



Processo nº. 8596/2022 (apenso nº014056/2022)

Ao Departamento de Licitações, Compras e Contratos - DLCC

Concorrência Pública Nº. 010/2022.

Trata-se de Impugnação aos Termos do Edital da Concorrência Pública nº. 010/2022, apresentada pela pessoa jurídica VITAE CONSTRUÇÕES E SERVIÇOS LTDA ME alegando, em síntese, a restrição da competitividade com a colocação de cláusulas ilegais, bem como a exigência de atestados de capacidade técnica referentes ao subitem 7.5 como item de maior relevância técnica e valor significativo do objeto licitado, tendo em vista que não é possível a vedação de soma de atestados técnicos.

Passo à análise.

Como sabido, o direito de participar de licitação consiste na faculdade de formular perante a Administração Pública uma proposta de contratação, não se tratando de um direito absoluto, devendo ser interpretado que o direito de licitar é reconhecido a todos aqueles que preencham os requisitos previamente definidos no edital e na legislação. Nesse sentido é a lição do professor Marçal Justem Filho:

O direito de licitar, ainda que abstrato, não é absoluto. É um direito condicionado, também na acepção definida pela doutrina processualista. O Direito de licitar se subordina ao preenchimento de certas exigências, previstas na lei e no ato convocatório.

Portanto, todo aquele interessado em participar da licitação deve preencher os requisitos estabelecidos no edital, não podendo querer se valer do argumento de que há restrição da competitividade para forçar sua participação no certame, quando não preenche nem mesmo os requisitos técnicos necessários a execução dos serviços a serem contratados pela administração.

Ressalte-se que compete a Administração, no exercício do poder discricionário a definição do objeto licitado, bem como as exigências cobradas dos licitantes para o desempenho dos serviços de forma eficaz e eficiente.



Para Marçal Justen Filho existe uma margem de discricionariedade para a Administração configurar, em cada caso, as exigências e os requisitos de participação. A validade da decisão administrativa quanto às exigências de participação dependerá de motivação satisfatória e suficiente.

Nesse sentido é o entendimento da jurisprudência pátria.

ADMINISTRATIVO. PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. PREGÃO. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO EDITAL. REQUISITO DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA NÃO CUMPRIDO. DOCUMENTAÇÃO APRESENTADA DIFERENTE DA EXIGIDA. 1. A Corte de origem apreciou a demanda de modo suficiente, havendo se pronunciado acerca de todas as questões relevantes. É cediço que, quando o Tribunal a quo se pronuncia de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos, não cabe falar em ofensa ao referidos dispositivos legais. Saliente-se, ademais, que o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão, como de fato ocorreu na hipótese dos autos. 2. O Tribunal de origem entendeu de forma escorreita pela ausência de cumprimento do requisito editalício. Sabe-se que o procedimento licitatório é resguardado pelo princípio da vinculação ao edital; esta exigência é expressa no art. 41 da Lei n. 8.666 /93. Tal artigo veda à Administração o descumprimento das normas contidas no edital. Sendo assim, se o edital prevê, conforme explicitado no acórdão recorrido (fl. 264), "a cópia autenticada da publicação no Diário Oficial da União do registro do alimento emitido pela Anvisa", este deve ser o documento apresentado para que o concorrente supra o requisito relativo à qualificação técnica. Seguindo tal raciocínio, se a empresa apresenta outra documentação - protocolo de pedido de renovação de registro - que não a requerida, não supre a exigência do edital. 3. Aceitar documentação para suprir determinado requisito, que não foi a solicitada, é privilegiar um concorrente em detrimento de outros, o que feriria o princípio da igualdade entre os licitantes. 4. Recurso especial não provido. (STJ - RECURSO ESPECIAL REsp 1178657 MG 2009/0125604-6 (STJ) Data de publicação. 08/10/2010) (grifamos)

Ementa. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. PREGÃO ELETRÔNICO. FÓRMULA DE CÁLCULO DIVERSA DA ESTABELECIDADA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO EDITAL. DECISÃO MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO. 1- Insurge-se a parte agravante contra decisão que denegou medida liminar em mandado de segurança, mantendo incólume o ato administrativo que determinou a



desclassificação da empresa agravante no certame por apresentar proposta menor que a mínima exigida pelo edital. 2- Contudo, a recorrente apresentou proposta diversa das regras estabelecidas no Edital do Pregão em comento, ofendendo, dessa forma, o princípio da vinculação ao edital consagrado no artigo 43, inciso IV, da Lei nº 8.666/93. 3- A decisão vergastada foi mantida por estar devidamente fundamentada, de modo a não permitir que a empresa Autora viesse a ofender a isonomia entre os licitantes com a apresentação de forma de cálculo diversa da prevista no instrumento convocatório. 4- Recurso conhecido e não provido. ACÓRDÃO, Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental, acorda a Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, em conhecer do recurso e negar-lhe provimento, nos termos do voto do Desembargador Relator. Fortaleza, 17 de agosto de 2015 Antônio Abelardo Benevides Moraes Presidente do Órgão Julgador DESEMBARGADOR WASHINGTON LUIS BEZERRA DE ARAUJO Relator (TJ-CE - Agravo de Instrumento AI 06205564420148060000 CE 0620556-44.2014.8.06.0000 (TJ-CE) Data de publicação: 17/08/2015) (sem grifos no original)

Assim, não sendo apresentado o competente atestado pela licitante não é possível a comprovação dos quantitativos exigidos.

Devemos rememorar que acerca da qualificação técnica, o artigo 30 da Lei nº 8666/93 prevê que,

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

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; (...)

§ 1º A comprovação de aptidão referida no inciso 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 nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a:

I - capacitação técnico-profissional, comprovação do licitante de 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 ou prazos máximos; (Grifei)

Durante algum tempo, perdurou nos órgãos de controle a possibilidade de se exigir ou não quantitativos mínimos no que tange as qualificações técnicas profissionais e operacionais, contudo, na lição de Hely Lopes Meirelles ela continuava sendo possível de ser exigida, vejamos.

A comprovação da capacidade técnico-operacional continua sendo exigível não obstante o veto oposto à letra b do §1º do art. 30. Na verdade, do dispositivo impunha limitações a essa exigência, e sua retirada do texto legal deixou a critério da entidade licitante estabelecer, em cada caso, as exigências indispensáveis à garantia das obrigações. (in Licitação e contrato administrativo, 14º ed. 2007, p. 151)

Além disso, o Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo tem jurisprudência pacífica, no sentido de que é possível que se faça a exigência de Comprovação Operacional da licitante, desde que esteja relacionada ao interesse público, bem como ao objeto que está sendo licitado, senão vejamos.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0003134-73.2013.8.08.0004
AGRAVANTE, CONSTRUTORA ARCO IRIS LTDA EPP AGRAVADO,
MUNICÍPIO DE ANCHIETA RELATOR, DES. ÁLVARO MANOEL ROSINDO
BOURGUIGNON ACÓRDÃO EMENTA. AGRAVO DE INSTRUMENTO.
LICITAÇÃO. TOMADA DE PREÇO. EXIGÊNCIA EDITALÍCIA DE
COMPROVAÇÃO DE CAPACITAÇÃO "TÉCNICO-OPERACIONAL" DA
EMPRESA LICITANTE COMO EXECUTORA ACOMPANHADOS DE
ACERVOS TÉCNICOS EMITIDOS EM NOME DO RESPONSÁVEL TÉCNICO
CONSTANTE NO QUADRO DE PROFISSIONAIS DA LICITANTE.
INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 30 DA LEI Nº 8.666/94. NEGAR
PROVIMENTO. 1. A exigência de capacitação técnica operacional, que
consiste na exigência de organização empresarial apta ao desempenho de
um empreendimento, situação diversa da capacitação técnica pessoal, não
é ilegal, se necessária e não excessiva, tendo em vista a natureza da obra a
ser contratada, prevalecendo, no caso, o princípio da supremacia do
interesse público. Inteligência do Art. 30, da Lei nº 8.666/93 (Lei das
Licitações). 2. Deveras, também não se reconhece ilegalidade na
proposição quando a exigência está devidamente relacionada com o objeto



licitado, inexistindo qualquer alegação de excessividade, ou seja, de exigência de experiência anterior superior, mais intensa ou mais completa do que o objeto licitado. 3. Consoante à Constituição, às peculiaridades do certame e suma exigência da supremacia do interesse público, haja vista que o pedido deduzido pela empresa agravante, neste momento processual, não pode prosperar, visto que a exigência, prevista no edital, de apresentação de atestados que comprovem a experiência anterior dos participantes na prestação dos serviços objeto de licitação não parece ser abusiva ou ilegal, pois é uma forma de demonstrar sua capacidade técnico-operacional segundo os critérios discricionariamente estabelecidos pela Administração para a execução a contento dos serviços, que no caso, objetiva a contratação de empresa para construir e reconstruir pontes sobre o Rio São Miguel nas comunidades de São Miguel de Olivânia e duas Barras, no Município de Anchieta. 4. Conhecer e negar provimento ao agravo de instrumento. VISTOS, relatados e discutidos, estes autos em que estão as partes acima indicadas. ACORDA a Colenda Segunda Câmara Cível, na conformidade da ata e notas taquigráficas que integram este julgado, à unanimidade de votos, conhecer o recurso de agravo de instrumento e negar-lhe provimento, nos termos do voto proferido pelo E. Relator. (TJ-ES. Agravo de Instrumento. Rel. Álvaro Manoel Rosindo Bourguignon. Data de Julgamento, 18/03/2014. Data de Publicação, 26/03/2014). (Grifei)

Acrescente-se que a Corte de Contas Capixaba foi expressa ao mencionar que a exigência, "de apresentação de atestados que comprovem a experiência anterior dos participantes na prestação dos serviços objeto de licitação além de não ser abusiva ou ilegal, "é uma forma de demonstrar sua capacidade técnico-operacional segundo os critérios discricionariamente estabelecidos pela Administração para a execução a contento dos serviços".

No mesmo sentido entende o Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, conforme se verifica da orientação contida no Manual:

9.5.3 Exigências de qualificação técnica operacional

A exigência de capacidade técnico-operacional visa à comprovação de que a empresa participou anteriormente de contrato cujo objeto era similar ao previsto na contratação almejada. Deseja-se examinar a capacidade que a licitante possui de mão-de-obra, equipamentos e materiais, para a perfeita execução do objeto, na quantidade, qualidade e prazo exigidos.

Conforme Decisão TC 1466/2018, proferida nos autos do Processo TC 1108/2018 – que trata de exame de instrumento convocatório de concorrência pública, cujo



objeto é justamente a exploração dos serviços públicos de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos – a inclusão da exigência de atestado de capacidade técnico-operacional “deverá estar em perfeita consonância com o princípio da proporcionalidade, devendo ser exigida de forma adequada, necessária e proporcional”, e “deve se limitar estritamente à complexidade do objeto envolvido e desde que relacionadas às parcelas de maior relevância e de valor mais significativo” (art. 30, inciso I, § 1º da Lei nº 8.666/93), “sempre de maneira motivada, como forma de se obter a proposta mais vantajosa, observados os critérios adotados, levando-se em conta, ainda, se esta obra ou serviço efetivamente será objeto de execução ao final do contrato”. (Grifei)

Portanto, não há qualquer ilegalidade na conduta do gestor de incluir esses requisitos no momento de publicação do edital.

Diante desta atribuição a Administração justificou satisfatoriamente a exigência dos respectivos requisitos de qualificação técnica operacional e profissional, sendo que o edital da concorrência em questão previu a comprovação de qualificação técnica através da apresentação de atestado emitido por pessoa jurídica de direito público ou privado, acompanhada da respectiva Certidão de Acervo Técnico, emitida pelo CREA, demonstrando que a empresa executou os serviços mencionados.

Dito isso, a manifestação refere-se a obrigatoriedade de apresentação dos atestados de capacidade técnica inerentes a comprovação de prestação dos *“Serviços de Execução de tudo PEAD para drenagem $\geq D=400\text{mm}$ e Execução de pavimentação com blocos de concreto”*, segundo o qual, a impugnante se manifesta no sentido da sua desnecessidade por não haver relevância no pedido, configurando uma restrição a competitividade.

Desta forma, o atestado de capacidade técnica exigido nada mais é do que um documento, como uma declaração, que servirá para comprovar que a empresa licitante tem experiência em executar serviços ou entregar produtos equivalentes ou superiores ao objeto do edital.

O atestado em questão está previsto entre os documentos de qualificação técnica elencados no art. 30 da Lei 8.666/93, os quais têm o objetivo de demonstrar ao órgão contratante que a empresa realmente tem condições técnicas de atender a necessidade estabelecida pela Administração.

No que tange a restrição da soma de atestados já se manifestou o TCU, vejamos:



12. Entretanto, o mencionado acórdão não tratou especificamente da possibilidade de comprovação da experiência técnica mediante a soma de atestados. É bem verdade que, de acordo com a tradicional jurisprudência desta Corte de Contas, em regra, deve haver a permissão de que os requisitos técnicos exigidos em licitações públicas sejam comprovados mediante a apresentação de mais de um atestado.

13. Esse entendimento geral, contudo, não afasta a possibilidade de que a restrição à soma de atestados ocorra quando o objeto licitado assim exigir. A respeito, o TCU manifestou-se mediante o Acórdão 2.150/2008 – Plenário, subitem 9.7.2.

(...)

16. Sob essa ótica, entendo que admitir a simples soma de atestados não se mostra o procedimento mais adequado para se aferir a capacidade técnico-operacional das licitantes. Isso porque se uma empresa apresenta sucessivos contratos com determinados postos de trabalho, ela demonstra ter expertise para executar somente os quantitativos referentes a cada contrato e não ao somatório de todos. Em outras palavras, a demanda por estrutura administrativa dessa empresa está limitada aos serviços exigidos simultaneamente, não havendo que se falar em duplicação dessa capacidade operacional apenas porque determinado objeto executado em um exercício é novamente executado no exercício seguinte.

17. Em suma, não há porque, e aqui divirjo pontualmente da unidade técnica, supor que a execução sucessiva de objetos de pequena dimensão capacite a empresa automaticamente para a execução de objetos maiores. De forma exemplificativa, a execução sucessiva de dez contratos referentes a dez postos de trabalho cada não necessariamente capacita a empresa para a execução de contratos abrangendo cem postos de trabalho.

18. Não é demais rememorar que a jurisprudência desta Corte, em regra, é conservadora no sentido de que a exigência técnico-operacional se limite a 50% do objeto contratado. Ou seja, caso o objeto seja dimensionado para cem postos de trabalho, as exigências editalícias devem se limitar a cinquenta postos. Desta feita, ao se aceitar a simples soma de atestados, estar-se-á se permitindo que uma empresa com experiência, ainda utilizando do exemplo anterior, em gerenciar dez postos de trabalho assumia um compromisso dez vezes maior com a administração pública.

(...)

20. Exceção a esse entendimento deve ser feita quanto os diferentes atestados se referem a serviços executados de forma concomitante. Nessa situação, para fins de comprovação de capacidade técnico-operacional, é como se os serviços fossem referentes a uma única contratação. Com efeito, se uma empresa executa simultaneamente dez contratos de dez postos de serviços cada, cabe a suposição de que a estrutura física da empresa é compatível



com a execução de objetos referentes a cem postos de serviços. Vislumbra-se, inclusive, nessa situação hipotética, maiores exigências operacionais para gerenciar simultaneamente diversos contratos menores em locais diferentes do que gerenciar um único contrato maior (sempre considerando que haja identidade entre o somatório dos objetos desses contratos menores e o objeto desse contrato maior)." (TCU, Acórdão nº 2.387/2014, Plenário, Rel. Ministro Benjamin Zylber, j. em 10.09.2014)

Portanto, a vedação no que diz respeito a soma de atestados encontra guarida na jurisprudência do TCU, uma vez que a exigência da CPL não advém de necessidades meramente numéricas, mas sim da análise da execução em si do objeto contratado.

Parafraseando parte do julgado acima colacionado, "não há porque supor que a execução sucessiva de objetos de pequena dimensão capacite a empresa automaticamente para a execução de objetos maiores. De forma exemplificativa, a execução sucessiva de dez contratos referentes a dez postos de trabalho cada não necessariamente capacita a empresa para a execução de contratos abrangendo cem postos de trabalho."

Ademais, o item 2.0 DRENAGEM E OBRAS DE ARTE CORRENTE, da planilha orçamentária de referência para o contratação do objeto em questão corresponde a 35,88% do valor estimado pela Administração, conforme quadro resumo abaixo.

ITEM		DISCRIMINAÇÃO	VALOR PARCIAL R\$	VALOR P/ km R\$	% sobre o Total
PROJETO:		Maiores drenagem do Bairro Shell	BDI: 23,32%		
LOCAL:		Distrito Sede - Linhares - ES	REF: SICRO-ES, CESAN, DER-ES EDIF. (JAN-22), DER-ES (JUN-21)		
EXTENSÃO TOTAL:		4,32 Km	REVESTIMENTO: BLOCOS DE CONCRETO		
1.0	SERVIÇOS PRELIMINARES		939.777,28	217.309,56	3,66%
2.0	DRENAGEM E OBRAS DE ARTE CORRENTE		9.204.610,34	2.130.696,84	35,88%
3.0	PAVIMENTAÇÃO		7.569.061,68	1.849.319,63	31,14%
4.0	SINALIZAÇÃO		62.962,26	14.906,10	0,25%
5.0	OBRAS COMPLEMENTARES		1.490.697,22	345.060,90	5,81%
6.0	TRANSPORTES		4.993.791,17	1.132.822,03	19,08%
7.0	INSTALAÇÃO MANUT. CANTEIRO MOB., DESMOB. E PLACA DE OBRA		145.640,66	33.759,48	0,67%
8.0	ADMINISTRAÇÃO LOCAL		929.351,58	214.896,20	3,62%
TOTAL GERAL			25.656.092,68	5.939.679,84	100,00%

Dentre os itens a serem contratados de grande relevância financeira e técnica, temos os tubos PEAD's, que representam juntos o somatório financeiro de R\$ 5.014.714,69, correspondendo a 19,55% do valor estimado pela Administração, e em quantidade somam 3.356,66 metros.



É importante ressaltar ainda que a jurisprudência do TCU, em regra, possui entendimento no sentido de que a exigência técnico-operacional se limite a 50% do objeto contratado. No caso do objeto da concorrência, embora a exigência feita tenha se limitado ao valor de 400mm, o valor total de *Serviços de Execução de tudo PEAD para drenagem \geq D=400mm* a ser executado é de 3.356,66m, logo, a exigência corresponde a aproximadamente 19,55% (dezenove vírgula cinquenta e cinco por cento) do valor estimado pela administração, conforme tabela abaixo.

Item	DISCRIMINAÇÃO DO SERVIÇO	UNID	QTDE	PREÇO UNITÁRIO (R\$) S/ BDI	PREÇO UNITÁRIO (R\$) C/ BDI	PREÇO TOTAL (R\$)	%
2.2.7	Tubo PEAD para drenagem - D = 400 mm - fornecimento e instalação	m	882,00	211,63	260,98	230.184,36	0,90%
2.2.8	Tubo PEAD para drenagem - D = 600 mm - fornecimento e instalação	m	18,00	505,50	623,38	11.220,84	0,04%
2.2.9	Tubo PEAD para drenagem - D = 800 mm - fornecimento e instalação	m	344,80	739,45	911,89	314.419,67	1,23%
2.2.10	Tubo PEAD para drenagem - D = 1.050 mm - fornecimento e instalação	m	194,89	1.004,80	1.239,12	241.492,10	0,94%
2.2.11	Tubo PEAD para drenagem - D = 1.200 mm - fornecimento e instalação	m	900,41	1.754,08	2.163,13	1.947.703,88	7,59%
2.2.12	Tubo PEAD para drenagem - D = 1.500 mm - fornecimento e instalação	m	1.016,56	1.810,51	2.232,72	2.269.693,84	8,85%
Quantidade total (m)			3.356,66	Preço total tubos:		R\$ 5.014.714,69	19,95%

A Administração solicitou como comprovação de qualificação técnica profissional a comprovação de execução de Tubo PEAD para drenagem \geq D = 400 mm, e operacional a comprovação do mesmo item que comprove a quantidade executada de apenas 700 metros. Nota-se, que a quantidade de 700 metros representa menos de 30 % do somatório total dos tubos e o diâmetro considerado o menor tamanho dos tubos a serem contratados, nesse sentido, a Administração está ampliando a competitividade, tendo em vista que serão aceitos diâmetro igual ou superiores a 400 mm.

Desta feita, ao se aceitar a simples soma de atestados, estar-se-á se permitindo que uma empresa com experiência inferior em uma única obra, gerencie uma obra com 3.356,66m, a serem executados de maneira concomitante, de modo que poderia comprometer inclusive o prazo de execução do objeto, haja vista que os atestados não comprovam que a empresa possui capacidade e estrutura administrativa para executar o serviço sem causar transtornos ou prejuízos à Administração Pública.



Quanto ao item Pavimentação com blocos de concreto (35 MPa), esp.=08cm, sobre colchão de areia 5cm, inclusive fornecimento e transporte blocos e areia em Vias Urbanas, representam 15,91% do valor total do orçamento a ser contratado.

Portanto, ambos os itens representam relevância financeira e técnica sobre o objeto em questão.

Vale acrescentar, que em nenhum momento a administração teve intenção de fazer exigências que frustrem o caráter competitivo do certame, mas sim garantir ampla participação na disputa licitatória, possibilitando o maior número possível de concorrentes, desde que tenham qualificação técnica e econômica para garantir o cumprimento das obrigações.

Ademais, consta nos autos o Termo de Referência com a devida justificativa da Secretaria Municipal de Obras e Serviços Urbanos acerca do interesse público a corroborar o requisito de prestação dos *"Serviços de Execução de tudo PEAD para drenagem $\geq D=400\text{mm}$ e Execução de pavimentação com blocos de concreto"*.

Desta feita, recomenda-se o indeferimento do recurso apresentado pela recorrente.

Linhares, 19 de setembro de 2022.

João Cleber Bianchi

Secretário Municipal de Obras e Serviços Urbanos