



RESPOSTA À IMPUGNAÇÃO APRESENTADA PELA EMPRESA MÁRCIO ANDRÉ BASTOS DE OLIVEIRA.

Referência: TOMADA DE PREÇOS Nº. 003.2022 – TP

Objeto: EXECUÇÃO DOS SERVIÇOS DE REFORMA DA ESCOLA DE ENSINO FUNDAMENTAL PORFÍRIO ARAÚJO NA LOCALIDADE DO CROATÁ NO MUNICÍPIO DE SÃO GONÇALO DO AMARANTE/CE.

O Presidente da Comissão Permanente de Licitação do Município de São Gonçalo do Amarante/CE vem responder ao pedido de impugnação ao edital da licitação na modalidade TOMADA DE PREÇOS Nº. 003.2022 – TP, apresentado pela empresa MÁRCIO ANDRÉ BASTOS DE OLIVEIRA.

DAS RAZÕES DE IMPUGNAÇÃO

A empresa MÁRCIO ANDRÉ BASTOS DE OLIVEIRA impetrou peça impugnatória com vistas a questionar como impróprias disposições inerentes às exigências de qualificação técnico-profissional, argumentando, em suma, que seria equivocada a inclusão de “fornecimento e montagem de brise vertical com estrutura de fixação em fachada” como parcela de maior relevância, não havendo justificativa no edital para sua definição como tal.

Na sequência, passa a discorrer acerca da exigência de quantitativos mínimos, reclamando como imprópria a incidência desta sobre os requisitos de qualificação técnico-profissional, entendendo que quantidades mínimas apenas poderiam ser requisitadas em sede de qualificação técnico-operacional.

DO DIREITO

Diante da exposição de direito formulada pelo insurgente, realizamos, adiante, a competente exposição fático-jurídica e conclusão sobre a matéria posta em debate.

A) DAS PARCELAS DE MAIOR RELEVÂNCIA E VALOR SIGNIFICATIVO

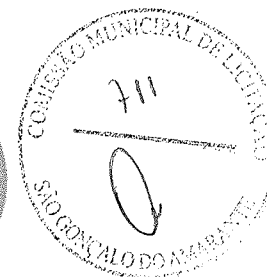
O procedimento licitatório se desenvolve com vistas à escolha da melhor proposta para atender a demanda da Administração Pública, garantindo, da mesma forma, isonomia entre os possíveis fornecedores ou prestadores de serviço, balizando-se por regras e princípios que encontram sua origem e fundamento nos mandamentos constitucionais, sejam aqueles expressos, sejam os que decorrem da ordem jurídica estabelecida e conjunto harmônico dos fundamentos ali traçados.

Nesse sentido, vale destaque ao art. 37, inciso XXI da Carta Magna, in verbis:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam



obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Nesse contexto, interessa verificar que quem possui competência e meios para decidir o que se constitui como indispensável à garantia do cumprimento das obrigações é, senão, o ente público processante, por meio de seus agentes, residindo tais definições no denominado mérito administrativo.

Acerca do tema, ensina ilustre doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello:

*Discricionariedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para **eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal**, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente¹ (grifo)*

Interessante, ainda, colacionar texto de Thêmis Limberger, parafraseando Eduardo García Enterría, que faz a seguinte elucidação:

"[...] a discricionariedade é essencialmente uma liberdade de eleição entre alternativas igualmente justas, ou seja, entre critérios extrajurídicos (de oportunidade, econômicos etc.), não previstos na lei, e conferidos ao critério subjetivo do administrador. Os conceitos jurídicos indeterminados constituem-se em um caso de aplicação da lei, já que se trata de subsumir em uma categoria legal."² (grifo)

Andréas J. Krell, por sua vez, afirma que:

"Parece mais coerente, entretanto, ver o uso de conceitos jurídicos indeterminados, bem como a concessão de discricionariedade, como manifestações comuns da técnica legislativa de abertura das normas jurídicas, carecedoras de complementação. Na verdade, conceitos indeterminados e discricionariedade são fenômenos interligados, visto que, muitas vezes, o órgão administrativo deve lançar mão desta para poder preencher aqueles."³(grifo)

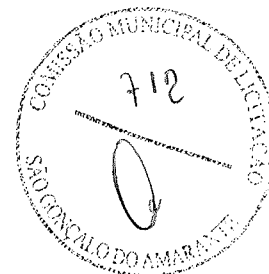
Assim, o sentido e alcance da expressão "indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações" será definido pela administração pública, não o sendo, porém, de forma arbitrária, mas pautada em critérios de ordem técnica, mais especificamente, no caso em apreço, de natureza de engenharia, pelo que se faz imperiosa a avaliação do caso pelo corpo técnico desta municipalidade, o que fora efetivamente solicitando, findando esse com o entendimento exposto no parecer que segue anexo, do qual destacamos o seguinte excerto:

Sendo assim julgamos procedente o pedido de exclusão da parcela a) do quadro de parcelas relevantes do projeto básico em questão.

1 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

2 LIMBERGER, Thêmis. *Atos da Administração Lesivos ao Patrimônio Público: os princípios constitucionais da legalidade e moralidade*. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 111.

3 KRELL, Andreas J. *Discricionariedade e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais*. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 35.



Assim, em reavaliação da matéria, o setor técnico competente conclui pela procedência do pedido de exclusão da parcela de maior relevância disposta na alínea "a" do item 4.2.3.2 do instrumento convocatório em tablado.

Nesse escopo, interessa, ainda, destacar que a devida retificação para conformação das exigências editalícias reforça a isonomia constitucionalmente imposta, que se impõe não apenas em fase de julgamento, mas na própria construção do instrumento convocatório, valendo, nesse sentido, destaque à doutrina do respeitável doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello:

O princípio da igualdade implica o dever não apenas de tratar isonomicamente todos os que afluírem ao certame, mas também o de ensejar oportunidade de disputá-lo a quaisquer interessados que, desejando dele participar, podem oferecer as indispensáveis condições de garantia. É o que prevê o já referido art. 37, XXI, do Texto Constitucional. Aliás, o §1º do art. 3º da Lei 8.666 proíbe que o ato convocatório do certame admita, preveja, inclua ou tolere cláusulas ou condições capazes de frustrar ou restringir o caráter competitivo do procedimento licitatório e veda o estabelecimento de preferências ou distinções em razão da naturalidade, sede ou domicílio dos licitantes, bem como entre empresas brasileiras ou estrangeiras, ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o objeto do contrato.⁴ (grifo)

Para além da conclusão pela retirada da parcela questionada, interessa destacar que o parecer expõe as razões de eleição daquelas que permanecem exigidas no certame, passando tais justificativas a fazer parte integrante do procedimento em tablado, conferindo transparência e atendendo integralmente as orientações pátrias sobre o tema.

B) DO QUANTITATIVO MÍNIMO

A impugnante reclama a exigência de quantitativos mínimos das parcelas de maior relevância definidas no edital, discorrendo acerca da diferença entre qualificação técnico-profissional e técnico-operacional, indicando que apenas em relação a esta poderiam ser definidas as quantidades mínimas e que o modo em que se encontra construído o edital nesse sentido iria de encontro ao que dispõe o art. 30, em seu inciso II.

Nesse sentido, vale destacar o art. 30, inciso II, que trata da demonstração de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível, pessoal técnico adequado, dentre outros requisitos, sublinhando que o mesmo encontra complementação no parágrafo primeiro do mesmo artigo, pelo que vale observância aos termos das disposições em debate:

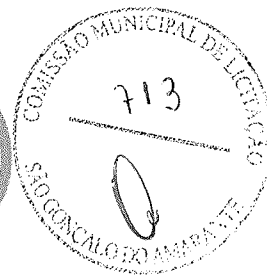
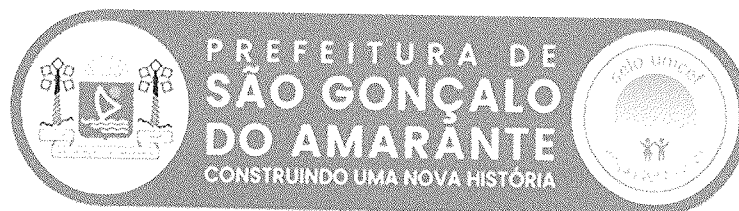
Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

[...]

II - comprovação de aptidão para 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, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

[...]

4 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 17. ed. 2004. p. 73-74.



§ 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a:

I - capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos; (grifo)

Intentar tomar por indevida a exigência com base no disposto no inciso II do art. 30 da Lei Nº 8.666/93, para fins de excluir possibilidade da exigência dos quantitativos mínimos da qualificação técnico-profissional, não encontra qualquer fundamento, uma vez que a demonstração regulada pelo referido inciso é composta exatamente pela prova da capacitação técnico-profissional, nos termos do §1º, inciso I, supra.

Acerca da matéria impugnada, interessa observar, ainda, que, apesar de o art. 30, §1º, inciso I, da Lei Nº 8666/93 dispor, em seu trecho final, sobre vedação a "exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos", doutrina e jurisprudência consolida entendimento para a interpretação não literal da norma posta, verificando-se evolução no entendimento do Tribunal de Contas da União, da qual se faz interessante destacar o que se segue:

Voto:

[...]

7. Entendo que a primeira interpretação não é a que mais se coaduna com o interesse da Administração de se resguardar quanto à real capacidade técnica da licitante de prestar adequadamente os serviços pactuados. Especialmente em serviços de maior complexidade técnica, como os que envolvem o objeto do pregão promovido pela Ceron, seria imprescindível a apresentação de atestado de capacidade técnico-profissional com exigência de quantitativos mínimos, sob pena de a Administração atribuir responsabilidade pela prestação dos serviços a profissionais que não detêm capacidade técnica demonstrada na execução de serviços de porte compatível com os que serão efetivamente contratados.

8. Por isso, sou de opinião que a interpretação mais adequada do art. 30, § 1º, inc. I, in fine, da Lei nº 8.666/93, é a de que é possível, e até mesmo imprescindível à garantia do cumprimento da obrigação, delimitar as características que devem estar presentes na experiência anterior a ser comprovada pelas licitantes – compatíveis com o objeto pactuado –, aí se inserindo a exigência de quantitativos mínimos concernentes ao objeto que se pretende contratar.

9. A corroborar o entendimento que ora perfilho, julgo oportuno trazer à colação excerto do voto condutor do Acórdão nº 1214/2013-Plenário, que assim dispõe:

"60. A interpretação literal do dispositivo em tela nos levaria a concluir que não seria permitido fazer exigências de quantidades mínimas ou prazos mínimos em



Processo N° 03616/2019-2, Certificados N° 0049/2019 e 0317/2019, e Parecer N° 03075/2019, extraído deste o seguinte excerto:

Tomada a disciplina legal em sua literalidade, a compreensão seria pela impossibilidade de a Administração estabelecer quantitativos mínimos para fins de aferição e comprovação da qualificação técnico-profissional. Contudo, atualmente, o Tribunal de Contas da União entende ser lícito à Administração exigir quantitativos para comprovação da capacidade técnico-profissional, inclusive em nível superior aos quantitativos exigidos para a demonstração da capacidade técnico-operacional, nos termos do Acórdão nº 534/2016 – Plenário. Isso porque, segundo a conclusão firmada, “embora a experiência da empresa, sua capacidade gerencial e seus equipamentos sejam fatores relevantes, profissionais qualificados são determinantes para o desempenho da contratada”.

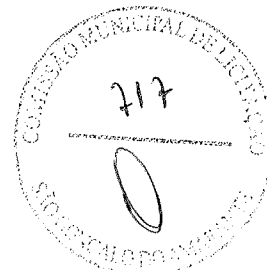
Tendo em vista a atual jurisprudência e, ainda, os termos contidos no edital de licitação, quais sejam “execução de serviços de manutenção da rede de iluminação pública em número de pontos compatível ao licitado”, percebe-se que o edital exige a comprovação de experiência com serviço plenamente compatível com objeto licitado.

No entanto, a cláusula é omissa na fixação da quantidade mínima de serviço que será aceita como suficiente para comprovar a experiência do profissional apresentado pela licitante, uma vez que limita-se a mencionar “número de pontos compatível ao licitado”. Como bem pontuado pela unidade técnica, a falha, aqui, não diz respeito à exigência em si, mas à falta de critérios objetivos que estabeleçam como a exigência será considerada satisfeita. (grifo)

Diante do exposto, temos por certo que jurisprudência e doutrina assinalam à possibilidade de exigência de quantitativos mínimos para fins de qualificação técnico-profissional, quando o objeto assim demandar, como no presente caso, estando atestada, no corpo do parecer que passa a integrar o presente feito, a importância da exigência nos moldes em que se encontra (à exclusão da alínea “a” do item 4.2.3.2).

Por fim, interessa verificar que as exigências de qualificação técnica constantes do instrumento convocatório são as consideradas necessárias e suficientes pelo corpo técnico desta municipalidade, valendo destacar que o rol disposto na Lei N° 8.666/93 para imposições de habilitação corresponde ao máximo, e não ao mínimo possível, pelo que a exigência de capacidade técnico-profissional, correspondente àquela expressamente prevista no art. 30, inciso II e §1° do referido estatuto, nos moldes construídos, é bastante, incidindo os quantitativos mínimos sobre a mesma, diante da doutrina e jurisprudência pátrias, conferindo critérios objetivos e garantia à administração da devida execução dos serviços, notadamente por se tratar de unidade escolar a passar por reforma, representando sérios riscos intercorrências que eventualmente possam ocorrer na execução do objeto, o que reforça a imprescindibilidade da demonstração da qualificação nos moldes dispostos no instrumento convocatório.

DA DECISÃO



Considerando todo o exposto, entendemos pela procedência parcial da impugnação para o único fim de excluir a alínea “a” do item 4.2.3.2, permanecendo inalteradas as demais cláusulas editalícias.

São Gonçalo do Amarante/CE, 08 de Abril de 2022

Anderson A. da S. Rocha

Anderson Augusto da Silva Rocha
Comissão Permanente de Licitação
Presidente