



## ANÁLISE DE PEDIDO DE ESCLARECIMENTOS

**PROCESSO TC Nº:** 4696/2020

**PREGÃO ELETRÔNICO Nº:** 13/2020

**OBJETO:** Aquisição de suporte e direito a atualização de solução de backup e recuperação de dados pelo período de 12 (doze) meses.

### QUESTIONAMENTO

#### EXIGÊNCIA DE ATESTADOS ESPECÍFICOS COM MÍNIMO QUANTITATIVO

##### *“5 - QUALIFICAÇÃO TÉCNICA*

*5.1 - Para fins de qualificação técnica, deverá ser apresentado no mínimo, 1 (um) atestado que contemple serviço de backup e recuperação de dados NETBACKUP PLATFORM BASE COMPLETE ED XPLAT 1 FRONT END TB ONPREMISE STANDARD PERPETUAL LICENSE, fornecido por pessoa jurídica de direito público ou privado, que comprove a aptidão da licitante para a execução da contratação de forma compatível com as características do objeto indicadas no Termo de Referência - ANEXO 1, assegurando que a empresa possui experiência e capacidade técnica para a execução do objeto desta licitação.*

*5.2 - O(s) atestado(s) deve(m) ser emitido(s), preferencialmente, em papel timbrado da empresa/instituição contratante, assinado por seu representante legal, discriminando o teor da contratação, cargo e número de telefone institucional para contato do emitente.*

*5.3 - O(s) atestado(s) deverá(ão) contemplar a quantidade de pelo menos 50% (cinquenta por cento) dos quantitativos previstos no Termo de Referência – ANEXO 1.”*

1. O edital em análise nos itens transcritos acima, exige que o Licitante apresente atestados comprovando mínimo quantitativo de fornecimento do produto licitado.
2. Entretanto, essas exigências não encontram previsão na Lei 8666/93, principal diploma que norteia os procedimentos licitatórios, a qual, inclusive, coíbe a prática de atos que sejam tendenciosos ou frustrem o caráter competitivo dos certames.
3. Ora, a consequência direta da exigência em comento também é a limitação de participantes.
4. Ainda, o rol de documentos exigidos dos licitantes, conforme previsto nos artigos 27 a 31 da Lei 8.666/1993 é taxativo, o que fica evidenciado pelo emprego do legislador dos termos





‘exclusivamente’ (art. 27, caput, Lei 8.666/1993) e ‘limitar-se-á’ (art. 30, caput e 31, caput, da Lei 8.666/1993).

5. Assim não é possível exigir do licitante outros documentos além daqueles elencados nos mencionados dispositivos legais.

6. Isso porque as exigências nos processos licitatórios têm como parâmetro fundamental o art. 37, XXI, da Constituição Federal, que limita as exigências de qualificação técnica e econômica às ‘indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações’, com o objetivo evitar a restrição da competitividade do certame.

7. Neste mesmo sentido já se manifestou o Tribunal de Contas da União, sendo ponto pacífico na jurisprudência desta Corte. Vejamos.

- No item 9.2.1. do Acórdão 5.508/2009 – 2ª Câmara, o Tribunal determinou a Prefeituras Municipais que, em licitações envolvendo recursos federais, ‘atenham-se ao rol de documentos para habilitação definido nos artigos 27 a 31 da Lei 8.666/1993, sem exigir nenhum elemento que não esteja ali enumerado’.
- No item 9.1.2. do Acórdão 1.745/2009 – Plenário, o Tribunal determinou a uma entidade federal que ‘abstenha-se de exigir das licitantes interessadas como condição para habilitação documentos não previstos nos arts. 27 a 31 da Lei nº 8.666/1993’.
- No item 9.3.2.3. do Acórdão 1.731/2008 – Plenário, o Tribunal determinou a um órgão federal que ‘abstenha-se de prever, como exigência de habilitação, requisitos que não estejam contemplados nos arts. 28 a 31 da Lei nº 8.666/93, por ausência de amparo legal e por restringir a competitividade da licitação, em afronta ao disposto no art. 3º, § 1º, inciso I, da referida lei’.

8. Temos que a exigência em comento não está prevista em nenhum dos dispositivos da Lei 8.666/1993 que regulam a habilitação jurídica, a qualificação técnica, a qualificação econômico-financeira e a regularidade fiscal ou trabalhista, devendo, portanto, ser rechaçada.

9. Ainda, destaca-se que seguiram na mesma linha do acima disposto os entendimentos proferidos em Nota Técnica nº 03/2009 – SEFTI/TCU cujo objeto era firmar entendimento da Sefti sobre a regularidade de se exigir das licitantes credenciamento pelo fabricante. Vejamos.

*Entendimento I. Nas licitações para contratação de bens e serviços de tecnologia da informação, via de regra, não é requisito técnico indispensável à execução do objeto a*





*exigência de que as licitantes sejam credenciadas pelo fabricante (Constituição Federal, art. 37, inciso XXI; Lei nº 8.666/1993, art. 30, inciso II, art. 56, arts. 86 a 88 e Acórdão nº 1.281/2009 – TCU – Plenário, item 9.3).*

*Entendimento II. A exigência, em editais para contratação de bens e serviços de tecnologia da informação, de credenciamento das licitantes pelo fabricante, via de regra, implica restrição indevida da competitividade do certame (Lei nº 8.666/1993, art. 3º, § 1º, inciso I, art. 6º, inciso IX, alíneas “c” e “d”, art. 44, § 1º; Lei nº 10.520/2002, art. 3º, inciso II e Acórdão nº 1.281/2009 – TCU – Plenário, item 9.3) e atenta contra a isonomia entre os interessados (Constituição Federal, arts. 5º, caput, 37, inciso XXI e Lei nº 8.666/1993, art. 3º, caput).*

10. Por todo o exposto, temos que a exigência em comento não está prevista em nenhum dos dispositivos da Lei 8.666/1993 que regulam a habilitação jurídica, a qualificação técnica, a qualificação econômico-financeira e a regularidade fiscal ou trabalhista, devendo, portanto, ser rechaçada.

11. Ainda, se apesar de todo exposto este r. Órgão decidir por manter as exigências transcritas nos itens acima, necessário elencar que a sistemática adotada pela Lei nº 8.666/93, na etapa de habilitação, entre outros aspectos, a Administração deverá analisar a qualificação técnica dos licitantes, com o objetivo de aferir se dispõem de conhecimento, experiência e aparelhamentos técnico e humano suficientes para satisfazer o contrato a ser celebrado.

12. Para isso, a Lei de Licitações autoriza a Administração a exigir a comprovação da capacitação técnico-operacional, nos termos de seu art. 30, inc. II, e a comprovação da capacitação técnico-profissional, de acordo com seu art. 30, § 1º, inc. I.

13. No primeiro caso (capacitação técnico-operacional), a experiência a ser verificada é a da pessoa licitante, devendo comprovar, enquanto organização empresarial, sua aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação.

14. Não obstante o silêncio legal, o TCU reconheceu, por meio da publicação da Súmula nº 263, que:

*“para a comprovação da capacidade técnico-operacional das licitantes, e desde que limitada, simultaneamente, às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado, é legal a exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes, devendo*





*essa exigência guardar proporção com a dimensão e a complexidade do objeto a ser executado.”*

15. Mas, ao mesmo tempo, a Corte de Contas também adverte que cumpre ao administrador, diante de cada caso, examinar a natureza do objeto a ser contratado e avaliar se a fixação dessa condição se mostra necessária para aferição da qualificação técnico-profissional, devendo, se positivo, expor as justificativas que assim demonstram e atentar para preservar a competitividade da licitação ao máximo possível, mas sem deixar de resguardar o interesse da Administração em contratar empresa que tenha efetivamente condições técnicas de executar o contrato satisfatoriamente.

16. Em consonância com essa ordem de ideias, o TCU determinou, no Acórdão nº 3.070/2013 – Plenário, que a unidade jurisdicionada, **“em futuras licitações, ao exigir quantitativos mínimos para fim de comprovação da capacidade técnico profissional das licitantes (art. 30, § 1º, inc. I, da Lei nº 8.666/93), apresente a devida motivação dessa decisão administrativa, evidenciando que a exigência é indispensável à garantia do cumprimento da obrigação a ser assumida pela vencedora do certame.”** (grifos nossos)

17. Para tanto, ao exigir quantitativos mínimos para fim de comprovação da capacidade técnico-profissional das licitantes (art. 30, § 1º, inc. I, da Lei nº 8.666/93), cumpre à Administração apresentar motivação no próprio processo licitatório, capaz de evidenciar que essa exigência é indispensável à garantia do cumprimento da obrigação a ser assumida pela vencedora do certame.

18. Diante de todo o exposto, em respeito aos princípios da Legalidade, da Ampla Concorrência e da Isonomia, entendemos que, tendo em vista a afronta à legislação vigente, bem como ao entendimento do TCU e da SEFTI, não se aplicam os itens transcritos acima que exigem comprovação de mínimo quantitativo de fornecimento do produto licitado.

Estão corretos os nossos entendimentos?

#### RESPOSTA:

Empresa questiona o item 5.1 e seguintes do edital em comento, que exige, a título de qualificação técnica, a apresentação de no mínimo 1 atestado que “contemple serviço de backup e recuperação de dados NETBACKUP PLATFORM BASE COMPLETE ED XPLAT 1 FRONT END TB ONPREMISE STANDARD PERPETUAL LICENSE, fornecido por pessoa jurídica de direito





público ou privado, que comprove a aptidão da licitante para a execução da contratação de forma compatível com as características do objeto indicadas no Termo de Referência - ANEXO 1, assegurando que a empresa possui experiência e capacidade técnica para a execução do objeto desta licitação”.

O questionamento se embasa no entendimento de que a exigência de comprovação de quantitativo mínimo de fornecimento do produto licitado não encontraria respaldo na Lei nº 8.666/93, lei essa que traria de forma taxativa as exigências possíveis em um certame.

A exigência presentificada no item 5.1 e seguintes do edital refere-se à qualificação técnica-operacional do licitante. Essa exigência tem por intuito demonstrar à Administração Pública que a empresa possui capacidade para a prestação a ser posteriormente contratualizada.

Este Tribunal de Contas, por meio do PARECER/CONSULTA TC-020/2017 – PLENÁRIO, respondendo consulta formulada pela Prefeitura Municipal de Vitória, pacificou ser possível a exigência. Senão vejamos o seguinte excerto:

#### 1.2- Quanto ao MÉRITO:

##### 1.2.1 PRIMEIRO QUESTIONAMENTO

*a) em que pese já ter sido exposto no parecer técnico o posicionamento jurisprudencial adotado pelo Tribunal de Contas da União e STJ, acerca do tema discorrido, solicito que seja a presente consulta conhecida, com vistas a ser explicitado por esse Tribunal quanto ao posicionamento adotado frente a tese apresentada, referente à legalidade da exigência contidas nos editais de licitação quanto à comprovação da capacidade técnica operacional pelas empresas licitantes;*

*É possível a exigência de atestado de capacidade técnico-operacional, desde que respeitada a letra do artigo 30, inciso II da Lei 8.666/93, que exige que essa comprovação seja compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e que o objeto licitado apresente grau de complexidade significativo, o que necessariamente será motivado pela Administração, já que a permissão de se exigir dito atestado em qualquer circunstância pode caracterizar indevida restrição à competitividade, destacando-se que o enquadramento do objeto como de complexidade significativa é competência da órgão licitante, em cada caso concreto, enquadramento esse sujeito à fiscalização por parte desta Corte de Contas, nos termos regimentais.*





### 1.2.2 SEGUNDO QUESTIONAMENTO

*b) dentro da mesma celeuma, é pacífico o entendimento quanto à legalidade da Administração Pública, nos editais de licitação, adotar critérios de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes, para a consecução do objeto pretendido pela Administração, com observância ao princípio da razoabilidade.*

*É possível adotar, nos editais de licitação, critérios de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes, para a consecução do objeto pretendido pela Administração, com observância ao princípio da razoabilidade, desde que expressamente justificados.*

#### PARECER/CONSULTA TC-020/2017 – PLENÁRIO

A íntegra desse parecer em consulta pode ser visualizada no seguinte endereço eletrônico:  
<https://www.tcees.tc.br/wp-content/uploads/2018/03/PC020-17.pdf>

Deve-se destacar que os pareceres em consulta, conforme previsão constante do § 4º do artigo 122 da Lei Complementar Estadual nº 621/2012, possui caráter normativo, constituindo-se em prejulgamento da tese. Ou seja, obrigam as Administrações Públicas de todos os entes e órgãos de âmbito estadual e municipal, no Estado do Espírito Santo, estando incluso nessa obrigatoriedade o próprio Tribunal de Contas. Redação legal abaixo:

*Art. 122. O Plenário decidirá sobre consultas quanto às dúvidas suscitadas na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes à matéria de sua competência, que lhe forem formuladas pelas seguintes autoridades:*

*(...)*

*§ 4º O parecer em consulta possui caráter normativo e constitui prejulgamento da tese, mas não de fato ou caso concreto.*

A exigência constante do item 5.1 do edital guarda pertinência com o objeto contratado, fazendo remissão à compatibilidade com as características do objeto indicadas no Termo de Referência - ANEXO 1, para assegurar que a empresa possui experiência e capacidade técnica para a execução do objeto desta licitação. A exigência foi motivada pelo Termo de Referência 065/2020 do Processo TC nº 4696/2020, que detalhou as exigências relacionadas ao objeto.

No nosso entendimento, a exigência questionada do edital do PE nº 013/2020 em nada contrasta com a redação da Súmula nº 263 do Tribunal de Contas da União. Para reforçar este argumento apresentamos a jurisprudência dominante do TCU, cujas decisões sobre





**TRIBUNAL DE CONTAS DO  
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

Comissão de Pregão – CPP

qualificação técnico-operacional da empresa, estabelece o limite quantitativo de 50% (cinquenta por cento) para comprovação de experiência anterior na execução de contratações de bens ou serviços. Utilizando outras palavras, os órgãos públicos devem se abster de fixar em instrumentos convocatórios a exigência de atestado de capacidade técnica que comprove execução superior a 50% (cinquenta por cento) do quantitativo total do objeto que será futuramente contratado (TCU, Acórdão nº 1.052/2012 – Plenário, Acórdão nº 737/2012 – Plenário, Acórdão nº 1.284/2013 – Plenário, Acórdão nº 2.383/2007 – Plenário, Acórdão nº 2.462/2007 – Plenário, Acórdão nº 1.636/2007 – Plenário).

Diante de todo o exposto, a exigência do item 5.1 do edital do Pregão Eletrônico Nº: 13/2020 encontra respaldo no art. 30, inciso II da Lei nº 8.666/93, no Parecer Consulta nº 020/2017 – Plenário TCEES, assim como a jurisprudência dominante do TCEES, não sendo razoável exigir que a Administração Pública contrate empresa que não tenha experiência em relação ao objeto que irá executar.

Atenciosamente,

Vitória, 16 de novembro de 2020.

GUILHERME NUNES - Pregoeiro Oficial

Assinado eletronicamente - Instrução Normativa TC nº 35/2015



+55 27 3334-7600



[www.tcees.tc.br](http://www.tcees.tc.br)



@tceespiritossanto



Rua José de Alexandre Buaiz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913