

Em atenção ao esclarecimento solicitado, o qual transcrevemos abaixo, temos a informar:

*Venho através deste solicitar **ESCLARECIMENTOS** sobre o ponto 3.1.10 previsto no Estudo Técnico Preliminar.*

*Segundo o Estudo Técnico Preliminar à contratação, é que no ponto 3.1.10, é exigida comprovação "**experiência mínima de 3 (três) anos**, é admitida a apresentação de **atestados** referentes a períodos sucessivos não contínuos, não havendo a obrigatoriedade dos três anos serem ininterruptos."*

*Contudo a **Súmula 263/2011 do TCU** temos diz 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.** "*

Segundo demonstra o próprio edital, a exigência de execução de quantitativos mínimos deverá ser demonstrada pelas empresas licitantes através de seus atestados que comprovam a capacidade técnico-operacional, compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da presente licitação, envolvendo as parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação (ponto 7.3.3.2 do edital)

*Ainda neste sentido, segundo **entendimento pacificado do TCU**, inclusive sedimentado no **Acórdão 14951/2018-Primeira Câmara**, em 20/11/2018, esclareceu-se que "**comprovação de quantitativo mínimo do serviço**", não se confunde com "**experiência mínima**". Destarte, "**três anos de experiência mínima, para comprovação de qualificação técnico-operacional, supera o prazo estipulado na relação contratual inicial, caracterizando, em princípio, exigência incompatível com objeto licitado, contrariando o inciso II do art. 30 da Lei 8.666/1993**".*

*Assim, diante do que foi demonstrado gostaria de esclarecimentos em relação a exigência/necessidade fundamentada da administração quanto à "**experiência mínima de 3 (três) anos**" prevista no Estudo Técnico Preliminar à contratação (ponto 3.1.10).*

Pois bem, podemos esclarecer que, quando, em procedimento licitatório, exige-se comprovação, em nome da empresa, não está sendo violado o art. 30, §1º, II, caput, da Lei nº 8.666/93, vez que no cuidado com a coisa pública, a Administração tem o dever de efetuar a permanente perseguição ao binômio qualidade e eficiência. O objetivo desse trato diferenciado é, de uma parte garantir a segurança jurídica do contrato e, de outra, realizar a devida avaliação sobre certos fatores que integram a finalidade da licitação como um todo, especialmente naquelas onde estão envolvidas peculiaridades do órgão, que comportam maior ou menor complexidade e nas que se referem a maior vulto financeiro. Nesse sentido, o Administrador deve estar atento aos ditames legais, mas impõem-se que dentro da esfera da discricionariedade do ato administrativo elabore condicionantes que visem resguardar a Administração de amadores ou de licitantes de competência estrutural, administrativa e organizacional duvidosa.

Sequer poder-se-ia afirmar, neste caso, que a exigência constante no Estudo Técnico Preliminar seria restritiva da competição, nos termos do art. 3º, §1º, inc. I da Lei 8.666/93 e, muito menos ao inciso II do artigo 30 da LGL.

Dita 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).

Cumprido salientar que não se pode, por amor à competição, deixar de analisar a pertinência da constância de requisitos, no processo licitatório, que sejam fulcrais ao atendimento do objeto a ser executado, à luz do interesse público, porque não é essa a razão da lei. Neste passo, o fim visado pelo dispositivo legal acima citado é, tão somente, coibir exigências infundadas. De toda sorte, vale esclarecer que não fere a competição a exigência que se mostre necessária para a comprovação da capacidade técnico-operacional face ao objeto a ser contratado. Isto posto tem-se que, a exigência de quantitativo para a comprovação da capacitação técnico-operacional, estando prevista na Lei, *ex vi* do citado art. 30, inc. II, bem como plenamente justificada face à complexidade do objeto envolvido, não viola a competitividade. Reitere-se, não pode ser tida como excessiva a exigência, quando a complexidade do objeto assim o reclama, face às suas especificidades que já foram invocadas em sede de Estudo Técnico Preliminar.

Mais uma vez trazemos a lume a exegese de Marçal Justen Filho, que comenta o art. 3º, §1º da Lei em tela:

“O dispositivo não significa, porém, vedação à cláusulas restritivas da participação. Não impede a previsão de exigências rigorosas. Nem impossibilita exigências que apenas possam ser cumpridas por específicas pessoas. Veda-se cláusula desnecessária ou inadequada, cuja previsão seja orientada não a selecionar a proposta mais vantajosa, mas a beneficiar alguns particulares. Se a restrição for necessária para atender ao interesse público, nenhuma irregularidade existirá em sua previsão. Terão de ser analisados conjuntamente a cláusula restritiva e o objeto da licitação. A inviabilidade não reside na restrição em si mesma, mas na incompatibilidade dessa restrição com o objeto da licitação. Aliás, essa interpretação é ratificada pelo previsto no art. 37, inc. XXI, da CF (‘... o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações’).”

E prossegue:

“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 cláusula de fechamento contida no §5º não se aplica à capacitação técnico-operacional, mas a outras exigências” (obra cit., p. 308/309) (grifamos).

Ainda sobre o arguido é de bom alvitre destacar que o Acórdão 14951/2018-Primeira Câmara, em 20/11/2018 é eburneo quanto à POSSIBILIDADE do estabelecimento de exigências “desde que as circunstâncias específicas da prestação do serviço assim o exijam, o que deve ser objeto de adequada fundamentação, baseada em estudos prévios à licitação e na experiência pretérita do órgão contratante”, o que foi devidamente realizado em sede de instrução processual.

Muito embora o referido Acórdão trate de uniformizar a jurisprudência sobre qualificação técnica operacional e sua eleição, o objeto, a modalidade licitatória, o regime de contratação e o modo de execução analisada pela Corte de Contas, é diametralmente diversa daquela que a Autarquia apresenta no certame em análise. Isto porque a presente licitação versa sobre contratação de empresa especializada na execução de Obras de Reforma sobre o regime de execução de empreitada por preço unitário, não tem a natureza de serviço de prestação continuada e ainda, tem abrangência nacional, abrindo-se o leque de participação para os interessados que apresentarem a melhor proposta, sendo possível, portanto, que uma mesma empresa possa adjudicar vários itens. Nesta senda, a maturidade e solidez de uma empresa que vença 20 itens, por exemplo, só pode ser auferida pela administração, pelo tempo de permanência desta empresa no mercado. Trata-se de requisito fundado e que não é desproporcional ao objeto do pretense certame.

Encontra-se, pois, amparada pelas orientações de nossos doutrinadores, bem como de balizada jurisprudência, a exigência de capacitação técnico-operacional, para efeitos de habilitação, quando esta tem por escopo assegurar o interesse público, do qual a Administração não pode se desviar.