



Prefeitura Municipal de Estiva - MG

Estado de Minas Gerais

DECISÃO ADMINISTRATIVA

Referencia: Recurso administrativo apresentado pela empresa "CONSTRUTORA CARVALHO E DUARTE LTDA."

Procedimento licitatório nº 279/2021

Pregão nº 67/2021.

Objeto: *contratação de empresa especializada para execução de pavimentação em bloquetes sextavados em trecho da estrada municipal ESV no distrito pântano dos Rosas, com fornecimento de mão de obra, materiais e os equipamentos necessários, tudo conforme planilha orçamentária, projetos, documentos, conforme descrição no edital.*

1. Trata-se de análise Recurso Administrativo apresentado pela empresa Construtora Carvalho e Duarte Ltda.", CNPJ: 14.063.229/0001-80, em face de decisão emitida pela pregoeira, a qual decidiu HABILITAR a empresa Kairo Construtora & Incorporadora Eireli, alegando que a empresa citada apresentou atestado técnico de engenheiro que não faz mais parte do quadro de funcionários da empresa "Kairo Construtora & Incorporadora Eireli".

Alegou ainda, que a vencedora da licitação e a empresa "Kadh Construções e Locações de Máquina e Terraplanagem Eireli" possuem o mesmo responsável técnico no quadro de funcionários, Sra. Aline Simões Garcia.

A empresa "Kairo Construtora & Incorporadora Eireli" apresentou contrarrazões alegando o formalismo moderado, apresentando atestado de capacidade do responsável técnico, com data de 16/11/2006, a comprovar sua larga experiência. E que quanto a existência de duplicidade de empresas com o mesmo responsável, não existe impedimento legal.

Diante do parecer jurídico exalado, em anexo, DECIDO:

- a) Manter a decisão exarada na ata da sessão do dia 03 de Novembro de 2021, no sentido de que a empresa KAIRO CONSTRUTORA & INCORPORADORA EIRELI, seja tida como HABILITADA a prosseguir à próxima fase do certame, fazendo subir os autos do presente recurso a análise do Ilmo. Senhor Prefeito



Prefeitura Municipal de Estiva - MG

Estado de Minas Gerais

Municipal, nos termos do § 4º do Art. 109, da Lei Federal 8.666/93, para que se proceda ao competente julgamento.

b) Publique-se o inteiro teor desta decisão.

Estiva, 11 de Novembro de 2021.


Ana Paula Marques Mendonça
Pregoeira

PARECER JURÍDICO

Trata-se do processo licitatório 279/2021, sob a modalidade pregão presencial 67/2021, cujo objeto é a contratação de empresa especializada para execução de pavimentação em bloquetes sextavados em trecho da estrada municipal ESV no distrito pântano dos rosas, com fornecimento de mão de obra, materiais e os equipamentos necessários, tudo conforme planilha orçamentária, projetos, documentos, conforme descrição no edital.

A empresa "Construtora Carvalho e Duarte Ltda." apresentou recurso administrativo, ao argumento de que a vencedora da licitação apresentou atestado técnico de engenheiro que não faz mais parte do quadro de funcionários da empresa "Kairo Construtora & Incorporadora Eireli".

Alegou ainda, que a vencedora da licitação é a empresa "Kadh Construções e Locações de Máquina e Terraplanagem Eireli" possuem o mesmo responsável técnico no quadro de funcionários, Sra. Aline Simões Garcia.

A empresa "Kairo Construtora & Incorporadora Eireli" apresentou contrarrazões alegando o formalismo moderado, apresentando atestado de capacidade do responsável técnico, com data de 16/11/2006, a comprovar sua larga experiência. E que quanto a existência de duplicidade de empresas com o mesmo responsável, não existe impedimento legal.

Este é o relatório.

Preambularmente, a Lei de Licitações autoriza a Administração a exigir a comprovação da capacitação técnico-operacional, nos termos de seu art. 30, inciso II, e a comprovação da capacitação técnico-profissional, de acordo com seu art. 30, § 1º, inciso I, *in verbis*:

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;

(...)

§ 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: (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

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; (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

Nesta esteira, conforme a sistemática adotada pela Lei nº 8.666/93, na etapa de habilitação, entre outros aspectos, a Administração deverá analisar a qualificação técnica dos licitantes, com o objetivo de aferir se dispõem de conhecimento, experiência e aparelhamentos técnico e humano suficientes para satisfazer o contrato a ser celebrado.

A capacitação técnico-operacional é a experiência a ser verificada da pessoa licitante, devendo comprovar, enquanto organização empresarial, sua aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação.

Quanto à capacitação técnico-profissional, o foco da exigência é a demonstração da experiência do profissional indicado pelo licitante para atuar como seu responsável técnico.

Nesta senda, importante registrar que o Tribunal de Contas da União reconheceu, por meio da publicação da Súmula nº 263, que:

"...para a comprovação da capacidade técnico-operacional das licitantes, e desde que limitada, simultaneamente, às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado, é legal a exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes, devendo essa exigência guardar proporção com a dimensão e a complexidade do objeto a ser executado."

Em consonância com essa ordem de ideias, o TCU determinou, no Acórdão nº 3.070/2013 – Plenário, que a unidade jurisdicionada:

"... em futuras licitações, ao exigir quantitativos mínimos para fim de comprovação da capacidade técnico-profissional das licitantes (art. 30, § 1º, inc. I, da Lei nº

8.666/93), apresente a devida motivação dessa decisão administrativa, evidenciando que a exigência é indispensável à garantia do cumprimento da obrigação a ser assumida pela vencedora do certame."

Atualmente, no Acórdão nº 534/2016 – Plenário, o Tribunal de Contas da União voltou a decidir ser lícito a Administração exigir quantitativos para comprovação da capacidade técnico-profissional, inclusive em nível superior aos quantitativos exigidos para a demonstração da capacidade técnico-operacional. 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".

Nessa ocasião mais recente, a Min. Relatora ponderou que a jurisprudência do Tribunal evoluiu "para admitir ser possível – e até mesmo imprescindível à garantia do cumprimento da obrigação – delimitar as características que devem estar presentes na experiência anterior do licitante **quanto à capacidade técnico-operacional e técnico-profissional**" e ainda destacou:

"... é compatível com o interesse público contratar empresas e profissionais com experiência comprovada na execução da obra que se irá executar. A questão não é a exigência da comprovação de experiência anterior, mas a razoabilidade dos parâmetros estipulados."

Adentrando no mérito dos fundamentos do recurso administrativo e das contrarrazões, ocorre que o artigo 30, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/1993, que trata das regras de qualificação técnica das licitações públicas, estabelece que as empresas interessadas em participar dos certames devem "*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 (...)*".

Observe-se que, se a redação do artigo acima transcrito for interpretada literalmente, tal como foi redigida, a conclusão a que se chega, de forma equivocada, obviamente, é a de que o profissional indicado para atuar como responsável técnico (RT) da empresa, no contrato a ser firmado com a Administração Pública, deve, necessariamente, integrar o quadro permanente de funcionários da empresa interessada na licitação, além de pertencer a esse quadro antes mesmo da assinatura do contrato, o que gera um custo desnecessário aos licitantes, aumentando o valor das propostas, e que é amplamente rechaçado pelo Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais.

Tal exigência, em uma interpretação literal e gramatical do texto normativo significaria dizer que, antes mesmo de conhecerem o resultado do certame, as empresas já precisariam contratar e pagar

antecipadamente por um profissional de nível superior, detentor de atestado de responsabilidade técnica, o que faria com que tivessem de antecipar todos os custos financeiros decorrentes de tal contratação, conforme acima dito.

E a realização antecipada de custos com a contratação de um responsável técnico configuraria prejuízo para aquelas empresas que não viessem a ser declaradas vencedoras do certame. Seria uma antecipação de gastos desnecessária.

Diante dos potenciais prejuízos acima cogitados, é que o Tribunal de Contas da União – TCU já decidiu não haver necessidade de que os responsáveis técnicos pertençam ao quadro permanente das licitantes, nem tampouco que tal exigência possa ser feita já por ocasião da entrega das propostas.

No que toca ao enquadramento dos responsáveis técnicos no quadro permanente das respectivas licitantes, aquele Tribunal, por meio do Acórdão 1.084/2015-TCU-Plenário, decidiu conforme o enunciado abaixo transcrito:

Enunciado

É irregular, para fins de habilitação técnico-profissional, a exigência de que o responsável técnico pela obra pertença ao quadro permanente de funcionários da licitante (artigos 3º, § 1º, inciso I, e 30, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/1993).

Também, por meio do Acórdão 1.446/2015, o Plenário do TCU deixou claro que constitui irregularidade da Administração Pública impedir que outros documentos, além da carteira de trabalho, sejam apresentados pelas licitantes para comprovar o vínculo profissional.

Enunciado

A comprovação do vínculo profissional do responsável técnico com a licitante, prevista no art. 30 da Lei 8.666/1993, deve admitir a apresentação de cópia da carteira de trabalho (CTPS), do contrato social do licitante, do contrato de prestação de serviço ou, ainda, de declaração de contratação futura do profissional detentor do atestado apresentado, desde que acompanhada da anuência deste.

Em síntese, a Administração Pública, ao realizar uma licitação, deve permitir que as licitantes apresentem qualquer um dos seguintes comprovantes de vínculo profissional:

1. cópia da carteira de trabalho (CTPS) do responsável técnico;
2. contrato social da licitante, do qual conste o responsável técnico como integrante da sociedade;
3. contrato de prestação de serviço; e

4. declaração de contratação futura do responsável técnico detentor do atestado apresentado, desde que acompanhada da anuência deste.

Assim, o ideal é que apenas demonstre a viabilidade da disponibilidade técnica do responsável, o que ocorreu, e que foi alterada com a apresentação de novo responsável técnico.

E diante da juntada de novo documento pela recorrida, possível a alegação da impossibilidade de se anexar nova documentação, contudo, havendo alguma falha formal, omissão ou obscuridade nos documentos de habilitação e/ou na proposta há um poder-dever por parte da Comissão de Licitação/Pregoeiro em realizar a diligência – sendo que aqui, já foi prontamente agilizado pela recorrida –, superando-se o dogma do formalismo excessivo e prestigiando a razoabilidade e a busca pela eficiência, ampliação da competitividade e a proposta mais vantajosa para a Administração.

Em outras palavras, não está o §3º, art. 43, da Lei nº 8.666/93, em sua parte final, vedando toda e qualquer possibilidade de juntada posterior de documento. O que dali se entende, dentro de uma visão consentânea com o interesse público e com a finalidade da contratação, é que não será permitida apenas a juntada de documento que comprove a existência de uma situação ou de um fato cuja conclusão ou consumação deu-se após a realização da sessão de licitação.

Assim, caso a diligência promovida pela Comissão de Licitação ou pelo Pregoeiro resulte na produção de documento que materialize uma situação já existente ao tempo da sessão de apresentação dos envelopes, não há que se falar em ilegalidade ou irregularidade, o que é caso, servindo a juntada posteriormente, apenas para corroborar o Atestado Técnico já apresentado, e questionado pela recorrente.

Trata-se, assim, de um juízo de verdade real em detrimento do pensamento dogmático segundo o qual o que importa é se o licitante apresentou os documentos adequadamente, subtraindo-se o fato desse mesmo licitante reunir ou não as condições de contratar com a Administração ao tempo da realização do certame.

Cumprindo, ainda, consignar que o próprio TCU, no Acórdão nº 1.758/2003-Plenário, entendeu ser regular, no âmbito de procedimento licitatório, a conduta da autoridade que procedeu a juntada posterior de comprovação de regularidade fiscal da licitante através de diligência promovida com base no art. 43, §3º, da Lei nº 8.666/93. Segundo aquela Corte de Contas, tal juntada não configuraria irregularidade, mas praticidade, celeridade e otimização do certame.

A seu turno, em sede do Acórdão nº 2.627/2013-Plenário, o TCU concluiu ser indevida a inabilitação de licitante em razão da

apresentação de atestado de capacidade técnica com data posterior à da abertura do certame, uma vez que tal documento tem natureza declaratória - e não constitutiva - de uma condição preexistente. Apontou-se por equivocada a decisão do Pregoeiro consistente na inabilitação de licitante em razão de "apresentação de atestado de capacidade técnica com data posterior à da licitação".

No recente Acórdão nº 1211/2021 – Plenário, o Tribunal de Contas da União proferiu decisão interessantíssima, sob a relatoria de Walton Alencar Rodrigues, acerca da polêmica temática envolvendo o saneamento de defeitos nos documentos de habilitação de licitantes.

Ao responder a Representação, dois aspectos foram destacados pelo Relator: (i) diferente do Decreto nº 5.450/05, no Decreto nº 10.024/2019, no cadastramento das propostas todos os participantes devem incluir seus documentos de habilitação; e (ii) o art. 47 do Decreto nº 10.024/2019 permite, tanto na fase de julgamento das propostas, quanto na habilitação, o pregoeiro sanar erros ou falhas que não alterem a substâncias das propostas, dos documentos e sua validade jurídica, mediante decisão fundamentada, registrada em ata e acessível aos licitantes. O art. 17, inciso VI, do mesmo normativo, enfatiza existir um dever para o pregoeiro nesse sentido.

E ponderou:

"Em alinhamento com esse entendimento, a vedação à inclusão de documento "que deveria constar originariamente da proposta", prevista no art. 43, §3º, da Lei 8.666/1993, deve se restringir ao que o licitante não dispunha materialmente no momento da licitação. Caso o documento ausente se refira a condição atendida pelo licitante quando apresentou sua proposta, e não foi entregue juntamente com os demais comprovantes de habilitação ou da proposta por equívoco ou falha, haverá de ser solicitado e avaliado pelo pregoeiro. Isso porque admitir a juntada de documentos que apenas venham a atestar condição pré-existente à abertura da sessão pública do certame não fere os princípios da isonomia e igualdade entre as licitantes e o oposto, ou seja, a desclassificação do licitante, sem que lhe seja conferida oportunidade para sanear os seus documentos de habilitação, resulta em objetivo dissociado do interesse público, com a prevalência do processo (meio) sobre o resultado almejado (fim)."

Ora, mesmo em face do art. 43, § 3º, da Lei nº 8.666/1993 que defende que aspectos eminentemente formais, ou materiais que não prejudiquem a finalidade da condição imposta, não podem prejudicar a seleção da melhor oferta – finalidade essencial da licitação. Justamente por isso, em determinadas circunstâncias, entende-se possível a inclusão de "documento novo", desde que tenha como objetivo esclarecer condição que

o licitante já dispunha, materialmente, à época, o que é o caso, até porque a exigência, conforme já acima alinhavado, deveria ser exigida somente na assinatura do contrato, evitando-se onerar as participantes.

E considerando que não se pode exigir das participantes-licitantes, a obrigação prévia de qualquer vínculo jurídico, trabalhista, funcional com o responsável técnico, bastando mera e futura disponibilidade até a assinatura do contrato; mostra-se, desta feita, possível que uma, duas ou mais empresas apresentem a disponibilidade futura e eventual de um mesmo responsável técnico.

Se não bastasse, não existe qualquer previsão legal e normativa da impossibilidade de que um profissional seja indicado por duas ou mais empresas.

Assim já decidiu o Tribunal de Contas do Espírito Santo:

Trata-se de Representação, com pedido para concessão de medida cautelar, em face da Secretaria de Estado de Saneamento e Habitação e Desenvolvimento Urbano – SEDURB, em razão de irregularidades contidas no Edital de Concorrência Pública. Dentre as irregularidades, foi apontada cláusula no edital que previa: “no caso de dois ou mais licitantes indicarem um mesmo profissional como responsável técnico todas serão inabilitadas”, o que poderia restringir o caráter competitivo do certame. A área técnica analisou as seguintes justificativas da defesa: “caso o mesmo profissional seja indicado como responsável técnico por mais de uma empresa, os aspectos inerentes ao sigilo das propostas e, por decorrência lógica, a competitividade e a isonomia esperadas para o certame restarão frustradas, o que é defeso pela legislação que rege a matéria”. Na sequência, o corpo técnico se manifestou no seguinte sentido: “Tratando da questão levantada, quanto ao risco de perda do sigilo das propostas, temos que, em virtude dessa obrigatoriedade de assinatura pelo profissional que elaborou a planilha orçamentária, não sendo este, necessariamente, o mesmo profissional indicado como responsável técnico pela direção/execução da obra, tem a Comissão de Licitações o poder dever de verificar, se aquele profissional, elaborou planilhas orçamentárias para mais de uma empresa, o que, de fato configuraria quebra do sigilo das propostas. Enfim, entende-se importante a preocupação do órgão quanto ao sigilo das propostas, porém não há amparo legal que permita a inabilitação de empresas apenas por apresentarem um mesmo Responsável Técnico pela direção/execução da obra”. O relator acompanhou o entendimento esposado pela área técnica e concluiu pela manutenção da

irregularidade, tendo em vista que não há respaldo legal para a pretensão inicial de sanção de inabilitação para as licitantes que indicarem o mesmo responsável técnico. O Plenário, à unanimidade, decidiu por manter a irregularidade. (Acórdão TC-402/2016-Plenário, TC 9924/2013, relator Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo, publicado em 02/05/2016)¹

Em situação similar, o TCU manifestou-se sobre a ilegalidade de cláusula de instrumento convocatório que, de plano, vedava a participação na licitação de empresas que possuíssem sócios em comum:

Acórdão nº 2.341/2011 – Plenário

Voto

3. Rememorando, a providência cautelar foi adotada ante a iminência da abertura do certame, o que caracterizaria o perigo na demora, e tendo em vista a presença de indícios do bom direito, eis que a cláusula do edital questionada pela autora, relativa à vedação da participação simultânea de empresas com sócios comuns poderia alijar potenciais interessados do certame, não possuía amparo na Lei nº 8.666/1993, nos regulamentos próprios das entidades ou na jurisprudência do TCU.

Segundo essa manifestação do TCU, a participação de empresas com sócios em comum somente constitui ilegalidade nas hipóteses de: (i) convite; (ii) contratação por dispensa de licitação; (iii) existência de relação entre as licitantes e a empresa responsável pela elaboração do projeto executivo; e (iv) contratação de uma das empresas para fiscalizar serviço prestado por outra.

Ante ao exposto, opino pelo recebimento do recurso, eis que tempestivo, contudo, para seu mérito opinar pelo seu não provimento, mantendo-se a decisão da Pregoeira, com a continuidade do procedimento licitatório.

Estiva, 10 de novembro de 2021.

CARLOS EDUARDO DE OLIVEIRA RIBEIRO
OAB/MG Nº 88.410

¹ <https://www.tcees.tc.br/wp-content/uploads/njs/boletins/Informativo-de-Jurisprud%C3%Aancia-n.33.pdf>