

Após a análise das pertinentes colocações trazidas à baila, esclareceremos os questionamentos suscitados item a item:

**Questionamento:**

*O ponto 7.3.3.2 do mencionado instrumento licitatório requer, quanto à capacitação técnico-operacional, apresentação de um ou mais atestados de capacidade técnica, fornecido por pessoa jurídica de direito público ou privado devidamente identificada, em nome do licitante, relativo à execução de obra ou serviço de engenharia, 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.*

*No anexo - não mencionado no ponto acima no edital- que trata sobre o Estudo técnico preliminar a contratação temos a seguinte previsão:*

*3.1.7. O licitante disponibilizará todas as informações necessárias à comprovação da legitimidade dos atestados apresentados, apresentando, dentre outros documentos, cópia do contrato que deu suporte à contratação, endereço atual da contratante e local em que foram prestados os serviços.*

*Neste sentido, não restou clara tal exigência, visto que contratos podem ser firmados verbalmente, contudo uma vez assinados pelas partes o atestado de execução do serviço, devidamente autenticado, já constitui prova inequívoca da legitimidade.*

*Ademais o art. 30, parágrafo 3º da Lei nº 8.666 prevê, sem qualquer impedimento que:*

*§ 3o Será sempre admitida a comprovação de aptidão através de certidões ou atestados de obras ou serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior.*

**Resposta:**

Quanto ao questionamento acima, cediço é que o estudo técnico preliminar representa peça indissociável das demais peças licitatórias, mormente, do instrumento convocatório. Não obstante, como a própria nomenclatura refere, é peça inaugural, norteadora da contratação mirada e que não somente pode, como deve, sofrer amadurecimento ao longo do procedimento licitatório.

O estudo técnico preliminar da presente licitação revela a preocupação de conter disposições suficientes para resultar em um instrumento convocatório enxuto e objetivo, tal como determina a LGL. Em atenção a essa preocupação buscou, inclusive, justificar a aplicação subsidiária da IN n.º 05/2017 – SEGES/MPOG, que dispõem sobre as regras e diretrizes do procedimento de contratação de serviços sob o regime de execução indireta no âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional. Logo, o estudo técnico preliminar trouxe em seu bojo o item 10.10 do Anexo VII da referida Instrução Normativa reproduzindo-o no item 3.1.7. Contudo, como citado anteriormente, o estudo foi amadurecido e tal exigência não consta no Edital. Pelo Princípio do

formalismo moderado a mitigação de tal exigência se faz necessária, de forma que não será exigida a apresentação dos contratos que deram origem aos atestados respectivos.

Cumprido elucidar que são iteradas as decisões do Tribunal de Contas da União que alentam a adoção do princípio do formalismo moderado e a possibilidade de saneamento de falhas ao longo do procedimento licitatório. Em suma, o formalismo moderado está intimamente relacionado à ponderação entre o princípio da eficiência e o da segurança jurídica, exercendo importante serventia para o correto cumprimento dos objetivos descritos no art. 3º da lei de licitações: busca da proposta mais vantajosa para a Administração, garantia da isonomia e promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

Nesse sentido, orienta o TCU no acórdão 357/2015-Plenário:

*“No curso de procedimentos licitatórios, a Administração Pública deve pautar-se pelo princípio do formalismo moderado, que prescreve a adoção de formas simples e suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados, promovendo, assim, a prevalência do conteúdo sobre o formalismo extremo, respeitadas, ainda, as praxes essenciais à proteção das prerrogativas dos administrados.”*

Percebe-se, todavia, que sua utilização não significa desmerecimento ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório ou negativa de vigência do *caput* do art. 41 da lei 8.666/93 que dispõe sobre a impossibilidade de a Administração descumprir as normas e condições do edital e ou das peças a ele vinculadas. Versa, apenas, como resposta a ser tomada pelo intérprete a partir de um conflito de princípios, daí que considerar-se que o direito não é parnasiano, ou seja, o direito não está engessado é dinâmico e ponderado, ao réves do que ocorre com as regras/normas, os princípios não são incompatíveis entre si.

Perante um conflito de princípios (p. ex., vinculação ao instrumento convocatório e peças que o acompanham x obtenção da proposta mais vantajosa ou princípio da isonomia), o acolhimento de um não provoca a ruína do outro. Como exemplo, esse raciocínio pode ser percebido na seguinte decisão do Tribunal de Contas da União:

*Diante do caso concreto, e a fim de melhor viabilizar a concretização do interesse público, pode o princípio da legalidade estrita ser afastado frente a outros princípios. (Acórdão TCU 119/2016-Plenário)*

Na mesma linha de raciocínio, e em respeito ao Princípio acima aventado, dispensaremos a exibição dos contratos que deram origem aos atestados de capacidade técnico-operacional sem deixar de mencionar, por oportuno, que os mesmos poderão ser exigidos por meio de diligência, quando a comissão permanente de licitação tiver dúvida sobre a veracidade da documentação apresentada.

#### **Questionamento:**

Outra esclarecimento, também referente ao 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."*

A exigência de experiência mínima de 3 anos refere-se quanto a capacidade técnico-operacional ou profissional? **Esta previsão de 3 anos não está exposta no instrumento convocatório**, apenas no anexo.

Ademais, o art. 30 em seu parágrafo 5º da Lei nº 8666/93 aduz que: " É vedada a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta Lei, que inibam a participação na licitação."

Ainda sobre isto, temos que a mencionada Lei que rege as licitações, esclarece-se que há a devida necessidade de comprovação de experiência quando os certames forem do tipo "melhor técnica" ou "técnica e preço" (art.46 da Lei nº 8.666), o que não é o caso desta, cuja modalidade é a concorrência, do tipo Menor preço.

Nos termos da Súmula 263/2011 do TCU temos:

*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.*

**Esclarecimento:**

Quanto ao segundo questionamento, a exigência de experiência mínima de três ano refere-se, tão somente, à capacidade técnico-operacional, não havendo nenhum tipo de óbice para a sua exigência. Como a própria interessada menciona, a Súmula 263/2011 autoriza a imposição de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços.

Voltamos a repisar que as peças constantes no processo licitatório são indissociáveis e, desde que suas cláusulas ou itens não restem incompatíveis com a salvaguarda à Administração e ferimento aos Princípios que alicerçam as Licitações Públicas, são plenamente exigíveis. Assim, muito embora, a previsão da obrigação de experiência de 3 anos não esteja exposta no texto do instrumento convocatório, quanto às exigências para a habilitação, os interessados deverão observar todos os anexos, tendo em vista a indissociabilidade das peças que instruem o certame.