



**ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DA BADESUL
DESENVOLVIMENTO S.A – AGÊNCIA DE FOMENTO/RS**



Pregão Eletrônico nº 024/2019

GABARDO & TERRA ADVOGADOS ASSOCIADOS, pessoa jurídica de direito privado inscrita no CNPJ sob o nº 00.912.008/0001-24, com sede na Rua XV de Novembro, nº 556, 6º andar, Centro, em Curitiba – Estado do Paraná, endereço eletrônico: controladoriajuridica@gabardoeterra.com.br, por seu representante legal que esta subscreve, vem, perante Vossa Senhoria, com fulcro no item 5.2 e seguintes do Edital de Convocação¹ apresentar **IMPUGNAÇÃO** às disposições editalícias, na forma que segue:

**EXIGÊNCIA DE CERTIFICADOS DE
NORMALIZAÇÃO**

Embora as exigências editalícias (item 13) de qualificação técnica limitem-se a comprovação de experiência na realização de trabalhos idênticos e similares ao objeto do certame, o **termo de referência** institui uma “obrigação pré-contratual”, nos seguintes termos:

7 DAS OBRIGAÇÕES PRÉ-CONTRATUAIS

7.1 A empresa vencedora, após a convocação, deverá apresentar os documentos elencados a seguir no prazo de 10 dias corridos.

Página 39 de 78

1 5.2 As impugnações ao Edital deverão ser dirigidas ao pregoeiro e protocoladas no BADESUL (...), devendo as mesmas serem assinadas pelo representante legal da empresa.

5.3 Decaía do direito de impugnação ao Edital o licitante que não se manifestar em até 2 (dois) dias úteis antes da data fixada para a abertura da licitação, apontando as falhas ou irregularidades que o viciaram, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso (...)



O documento segue especificando uma série de documentos relativos aos diferentes profissionais que prestarão o serviço, devendo todos eles serem entregues no prazo de 10 dias após a “convocação”.

A impugnante apresentou pedido de esclarecimentos, para que o pregoeiro explicasse as consequências de eventual não atendimento à “obrigação pré-contratual”, haja vista que ela estava pouco clara no edital. Naquela oportunidade, alertou que a exigência de Certificação ISO e ITIL Foundation para os profissionais que atuarão no contrato é ilegal, por frustrar o caráter competitivo da licitação, consoante a jurisprudência do TCU.

O pedido de esclarecimentos foi respondido nos seguintes termos:

Resposta:

As obrigações pré-contratuais não são exigidas na fase de habilitação, pois este tipo de exigência não é admitido como critério de exclusão do licitante na fase de habilitação. Portanto, as certificações devem ser exigidas como condição pré-contratual, de forma que a licitante pode contratar o(s) profissional(is) certificado(s) após ter vencido a licitação.

A cláusula denominada “Da Equipe Técnica” traz as exigências cuja documentação comprobatória deve ser apresentada previamente à contratação da licitante vencedora (e está elencada na cláusula denominada “Das Obrigações Pré-Contratuais”).

A consequência da não observância das obrigações pré-contratuais é a convocação da próxima colocada.

Em outras palavras, embora o pregoeiro reconheça que a jurisprudência do TCU entende pela a **ilegalidade da exigência de certificação ISO** ou diversa, sustenta não haver ilegalidade no presente caso, pois “as obrigações pré-contratuais não são exigidas na fase de habilitação”.

A justificativa é despicienda, o que impõe a oposição da presente impugnação.



A exigência é ilegal. É de todo irrelevante a nomenclatura – se requisito de habilitação ou obrigação pré-contratual – que lhe foi dada. Se “a consequência da inobservância das obrigações pré-contratuais é a convocação da próxima colocada”, estar-se-á diante de verdadeiro requisito de habilitação.

A resposta dada pelo pregoeiro ao pedido de esclarecimento formulado é sofista. Se se permite a convocação da próxima convocada em caso de não atendimento de uma “obrigação” estabelecida após a habilitação, é claro que essa exigência existe para todo o certame. Caso o interessado na participação do pregão o vença e, depois, não atenda à “obrigação” pré-contratual, é claro que ele foi inabilitado. O edital criou um requisito de habilitação depois da análise e habilitação com base em outros requisitos. Isso não é razoável.

Marçal Justen Filho assim conceitua os requisitos de habilitação:

Os requisitos de habilitação consistem em exigências relacionadas com a determinação da idoneidade do licitante. É um conjunto de requisitos que se poderiam dizer indiciários, no sentido de que sua presença induz a **presunção de que o sujeito dispõe de condições para executar fatoriamente o objeto licitado**. Por decorrência, **a ausência de requisito de habilitação acarreta o afastamento do licitante do certame**, desconsiderando-se sua proposta. O elenco dos requisitos de habilitação está delineado em termos gerais nos arts. 27 a 32 da Lei de Licitações. É inviável o ato convocatório ignorar os limites legais e introduzir novos requisitos de habilitação, não autorizados legislativamente.²

As obrigações contratuais distinguem-se dos requisitos de habilitação, e são divididas, pelo mesmo autor, entre obrigações de fazer e de dar.

Diz Marçal que “caracteriza-se prestação de fazer quando a satisfação do credor é obtida através de uma atividade intelectual ou física desenvolvida pelo devedor (pessoalmente ou por preposto). Há

² JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários a Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 17^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 638



prestação de dar quando a Administração é satisfeita através da transferência, executada pelo particular, da posse ou domínio de um bem jurídico”.³

Quanto às consequências do inadimplemento das obrigações, a Lei 8.666/1993, que se aplica subsidiariamente ao caso (regulado pela Lei 13.303/2016), dispõe o seguinte:

Art. 58. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar as seguintes sanções:

II – advertência;

II – multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III – suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

IV – declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

Vê-se, logo, que no caso do **requisito de habilitação**, são elementos caracterizadores o seu objetivo de averiguar se “o sujeito dispõe de condições para executar fatoriamente o objeto licitado” e a sanção pela sua não observância, o “afastamento do licitante”, com evidente convocação do próximo.

Já no caso da **obrigação**, seja ela pós ou “pré-contratual”, tem-se como caracterizador (i) a prestação de atividade intelectual ou fisi-

³ *Ibidem*, p. 1.079.



ca pelo devedor ou, ainda, a entrega de posse ou domínio de bem jurídico, sendo que (ii) a sanção pelo descumprimento constituiu-se em advertência, multa, impedimento de licitar ou declaração de inidoneidade, sem, contudo, implicar em afastamento da empresa inadimplente e convocação da próxima colocada.

No caso, como restou confesso na resposta à pergunta de esclarecimento, a exigência dita “obrigação pré-contratual” destina-se a **comprovar que a licitante tem equipe técnica apta à execução do objeto** contratado — não consistindo, portanto, uma obrigação propriamente dita, assim entendida como a prestação de serviço intelectual ou físico ou transferência da posse de bem jurídico — e a **consequência pelo inadimplemento é o afastamento da empresa** e a convocação da próxima licitante.

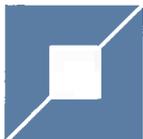
Patente, portanto, que inobstante o nome que lhe foi dada, tal exigência constitui, a todas as luzes, **requisito de habilitação**. A penalidade pela sua inobservância, **confessada pela resposta à pergunta**, evidencia isso.

Desse modo, é patente a ilegalidade de tal previsão, a qual foi reconhecida pelo pregoeiro, que pontuou na sua resposta à pergunta de esclarecimento que “esse tipo de exigência não é admitido como critério de exclusão do licitante na fase de habilitação”.

O que a criação desse instituto, **não previsto em lei**, ora denominado “obrigação pré-contratual” faz é efetivamente tentar contornar o entendimento do Tribunal de Contas da União. A resposta à pergunta de esclarecimento deixa isso muito claro, quando diz que “as obrigações pré-contratuais não são exigidas na fase de habilitação, [tão somente] pois este tipo de exigência não é admitido”.

A não classificação dessa exigência como “habilitação” é de todo irrelevante, pois, ao contrário do que afirma a resposta, a razão determinante (*ratio decendi*) do TCU na adoção do entendimento não foi a mera exigência **na fase habilitação** – de modo a autorizá-la em momento posterior –, mas que tal exigência **frustra o caráter competitivo da licitação**.

Confira-se o voto condutor no Acórdão 1.085/2011:



A estatal insurge-se contra a determinação (do subitem 9.1.3 da decisão questionada) para que, nos editais de suas licitações, deixe de exigir a certificação ISO e outras semelhantes, para a habilitação dos participantes ou como critério para a desqualificação de propostas (...) A questão central consiste no fato de que as certificações nacionais correspondentes à família 9000 da ISO – Organização Internacional de Normalização (International Organization for Standardization) referem-se, em linhas gerais, a critérios para a implantação de sistemas de garantia de qualidade. Para obtê-los, a empresa deve demonstrar a adequação de seus procedimentos de fabricação aos padrões estabelecidos em norma. Entre as ações exigidas, estão o comprometimento com a qualidade, o gerenciamento adequado dos recursos humanos e materiais, a formalização das atividades que afetam a qualidade e a existência de indicadores para o monitoramento dos processos. Dessa forma, assegura-se, ao menos em tese, que os produtos oriundos dessa empresa tenham sempre as mesmas características. **Todavia, isso não garante que eles tenham qualidade superior ao de uma empresa que não seja certificada. Daí o caráter restritivo da exigência desse predicado como condição para qualificação em licitações. Afastar os participantes não certificados reduz a possibilidade de alcance da melhor proposta para a Administração, sem que haja justificativa razoável para tanto.** Por outro lado, não há óbice para a utilização de aludido certificado para atribuir pontuação à licitante, o que permite reconhecer seu diferencial em relação a outras que não comprovaram a adequação de seu sistema de produção aos critérios de qualidade estabelecidos nas normas pertinentes.

Na forma como está no edital, a exigência de apresentar profissionais com certificação ISO, **sob pena de convocação do próximo colocado**, afasta os participantes não certificados e reduz a possibilidade de alcance da melhor proposta para a administração, vez que o contrato será celebrado com empresa que não necessariamente fez a menor oferta. Justamente o que veda a jurisprudência do TCU.



Assim, independentemente de ser exigida em um momento posterior a fase de habilitação, a exigência com ela se confunde. E por isso deve ser extirpada do certame.

A justificativa segundo a qual “a licitante pode contratar o(s) profissional(is) certificado(s) após ter vencido a licitação” não legitima a previsão, notoriamente ilegal.

O entendimento do Tribunal de Contas da União é de que a exigência de certificação para a realização desse serviço “não garante que eles tenham uma qualidade superior ao de uma empresa que não seja certificada”, implicando não só em restrição da competitividade, como impedindo que a Administração contrate pela melhor oferta.

Um profissional certificado custa mais caro do que um não certificado. Exigir que a empresa o contrate, ainda que após a fase nominada como “habilitação”, ao mesmo tempo impossibilitará empresas que não tem meios de contratá-lo de participar do certame (**frustração do caráter competitivo**) e aumentará o custo dos insumos e, logo, da contratação (**frustração da obtenção do menor preço**).

Não bastasse isso, o prazo de 10 (dez) dias é demasiadamente exíguo para a contratação de um profissional com tais certificações, o que costuma levar meses. Na prática, de todo modo, o que ocorre é que a empresa fica impossibilitada de participar no certame, aniquilando o caráter competitivo e forçando a Administração a contratar por preços elevados.

Desse modo, é evidente que, estando claro que a denominação “obrigação pré-contratual” — uma verdadeira celeuma jurídica — não torna tal exigência nem um pouco menos um requisito de habilitação (como demonstrado, todas as características do requisito de habilitação estão presentes), e que a exigência de certificação ISO para habilitação é vedada, é de rigor seja tal exigência extirpada do certame.

REQUERIMENTOS

Ante o exposto, requer-se seja a presente impugnação conhecida e acolhida para que o edital seja retificado, com a supressão de toda e qualquer referência a necessidade de apresentação de certifica-



GABARDO&TERRA
ADVOGADOS ASSOCIADOS

ção ISO dos profissionais que prestarão o serviço, ou qualquer outra a ela similar.

Subsidiariamente, ao menos conceda-se um prazo maior do que 10 dias para a apresentação de referidos certificados, de modo a possibilitar sua obtenção, haja vista que haverão turmas para diversos deles com início a partir de março.

Requer-se, por fim, que as futuras intimações sejam feitas em nome de **João Leonelho Gabardo Filho** (OAB/PR 16.948) ou **César Augusto Terra** (OAB/PR 17.556), **sob pena de nulidade**.

Nesses termos, pede deferimento.

Curitiba, 13 de janeiro de 2020.

João Leonelho Gabardo Filho

OAB/PR 16.948 OAB/SC 32.326A
OAB/TO 6.218A OAB/BA 44.320A
OAB/RS 82.883A

César Augusto Terra

OAB/PR 17.556 OAB/SP 311.790A
OAB/RJ 186.010A