

Daniel de Oliveira Sousa

De: licitacao@selettiservicos.com.br
Enviado em: sexta-feira, 15 de julho de 2022 18:11
Para: Pregoeiro 2 - DIREX/CPL
Assunto: Impugnação Edital
Anexos: Impugnação Embratur.pdf; 8 ALTERACAO SELETTI.pdf; RG E CPF HENRIQUE NOVO.pdf

Á

AGÊNCIA BRASILEIRA DE PROMOÇÃO INTERNACIONAL DO TURISMO

At. Comissão de Licitação

Á

Seletti Serviços e Comércio Ltda em respeitosa e pacificamente propor impugnação ao edital subarreferido com as razões a serem analisadas

Concordemente

Seletti Serviços e Comércio Ltda

Rejane Santo

Assessora Jurídica



ILUSTRÍSSIMO SENHOR (A) PREGOEIRO(A) EMBRATUR AGENCIA BRASILEIRA DE PROMOÇÃO INTERNACIONAL DO TURISMO

EDITAL Nº 15/2022

Processo Administrativo n.º 72100.000154/2022-06

SELETTI SERVICOS E COMERCIO EIRELI, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF sob o n. 23.475.070/0001-00, com sede na Rua Evaristo da Veiga, nº 29, Centro, CEP 24.020-280 – Niterói - RJ, por seu representante legal abaixo assinado vem, respeitosamente, perante V. Sa., vem propor **IMPUGNAÇÃO AO EDITAL** do Pregão Eletrônico em epígrafe, com sustentação no fulcro no § 1º e artigo 41, da Lei nº 8666/93, pelas razões de fato e direito abaixo aduzidas.

I – DA TEMPESTIVIDADE

Inicialmente, a abertura do pregão eletrônico está prevista para o dia 20/07/2022. Nos termos gerais da lei e do edital, a impugnação deverá ser apresentada em até 3 (três) dias úteis antes da data designada para a abertura da sessão pública, Portanto, incontroversa a tempestividades das razões ora apresentadas.

II – DOS FATOS

Trata-se de licitação a ser realizada na **EMBRATUR AGENCIA BRASILEIRA DE PROMOÇÃO INTERNACIONAL DO TURISMO** na modalidade, do tipo “PREGÃO, na forma ELETRÔNICA, com critério de julgamento adotado, MENOR PREÇO GLOBAL, cujo objeto é a contratação presente licitação é a escolha da proposta mais vantajosa para a contratação de empresa especializada na prestação de forma contínua, de serviços de Almojarife, Motorista Executivo, Recepcionista, Recepcionista Bilíngue e Secretária Executiva Bilíngue, a serem executados nas dependências da Agência Brasileira de Promoção Internacional do Turismo - EMBRATUR, em Brasília/DF, conforme condições, quantidades e exigências estabelecidas neste instrumento e detalhamento dos serviços/Bens descritos no Termo de Referência, Anexo I deste Edital.



A licitante, é empresa do ramo, possui mais de 3.000 colaboradores exercendo atividades similares em diversos contratos com órgãos Federais e Municipais.

Ocorre que, no edital, em seu item 9.11., referente à Qualificação Técnica, determina que somente serão aceitos atestados técnico mediante comprovação de gerenciamento não inferior a 3 (três) anos. Vejamos abaixo:

9.11.1. Atestado de Capacidade Técnica (ACT), em nome da licitante, emitido por pessoas jurídicas de direito público ou privado, que comprove a execução em serviços similares ao objeto do termo de referência, demonstrando que a mesma gerencia ou gerenciou serviços de natureza similar / aptidão em gestão e administração de mão de obra

9.11.1.1. O atestado (declaração) de capacidade técnico-operacional deverá referir-se a serviços prestados no âmbito da atividade econômica principal ou secundária da LICITANTE, especificadas no Contrato social registrado na junta comercial competente, bem como no cadastro de pessoas Jurídicas da Receita Federal do Brasil – RFB;

9.11.1.2. O atestado (declaração) deverá comprovar que a LICITANTE gerencia serviços de terceirização compatíveis com o objeto licitado, por período não inferior a 3 (três) anos, até a data da abertura da sessão pública da licitação;

Percebe-se que os referidos subitens quanto a qualificação técnica, estabelece comprovação de tempo com experiência mínima e 3(três) anos.

O certo é que a previsão editalícia afigura-se em restringimento a licitantes que não possuem três anos de experiência

Neste caso “ sub examine” ao proibir a participação no certame de empresas que não possuem os três anos, mais possuem comprovação de capacidade operacional podendo elas somarem volumes de trabalho constantes em atestados concomitantes, que comprovam que a empresa tem capacidade operacional de oferecer 40 ou mais postos ao mesmo tempo.

O edital malfez, também, o princípio da competitividade, uma vez que afasta do certame a participação de outras empresas, como a ora Requerente, as quais poderiam inclusive oferecer propostas mais vantajosas ao interesse público.

Convém destacar que a interpretação do artigo 30 da Lei nº 9.666/93 no que concerne aos atestados, deve ser cautelosa e primar pela finalidade precípua da exigência, qual seja a demonstração de que os licitantes possuem condições técnicas para executar o objeto pretendido pela Administração caso venha a sagrar-se vencedor.



Entretanto, a vigência do contrato é de 12 meses, e dessa forma, a exigência mínima de 3 anos deve ser revista pelo órgão, uma vez que supera o prazo estipulado na relação contratual inicial, caracterizando exigência incompatível com o objeto licitado. Ressalta-se que tal exigência mínima não merece prevalecer de forma a restringir a participação de licitantes que buscam concorrer em igualdades de condições, evitando-se persistir algumas incongruências que podem inviabilizar a execução contratual.

A lei, 8666/93 possui esta redação desde mais de vinte anos e permite a interpretação inequívoca de que exigir comprovação de tempo de serviço, como critério de habilitação, configura-se como exigência ilegal;

Ainda, no que se refere à exigência de período de experiência, vale destacar o teor da respectiva Nota Explicativa, constante no modelo da AGU:

Nota explicativa 1: A possibilidade de exigência de período de experiência somente se aplica, a luz do subitem 10.6 do Anexo VII A da IN SEGES/MP nº 5/2017, a serviços de caráter continuado, em caráter facultativo, devendo a Administração especificar o número de anos de experiência exigidos.

Ainda assim, deve a Administração verificar a necessidade do estabelecimento de tal previsão, considerando, em especial, o tempo esperado de execução contratual. Nesse sentido consigna o Tribunal de Contas da União, no Acórdão 2870/2018-Plenário, que:

“Por se tratar de exigência de qualificação com potencial de restringir o caráter competitivo do certame e o desenvolvimento do setor em que se insere o objeto da contratação, a experiência anterior em lapso temporal superior ao prazo inicial do contrato deve ser objeto de adequada fundamentação, baseada em estudos prévios à licitação e na experiência pretérita do órgão contratante, que indiquem ser tal lapso indispensável para assegurar prestação do serviço em conformidade com as necessidades específicas do órgão, por força da sua essencialidade, quantitativo, risco, complexidade ou qualquer outra particularidade. Convém, também, que o órgão contratante sopesse os reflexos da restrição no desenvolvimento do setor do serviço pretendido.

Nessa mesma linha de entendimento do STJ (REsp 466.286/SP, Relator Ministro João Otávio Noronha, Segunda Turma, DJ de 20/10/2003):

‘a melhor inteligência da norma ínsita no art. 30, § 1º, inc. I (parte final) da Lei de Licitações orienta-se no sentido de permitir a inserção no edital de exigências de quantidades mínimas ou de prazos máximos quando, vinculadas ao objeto do contrato, estiverem assentadas em critérios razoáveis’.

Com base nesses argumentos, concluiu o TCU que a melhor interpretação a ser dada ao dispositivo é a que permite a exigência de quantidades mínimas ou prazos máximos relativamente à comprovação de qualificação técnico-profissional.



Mas, ao mesmo tempo, a Corte de Contas também adverte que cumpre ao administrador, diante de cada caso, examinar a natureza do objeto a ser contratado e avaliar se a fixação dessa condição se mostra necessária para aferição da qualificação técnico-profissional, devendo, se positivo, expor as justificativas que assim demonstram e atentar para preservar a competitividade da licitação ao máximo possível, mas sem deixar de resguardar o interesse da Administração em contratar empresa que tenha efetivamente condições técnicas de executar o contrato satisfatoriamente.

Nessa ocasião mais recente, a Min. Relatora ponderou que a jurisprudência do Tribunal evoluiu “para admitir ser possível – e até mesmo imprescindível à garantia do cumprimento da obrigação – delimitar as características que devem estar presentes na experiência anterior do licitante quanto à capacidade técnico-operacional e técnico-profissional” e ainda destacou:

(...)

é compatível com o interesse público contratar empresas e profissionais com experiência comprovada na execução da obra que se irá executar. A questão não é a exigência da comprovação de experiência anterior, mas a razoabilidade dos parâmetros estipulados. (Grifamos.)

Para tanto, ao exigir quantitativos mínimos para fim de comprovação da capacidade técnico-profissional das licitantes (art. 30, § 1º, inc. I, da Lei nº 8.666/93), cumpre à Administração apresentar motivação capaz de evidenciar que essa exigência é indispensável à garantia do cumprimento da obrigação a ser assumida pela vencedora do certame.

Essa exigência presta-se a assegurar que a contratada possui a aptidão mínima para gerenciar contratos de natureza continuada, com cessão de mão de obra, perante a administração pública, até o limite de quarenta postos. Após esse limite, passaria a ser exigido 50% do total de postos de trabalho objeto da licitação.

Nesse ínterim, a doutrina e a legislação aprovam a exigência de atestados de capacidade técnica, desde que seu conteúdo e extensão estejam diretamente relacionados ao objeto licitado, e visam aferir, precipuamente, se a licitante, na prática, conseguirá apresentar um desempenho minimamente satisfatório relativo à prestação do serviço a ser contratado.

Desta feita, há exigências que não podem se desvirtuar da finalidade da licitação.

Pondere-se que a licitação tem como princípio assegurar a igualdade de condições a todos os que desejarem contratar com a Administração Pública, consoante preceitua o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, que limita as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.



Vejamos:

“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 exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

Relatoria do Ministro Walton Alencar Rodrigues, e 2.785/2019-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Raimundo Carreiro. Exigência de comprovação, pelos licitantes, de experiência na execução do objeto pelo prazo não inferior a três anos, quando o prazo inicial do contrato a ser firmado é de doze meses, sem apresentar justificativa técnica fundamentada, baseada em estudos prévios à licitação e na experiência pretérita, 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, o que contraria o disposto nos princípios da razoabilidade, da competitividade e da seleção da proposta mais vantajosa.

Ressalta-se que tal exigência mínima não merece prevalecer de forma a restringir a participação de licitantes que buscam concorrer em igualdades de condições, evitando-se persistir algumas incongruências que podem inviabilizar a execução contratual.

Com efeito, o exame acurado do edital revela situação que merece, com a devida vênia, reparo pela autoridade administrativa que irá licitar, pois cria óbice à própria realização da disputa, através da falta de isonomia, contrariando o dispositivo legal em total dissonância com os princípios básicos da administração pública, conforme razões a seguir.

III- DOS FUNDAMENTOS DA NECESSIDADE DE REFORMA DO EDITAL. EXIGÊNCIA MÍNIMA DE 03 ANOS DE EXPERIÊNCIA

O impedimento à participação de empresas com menos de 3 anos de experiência dificulta a entrada a novos concorrentes no setor em que se insere a contratação, principalmente no caso de serviços em que o setor público é contratante proeminente. Além disso, restringe a competitividade do certame, pois quanto mais exigências de qualificação, menor o número de empresas aptas a cumpri-las.

O § 5º do art. 30 da Lei 8.666/1993 veda “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”.

O inciso II, do mesmo artigo, por sua vez, admite exigência de “comprovação de aptidão



para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação (...)" . Ademais, a Instrução Normativa 5/2017 do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão e o instrumento convocatório requerem o atendimento simultâneo das duas condições: tempo de atuação e quantitativo compatível com o licitado.

Ocorre que por se tratar de exigência de qualificação com potencial de restringir o caráter competitivo do certame e o desenvolvimento do setor em que se insere o objeto da contratação, a experiência anterior em lapso temporal superior ao prazo inicial do contrato deve ser objeto de adequada fundamentação, baseada em estudos prévios à licitação e na experiência pretérita do órgão contratante.

Importante a indicação de ser tal lapso indispensável para assegurar prestação do serviço em conformidade com as necessidades específicas do órgão, por força da sua essencialidade, quantitativo, risco, complexidade ou qualquer outra particularidade.

"A melhor inteligência da norma ínsita no art. 30, § 1º, I (parte final), da Lei de Licitações orienta-se no sentido de permitir a inserção no edital de exigências quantidades mínimas ou de prazos máximos quando, vinculadas ao objeto do contrato, estiverem assentadas em critérios razoáveis" (Recurso Especial n.º 466.286/SP, 2ª. T., Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJ de 20.10.2003, p. 256).

Com efeito, temos a lição do i, doutrinador MARÇAL JUSTEN FILHO:

"A administração apenas está autorizada a estabelecer exigências aptas a evidenciar a execução anterior de objeto similar. Vale dizer, sequer se autoriza exigência de objeto idêntico" (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 12ª ed., Dialética, 2008, p. 431/432)

O uso excedente e desproporcional de cláusulas como essa prejudica a competitividade, fere os preceitos principiológicos e normativos inerentes às Licitações Públicas. Na visão do Tribunal de Contas da União, a adoção indiscriminada da obrigação de comprovar experiência por prazo de no mínimo três anos, mesmo para contratos que preveem vigência inicial muito inferior, como doze meses, levou o Tribunal a emitir posicionamento no sentido de estabelecer que, nesses casos, a exigência deve estar respaldada por justificativa técnica fundamentado.,

Vejamos os seguintes acórdãos:

1.6.1. dar ciência à Alfândega da Receita Federal do Brasil do Porto de Santos (ALF/STS), com fundamento no art. 9º, inciso I, da Resolução – TCU 315/2020, sobre a seguinte impropriedade/falha, identificada no Pregão Eletrônico 5/2020, para que sejam adotadas medidas internas com vistas à prevenção de outras ocorrências semelhantes: 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 (Acórdão de Relação nº 1390/2021 - Plenário). (...) a.3) ausência de justificativa, de razoabilidade e de proporcionalidade ao se exigir, no item 9.11.2 do edital do Pregão 3/2020 e no item 8.104 do edital do Pregão 15/2017, comprovação de capacidade técnica mediante demonstração de experiência mínima de três anos, tempo esse que se afigura demasiado se contrastado com as baixas complexidade e risco dos objetos licitados e com o fato de que as vigências contratuais iniciais são de apenas um ano, não se verificando qualquer circunstância que torne necessário tamanho lapso temporal para fins de comprovação de experiência, o que contraria a jurisprudência do TCU (Acórdão nº 503/2021 - Plenário) Essa posição do TCU já havia sido reforçada no Acórdão 2785/2019-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Raimundo Carreiro, que assim deliberou: “31. Em ambos os casos acima, o objeto licitado previa contratação por doze meses, e a experiência exigida foi de 36 meses (três anos), sem que houvesse estudo prévio que fundamentasse essa necessidade, consistindo em infringência ao disposto no item 10.6, letra ‘b’, do Anexo VII-A, da IN 5/2017 pois o objeto não é compatível, em prazo, com a experiência exigida. 32. Nos certames ora sob análise, ocorre a mesma situação: as vigências contratuais iniciais são de doze meses, sendo incompatíveis, em princípio, com a exigência aos licitantes de comprovarem experiência mínima de três anos na execução de objeto assemelhado. 33. Acrescente-se que, no âmbito do processo de contratação relativo ao Pregão 3/2020 (peça 3) e do Termo de Referência do Pregão 15/2017 (peça 24, p. 15-18), não há quaisquer justificativas ou indicação de circunstâncias que fundamentem ou autorizem a exigência de experiência mínima de três anos, o que corrobora a possível irregularidade ora apontada”.

(grifo nosso)

Desta feita, há exigências que não podem se desvirtuar da finalidade da licitação. A própria impugnante é empresa bem relacionada no mercado, com diversos contratos e acervos que denotam experiência e expertise no ramo para execução dos serviços de mesma amplitude, singularidade e complexidade.

A apresentação de atestados visa demonstrar que os licitantes já executaram, anteriormente, SERVIÇOS SIMILARES e/ou compatíveis em características com aquele definido e almejado na licitação. Deve-se afastar qualquer subjetivismo no edital e na análise da documentação e proposta.

Quando a lei diz que os critérios de julgamento serão os exclusivamente restritos no Edital, significa que a Administração não poderá cobrar do licitante qualquer qualificação que nele não esteja inserido e desde que a exigência tenha nexos relacionais com o objeto da contratação.

A Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93) veda que sejam praticados atos tendentes a restringir ou frustrar o caráter competitivo do certame, consoante se depreende da leitura do inciso I, do



art. 3º, 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 lhe são correlatos.

§ 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". (Grifo nosso)

Pondere-se que a licitação tem como princípio assegurar a igualdade de condições a todos os que desejarem contratar com a Administração Pública, consoante preceitua o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, que limita as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. Vejamos:

“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 exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”. Veja que o ponto crucial da presente impugnação não reside na simples aferição da estrita obediência às cláusulas editalícias de habilitação técnica.

Nessa ocasião mais recente, a Min. Relatora ponderou que a jurisprudência do Tribunal evoluiu “para admitir ser possível – e até mesmo imprescindível à garantia do cumprimento da obrigação – delimitar as características que devem estar presentes na experiência anterior do licitante quanto à capacidade técnico-operacional e técnico-profissional” e ainda destacou: “(...) é compatível com o interesse público contratar empresas e profissionais com experiência comprovada na execução da obra que se irá executar.

A questão não é a exigência da comprovação de experiência anterior, mas a razoabilidade dos parâmetros estipulados”. (Acórdão nº 534/2016 – Plenário, o Tribunal de Contas da União) Ainda, a Súmula nº 263 do TCU estabelece alguns limites para a exigência de quantitativos nos atestados:

“Para a comprovação da capacidade técnico-operacional das licitantes, e desde que limitada, simultaneamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado, é legal a exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes, devendo essa exigência guardar proporção com a dimensão e a complexidade do objeto a ser executado”.

Importa destacar então, que a discricionariedade dada à Administração para juízo de valor



quanto ao que seria relevante, para fins de comprovação de capacidade técnica, não dispensaria razoabilidade na escolha dos itens de referência, pelo que a exigência, na espécie, sob pena de ser considerada indevida.

Convém destacar que a interpretação do artigo 30 da Lei nº 9.666/93 no que concerne aos atestados, deve ser cautelosa e primar pela finalidade precípua da exigência, qual seja: a demonstração de que os licitantes possuem condições técnicas para executar o objeto pretendido pela Administração caso venha a sagrar-se vencedor.

Não pode haver exigências que violem a isonomia e que retirem o direito de cada particular de participar da disputa pela contratação administrativa, configurando-se a invalidade de restrições abusivas, desnecessárias ou injustificadas.

IV- DOS PEDIDOS

Ante o exposto, requer o recebimento e o acolhimento da presente impugnação, sugerindo-se:

- a) A retificação do edital para que possa ser aceito o quantitativo de atestados que comprove somente a execução de serviços, para (12 meses), sem a necessidade de experiência mínima de 3(três) anos, sob pena de violação à lei e aos princípios norteadores da administração pública;
- b) A republicação do edital com os devidos ajustes no texto em conformidade com os preceitos legais e entendimento dos tribunais, especialmente, dos tribunais de contas;
- c) E não sendo o entendimento pela modificação do edital nas restrições apontadas, que seja a presente impugnação submetida à autoridade hierarquicamente superior, para nova análise e decisão.
- d) Reforça-se que os questionamentos acima elencados possuem o objetivo principal de obter, de forma clara, objetiva e exata, as informações que excluam qualquer subjetividade e ruído no entendimento do licitante e da administração, sustentando desta maneira, os princípios básicos de licitação.

Pede-se o deferimento

Niterói, 15 de Julho de 2022

SELETTI SERVIÇOS E COMÉRCIO LTDA
HENRIQUE DE MORAIS PORTO
ADMINISTRADOR