execução de obras e serviços na área de engenharia, exige-se uma certificação não necessariamente eficaz - e, como antes se mencionou, nem sempre segura -, o que, reconhecidamente, acaba por restringir a competição, quando medidas outras de preservação do interesse público específico poderiam ser implementadas, com melhores resultados práticos, em benefício da sociedade.

Entre essas cautelas em prol do Erário, podem ser relacionadas uma correta análise da higidez financeira das empresas licitantes; a exigência de demonstração cabal da capacidade de mobilização em favor do empreendimento (recursos humanos, maquinário, infra-estrutura de apoio, instalações, etc.); a elaboração de termos contratuais com disposições claras, definição pormenorizada de direitos e obrigações recíprocos e previsão de efetiva imposição de penalidades por inadimplemento; e fiscalização atuante, com acompanhamento pari passu da execução das obras e serviços contratados.

Conforme se observa, segundo o entendimento do Tribunal, como a exigência de atestados de capacidade técnico-operacional é inidônea como instrumento de aferição da efetiva qualificação para a execução do contrato, acaba por se tornar um **meio de restrição de acesso de novos agentes ao mercado de contratações públicas**. Isso é explicado no trecho seguinte:

“Assim, o que se sustenta, em face das regras e princípios constitucionais, é a possibilidade de novas organizações também terem acesso às contratações públicas, observados, por lógico, critérios e garantias que preservem amplamente o interesse público.

Ou, dito de outro modo: não se pode admitir que a execução de obras públicas se transforme em "prerrogativa" exclusiva das empresas atualmente constituídas e já "qualificadas", num entendimento que leva a verdadeiro absurdo e também colide com os princípios da livre iniciativa, da livre concorrência e da equidade (arts. 1º, IV, e 170, IV, da CR/1988), além daqueles já antes referidos.

Em suma: à luz da interpretação restritiva, quem não detém experiência/qualificação nunca a terá, porque absolutamente impedido de obtê-la. E, então, a concorrência se resumirá a um número restrito e privilegiado de concorrentes, com todas as limitações, riscos e possíveis ônus decorrentes. Será esta uma conclusão reducionista, literal, desproporcional, injusta e até perigosa. E, por tudo isso, inaceitável.”

Ora, o que está a se exigir cria uma reserva de mercado, conforme alinhavado nas razões acima e ainda, fere o artigo 37, inciso XXI da Carta Magna, como já explicitado.

A doutrina de Toshio Mukai, ensina que:

“o princípio da igualdade é o princípio fundamental da licitação, posto que oferece aos licitantes iguais oportunidades de vencer o certame. Observa-se que o inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal, ao contemplá-lo, diz que no processo de licitação pública deverá ser assegurada a igualdade de condições a todos os concorrentes. No caso, já de se entender concorrentes concretos e potenciais, eis que o princípio vigora já quando da elaboração do Edital; não pode o instrumento convocatório conter cláusulas discriminatórias.

O princípio da competitividade é um dos princípios fundamentais da licitação, é também conhecido como o princípio da oposição, é tão essencial à matéria que se num procedimento licitatório, por obra e conluio, faltar a competição (ou oposição) entre os concorrentes, falecerá a própria licitação, posto que esta é sinônimo de competição” (Curso avançado de Licitações e Contratos Públicos – pag. 08,09 – Ed. Juarez Oliveira – Ed. 2000).

DA CONCLUSÃO

Por todo o exposto, resta claro que o edital fere os preceitos legais, doutrinários e jurisprudenciais acima transcritos. Em face disso, a Empresa **Requer:**

- a. **Seja dado provimento à presente impugnação e, a critério desse Pregoeiro, seja suspenso o curso do certame, para:**
 - a.1) **excluir os subitens 12.5.1.1.1, 12.5.1.2, 12.5.1.4 pois maculam os princípios da legislação licitatória, Constituição Federal conforme explicitados nesta Impugnação.**

As ilegalidades apresentadas trarão máculas ao interesse público, e se não forem corrigidas a tempo, redundarão em decretação de nulidade de todo o certame e dos demais atos que a ele sucederem.

Neste Termos,

P. Deferimento.