



RESPOSTA À IMPUGNAÇÃO

Pregão 114/2018

Processo licitatório 1059/2018

Objeto: registro de preços para manutenção predial.

Trata-se de impugnação administrativa protocolada pela empresa Construtora Sinarco LTDA, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o n. 03367118/0001-40.

Nos termos do art. 41, §2º da Lei 8.666/93 e da cláusula 3.1 do edital, recebo a presente impugnação, pois presentes os seus pressupostos de admissibilidade.

Alega a impugnante que é detentora de inquestionável acervo técnico; que somente se fazem possíveis requisitos de habilitação indispensáveis à esmerada execução do objeto; que, apesar dos quantitativos estarem de acordo com o percentual jurisprudencial, exige a comprovação técnico-operacional em todos os itens do termo de referência; que não há complexidade para as referidas exigências; que a capacidade deve se restringir aos itens de maior relevância e valor significativo; que não deve prosperar o conteúdo do item 8.4.2.1, pois o mesmo restringe a participação de empresas aptas; que tais exigências são ilegais; que os itens de maior relevância indicados ferem os princípios da impessoalidade, legalidade e igualdade. Solicita, ao final, a reforma do texto dos itens questionados, com adequação à legislação.

É o breve relatório. Passo a decidir.

A capacidade técnica-operacional consiste na qualidade pertinente às empresas que participam da licitação. Envolve *“a comprovação de que a empresa, como unidade jurídica e econômica, participara anteriormente de contrato cujo objeto era similar ao previsto para a contratação almejada pela Administração Pública (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 686)”*. Já a capacidade técnica-profissional indica a existência de profissionais cujo acervo técnico conste a responsabilidade pela execução de obra similar àquela pretendida pela Administração (Ibid).

Tal interpretação é decorrente da conjugação do inciso II do caput do art. 30 com seu § 1º, sendo lícito à Administração exigir experiência anterior ao menos em serviços similares àqueles licitados. Tal exigência encontra respaldo na doutrina de Marçal Justen Filho, que assim dispõe:

É relevante apurar a idoneidade do licitante e submeter sua participação à comprovação objetiva de atuação satisfatória

P



anteriormente. Essa comprovação **não pode fazer-se apenas por via da capacitação técnica profissional**. Esse é um dos ângulos através do qual pode avaliar-se as condições de execução satisfatória do objeto licitado [...] Excluir a possibilidade de requisitos acerca de capacitação técnica operacional conduz, em termos gerais, a colocar em risco a execução satisfatória da futura contratação. (Ibidem, p. 695).

Excluir a possibilidade de requisitos acerca de capacitação técnico-operacional conduz, em termos gerais, a colocar em risco o interesse público. A administração Pública poderá contratar sujeito sem a experiência necessária a execução de certo objeto contratual. 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 à Constituição. A ausência de explícita referência, no art. 30, a requisitos de capacitação técnico-operacional não significa vedação à sua previsão. **A cláusula de fechamento contida no § 5º não se aplica à capacitação técnico-operacional, mas a outras exigências.** Destaque-se que a admissibilidade à exigência de requisitos de capacitação técnico-operacional foi explicitamente acolhida pelo C. Tribunal de Contas da União, como se vê da Decisão nº 432/96 (DOU 06.08.96, pp. 14.818/14.819) (...) Uma interpretação que se afigura excessiva é aquela de que a capacitação técnica operacional não pode envolver quantitativos mínimos, locais ou prazos máximos. Ou seja, admite-se a exigência de comprovação de experiência anterior, mas se proíbe que o edital condicione a experiência anterior relativamente a dados quantitativos, geográficos ou de natureza similar.

Esse entendimento deriva da aplicação da parte final do inc. I do § 1º, que explicitamente estabelece tal vedação. Ocorre que esse dispositivo disciplina específica e exclusivamente a capacitação técnica profissional. Ou seja, proíbe que a experiência anterior exigida dos profissionais seja restringida através de quantitativos, prazo e assim por diante. O inc. I do § 1º não se refere nem atinge a disciplina da qualificação técnica operacional. Logo, dele apenas se podem extrair regras acerca da qualificação técnica profissional. Nem seria o caso de aplicar o § 5º, que proíbe exigências não autorizadas por lei. Interpretado o dispositivo de modo literal, ter-se-ia de convir com a ilegalidade da exigência de capacitação técnica operacional – tese, aliás, à qual o autor se filiou no passado. Admitindo-se, porém,



que a lei admite exigências de capacitação técnica operacional, ter-se-á de convir que tal se dá através da previsão direta do próprio inc. II do art. 30. Ora, esse dispositivo explicitamente **autoriza exigência anterior 'compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação'**. Ou seja, o mesmo dispositivo que dá supedâneo à exigência de qualificação técnica operacional se refere a que deverá ele ser compatível em termos de quantidades, prazo e outras características essenciais ao objeto licitado. Logo, **se o objeto for uma ponte com quinhentos metros de extensão, não é possível que a Administração se satisfaça com a comprovação de que o sujeito já construiu uma 'ponte' – eventualmente, com cinco 5 metros de extensão**. Sempre que a dimensão quantitativa, o local, o prazo ou qualquer outro dado for essencial à satisfação do interesse público ou retratar algum tipo de dificuldade peculiar, a Administração estará no dever de impor requisito de qualificação técnica operacional fundado nesses dados. **Essa orientação passou a prevalecer no âmbito do TCU**, o qual hesitou quanto à melhor solução a adotar. Após algumas divergências, uniformizou-se a jurisprudência daquela Corte no sentido da **validade da exigência de quantitativos mínimos a propósito da experiência anterior**, desde que o aspecto quantitativo fosse aspecto essencial quanto à identificação do objeto licitado" (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Dialética, 9ª ed., p. 319 e 321).

Nesse diapasão, confirmam-se, aliás, a Súmula 263 do Tribunal de Contas da União e a Súmula 24 do Tribunal de Contas de São Paulo, respectivamente:

SÚMULA Nº 263/2011

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.

SÚMULA Nº 24 - Em procedimento licitatório, é possível a exigência de comprovação da qualificação operacional, nos termos do inciso II, do artigo 30 da Lei Federal nº 8.666/93, a ser realizada mediante



apresentação de atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, **admitindo-se a imposição de quantitativos mínimos de prova de execução de serviços similares, desde que em quantidades razoáveis**, assim consideradas 50% a 60% da execução pretendida, ou outro percentual que venha devida e tecnicamente justificado.

A exigência de capacitação técnica profissional e operacional, diga-se de passagem, encontra respaldo na legislação pátria e é requisito mínimo para garantia do interesse público. Se, por um lado, é importante favorecer a competição no certame licitatório possibilitando a participação do maior número possível de concorrentes, medida que irá refletir positivamente no preço da contratação, por outro não se deve olvidar que, conforme Hely Lopes Meireles:

Grande parte dos insucessos dos contratados na execução do objeto do contrato decorre da falta de capacidade operativa real, não verificada pela Administração na fase própria da licitação, que é a da habilitação dos proponentes" (Hely Lopes Meirelles, in "Licitação e Contrato Administrativo", Malheiros Editores, 12ª ed., 1.999, p. 130).

Há recomendação do TCU no sentido de que: ***“É obrigatório o estabelecimento de parâmetros objetivos para análise da comprovação (atestados de capacidade técnico-operacional) de que a licitante já tenha prestado serviços pertinentes e compatíveis em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação (art. 30, inciso II, da Lei 8.666/1993)”*** – Acórdão 361/2017 – Plenário.

A partir da delimitação de tais aspectos, cumpre analisar as alegações da impugnante. Alega que o Município exigiu a comprovação em todos os itens do Termo de Referência.

Em contato com a área técnica, recebemos a informação de que:



De acordo com Termo de Referência os itens constantes na planilha compõem o quantitativo de 249 itens no total, sendo que foi solicitado a comprovação técnica de 41 itens, portanto **16 % (por cento) do total de itens a serem licitados**, não sendo cabível a afirmação de que estejamos solicitando 100% (por cento) dos itens da licitação.

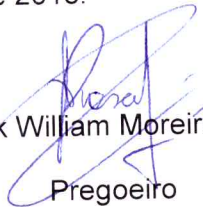
É possível que um mesmo objeto apresente diversas parcelas de relevância técnica e valor significativo. A própria literalidade da Lei nº 8.666/93 deixa clara essa possibilidade ao fazer menção a “parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação”. Assim, não merece prosperar a afirmação de que foi exigida a experiência prévia em todos os itens do objeto licitação, conforme informação da área técnica.

Nada obstante, é necessária verificar se os referidos itens são os mais relevantes da presente contratação. Sobre a hipótese, Marçal Justen Filho (2014, p. 591) explica que: “A Lei alude a parcelas de maior relevância técnica e valor significativo. Não se trata de requisitos cumulativos, mas é evidente a configuração da hipótese quando tal cumulação ocorre”.

A área técnica informou a este Pregoeiro que os itens indicados são os de maior volume de execução durante o contrato de manutenção predial – experiência observada nos anos anteriores pela Administração, e que representam os itens de maior complexidade técnica, sendo o conjunto de características e elementos indicados que individualizam e diferenciam o objeto e que representam risco mais elevado para a sua perfeita execução. Trata-se aqui da essência do objeto licitado, aquilo que é realmente caracterizador da obra ou do serviço, que é de suma importância para o resultado almejado pela contratação.

Desse modo, considerando a manifestação da área técnica. Eng. Rodrigo Teixeira de Oliveira, acerca da regularidade dos itens indicados – que foge ao conhecimento deste Pregoeiro, por ser eminentemente técnico – recebo a impugnação para, no mérito, negar-lhe provimento.

Pouso Alegre/MG, 18 de dezembro de 2018.


Derek William Moreira Rosa

Pregoeiro