

Prefeitura Municipal de Birigüi

Estado de São Paulo
CNPJ 46.151.718/0001-80

Comissão Permanente
De Licitações

De Acordo

29/11/17

MANIFESTAÇÃO À IMPUGNAÇÃO

Edital 94/2017
Concorrência Pública nº 17/2017

A Comissão Permanente de Licitações, através de seus membros, vem mui respeitosamente à presença de Vossa Excelência, levar a Vosso conhecimento a Impugnação Administrativa contra os termos do Edital de Convocação (94/2017), interposto pela Empresa ALO ENTULHO RIO PRETO LTDA - ME relativo à licitação realizada na modalidade Concorrência Pública sob nº 17/2017, cujo objeto é contratação de empresa especializada para execução da obra de pavimentação asfáltica em concreto betuminoso usinado à quente (CBUQ) na rua Durval Tanaka, com fornecimento de materiais, mão de obra e equipamentos, conforme memorial descritivo, planilha orçamentária, cronograma físico-financeiro e projeto fornecidos pela Secretaria de Obras.

As razões de impugnação de fls 103/122 apresentada pela empresa ALO ENTULHO RIO PRETO LTDA - ME, foram impetradas tempestivamente, de acordo com o Art. 41, § 2º, da Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações) e na sua forma original devidamente protocolada na Seção de Licitações da Prefeitura conforme exigência editalícia.

F. Silva *X* *✓* *mm*
P

Pretende a impugnante ALO ENTULHO RIO PRETO LTDA - ME, através de suas razões que se altere adequando a norma o "item 11.1.3 subitem b.3" do Edital, excluindo a exigência de Atestado de Capacidade Técnica "EM NOME DA EMPRESA LICITANTE", adequando para que atestado de capacidade técnica seja exigido somente em nome do Responsável Técnico.

É o relatório.

Pois bem.

A Prefeitura Municipal de Birigui ao elaborar seus editais respeita todos os princípios que norteiam os procedimentos licitatórios, notadamente o princípio da legalidade.

Os processos licitatórios no país são regulados pela Lei 8.666, editada em 1993.

A divergência em torno da exigência da comprovação de aptidão técnica por parte de empresas começou antes da promulgação da lei, isso porque um veto presidencial ao atestado comprobatório de empresas não teria produzido os efeitos propostos, pois não afastou totalmente a obrigação de demonstrar a capacidade técnica de empresas.

Não obstante, atualmente a doutrina é praticamente unânime ao asseverar que é inegável que à época da elaboração da Lei nº 8.666/93 houve a retirada do tópico em que estava prevista a exigência de comprovação de capacidade técnico-operacional dos candidatos (art. 30, § 1º, inc.II), levando a supor que com isso se

pretendeu extirpar de todos os certames administrativos dito item qualificativo.

A realidade é que, apesar da supressão do inciso legal acima epigrafado, vários dispositivos da mesma lei 8.666/93 continuam a prever a comprovação, por parte da empresa, de sua capacidade técnico-operacional.

Assim, deparamos com os arts. 30, inc. II, 30, §3º, 30, §6º, 30, §10º, e 33, inc. III do diploma legal já referenciado, onde permanecem exigências de demonstração de aptidão da própria empresa concorrente – e não do profissional existente em seu quadro funcional, inclusive mediante a apresentação de atestados, certidões e outros documentos idôneos.

A questão que está sendo enfocada gira em torno, exatamente, 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, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes à do objeto licitado.

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

Outrossim tais exigências atualmente se encontram sumuladas pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, através das súmulas 24 e 25 respectivamente.

Passamos a transcrever somente a súmula 24, pois é o atestado de qualificação operacional que está sendo objeto de impugnação.

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.

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

A doutrina e a jurisprudência são unâimes ao asseverar a possibilidade de exigir a capacidade técnico-operacional da empresa. Até porque, não fosse esta a exegese teríamos exigências muito mais severas para as empresas em relação à compra de bens pela Administração Pública, do que aquelas atinentes à licitações para obras e serviços de engenharia, o que seria, ao menos em regra, incoerente.

Assim sendo, a comprovação da capacidade técnico-operacional continua sendo exigível, não obstante o veto apostado 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 (art. 30, II da Lei 8.666/93).

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.

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.

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 prioridade de atendimento ou a problemas estruturais do órgão ou entidade estatal.

Conforme estabelece a Constituição Federal, em seu art. 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 à “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.

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, “comprovam” o acervo técnico dos profissionais, contratando-os com data retroativa à 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:

“Art. 3º -.....

§ 1º – 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**”

Assim sendo, não se pode, por amor a competição, deixar de prever requisitos que sejam pertinentes e relevantes ao atendimento do objeto perseguido, à luz do interesse público, porque não é essa a ratio legis.

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”.

Vamos agora nos atentar para o fato acerca das exigências de capacitação técnica das empresas do ramo de engenharia.

A dificuldade referida consubstancia-se no fato de que o CREA não registra os atestados em nome da empresa que executou a obra, mas tão somente em nome de seu responsável técnico.

Consultada a legislação do CREA, verifica-se que este assim procede sob o manto de que o acervo técnico não pertence à empresa, mas sim, ao profissional integrante de seus quadros.

Nesse diapasão, é expressa a Resolução 317/86 do CONFEA, que assim dispõe:

“Art. 1º – Considera-se Acervo Técnico do profissional toda a experiência por ele adquirida ao longo de sua vida profissional, compatível com as suas atribuições, desde que anotada a respectiva responsabilidade técnica nos Conselhos Regionais de Engenharia, Arquitetura e Agronomia”.

“Art. 4º – O acervo Técnico de uma pessoa jurídica é representado pelos Acervos Técnicos dos profissionais de seu quadro e de seus consultores técnicos devidamente contratados.

Parágrafo único – O acervo técnico de uma pessoa jurídica variará em função do Acervo Técnico do seu quadro de profissionais e consultores”.

Acerca do assunto, destacamos a seguinte exegese que elucida a questão:

“Quanto a titularidade, porém, há que se verificar, que a legislação autoral e a que regula a profissão dos engenheiros e arquitetos, ambas prevêm claramente que autor é pessoa física, e não

poderia ser diferente, porquanto pessoa jurídica nada cria, e depende do intelecto humano para tal criação, mesmo que a obra tenha sido criada como auxílio mecânico ou cibernético. Ou seja, o autor é sempre a pessoa física que concebeu o projeto de engenharia ou arquitetura, topografia ou geografia, e não a empresa na qual trabalha o autor ou da qual é proprietário, quer seja engenheiro, arquiteto, geógrafo ou topógrafo, como querem ambas as leis” (cf. Direitos Autoriais dos Engenheiros e Arquitetos, in www.jurisdoctor.adv.br)

Na verdade, a variação do acervo técnico de uma empresa, a sua modificação em função da rotatividade e capacitação de seu quadro técnico, constituem aspectos pacíficos na lei. Uma organização expressa-se através de seus profissionais.

O texto da Resolução em tela, colocando em novos termos esse equilíbrio entre as realizações individuais e as empresariais, vem conferir validade jurídica a atestados técnicos com base em realizações então sob a responsabilidade de profissionais eventualmente ausentes dos quadros da empresa – já que tais realizações integram-se à experiência e tradição adquiridas ao longo do tempo e de certa forma reconhecidas pela letra legal.

Assim sendo, todo acervo técnico emitido pelo CREA em nome do profissional de engenharia ou agronomia traz em seu corpo o nome da pessoa jurídica contratada para a realização da obra ou serviços de engenharia, demonstrando, desta forma, a capacidade técnico-operacional.

Além de que, o item 11.1.3, b.3 que está sendo objeto de impugnação, só exige que o atestado para a qualificação técnico-operacional seja registrado no órgão profissional competente,

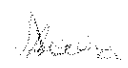
exatamente nos termos do texto legal (art. 30, II, §1º) e da súmula 24 do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.

Portanto, não se está exigindo que tal atestado venha acompanhado de CAT – que é documento do profissional e não da empresa, pois se assim fosse exigido estaríamos extrapolando à lei.

A jurisprudência majoritária do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo perante o questionamento da empresa impugnante, é no sentido do atendimento estrito de que prevê a lei, ou seja, o Tribunal só admite que a Administração venha a exigir atestados registrados na entidade profissional competente; nada mais.

É o que traz a decisão proferida pelo Presidente da época ANTONIO ROQUE CITADINI, nos autos do TC-2293/989/13 – Sessão de 13/11/2013.

Na referida decisão ainda, o Presidente Antonio Roque Citadini, entende que a Resolução do CONFEA editada em 2009, invocada como fundamento para a proposta de mudança de rumo, não tem força bastante para isto. O que importa para cumprir a lei é que o atestado apresentado esteja registrado no Conselho Profissional, o qual no caso de engenharia, é o CREA. E isto é o que vem sendo decidido por este Tribunal. Cabe a cada empresa adotar seu próprio cuidado e mecanismo para obter o registro da execução de seus contratos e estar, assim, apta a comprová-lo perante a Administração quando se apresentar como licitante em qualquer órgão.



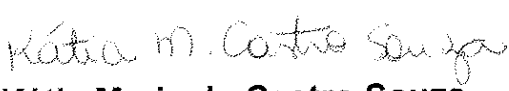
Assim, em sede de exame prévio de edital impugnado, não vislumbramos qualquer mudança que se mostre necessário fazer.

Isto Posto, em obediência aos princípios que norteiam as licitações, precisamente o da legalidade, RESOLVEMOS MANTER O EDITAL Nº 94/17 DA CONCORRÊNCIA PÚBLICA 17/2017 SEM QUALQUER RETIFICAÇÃO pelas razões já dispendidas.

S.M.J., pelo prosseguimento do certame, encaminhando os autos a Seção de Licitações para as providências cabíveis.


Luciani Gomes Mendonça Padovan
Presidente


Anderson de Souza Neves Rocha
Membro


Kátia Maria de Castro Souza
Membro


Ricardi Pazian Baptista
Membro


Vinícius Veneziano Demarqui
Membro