

À S.r (a) Pregoeiro (a)
TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

Ref: PREGÃO ELETRÔNICO nº 23/2023 - Processo nº 70393-8/23

Objeto: Contratação de empresa especializada para prestação do Serviço de Fornecimento, Instalação e Adequação dos Sistemas de Climatização do Edifício Sede do TCEPR.

A empresa **CONFIANÇA SOLUÇÕES**, inscrita no CNPJ sob o Nº: **19.108.740/0001-74**, por intermédio de seu representante, solicita alteração sobre os itens abaixo expostos:

IMPUGNAÇÃO

Pelos fatos e fundamentos a seguir:

1. DOS FATOS

Foi publicado o edital da Concorrência nº 033/2023 que tem como objeto a contratação de empresa especializada para prestação do Serviço de Fornecimento, Instalação e Adequação dos Sistemas de Climatização do Edifício Sede do TCEPR, porém a licitação em discussão traz cláusulas que, por apresentarem vícios, comprometem a disputa, trazendo prejuízos não só as empresas interessadas, como ao próprio Órgão, que fica impedido de analisar ofertas que seriam vantajosas no que refere a qualidade dos serviços apresentados.

Ao analisar o Termo de Referência, o item **11.10 – Qualificação Técnica Operacional**, verificou-se que o referido Edital contém restrições despropositadas das empresas participantes.

Face à importância evidente do procedimento em voga para a Administração, por sua amplitude, **SOLICITA URGÊNCIA** na análise do mérito desta Impugnação pelo(a) Sr(a). Pregoeiro(a), a fim de evitar prejuízos sérios para o erário, o qual certamente será lesado caso o Edital permaneça nos termos atuais. Tal é o que se passa a demonstrar.

2. DO MÉRITO

2.1. DO ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA OPERACIONAL

No que se refere as exigências sobre Qualificação Técnica exigida são flagrantemente ilegais e, também por isso, restringem ilegalmente a participação de diversas empresas no certame, portanto devem ser extirpadas do instrumento convocatório.

O item 11.10 – Quanto à Capacitação Técnico-Operacional diz o seguinte:

*11.10.2. Devido ao alto valor financeiro dos serviços, ao valor histórico da edificação em questão, onde não se permite erros construtivos que afetem as características e funcionalidades dos prédios em questão, além da dificuldade de logística considerando canteiros e o prédio em si, que afetará diretamente o funcionamento do órgão, deverá ser apresentado atestado(s) ou declaração(ões) de capacidade técnica, **em nome da licitante**, expedido por pessoa jurídica de direito público ou privado, que comprove a aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto desta licitação.*

11.10.3. O(s) Atestado(s) ou Declaração(ões) apresentado(as) que a CONTRATADA deverá comprovar é(são):

- a) De um Engenheiro Mecânico, referente aos serviços de instalações de ventilação, exaustão, renovação de ar e climatização de conforto para no mínimo 3.764m²;*
- b) De um Engenheiro Mecânico, referente aos serviços de instalações de ventilação, exaustão, renovação de ar e climatização de conforto para no mínimo 180TR;*
- c) De um Engenheiro Mecânico, referente aos serviços de elaboração de projetos executivos e as built de climatização, ventilação, exaustão e renovação de ar para no mínimo 3.764m².*
- d) De um Engenheiro Eletricista, referente aos serviços de instalações elétricas em Baixa Tensão para no mínimo 3.764m²;*
- e) De um Engenheiro Eletricista, referente aos serviços de elaboração de projetos executivos e as built de elétrica para climatização com quadros, alimentações e infraestruturas; elétrica predial com infraestrutura, cabeamento, quadros elétricos e acessórios para no mínimo 3.764m².*

A priori, é importante destacar o que diz o art. 67 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos nº 14.133/2021 referente a Qualificação Técnica **LIMITA-SE-A:**

Art. 67. A documentação relativa à qualificação técnico-profissional e técnico-operacional será restrita a:

I - Apresentação de profissional, devidamente registrado no conselho profissional competente, quando for o caso, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, para fins de contratação;

II - certidões ou atestados, regularmente emitidos pelo conselho profissional competente, quando for o caso, que demonstrem capacidade operacional na execução de serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior, bem como documentos comprobatórios emitidos na forma do [§ 3º do art. 88 desta Lei](#);

[...]

§ 1º A exigência de atestados será restrita às parcelas de maior relevância ou valor significativo do objeto da licitação, assim consideradas as que tenham valor individual igual ou superior a 4% (quatro por cento) do valor total estimado da contratação.

*§ 2º Observado o disposto no **caput** e no § 1º deste artigo, será admitida a exigência de atestados com quantidades mínimas de até 50% (cinquenta por cento) das parcelas de que trata o referido parágrafo, vedadas limitações de tempo e de locais específicos relativas aos atestados.*

§ 3º Salvo na contratação de obras e serviços de engenharia, as exigências a que se referem os incisos I e II do caput deste artigo, a critério da Administração, poderão ser substituídas por outra prova de que o profissional ou a empresa possui conhecimento técnico e experiência prática na execução de serviço de características semelhantes, hipótese em que as provas alternativas aceitáveis deverão ser previstas em regulamento.

Ou seja, conforme a Lei de Licitações, a Qualificação Técnica poderá ser comprovada através da Documentação do profissional habilitado para a execução do objeto. Além disso, cabe ressaltar que, as empresas que possuem indicadores financeiros acima da média, obviamente possuem capacidade para executar uma obra da dimensão do TCE.

Nossa Corte Suprema, acerca de dispositivos de lei estadual anterior à vigência da Lei nº 14133/2021, reconheceu a limitação constitucional quanto às exigências de qualificação técnica no julgamento da ADI nº 2.716:

Afronta ao princípio da isonomia, igualdade entre todos quantos pretendam acesso às contratações da Administração. A lei pode, sem violação do princípio da igualdade, distinguir situações a fim de conferir a um tratamento diverso do que atribui a outra. Para que possa fazê-lo, contudo, sem que tal violação se manifeste, é necessário que a discriminação guarde compatibilidade com o conteúdo do princípio. A Constituição do Brasil exclui quaisquer exigências de qualificação técnica e econômica que não seja indispensável à garantia do cumprimento das obrigações. A discriminação, no julgamento da concorrência, que exceda a essa limitação é inadmissível. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade dos arts. 16 e 19 e seu parágrafo, da Lei nº 260/1990 do Estado de Rondônia. (ADI nº 2.716/1990, rel. Min. Eros Grau, julg. em 29/11/2007).

O argumento a ser estudado é a que mede a experiência da licitante a partir da experiência do profissional que indicará como responsável técnico da obra/serviço. Isto porque haverá parcelas da obra ou serviço cuja execução se dá de forma predominantemente intelectual. Um exemplo simples guiará o raciocínio.

Em um serviço de controle de pragas, para debelar uma infestação de ratos na sua sede, de nada adiantará o órgão contratar uma empresa ter uma excelente estrutura operacional e logística (várias viaturas disponíveis, farto estoque de veneno etc) se não contar com um profissional em seus quadros que entenda desse tipo de praga para orientar a melhor metodologia de combate, e é da mesma forma que acontece em empresas de Engenharia.

Medir a qualificação técnica da licitante por meio de sua experiência anterior é uma tarefa extremamente difícil, **dado que obras e serviços nunca são iguais.** No campo da qualificação técnica, o Decreto-Lei nº 2.300/1986 se resumia a indicar que a capacidade técnica poderia ser demonstrada por meio de “*comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível, em quantidades e prazos com o objeto da licitação*”. O referido normativo não dispunha como se daria essa comprovação.

Importante reafirmar que as *parcelas de maior* relevância são aquelas que, quando mal executadas, reduzem os benefícios pretendidos com a realização do objeto outra em riscos não aceitáveis, isto é, que podem acarretar danos elevados de difícil reparação. A experiência da contratada nesses aspectos se torna fundamental para o sucesso do empreendimento, pois minimiza esses riscos. Vamos a um exemplo.

Digamos que um Tribunal de Justiça esteja licitando a construção de um prédio que abrigará o Fórum da cidade. E que, os processos judiciais, todos, já sejam eletrônicos. Parte importantíssima da obra será a parcela relativa à instalação dos pontos de rede. Todos os serviços judiciários são dependentes de acesso à rede de computadores. Uma falha no sistema de pontos de rede lógica, inviabiliza a prestação jurisdicional, atividade fim do Tribunal, com claros e graves prejuízos tanto ao órgão, como também, e principalmente, à sociedade.

Ora, se uma pessoa conecta dois notebooks por meio de um cabo, já teremos uma rede. Mas definitivamente, não é disso que estamos falando. Neste exemplo, o órgão precisará tratar o risco de mal funcionamento da rede lógica por falha técnica da contratada. E isso basicamente se faz na fase de seleção do fornecedor, por meio da documentação de qualificação técnica. Apesar de a parcela relativa à instalação de rede lógica representar, quando muito, 0,1% do valor da obra, sua execução defeituosa trará gravíssimos prejuízos para a Administração, na medida em que somente seria possível identificar a falha na instalação da rede lógica no momento que forem ligados os computadores.

Significa que o Tribunal teria realizado toda a mobilização de instalação das serventias judiciais e após conectar os computadores é que se saberia do defeito. Com isso haveria graves prejuízos para o Tribunal, porque teria que paralisar as atividades para que a empresa responsável pela obra fizesse todos os ajustes necessário, que pode envolver, até mesmo, ter de abrir as paredes e refazer todo o cabeamento. A sociedade também suportaria danos uma vez que, sem rede lógica operativa, os prazos dos processos judiciais não fluiriam.

2.2 DO POSICIONAMENTO DO CONSELHEIRO IVENS LINHARES DO TCE-PR

O parecer jurídico que instruiu a Consulta afirmou que a capacidade técnico-operacional se refere à aptidão da empresa, em relação aos atributos do seu desempenho na atividade empresarial, enquanto a capacidade técnica profissional refere-se à aptidão dos profissionais, que devem contar com acervo técnico compatível com a obra ou serviço de engenharia a ser licitado.

Ainda segundo esse parecer, é necessária a exigência do atestado de capacidade técnica operacional de empresas licitantes de obras e serviços de engenharia, conforme determinado pela Lei 8.666/93.

A Supervisão de Jurisprudência e Biblioteca (SJB) do TCE-PR informou a existência de decisões relativas ao tema em processo de Representação da Lei nº 8.666/93 junto ao Tribunal paranaense (Acórdão 3646/16 - Tribunal Pleno) e em processo do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul (Decisão 0511/2009 - processo 00794902.00/08-1).

A Coordenadoria de Gestão Municipal (CGM) do TCE-PR sustentou que o atestado de capacidade técnico-operacional é expressamente relevante e deve ser compatível com o grau de complexidade e responsabilidade exigido pelo objeto da licitação; e que o registro de atestado técnico da empresa junto ao órgão de classe é de suma importância, para que seja comprovada a capacidade técnica operacional e a aptidão da empresa no desempenho e execução do objeto a ser contratado.

O Ministério Público de Contas (MPC-PR) opinou ser possível a dispensa de demonstração de capacidade técnico-operacional como requisito de habilitação de licitantes em certames cujos objetos sejam de menor complexidade, desde que o gestor público apresente de forma explícita, com base em razões de ordem técnica, as exigências do edital de licitação para o fim de qualificação técnica dos licitantes, demonstrando sua pertinência e proporcionalidade com o objeto licitado.

O s.r Ivens Linhares, afirmou que as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações são necessárias para evitar a reincidência dos muitos casos nos quais empresas que venceram licitações não prestaram adequadamente os serviços para os quais foram contratadas.

Ele explicou que a qualificação técnico-profissional se refere à comprovação pela licitante de que dispõe, para a execução da obra ou serviço, de profissional especializado e com experiência anterior comprovada em objetos de características assemelhadas ao do que está sendo licitado. Já a qualificação técnico-operacional refere-se à capacidade da pessoa jurídica em desempenhar o objeto, com a demonstração de que possui aparelhagem, pessoal e demais elementos materiais para a execução da obra ou serviço. Inclusive, o Acórdão 1332/2006 do Plenário do TCU diferenciou as duas espécies.

Linhares ressaltou que, dependendo da dimensão e da complexidade do objeto licitado, o atestado de capacidade técnico-operacional pode ser dispensado no processo licitatório, até mesmo para garantir seu caráter competitivo. Assim, para a realização de obras de pequeno vulto e complexidade, a comprovação da qualificação técnica das licitantes pode ser feita com base apenas em exigência de capacidade técnico-profissional. Tanto que a contratação de serviços de engenharia de menor complexidade, que caracterizem serviços comuns, pode até mesmo ser realizada por meio da modalidade pregão.

No entanto, o conselheiro lembrou que a exigência não pode ser afastada quando, pelas características técnicas da obra ou serviço de engenharia, estiverem presentes requisitos segundo os quais, para a segurança de sua tempestiva e correta execução, a qualificação técnica das empresas interessadas deva ser analisada com maior rigor, sob pena de incorrer o administrador, inclusive, em responsabilidade decorrente de eventual inexecução contratual, decorrente de imperícia da contratada.

O relator destacou que não há justificativa para a exigência de registro dos respectivos atestados nas entidades profissionais competentes, para a comprovação da qualificação técnico-operacional, já que a própria Lei nº 8.666/93 admite a comprovação de aptidão por meio de certidões ou atestados de obras ou serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior.

Linhares frisou que o TCU já decidiu que, por falta de previsão legal e regulamentar, também não é possível a exigência de que os atestados necessariamente estejam acompanhados de Anotação de Responsabilidade Técnica (ART) do engenheiro que acompanhou o serviço; e que esse entendimento é reforçado pela Confea.

Finalmente, o conselheiro afirmou que o registro dos atestados de capacidade técnico-profissional somente pode ser exigido em licitações de obras e serviços de engenharia, pois apenas nestas atividades há a obrigação legal de que o profissional detentor da responsabilidade técnica comunique cada atuação ao Crea e ao CAU; ou quando o registro decorrer de previsão legal. Já os atestados de capacidade técnico-operacional não demandam registro nas entidades profissionais competentes, pois é vedada a exigência de CAT de pessoa jurídica.

Os conselheiros aprovaram o voto do relator, por unanimidade, na sessão do Tribunal Pleno de 3 de abril. O Acórdão 828/19 foi publicado em 10 de abril, na edição nº 2.036 do Diário Eletrônico do

TCE-PR, veiculado no portal www.tce.pr.gov.br. O trânsito em julgado do processo ocorreu em 23 de abril.

2.3 DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE DE ACORDO COM MP-PR

O nível de complexidade das exigências formuladas no edital de licitação deverá ser compatível com o objeto licitado, vedando-se a imposição de requisitos excessivos que prejudiquem a competitividade do certame. Deve haver, portanto, a estrita observância do princípio da proporcionalidade, que será aferida a partir da motivação apresentada pelo gestor quando da elaboração do termo de referência ou documento congênere na fase interna da licitação, que demonstrará a adequação, necessidade e suficiência das exigências com o objeto.

Justamente por isso que se impõe o reconhecimento de que a Administração Pública motive de maneira expressa e amparada em razões de ordem técnica as exigências apostas em edital atinentes à qualificação técnica exigida dos interessados. Da mesma forma, eventual dispensa de exigência de demonstração de qualificação técnico-operacional deverá ser expressamente justificada a partir das peculiaridades do objeto licitado.

Nesse sentido é a jurisprudência do TCU colhida do Acórdão 1417/2008 – Plenário:

Com efeito, a exigência de qualificação técnica, como requisito de habilitação das empresas licitantes, desde que tecnicamente justificada, pressupõe medida acautelatória adotada pela Administração com vistas à garantia mínima de que os contratantes cumprirão suas obrigações a contento, não constituindo, por si só, restrição indevida ao caráter competitivo das licitações. Entretanto, não podem ser tais exigências desarrazoadas, a ponto de cercear a participação de possíveis interessados, nem deixar de guardar relação com as necessidades estritamente ligadas ao objeto da licitação. Portanto, tais imposições são admitidas, mas devem ser pertinentes e compatíveis com o objeto da licitação, devendo a Administração demonstrar de forma inequívoca, expressa e pública, que foram fixadas segundo razões técnicas. E, quando estabelecidas como requisito de habilitação, devem guardar relação com as garantias indispensáveis ao cumprimento do objeto.

Essa também é a orientação do ensinamento de Marçal Justen Filho. Embora a unidade técnica tenha citado o autor em seu opinativo, uma leitura atenta de sua obra aponta que, em matéria de qualificação técnica, a legislação é incapaz de esgotar taxativamente as exigências que devem ser impostas aos licitantes, o que exige a avaliação de cada caso a partir de suas peculiaridades concretas, sempre cabível o controle das justificativas apresentadas pelo gestor para a definição dos requisitos de habilitação postos em edital. Segue trecho elucidativo da obra do autor:

O conceito de qualificação técnica é complexo e variável, refletindo a heterogeneidade dos objetos licitados. Cada espécie de contratação pressupõe diferentes habilidades ou conhecimentos técnicos. É implausível imaginar algum caso em que a qualificação técnica seria irrelevante para a Administração. Quando muito, poderia imaginar-se que o objeto é suficientemente simples para ser executado por qualquer profissional de uma certa área. Por exemplo, suponha-se que a Administração necessite contratar serviços de marcenaria muito simples. A qualificação técnica poderá restringir-se à comprovação da titularidade da profissão de marceneiro, mas é óbvio que não poderia ser contratada pessoa destituída de qualquer habilidade nesse setor. Como decorrência, a determinação dos requisitos de qualificação técnica far-se-á caso a caso, em face das circunstâncias e peculiaridades das necessidades que o Estado deve realizar. Caberá à Administração, na fase interna antecedente à própria elaboração do ato convocatório, avaliar os requisitos necessários, restringindo-se ao estritamente indispensável a assegurar um mínimo de segurança quanto à idoneidade dos licitantes.¹

Nesse caso, a mera apresentação dos atestados em nome de profissionais vinculados ou não à empresa, mas sempre relativos a obras por ela executadas, devidamente registrados, devem ser aceitos como prova da capacidade técnico-operacional da pessoa jurídica. A depender da complexidade do objeto, também é possível, a título de capacidade técnico-operacional, a previsão de exigências relacionadas às instalações, aparelhamento e pessoal técnico necessárias para a realização do objeto da licitação

Contudo, o critério da proporcionalidade é tópico, e, tal qual a equidade, volve-se para a justiça do caso concreto ou particular. No dizer de Paulo Bonavides "é um eficaz instrumento de apoio às decisões judiciais que, após submeterem o caso a reflexões prós e contras (*abwägung*), a fim de averiguar se na relação entre meios e fins não houve excesso (*Übermassverbot*), concretizam assim a necessidade do ato decisório de correção."

A doutrina constatou a existência de três elementos ou subprincípios que compõem o princípio da proporcionalidade. O primeiro é a pertinência. Analisa-se aí a adequação, a conformidade ou a validade do fim. Portanto se verifica que esse princípio se confunde com o da vedação do arbítrio. O segundo é o da necessidade, pelo qual a medida não há de exceder os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo que se almeja. O terceiro consiste na proporcionalidade mesma, tomada "stricto sensu", segundo a qual a escolha deve recair sobre o meio que considere o conjunto de interesses em jogo.

A aplicação do princípio da proporcionalidade demanda dois enfoques. Há simultaneamente a obrigação de fazer uso de meios adequados e interdição quanto ao uso de meios desproporcionais. Desta forma, a proporção adequada torna-se condição de legalidade. Portanto, a inconstitucionalidade ocorre quando a medida é excessiva, injustificável, ou seja, não cabe na moldura da proporcionalidade. Esta, enquanto princípio constitucional, *"somente se compreende em seu conteúdo e alcance se considerarmos o advento histórico de duas concepções de Estado de Direito: uma, em declínio, ou de todo ultrapassada, que se vincula doutrinariamente ao princípio da legalidade, com apogeu no direito positivo da Constituição de Weimar; outra, em ascensão, atada ao princípio da constitucionalidade, que deslocou para o respeito dos direitos fundamentais o centro de gravidade da ordem jurídica."*

O princípio da razoabilidade impõe a coerência do sistema. A falta de coerência, de racionalidade de qualquer lei, ato administrativo ou decisão jurisdicional gera vício de legalidade, visto que o Direito é feito por seres e para seres racionais, para ser aplicado em um determinado espaço e em uma determinada época.

Através da análise da razoabilidade também se verifica se os vetores que orientam determinado sistema jurídico foram ou não observados. A desobediência a esses vetores macula de ilegalidade o ato, quer em sede administrativa, legislativa ou jurisdicional. Conclui Weida Zancaner que *"princípio da razoabilidade compreende, além da análise da coerência dos atos jurídicos, a verificação de se esses atos foram ou não editados com reverência a todos os princípios e normas componentes do sistema jurídico a que pertencem, isto é, se esses atos obedecem ao esquema de prioridades adotado pelo próprio sistema."*

2.4 DA POSSIBILIDADE DO FRACASSO DO CERTAME

A fase interna é a preparatória do procedimento licitatório, na qual se desenvolvem os atos e atividades iniciais, como a definição do objeto, os atos preparatórios da convocação, as regras

procedimentais do certame e da futura contratação. Esta fase é procedida internamente pela Administração sem a participação de licitantes interessados. Portanto, durante a fase interna da licitação, a Administração terá a oportunidade de **corrigir equívocos que porventura sejam verificados no procedimento.**

Dessa forma, a fase interna da licitação, é a parte mais importante para um bom andamento do certame, pois quando o edital possui várias cláusulas restritivas, existe grandes possibilidades de o certame ter a fase recursal ou até mesmo o fracassar o pregão, tendo em vista que os licitantes irão verificar cada documentação dos concorrentes e apontar qualquer irregularidade.

Uma “licitação fracassada”, segundo a doutrina, refere-se ao procedimento licitatório no qual **houve participantes**, mas que **não foram classificados/habilitados, por não atenderem às exigências do edital.**

2.5 DA PROPOSTA VANTAJOSA E O PRINCÍPIO DA ECONOMICIDADE

O processo em questão possui um estimado de R\$ 9.135.087,44 (nove milhões cento e trinta e cinco mil, oitenta e sete reais e quarenta e quatro centavos), e uns dos princípios que consta na Constituição Federal art 70º, é o da Economicidade no qual está Comissão deverá levar em consideração.

Além disso, a proposta mais vantajosa é aquela que vai garantir para a administração a melhor relação custo-benefício. É a proposta que você consegue juntar qualidade e preço.

3. DAS CONSIDERAÇÕES FINAIS

É importante frisar que o processo em si não possui nenhuma complexidade na execução do serviço, o que acontece nesse certame é que o estimado possui um valor significativo, porém, para empresas de Engenharia não foge da realidade.

Ressaltamos que a comprovação de Qualificação Técnica deverá ser feita pelos profissionais, que são os responsáveis das instalações de ventilação, exaustão, renovação de ar e climatização, e pela elaboração das *built e etc.*

A empresa licitante apenas irá organizar a logística para execução dos serviços, no qual comprova total capacidade técnica através dos seus profissionais e os índices financeiros superior ao considerado.

4. DA SOLICITAÇÃO

EX POSITIS, resta comprovado que o instrumento convocatório em questão, no teor em que foi publicado, encontra-se eivado de irregularidades, sendo carecedor de modificações nos pontos aqui debatidos. Assim, espera a Impugnante o acolhimento e provimento da presente IMPUGNAÇÃO, a fim de que se corrija o instrumento convocatório nos termos a seguir:

- Exclusão do atestado técnico operacional.

21 de novembro de 2023.

Termos em que pede deferimento.

THIAGO DE OLIVEIRA ALVES

CPF: 872.301.001-00