

PARECER JMO nº 175/2024

Ingressam os autos nesta Procuradoria¹, após apresentação de Representação (peça 2) formulada pela empresa Descomplica Tecnologia e Educação S.A., em face de supostas irregularidades perpetradas na realização do Pregão Eletrônico nº 1039/2023, da Secretaria Municipal de Desenvolvimento Urbano e Econômico – SMDUE, cujo objeto é a contratação de cursos de linguagem de programação, na metodologia de *bootcamps*, a fim de atender ao Decreto nº 52.448/2023, relativo à Iniciativa Programadores Cariocas.

A representante alega, em apertada síntese, que a empresa Upgrade Cursos, Assessoria, Consultoria e Treinamento Ltda. havia sido, em um primeiro momento, inabilitada, em razão do não cumprimento de requisitos editalícios. Em sequência, informa que após recurso esta empresa passou a ser habilitada e, conseqüentemente, declarada vencedora da licitação.

Nesta senda, informa, em suma, que a empresa Upgrade apresentou proposta com vício insanável, consubstanciado pelo fato de seu Plano de Trabalho não atender todas as exigências previstas no Edital e no Termo de Referência. Além disso, alega que a jurisdicionada não motivou a decisão que denegou o recurso impetrado pela ora representante em face da habilitação da empresa Upgrade.

Sustenta ainda que a empresa vencedora do certame não cumpriu os requisitos de qualificação técnica, uma vez que os atestados apresentados não cumpriram com os requisitos quantitativos, bem como que seus atestados não abarcavam todas as especificidades do objeto licitado e, ainda, que os atestados não cumpriam os requisitos de validade temporal previstos no Edital, tal qual não possuíam reconhecimento de firma.

¹ Órgão que exerce a função de *custus legis* no âmbito desta Corte de Contas, conforme dispõe o art. 24-C da Lei Orgânica do TCMRJ.

Ato contínuo, informa também que a licitante vencedora não cumpriu os requisitos do Edital atinentes à qualificação econômico-financeiro, tendo em vista não ter apresentado as Notas Explicativas referentes às suas demonstrações contábeis.

Por fim, argumenta que o pregoeiro se recusou a receber recurso hierárquico apresentado pela representante dentro do prazo legal para tanto.

Isto posto, pugna pela concessão de medida liminar a fim de suspender a contratação da empresa vencedora da licitação, bem como, no mérito, pelo reconhecimento das ilegalidades propaladas, no intuito de que seja reconhecida a inabilitação da empresa Upgrade.

Após distribuição do feito, o Excelentíssimo Conselheiro Relator, David Carlos Pereira Neto, em Despacho juntado à peça 20, baixou o feito em diligência antes de analisar a medida liminar pleiteada. Em Sequência, em Decisão Monocrática colacionada à peça 30, o Excelentíssimo Conselheiro Relator deferiu a medida liminar, suspendendo a assinatura do contrato com a empresa declarada vencedora da licitação.

A jurisdicionada, em resposta à diligência baixada, aduz, em apertada síntese que, de fato, a licitante vencedora havia sido, em um primeiro momento, inabilitada, em razão de o pregoeiro considerar que a mesma não havia apresentado a experiência solicitada em *bootcamps*. Em seguida, sustenta que após consulta à IPLANRIO (Empresa Municipal de Informática), verificou-se que os atestados da Upgrade poderiam ser aceitos, uma vez que possuíam “forte aderência ao demandado”.

Além disso, sustenta que todos os atestados apresentados pela Upgrade possuem correlação com o objeto licitado. Em relação ao quantitativo, sublinha que o objeto foi dividido em 11 itens, sendo que cada item possui quantitativo de alunos próximo aos atestados apresentados pela vencedora, consignando que a própria representante informou o quantitativo de alunos em apenas 1 dos 5 atestados por ela apresentados.

Além, destaca que em nenhum momento o Edital previu que as licitantes apresentassem a forma como deve se dar o fornecimento de computadores e repasse de auxílios financeiros, sendo que, uma vez mais, a própria representante não apresentou tais dados em seus atestados.

Sustenta que, no que se refere à validade temporal dos certificados, é necessário analisar tais atestados de forma a assegurar a atualidade e efetividade das informações neles contidas, concluindo que o prazo de apresentação dos atestados da licitante vencedora é perfeitamente razoável, tal qual que não há quaisquer obrigações de que os atestados apresentados possuam firma reconhecida.

Por fim, sustenta que a apresentação de Notas Explicativas às demonstrações financeiras não está resguardada por qualquer obrigação legal.

A 6ª Inspeção Geral desta Corte – 6ª IGE/SGCE, a seu turno, aduz, em breve relato, que, conquanto o item “Metodologia Utilizada” constante do Plano de Trabalho da empresa Upgrade esteja mais focado no objetivo a ser alcançado do que na metodologia que de fato será utilizada, o mesmo foi satisfatoriamente exposto, pois dele também consta a explicação da utilização metodológica no curso a ser fornecido.

Versa, ainda, no sentido de que as decisões administrativas relativas ao recurso interposto pela ora representante não apresentam elementos capazes de confirmar de forma inquestionável, razoável e irredutível a ausência de motivação, haja vista que há em tais decisões síntese do já evidenciado nos documentos da licitante vencedora, não se mostrando necessário o aprofundamento em detalhes já comprovados.

Além disso, entende o corpo técnico que não prosperam as alegações da ora representante quanto à ausência de cumprimento pela licitante vencedora dos requisitos de qualificação técnica, haja vista que o edital não prevê quantidades específicas de alunos, sendo apenas mencionado que tais quantidades devem ser compatíveis e pertinentes tecnicamente com o objeto da licitação.

A IGE utiliza argumento similar no que tange à alegação da representante quanto à ausência de comprovação da aptidão para prestação dos serviços descritos no objeto licitado, uma vez que não há previsão editalícia quanto à obrigatoriedade de os atestados de qualificação técnica conterem tais especificidades.

A seu turno, no que tange à validade temporal dos atestados de qualificação técnica, consigna a especializada que os referidos atestados possuem natureza declaratória, e não constitutiva, uma vez que

tratam de condição preexistente, não sendo possível a inabilitação de licitante em razão de apresentação de atestado com data superior a 90 dias, nos termos indicados no Edital.

Isto posto, entende a inspetoria que não prosperam as alegações aventadas à inicial pela ora representante, opinando, por conseguinte, pelo conhecimento da presente representação, tal qual pela improcedência do seu mérito, com o consequente arquivamento do processo.

É o relato essencial. Passo a opinar.

DA DESNECESSIDADE DE APRESENTAÇÃO DE NOTAS EXPLICATIVAS

De início, cumpre afastar a impugnação do representante quanto à qualificação econômico-financeira da vencedora em razão da não apresentação de notas explicativas. Isso porque, apesar de eventualmente tais notas possam ser relevantes para a análise do quesito, é certo que em respeito ao princípio da vinculação ao edital, tal exigência deveria estar prevista expressamente no edital, uma vez que a lei não a exige expressamente.

Assim, em que pese ser verídico que a exigência de notas explicativas poderia contribuir para uma melhor análise, a ausência desta não pode implicar a inabilitação do licitante que não as tenha apresentado, conforme ampla jurisprudência, a saber:

REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. CONCORRÊNCIA, TENDO POR OBJETO CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS PARA OBRA DE IMPLANTAÇÃO DE REDE COLETORA DE ESGOTO. QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA. INABILITAÇÃO PELA NÃO APRESENTAÇÃO DE NOTAS EXPLICATIVAS. EXIGÊNCIA NÃO PREVISTA EM EDITAL. ILEGALIDADE. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO, DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE. LESÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO CONFIGURADA. SENTENÇA CONFIRMADA EM SEDE DE REEXAME NECESSÁRIO. (TJ/PR - 4ª C. Cível - 0001875-41.2020.8.16.0112 - Marechal Cândido Rondon - Rel.: Desembargador Abraham Lincoln Calixto - J. 08.03.2021)

* * *

Por força dos princípios da isonomia, da legalidade e da vinculação ao ato convocatório, todos previstos no art. 3º da Lei nº 8.666/93, não pode a Administração deixar de cumprir as normas estipuladas no edital de licitação publicado, nem o particular se abster de atender às exigências nele previstas, para concorrer no certame. In casu, **as normas do edital da Concorrência Pública nº 01/2016 não exigiam a apresentação de notas explicativas dos balancetes contábeis contendo a assinatura digital do responsável da empresa licitante. Por isso, correta a sentença que considerou ilegal o ato da Administração Municipal que inabilitou a impetrante por desatender exigência não prevista no ato convocatório do certame.** (TJ-RS - REEX:

70074991514 RS, Relator: Miguel Ângelo da Silva, Data de Julgamento: 14/12/2017, Vigésima Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: 22/01/2018)

DA ABRANGÊNCIA DA EXIGÊNCIA DE PRAZO DE ATÉ 90 DIAS E A AUSÊNCIA DE AUTENTICAÇÃO

O representante alega, também, que os atestados de qualificação juntados pela vencedora não cumpriram as regras dispostas no Edital em razão de sua temporalidade com base no item 13.3 do Edital, o qual prevê:

13.3 – Se os Certificados, Declarações, Registros e Certidões não tiverem prazo de validade declarado no próprio documento, da mesma forma que não conste previsão em legislação específica, os referidos documentos deverão ter sido emitidos há, no máximo, 90 (noventa) dias, contados até a data da realização da licitação.

Entretanto, imperioso assentar que tal disposição editalícia se encontra nas normas gerais referentes à habilitação e não no subitem específico acerca da qualificação técnica. Nesta senda, tem-se que tal norma visa reger certidões cuja natureza pressuponha um prazo de validade como, por exemplo, a certidão negativa de débitos trabalhistas.

Os atestados relativos à qualificação técnica, por sua vez, como bem-posto pelo corpo instrutivo, possuem natureza constitutiva, e não declaratória. Sendo assim, não se aplicam prazos de validade para tais documentos. A jurisprudência do TCU corrobora com o aqui exposto:

É indevida a fixação de prazo de validade de atestados probatórios de qualificação técnica dos licitantes vinculada à data de sua expedição. (Acórdão 1172/2008-Plenário, DATA DA SESSÃO 18/06/2008, RELATOR GUILHERME PALMEIRA)

É irregular estabelecer limitação temporal para aceitação dos atestados de realização de serviços utilizados na avaliação da proposta técnica dos licitantes. (Acórdão 2172/2005-Plenário, DATA DA SESSÃO 07/12/2005, RELATOR AUGUSTO SHERMAN)

Não prosperam também os argumentos defendidos pela representante quanto à irregularidade dos atestados de qualificação técnica da Upgrade ante à ausência de autenticação. Isso porque, não existe norma cogente neste sentido, bem como a jurisprudência desta Corte é no sentido de que tal previsão é prejudicial à ampla concorrência:

Enunciado 447

A exigência de reconhecimento de firma em documentos de habilitação apresentados pelos licitantes restringe a competitividade do certame

DO PLANO DE TRABALHO APRESENTADO

A representante se insurge, ainda, contra o plano de trabalho apresentado pela vencedora, arguindo que este não atenderia as diretrizes do termo de referência.

Em um primeiro exame, é de se concordar com as alegações do representante acerca da superficialidade do plano de trabalho apresentado em face das exigências do termo de referência, de modo a faltar elementos esperados de acordo com o termo.

Diante disso, poder-se-ia, em tese, argumentar pela anulação da habilitação da UPGRADE. Entretanto, entende este órgão da Procuradoria Especial que a análise da conformidade ou não do plano de trabalho ao objeto licitado é uma matéria eminentemente técnica, que envolve a formulação e a expectativa da administração acerca da execução daquela política pública objeto da contratação e que, por isso, foge à competência deste órgão analisar com profundidade o tema a ponto de opinar pela inabilitação da vencedora em contrariedade ao decidido pela própria administração pública.

Em outras palavras, em que pese a plausibilidade da alegação, entendo que deve prevalecer na questão o princípio da deferência administrativa, presumindo-se que a avaliação da administração quanto à aderência ou não do plano do trabalho é tecnicamente adequada e dentro dos limites da discricionariedade administrativa. Vale lembrar que o princípio da deferência administrativa é especialmente aplicado a situações como esta, no qual a análise envolve certa margem de discricionariedade. Confira:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO ADMINISTRATIVO – SERVIDOR PÚBLICO – EXONERAÇÃO – PRINCÍPIO DA DEFERÊNCIA – ANTIVIDADE JURISDICIONAL – REPARAÇÃO DE ILEGALIDADE. – O princípio da INAFASTABILIDADE DE JURISDIÇÃO visa a reparação de lesão ou ameaça a direito, e, em função do PRINCÍPIO DA DEFERÊNCIA aos órgãos de regulação o caráter substitutivo da jurisdição não se presta para rever ato administrativo regular, destinando-se a reparar ilegalidade – A discricionariedade tem seus limites estabelecidos na razoabilidade, na proporcionalidade, na lealdade, na boa-fé e na igualdade como critérios que devem ser avaliados dentro do aspecto da legalidade e do abuso de poder; – Em relação ao ato administrativo, em razão do princípio da separação dos poderes, não compete ao Poder Judiciário avaliar o mérito, limitando-se a atividade jurisdicional a reparar ilegalidade." (TJ-MG – AI: 04907530320208130000, relator: des.(a) Renato Dresch, Data de julgamento: 17/09/2020, 4ª Câmara Cível, data de publicação: 18/9/2020)

DA QUALIFICAÇÃO TÉCNICA

AUSÊNCIA DE PROPORCIONALIDADE ENTRE REQUISITOS E OBJETO LICITADO

Por fim, o mais relevante argumento do representante envolve a análise da qualificação técnica do vencedor. Isso porque, deve-se concordar com o representante que os atestados juntados pela empresa UPGRADE não parecem guardar proporcionalidade com a magnitude dos serviços a serem desempenhados pelo conjunto de lotes a ela adjudicados.

Isso porque, a soma dos atestados apresentados pela UPGRADE revelam que esta ministrou cursos de linguagem da programação para apenas 109 alunos, sem indicação do número horas, sem repasse de bolsas ou auxílio financeiro e outros serviços compreendidos pelo objeto da licitação.

Com efeito, não parece suficiente atestar a qualificação técnica para ministrar cursos extensos de 400 horas, de forma presencial e online, para cerca de 1600 alunos, divididos em turmas volumosas de 160 alunos, com atestados de pequenas turmas de alunos que somadas alcançam apenas 109 alunos (conforme extrai-se dos atestados, trata-se de diversas pequenas turmas variando de 5 a 25 alunos).

Assim, é inevitável que recaia dúvida sobre a capacidade da UPGRADE, a qual sagrou-se vencedora em dez dos onze lotes disputados, de atender com qualidade e eficiência os 1600 alunos que deverão ser capacitados quando sua experiência indica que em anos de atuação capacitou apenas cerca de 6% do objeto contratual que lhe foi adjudicado de uma só vez.

Com efeito, os requisitos de qualificação técnica têm como objetivo que a licitante comprove ter realizado serviços similares, ainda que em quantitativos inferiores, porém guardadas as devidas proporções, o que garante, minimamente, à administração que a licitante será capaz de executar os serviços para os quais foi contratada.

Por outro lado, deve-se reconhecer também que a argumentação utilizada na Instrução Técnica prospera em parte ao afirmar que sendo objeto licitado em lotes, a habilitação da licitante deve ser feita para cada lote em que apresente a melhor proposta, como se fossem licitações distintas. Nesta linha de pensamento, a UPGRADE teria cumprido os requisitos para cada lote em que venceu, uma vez que apresentou atestados que somam pouco mais de 100 alunos, sendo que o total de alunos de cada lote varia entre 160-200. Tal posição tem ressonância no TCU:

“Os requisitos de habilitação, quando o objeto estiver dividido em lotes, devem ser exigidos para cada lote individualmente, não em relação ao total de lotes”. (TCU, Acórdão 2895/2014-Plenário, Relator: BRUNO DANTAS)

Vale notar, contudo, que a mesma jurisprudência do TCU também exige que o edital preveja mecanismos para garantir que a o vencedor em múltiplos lotes fique restrito apenas àqueles que possui capacidade efetiva para executá-los:

A empresa licitante pode participar da disputa de todos os lotes, desde que o edital estabeleça critérios objetivos a fim de assegurar que somente serão adjudicados a uma mesma empresa os lotes para os quais ela apresente os requisitos mínimos necessários para garantir o cumprimento das obrigações assumidas (TCU, Acórdão 2197/2015 – Plenário)

* * *

“O edital deve estabelecer critérios objetivos a fim de assegurar que somente sejam adjudicados a uma mesma empresa os lotes para os quais esta demonstre ter os requisitos mínimos necessários para garantir o cumprimento das obrigações assumidas”. (TCU, Acórdão 2895/2014-Plenário, Relator: BRUNO DANTAS)

* * *

“Com a intenção de ampliar a competitividade do certame, a empresa licitante pode participar da disputa de todos os lotes, **devendo o edital estabelecer critérios objetivos a fim de assegurar que somente sejam adjudicados a uma mesma empresa os lotes para os quais apresente os requisitos necessários** para garantir o cumprimento das obrigações contratuais assumidas” (TCU, Acórdão 868/2007, Plenário).

De fato, em casos em que a licitação é dividida em lotes e uma das licitantes vence em mais de um, defende o jurista Marçal Justen Filho que, ainda que a habilitação seja feita individualmente para cada um destes lotes, a Administração pode restringir a quantidade de lotes que serão adjudicados àquele licitante, caso sua documentação não seja capaz de habilitá-lo para a totalidade de lotes que venceu, a fim de garantir a segurança da execução do objeto. Vejamos:

“(…). Não é incomum que um licitante formule propostas para diversos itens, cujo somatório ultrapassa os limites de sua capacitação. Ou seja, o sujeito dispõe de condições para ser contratado para um ou alguns dos itens, não para todos. Oras, é impossível avaliar, no momento da habilitação, essa circunstância. É perfeitamente possível que o sujeito formule proposta para todos os itens, mas se sagre vencedor em apenas um deles – para o qual dispõe de plena capacidade econômico-financeira. Inabilitá-lo na etapa anterior corresponderá a impedir a Administração de obter a proposta mais vantajosa. Ao que parece, a única solução consiste em adotar providências a posteriori. Depois de abertas todas as propostas, verifica-se se o sujeito eventualmente ultrapassou os limites de sua qualificação econômico-financeira. **Se tal ocorreu, caberá a ele optar por contratações cujo valor corresponda às suas condições. Não se trata de desistir de proposta (o que seria vedado depois da abertura dos envelopes de documentação), mas de identificar os limites de qualificação econômico-financeira do licitante. Essa solução vem sendo adotada inclusive no pregão. Há casos em que se verifica, ao final de um pregão por itens, que um licitante sagrou-se vencedor de uma pluralidade de itens, cujo somatório ultrapassa os**

seus requisitos de habilitação. Nesse caso, a solução é o edital prever que o licitante deverá realizar opção entre os diversos itens, assegurando-se o respeito aos requisitos de habilitação."²

Com tal cenário fático e jurisprudencial em mente, cumpre analisar as exigências de habilitação técnica do edital em questão, a saber:

- (E.1) Prova de registro da licitante na entidade de fiscalização profissional competente, se couber.
- (E.2) Prova de aptidão da empresa licitante para desempenho de atividade pertinente e compatível com o objeto da licitação, por meio de certidão(ões) ou atestado(s), fornecido(s) por pessoa jurídica de direito público ou privado.
- (E.3) Não será admitida a apresentação de atestado de capacidade técnica emitido por empresa ou empresas do mesmo grupo econômico em favor da licitante participante, no caso desta também pertencer ao grupo econômico.
- (E.4) Será admitida a soma dos atestados ou certidões apresentados pelas licitantes, desde que tais documentos sejam tecnicamente pertinentes e compatíveis em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação.
- (E.5) Os atestados ou certidões recebidas estão sujeitos à verificação do Pregoeiro e da sua Equipe de Apoio quanto à veracidade dos respectivos conteúdos, inclusive para os efeitos previstos nos arts. 169, § 3º, II, da Lei Federal nº 14.133/2021, e 337-F do Código Penal.

Tais exigências são especificadas de forma mais concreta no Termo de Referência que prevê:

6. DAS EMPRESAS CONTRATADAS

6.1. HABILITAÇÃO TÉCNICA

As empresas serão selecionadas através de Pregão Eletrônico, a ser definido por edital, devendo cumprir os seguintes requisitos:

- i) comprovação de, no mínimo, 2 (dois) anos de atuação no mercado;**
- ii) comprovação de experiência em, no mínimo, 5 (cinco) projetos de "bootcamp de programação".**
- iii) concordar com todas as condições do edital**

Nota-se que em nenhum momento o Edital ou o Termo de Referência fazem qualquer menção a quantidade mínima de alunos ou carga horária dos cursos que deve constar dos atestados apresentados pelas licitantes relativos à qualificação técnica destas.

² JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas. p. 447.

Pelo contrário, o que se vê são exigências diminutas, basicamente exigindo que a empresa já tenha ministrado ao menos 5 cursos de linguagem de programação em *bootcamps*. O próprio modelo de atestado demonstrando a simplicidade do requisito de habilitação técnica, a saber:

ANEXO II DO TERMO DE REFERÊNCIA**MODELO DE DECLARAÇÃO**

ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA (OU DECLARAÇÃO)

Atestamos (ou declaramos) que a empresa _____, inscrita no CNPJ nº _____, estabelecida no (a) _____ administra (administrou) serviço de ministração de cursos de linguagem de programação para este órgão(ou para esta empresa).

Atestamos (ou declaramos), ainda, que os compromissos assumidos pela empresa foram cumpridos satisfatoriamente, nada constando em nossos arquivos que a desabone comercial ou tecnicamente.

Tal situação revela uma situação inusitada na qual a própria administração pública deixa de exigir requisitos de qualificação técnica objetivos que guardem proporcionalidade com o objeto licitado.

Com efeito, na ótica da habilitação técnica, em tese um pequeno curso fundado dois anos atrás, composto de um único professor que realizou 5 cursos de programação no formato *bootcamp*, com 8h de duração cada, para um único aluno em cada curso seria considerada habilitada na presente licitação. Afinal, ele poderia comprovar 5 cursos de programação, ainda que tais cursos fossem ministrados sem qualquer estrutura na casa de cada aluno.

Isto posto, pergunta-se, a empresa hipotética citada no parágrafo anterior, teria comprovado possuir qualificação técnica suficiente para ministrar curso para 1600 alunos com carga horária de 400 horas, com distribuição de notebooks e auxílio financeiro?

Evidente que o exemplo é extremo e não reflete o caso da vencedora, mas a redução ao absurdo revela a deficiência do edital ao regular a habilitação técnica, sendo certo que os requisitos ali previstos não

cumprem a finalidade de garantir um mínimo de qualidade técnica e operacional que se esperar para uma licitação de múltiplas dezenas de milhões envolvendo a formação profissional de quase 2000 munícipes.

Além disso, o edital não previu nenhuma outra salvaguarda para garantir que eventual vencedor de múltiplos lotes executasse apenas lotes que efetivamente tivesse capacidade técnica e operacional para tanto.

Isso significa que, diante de tal edital a administração pública está tomando risco desnecessário de eventualmente contratar com interessados inexperientes ou incapazes para prestar o serviço desejado, o que viola, em última análise, o próprio interesse público da administração em fazer a melhor contratação possível. Nesse sentido, o TCU possui vasta jurisprudência exigindo que os editais prevejam requisitos de habilitação que sejam proporcionais ao objeto licitado, não podendo ser maiores e nem menores que o razoável para a dimensão da contratação. Confira:

“As exigências na fase de habilitação devem guardar proporcionalidade com o objeto licitado, de sorte a proteger a Administração Pública de interessados inexperientes ou incapazes para prestar o serviço desejado”. (TCU, ACÓRDÃO 7329/2014- Segunda Câmara - SESSÃO EM 25/11/2014).

Vale acrescentar, ainda, que a necessidade de prever requisitos de qualificação técnica objetivos e proporcionais com o objeto licitado não é uma mera faculdade do gestor, mas sim uma obrigação, uma vez que um edital deficiente nesse quesito pode permitir que contratações com empresas que não são efetivamente qualificadas para a contratação o que, em última instância, pode acarretar danos ao erário e ineficiência na execução da política pública perseguida na contratação. Nesse sentido, confira:

“A exigência de documentos que comprovem a qualificação técnica e a capacidade econômico-financeira das licitantes, desde que compatíveis com o objeto a ser licitado, não é apenas uma faculdade, mas um dever da Administração, devendo ser essa exigência a mínima capaz de assegurar que a empresa contratada estará apta a fornecer os bens ou serviços pactuados”. (TCU, ACÓRDÃO 891/2018-Plenário SESSÃO EM 25/04/2018).

Conclui-se que a Administração, apesar de possuir discricionariedade para eleger o que é relevante ou não para fins de qualificação técnica, tal discricionariedade está limitada pela proporcionalidade do exigido com o objeto licitado. Assim, a Administração não deve prever normas exageradas, que restrinjam a ampla concorrência, mas também não deve prever regras que façam exigências muito irrisórias comparadas

ao objeto licitado, sob o risco de se ferir a lógica da lei licitatória que prevê uma fase de habilitação técnica justamente para garantir uma adequada execução do objeto contratual.

Diante de tudo isso, voltamos ao pedido principal do representante, qual seja a inabilitação da vencedora. Conforme exposto, o argumento esboçado pela representante é legítimo e, de fato, a empresa parece não ter juntado atestados que guardem proporcionalidade com a dimensão do objeto licitado, gerando incerteza quanto a real capacidade técnica da vencedora para executar o presente contrato.

Entretanto, de outro lado, o próprio edital limita-se a fazer exigências de habilitação técnica ínfimas diante do objeto licitado, as quais foram integralmente cumpridas pela vencedora, de modo que não houve descumprimento das normas editalícias.

Salienta-se que o Plenário desta Corte já se posicionou no sentido de que na realização de Pregões o pregoeiro não pode inabilitar licitante por não cumprir regra de qualificação técnica que não esteja prevista em Edital. Vejamos:

Enunciado 444

O edital representa lei interna do procedimento licitatório, não podendo o pregoeiro exigir que os atestados de capacidade técnica tragam especificidades não previstas no instrumento convocatório (Voto nº: 529/2023, Relator: Bruno Maia de Carvalho, Data da Sessão: 29/11/2023)

Diante disso, conclui-se que o vício está no edital formulado e não nos atestados apresentados pela vencedora, pois apesar desta apresentar documentos de qualificação técnica módicos, estes cumpriram com o exigido do edital, de forma que declarar sua inabilitação neste momento resultaria em uma violação do princípio da vinculação ao edital.

Desta forma, este órgão da Procuradoria entende que não prospera o pleito da representante no que tange à inabilitação da UPGRADE pela ausência de cumprimento dos requisitos de qualificação técnica do edital. Contudo, é certo que existe um vício no edital, uma vez que este não prevê regras de habilitação condizentes com o objeto licitado.

Diante disso, deve-se reconhecer a procedência parcial da representação para, ao menos, corrigir tal deficiência, senão nesse próprio edital, ao menos em editais futuros, por meio de recomendações expedidas por essa Corte.

Assim, antes de tudo, deve-se recomendar que em futuros editais sejam previstos requisitos de habilitação efetivamente proporcionais com a dimensão do objeto licitado, o que não foi observado no presente caso.

Recomenda-se, ainda, que a Jurisdicionada passe a prever regras para garantir a efetiva capacidade técnica e operacional de licitantes que se consagrem vencedores em múltiplos lotes, em caso de editais cujo objeto esteja dividido em lotes.

Por fim, diante da deficiência do presente edital quanto à habilitação técnica, recomenda-se que a Jurisdicionada reavalie a conveniência e oportunidade na continuação da presente contratação tendo em vista uma possível ausência de qualificação técnica necessária para a execução do contrato.

Ante o exposto, **OPINO PELO CONHECIMENTO da presente representação, bem como pela PROCEDÊNCIA PARCIAL quanto à qualificação técnica exigida na licitação ora em análise, sendo, contudo, improcedente o pleito principal de inabilitação da empresa Upgrade, uma vez que esta cumpriu os requisitos previstos em edital, com o consequente ARQUIVAMENTO do feito.**

Não obstante, OPINO, ainda, pela emissão das seguintes RECOMENDAÇÕES à jurisdicionada:

R.1. - Que em futuros editais sejam previstos requisitos de habilitação efetivamente proporcionais com a dimensão do objeto licitado, o que não foi observado no presente caso.

R.2. - Que a Jurisdicionada passe a prever regras para garantir a efetiva capacidade técnica e operacional de licitantes que se consagrem vencedores em múltiplos lotes, em caso de editais cujo objeto esteja dividido em lotes.

R.3. - Que diante da deficiência do presente edital quanto à habilitação técnica, a Jurisdicionada reavalie a conveniência e oportunidade na continuação da presente

contratação tendo em vista a possível ausência de qualificação técnica efetiva necessária para a execução do contrato.

É o parecer s.m.j.

Rio de Janeiro, 13 de junho de 2024.

JORGE MAFFRA OTTONI

Procurador