

**Impugnação 17/08/2021 15:16:57**

DOS FATOS 1. A Impugnante atua com forte destaque em âmbito nacional no ramo de Ensino Superior, ministrando e administrando cursos superiores de graduação, pós-graduação, extensão, cursos de aprendizagem, aperfeiçoamento e treinamento em desenvolvimento profissional e gerencial, presenciais e a distância, além de diversas atividades de apoio à educação, fazendo sempre uso de sua marca, muito conhecida no meio em que atua. 2. Assim, deseja participar da licitação na modalidade pregão eletrônico em epígrafe, cujo objeto é: contratação de curso de oratória/condução de grupo na área administrativa/gestão, com vídeos, textos e modelos, na modalidade EAD, para capacitação de servidores do Tribunal Regional Eleitoral da Bahia, conforme as especificações e condições estabelecidas no Anexo I do Edital – Termo de Referência 3. Ocorre que, ao analisar o edital do certame verificou-se a existência de cláusula restritiva à participação de diversas interessadas no certame, mormente no que tange à exigência de atestado de capacidade técnica de serviços anteriormente executados idênticos ao objeto licitado. 4. Como tal proceder, como dito, constitui grave prejuízo aos objetivos das licitações (Lei nº 8.666/93, art. 3º c/c art. 37, XX da CF/88), busca esta Impugnação a apuração do ocorrido, com a consequente correção do ato convocatório. II. DIREITO II.1 - ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA RESTRIÇÃO COMPETITIVIDADE - VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA 5. O Termo de Referência ao dispor dos requisitos da contratação e dos critérios de seleção do fornecedor assim dispõe: 11.1.7. Qualificação técnica: a) Apresentação de, no mínimo, 01 (um) atestado, emitido por pessoa jurídica de direito público ou privado, que comprove a execução de curso de oratória na modalidade EAD. 6. Ainda que diferente do que impõe no Edital, item 11.1.7 A que trata da qualificação técnica, a exigência transcrita acima se reveste na obrigação da empresa licitante de apresentar atestado de capacidade técnica IDÊNTICA ao objeto licitado. 7. Dessa forma, ao delimitar como critério de seleção a obrigação de comprovar experiência anterior em Curso de oratória na modalidade EAD, o Edital deixa uma condicionante restrita, que exclui do processo diversas Instituições de Ensino que tenham o condão de prestar os serviços licitados, porém que não possam comprovar experiência pretérita em UM ÚNICO curso. 8. Fato é que independente do momento de apresentação da documentação exigida, seja ela como requisito de habilitação, seja como obrigação da adjudicatária, sabe-se que a cláusula nos moldes em que se encontra afasta, sobremaneira, diversas empresas que possam prestar o serviço licitado. 9. Como dito alhures, o objeto do presente contrato é a prestação de serviços de fornecimento de curso de oratória/condução de grupo na área administrativa/gestão, com vídeos, textos e modelos, na modalidade EAD. O edital ao determinar como critério do fornecedor a apresentação de "Atestado de Capacidade Técnica para condução de Curso de oratória na modalidade EAD" faz entender que está sendo exigido comprovação de experiência idêntica ao objeto licitado e suas obrigações, o que é vedado em nosso ordenamento jurídico. 10. Como se sabe, a Lei de Licitações tomou conta de definir quais seriam os documentos de habilitação necessários e possíveis de serem exigidos das empresas em processos licitatórios. Ficou a cargo do artigo 30 da Lei 8.666/93 definir quais seriam documentos aceitáveis para comprovar a qualificação técnica das licitantes. 11. Entre outros documentos, o inciso II do referido artigo determina que: 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; §3º Será sempre admitida a comprovação de aptidão através de certidões ou atestados de obras ou serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior. 12. Em que pese o edital em comento quando trata da qualificação técnica não mencionar os critérios destacados acima, sabe-se que, da forma como posta no Termo de Referência, a finalidade de tal cláusula é a mesma dos atestados, qual seja aferir a capacidade técnica operacional da empresa em executar os serviços contratados. 13. Ocorre que o Órgão destaca uma parcela importante e significativa da prestação dos serviços que serão executados e exige que seja comprovada pelo fornecedor experiência anterior IDÊNTICA ao objeto licitado, o que não deve prosperar, posto que é latente afronta aos dispositivos legais estabelecer que se comprove aptidão técnica de exercício da atividade idêntica àquela licitada ou ainda que de uma parcela do objeto a ser executado. 14. Evidentemente que a Lei ao tratar dos atestados quando se referem à atividade COMPATÍVEL, PERTINENTE e SIMILAR não quer dizer que as atividades a serem comprovadas devem ser de objetos IDÊNTICOS ao licitado. E nem de longe poderia se tomar esta interpretação. 15. O significado das palavras compatível, pertinente e similar não nos dá outra interpretação: Compatível: 1 - que pode coexistir. 2 - que pode ser combinado com outra(s) coisa(s), sem conflito ou oposição. Dicionário Aurélio, 6ª Ed., Editora Positivo Pertinente: 1 - que concerne, é relativo a algo; pertencente. 2 - que vem a propósito. Dicionário Aurélio, 6ª Ed., Editora Positivo Similar: 1 - que é da mesma natureza. 2 - semelhante. 3 - homogêneo. Dicionário Aurélio, 6ª Ed., Editora Positivo 16. Posto isto, hialino que as palavras "compatível", "pertinente" e "similar" não significam "igual" ou "idêntico", mas sim, no contexto utilizado, que possa coexistir sem conflito ou oposição, por fim, que atenda ao objeto colimado. 17. Dessa forma, ao passo que os termos utilizados na lei são "compatível", "pertinente" e "similar", não se permite exigir experiência em especificação exatamente igual ao objeto ou parcela da execução, mas algo a ele similar, ampliando a possibilidade de satisfação da condição pleiteada. 18. Assim ensina o festejado Marçal Justen in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 14ª ed., ed. Dialética: A invalidade não reside na restrição em si mesma, mas na incompatibilidade dessa restrição com o objeto da licitação. Aliás, essa interpretação é ratificada pelo previsto no artigo 37, inc. XXI, da CF ("o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações"). A incompatibilidade poderá derivar de a restrição ser excessiva ou desproporcionada às necessidades da Administração. Poderá, também, decorrer da inadequação entre a exigência e as necessidades da Administração. 19. Corroborando tal entendimento, decidiu o Tribunal de Contas da União: O edital de licitação não deve conter quaisquer exigências que sejam impertinentes ou irrelevantes para o específico objeto a ser licitado, por constituírem restrições ao caráter competitivo, nos termos do artigo 3º, § 1º, inciso I, da Lei de nº 8.666/93. (TCU. Processo nº 001.645/2004-2. Acórdão nº 1.748/2004 – Plenário). 20. Citando novamente MARÇAL JUSTEN FILHO: Não cabe à Administração ir além do mínimo necessário à garantia do princípio da República. Logo, não se validam exigências que, ultrapassando o mínimo, destinam-se a manter a Administração em situação 'confortável'. A CF/88 proibiu essa alternativa. (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativo, 14ª ed., São Paulo, Dialética, 2010) 21. Assim lembramos que a opção constitucional é, aliás, bastante clara no sentido de que as exigências de qualificação técnica devem se restringir ao mínimo necessário para se assegurar a execução satisfatória do contrato, sendo juridicamente impossível qualquer exigência expressamente contrária à lei. Dispõe o inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal que: 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. 22. Da mesma forma, prescreve o art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei 8.666: É vedado aos agentes públicos (...) 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” 23. Como se não bastasse, permanecer tal exigência é confrontar o princípio da legalidade, visto que a Administração somente pode fazer o que está previsto em Lei e a exigência atacada afronta ao disposto no artigo 30, §5º da Lei 8.666/93. Por esta razão o festejado professor CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO é incisivo nesta seara, verbis: O princípio da legalidade, no Brasil, significa que a Administração nada pode fazer senão o que a lei determina. 24. Por fim o Tribunal de Contas da União corrobora com nosso entendimento de que as exigências relativas à qualificação técnica, nota-se independente do momento de apresentação, têm objetivo preciso, qual seja: 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 comprometam a observância do princípio constitucional da isonomia” (Decisão 503/2000, Plenário, Rel. Min. ADHEMAR PALADINI GHISI, DOU 05.07.2000). 25. Isto posto e do mais que nos autos constam, requer o provimento da presente Impugnação para que sejam excluídas as cláusulas 5.4 e 20.7 do Termo de Referência, extirpando a exigência da apresentação de Atestado de Capacidade Técnica para condução de Curso de oratória na modalidade EAD, posto que a condição imposta se traduz em atestados de capacidade técnica igual e não compatível com o objeto lícitado, o que é vedado por nosso ordenamento jurídico. III. PEDIDO 26. Pelo exposto e do mais que nos autos consta, espera e requer a Vossa Senhoria a PROCEDÊNCIA da presente impugnação para que sejam excluídas as cláusulas 11.1.7 A do Termo de Referência, extirpando a exigência da apresentação de Atestado de Capacidade Técnica para condução de Curso de oratória na modalidade EAD, postos que a condição imposta se traduz em atestados de capacidade técnica igual e não compatível com o objeto lícitado, o que é vedado por nosso ordenamento jurídico.

**Fechar**

**Resposta 17/08/2021 15:16:57**

DECISÃO À IMPUGNAÇÃO: . Cuida-se de impugnação ao Edital n.º 21/2021, apresentada pela empresa XXXXXXXX, conforme documento n.º 1694263. Alega a impugnante, em síntese, que o edital contém cláusula restritiva à participação de interessadas, ao exigir, como qualificação técnica: a) Apresentação de, no mínimo, 01 (um) atestado, emitido por pessoa jurídica de direito público ou privado, que comprove a execução de curso de oratória na modalidade EAD. O pregoeiro designado para condução do certame, após análise do pedido, manifestou-se pelo não acolhimento da impugnação e submeteu os autos à apreciação superior, documento n.º 1694875. A Assessoria Jurídica de Licitações e Contratos e Questões Administrativas da Diretoria-Geral, mediante pronunciamento em parecer de n.º 384, documento n.º 1696607, concluiu:[...]8. Ante o exposto, podemos afirmar que este Tribunal cercou-se das cautelas necessárias para a contratação 'do curso ORATÓRIA/CONDUÇÃO DE GRUPOS NA ÁREA ADMINISTRATIVA/GESTÃO, com vídeos, textos e modelos, na modalidade EAD', visando à satisfatória capacitação de seus servidores, quando restringiu a experiência das concorrentes na específica temática, tal qual visto na condição 11.1.7, "a" do edital do Pregão nº 21/2021, acima transcrito (tópico 3).9. Opinamos, portanto, pelo não acolhimento da Impugnação, mantendo-se as condições de habilitação na forma originariamente vista no edital ora publicado. Assim, lastreado no supracitado opinativo, o qual acolho e adoto como razão de decidir, e com amparo nas atribuições do art. 123, VI, da Resolução Administrativa 04/2021, conheço da presente impugnação e, no mérito, nego-lhe provimento. Ao NUP, para as providências devidas, inclusive notificar a impugnante da decisão proferida, publicar a decisão e dar prosseguimento ao procedimento licitatório. PARECER JURÍDICO: (...) . 3. Eis as condições contra as quais se insurgiu a empresa: Termo de Referência (TR) "5. HABILITAÇÃO 5.1. Apresentação de, no mínimo, 01 (um) atestado, emitido por pessoa jurídica de direito público ou privado, que comprove a execução de curso de oratória na modalidade EAD." Edital"11.1.7. Qualificação técnica: a) Apresentação de, no mínimo, 01 (um) atestado, emitido por pessoa jurídica de direito público ou privado, que comprove a execução de curso de oratória na modalidade EAD." 4. Com efeito, o artigo 30, da Lei nº 8.666/93, prescreve:"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 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) 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. Uma atenta leitura das disposições acima revela que a aptidão das licitantes pode ser aferida com base na expertise dos profissionais que efetivamente executarão os serviços (art. 30, II, §1º, I). Além disso, de forma já pacificada, nos tribunais superiores, bem como na doutrina especializada, a aptidão também poderá ser aferida em relação à própria atuação da empresa. 5.1. Neste ponto, afirma Marçal Justen Filho (2012): "(...) A exigência acerca de experiência anterior no âmbito empresarial não deriva de conveniência suprimível por parte do legislador. É relevante apurar a idoneidade do licitante e submeter sua participação à comprovação objetiva de atuação satisfatória anteriormente. (...) Excluir a possibilidade de requisitos acerca de capacitação técnica operacional conduz, em termos gerais, a colocar em risco a execução satisfatória da futura contratação. A Administração Pública poderá contratar sujeito sem a experiência necessária à execução de certo objeto contratual". (grifos nossos) 5.2. Afirmado, assim, pelo ilustre doutrinador, que é possível e legítimo exigir-se a experiência do licitante na execução de certo objeto contratual. 6. Pois bem, nesta linha de raciocínio, reputamos válida a restrição imposta no edital do Pregão nº 21/2021, vez que a capacidade de elaborar um curso na modalidade EAD, sem qualquer delimitação quanto ao conteúdo, poderia levar à contratação insatisfatória. 6.1. Vejam que o TR, e, consequentemente, o edital, não trouxeram qualquer exigência quanto aos profissionais da empresa, o que poderia ter sido feito, inclusive em conjunto com a exigência que ora se faz. 6.2. Optou este Tribunal em avaliar a capacidade da licitante, através da sua experiência na elaboração de curso EAD, especificamente na temática "oratória", entendendo que a experiência geral, em outros temas, não lhe traria o que chamamos de segurança mínima para uma boa contratação.7. É preciso lembrar, ainda, que a contratação de treinamentos para a capacitação de servidores já mereceu atento olhar da Corte de Contas, que, diante das vivenciadas dificuldades em se licitar de modo satisfatório, recomendou, desde que preenchidos determinados requisitos, a contratação direta (Decisão nº 439/98, Plenário - TCU). 7.1. Neste aspecto, vejamos o que afirmou o Prof. Luis Claudio de Azevedo Chaves, em artigo discorrendo sobre a questão1: "O primeiro ponto diz respeito à obrigação de realizar licitação. Como o dever de licitar é imperativo e fazê-lo pelo critério de menor preço é regra geral, o problema advém da imensa dificuldade de se estabelecer critérios de aferição idôneos que apontem com segurança a proposta efetivamente mais vantajosa, o que eleva sobremaneira o risco de insucesso na contratação. A experiência tem demonstrado que contratos dessa natureza, quando licitados, não raro, anotam má prestação de serviço e não atendimento aos objetivos colimados."7.2. Corrobora-se, assim, a necessidade de acautelar-se a Administração em contratações nesta área, principalmente quando o fizer mediante procedimento licitatório. 8. Ante o exposto, podemos afirmar que este Tribunal cercou-se das cautelas necessárias para a contratação 'do curso ORATÓRIA/CONDUÇÃO DE GRUPOS NA ÁREA ADMINISTRATIVA/GESTÃO, com vídeos, textos e modelos, na modalidade EAD', visando à satisfatória capacitação de seus servidores, quando restringiu a experiência das concorrentes na específica temática tal qual visto na condição 11.1.7, "a" do edital do Pregão nº 21/2021, acima transcrito (tópico 3). 9. Opinamos, portanto, pelo não acolhimento da Impugnação, mantendo-se as condições de habilitação na forma originariamente vista no edital ora publicado.

**Fechar**