



**MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
UNIVERSIDADE FEDERAL DOS VALES DO
JEQUITINHONHA E MUCURI**

**DIVISÃO DE LICITAÇÕES
BR 367, nº 5000 Alto da Jacuba
Diamantina - Minas Gerais - 39100-000
(38) 3532 1260**



Resposta à impugnação apresentada pela empresa Construtora Única Ltda:

Concorrência 029/2011

Objeto: Contratação de empresa especializada para realização de obras de arquibancada e área de apoio à pista de atletismo da UFVJM - Campus JK - Diamantina (MG)

A questão que está sendo enfocada gira em torno da licitude da exigência editalícia da comprovação da capacidade técnica específica da empresa, que é feita por meio de atestados de sua experiência anterior, medida pelo histórico de suas atuações em outros contratos, através da comprovação de quantitativos mínimos definidos em edital.

Bom, primeiro temos que considerar que a licitação visa selecionar os mais bem preparados para atenderem as diversas necessidades da sociedade, manifestados pelos diversos órgãos que compõe a estrutura da Administração Pública. Logo, há que existir requisitos mínimos, indispensáveis e razoáveis dos interessados de modo a que não haja, ou pelo menos, que seja minimizado, os riscos de uma má contratação, o que o poderia acarretar em sérios danos às pessoas e ao patrimônio público, conforme o caso.

O art. 30 da Lei 8.666/93, ao elencar as exigências habilitatórias afetas à capacitação técnica dos licitantes, estabelece a possibilidade de ser comprovada a capacidade técnica-operacional do licitante (pertinente à empresa), bem com a capacidade técnica-profissional (relativa ao profissional integrante dos quadros permanentes da empresa e indicado como responsável técnico pela obra ou serviço).

De fato, assim preceitua o Diploma Legal Licitatório:

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

I – (...)

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".

O §1º do mesmo artigo dispõe que a comprovação de aptidão referida no inc. II do caput deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados no CREA.

Existe, ainda, a capacidade técnico-profissional, prevista no inc. I do §1º do art. 30, que é a "comprovação do licitante possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas (entendemos quantidades de atestados) e prazos máximos".

Portanto, nos termos da lei, subsiste a viabilidade de se exigir tanto a capacidade técnica-operacional, quanto a capacidade técnico-profissional da licitante.

Esclareceremos de início a questão da capacidade técnica profissional:

Além da aptidão da empresa, comprovável em função de sua experiência, a Administração deve exigir comprovação da "capacitação técnico-profissional", nos termos do § 1º do mesmo art. 30.

Quanto a questão da capacidade técnica operacional:

O saudoso mestre Hely Lopes Meirelles, in Direito Administrativo, 20ª ed., 1995, p. 270, assim preleciona:

"A comprovação da capacidade técnico-operacional continua sendo exigível, não obstante o voto aposto à letra "b" do § 1º do art. 30. Na verdade, o dispositivo vetado impunha limitação a essa exigência e a sua retirada do texto legal deixou a critério da entidade licitante estabelecer, em cada caso, as exigências indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações, exigências, essas, que devem ser pertinentes e compatíveis com o objeto da licitação"

Carlos Pinto Coelho Motta, in Eficácia nas Licitações e Contratos, 1994, p. 149, para reforçar a sua interpretação do art. 30, cita na íntegra as seguintes conclusões do Prof. Antônio Carlos Cintra do Amaral, no seu parecer intitulado "Qualificação Técnica da empresa na nova Lei de Licitações e Contratos

Administrativos", separata da Revista Trimestral de Direito Público, nº 5, Malheiros Editores:

"1. Para efeito de qualificação técnica de empresas licitantes, a Administração deve, com base na Lei 8.666/93, exigir atestados referentes à sua capacitação técnica, com vistas à "comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação" (art. 30, II).

"2. A Lei 8.666/93 não estabelece limites para exigências quanto à capacitação técnico-operacional de empresas licitantes, devendo tais limites, portanto, ser estabelecidos em cada caso, levando-se em conta a pertinência e compatibilidade a que se refere o inciso II do art. 30, bem como a noção de indispensabilidade, contida no inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal. Quanto à "capacitação técnico-profissional", a lei estabelece limites para exigências referentes às características (parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação) e veda exigências referentes a quantidades mínimas (de atestados) ou prazos máximos (§ 1º do art. 30)".

Nesse sentido são as palavras de Marçal Justen Filho, in Comentários a Lei de Licitações e Contratos Administrativo, 1994, p. 174, verbis:

"Na linha de proibir cláusulas desarrazoadas, a Lei veda expressamente a exigência de prazo mínimo no exercício de atividades, desempenho de atividades em certos locais, etc (§ 5º). **Isso não significa vedar a exigência de experiência anterior na execução de contratos similares.**"

Impende ressaltar que exercendo o seu mister, o Egrégio Tribunal de Contas da União ao apreciar o Processo nº TC 009.987/94-0, referente à Representação apresentada pelo CREA-SP, prolatou a Decisão nº 395/95 - Plenário, publicada no D.O.U. de 28.08.95, abordando o tema de maneira percutiente, e com proficiência firmou entendimento do qual reproduzimos alguns pontos da indigitada Decisão:

"22. ... o que se quer garantir é a segurança jurídica dos contratos firmados pela administração pública, inclusive, para que não haja solução de continuidade na prestação dos serviços públicos.

27. Todavia, é importante considerar certos fatores que integram, de forma absoluta, a finalidade de determinadas licitações e, nesse contexto, estão incluídos os casos em que para a realização de obras ou serviços de grande complexidade não podem ser dispensados o conhecimento técnico especializado nem a comprovação de experiência e capacitação operativa para cumprir o objeto do contrato".

O texto extraído do parecer do Procurador Paulo Soares Bugarin, nos autos alusivos à Decisão nº 395/95 também é esclarecedor:

"A execução de obras trata-se de serviço eminentemente técnico e, como tal, deve exigir a participação de profissionais especializados aliada à capacitação

operativa da empresa a ser contratada, principalmente em se tratando de Administração Pública, quando há desdobramento de problemas econômicos e administrativos, ligados ao fluxo de recursos disponíveis ou à liberação de áreas físicas, ou, ainda, a prioridades de atendimento ou a problemas estruturais do órgão ou entidade estatal.

Conforme estabelece a Constituição Federal, em seu artigo 37, inciso XXI, há permissão, nas licitações públicas, de exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações, pois caracterizam-se como instrumentos eficazes de garantia para a boa conservação das obras públicas.

O exame do disposto no art. 37, XXI da Constituição Federal, e sua parte final, referente a “exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”, revela que o propósito aí objetivado é oferecer iguais oportunidades de contratação com o Poder Público, não a todo e qualquer interessado, indiscriminadamente, mas sim, apenas a quem possa evidenciar que efetivamente dispõe de condições para executar aquilo a que se propõe.

O Egrégio TCU proferiu a Decisão nº 285/2000-TCU-Plenário, referente ao TC-011.037/99-7, DOU Seção de 04.05.2000, págs. 105/107, em que o Relator Min. ADHEMAR PALADINI GHISI, revendo o seu posicionamento, assim se expressou:

5."A verificação da qualificação técnica, conforme consta do art. 30 da Lei nº 8.666/93, bem como da econômica, tem por objetivo assegurar que o licitante estará apto a dar cumprimento às obrigações assumidas com a Administração, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, não podendo a sua comprovação ser feita mediante a formulação de exigências desarrazoadas, que comprometam a observância do princípio constitucional da isonomia.

6.Com efeito, na linha defendida pela Decisão nº 767/98 – TCU – Plenário, há que ser entendido que o inciso II do art. 30 da Lei nº 8.666/93 pode ser dividido em duas partes. Uma relativa ao licitante e outra ao pessoal técnico que integra o seu corpo de empregados. A primeira, que cuida da comprovação de aptidão do interessado para o 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 refere-se, pois, no presente caso, à pessoa jurídica. A outra, qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos, dirige-se especificamente aos seus profissionais.

9.Considerando, pois, que a indicação do pessoal técnico e as exigências da comprovação de sua qualificação são necessárias, porém não suficientes, a habilitar tecnicamente o interessado, cabe identificar a melhor forma de atender aos comandos constitucional e legal que determinam a aferição da capacidade de o licitante cumprir as obrigações assumidas.

Citando, a seguir, Marçal Justen Filho, concluiu o Relator que a exigência de atestado de capacitação técnica da empresa "é perfeitamente compatível e amparada legalmente".

(...) Em última análise, não se busca apenas a solução objetiva para impasses, mas se percebe a capacidade subjetiva de enfrentá-los e resolvê-los – especialmente quando novos e desconhecidos. Presume-se que a capacidade de resolver problemas é ampliada através da experiência. Aquele que dispõe de conhecimento técnico, de natureza teórica, está preparado para resolver as dificuldades conhecidas e descritas nos livros. Mas estará pouco habilitado para enfrentar o desconhecido, resultado da riqueza das circunstâncias do mundo em que vivemos.

O futuro não é mera repetição do passado e a experiência se torna relevante não porque o sujeito já conheceria todos os problemas, mas porque desenvolveu a capacidade de encontrar soluções. Para indicar esse ângulo da questão, pode-se usar a expressão experiência-qualificação.

É evidente que a questão da habilitação na licitação se relaciona com a "experiência-qualificação". Não se trata de investigar se os licitantes seriam titulares de "conhecimento técnico". ... A exigência de experiência anterior, alicerçada na regra do art. 30, inc. II, da Lei nº 8.666, não se restringe à titularidade de conhecimento técnico para executar o objeto. A disposição autoriza limitar o acesso ao certame apenas aos licitantes titulares de experiência-qualificação. (...)

Mas experiência-qualificação não apresenta natureza jurídica idêntica à da inteligência. Enquanto essa é qualidade intrínseca do ser humano, a experiência-qualificação pode ser adquirida por organizações empresariais. Não apenas as pessoas físicas, mas também as empresas acumulam potencial para enfrentar e vencer problemas.

Toda a doutrina reconhece que a conjugação de esforços permanente e a interiorização de valores comuns produz organizações estáveis, cuja existência transcende os indivíduos que a integram. ... (...) O desempenho profissional e permanente da atividade empresarial conduz ao desenvolvimento de atributos próprios da empresa. Um deles seria sua capacidade de executar satisfatoriamente encargos complexos e difíceis.

Pode-se utilizar a expressão "capacitação técnica operacional" para indicar essa modalidade de experiência-qualificação, relacionada com a ideia de empresa. Não se trata de haver executado individualmente uma certa atividade, produzida pela atuação de um único sujeito. Indica-se a execução de um objeto que pressupõe a conjugação de diferentes fatores econômicos e de uma pluralidade (maior ou menor) de pessoas físicas (e, mesmo, jurídicas).

(...) Enfim, lei proibindo providências necessárias a salvaguardar o interesse público seria inconstitucional. Se exigências de capacitação técnico-operacional são indispensáveis para salvaguardar o interesse público, o dispositivo que as proibisse seria incompatível com o princípio da supremacia

do interesse público. Diante disso, deve-se adotar para o art. 30, interpretação conforme a Constituição.

A ausência de explícita referência, no art. 30, a requisitos de capacitação técnico-operacional não significa vedação à sua previsão. (...) A Lei proíbe requisitos de quantidades mínimas ou prazos máximos, o que tem que ser interpretado em termos. **É claro que a vedação examinada não exclui o dimensionamento numérico da experiência anterior, para fins de fixação da equivalência ao objeto licitado.**

Ou seja, admite-se exigência de experiência anterior na execução de obras ou serviços similares. Isso envolve uma certa dificuldade, pois a similitude tanto envolve questões “qualitativas” quanto “quantitativas”. Pode-se avaliar a experiência anterior quer tendo em vista a natureza (qualitativa) da atividade como também em função das quantidades mínimas ou dos prazos máximos na execução de prestações similares.

Nesse aspecto, conforme salientado por Marçal Justen Filho, a comprovação estará sempre relacionada à experiência anterior, nos limites consagrados no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal. Caberá, assim, ao aplicador da lei fazê-lo, observando que as exigências não poderão ser de tal ordem que superem ou sejam desnecessárias ao objeto pretendido, sob pena de, aí sim, comprometer o princípio da isonomia.

Na verdade, a exemplo do disposto no § 1º, inciso I, e § 2º do art. 30, o **atestado pode ser solicitado fazendo referência às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação.** Esta é a redação dos itens atacados, não representando, pois, afronta à Lei.

Assim, o que se busca efetivamente através da licitação é uma disputa justa entre os interessados concorrentes, com o objetivo final de se obter a oferta mais proveitosa e lucrativa.

Ora, ocorre que para se chegar a tanto por óbvio a Administração Pública deve se cercar de todas as garantias possíveis, pois é o dinheiro da comunidade que será gasto. Portanto, não basta selecionar o melhor preço, urge se saber, também, se a empresa-candidata se acha mesmo em condições econômicas, estruturais e técnicas para desenvolver os trabalhos que serão contratados.

É oportuno ainda alertar para o fato de que, na prática licitatória, temos conhecimento de casos em que, sendo solicitado, por alguns órgãos públicos, apenas a comprovação de capacitação técnico-profissional da licitante, ocorreram inúmeros prejuízos à conclusão de obras daí decorrentes. Isso se deu porquanto algumas empresas, de má-fé, “compravam” o acervo técnico dos profissionais, contratando-os com data retroativa à da abertura da licitação e, por certo, não lograram êxito em concluir satisfatoriamente a obra, uma vez que não possuíam a qualificação técnica necessária.

É exatamente para salvaguardar o interesse público de ocorrências dessa natureza, que a lei admite que se verifique a qualificação tanto da empresa, quanto de seu responsável técnico, para efeitos habilitatórios.

Sequer poder-se-ia afirmar, neste caso, que as exigências editalícias seriam restritivas à competição, nos termos do art. 3º, §1º, inc. I da Lei 8.666/93.

Com efeito, proclama o mencionado artigo:

"§1º do art. 3º. É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas e condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabelecem 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***" (grifo nosso).

O que o dispositivo visa coibir é a exigência infundada, dirigida exclusivamente a privilegiar alguns e afastar outros licitantes, sem qualquer justificativa. No entanto, não fere a competição a exigência de requisitos que, de fato, sejam necessários no caso concreto, face ao objeto a ser contratado".

Ainda convém ponderar que, no que tange aos quantitativos, assim se manifesta a doutrina, ao tratar da capacitação do profissional:

"Existem situações em que o fator quantitativo é relevante, para fins de qualificação técnico-profissional. É inviável reputar que um particular detém qualificação técnica para serviço de trezentas máquinas simplesmente por ser titular de bom desempenho na manutenção de uma única máquina. A Lei consagrou preconceito insustentável, pois a boa execução anterior de quantidades mínimas e (ou) com prazos máximos pode ser a única forma de evidenciação da qualificação técnico-profissional. Seria reprovável a exigência anterior com quantidades mínimas ou prazos máximos se isso fosse desnecessário para comprovação da qualificação técnica do sujeito, em função das peculiaridades do objeto licitado".(cf. Marçal Justen Filho, Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 5ª ed., Dialética, p. 311) (grifamos).

Além disso, entendemos muito mais objetivo o critério afeto à definição de um quantitativo específico (logicamente desde que o mesmo seja proporcional ao objeto licitado), do que a previsão genérica de alguns editais, no sentido de se demonstrar execução de obra ou serviço "pertinente", "compatível" e "semelhante", o que pode levar, não raro, à subjetividade de julgamentos, ao arreio da lei".

Ao final vimos esclarecer:

1. A exigência da qualificação técnica profissional e operacional se refere aos itens de maior relevância e valor significativo da obra, cuja definição está, exclusivamente, a cargo do responsável técnico da UFVJM.
2. A conclusão é que podem ser estabelecidos quantitativos mínimos nos atestados de capacidade, entretanto, em cada caso concreto, deverá ser verificado se as exigências estabelecidas são pertinentes e necessárias para que a administração tenha as garantias necessárias que aquela empresa possui as condições técnicas para a boa execução dos serviços.
3. Estão consignados, no processo, expressa e publicamente, com vistas a qualquer interessados, os motivos de nossas exigências, demonstrando que os parâmetros fixados são necessários, suficientes e pertinentes ao objeto licitado.
4. Assim sendo a exigência de atestados não implica restrição ao caráter competitivo do certame, não podendo ser dispensada, sem comprometer a qualidade na execução do objeto licitado.
5. Alega a impugnante que “os serviços apontados no edital com exigência de quantidade mínima são serviços comuns **executados por qualquer construtora** (grifo nosso) que tenha o mínimo de experiência em execução de obras civis” e “Se prevalecer o edital, a impugnante, que já construiu prédios de até 05 andares, e que está, inclusive construindo um prédio de 04 andares (prédio da Odontologia) para a própria UFVJM, com quantidade mínimas superiores às exigidas no edital impugnado (a impugnante não completou seu raciocínio)”. Ora, se a impugnante, conforme declaração, alega que já construiu prédios de até 05 andares, que construiu com quantidades mínimas superiores às exigidas no edital impugnado e tem capacidade técnica para tal, basta que comprove através dos atestados de capacidade técnica, referentes aos empreendimentos citados.
6. Além do que a impugnante deve ater às cláusulas do edital para o qual pretende concorrer.
7. A UFVJM resolveu rever seu posicionamento e buscar, nos fundamentos legais, possibilidade de selecionar licitantes com capacidade técnica suficiente para atender aos interesses públicos, após más experiências nas contratações referentes aos anos de 2009 e 2010, nas quais várias empresas que iniciaram suas obras, nos referidos anos, não cumpriram com o cronograma físico-financeiro e outras que ao final abandonaram as obras sem a devida conclusão, trazendo transtornos e prejuízos ao planejamento de suas atividades.
8. Com relação a alegação de que, “os critérios utilizados pela UFVJM para estabelecimento de quantidades mínimas não são fixos”, não assiste razão a impugnante uma vez que conforme pode ser comprovado em informações disponíveis no processo licitatório foi utilizada uma margem entre 50 e 70% dos quantitativos planilhados, devendo ser observadas obras em que constam mais um prédio.
9. Com relação ao item 7.2 do edital, onde está expresso “Os quantitativos indicados nas planilhas anexas a este edital são meramente estimativos, não acarretando à Administração da UFVJM qualquer obrigação quanto à sua execução ou pagamento” diz respeito à possibilidade prevista no

art. 65, § 1º da Lei 8.666/93 que permite à Administração suprimir ou acrescer quantitativos na ordem dos percentuais previstos.

Após todo o acima exposto, indeferimos a impugnação apresentada mantendo-se inalteradas todas as cláusulas do edital referente à Concorrência 029/2011.

Em: 29/11/2011

Gildásio Antônio Fernandes
Presidente da Comissão de Licitação

Lucas Ethiene da Silva Moreira
Membro

Elcia Maria Ferreira de Souza
Membro

GARCIA, Gisele Clozer Pinheiro, NEME, Cláudio, http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4758 acessado em 20/10/2011

GARCIA, Gisele Clozer Pinheiro. **Licitação: vedação de quantitativos quanto à capacidade técnico-profissional da licitante na fase de habilitação. Determinações do CREA em relação ao acervo técnico. Considerações pertinentes.** Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 967, 24 fev. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7991>>. Acesso em: 17 out. 2011.

SILVA, Wálteno Marques da; SILVA, Gustavo Henrique Trindade da. **TCU unifica entendimento do seu colegiado. sobre a legalidade da exigência editalícia da comprovação da capacitação técnico-operacional e técnico-profissional em licitação.** Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 44, 1 ago. 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/430>>. Acesso em: 17 out. 2011.