

DECISÃO DA AUTORIDADE COMPETENTE NA IMPUGNAÇÃO AO EDITAL DE PREGÃO PRESENCIAL Nº 70/2021, DO SESC PR E SENAC PR, PARA O OBJETO DE CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE LIMPEZA, CONSERVAÇÃO, RECEPÇÃO, TELEFONISTA, PORTARIA, MANUTENÇÃO E JARDINAGEM.

A Autoridade Competente, em última instância, das Entidades SESC PR e SENAC PR, que adiante assina, considerando Pareceres Técnico e Jurídico, diante da Impugnação Prévia ao Edital nº 70/2021, apresentada pela empresa VIA SERVIÇOS, para o objeto de Contratação de Serviços de Limpeza, Conservação, Recepção, Telefonista, Portaria, Manutenção e Jardinagem, apresenta sua

DECISÃO

e o faz consoante as seguintes razões e fundamentos:

RELATÓRIO

Insurge-se a empresa VIA SERVIÇOS, atual Contratada pelas Entidades para os serviços ora em objeto, contra o que ela entende ser uma omissão do Edital de Licitação, requerendo que passe a constar EXIGÊNCIA ADICIONAL para qualquer empresa interessada em participar do certame, qual seja, que se exija Atestado de Capacidade Técnica onde se afirme ter a interessada prestado no mínimo um contrato por 3 (três) anos para o mesmo objeto. Imagina a empresa ora Impugnante que isto iria trazer maior segurança às Entidades, na contratação. Ou seja, **a Impugnante deseja agravar ainda mais** as condições de participação, a par das exigências já constantes no Edital de Licitação.

Anexa a Impugnante ao seu pedido fotocópia integral do Edital das Entidades Licitadoras e, igualmente, cópia integral de Edital de Licitação da Prefeitura de Pinhais, PR, para objeto semelhante, como parâmetro para embasar seu pedido de impugnação.

Apresenta algumas jurisprudências e doutrinas, todas voltadas à Administração Pública, muitas como opcional à escolha discricionária da própria Administração Pública, mormente as contidas no Acórdão 1214/2013 do TCU, que analisou estudos de setores públicos, para uma série de itens que concluíram serem aplicáveis.

ANÁLISE

Consigna-se que **a impugnação é tempestiva**, nos termos do item 10.1 do Edital, que dispõe que as impugnações deverão ser apresentadas em até 03 (três) dias úteis anteriores à data fixada para abertura da Sessão Pública para o recebimento dos 02 (dois) Envelopes (Proposta de Preços e Documentos de Habilitação), previsto para **21/09/2021**, o que foi devidamente cumprido em **15/09/2021**.

Inicialmente, deve-se destacar que o **SESC** e o **SENAC possuem natureza jurídica de direito privado**, nos termos da lei civil, e **NÃO integram a Administração Pública Direta ou Indireta.**

Ainda que estejam sujeitos à realização de processos licitatórios para a aquisição de bens e serviços, contratações de obras e alienações, seguem estritas normas de seus Regulamentos próprios para Licitações e Contratos, NÃO se sujeitando à Lei Geral de Licitação nº 8666/93 [tampouco à Lei nº 14.133/2021], segundo entendimento e determinação do próprio TCU – Tribunal de Contas da União¹ e entendimento já consolidado, em ACÓRDÃO UNÂNIME do e. STF - Supremo Tribunal Federal². Desse modo, subordinam-se às Resoluções SESC/DN nº 1252/12 (DOU de 26/07/2012) e SENAC/DN nº 958/12 (DOU de 26/09/2012).

¹ Decisões do TCU, nº 907, de 11.12.1997 e nº 461, de 22.07.1998, ambas do Plenário do Tribunal de Contas da União, que consolidaram a interpretação de que "(...) os Serviços Sociais Autônomos não estão sujeitos aos estritos procedimentos da lei nº 8.666/93 e sim aos seus regulamentos próprios devidamente aprovados e publicados (...)".

² No mesmo sentido, é a decisão do Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança 33.442 do Distrito Federal (março/2018), na qual o relator lembrou a decisão do STF no julgamento da ADI 1864, quando a Corte declarou o entendimento de que as entidades do chamado "Sistema S" têm natureza privada e não integram a administração pública direta ou indireta, não se aplicando a elas a observância do disposto no inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal. É um trecho da decisão: "destaco que esta Corte já firmou orientação no sentido de que as entidades do Sistema "S" têm natureza privada e não integram a Administração Pública direta ou indireta, não se submetendo ao processo licitatório previsto pela Lei 8.666/93" (...) conclui-se que as entidades do "Sistema S" desenvolvem atividades privadas incentivadas e fomentadas pelo Poder Público, não se submetendo ao regime disciplinado pela Lei 8.666/93. Tendo em vista a autonomia que lhes é conferida, exige-se apenas a realização de um procedimento simplificado de licitação previsto em regulamento próprio (...)".

Dito isto, consigna-se que o Edital de Pregão Presencial nº 70/2021 estabelece as regras do processo licitatório em tela, sendo regido pelas

Resoluções próprias supramencionadas, **segundo suas conveniências e oportunidades, sob seu poder discricionário, dentro da legalidade e dos princípios constitucionais aplicáveis, dentre eles o da isonomia**, não sendo cabível qualquer argumentação das empresas interessadas **fundamentadas nos dispositivos da legislação geral de licitações e contratos e/ou decisões do TCU voltadas especificamente à Administração Pública, tal como o Acórdão 1214/2013 e tal como advoga a Impugnante.**

Em sua Impugnação ao Edital, a Impugnante requer seja acolhido seu Único Pleito para alterar a redação do item 7.1.4.2 do Edital, a fim de incluir mais a obrigatoriedade da apresentação de Atestado, pelas empresas interessadas em competir, comprovando a execução de serviços compatíveis em quantidade com o objeto licitado, por período não inferior a 3 (três) anos.

Ou seja, a Impugnante tenta AGRAVAR mais ainda as exigências já postas às pretensões de futuras Licitantes, no processo.

Em suas razões, a empresa defende que a referida exigência tem o condão de trazer segurança aos contratantes SESC e SENAC (?), no que diz respeito, especialmente, à capacidade, à qualidade e à higidez da prestação dos serviços a serem contratados, o que teria se tornado prática na Licitação anterior, para o mesmo objeto. Cita, entre outros, acórdão nº 1214/2013, do TCU, o qual é **direcionado exclusivamente à Administração Pública, o qual acolheu recomendação de um grupo de estudos da extinta Adplan**, onde o e. TCU **recomendou** para a Administração Pública a adoção das sugestões do grupo.

Sobre esse Acórdão nº 1214/2013 do TCU, importante reafirmar que seu teor é rigorosamente destinado à Administração Pública, não vinculando seus efeitos às entidades do denominado "Sistema S", **do qual o SESC PR e o SENAC PR são partes integrantes**, que, como já apresentado, **possuem natureza jurídica de direito privado, nos termos da lei civil e NÃO integram a Administração Pública Direta ou Indireta.**

Em **posicionamento expresso do e. STF - Supremo Tribunal Federal**, a mais alta Corte Judicial do país, **por unanimidade, definiu que os serviços sociais autônomos:**

*"Não integra [m] a Administração Pública, mas colabora [m] com ela, na realização de atividades de amplo interesse público e social, aliás, como assim **decidiu, por unanimidade, o Supremo Tribunal Federal – STF, no Recurso Extraordinário 789.874 – DF, rel. Min. Teori Zavascki, em 17/09/2014.**"*

Quanto aos Atestados de Capacidade Técnica, exigidos em processos de Licitações, inclusive pelas Entidades Licitadoras, **importante destacar que esses têm por finalidade verificar se o licitante possui condições técnicas necessárias e suficientes para, em se sagrando vencedor do certame, cumprir o objeto de forma satisfatória.** Assim, tais Atestados revelam a experiência anterior do Licitante na execução de objetos similares ao licitado.

No tocante ao objeto da impugnação, de fato, as Entidades Licitadoras concordam que seria possível a exigência de atestado de capacidade técnica comprovando a execução anterior de serviços por tempo mínimo, **desde que devidamente justificada a sua necessidade**, sob risco de afronta ao princípio da ampla concorrência/competitividade e isonomia.

Nesse sentido, orienta Renato Geraldo Mendes, da Consultoria Zênite:

"REGULAMENTO DE LICITAÇÕES E CONTRATOS DO CONSELHO NACIONAL DO SERVIÇO SOCIAL DO COMÉRCIO – SESC, Art. 13

26921216 – Regulamento – SEBRAE – Planejamento – Objeto – Definição – Descrição – Condição restritiva – Quando é inaceitável – Renato Geraldo Mendes

*É preciso observar que em dadas situações pode ser admitida e prevista determinada condição que compromete, restringe ou mesmo frustra a participação de alguns interessados. Essa possibilidade está autorizada **desde que a restrição seja justificável**, ou seja, **se a condição restritiva não for necessária para garantir a plena satisfação da necessidade da entidade contratante, ela é ilegal e deve ser eliminada. É vedada a restrição injustificada, sob o ponto de vista da necessidade, ou fixada com o propósito de apenas afastar competidores ou circunscrever a disputa.**"*

(nossos grifos e destaques)

Desse modo, a referida restrição precisaria ser justificada, levando-se em consideração a essencialidade do serviço, os quantitativos, os riscos, a complexidade e outras particularidades do objeto.

Chama-nos a atenção o fato de que, na totalidade das impugnações aos Editais de Licitações, em qualquer Licitação, as empresas interessadas solicitam e fundamentam a REDUÇÃO das exigências e condições de participação, rebelam-se contra o rigorismo exacerbado, etc, AO PASSO QUE É INUSITADO O FATO DE A ORA IMPUGNANTE, VIA SERVIÇOS, ESTAR NESTE CASO ATUANDO NA CONTRAMÃO DISTO, AO IMPUGNAR O EDITAL E ADVOGAR A MAJORAÇÃO DAS EXIGÊNCIAS RESTRITIVAS.

Neste aspecto, em particular, **com a devida venia**, não é necessário ser *expert* em Licitações, nem mesmo do ramo do Direito, **bastando senso comum** para concluir que:

- a) A Impugnante, Via Serviços, possui as condições majoradas de exigências que ora defende em sua Impugnação, por óbvio;
- b) Que, desse modo, pretende eliminar, por antecipação, eventuais participantes da Licitação.

Deve-se atentar, neste particular mencionado acima, que o SESC PR e o SENAC PR, assim como a Fecomércio PR têm um completo Programa de COMPLIANCE, ao qual se dedicam ao estabelecimento e ao cumprimento de normas e procedimentos por meio de documentos que se integram a TODOS OS CONTRATOS DAS ENTIDADES, inclusive ao atual Contrato da Via Serviços Integrados Ltda., que se obrigou ao cumprir com o CÓDIGO DE CONDUTA ÉTICA para Fornecedores e Conveniados do SESC PR (e do SENAC PR), especialmente quanto às obrigações, exemplificativamente:

(...)

CONCORRÊNCIA LEAL E ANTITRUSTE

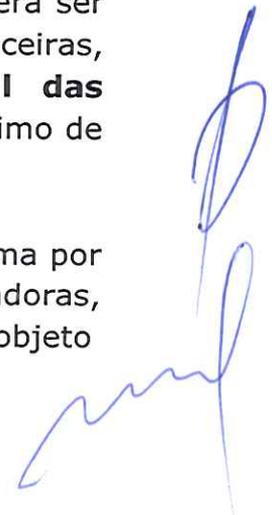
- Conduzir seus negócios de maneira coerente com os princípios de concorrência leal e de acordo com todas as leis antitrustes aplicáveis, adotando medidas necessárias e efetivas para combater a corrupção e a fraude em todas as instâncias, prevenindo a ocorrência de qualquer tipo de comportamento ilegal;

- Adotar um posicionamento íntegro a fim de competir de maneira respeitosa, ética e transparente nos procedimentos licitatórios (...);
- Manter a civilidade nbo relacionamento com a concorrência, buscando informações de maneira lícita; (...)

Referente ao caso em análise, após estudos técnicos e jurídicos das Entidades Licitadoras, bastante aprofundados, **chegou-se à conclusão de que não haveria razão para exigência do referido Atestado, com tamanha restrição, como defende a ora Impugnante**, na medida em que a maior complexidade envolvida nos objetos pretendidos (limpeza, conservação, recepção, telefonista, portaria e manutenção predial) reside na capacidade de a empresa contratada **recrutar e manter pessoal nas dependências das Entidades, para execução das tarefas para cumprir o objeto a ser contratado, assim como honrar os compromissos trabalhistas, previdenciários e fiscais decorrentes, assim como as exigências da Convenção Coletiva de Trabalho da categoria, não demandando nenhuma comprovação de alto conhecimento técnico dos executores nem da empresa.** Ademais, não é um mercado restrito, difícil de se encontrar empresas com capacidade para administrar serviços simples, de limpeza basicamente, sem complexidade, e, ademais, QUE RECEBE DAS ENTIDADES LICITADORAS, quando contrato há, TODO O MATERIAL DE LIMPEZA PARA QUE SEU PESSOAL EXECUTE AS TAREFAS. Ou seja, nem isto há no Contrato como exigência para a Contratada, para executar o objeto da Licitação.

Assim, razoável concluir que, independentemente da atividade, a demonstração de que a Licitante possui qualificação e capacidade para recrutar e manter pessoal alocado na prestação dos serviços poderá ser aferida por meio de outros Atestados e condições contábeis-financeiras, **tais como as que existem como exigências no Edital das Entidades**, não necessariamente dependendo de um período mínimo de prestação de serviços.

Portanto, a exigência ou não de comprovação de experiência mínima por determinado período é competência exclusiva das Entidades Licitadoras, neste caso, mediante devida justificativa de alta complexidade no objeto



e receio de inadimplências na sua execução, não havendo nenhuma imposição legal neste sentido.

Registre-se ainda que a Impugnante deixa patente que estaria preocupada com o fato de as Entidades, sem a tal exigência, correr o risco de contratar empresa sem a necessária experiência no ramo, o que poderia lhes causar transtornos e outras situações. Junta, inclusive, em sua peça de Impugnação, argumento de que uma certa Prefeitura Municipal, de cidade da RMC, teria feita tal exigência ... (??)

Ora, com tal atitude e com todo o respeito pela Prefeitura mencionada, estas Entidades Licitadoras têm amplas experiências em certames Licitatórios, não carecem de comparativos e, ademais, como aqui já se viu, vinculados à gestão pública que não é o caso do SESC e do SENAC.

Registre-se também o conceito de que, com imposições como a que pretende a Via Serviços em sua Impugnação, de agravamento exacerbado das condições para participar de uma Licitação, **jamais uma empresa recente no mercado irá poder Licitar a primeira vez, pois jamais terá um mês que seja, muito menos três anos de contrato anterior similar. E pode ter, sim, mesmo desse modo, muita experiência, boa vontade e profissionalismo para realizar um ótimo trabalho, cumprindo suas obrigações, caso vencedora e contratada.** Porque, na hipótese que aqui aventamos, seus sócios e seus gestores podem sim, perfeitamente, ter ampla experiência no negócio vinculado ao objeto da Licitação, por terem formação na área e por já terem, por exemplo, trabalhado em outras empresas daquele ramo, até por um grande lapso temporal e com amplo sucesso, apesar de sua nova empresa não ter tido ainda três anos de contrato similar.

Restrição deliberada à ampla participação, favorecimento somente aos que notoriamente detém as condições das exigências exacerbadas e outras medidas restritivas que eliminem a concorrência salutar não se pode praticar. O empreendedorismo, o pleno emprego, o incentivo ao progresso empresarial, o livre mercado e a livre concorrência são premissas salutaras que não se pode olvidar.

E, anote-se, a contrario sensu, que não é verdade inconteste o fato de uma empresa ter no mínimo três anos de experiência em contrato similar ser seu passaporte para que vá desempenhar um

bom trabalho, que vá entregar uma execução exemplar do objeto que consagrou em contrato.

Isto é tão verdadeiro que mesmo A PRÓPRIA ORA IMPUGNANTE, VIA SERVIÇOS INTEGRADOS LTDA, QUE É A ATUAL CONTRATADA DESTAS ENTIDADES PARA O MESMO OBJETO, E POR MAIS DE UMA DÉCADA, já incorreu em inadimplências contratuais, o que lhe rendeu processos de intenção/imposição de penalidades, que ainda não estão concluídos, para aplicação de advertências e multas pecuniárias, após a oportunidade da ampla defesa e do contraditório, sendo dos anos de 2014 (protocolo 01238/14), 2015 (protocolos 0269/15, 0533/15, 0629/15, 01194/15) e 2021 (protocolos 00984/21, 01790/21 e 04999/21).

E a VIA SERVIÇOS, ora Impugnante, tem muito mais que três anos de Contrato para objeto similar ao ora Impugnado, o que demonstra, inequivocamente, que a condição ora impugnada pela empresa não é verdadeira, para o fim que defende. ...

Estando, portanto, sob a discricionariedade das Entidades Licitadoras impor ou não esta ou aquela condição ou exigência, como no Edital em comento, como acima já enunciamos não se mostra conveniente impor mais esta exigência no Edital ora Impugnado, já se mostrando conveniente e oportuno o rol de exigências constantes do Edital de Licitação de Pregão Presencial nº 70/2021.

Sobre DISCRICIONARIEDADE, vejamos como entende a Doutrina:

DISCRICIONARIEDADE

26923230 – Regulamento – SEBRAE – Licitação – Homologação – Ato vinculado – Discricionariedade – Conveniência e oportunidade – Possibilidade de revogação

A homologação é um ato vinculado no que toca ao dever de examinar a legalidade do procedimento licitatório. Porém, o resultado desse exame comporta certa medida de discricionariedade, de modo que, mesmo atestada a legalidade do procedimento, a autoridade poderá deixar de homologá-lo e proceder à sua revogação se decidir pela ausência de conveniência e oportunidade na celebração do contrato. Recomenda-se que o ato de revogação, além de respeitar o princípio do contraditório e da ampla defesa, esteja fundado em motivo justo e que seja devidamente justificado. Confira Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC), Curitiba: Zênite, n. 193, p. 319, mar. 2010, seção Perguntas e Respostas.

CONDIÇÕES RESTRITIVAS E EXCESSIVAS

26921198 – Regulamento – SEBRAE – Planejamento – Objeto – Definição –
Descrição – Condição restritiva – Renato Geraldo Mendes/Zênite Consultoria

É preciso ter clareza de que toda exigência é potencialmente restritiva e se tornará concreta em relação a cada interessado que não puder tê-la. O fato de uma condição ser restritiva não significa que ela seja ilegal. Uma condição exigida na descrição do objeto não é ilegal porque restringe a participação, mas porque inexistente fundamento de validade entre o que se exige e a necessidade que se quer satisfazer, isto é, deve haver nexos causal entre as duas coisas. Portanto, a ilegalidade existirá quando a discriminação não representar garantia para o atendimento da própria necessidade. Se não produz esse benefício, ela será, em princípio, ilegal, salvo se houver outro valor jurídico que o Direito deva garantir, como ocorre com a exigência de regularidade fiscal. Ao contrário do que se passa em relação à exigência de capacidade técnica, por exemplo, a demonstração da regularidade fiscal não tem relação direta com a necessidade que se quer atender, mas com o preço a ser praticado pelo licitante. Nesse caso, a exigência da regularidade fiscal tem como fundamento de validade o tratamento isonômico, e não a satisfação da necessidade.

(nossos grifos)

26921216 – Regulamento – SEBRAE – Planejamento – Objeto – Definição –
Descrição – Condição restritiva – Quando é inaceitável – Renato Geraldo Mendes

É preciso observar que em dadas situações pode ser admitida e prevista determinada condição que compromete, restringe ou mesmo frustra a participação de alguns interessados. Essa possibilidade está autorizada **desde que a restrição seja justificável**, ou seja, se a condição restritiva não for necessária para garantir a plena satisfação da necessidade da entidade contratante, ela é ilegal e deve ser eliminada. É vedada a restrição injustificada, sob o ponto de vista da necessidade, ou fixada com o propósito de apenas afastar competidores ou circunscrever a disputa.

26921270 – Regulamento – SEBRAE – Planejamento – Objeto – Definição –
Exigência desnecessária – Caracterização – Renato Geraldo Mendes

A definição do objeto possui condição desnecessária quando, mesmo não restringindo a disputa, é capaz de tornar mais oneroso o preço a ser pago (...) A exigência agrega algum benefício à solução, mas ele é desnecessário para o atendimento da necessidade (...) **A exigência desnecessária distingue-se da impertinente na medida em que esta cumpre a única finalidade de restringir a disputa ou mesmo beneficiar um competidor.**

26921225 – Regulamento – SEBRAE – Planejamento – Objeto – Definição – Exigência excessiva – Caracterização – Renato Geraldo Mendes

A exigência excessiva é aquela que, além de restringir a disputa, torna onerosa a contratação, sem que haja razão capaz de justificá-la (...) A exigência excessiva é a mais grave de todas e, em muitos casos, tem sido utilizada com o deliberado propósito de beneficiar determinado produto ou fornecedor. É importante notar que o que calibra a descrição do objeto (ou do encargo) e valida todas as exigências feitas é a necessidade.

EXPERIÊNCIA MÍNIMA

Complementos da Anotação

LEI Nº 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1993, Art. 30

49204 – Contratação pública – Licitação – Qualificação técnica – Experiência mínima de 3 anos – Necessidade de fundamentação – TCU

Trata-se de representação em que se discute a exigência de experiência mínima de 3 (três) anos na contratação de empresa especializada nos serviços de higienização e limpeza hospitalar. O licitante sustentou que a referida exigência “sem o correspondente estudo prévio justificativo, restringiria a competitividade no certame”. O TCU determinou à Administração contratante que se abstenha de “exigir a comprovação de experiência pelos licitantes na execução do objeto licitado pelo prazo não inferior a 3 (três) anos, quando o prazo inicial do contrato a ser firmado for de 12 (doze) meses, sem a devida apresentação, para tanto, de percuciente justificativa técnica fundamentada a partir de estudos prévios à licitação e da experiência pretérita da instituição contratante, devendo indicar ser esse lapso indispensável para assegurar a prestação dos serviços em conformidade com as necessidades específicas da instituição, por força da essencialidade, dos quantitativos, do risco e da complexidade, além das demais particularidades, ante a necessária observância dos princípios administrativos da razoabilidade, da competitividade no certame e da seleção da proposta mais vantajosa para a administração, além da observância à jurisprudência do TCU, a exemplo dos Acórdãos 2.870/2018 e 2.785/2019, do Plenário, e do Acórdão 14.951/2018, da 1ª Câmara”. (Grifamos.) (TCU, Acórdão nº 7.164/2020, da 2ª Câmara, Rel. Min. André Luís de Carvalho, j. em 07.07.2020.)

(nossos grifos)

Complementos da Anotação

TCU – 2ª Câmara Acórdão nº 7.164/2020

LEI Nº 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1993, Art. 30

48771 – Contratação pública – Habilitação – Qualificação técnico operacional – Serviços contínuos – Exigência de experiência mínima de 3 anos – Faculdade – TCU

Trata-se de representação em razão de possíveis irregularidades na contratação de **serviços de vigia e portaria**. Foi apontado que a habilitação da empresa foi indevida por descumprir a exigência mínima de 3 anos na prestação dos serviços. O relator analisou que os “contratos de terceirização para serviços contínuos são, em regra, firmados por prazo inicial de 12 meses, prorrogáveis sucessivamente por até 60 meses. (...) Assim, 3 anos de experiência mínima, para comprovação de qualificação técnico-operacional, supera o prazo estipulado na relação contratual inicial, caracterizando critério, em princípio, exigência incompatível com objeto licitado, contrariando o inciso II do art. 30 da Lei 8.666/1993”. Em razão disso, “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”, pois existem “atividades em relação às quais não me parece que a empresa com 3 anos de experiência tenha melhores condições de execução a contento do que outra que tenha executado quantitativo equivalente em prazo inferior”. Diante disso, o Tribunal deu ciência ao órgão que “para fins de qualificação técnico-operacional, pode ser exigida comprovação de experiência mínima de três anos, na execução de serviços continuados compatíveis em características e quantidades com o objeto da licitação, executados de forma sucessiva e não contínua, a teor do disposto nos subitens 10.6, “b”, e 10.6.1 do anexo VI da Instrução Normativa 5/2017, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), desde que as circunstâncias específicas da prestação do serviço assim recomendem, o que deve ser objeto de adequada fundamentação, baseada em estudos prévios à licitação e na experiência pretérita do órgão contratante”. (Grifamos) (TCU, Acórdão nº 2.870/2018, Plenário, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, j. em 05.12.2018.)

Complementos da Anotação

TCU – Plenário Acórdão nº 2.870/2018

54796 – – – Qualificação técnica – Serviços contínuos – Experiência mínima de 3 anos – Necessidade de fundamentação – TCU

Precedente expedido na vigência da Lei nº 8.666/1993, cuja racionalidade poderá orientar a aplicação da Lei nº 14.133/2021: trata-se de representação em que se discute a exigência de experiência mínima de 3 (três) anos na contratação de empresa especializada nos serviços de higienização e limpeza hospitalar. O licitante sustentou que a referida exigência “sem o correspondente estudo prévio

justificativo, restringiria a competitividade no certame”. O TCU determinou à Administração contratante que se abstenha de **“exigir a comprovação de experiência pelos licitantes na execução do objeto licitado pelo prazo não inferior a 3 (três) anos, quando o prazo inicial do contrato a ser firmado for de 12 (doze) meses, sem a devida apresentação, para tanto, de percuciente justificativa técnica fundamentada a partir de estudos (...)”** ante a necessária observância dos princípios administrativos da razoabilidade, da competitividade no certame e da seleção da proposta mais vantajosa para a administração, além da observância à jurisprudência do TCU, a exemplo dos Acórdãos 2.870/2018 e 2.785/2019, do Plenário, e do Acórdão 14.951/2018, da 1ª Câmara”. (Grifamos.) (TCU, Acórdão nº 7.164/2020, da 2ª Câmara, Rel. Min. André Luís de Carvalho, j. em 07.07.2020.)

Complementos da Anotação

TCU – 2ª Câmara Acórdão nº 7.164/2020

Ainda, sobre o específico Acórdão nº 1214/2013, que serve unicamente de base à Impugnação da empresa Via Serviços Integrados, lembrando que tal Acórdão do e. TCU **recomendou à Administração Pública a adoção de itens concluídos pelo Grupo de Estudos de vários órgãos da Administração Pública, ou seja, não esteve examinando contas, nem uma Impugnação concreta, deve-se ter em linha de conta que o mesmo Acórdão se tornou polêmico, ao não acatar, a contrario sensu, a manifestação da 3ª SECEX, que está exposta nos fundamentos contidos no tal Acórdão 1214/2013, a saber:**

[...]

8. *Tendo sido sorteado para relatar estes autos, enviei o processo à então 3ª Secex em 7/4/2011, para que se pronunciasse acerca do encaminhamento proposto pela Adplan (peça 6).*

9. *Em 27/8/2012, aquela unidade se manifestou, nos seguintes termos (peça 10):*

“
...
III – ANÁLISE

6. *Nos termos do comando constitucional insculpido no art. 37, XXI – CF/88, 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.*

7. *Também como norma constitucional, inclusive em condição de cláusula pétrea, aflora o princípio de que ninguém, o que inclui, naturalmente, as pessoas jurídicas, é obrigado a fazer ou não fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5º, II).*

8. *Já o artigo 84, IV da CF/88 estabelece que compete privativamente ao Presidente da República sancionar, promulgar e fazer*

publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução.

9. Consoante o art. 1º, caput e parágrafo único da Lei 8.666/93, aquele normativo estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, sendo, portanto, uma lei nacional, conforme conceituação de Hans Kelsen.

10. As condições relativas à habilitação dos interessados em participar de certames licitatórios da Administração Pública encontram-se declinadas, em rol taxativo, em vista da exclusividade assentada no caput do art. 27 da mencionada Lei nº 8.666/93, na Seção II, do Capítulo II, daquele normativo, explicitadas em minudência nos artigos 27 a 33 seguintes, da mesma lei.

11. Dentre as normas relativas à habilitação, acima mencionadas, notória se faz a vedação expressa no § 5º, do art. 30, da lei, litteris: ‘§5º É vedada a 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.’

12. Assentado o arcabouço legal que interessa à presente análise, passamos ao exame das proposições à luz de tal assento, conforme a seguir.

[...]

14. Já no que respeita aos procedimentos sugeridos quanto ao processo licitatório em si, vislumbramos em alguns itens propostos falta de amparo legal explícito ou em princípios gerais de direito administrativo para sua adoção, na medida em que impõem limitações ao direito de livre participação em processo licitatório a alguns administrados, sem o necessário supedâneo legal, o que malfero o princípio da legalidade estrita que junte o administrador.

15. Desse modo, entendemos que as proposições a seguir declinadas somente podem ser alteradas, ou por via legislativa, quando não expressamente prevista na lei, ou por via regulamentar decorrente da edição de decreto fulcrado no art. 84, IV da CF, a saber:

[...]

- c) fixação em edital como qualificação técnico-operacional da 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 (três) anos: tal exigência fere o princípio da legalidade estrita, sendo, portanto, ilegal, vez que é restrição de direito não prevista em lei, portanto, defesa ao administrador sua imposição. Assim, a despeito das justificativas do grupo relativamente a estudos acerca de tempo de vida de empresas de pequeno porte e de que a o art. 30, II da Lei 8.666/93 autorizaria tal fixação, entendemos que tais argumentos não são suficientes ao suporte da restrição, a uma porque ao fincar na lei a faculdade de exigência de

comprovação por parte do candidato à licitação de que já executou objeto compatível, em prazo, com o que está sendo licitado, o legislador, de outro passo, não estabeleceu em contrapartida, no mesmo instrumento normativo, um marco temporal de experiência abaixo do qual os potenciais licitantes estariam impedidos de participar de licitações, como se pretende na sugestão ora em análise, a qual, desse modo, **passa a configurar ilegalidade, vez que, claramente, o que se pretende é uma regulamentação do dispositivo legal, regulamentação essa que, no ordenamento jurídico brasileiro, como por demais cediço, apenas um decreto regulamentador poderia levar a cabo.** A duas porque, tecnicamente, não se arrazoa a justificativa de que a experiência mínima de três anos se pauta em estrita lógica ante a possibilidade de os contratos da espécie se estenderem por até sessenta meses, isto porque, nos dizeres da lei, a compatibilidade deve ser observada em relação ao prazo de execução do objeto licitado, daí decorrendo o inevitável questionamento acerca de qual seria esse prazo. Por se tratar de serviço continuado, o grupo entendeu que o prazo de execução do objeto do contrato seria o máximo admitido em lei por meio da possibilidade de prorrogação da avença original. Ocorre que, em termos estritamente técnicos, o prazo de duração dos contratos administrativos é, em regra, adstrito à vigência dos respectivos créditos orçamentários (art. 57, caput da Lei nº 8.666/93), **podendo, entretanto, nos casos de serviços continuados, serem prorrogados por iguais e sucessivos períodos por até sessenta meses (art. 57, II da Lei nº 8.666/93).** Assim, no rigor técnico, a obrigação primeira dos licitantes, se vencedores da licitação, é a de contratar por um ano, por assim dizer, podendo não lhe interessar a prorrogação, por uma série de razões, muito embora tal interesse raramente seja negativo. De igual modo, por se tratar de faculdade, a própria

administração também não se obriga a prorrogações automáticas, dado que em determinados momentos pode ser que o mercado se mostre em viés de baixa e possa ser mais vantajoso nova licitação para nova contratação, independentemente de ainda não haver se esgotado período máximo de renovação contratual legalmente permitida. Assim, a prorrogação do contrato administrativo não é direito subjetivo, quer do contratado, quer da administração, decorrendo daí que, em rigor, o prazo de execução do objeto, o qual as partes se obrigam a respeitar é de um ano, não se mostrando, desse modo, razoável a exigência de experiência de 3 (três) anos como se pretende. Por último, também no universo da casuística, **não se justifica a exigência dos 3 (três) anos de experiência como fator de garantia de que o contratado executará a contento as obrigações contratuais assumidas. Isto porque, não são raros os casos de empresas tradicionais que 'se quebram', deixando, em consequência de cumprir seus contratos,** bem assim. Alter facie, pode-se dizer que a sugestão diz respeito à experiência das empresas e não dos empresários, não atentando para o aspecto de que aquelas são entes jurídicos, sem existência efetiva no mundo físico, personificando-se, em termos fenomênicos, apenas nas pessoas que as administra e que nelas trabalham. Assim, tomemos, por exemplo, o caso de um empresário que tenha executado durante muitos anos objeto semelhante ao que é licitado, porém, assim o fazendo por meio de empresa diversa daquela que agora encabeça com o fim de participar do certame

licitatório. Pela proposição em comento, essa novel empresa, a despeito de todo o capital financeiro e intelectual de que possa dispor, comprovadamente capacitado a executar a avença que se segue ao processo licitatório, estaria impedida de 'concorrer', porque, juridicamente, não poderia demonstrar a experiência exigida, o que nos parece, s.m.j., absurdo!

[...]

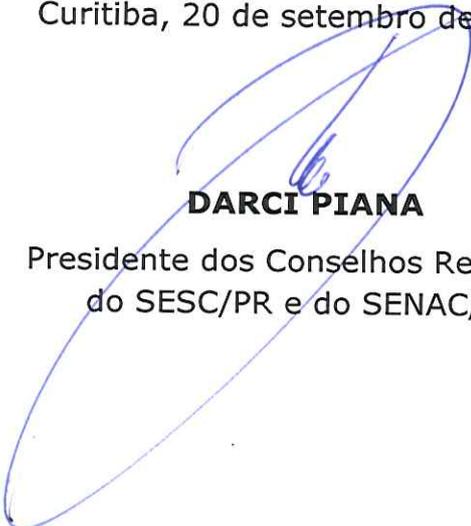
(todos os grifos são nossos)

CONCLUSÃO

Diante do exposto, **decido por CONHECER da Impugnação, por ser tempestiva**, e, no mérito, NEGAR-LHE PROVIMENTO nos termos acima estipulados, mantendo inalteradas as demais condições do instrumento convocatório.

Publique-se e dê-se ciência à empresa Impugnante.

Curitiba, 20 de setembro de 2021.


DARCI PIANA

Presidente dos Conselhos Regionais
do SESC/PR e do SENAC/PR


Carlos Alberto de Sotti Lopes
Advogado - OAB/PR nº 6006
Assessor Jurídico - SESC/PR