

## Resposta ao Pedido de Esclarecimento nº 5

Processo nº 20228/2022  
Pregão Eletrônico nº 9/2022

À Licitante  
IFOOD BENEFÍCIOS E SERVICOS LTDA

Acusamos recebimento do Pedido de Esclarecimento ao Pregão nº 9/2022, protocolizado sob o nº 51004 em 5/10/2022, cujas considerações seguem abaixo:

### • Pergunta 1:

Para a comprovação de qualificação técnica o edital faz as seguintes exigências:

“6.16. Qualificação Técnica:

(...)

6.16.2.1. Por se tratar de serviços de natureza continuada, o atestado de capacidade técnica deverá ser expedido por pessoas jurídicas de direito público ou privado em nome da licitante e comprovar execução anterior sem ressalva, por período não inferior a 2 (dois) anos consecutivos, sendo admitido o somatório de atestados para a comprovação do respectivo período. 6.16.2.2. A exigência do atestado de capacidade técnica para comprovação da execução por período não inferior a 2 (dois) anos dos serviços objeto desta contratação é razoável e não frustra o caráter competitivo do certame. O TCU, em várias decisões sobre a matéria, considerou que a referida exigência não se figura restritiva ao caráter competitivo da licitação, conforme dispõe o Acórdão nº 2.939/2010 - Plenário, Acórdão nº 8.364/2012 - Plenário, Acórdão nº 1214/2013 - Plenário e Acórdão nº 3121/2016 - Plenário.

(...)”

A Lei de Licitações, ao contemplar a qualificação técnica dos licitantes, traduziu em seu artigo 30 a vontade do legislador de não impedir a participação de interessados que possuíssem capacidade e experiência anterior de objeto semelhante ao que é licitado.

Reza o artigo 30, inciso II:

“A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

(...)

II – comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, ...”

Não bastasse a inteligência do dispositivo retro citado, o § 1º do mesmo artigo, traz ainda mais uma regra que traduz a vontade do legislador de ampliar o universo de competidores, afastando cláusulas que impeçam ou dificultem a participação. Versa o trecho do inciso I, do § 1º:

“... serviço de características semelhantes, ..., vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos;”.

A regra descrita na norma legal vigente permite exigir do licitante apenas desempenho anterior de objeto similar, vedadas quaisquer exigências que inibam a participação na licitação, nos termos do art. 30, § 5º, do citado diploma federal:

“§ 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.”

O referido dispositivo legal visa instruir o julgamento do administrador público para que evitem a inclusão de critérios que inibam a participação e a competitividade. No caso em tela, exigiu-se como prova de desempenho anterior, a apresentação de atestados que comprovem experiência mínima de 2 anos.

Bem versou o citado § 5º que será vedada a exigência de comprovação de atividade “com limitações de tempo ou de época” ou ainda quaisquer outras não previstas nesta Lei.

Portanto, a exigência do Edital não pode impor restrição ao prazo em que foi emitido o Atestado, muito menos obrigar que o Atestado tenha sido emitido em época específica ou que haja comprovação de experiência por prazo de tempo determinado. O Atestado também não possui “prazo de validade”; ele é perene e perpétuo.

A experiência adquirida pelo licitante não desaparece com o tempo.

Ora, exigir atestado com comprovação de experiência mínima de 02 (dois) anos é transgredir o § 5º, do art. 30. Tal exigência (do Edital) restringe a competição, diminui o universo de competidores e frustra o objetivo maior da licitação – obtenção da proposta mais vantajosa.

Versou o art. 3º, da Lei 8.666/93:

“Art. 3º – ...

§ 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;”

Pois bem, exigir que a prova de qualificação técnica seja feita através de atestados emitidos com data ou prazo específico, é indevida e irregular por absoluto desrespeito à Lei.

À luz da legislação vigente, não é obrigatório que os atestados tenham sido emitidos em data ou prazo determinados, pois afastaria do certame possíveis interessados que, embora possuíssem plena capacidade para executar o objeto, não tivessem atestados no prazo informado no edital.

Portanto, entendo que a exigência fere flagrantemente a Lei, tornando o Edital suscetível à anulação.

Importante ressaltar, que o item 10.1.3. ao exigir a **comprovação da experiência mínima de 2 (dois) anos na prestação dos serviços, busca justificativa** no item 10.7.1 do Anexo VII-A da IN SEGES/MPDG n. 5/2017.

No entanto, referida justificativa é cabível somente nos editais de **Prestação de Serviços Contínuos de Cessão de Mão de Obra (Vigilância, Portaria, Apoio Administrativos, Limpeza e Conservação)**, a exigência de comprovação mínima de 03 anos de experiência, porém a

Jurisprudência é bem clara, o edital só pode fazer essa exigência se houver uma “fundamentação adequada, baseada em estudos prévios”.

Nestes casos, para fins de qualificação técnico-operacional, a exigência de experiência anterior mínima de três anos (subitens 10.6, b, e 10.6.1 do Anexo VII-A da IN-Seges/MPDG 5/2017), lapso temporal em regra superior ao prazo inicial do contrato, deve ser objeto de adequada fundamentação, baseada em estudos prévios e na experiência pretérita do órgão contratante, 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.

No caso em referência o objeto não diz respeito à Cessão de Mão de Obra (**Vigilância, Portaria, Apoio Administrativos, Limpeza e Conservação**) e sim a escolha da proposta mais vantajosa para a contratação de empresa para fornecimento de cartões eletrônicos (com chip de segurança) de vales refeição e de vales alimentação para os funcionários do CREFE3 SC, ou seja, a justificativa trazido ao Edital não se aplica ao caso concreto.

O TCU, já decidiu acerca no Acórdão 6785 de 2017 Segunda Câmara:

#### **“EXAME TÉCNICO**

**7. Verifica-se que, para comprovação da qualificação técnica, o edital assim dispõe:**

**‘7.5 Documentos relativos à QUALIFICAÇÃO TÉCNICA:**

**7.5.1 Comprovação através de um ou mais atestados de capacitação técnica expedidos com data não inferior a 12 (doze) meses desta licitação, por pessoas de direito público ou privado, demonstrando que tenha prestado serviços compatíveis com o (sic) licitado. Deverá, de forma isolada em cada atestado ou concomitante no mesmo atestado, comprovar que já cumpriu contratos com os seguintes itens:”**

(...)

**“19. Com relação à alegada ofensa ao § 5º do art. 30 da Lei nº 8.666/93, contida no caput do subitem 7.5.1 do Edital, verifica-se que a exigência de que a capacitação técnica inclua comprovação por meio de atestados expedidos com data não inferior a 12 (doze) meses da data da licitação, realmente, acha-se em desacordo com o mencionado ditame da Lei nº 8.666/93, uma vez que faz exigência com limitação temporal.”**

**Pergunta 1:** É correto entender que com base nos argumentos acima apresentados será excluída a exigência de comprovação da experiência mínima de **2 (dois) anos** na prestação dos serviços?

Para o critério de formulação de lances e julgamento das propostas, o edital faz as seguintes exigências:

**“5. Formulação de Lances e Julgamento das Propostas**

(...)

**5.24. Em relação a itens não exclusivos para participação de microempresas e empresas de pequeno porte, uma vez encerrada a etapa de lances, será efetivada a verificação automática, junto à Receita Federal, do porte da entidade empresarial. O sistema identificará em coluna própria as microempresas e empresas de pequeno porte participantes, procedendo à comparação com os valores da primeira colocada, se esta for empresa de maior porte, assim como das demais**

*classificadas, para o fim de aplicar-se o disposto nos arts. 44 e 45 da LC nº 123/2006, regulamentada pelo Decreto nº 8.538/2015.”*

Vale ressaltar que o Art. 44, § 2º da Lei Complementar 123/2006 alterada pela Lei Complementar 127/2007 e Lei Complementar 147/2014 se aplicam somente no empate ficto, que conforme previsão legal, ocorre quando o último lance ofertado é inferior a 5% ao da empresa enquadrada como ME e EPP.

- **Pergunta 2:**

Diante disto e considerando que o edital veda corretamente a oferta de taxa negativa, podemos entender que o tratamento preferencial não será aplicado caso todas as propostas empatadas contenham oferta de taxa 0,00%?

➤ **Resposta 1:**

Em relação ao pedido de esclarecimento acerca da exigência mínima de 2 anos para fins de comprovação de qualificação técnica, expomos o que se segue:

Inicialmente, convém salientar que o art. 30 da Lei nº 8.666/1993 prevê:

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;

II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

III - comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação;

IV - prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso.

Conforme dispõe o dispositivo acima, tem-se clara a possibilidade de exigência de experiência anterior como requisito para a contratação. Ademais, em relação ao quantitativo mínimo de dois anos, ressaltamos alguns excertos do entendimento do TCU:

[...] 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 534/2016 – TCU Plenário)**

[...]

7. Em segundo lugar, por se tratar de serviço de natureza contínua, que podem se estender por longo período, a exigência temporal de experiência mínima no mercado do objeto também é, em princípio, compatível com o dispositivo legal há pouco mencionado, já que o tempo de atuação é critério relevante para avaliar a solidez do futuro fornecedor e, com isso, assegurar boa execução do objeto.

[...]

**(Acórdão 2939/2010 – TCU Plenário)**

Diferente do que entende a licitante, entendemos como cabível tal exigência segundo a análise da exegese das decisões alhures. Por se tratar de entendimento que se fundamenta na natureza contínua dos serviços, esta não se limita a prestação de serviços contínuos de cessão de mão de obra, como é o caso de vigilância, portaria, apoio administrativo, limpeza e conservação.

A licitante alega, ainda, que o item 10.1.3. do Edital se fundamenta no Anexo VII-A da IN SEGES/MPDG n. 50/2017 ao exigir experiência mínima de 2 anos. Porém, sequer existe tal item no Edital, motivo pelo qual acreditamos haver algum engano por parte da licitante. Os itens que versam sobre a Qualificação Técnica estão dispostos nos itens 6.16 e seguintes, sem qualquer menção ao anexo VII-A da IN 5/2017. As referências dos itens são motivadas expressamente em decisões do Tribunal de Contas da União, conforme dispõe o item 6.16.2.2.

Porém, embora a Comissão de Licitação não entenda como ilegal a exigência de 2 anos na forma constante do instrumento convocatório, este item também se encontra sob análise discricionária acerca da possibilidade de mensurar a menor tal exigência.

Isto porque, ainda que a exigência de qualificação pelo mínimo de dois anos se faça legítima e traga maiores garantias ao Contratante, verificamos que, para o caso em tela, poderá ser mais vantajoso ampliar a competição e que não nos parece haver maiores complexidades quanto ao serviço a ser prestado, motivo pelo qual a referida exigência será em breve alterada no edital para o mínimo de 1 (um) ano.

#### ► Resposta 2:

Em relação ao questionamento acerca do tratamento preferencial às microempresas e empresas de pequeno porte, trazemos à baila as seguintes disposições editalícias:

**5.18. Não serão aceitos dois ou mais lances de mesmo valor, prevalecendo aquele que for recebido e registrado em primeiro lugar.**

5.19. Durante o transcurso da sessão pública, os licitantes serão informados, em tempo real, do valor do menor lance registrado, vedada a identificação do licitante.

5.20. No caso de desconexão com o Pregoeiro, no decorrer da etapa competitiva do Pregão, o sistema eletrônico poderá permanecer acessível aos licitantes para a recepção dos lances.

5.21. Se a desconexão perdurar por tempo superior a 10 (dez) minutos, a sessão será suspensa e terá reinício somente após comunicação expressa do Pregoeiro aos participantes.

5.22. O Critério de julgamento adotado será o menor preço global, conforme definido neste Edital e seus anexos.

**5.23. Caso o licitante não apresente lances, concorrerá com o valor de sua proposta e, na hipótese de desistência de apresentar outros lances, valerá o último lance por ele ofertado, para efeito de ordenação das propostas.**

**5.24. Em relação a itens não exclusivos para participação de microempresas e empresas de pequeno porte, uma vez encerrada a etapa de lances, será efetivada a verificação automática, junto à Receita Federal, do porte da entidade empresarial. O sistema identificará em coluna própria as microempresas e empresas de pequeno porte participantes, procedendo à comparação com os valores da primeira colocada, se esta for empresa de maior porte, assim como das demais classificadas, para o fim de aplicar-se o disposto nos arts. 44 e 45 da LC nº 123/2006, regulamentada pelo Decreto nº 8.538/2015.**

**5.25. Nessas condições, as propostas de microempresas e empresas de pequeno porte que se encontrarem na faixa de até 5% (cinco por cento) acima da proposta ou lance de menor preço serão consideradas empatadas com a primeira colocada.**

5.26. A melhor classificada nos termos do item anterior terá o direito de encaminhar uma última oferta para desempate, obrigatoriamente em valor inferior ao da primeira colocada, no prazo de 5 (cinco) minutos controlados pelo sistema, contados após a comunicação automática para tanto.

5.27. Caso a microempresa ou a empresa de pequeno porte melhor classificada desista ou não se manifeste no prazo estabelecido, serão convocadas as demais licitantes microempresa e empresa de pequeno porte que se encontrem naquele intervalo de 5% (cinco por cento), na ordem de classificação, para o exercício do mesmo direito, no prazo estabelecido no subitem anterior.

**5.28. No caso de equivalência dos valores apresentados pelas microempresas e empresas de pequeno porte que se encontrem nos intervalos estabelecidos nos subitens anteriores, será realizado sorteio entre elas para que se identifique aquela que primeiro poderá apresentar melhor oferta.**

**5.29. Só poderá haver empate entre propostas iguais (não seguidas de lances), ou entre lances finais da fase fechada do modo de disputa aberto e fechado.**

**5.30. Havendo eventual empate entre propostas, o critério de desempate será aquele previsto no art. 3º, § 2º, da Lei nº 8.666/1993, assegurando-se a preferência, sucessivamente, aos serviços:**

5.30.1. prestados por empresas brasileiras;

5.30.2. prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País;

5.30.3. prestados por empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social e que atendam às regras de acessibilidade previstas na legislação.

**5.31. Persistindo o empate entre propostas, será aplicado o sorteio como critério de desempate.**

(grifamos)

Considerando as disposições do Edital acima expostas, sobretudo as que foram destacadas, é possível compreender a ordem de como será realizado o trâmite em caso de valores equivalentes.

Conforme dispõem os itens **5.18 e 5.23**, não serão aceitos dois ou mais lances de mesmo valor. Nesse caso, as licitantes participantes deverão ter ciência acerca da possibilidade de haver propostas iguais e, assim sendo, avaliarem individualmente se é prudente cadastrarem propostas com valores maiores ou se já concorrerão com os valores inicialmente por elas propostos, independente de novos lances, considerando que não serão aceitos lances que impliquem em valor negativo da taxa de administração. Trata-se de análise peculiar de cada participante, haja vista a ciência de todos quanto aos termos do edital.

Em relação aos itens **5.24. e 5.25**, uma vez encerrada a etapa de lances, será efetivada via sistema a verificação automática do porte da empresa e o sistema procederá à comparação com os valores da primeira colocada, se de maior porte, assim como das demais classificadas, e aplicará automaticamente o disposto nos artigos 44 e 45 da LC nº 123/2006. Portanto, a classificação legal ocorrerá automaticamente, a partir do sistema onde ocorrerá o Pregão nº 9/2022, ocasião em que serão consideradas empatadas as propostas ou lance de menor preço das ME/EPP que se encontrarem **até 5%** acima da proposta ou lance de menor preço.

Quanto ao item **5.28.**, havendo equivalência de valores entre ME e EPP dentro dos intervalos estabelecidos, ocorrerá o **sorteio entre elas** para ordenar a apresentação de nova oferta.

O item **5.29** apresenta o entendimento de que somente poderá haver empate entre propostas iguais (não seguidas de lances).

3º - quando houver somente propostas iniciais sem lances, serão aplicados os critérios de desempate previstos nos art. 36 e 37 do Decreto nº 10.024, de 2019. Caso o empate persista, haverá sorteio eletrônico pelo sistema dentre as propostas empatadas.

**(Modos de Disputa – disponível em:** <[https://www.gov.br/compras/pt-br/images/ultimas\\_noticias/Modos-de-Disputa---passo-a-passo--05112019.pdf](https://www.gov.br/compras/pt-br/images/ultimas_noticias/Modos-de-Disputa---passo-a-passo--05112019.pdf)>)

Assim dispõem os artigos 36 e 37 do Decreto nº 10.024/2019, que também remontam ao entendimento conjugado ao item **5.31**. do Edital, para melhor elucidação:

Art. 36. Após a etapa de envio de lances, haverá a aplicação dos critérios de desempate previstos nos art. 44 e art. 45 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, seguido da aplicação do critério estabelecido no § 2º do art. 3º da Lei nº 8.666, de 1993, se não houver licitante que atenda à primeira hipótese.

Art. 37. Os critérios de desempate serão aplicados nos termos do art. 36, caso não haja envio de lances após o início da fase competitiva.

Parágrafo único. Na hipótese de persistir o empate, a proposta vencedora será sorteada pelo sistema eletrônico dentre as propostas empatadas.

Assim sendo, o critério de desempate previsto no Portal Compras.gov coaduna com as disposições editalícias, ocasião em que o sistema eletrônico procederá as referidas verificações em caso de empates, de forma automática, passando à etapa subsequente sempre que ocorrer empate, inclusive em relação ao tratamento preferencial em caso de ME/EPP.

Ressaltamos que o sistema eletrônico já possui os comandos específicos para verificação do direito de preferência em relação às ME/EPP. Desta forma, no caso de o direito de preferência não ser suficiente para desempatar as propostas, tal fato ensejará a adoção dos critérios subsequentes pelo próprio sistema, de forma a suprir a equivalência havida quanto aos valores, sendo o último critério o sorteio como definidor do certame.