

**MUNICÍPIO DE BENEDITO NOVO**

**PARECER JURÍDICO**

**DO ASSESSOR JURÍDICO**

**ASSUNTO:** Impugnação ao edital nº 48/2020

**IMPUGNANTE:** CONSTRUÇÃO CIVIL MG LTDA.

Em resposta a IMPUGNAÇÃO, interposta pela empresa acima mencionada, em 09/06/2020, referente a Tomada de Preços nº 48/2020, que tem por objetivo a CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA EXECUÇÃO DE OBRAS DE PAVIMENTAÇÃO ASFÁLTICA DA RODOVIA BNV-447 LOCALIZADA NA LOCALIDADE DE BAIXO SANTA MARIA, COM FORNECIMENTO DE MATERIAIS E MÃO DE OBRA, EM CONFORMIDADE COM O PROJETO BÁSICO, MEMORIAL DESCRITIVO E DEMAIS ANEXOS DO EDITAL tenho a aduzir o que segue:

**I – DA TEMPESTIVIDADE DA IMPUGNAÇÃO**

A empresa apresentou impugnação ao edital. A data de abertura do certame está prevista para o dia 12/06/2020 enquanto a impugnação foi protocolada em 09/06/2020, sendo portanto tempestiva.

**II – DO PLEITO**

A Impugnante questiona o edital de licitação nº 48/2020 no item “*Capacidade Técnico-Operacional*” Alega que a exigência de quantitativo para a Execução de Tunnel Liner com Chapa de Aço Corrugada por Método não Destrutivo é abusiva, pois fere o caráter competitivo da licitação.

**III – DA ANÁLISE À IMPUGNAÇÃO**

Quanto a exigência de Comprovação Técnica-Operacional a matéria já foi amplamente debatida nos Tribunais e ao final decidido pela legalidade da exigência.

O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, à luz de inúmeros julgados, chegou, inclusive a sumular entendimento sobre o caso, sendo categórico ao afirmar: SÚMULA N° 24 - Em procedimento licitatório, é possível a exigência de comprovação da qualificação operacional, nos termos do inciso II, do artigo 30 da Lei Federal n° 8.666/93, a ser realizada mediante apresentação de atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, admitindo-se a imposição de quantitativos mínimos de prova de execução de serviços similares, desde que em quantidades razoáveis, assim consideradas 50% a 60% da execução pretendida, ou outro percentual que venha devida e tecnicamente justificado.

O Tribunal de Contas do estado de Santa Catarina também prevê a possibilidade de exigência de quantitativos aos objetos licitados o qual prescreve a mesma limitação apontada na súmula paulista.

Em orientação jurisprudencial o Tribunal de Justiça de Santa Catarina traz o seguinte acerto:

**MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. IRREGULARIDADES AVENTADAS SOMENTE EM GRAU DE RECURSO. IMPOSSIBILIDADE. EXIGÊNCIA PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DE COMPROVAÇÃO DA CAPACIDADE OPERACIONAL DA LICITANTE E DA CAPACIDADE TÉCNICA DO PROFISSIONAL RESPONSÁVEL PELA OBRA. ADMISSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 30 DA LEI N° 8.666/93. RECURSO DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2004.001938-6, de Chapecó, rel. Des. Vanderlei Romer, Primeira Câmara de Direito Público, j. 29-04-2004).**

No mesmo julgado:

“Assim, a exigência disposta no edital, seja para averiguar a capacitação operacional da impetrante, seja para verificar igualmente a capacitação técnica do responsável pela obra, atendeu aos ditames da legislação em vigor, pois, citando novamente o escólio de Marçal Justen Filho, **"Sempre que a dimensão quantitativa, o local, o prazo ou qualquer outro dado for essencial à satisfação do interesse público ou retratar algum tipo de dificuldade peculiar, a Administração estará no dever de impor requisito de qualificação técnica operacional fundado nesses dados"** (op. cit., p. 321).”

A impugnante aponta que a exigência de Atestado de Capacidade de Execução de “Tunnel Liner” poderia ser substituído por outro como galeria de concreto. Neste ponto não assiste direito a impugnante, visto que a forma de implantação completamente diferente.

Quanto ao mérito administrativo na exigência de Capacidade Técnica estamos na esfera do melhor interesse público e não cabe ao particular sugestões alternativas a exigência editalícia, ou se adequa ao edital ou será excluído da licitação. O ente público quando apresenta exigências às licitações busca precipuamente a melhor forma de execução do serviço, minimizando os impactos aos munícipes que são os destinatários finais e quem efetivamente paga pelo serviço através dos impostos.

Evidente que tais exigência não podem ser escolhidas aleatoriamente mas sim baseada em informações técnicas, situação econômica da região afetada, possibilidade de fechamento de vias públicas e outros fatores que possam impactar negativamente A melhor execução da obra.

Não cabe adentrar no mérito do projeto executivo até porque não houve qualquer impugnação ao projeto, o mesmo foi devidamente assinado por profissional habilitado.

As exigências dispostas no Edital devem possuir consonância com todo o projeto. Assim não é possível sem análise detalhada de todo o contexto, inclusive impactos locais, empresas sediadas, fechamento de vias para a melhor execução do objeto licitado, apontar que a exigência de Qualificação Técnica de item de menor valor caracterize direcionamento de licitação.

Marçal Justen Filho assevera: "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, participou anteriormente de contrato cujo objeto era similar ao previsto para contratação almejada pela Administração Pública.

[...]

Em síntese, a qualificação técnica operacional é um requisito referente a empresa que pretende executar a obra ou serviço licitados.

[...]

O renomado autor ainda afirma: "o edital deve conter apenas os requisitos necessários e úteis. Formalismos excessivos devem ser eliminados, na medida em que não produzam algum benefício para a seleção da proposta mais vantajosa. Depois, o edital tem de ser claro e explícito acerca de todas as exigências necessárias. Não é admissível transformar a licitação em uma espécie de prova de habilidade, recheada de armadilhas e exigências ocultas. Não é cabível a simples repetição das expressões legislativas, para que o licitante descubra o que, no caso concreto, a Administração pretende."

E continua: "Não se admite que o ato convocatório restrinja-se a repetir o texto da Lei e remeta à discricionariedade da Comissão de Licitação a determinação do tema. Nem se permite que um licitante apresente certo documento e seja inabilitado porque, ao ver da Comissão, a prova de regularidade tinha de fazer-se através de outro documento. Essa alternativa é incompatível com o princípio da objetividade da habilitação. Se o ato convocatório formulou exigência genérica e imprecisa, têm de ser acolhidas tanto a interpretação adotada pelo particular como aquela da Comissão."

Evidente que toda a exigência editalícia restringe a competição, estas podem ser de maior ou menor impacto para os participantes da licitação.

Certo é que a administração na busca da efetivação dos princípios constitucionais, na aplicação de recursos públicos deve ser cercar de garantias.

Na lição de Hely Lopes Meirelles, capacidade técnica ou qualificação técnica, como diz a lei atual, é o conjunto de requisitos profissionais que o licitante apresenta para executar o objeto da licitação. Essa capacidade pode ser genérica, específica e operativa, e sob todos esses aspectos pode ser examinada pela Administração, na habilitação para licitar, desde que pedida no edital sua comprovação (art. 30). (in. Licitação e Contrato Administrativo, 13<sup>o</sup> edição, editora Malheiros, São Paulo, 2002, pág. 137).

O professor Hely, leciona que: comprova-se a capacidade técnica genérica pelo registro profissional; a capacidade técnica específica, por atestados de desempenho anterior e pela existência de aparelhamento e pessoal adequados para a execução do objeto da licitação; a capacidade técnica operativa, pela demonstração da existência de aparelhamento e pessoal disponíveis para a execução do objeto da licitação constante do edital. (ob., cit., pág. 137).

Acerca do tema, o Egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina já deixou assentado:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO -LICITAÇÃO - EXIGÊNCIAS PREVISTAS NO EDITAL -OBRIGAÇÃO DE SEU CUMPRIMENTO – REQUISITOS DA LICITAÇÃO - INTERESSE PÚBLICO E ISONOMIA ENTRE OS LICITANTES - RECURSO DESPROVIDO. O Edital é a norma basilar em que estão relacionados os critérios exigidos para a participação no certame licitatório. Tem ele a principal incumbência de proteger os interesses da Administração no sentido de que seja efetivado o contrato com base na melhor proposta apresentada, garantindo tratamento isonômico entre os licitantes. Em se tratando de licitação pública para contratação com particulares, a Administração Pública tem o poder-dever de averiguar as condições econômico-financeiras das empresas que desejam se habilitar no certame e futuramente executar o objeto do contrato." (Agravado de Instrumento n. 2001.024049-1, da Capital. Relator: Des. Luiz César Medeiros. Julgamento em 08/04/2002).

No mesmo sentido: **"Não se afigura abusiva ou ilegal a exigência, no edital de licitação, de comprovação de experiência profissional suficiente a capacitar a empresa concorrente a participar' do certame, visando a garantia do fiel cumprimento das obrigações que contratará perante a Administração." (MS n. 96.007600-0, da Capital. Rel. Des. Eder Graf. Julgamento em 11.08.1997)."**

Da análise objetiva da impugnação temos: se a exigência do edital em prever Comprovação Técnica-Operacional em Execução de "Tunnel Liner" é considerado relevante para a obra ou pormenor na licitação 48/2020 com julgamento por menor preço global.

Analisando a planilha de orçamentos temos que efetivamente serão 19 metros de execução de "Tunnel Liner" com valores que somados alcançam 3,3% do objeto licitado. Afirma a impugnante que a Exigência editalícia de Capacidade Técnico-Operacional representa menos de 2% (dois por cento) evidente que o cálculo está equivocado, percebesse um erro grosseiro ou mesmo falta de conhecimento técnico para realização deste serviço específico.

A execução desta parte do objeto merece especial atenção por parte da administração, tendo em vista que não será interrompido o fluxo de veículos. O método de execução é bem detalhado no seguinte vídeo "<https://www.youtube.com/watch?v=OVN-73qiPjQ>".

O Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina nos seus diversos julgados aponta no sentido de que a exigência Editalícia deve estar conectado ao objeto licitado, diante dos precedentes acima apontados exigência editalícia de Comprovação Técnico-Operacional de itens que representam menor impacto no preço global foram consideradas exigências abusivas pelo TCE/SC como consta do processo ECO 07/00257110.

Mesmo entendendo que a exigência de Qualificação Técnica-Operacional em execução de "Tunnel Liner" é de suma importância da o objeto licitado, caminho ao encontro dos precedentes do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina no sentido de que a exigência editalícia de Execução de "Tunnel Liner" fere o caráter competitivo da licitação, tendo em vista que tal item corresponde apenas a 3,33% do objeto licitado.

Devendo o fiscal observar durante a execução do contrato normas técnicas de segurança em especial ao livre tráfego de veículos na via.

#### **IV – DA DECISÃO**

Assim, pelos motivos expostos **opino dar provimento** à impugnação interposta pela empresa CONSTRUÇÃO CIVIL MG LTDA, para **retirar a exigência editalícia de comprovação técnico-Operacional de “Tunnel Liner”, ou conste expressamente do instrumento convocatório a possibilidade de atividade similar** (e neste caso com critérios objetivos de julgamento de atividade similar).

Benedito Novo/SC, 11 de junho de 2020.

**JAIRO RAFAEL PERSUHN**  
**OAB/SC 51.055**