



LICITAÇÃO PÚBLICA INTERNACIONAL N.º 003/2020
PROCESSO/PMSGAR/RN N.º 2000005314
PEDIDO DE ESCLARECIMENTOS
COMUNICANTE: **LAC CONSTRUÇÕES EIRELI**

(i) Dos Questionamentos

A Comunicante é empresa INDIVIDUAL de pequeno porte aberta há 03 (três) meses, em 30 de julho deste ano de 2020, com capital social registrado de trezentos mil reais, situada na cidade de Currais Novos, interior do Rio Grande do Norte. Mesmo assim, afirmando possuir interesse em participar do certame em destaque, apresentou pedido de Esclarecimento sobre alguns itens do Edital, os quais são a seguir transcritos e devidamente respondidos por esta Comissão de Licitação:

Questionamento I: Sobre o Item 4.4, Seção 2 – Dados da Licitação (DDL) – CONSÓRCIOS

Não será permitida a participação de empresas reunidas em consórcio qualquer que seja sua formação, tendo em vista se tratar de uma obra de complexidade menor, passível a qualquer empresa minimamente organizada de executá-la sem problema algum para a Administração.

PERGUNTA: Tendo em vista o valor estimado do empreendimento e a possibilidade de subcontratação para os serviços de retirada e reassentamento de pavimentação em paralelepípedo em até 30% (itens 29.5 e 29.6, Seção 2 – DDL), a impossibilidade de formar consórcios não restringe a competitividade e contraria os princípios licitatórios vigentes na legislação brasileira?

JUSTIFICATIVA PARA O QUESTIONAMENTO: Ainda que seja um ato discricionário do gestor e a LPI 003/2020 tenha caracterizado o objeto como uma "obra de complexidade menor, passível a qualquer empresa minimamente organizada de executá-la sem problema algum para a Administração", consoante aos Acórdãos n.º 1094/2004, 397/2008, 2898/2012, 10264/2018 do Tribunal de Contas da União – TCU, na hipótese de obras de elevado porte e/ou grande vulto (R\$ 72.467.709,42), fica o Administrador obrigado a prever a possibilidade de consórcios.

RESPOSTA:

Não.

Trata-se de justificativa referente à não admissão da participação de consórcios, expressa no Item 4.4, Seção 2 – Dados da Licitação (DDL) – CONSÓRCIOS da LPI-003/2020.

É mister contextualizar os fatos envolvendo o presente certame, como forma de otimizar a análise dos apontamos à luz da realidade do certame e do objeto licitado.

Como é de conhecimento, o presente certame visa a contratação de prestação de serviços técnicos para fornecimento de materiais e mão de obra para a implantação de sistema de esgotamento sanitário em bairros centrais de São Gonçalo do Amarante, obra integrante do Programa de Ações Estruturantes de São Gonçalo do Amarante/RN – PAES, usando para tal recursos do Fundo Financeiro para Desenvolvimento da Bacia do Prata – FONPLATA, nos componentes Saneamento Básico, Implantação de Parques e Mobilidade Urbana.

Nesse contexto, os instrumentos editais deste certame (edital, termo de referência, planilhas e etc), foram realizados com base nas estimativas elaboradas pelo corpo técnico responsável. Tudo em consonância e sob a revisão prévia do FONPLATA (Item 2.3 da Resolução RD n.º 1394/2017³).

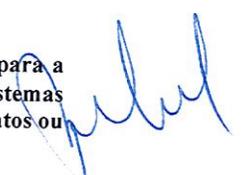
O ato convocatório poderá admitir ou não a participação de empresas em consórcio, sendo essa escolha um ato discricionária da Administração Pública, o que evidentemente não significa autorização para decisões arbitrárias ou imotivadas. Por este motivo, a Autoridade licitante, dentro do poder discricionário de melhor conveniência e oportunidade decidiu pela não permissão da participação de empresas em regime de consórcio.

Aqui, importante trazer os ensinamentos de José dos Santos Carvalho Filho (Manual de direito administrativo / José dos Santos Carvalho Filho. –28. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2014. – São Paulo : Atlas, 2015.) acerca do tema:

“A vinculação ao instrumento convocatório é garantia do administrador e dos administrados. Significa que as regras traçadas para o procedimento devem ser fielmente observadas por todos. Se a regra fixada não é respeitada, o procedimento se torna inválido e suscetível de correção na via administrativa ou judicial. O princípio da vinculação tem extrema importância. Por ele, evita-se a alteração de critérios de julgamento, além de dar a certeza aos interessados do que pretende a Administração. E se evita, finalmente, qualquer brecha que provoque violação à moralidade administrativa, à impessoalidade e à probidade administrativa.”

A não admissão da participação de interessadas que se apresentem constituídas sob a forma de consórcio, se justifica na medida em que nas contratações de serviços de

³ Item 2.3 Todos os processos de aquisições financiados pelo FONPLATA deverão reger-se pela Política para a aquisição de bens, obras e serviços e, complementarmente, pelas normas e procedimentos estabelecidos nos sistemas fiduciários nacionais do país-membro respectivo, em conformidade com as disposições dos respectivos contratos ou convênios assinados com o FONPLATA.



engenharia civil onde se tem como órgão financiador o Banco FONPLATA, é perfeitamente pertinente e compatível para empresas que atuam em todo território nacional, como também, para todas as empresas participantes dos países membros do FONPLATA, empresas estas que detêm condições suficientes para a execução de contratos dessa natureza, o que não tornará restrito o universo de possíveis licitantes individuais.

Tendo em vista que é prerrogativa do Poder Público, na condição de contratante, a escolha da participação, ou não, de empresas constituídas sob a forma de consórcio, conforme se depreende da literalidade do texto da Lei nº 8.666/93, que em seu art. 33 atribui à Administração a prerrogativa de admissão de consórcios em licitações por ela promovidas, pelos motivos já expostos, conclui-se que a não admissão de participação de empresas de forma consorciada, para o caso concreto, é o que melhor atende ao interesse público por prestigiar os princípios da competitividade, economicidade e moralidade.

Ressalte-se que a decisão com relação à não admissão da participação de empresa em consórcio entre si, para o caso concreto em análise, visa exatamente ampliar a competição, na medida em que a reunião de empresas que, individualmente, poderiam competir entre si para prestar os serviços, reduziria o número de licitantes e poderia, eventualmente, proporcionar a formação de conluíus/carteis para elevar os preços nas licitações.

Lição do doutrinador MARÇAL JUSTEN FILHO em seu ‘Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 13ª Edição – 2009, página 47 e 477, põe luzes sobre essa questão:

“Em regra, o consórcio não é favorecido ou incentivado pelo nosso Direito. Como instrumento de atuação empresarial, o consórcio pode conduzir a resultados indesejáveis. A formação de consórcios acarreta riscos da dominação de mercado, através de pactos de eliminação de competição entre empresários. No campo de licitações, a formação de consórcios poderia reduzir o universo da disputa. O consórcio poderia retratar uma composição entre eventuais interessados, em vez de estabelecerem disputa entre si, formalizariam acordo para eliminar competição. Mas o consórcio também pode prestar a resultados positivos e compatíveis com a ordem jurídica. Há hipóteses em que circunstâncias de mercado e (ou) a complexidade do objeto torna problemática a competição.”

A contrassenso do que afirma a comunicante, não há que se falar em restrição da competitividade do certame pela não admissão da participação de consórcios.

Conforme reza a jurisprudência, a doutrina, o ordenamento jurídico brasileiro e o seu conjunto de princípios informadores, a admissão de consórcios justifica-se apenas em licitações que, pela complexidade do seu objeto, demandem um conjunto de

expertises que ultrapasse as exigências de empresa de pequeno e médio porte⁴. O que notadamente não é o caso em voga.

Informa o Edital que a ausência de consórcios se justifica em razão da natureza dos serviços ser comum, tendo em vista se tratar de uma obra de complexidade menor, passível a qualquer empresa minimamente organizada de executá-la sem problema algum para a Administração, que detém qualificação técnica e econômico-financeira suficientes para a execução de contratos dessa natureza, o que não tornará restrito o universo de possíveis licitantes sem a necessidade de formação de consórcio.

Não será permitida a participação de empresas reunidas em consórcio qualquer que seja sua formação por se tratar de uma obra de complexidade média, com plenas possibilidades de ser executada por qualquer empresa de médio porte, que existem muitas no País assim como nos países membros do FONPLATA.

Como dito, cabe ao órgão promotor do certame a decisão acerca de sua admissão ou não da participação de empresas em regime de consórcio, pois esse é um juízo de oportunidade e conveniência que se encontra em sua margem de discricionariedade, inteligência do art. 33 da Lei de Licitações em combinação com o art. 3º do Decreto nº 9.830/2019.

Ainda no campo doutrinário, Marçal Justem Filho (2012, p. 568), oferece lição neste mesmo sentido, in verbis:

“O ato convocatório admitirá ou não a participação de empresas em consórcio. Trata-se de escolha discricionária da Administração Pública, o que evidentemente não significa autorização para decisões arbitrárias ou imotivadas. Admitir ou negar a participação de consórcios é o resultado de um processo de avaliação da realidade do mercado em face do objeto a ser licitado e da ponderação dos riscos inerentes à atuação de uma pluralidade de sujeitos associados para a execução do objeto”.

O TCU⁵ debruçando-se sobre matéria idêntica assim se pronunciou através do Acórdão n.º 1.1.02/2009 – 1.ª Câmara, in verbis:

“Embora discricionária nos termos do caput do art. 33 da Lei n.º 8.666/93, quando houver a opção da Administração pela restrição a participação de consórcios na licitação, tal escolha deve ser precedida das devidas justificativas no respectivo processo administrativo,

⁴ Revista do TCU. A participação de consórcios empresariais em procedimentos licitatórios: Livre escolha da Administração licitante? Disponível em: <<https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:xFeyifmK5ocJ:https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/1336/1451+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>> Acessado em: 18/11/2020.

⁵ No mesmo sentido os Acórdãos 929/2017 e 244/2014, ambos do Plenário do TCU.



especialmente quando a vedação representar risco a competitividade do certame”.

Saliente-se, ademais, que, via de regra, a formação de consórcios é admitida quando o objeto a ser licitado envolve etapas de alta complexidade e relevante vulto, com itens, etapas ou parcelas em que empresas isoladamente não teriam condições de suprir conforme os requisitos de habilitação do edital. Neste sentido Marçal Justen Filho na mesma obra citada acima assevera (...) **“É usual que a Administração Pública apenas autorize a participação de empresas em consórcio quando as dimensões e a complexidade do objeto ou as circunstâncias concretas exijam a associação entre os particulares”**(...), o que deveras não é o caso.

Com relação ao aspecto de relevante vulto, muito embora se tratar de uma obra de pouco mais de 72 milhões de reais para execução em trinta meses, em conformidade com o cronograma físico-financeiro, é importante salientar que de acordo com o cronograma, o volume mensal de recursos é um pouco além de 2,4 milhões de reais, perfeitamente factível a uma grande expressão de empresas nacionais e internacionais.

Desta forma, a vedação à participação de consórcios não caracteriza qualquer ofensa à isonomia prevista no art. 3^a da Lei de Licitações.

Questionamento II – Sobre o Item 4.5 (b), Seção 2 – Dados da Licitação (DDL) – VOLUME MÉDIO ANUAL DE OBRAS

- (a) Volume médio anual de Obras realizadas nos últimos 5 (cinco) anos: R\$ 40.000.000,00 (quarenta milhões de reais).

PERGUNTA: Diante da situação fática de que o valor estimado da contratação (R\$ 72.467.709,42) representa apenas 36% do total de obras exigida no referido item (R\$ 200.000.000,00), a cláusula editalícia não fere os princípios licitatórios vigentes no país e torna-se desproporcional à complexidade do objeto a ser executado? Ademais, o referido empreendimento, com 30 meses de execução, não seria suficiente para participação em futuro certame de mesmo objeto, porte, complexidade e exigência editalícia.

JUSTIFICATIVA PARA O QUESTIONAMENTO: Os Acórdãos 2239/2007, 324/2012, 645/2014 e 1866/2015 do Tribunal de Contas da União (TCU) já se manifestaram que, apesar do disposto no artigo 42 da Lei 8.666/93, em especial o § 5º, os contratos de empréstimos não podem estabelecer regras licitatórias conflitantes aos previsto na Constituição Federal do Brasil, uma vez que os princípios constitucionais prevalecem. O mesmo objetivo é sinalizado na Resolução RD nº. 1394/2017, do FONPLATA, que em sua política de aquisições prevê, entre os princípios norteadores, a livre concorrência, "com vistas a assegurar a participação

do maior número de licitantes qualificados, garantindo que os processos financiados pelo Fundo tenham a maior quantidade possível de participantes, de forma a obter as melhores condições do mercado", e a igualdade "para garantir um processo seletivo objetivo, evitando todo tipo de preferência ou discriminação que venha a favorecer ou prejudicar a uns em detrimento de outros".

RESPOSTA:

Não.

Primeiro porque, pelo cálculo correto, a exigência editalícia aqui questionada é que a empresa tenha volume médio anual de obras realizadas nos últimos 5 anos equivalente a cerca de metade do valor da licitação.

Também, não assiste razão ao questionamento. O próprio precedente citado pela comunicante, a saber, Acórdãos 2239/2007, afirma em suas conclusões que:

9.1.1. ao analisar o projeto básico elaborado pela empresa VBA Consultores, relativo às obras do Sistema Adutor do Alto Oeste, atente para os dispositivos da Lei 8.666/93 que não conflitem com as normas e procedimentos do Banco Mundial, em especial seu artigo 7º, §§ 1º e 2º, incisos I e II, verificando ainda a possível existência de sobrepreço;

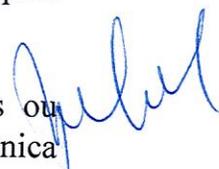
Veja que a Corte de Contas Federal, bem delimitou que as exigências calcadas na Lei 8.666/93 deveriam ser balizadas pelas normas e procedimentos do organismo internacional, naquele caso, o Banco Mundial.

É justamente o caso em voga. As exigências de qualificação técnica e econômica, não obstante visarem a efetiva proteção e resguardo do erário público e uma maior previsibilidade de que a empresa contratada efetivamente entregará o objeto licitado, também são delineadas em consonância com as regras e diretrizes emanadas pelo FONPLATA, dando estrito cumprimento ao comando esculpido no *art. 42, §5º da Lei de Licitações*.

Não há qualquer afronta ou mesmo infringência ao texto Constitucional pátrio, ao revés, há sim o estrito cumprimento dos princípios regentes da administração pública, esculpidos no *art. 37 da CF/88*.

O objetivo almejado, com a apresentação da exigência em riste, é resguardar que a população de São Gonçalo do Amarante, ao final de trinta meses, tenha acesso a esgotamento sanitário. O que para tanto, exige-se a contratação de empresa que efetivamente tenha capacidade e *know how* para entrega do serviço almejado pela população.

O que não faltam no nosso estado e em nosso país são obras inacabadas ou abandonadas por empresas que ganharam licitações sem a devida capacidade técnica



ou econômica e que não tiveram condições de executá-las, causando sérios transtornos e prejuízos à população e à administração contratante.

Não há que se falar em ofensa ao princípio da livre concorrência. Em verdade o primado tutelado, *mutatis mutandis* é a indisponibilidade do erário público.

Também, pertinente a transcrição das sábias palavras de Marçal Justem Filho⁶ ao dirimir as controvérsias quanto ao conteúdo das modificações admissíveis no certame licitatório, quando financiados por organismos internacionais:

“Se existirem normas de direito internacional público, provenientes de tratados internacionais ratificados pelo Congresso Nacional, elas se integrarão no direito interno. Devem, ademais, ser consideradas as formulações políticas e de direito internacional. O edital deverá respeitar tratados e convenções internacionais vigentes no Brasil, assim como decisões proferidas no plano do direito internacional público.

Admite-se a adoção de outros critérios de julgamento, além do menor preço, quando a licitação se relacionar com recursos de organismos estrangeiros. Na medida em que esses organismos tenham previstos critérios específicos para julgamento das propostas, será possível escapar ao modelo da Lei nº 8.666, desde que o edital dispusesse minuciosamente sobre o tema. Isso não significa, obviamente, autorização para superarem-se os princípios norteadores da atividade da Administração Pública. Quanto a isso, nem a própria Constituição Federal poderia promover uma renúncia incompatível com o princípio da República. O artigo 42, § 5º, significa que as regras acerca de procedimento licitatório, prazos, formas de publicação, tipos de licitação, critérios de julgamento etc. podem ser alteradas. Não é possível eliminar os princípios inerentes à atividade administrativa (inclusive aqueles relacionados a direitos dos licitantes), mas podem ser adotadas outras opções procedimentais e praxísticas(...)” (grifado)

José Cretella Júnior⁷ também contribui para dirimir a celeuma:

“Observarará as normas e condições constantes de convênios, tratados ou contratos internacionais, com aplicação supletiva dos dispositivos deste lei, toda licitação para realização de obras, prestação de serviços ou aquisição de bens, financiados com recursos de agência oficial de cooperação estrangeira ou organismo financeiro multilateral de que o Brasil seja parte”.

Forte nessa fundamentação, resta impertinente o apontamento apresentado pela comunicante.

Questionamento III – Item 4.5 (c), Seção 1 – Instruções aos Concorrentes (IAC) – QUALIFICAÇÃO TÉCNICA PROFISSIONAL

⁶ FILHO, Marçal Justem. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo : Editora Dialética, 2004, p. 406.

⁷ JÚNIOR. J. Cretella. Das Licitações Públicas. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, 17a edição, p. 286.

(c) experiência como contratado/executor principal na construção de, pelo menos, 2 (duas) obras de natureza e complexidade equivalente às Obras objeto desta licitação nos últimos 10 (dez) anos [para atender a essa exigência, as obras citadas deverão estar com 70% (setenta por cento) já concluídas no mínimo];

PERGUNTA: A exigência não fere os princípios licitatórios aplicados no país e restringe a competitividade ao exigir 70% de execução de duas obras de natureza e complexidade equivalente ao objeto? Na prática, tal requisito também não acaba por ultrapassar os limites impostos no item 4.5 (f) – PARCELAS DE MAIOR RELEVÂNCIA DAS OBRAS, que correspondem a 50% dos quantitativos totais?

JUSTIFICATIVA PARA O QUESTIONAMENTO: Conforme jurisprudência amplamente divulgada pelo Tribunal de Contas da União – TCU, nos acórdãos 717/2010, 3104/2013, 827/2014, 1851/2015, 2924/2019, é irregular a exigência de atestado de capacidade técnica-operacional com quantitativo mínimo superior a 50% do quantitativo de bens e serviços que se pretende contratar, salvo em casos excepcionais, que não se configuram diante da caracterização em edital de que o objeto é "obra de complexidade menor, passível a qualquer empresa minimamente organizada de executá-la sem problema algum para a Administração".

RESPOSTA:

Não.

A comunicante confunde as exigências de quantitativos, quando relaciona os 70% de execução das obras, com os 50% das parcelas de maior relevâncias. O Edital exige que o licitante comprove "*experiência como contratado/executor principal na construção de, pelo menos, 2 (duas) obras de natureza e complexidade equivalente às Obras objeto desta licitação nos últimos 10 (dez) anos [para atender a essa exigência, as obras citadas deverão estar com 70% (setenta por cento) já concluídas no mínimo]*".

A exemplo dos demais pontos alhures rechaçados, resta este também desacompanhado de justificativa que possa embasar eventual alteração editalícia.

A própria jurisprudência do TCU, invocada pela comunicante, depõe em desfavor da sua tese. Senão vejamos o que diz o Acórdão TCU 717/2010:

9.3.1. abstenha-se de estabelecer, em futuros editais de licitação, como requisito de qualificação técnico-operacional, percentuais mínimos acima de 50% dos quantitativos dos itens de maior relevância da obra ou serviço, salvo em casos excepcionais, cujas justificativas para tal extrapolação deverão estar tecnicamente explicitadas, ou no processo licitatório, previamente ao lançamento do respectivo edital, ou no próprio edital e seus anexos, em observância ao inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal, ao inciso I do § 1º do art. 3º e inciso II do art. 30 da Lei 8.666/93 e à



jurisprudência deste Tribunal, estabelecida a partir do Acórdão 1284/2003-TCU-Plenário;

Como fora esclarecido no parágrafo ao norte, não se trata de exigência de percentual de quantitativo de itens de maior relevância acima de 50%, conforme se pode constatar no item 4.5 (f) da Seção 2 (DDL), as exigências de comprovação de itens de maior relevância estão sim dentro dos parâmetros determinados na lei e de acordo com a jurisprudência do TCU.

Não obstante a confusão na formulação do questionamento, resta evidente que o percentual exigido de 70% no item referido, é da conclusão das obras a serem apresentadas como comprovação de cumprimento desse requisito específico.

Logo, também sobre essa vertente, não há razão no questionamento.

Questionamento IV – Item 4.5 (f), Seção 2 – Dados da Licitação (DDL) – PARCELAS DE MAIOR RELEVÂNCIA DAS OBRAS – PROJETO EXECUTIVO

5. Projeto Executivo de um Sistema de Esgotamento Sanitário com vazão mínima de 24,10l/s. 1 UNIDADE

PERGUNTA: Tendo em vista que a elaboração de projeto executivo é, em sua grande maioria, objeto de licitação específica (RDC – técnica e preço) ou de formulação pelo próprio ente público para a execução completa da obra pelo contratado, conforme disposto na lei 8.666/93, exigir tal característica como item de qualificação técnica dos concorrentes não torna-se avaliação excessiva e contrária aos princípios licitatórios vigente? Ainda mais pelo fato de que o objeto da referida LPI visa apenas "fornecimento de materiais e mão de obra para implantação de sistema de esgotamento sanitário em bairros centrais de SGA", não justificando também a mencionada vazão.

JUSTIFICATIVA PARA O QUESTIONAMENTO: Mesmo disposto no Art. 7º, § 1º, e Art. 9º, § 2º, da Lei 8.666/93, a possibilidade de incluir a elaboração do projeto executivo como encargo ao contratado e concomitantemente à execução das obras, desde que previamente autorizado pela Administração, não há previsão legal para que seja exigência de qualificação técnica durante a fase de habilitação e classificação das propostas. Ademais, pela Súmula n.º 177 do Tribunal de Contas da União, "a definição precisa e suficiente do objeto licitado constitui regra indispensável da competição, até mesmo como pressuposto do postulado de igualdade entre os licitantes, do qual é subsidiário o princípio da publicidade, que envolve o conhecimento, pelos concorrentes potenciais, das condições básicas da licitação".

RESPOSTA:

O questionamento tem parcial procedência.

A Lei n. 8.666/93 nos seus art. 7º, § 1º e 9º, § 2º, preveem a possibilidade de incluir a elaboração do projeto executivo como encargo ao contratado e concomitantemente à execução das obras, desde que previamente autorizado pela Administração, conforme citado pela própria comunicante.

Já o art. 30, § 2º, da Lei 8.666/93, autoriza as parcelas de maior relevância técnica e de valor significativo, serem definido no instrumento convocatório. Desta feita, a elaboração do projeto executivo enquadra-se perfeitamente como um item de relevância técnica e valor significativo.

Contudo, dado as características da obra e também as orientações emanadas do Corpo Técnico do FONPLATA, julgo pertinente viabilizar a subcontratação de empresa para realização até o percentual do valor do contrato ou do volume das obras, correspondente à 30% (trinta por cento).

Questionamento V – Item 4.5 (f), Seção 2 – Dados da Licitação (DDL) – PARCELAS DE MAIOR RELEVÂNCIA DAS OBRAS – SERVIÇO ESPECÍFICO

6. Pré-operação ou operação assistida de um Sistema de Esgotamento Sanitário com vazão mínima de 24.10l/s, por um período de, no mínimo, 3 meses. 1 UNIDADE

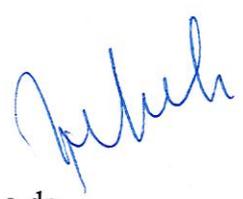
PERGUNTA: Em face da natureza da atividade de pré-operação ou operação de SES serem serviços normalmente executados por empresas públicas, como ocorre no Rio Grande do Norte, pela Companhia de Águas e Esgotos – CAERN, tal item estar presente nas exigências técnicas dos licitantes concorrentes não será um fator extremamente restritivo à participação no certame?

JUSTIFICATIVA PARA O QUESTIONAMENTO: Situação semelhante foi discutida na Corte de Contas por meio do Acórdão 610/2015 – Plenário – TCU, com relatoria do ministro Bruno Dantas, que em seu voto considerou, 34. Nesse cenário, não se mostra razoável, a meu sentir, a inclusão da mencionada cláusula, dado que, em face da natureza das atividades exercidas, e considerando ser um serviço normalmente executado por empresas públicas, um número restrito de empresas no país estão aptas a demonstrar a operação ETE. Restringem-se, desse modo, as oportunidades sempre a um mesmo círculo de concorrentes, o que, não raras vezes, propicia a ocorrência de fatores que interferem na lisura dos certames. (Acórdão 610/2015, ministro Bruno Dantas, grifo nosso).

RESPOSTA:

Também entendo que a questão tem parcial pertinência.

O art. 30, § 2º, da Lei 8.666/93, autoriza as parcelas de maior relevância técnica e de valor significativo serem definidas no instrumento convocatório. Desta feita, o item



citado pela comunicante enquadra-se perfeitamente como uma parcela de relevância técnica e valor significativo.

Embora existam muitas empresas que atuam em todo território nacional, como também, as empresas participantes dos países membros do FONPLATA, onde as mesmas detêm condições suficientes para a execução de contratos dessa natureza, o que não tornaria restrito o universo de possíveis licitantes, entendo pertinente, conforme orientações emanadas do Corpo Técnico do FONPLATA, que seja permitido a subcontratação até o percentual do valor do contrato ou do volume das obras, correspondente à 30% (trinta por cento).

Dessa forma, as concorrentes podem subcontratar empresas que possam realizar e executar o objeto em questão. Assim como entendo que as referidas empresas subcontratadas também podem apresentar certidões e atestados necessários à comprovação do atendimento da exigência.

Questionamento VI – Item 4.5 (f), Seção 2 – Dados da Licitação (DDL) – PARCELAS DE MAIOR RELEVÂNCIA DAS OBRAS – NÚMERO DE ATESTADOS

A comprovação das quantidades mínimas, que correspondem a 50% (cinquenta por cento) dos quantitativos totais a serem executados, poderá ser feita através da soma de no máximo 03 (três) atestados para cada item, podendo um atestado comprovar mais que um item.

PERGUNTA: Sendo vedada a imposição de limites ou de quantidade certa de atestados ou certidões para fins de comprovação da qualificação técnica, qual a justificativa para tal exigência e restrição da competitividade da LPI?

JUSTIFICATIVA PARA O QUESTIONAMENTO: Tema amplamente discutido e sinalizado como impróprio pela Corte de Contas, jurisprudência e legislação vigente, vide acórdãos TCU n.º 1640/2012, 849/2014, 1095/2018.

RESPOSTA:

Não.

Verifica-se, no que toca aos itens desse tópico, a alegação de vedação de limite de atestado, apto a comprovar o quantitativo mínimo exigido nos itens. Não há que se falar em restrição da competitividade ou quebra da isonomia entre os concorrentes pelo rigor apresentado no Edital.

Tais exigências visam resguardar a efetividade e conclusão do objeto licitado pela empresa vencedora. Em verdade, em ultima *ratio*, as exigências apresentadas no certame visam garantir o interesse público com a otimização das chances de que a

empresa vencedora do certame efetivamente possua condições de concluir o objeto licitado.

Passam das centenas os casos em que as empresas que venceram certames não concluíram o objeto licitado, ocasionando o desperdício do dinheiro público e contribuindo para evitar a melhora da qualidade de vida da população que tanto necessita daquele objeto da licitação.

É imbuído desse intuito que se apresenta indispensável a exigência de qualificação técnica, visando garantir que a vencedora do certame esteja apta a concretizar o anseio da população são-gonçalense.

Não se olvida que as exigências emanadas do Edital estão plenamente em consonância com atual entendimento jurisprudencial e doutrinário sobre o tema.

Nesse espeque, pertinente citar o entendimento do Tribunal de Contas da União espraiado em sua Súmula nº 263/2011:

“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”.(grifado)

Ainda invocando entendimento do TCU:

“(…) A vedação ao somatório de atestados, para o fim de comprovação da capacidade técnico-operacional, deve estar restrita aos casos em que o aumento de quantitativos acarretarem, incontestavelmente, o aumento da complexidade técnica do objeto ou uma desproporção entre quantidades e prazos de execução, capazes de exigir maior capacidade operativa e gerencial da licitante e ensejar potencial comprometimento da qualidade ou da finalidade almejadas na contratação, devendo a restrição ser justificada técnica e detalhadamente no respectivo processo administrativo. (...) O relator observou inicialmente que “a questão da possibilidade de somatório dos atestados para comprovação de quantitativos mínimos deve ser averiguada caso a caso”. Em relação ao caso em exame, destacou o relator, entre outros aspectos, a “magnitude da intervenção exigida dos concorrentes no sistema de climatização do aeroporto – execução em quantitativos superiores, maior capacidade operativa, aumento da complexidade técnica e da capacidade gerencial”, que, no seu entender, não demonstrariam ser desproporcional a capacidade técnica mínima exigida. A fim de elucidar a questão, lembrou o relator o Acórdão 2.150/2008-Plenário, que determinara a órgão jurisdicionado que “somente limite o somatório de quantidades de atestados para a comprovação de capacidade técnico-operacional dos editais nos casos em que o aumento de quantitativos do

serviço acarretarem, incontestavelmente, o aumento da complexidade técnica do objeto ou uma desproporção entre as quantidades e prazos para a sua execução, capazes de ensejar maior capacidade operativa e gerencial da licitante e de potencial comprometimento acerca da qualidade ou da finalidade almejada na contratação da obra ou serviços”. Diante do exposto, o Tribunal julgou a Representação improcedente e emitiu ciência à Infraero, nos termos propostos pela relatoria.

(Acórdão 7105/2014-Segunda Câmara, TC 025.867/2014-8, relator Ministro-Substituto Marcos Bem querer Costa, 18.11.2014.)” (grifado)

Novamente invocado as lições luxuosas de Marçal Justen Filho (2010, p.444) também entende ser possível exigir que a empresa comprove experiência prévia semelhante ao objeto licitado. Assevera o autor:

“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 um sujeito já construiu uma “ponte” – eventualmente, com cinco metros de extensão. Sempre que a dimensão quantitativa, o local, o prazo ou qualquer outro dado for essencial à execução satisfatória da prestação objeto da futura contratação ou retratar algum tipo de dificuldade peculiar, a Administração estará no dever de impor requisito de qualificação técnica operacional fundado nesses dados (...).” (grifado)

Cabe repisar, conforme exposto no item acima, que as empresas subcontratadas também poderão apresentar certidões como forma de atender a exigência editalícia, dentro do limite permitido da subcontratação, que é de 30% (trinta por cento).

Conclusões

Portanto, considerando os argumentos acima expostos, decido acatar parcilamente os questionamentos apresentados pela comunicante, determinando que se proceda a alteração do Edital, no tocante aos pontos aqui expostos, a saber:

i) alteração do itens 29.5 e 29.6 da Seção 2 (DDL), para permitir a subcontratação de parte do empresa especialida para realização do Projeto Executivo de um Sistema de Esgotamento Sanitário com vazão mínima de 24,10l/s e Pré-operação ou operação assistida de um Sistema de Esgotamento Sanitário com vazão mínima de 24.10l/s, por um período de, no mínimo, 3 meses;

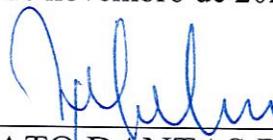
ii) que a subcontratação seja permitida até o percentual do valor total do contrato ou do volume das obras corresponderá a 30% (trinta por cento).

Determino que seja realizada a alteração no item 4.5 (f) da Seção 2 (DDL) para que passe a serem considerados os atestados das empresas que poderão ser subcontratadas para os itens definidos na subcláusulas 29.5 e 29.6 dos Dados da Licitação (DDL), Seção 2 do Edital.

Em razão das alterações procedidas, determino a realização das alterações mediante a publicação de adendo ao Edital, postergando a sessão de abertura das propostas pelo prazo de 10 (dez) dias, conforme permissivo encartado no **item 20.3 do IAC**.

Publique-se.

São Gonçalo do Amarante/RN, 24 de novembro de 2020.



RAIMUNDO NONATO DANTAS DE MEDEIROS
Presidente da Comissão de Especial de Licitação/FONPLATA