



RESPOSTA À IMPUGNAÇÃO DO EDITAL PREGÃO PRESENCIAL Nº 11/2017

Processo nº 93/2017, referente ao Edital do Pregão Presencial nº 11/2017, referente a Contratação de serviços de *closed caption* (legenda), nas modalidades ao vivo e/ou pré-gravado, em sinal digital e analógico em conformidade com as condições e especificações estabelecidas neste Edital e em todos os seus anexos.

Trata o presente de resposta a **IMPUGNAÇÃO** apresentada pela empresa **STENO DO BRASIL IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO COM. E ASS. LTDA**, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ nº 61.939.120/0001-43, sediada na Av. Fernando Fernandes, nº 800, loja 18, Sala 01, Jardim Mitos, São Paulo/SP, que apresentou impugnação contra os termos do Edital do Pregão Presencial nº 11/2017, encaminhada ao Pregoeiro desta Casa de Leis, que procedeu ao julgamento da Impugnação, interposta, informando o que se segue:

1. DA TEMPESTIVIDADE DA IMPUGNAÇÃO

O pedido de impugnação foi protocolizado pela empresa **STENO DO BRASIL IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO COM. E ASS. LTDA**. A impugnação é tempestiva, posto isso, passa-se ao mérito da impugnação.

2. DO ITEM IMPUGNADO

Em suas razões de impugnação alega que o edital está incompleto, pois só exige das empresas interessadas as comprovações concernentes à habilitação jurídica, regularidade fiscal e qualificação econômico-financeira, sem indicar a necessidade de qualificação técnica.



Alega que a qualificação técnica tem o objetivo de comprovar se realmente o fornecedor realiza ou já realizou o serviço objeto da contratação, esta teria, a finalidade de garantir à Administração a contratação de um serviço que seja de qualidade e por quem já o tenha de fato prestado.

3. DA ANÁLISE

Constata-se que há limites legais bastante rígidos a serem seguidos pela Administração no momento de definir os requisitos da qualificação técnica na fase de habilitação.

A exigência de qualificação técnica deverá ser inserida no edital sempre que se tratar o objeto licitado de algum que necessite de qualificação específica e especial do futuro contratado. Contudo, o juízo a respeito dessa necessidade de conhecimento técnico somente poderá sobressair das informações colhidas para a elaboração do projeto básico da licitação.

Aliás a opção da Administração em não exigir a qualificação técnica foi aquela que melhor atende aos seus interesses e assim, demonstrando a desnecessidade de seleção apenas de empresas que possam demonstrar qualificação técnica, nos termos da Lei de Licitações, para a execução do objeto.

Dessa forma, com o intuito de compatibilizar a segurança da Administração na boa execução contratual e a **ampla participação no certame licitatório**, não foram exigidas a qualificação técnica na fase de habilitação, mas inseriu-se nas obrigações da contratada, determinados requisitos desejáveis, mas que não serão demandados na fase de habilitação técnica. Assim, será possível atribuir a Lei de Licitações, em seu art. 3º, caput, previu que a finalidade do certame é possibilitar à Administração Pública a escolha da proposta que lhe for mais vantajosa. Já o § 1º do mesmo artigo, determinou a proibição aos agentes públicos de admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que (...) restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo (...) ou qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato.



CÂMARA MUNICIPAL DE SUMARÉ

ESTADO DE SÃO PAULO

O legislador pátrio, no intuito de garantir o maior grau de competitividade possível ao certame, define, ainda, no parágrafo único do art. 5º, do Decreto 5.450/05, in verbis: *“As normas disciplinadoras da licitação serão sempre interpretadas em favor da ampliação da disputa entre os interessados, desde que não comprometam o interesse da Administração, a finalidade e a segurança da contratação.”*

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

Conforme se observa, 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.

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.¹

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.

¹ OLBERTZ, Karlin. **Capacidade técnico operacional em licitação**: possibilidade de exigência de atestado como requisito de habilitação. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, nº 29, julho/2009, disponível em: <http://www.justen.com.br/informativo.php?l=pt&informativo=29&artigo=903>, acesso em 22/05/2017



A doutrina especializada 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.

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.



CÂMARA MUNICIPAL DE SUMARÉ

ESTADO DE SÃO PAULO

Nesse sentido o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Rel. Denise Oliveira Cezar, faz as seguintes ponderações:

Conquanto seja faculdade ao Administrador exigir a apresentação de documentação relativa à qualificação técnica, as limitações e exigências contempladas no ato convocatório deverão observar o princípio de proporcionalidade, não tendo a Administração Pública liberdade para impor exigência sem que exista complexidade ou grau de aperfeiçoamento que a justifique, cabendo-lhes motivar os critérios adotados. Agravo de Instrumento Desprovido. (Tribunal de Justiça de Rio Grande do Sul, Agravo de Instrumento nº 70031649460, Segunda Câmara Cível, Rel. Denise Oliveira Cezar, j. em 16/12/2009).

Outrossim, a gestão e a fiscalização do contrato são instrumentos de fundamental importância, pois possibilitam um maior controle da atuação da contratada, inclusive com a aplicação de sanções e, eventualmente, a rescisão contratual, caso o interesse público assim o demandar.

4. DECISÃO

Isto posto, conheço da impugnação apresentada pela empresa STENO DO BRASIL IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO COM. E ASS. LTDA para, no mérito, negar-lhe provimento, nos termos da legislação pertinente.

Sumaré, 22 de maio de 2017.



Amilton Hoffmann
Pregoeiro