

PROCESSO Nº: 1047863

PROCESSO APENSO: 1047939

NATUREZA: DENÚNCIA

JURISDICIONADO: CPGRS - MUNICÍPIOS DE ALVINÓPOLIS, BELA VISTA DE MINAS, JOÃO MONLEVADE, NOVA ERA, RIO PIRACICABA, SÃO DOMINGOS DO PRATA, PASSABEM E SANTA MARIA DE ITABIRA

DATA DA AUTUAÇÃO: 03/08/2018

1. IDENTIFICAÇÃO DO OBJETO

Tratam os autos de denúncia formulada pela empresa Green Ambiental Eireli em face de supostas irregularidades no Processo Licitatório nº 003/2018 - Concorrência Pública nº 001/2018, instaurado pelo Consórcio Público de Gestão de Resíduos Sólidos (CPGRS) formado pelos Municípios de Alvinópolis, Bela Vista de Minas, João Monlevade, Nova Era, Rio Piracicaba, São Domingos do Prata, Passabem e Santa Maria de Itabira, cujo objeto consistiu na contratação de empresa para execução de serviços de gerenciamento do destino final dos resíduos sólidos domiciliares/comerciais dos municípios participantes do consórcio.

2. RELATÓRIO

A denúncia, protocolizada em 03/08/2018, foi autuada e distribuída à relatoria do Conselheiro-Substituto Licurgo Mourão. Em 13/08/2018, nova denúncia referente ao mesmo procedimento licitatório foi protocolizada neste Tribunal que, após autuação, originou o processo nº 1047939 e foi distribuída por conexão também à relatoria do Conselheiro-Substituto Licurgo Mourão, que determinou seu apensamento ao processo nº 1047863.

Em despacho proferido em ambos os processos, o Conselheiro Relator determinou a intimação do Sr. Wilber José de Souza, presidente do CPGRS, da Sra. Elaine Cristina Barros Caldeira, presidente da comissão de licitação do CPGRS, e da Sra. Fabiana Ávila

Modesto, secretária executiva do CPGRS, para que prestassem esclarecimentos sobre os indícios de irregularidades constantes nas denúncias e enviassem cópia das fases interna e externa do procedimento licitatório (peça nº 2 do SGAP - processo piloto e processo apenso). Recebida a documentação, os autos foram encaminhados à Coordenadoria de Editais de Licitação (CFEL) para análise técnica (peça nº 4 do SGAP).

Ao analisar as questões atinentes a sua competência, a CFEL concluiu pela procedência da denúncia quanto às seguintes irregularidades:

- 1 - Exigência de certidão de quitação da dívida ativa da união, fl. 12, cláusula 4.2.2 do edital, fl. 32;
- 2 - Exigência de comprovação de pagamento de encargos para pagamento de faturas, fl. 13, cláusula 19.1.3 do edital, fl. 46.

Na sequência, encaminhou os autos à 2ª Coordenaria de Obras e Serviços de Engenharia (2ª CFOSE) para análise dos apontamentos restantes, em razão do objeto do certame envolver questões técnicas de engenharia (peça nº 6 do SGAP). A 2ª CFOSE concluiu pela existência das seguintes irregularidades (peça nº 7):

O Edital 001/2018 fez exigência de quantitativos mínimos para a comprovação da capacidade técnica-profissional sem, no entanto, apresentar justificativa adequada para essa exigência (Processo apenso N° 1047939).

O Edital 001/2018 não fez exigência de comprovação da capacidade técnica operacional dos licitantes (Processo apenso N° 1047939).

O Edital 001/2018 exigiu dos licitantes comprovação de experiência anterior na execução dos serviços licitados com quantitativos operacionais mínimos superiores a 50% do objeto do edital sem apresentar justificativa para essa exigência (Processo apenso N° 1047939).

(...)

O Edital 001/2018 ofertou em seu item 4.3.7.1, de forma optativa, visita técnica ao aterro sanitário objeto do edital em data única, dia 01 de agosto de 2018 entre 14 e 16 horas. A data única acarretou prejuízo a competitividade do certame licitatório.

Ato contínuo, os autos foram remetidos ao Ministério Público de Contas, que em parecer preliminar manifestou:

Pelas razões expostas, este Ministério Público de Contas, diversamente do entendimento do Setor Técnico, conclui ser irregular a exigência de Certidão Negativa de Recuperação Judicial, conforme estabelecido no Item 4.4.1, da Concorrência Pública n. 001/2018, de modo que deve ser oportunizado o contraditório.

Em garantia do contraditório e da ampla defesa, os responsáveis identificados nos relatórios técnicos foram citados para se manifestarem acerca das irregularidades apontadas (peça nº 12 do SGAP). Recebidas as defesas (peças nº 25, 27, 29 e 31), os autos foram encaminhados para análise técnica da 2ª Coordenadoria de Fiscalização de Municípios (2ª CFM), visto que o contrato decorrente da licitação já estava em execução e a competência da CFEL se restringe ao exame prévio de ato convocatório de licitação, o que exclui os processos com contratos firmados. Na sequência, os autos foram encaminhados à 2ª CFOSE para a análise das razões de defesa apresentadas referentes aos apontamentos de competência desta Coordenadoria.

É o relatório, no essencial.

Passa-se ao exame das alegações de defesa apresentadas.

3. ANÁLISE DE DEFESA

3.1. APONTAMENTO

(1) O Edital 001/2018 fez exigência de quantitativos mínimos para a comprovação da capacidade técnica-profissional sem, no entanto, apresentar justificativa adequada para essa exigência (Processo apenso N° 1047939).

3.1.1. NOME DOS DEFENDENTES

- Cristiano Prates Leite dos Reis, Assessor Jurídico do CPGRS;
- Elaine Cristina Barros Caldeira, presidente da comissão de licitação;
- Wilber Jose De Souza, presidente do CPGRS.

3.1.2. RAZÕES DE DEFESA APRESENTADAS

Verificou-se que os três defendentes apresentaram as mesmas alegações de defesa. Inicialmente, esclarecem que a produção de lixo urbano para aterramento foi estimada em

76 toneladas/dia e que o Consórcio inicialmente era composto por 4 municípios. Com o tempo, houve o ingresso de mais 4 municípios, sendo o último tendo ingressado em 2018.

Argumentam que, além dos municípios pertencentes ao Consórcio, empresas privadas também descartam material no aterro sanitário, salientando que 4 delas mantêm contrato ativo com o CPGRS, mas por estarem suspensas, temporariamente, suas atividades de descarte de resíduos no aterro, não foram contempladas na estimativa de toneladas/dia prevista no edital. Por fim, alegam que em período chuvoso o volume de toneladas/dia operacionalizado no aterro cresce exponencialmente.

Assim, concluem que a necessidade de apresentação de atestado com quantitativo mínimo de 50 toneladas/dia encontra-se justificada na essência do serviço que, em função de sua alta complexidade e natureza continuada, aliada à flutuação do volume diário recebido, encontra variação de quantidade suportada em fatores antrópicos, climáticos, de calendário, entre outros, atinentes à produção de resíduos sólidos.

Adicionalmente às razões de defesa apresentadas, o defendente Cristiano Prates Leite dos Reis, Assessor Jurídico do Consórcio, alega que, com base art. 133 da Constituição Federal c/c o art. 2º da Lei nº 8906/94, no exercício da atividade profissional, é garantido a todo advogado liberdade de manifestação de pensamento em suas peças processuais e que em um Estado Direito não é aconselhável submeter referido profissional a um processo por ter exercido tal prerrogativa.

Por outro lado, apesar de entender não ser cabível responsabilização pelas razões já expostas, afirma que somente cabe responsabilização quando, no exercício de suas funções, agir com dolo ou culpa, consubstanciado no erro grosseiro e inescusável.

Na sequência apresenta uma explanação sobre a responsabilidade subjetiva, fundada na Teoria da Culpa, que demanda a comprovação: 1) da ação ou omissão do agente, 2) da culpa em sentido amplo, 3) do efetivo dano ao erário público, 4) do nexo causal entre a conduta do parecerista e o dano, necessário, para tanto, prova inconteste da ocorrência de tais condutas.

Por fim, conclui inexistir no presente feito erro grave e inescusável e sim divergências de interpretação, que não se caracterizam como erro jurídico e sendo, por conseguinte, imprópria qualquer imputação de culpa, por ação ou omissão, ao Assessor Jurídico.

3.1.3. DOCUMENTOS APRESENTADOS JUNTAMENTE COM AS RAZÕES DE DEFESA

- n/a.

3.1.4. ANÁLISE DAS RAZÕES DE DEFESA

Os defendentes alegam que em razão da natureza continuada do serviço e sua alta complexidade, bem como a previsão de aumento da quantidade de resíduos a serem dispostos no aterro resta justificada a exigência de comprovação de execução de quantitativos mínimos para fins de habilitação técnico-profissional. Entretanto, observa-se que houve uma confusão entre os requisitos de habilitação técnica, visto serem estes aferidos por meio de atestados de capacidade técnico-profissional e de capacidade técnico-operacional. A capacitação técnico-operacional se refere à experiência da pessoa jurídica e a técnico-profissional demonstra a experiência de profissionais da empresa na execução de obra ou serviço de engenharia similar ao objeto licitado, como nos ensina o Dr. Marçal Justen Filho:

“Não se trata de haver executado individualmente uma certa atividade, produzida pela atuação de um único sujeito. Indica-se a execução de um objeto que pressupõe a conjugação de diferentes fatores econômicos e de uma pluralidade (maior ou menor) de pessoas físicas (e, mesmo, jurídicas).

(...)

A qualificação técnica operacional consiste em qualidade pertinente às empresas que participam da licitação. Envolve a comprovação de que a empresa, como unidade jurídica e econômica, participara anteriormente de contrato cujo objeto era similar ao previsto para a contratação almejada pela Administração Pública.

(...)

Por outro lado, utiliza-se a expressão ‘qualificação técnica profissional’ para indicar a existência, nos quadros (permanentes) de uma empresa, de profissionais em cujo acervo técnico constasse a responsabilidade pela execução de obra similar àquela pretendida pela Administração. A questão da qualificação técnica profissional somente pode ser compreendida em face de obras e serviços de engenharia. É que a legislação que regula a profissão subordina a realização de qualquer obra ou serviço de engenharia

a um controle específico em face dos órgãos de classe (CREA). Esse controle envolve a participação e a responsabilidade técnica de um profissional (pessoa física) regularmente inscrito em face do CREA. Veja-se que o profissional que é indicado como ‘responsável técnico’ não é, na quase totalidade dos casos, parte da relação jurídica contratual. A obra ou serviço de engenharia é contratada com uma certa pessoa jurídica. A responsabilidade técnica é de uma pessoa física - que pode ser sócia, empregada ou contratada pela empresa que participa da contratação para execução da obra ou serviço de engenharia.

Em síntese, a qualificação técnica operacional é um requisito referente à empresa que pretende executar a obra ou serviço licitados. Já a qualificação técnica profissional é requisito referente às pessoas físicas que prestam serviços à empresa licitante (ou contratada pela Administração Pública).” (JUSTEN FILHO, M. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 14ª ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 436-437)

Convém esclarecer que a aferição de capacidade técnica por meio de exigência de comprovação de execução de quantitativos mínimos é sim possível, porém por meio de atestados de capacidade técnico-operacional da empresa. Nesse sentido, segue trecho da decisão de 2017, no âmbito do processo nº 932866, de relatoria do Conselheiro Mauri Torres:

A comprovação da **capacidade técnico-operacional** das licitantes deve limitar-se, simultaneamente, às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado, **sendo legal a exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes**, devendo essa exigência se limitar a 50% do objeto contratado, conforme jurisprudência dominante sobre o tema.

Segue também a súmula nº 263/2011 do TCU, que assim dispõe:

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.

Em análise inicial, esta Unidade Técnica frisou ser ilegal o estabelecimento de quantitativos mínimos para comprovação de capacidade técnico-profissional, conforme disposto expressamente no art. 30, § 1º, inciso I da Lei nº 8666/93. Para reforçar o disposto em lei, foi citada também jurisprudência desta Corte de Contas, conforme se segue:

Acrescentando, esta proibição é observada também na jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais:

O art. 30 da Lei n. 8666/93 estabelece e limita a documentação passível de ser exigida para a comprovação da qualificação técnica das licitantes. Em seu § 1º, inciso I, prevê que essa comprovação deverá ser feita mediante atestado, **sendo vedada a exigência de quantidades mínimas.** (Denúncia N. 886511 TCE/MG Rel. Cons. SEBASTIÃO HELVÉCIO)

Dessa forma, resta evidenciada a irregularidade de exigência de comprovação de execução de quantitativos mínimos para fins de comprovação de capacidade técnico-profissional, sendo esta possível somente em relação à comprovação da capacidade técnica operacional da empresa licitante.

Por fim, entende-se que neste caso concreto não cabe a alegação de divergências de interpretação, visto que, somado a vedação expressa em lei, é pacífico neste Tribunal de Contas ser possível somente a exigência de quantitativos mínimos em relação à comprovação da capacidade técnico-operacional. Logo, conclui-se pela rejeição das razões de defesa apresentadas.

3.2. APONTAMENTO

(2) O Edital 001/2018 não fez exigência de comprovação da capacidade técnica operacional dos licitantes (Processo apenso Nº 1047939).

3.2.1. NOME DOS DEFENDENTES

- Elaine Cristina Barros Caldeira, presidente da comissão de licitação;

- Wilber Jose De Souza, presidente do CPGRS.

3.2.2. RAZÕES DE DEFESA APRESENTADAS

Inicialmente, os defendentes alegam ser contraditório a denunciante insurgir contra supostos excessos em relação à exigência de comprovação de execução de quantitativos mínimos por meio de atestados de capacidade técnico-profissional e na sequência reclamar da ausência de comprovação de capacidade técnico-operacional das empresas.

Afirmam que o art. 30 da Lei 8666/93 estabelece o rol máximo a ser exigido dos licitantes para fins de comprovação de capacidade técnica e não uma listagem mínima a ser exigida em toda e qualquer situação. Ademais, alegam que se depreende do disposto no mesmo artigo ser possível a comprovação da qualificação técnica sob dois aspectos: um relacionado a estrutura da empresa/licitante que participará de determinado certame licitatório (técnico-operacional); e outro concernente aos profissionais que integram a empresa participante da licitação (técnico-profissional).

Pontuam que, dentre os requisitos de comprovação técnica a ser exigida, está a “prova de atendimento de requisitos em lei especial” (inciso IV, art. 30). Assim, afirmam que para além das disposições da Lei nº 8666/93, há que se considerar o que se disciplina a Resolução nº 1.025/09 do Conselho Federal de Engenharia e Agronomia (CONFEA). Fundamentados nesta Resolução, alegam que a Anotação de Responsabilidade Técnica (ART) e a Certidão de Acervo Técnico (CAT) somente são emitidas em nome do profissional e que a capacidade técnico-profissional da pessoa jurídica é representada pelo conjunto dos acervos técnicos dos profissionais integrantes de seu quadro.

Concluem, portanto, que os atestados exigidos em relação ao profissional, juntamente com os documentos de qualificação econômico-financeira e demais documentos exigidos dos licitantes, afastam qualquer risco de não execução do objeto. Além disso, afirmam que, ao invés de essencial, conforme alegado pela denunciante, o atestado de capacitação técnico-operacional é, quando muito, complementar, em razão de não ser a empresa detentora de acervo técnico, fazendo-se sem força vinculante e probatória o atestado de capacidade técnico-operacional da empresa.

3.2.3. DOCUMENTOS APRESENTADOS JUNTAMENTE COM AS RAZÕES DE DEFESA

- n/a.

3.2.4. ANÁLISE DAS RAZÕES DE DEFESA

O art. 30 da Lei nº 8666/93 estabelece os limites quanto a comprovação da capacidade técnica em licitações, que consiste na comprovação da expertise dos profissionais na execução do objeto a ser contratado e dos atributos técnico-empresariais da empresa, tais como os equipamentos, aparelhagem física e de recursos humanos disponíveis, bem como sua capacidade de a partir desses recursos executar os serviços nos parâmetros exigidos de prazo e qualidade.

Primeiramente, é importante destacar ser de suma importância essa comprovação a fim de se mitigar o risco de problemas durante a execução do objeto a ser contratado. É nesse sentido que dispõe a ementa do acórdão do processo nº. 1076888 do TCEMG, de Relatoria do Conselheiro Gilberto Diniz:

As exigências de qualificação técnica, de caráter técnico-profissional ou técnico-operacional, devem constituir garantia mínima para que o futuro contratado demonstre, previamente, capacidade para cumprir as obrigações contratuais.

Em análise inicial, esta Unidade Técnica pontuou não existir na legislação aplicável obrigatoriedade quanto à exigência de atestados de capacidade técnico-operacional em licitações. Entretanto, dispôs o seguinte:

(...) a doutrina aponta no sentido de que esta é relevante à Administração nas contratações de elevada complexidade:

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” (**Hely Lopes Meirelles, Direito Administrativo Brasileiro, 20ª ed., 1995, p. 270**).

Assim, não restam dúvidas de que, apesar do veto, a Lei nº 8.666/93 continua permitindo a exigência de ‘comprovação de aptidão para o 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...’”

(Subprocurador Geral Paulo Soares Bugarin, Boletim de Licitações e Contratos Administrativos, TCU, 12/2000, p. 631).

Complementarmente, cita-se o entendimento exarado no acórdão nº 828/19 – Pleno, do Tribunal de Contas do Paraná (TCE-PR), em que se verifica ser possível a dispensa de atestados de capacidade técnico-operacional em casos de menor complexidade:

É possível a dispensa de demonstração de capacidade técnico-operacional como requisito de habilitação de licitantes em certames **cujos objetos sejam de menor complexidade**, cabendo ao gestor público motivar de maneira explícita na fase interna do processo licitatório, com base em razões de ordem técnica, as exigências que serão apostas no edital de licitação para o fim de qualificação técnica dos licitantes, demonstrando sua pertinência e proporcionalidade com o objeto licitado.

Sendo os serviços de operação de aterro contratados pelo Consórcio de natureza complexa, visto envolverem questões logísticas dos resíduos, questões ambientais, geotécnicas, entre outras, resta evidenciada, com base na doutrina e na jurisprudência, a necessidade de demonstração de capacidade técnico-operacional dos licitantes. Salienta-se que os próprios defendentes recorreram à característica complexa do serviço para fundamentarem as exigências de qualificação técnico-profissional além das permitidas em lei.

Dessa forma, mantém-se o entendimento da análise inicial de que caberia, neste caso concreto, a exigência de atestados de capacidade técnico-operacional, em razão dos riscos associados à execução dos serviços, tais como contaminação de mananciais aquáticos, riscos de desabamentos e liberação de gases tóxicos e inflamáveis.

Pelo exposto, conclui-se pela rejeição das razões de defesa. Sugere-se que seja recomendado ao Consórcio Público de Gestão de Resíduos Sólidos que, em futuras licitações de obras ou serviços complexos, exija em separado a comprovação de atestados

de capacidade técnico-profissional e técnico-operacional das empresas participantes dos certames para fins de habilitação técnica em licitações.

3.3. APONTAMENTO

(3) Edital 001/2018 exigiu dos licitantes comprovação de experiência anterior na execução dos serviços licitados com quantitativos operacionais mínimos superiores a 50% do objeto do edital sem apresentar justificativa para essa exigência (Processo apenso N° 1047939).

3.3.1. NOME DOS DEFENDENTES

- Cristiano Prates Leite dos Reis, Assessor Jurídico do CPGRS;
- Elaine Cristina Barros Caldeira, presidente da comissão de licitação;
- Wilber Jose De Souza, presidente do CPGRS.

3.3.2. RAZÕES DE DEFESA APRESENTADAS

Os defendentes alegam que o serviço é de natureza contínua, alta complexidade e já há a manifesta previsão de crescimento de demanda, em razão de vários municípios terem manifestado interesse em participarem do Consórcio por razões ambientais. Em rol exemplificativo, cita a solicitação do Município de Santa Bárbara, que representaria um acréscimo estimado de 335 toneladas/mês a serem dispostos no aterro, demonstrando, assim, a pertinência do quantitativo mínimo exigido.

Acrescentam à argumentação a súmula nº 24 do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TCE-SP), que dispõe ser possível a exigência de comprovação de execução de serviços em quantitativos mínimos para fins de qualificação técnico operacional, desde que entre 50% e 60% do total a ser executado, ou outro percentual que venha devida e tecnicamente justificado.

Ademais, expõem a importância de se exigir experiência real e similar da empresa licitante na execução do objeto do certame, a fim de se garantir a efetiva e integral execução do contrato. Acrescentam que, principalmente em casos de obras e serviços complexos, nada obsta a exigência de atestado de capacidade técnica operacional, pois nesse caso seria insuficiente a simples capacitação profissional do pessoal técnico. Entretanto, ressaltam que

para fins que comprovação de capacidade técnica, as exigências qualitativas e quantitativas devem ser razoáveis e proporcionais com o objeto do certame, a fim de não se ferir o caráter competitivo do certame.

Citam na sequência trechos dos acórdãos nº 1890/2010 e nº 1025/2003 do TCU e do STJ, respectivamente, a fim de embasarem a regularidade da exigência de atestados de capacidade técnica do licitante, pautadas em exigências razoáveis e proporcionais com o objeto do certame, sem que isso restrinja a competitividade da licitação.

Afirmam ser um referencial não absoluto de razoabilidade a comprovação de uma atividade similar, em termos quantitativos, em pelo menos 50% do exigido no edital, conforme estaria disposto no acórdão nº 1284/2003 do TCU.

Na sequência citam entendimentos do TCE-MG, do TCE-MT e do MP-RS com o fito de se demonstrar não ser irregular a fixação de requisitos para a comprovação da capacidade técnica se estes guardarem relação direta com o núcleo do objeto da contratação. Afirmam não ser possível a aceitação de atestado de capacidade técnica que assegure execução de serviço anterior em quantidade inferior ao exigido na prestação real do serviço e que seu aceite geraria insegurança e incerteza quanto ao interesse público.

Citam o mandado de segurança nº 15963-05.2013.4.01.3500 de Goiás, em que a Advocacia Geral da União entendeu como correta a postura de um pregoeiro que não aceitou atestado de capacidade técnica com quantitativo inferior ao necessário.

Por fim, frisam que no edital aqui em análise não ocorreu a exigência de comprovação de capacidade técnica operacional em quantitativo idêntico ao licitado e sim em quantidades inferiores, que respeitam a característica continuada dos serviços, a projeção de crescimento e os contratos que por hora estão suspensos.

Logo, concluem que a exigência do quantitativo mínimo de 50 toneladas/dia se faz ajustado ao objeto licitado, não sendo arrazoado arguir limitação ao princípio da competitividade do certame ao passo que este deve ser mitigado, preservando-se a efetiva prestação do serviço, a proteção do meio ambiente, e discricionariedade administrativa.

3.3.3. DOCUMENTOS APRESENTADOS JUNTAMENTE COM AS RAZÕES DE DEFESA

- n/a.

3.3.4. ANÁLISE DAS RAZÕES DE DEFESA

Em suas alegações, os defendentes expuseram a necessidade de se exigir a comprovação de experiência prévia da empresa, tanto os termos quantitativos quanto qualitativos, como garantia à Administração de que o objeto será executado, sendo que essa exigência não fere o caráter competitivo do certame se levados em conta os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Primeiramente, verifica-se que o cerne da questão aqui em análise não é a legalidade de se exigir a experiência prévia das licitantes e sim quais os limites dessa exigência. Conforme jurisprudência dominante do tema, é possível a exigência de atestados com quantitativos mínimos **de até 50% do total** do objeto do certame, salvo em casos excepcionais, devidamente justificados na fase interna da licitação, conforme visto em trecho do acórdão do processo nº 1024670 - TCEMG, de relatoria do Conselheiro Gilberto Diniz:

Constitui irregularidade a exigência, em edital de procedimento licitatório, de comprovação de capacidade técnico-operacional em percentual mínimo superior a 50% dos quantitativos dos itens de maior relevância da obra ou serviço, salvo em casos excepcionais, cujas justificativas deverão estar tecnicamente explicitadas no processo administrativo anterior ao lançamento do respectivo edital, ou no próprio edital e seus anexos, em observância ao inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal; inciso I do § 1º do art. 3º e inciso II do art. 30 da Lei 8.666/93. (TCU – Acórdão n. 3104/2013, Processo n. 024.968/2013-7, Relator Min. Valmir Campelo, julgado em 20/11/2013)

Como visto, o quantitativo mínimo considerado razoável e proporcional para fins de comprovação é igual ou menor que 50% do total do objeto da licitação.

Em análise inicial, esta Unidade Técnica assim dispôs:

Da leitura do edital pode-se extrair que a produção de lixo estimada foi de 76 ton/dia (item 2.1.2, fl. 29) e que a exigência feita aos licitantes foi de comprovação de gerenciamento de resíduos com volume mínimo de 50 ton/dia (item 4.3.1. a, fl. 33), ou seja, o edital estava exigindo que se comprovasse experiência mínima correspondente a 65,79% do objeto do edital. A jurisprudência sobre este tema aponta

no sentido de que a exigência de quantitativos acima de 50% só deve ser feita em situações excepcionáíssimas:

Para fins de comprovação da qualificação técnico-operacional dos licitantes, **não cabe exigir atestados com quantitativos mínimos acima de 50%** dos quantitativos dos itens da obra ou do serviço licitado, limitada a comprovação aos itens de maior relevância técnica e valor significativo do objeto a ser contratado, **salvo em casos excepcionais, devidamente justificados no processo administrativo relativo à licitação" (Acórdão 1851/2015-Plenário TCU, Relator: BENJAMIN ZYMLER, grifos nossos)**

Como regra, os quantitativos mínimos exigidos não devem ultrapassar 50% do previsto no orçamento base, salvo em condições especiais e devidamente justificadas no processo de licitação." (Acórdão 244/2015- Plenário TCU, Relator: BRUNO DANTAS).

(...) o TCU não tem aceitado que se estabeleçam exigências excessivas, que possam restringir indevidamente a competitividade dos certames, a exemplo da comprovação de experiência em percentual superior a 50% (cinquenta por cento) dos quantitativos a executar (Acórdãos n.ºs 1.284/2003; 2.088/2004; 2.656/2007; 608/2008; 2.215/2008 e 2.147/2009, todos do Plenário)" (Acórdão 397/2013- Plenário TCU , Relator: VALMIR CAMPELO, grifos nossos)

Para o TCU, regra geral, é legal a exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços, não podendo ser mais que 50% do quantitativo licitado, desde que devidamente justificados e limitados às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto." (COMO ELABORAR TERMO DE REFERÊNCIA OU PROJETO BÁSICO, TCE/MG, 2017)

Em sua defesa, a comissão de licitação apontou que o quantitativo de 76 toneladas/dia tratava-se de mera estimativa. Aponta que no seu início o consórcio era composto por 4 municípios e que hoje já conta com 8. Além disso, alegaram que o aterro sanitário é utilizado por diversas empresas privadas e que em períodos chuvosos o volume de toneladas/dia operacionalizado no aterro sanitário cresce exponencialmente (fl. 364 do processo piloto). Esses fatos, segundo a comissão de licitação, justificariam o caráter excepcional de se fazer uma exigência técnica superior a 50% do objeto licitado.

Não se questiona que o valor previsto no edital de licitação tratava-se de estimativa, visto que é impossível precisar com exatidão total o objeto que será operacionalizado. Fato é que o valor apresentado ser uma estimativa não se apresenta como situação excepcionalíssima, uma vez que é algo inerente às contratações desse gênero. Isso posto, a justificativa para se exigir quantitativo técnico-operacional acima de 50% do objeto do edital revela um problema ainda maior. Não parece razoável a esta Unidade Técnica que a exigência seja justificada com base em um possível crescimento futuro do aterro, se este crescimento não foi considerado na estimativa do edital. Se há a possibilidade do objeto se tornar maior e mais complexo no período que o contrato estará vigente, o instrumento apresentou grave vício de estimativa de contratação, algo que pode exigir aditamentos que superem o limite de 25% autorizado pela Lei 8.666/1991 em seu art. 65, § 1º. Dessa forma, ou o edital pecou em sua estimativa ou pecou em sua exigência técnica, de qualquer forma resta comprovada a ilegalidade do documento.

Verificou-se pelas alegações de defesa que não foram trazidos elementos que demonstrassem o caráter excepcional da contratação que justificasse a necessidade de comprovação de capacidade técnico em quantitativo superior a 50% do objeto do certame. Logo, mantém-se o entendimento da análise inicial, de que o edital pecou ou na estimativa do objeto ou em sua exigência técnica, comprovando-se de qualquer forma a irregularidade apontada, concluindo-se pela rejeição das alegações de defesa.

3.4. APONTAMENTO

(4) O Edital 001/2018 ofertou em seu item 4.3.7.1, de forma optativa, visita técnica ao aterro sanitário objeto do edital em data única, dia 01 de agosto de 2018 entre 14 e 16 horas. A data única acarretou prejuízo a competitividade do certame licitatório.

3.4.1. NOME DOS DEFENDENTES

- Cristiano Prates Leite dos Reis, Assessor Jurídico do CPGRS;
- Elaine Cristina Barros Caldeira, presidente da comissão de licitação;
- Wilber Jose De Souza, presidente do CPGRS.

3.4.2. RAZÕES DE DEFESA APRESENTADAS

Os defendentes não apresentaram defesa referente a este apontamento.

3.4.3. DOCUMENTOS APRESENTADOS JUNTAMENTE COM AS RAZÕES DE DEFESA

- n/a.

3.4.4. ANÁLISE DAS RAZÕES DE DEFESA

Conforme informado em análise inicial, este Tribunal possui inúmeras decisões no sentido de que atenta contra o princípio da ampla competitividade do certame a exigência de visita técnica em data única, tal como demonstrado a seguir:

A previsão editalícia de que a visita seja efetuada exclusivamente pelo responsável técnico das empresas e de que essa se realize em data única para todos os licitantes são impertinentes e irrelevantes para o específico objeto da licitação, representando restrição à competitividade do certame e afronta ao art. 3º, §1º, I da Lei de Licitações (Denúncia nº 931106 -TCEMG – Relatoria Conselheiro Wanderley Ávila).

Tenho entendido que a Administração não pode impor obrigações que restrinjam a competitividade do certame, razão pela qual deverá estipular prazo razoável para realização da visita, e não aquela estipulada em data e hora únicas. Assim, constato a ocorrência **de irregularidade relativa ao prazo único estabelecido** pela Administração Municipal **para realização de visita técnica.** (Denúncia nº 896629 – TCEMG - Relatoria Conselheiro Sebastião Helvécio).

A exigência de visita técnica está adstrita à discricionariedade da Administração, desde que seja pertinente com o objeto da contratação e não comprometa ou restrinja o caráter competitivo da licitação. **A fixação de apenas um dia para o credenciamento, aliado a restrito horário para a realização da visita técnica, é indicativo de comprometimento da ampla participação** no certame (Denúncia nº 1015745 – TCEMG – Relatoria Conselheiro Gilberto Diniz).

Embora não tenham os defendentes se manifestado em relação a esta irregularidade, ao estabelecerem data única (01/08) e horário restrito (das 14:00 às 16:00) resta evidenciada

a afronta ao disposto no inciso I, do § 1º, do art. 3º da Lei 8666/93. Logo, conclui-se pela procedência deste apontamento.

4. CONCLUSÃO

Após a análise, esta Unidade Técnica manifesta-se:

- Pelo não acolhimento das razões de defesa apresentadas pelo(s) defendente(s) quanto aos seguintes apontamentos:

- (1) O Edital 001/2018 fez exigência de quantitativos mínimos para a comprovação da capacidade técnica-profissional sem, no entanto, apresentar justificativa adequada para essa exigência (Processo apenso N° 1047939);
- (2) O Edital 001/2018 não fez exigência de comprovação da capacidade técnica operacional dos licitantes (Processo apenso N° 1047939);
- (3) O Edital 001/2018 exigiu dos licitantes comprovação de experiência anterior na execução dos serviços licitados com quantitativos operacionais mínimos superiores a 50% do objeto do edital sem apresentar justificativa para essa exigência (Processo apenso N° 1047939);
- (4) O Edital 001/2018 ofertou em seu item 4.3.7.1, de forma optativa, visita técnica ao aterro sanitário objeto do edital em data única, dia 01 de agosto de 2018 entre 14 e 16 horas. A data única acarretou prejuízo a competitividade do certame licitatório.

5. PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Diante do exposto, propõe esta Unidade Técnica:

- Aplicação de sanção prevista no inciso II, do art. 85 da Lei Complementar Estadual nº 102/2008;
- Recomendação aos responsáveis que, nas próximas licitações, exijam em separado a comprovação de atestados de capacidade técnico-profissional e técnico-operacional das empresas participantes dos certames para fins de habilitação técnica.

2ª CFOSE/DFME, 15 de abril de 2021.

Waleska Ferreira Zanitti Vieira da Silva
Analista de Controle Externo – TC-3258-9