Orientações Interpretativas - MPCSP

Sumário

Orientações Interpretativas - MPCSP 3

Introdução..... 6

CÓDIGO 01 (Licitações e Contratos):..... 8

OI-MPC/SP n.º 01.01: A subscrição do edital é dever atribuído à autoridade responsável por deflagrar e encerrar o certame, não podendo ser realizada pelo Pregoeiro ou pelo Presidente da Comissão de Licitação, salvo delegação dessa atribuição específica por meio de ato administrativo geral e anterior ao certame. 8

OI-MPC/SP n.º 01.02: Salvo objeto de prestação de execução imediata, o cronograma físico-financeiro é um dos pressupostos necessários para a realização do certame, sendo que sua falta acarreta a irregularidade da licitação. 9

OI-MPC/SP n.º 01.03: O orçamento estimativo requer não só a indicação dos valores previstos para a contratação, mas também o detalhamento dos custos unitários relativos a obras, bens e serviços licitados. 10

OI-MPC/SP n.º 01.04: O orçamento estimativo requer a realização de pesquisa prévia de, no mínimo, três fontes distintas e atualizadas, de modo a facilitar a elaboração de propostas justas e exequíveis, admitindo-se a adoção do CADTERC como orçamento estimativo e preço máximo, desde que não esteja defasado. 10

OI-MPC/SP n.º 01.05: As especificações excessivamente pormenorizadas no edital de licitação acarretam restrição da competitividade, quando não forem devidamente justificadas com base em razões de complexidade técnica do objeto, sob pena de configurar fortes indícios de direcionamento do certame. 11

OI-MPC/SP n.º 01.06: É ilícito exigir no ato convocatório que os produtos licitados sejam unicamente de procedência nacional, por restringir a participação de empresas que comercializam produtos estrangeiros, salvo se decorrente de disposição legal. 12

OI-MPC/SP n.º 01.07: É vedada a exigência de que os toners e cartuchos para impressoras sejam originais do fabricante das impressoras, exceto se tal imposição se referir aos equipamentos que estejam em período de garantia. 12

OI-MPC/SP n.º 01.08: É possível adotar a modalidade pregão para a licitação de serviços comuns de engenharia, compreendidos como aqueles padronizáveis, de técnica bem conhecida, de acordo com as especificações usuais de mercado, tendo por base, apenas, as características precisamente definidas no edital. 13

OI-MPC/SP n.º 01.09: Em procedimento licitatório, não se admite a utilização do sistema de registro de preços para a contratação de obras e de serviços de engenharia, exceto aquelas atividades singelas e rotineiras, de pequena monta, que objetivem pequenos reparos. 14

OI-MPC/SP n.º 01.10: O sistema de registro de preços impõe o julgamento segundo o critério do menor preço por item ou, nos casos excepcionais de aglutinação tecnicamente recomendável, o

critério do menor preço por lote, necessariamente composto por poucas unidades afins, com a fixação do valor máximo admissível para cada unidade, em repúdio ao "jogo de planilhas". 15

OI-MPC/SP n.º 01.11: Não se admite a adoção do Sistema de Registro de Preços nos serviços contínuos, como ocorre nas atividades de limpeza, manutenção e vigilância. 15

OI-MPC/SP n.º 01.12: Em procedimento licitatório, não se admite a utilização dos tipos "técnica e preço" ou "melhor técnica" para a contratação da licença de uso de software dito "de prateleira". 16

OI-MPC/SP n.º 01.13: A prova da regularidade fiscal deve se limitar ao ramo de atividade da licitante, compatível com o objeto contratual (art. 193 do CTN), e sua comprovação pode feita ser tanto pela Certidão Negativa de Débito (CND), quanto pela Certidão Positiva com Efeitos Negativos (CPEN). 16

OI-MPC/SP n.º 01.14: Na aferição da qualificação técnica, a comprovação da capacidade técnico-operacional e da capacidade técnico-profissional das licitantes limitar-se-á, simultaneamente, às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto, as quais serão definidas no instrumento convocatório. 17

OI-MPC/SP n.º 01.15: Na aferição da qualificação técnica, entende-se por parcelas de maior relevância e valor significativo aquelas que preponderam tecnológica e monetariamente sobre as demais parcelas que compõem o objeto licitado. 18

OI-MPC/SP n.º 01.16: Para comprovação da capacidade técnico-profissional, é vedada a exigência cumulativa de Anotação de Responsabilidade Técnica (ART) e de Certidão de Acervo Técnico (CAT). 19

OI-MPC/SP n.º 01.17: Para comprovação da capacidade técnico-profissional, é permitida a exigência de registro ou inscrição na entidade de classe, desde que haja base legal específica da profissão mencionada no edital e pertinência com o objeto licitado. 20

OI-MPC/SP n.º 01.18: Para comprovação da capacidade técnico-operacional, desde que haja pertinência com objeto licitado, é permitida a exigência de registro da empresa no respectivo Conselho Profissional, sendo vedado impor que o registro se dê no Estado onde ocorrer a licitação. 21

OI-MPC/SP n.º 01.19: Para comprovação da capacidade técnico-operacional da empresa, não é permitida a exigência de apresentação de Certidão de Acervo Técnico (CAT). 22

OI-MPC/SP n.º 01.20: É vedada a imposição de limites (§ 5º do art. 30 da Lei Federal 8.666/93) e de quantidade de atestados para fins de comprovação da qualificação técnico-operacional, salvo se houver justificativa técnica e detalhada no respectivo processo administrativo. 23

OI-MPC/SP n.º 01.21: Ao estabelecer as exigências para fins de comprovação de capacidade técnico-operacional, o ato convocatório deve contemplar a possibilidade de apresentação de atestados de execução de serviços similares, conforme determina o § 3º do art. 30, da Lei Federal 8.666/93. 24

OI-MPC/SP n.º 01.22: É vedada a exigência da apresentação de várias amostras para o mesmo item licitado. 25

OI-MPC/SP n.º 01.23: Somente é possível exigir a apresentação de amostras do licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar, mediante a garantia de prazo razoável para tanto. 25

OI-MPC/SP n.º 01.24: A exigência de apresentação de amostras somente é válida quando acompanhada de critérios objetivos de avaliação previamente definidos no ato convocatório. .. 26

OI-MPC/SP n.º 01.25: Somente é possível exigir a apresentação de uma amostra para cada item licitado se observados os critérios da proporcionalidade e da razoabilidade, de modo a evitar ônus desnecessários aos interessados. 26

OI-MPC/SP n.º 01.26: A visita técnica ao local de execução da obra ou do serviço somente pode ser exigida como condição de habilitação se for imprescindível para permitir a elaboração das propostas, naquelas situações excepcionais que a recomendarem por força da complexidade ou da natureza do objeto, conforme justificativa devidamente fundamentada em pressupostos fáticos. 27

OI-MPC/SP n.º 01.27: O edital deverá fixar prazo razoável para a realização da visita técnica, vedada a fixação de data e horários únicos, salvo hipóteses excepcionais devidamente fundamentadas em pressupostos fáticos. 28

OI-MPC/SP n.º 01.28: É vedada a fixação de presença obrigatória de responsável técnico, engenheiro, arquiteto ou outra profissão regulamentada para a realização da visita técnica, por ser encargo de responsabilidade exclusiva das concorrentes, que podem indicar livremente qualquer pessoa. 29

OI-MPC/SP n.º 01.29: A caução participativa (garantia de participação) deve ser mantida em sigilo até o momento de entrega dos envelopes, não se admitindo a prova de seu recolhimento antes da sessão de abertura, sob pena de revelar antecipadamente os possíveis participantes. 30

OI-MPC/SP n.º 01.30: É possível a exigência de capital social mínimo na forma integralizada, como condição de demonstração da qualificação econômico-financeira em procedimento licitatório. 31

OI-MPC/SP n.º 01.31: Na licitação para a concessão de serviço público, a exemplo do transporte coletivo de passageiros, os requisitos de qualificação econômico-financeira, tais como a garantia contratual, a caução participativa e a comprovação do capital social integralizado, devem ter como referência o montante dos investimentos a serem realizados pela concessionária. 31

OI-MPC/SP n.º 01.32: Em procedimento licitatório para contratação de serviços de caráter continuado, os percentuais referentes à garantia para participar e ao capital social ou patrimônio líquido devem ser calculados sobre o valor estimado correspondente ao período de 12 (doze) meses. 32

OI-MPC/SP n.º 01.33: Nas aquisições de gêneros alimentícios, a apresentação de laudo bromatológico do produto, quando exigida, deve ser imposta apenas à licitante vencedora e mediante prazo suficiente para atendimento. 33

OI-MPC/SP n.º 01.34: Nas licitações destinadas ao fornecimento de vale refeição/alimentação, a apresentação do rol mínimo de estabelecimentos credenciados somente pode ser exigida da vencedora do certame, com prazo razoável fixado no edital. 34

OI-MPC/SP n.º 01.35: Não cabe novo exame prévio de edital acerca de ato convocatório já apreciado pelo Tribunal de Contas, salvo se a nova impugnação recair sobre conteúdo que não constava da versão anterior do instrumento convocatório. 34

Introdução

Por meio do Ato n.º 001/2015-CP, de 04 de maio de 2015, publicado no Diário Oficial de 13 de maio de 2015, o Colégio de Procuradores, presidido pelo Procurador-Geral de Contas Doutor Rafael Neubern Demarchi Costa, instituiu a Comissão Temporária de Orientações Interpretativas, composta pelos Procuradores Rafael Antonio Baldo, Renata Constante Cestari e Letícia Formoso Delsin Matuck Feres. Tal comissão tem por objetivo a formulação de propostas de enunciados sobre temas relevantes, a serem aprovados por deliberação de todos os Procuradores de Contas. Neste sentido, as orientações interpretativas refletirão o posicionamento ministerial sobre determinadas matérias e a jurisprudência consolidada dos Tribunais de Contas, de modo a racionalizar o desempenho das atribuições ministeriais, principalmente no caso de multiplicidade de processos envolvendo questões idênticas ou recorrentes na Jurisdição de Contas.

Para coordenar a execução de suas atividades, a comissão adotou um plano de trabalho, um cronograma e uma metodologia. O Plano de Trabalho tomou como premissa a necessidade de buscar diferentes fontes de pesquisa, como os próprios pareceres ministeriais, os precedentes do TCE/SP e do TCU, a jurisprudência do STF e os enunciados do MPE/SP, estimulando uma perspectiva dialógica. O cronograma ateve-se à vigência semestral da comissão, com a gradual disponibilização das propostas a serem aprovadas pelos Procuradores.

Por fim, a metodologia convergiu para a eleição de cinco grupos de matérias, cada qual identificado por um código: 01 – Licitações e Contratos; 02 – Contas; 03 – Atos de Pessoal; 04 – Repasses Públicos; 05 – Outros, incluindo matérias residuais, como adiantamentos e questões processuais.

Considerando a gradual disponibilização das propostas de orientações interpretativas, a comissão concentrou inicialmente seus esforços no primeiro grupo de matérias, Licitações e Contratos, pois a aprovação dos respectivos enunciados poderá dinamizar o ofício ministerial, especialmente no que tange ao exame prévio de edital, diante da grande quantidade de processos eletrônicos que seguem o rito sumaríssimo. As matérias foram divididas entre os três procuradores componentes da comissão temporária, considerando as matérias mais relevantes sobre a fase interna (por exemplo, modalidades licitatórias, descrição do objeto, orçamento

estimativo, etc.) e a fase externa do procedimento licitatório (a partir da publicação do certame), com especial enfoque para os requisitos de habilitação.

Depois de analisar as principais matérias relativas à licitação, a comissão temporária elaborou as primeiras propostas de orientações interpretativas, a serem deliberadas pelo Colégio de Procuradores de Contas. Nesta primeira sistematização, já foram incluídos aqueles enunciados do Ministério Público do Estado de São Paulo que mantêm nexo de pertinência temática com o objeto do Controle Externo. Ainda que muitos destes enunciados refiram-se a outros grupos de matérias, que serão ulteriormente desbravados, eles já foram disponibilizados e incluídos na compilação, como forma de se promover um diálogo interministerial, em atenção aos principais institucionais da unidade e da indivisibilidade, tal como consagrados no artigo 127 da *Lex Mater.* Aproveitou-se, ainda, a oportunidade para compartilhar breves notas sobre aqueles temas polêmicos e divergentes no âmbito do TCE/SP, bem como as decisões mais relevantes do Supremo Tribunal Federal que estão diretamente relacionadas à Jurisdição de Contas.

Codificação: xx.yy (xx = código da matéria; yy = número do enunciado)

Código das matérias: (Exemplo: OI-MPC/SP 01.01)

Código	Matéria
01	Licitações e Contratos
02	Contas
03	Atos de Pessoal
04	Repasses Públicos
05	Outros – matérias residuais

CÓDIGO 01 (Licitações e Contratos):

FASE INTERNA – Subscrição do edital

OI-MPC/SP n.º 01.01: A subscrição do edital é dever atribuído à autoridade responsável por deflagrar e encerrar o certame, não podendo ser realizada pelo Pregoeiro ou pelo Presidente da Comissão de Licitação, salvo delegação dessa atribuição específica por meio de ato administrativo geral e anterior ao certame.

Em relação à subscrição do ato convocatório pelo pregoeiro ou pelo Presidente da Comissão de Licitação, tal instrumento deve ser subscrito pela autoridade originalmente competente para deflagrar e encerrar o procedimento licitatório, salvo delegação específica dessa atribuição por meio de ato administrativo genérico e anterior ao certame, tal como ocorre quando o Chefe do Poder Executivo delega tal competência para seus Secretários. Nessa senda, não há esforço hermenêutico do qual se permita extrair a competência do pregoeiro ou dos membros da Comissão de Licitação para subscrever o ato convocatório, porquanto os artigos 6º e 51 da Lei 8.666/93 lhes atribuem a função de receber, examinar e julgar todos os documentos e procedimentos relativos às licitações e ao cadastramento de licitantes. Assim, o Pregoeiro e a Comissão de Licitação somente têm a atribuição legal para dar impulso ao procedimento licitatório, sem que possa dar início ou término ao certame, porquanto tal tarefa incumbe à autoridade responsável pela decisão de contratação. Neste sentido firmou-se a jurisprudência do Egrégio TCE/SP, como se infere dos julgados abaixo reproduzidos:

> *"3.4 Acolho, no mais, o parecer da digna SDG, no que toca à limitação das responsabilidades conferidas ao pregoeiro, à luz da Lei n. 10.520/02.*
>
> *A ele é reservada a tarefa de bem conduzir a sessão pública, submetendo-se, para tanto, aos princípios e normas legais, bem como aos termos e condições estipuladas no ato convocatório - expressão máxima da vontade da Administração, consoante o interesse público visado.*
>
> *Por isso que a subscrição do edital compete à autoridade superior e não ao pregoeiro; é a ela, por força do comando do artigo 3º, I, da Lei n. 10.520/02, que cabe justificar a necessidade da contratação, definir o objeto do certame, as exigências de habilitação, os critérios de aceitação das propostas, as sanções por inadimplemento e as cláusulas do contrato.*
>
> *Pelo mesmo motivo compete-lhe responder a eventuais pedidos de esclarecimento e impugnações, já que toda e qualquer resposta ou decisão vincula as partes envolvidas no certame.*
>
> *Ao pregoeiro - servidor indicado pela própria autoridade superior - cabe a condução da sessão pública, cuja atuação inclui, "dentre outras, o recebimento das propostas e lances, a análise de sua aceitabilidade e sua classificação, bem como a habilitação e a adjudicação do objeto do certame ao licitante vencedor", caso não haja manifestação quanto à interposição de recurso.*
>
> *Isto não impede, a toda evidência, que o pregoeiro venha a promover necessárias diligências após o término da sessão pública, por conta da ocorrência de fato superveniente, ou que se manifeste nos autos por conta de eventual interposição de recursos, previamente à análise da autoridade competente."* (TCE/SP, Tribunal Pleno, TC 1077/007/10, Rel. Cons. Cláudio Ferraz de Alvarenga, j. 08.12.2010)

> *Ementa: "Exame Prévio de Edital. Pregão. Prestação de serviços de elaboração, preparo e fornecimento de alimentação escolar. Indevida a exigência de que a visita técnica seja realizada por nutricionista pertencente ao quadro de funcionários da licitante. Imprópria a reunião, no mesmo dispositivo, de duas modalidades de sanções com efeitos jurídicos distintos. Ausência de previsão de comprovação do vínculo profissional como autônomo. Prazo ilegal para o saneamento de regularidade fiscal das microempresas ou empresas de pequeno porte. Subscrição do edital deve ser feita pela autoridade competente que represente a Administração. Procedência parcial.*

Correções determinadas. Aplicação de multa por descumprimento das determinações desta Corte." (TCE/SP, Tribunal Pleno, TC-003615/989/15-9, Rel. Cons. Sidney Estanislau Beraldo, j. 05.08.2015)

No mesmo sentido:

TCE/SP, Tribunal Pleno, TC 38483/026/10, Rel. Cons. Antonio Roque Citadini, j. 24.11.2010

TCE/SP, Tribunal Pleno, TC 464/989/12-8, Rel. Cons. Subs. Antônio Carlos dos Santos, j. 16.05.2012.

FASE INTERNA – Cronograma físico-financeiro

OI-MPC/SP n.º 01.02: Salvo objeto de prestação de execução imediata, o cronograma físico-financeiro é um dos pressupostos necessários para a realização do certame, sendo que sua falta acarreta a irregularidade da licitação.

Como cediço, o que na prática administrativa, especialmente nos contratos de obras e serviços de engenharia, convencionou-se chamar de cronograma físico-financeiro equivale à conjugação do exigido no art. 7, § 2º, inc. II e III e no art. 40, inc. XIV, alínea b, da Lei de Licitações, isto é, a programação de desembolsos máximos a cada parcela do contrato realizado, seja isto feito por etapa, parcela, tarefa ou período, conforme a disponibilidade de recursos financeiros. Dois grandes motivos justificam a exigência do cronograma físico-financeiro.

O principal, que determina a incisiva redação do art. 7º, § 2º, que condiciona a própria realização da licitação, é permitir pronta visualização da compatibilidade entre o montante a ser despendido no exercício financeiro e a existência de recursos orçamentários suficientes. Conforme salienta o mestre Marçal Justen Filho a respeito das exigências do art. 7º, § 2º, as quais denomina de 'pressupostos de instauração da fase externa da licitação':

> *"A ordenação prevista no § 2º reafirma a procedimentalização prevista nos dispositivos antecedentes. São exigências destinadas a impedir a instauração arbitrária de licitações, a pactuação de contratos insuficientes e inadequados e o desperdício de atividades, esforços e recursos públicos e privados. A infração a estas regras acarreta a invalidação do procedimento licitatório e, em princípio do contrato decorrente. (...)"* (JUSTEN Filho, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 15ª ed. São Paulo: Dialética, 2012, p.152).

É o cronograma que subsidia a programação de desembolsos máximos por períodos, de especial importância para acompanhamento e providências de contingenciamento no caso de arrecadação insuficiente e em casos de entes cujas principais receitas advenham de repasses por duodécimos.

O segundo grande motivo para a exigência do cronograma físico-financeiro é justamente poder precisar o acompanhamento pari passu da obra, permitindo que a fiscalização tenha ciência do regular andamento dos serviços nos prazos parcelares ou nas diversas frentes que eventualmente existam, facilitando sua supervisão, permitindo que sejam prontamente apurados os atrasos na implementação do cronograma, com eventual aplicação de sanções administrativas visando o correto deslinde do contrato. Neste tocante, por faltar um cronograma físico-financeiro que atenda a estas exigências, torna-se irregular a licitação.

FASE INTERNA – Orçamento estimativo

OI-MPC/SP n.º 01.03: O orçamento estimativo requer não só a indicação dos valores previstos para a contratação, mas também o detalhamento dos custos unitários relativos a obras, bens e serviços licitados.

Para facilitar a elaboração de propostas e a verificação da modalidade licitatória eleita, a Administração Pública deve não somente indicar o valor total estimado da contratação, mas também elaborar planilha orçamentária com demonstração efetiva de todos os custos unitários do serviço a ser contratado, em atenção ao disposto no art. 7°, § 2º, inc. III, c.c art. 40, § 2º, inc. II da Lei Federal 8.666/93, bem como aos princípios constitucionais da publicidade e da moralidade (art. 37, *caput* da Constituição Federal). É neste sentido que se firmou a Súmula n.º 258 do Egrégio Tribunal de Contas da União:

> *Súmula TCU 258: As composições de custos unitários e o detalhamento de encargos sociais e do BDI integram o orçamento que compõe o projeto básico da obra ou serviço de engenharia, devem constar dos anexos do edital de licitação e das propostas das licitantes e não podem ser indicados mediante uso da expressão 'verba' ou de unidades genéricas.*

FASE INTERNA – Orçamento estimativo

OI-MPC/SP n.º 01.04: O orçamento estimativo requer a realização de pesquisa prévia de, no mínimo, três fontes distintas e atualizadas, de modo a facilitar a elaboração de propostas justas e exequíveis, admitindo-se a adoção do CADTERC como orçamento estimativo e preço máximo, desde que não esteja defasado.

Na elaboração do orçamento básico, não se admite o socorro exclusivo a contratos similares, por ser necessária a consulta a outras fontes, como preços fixados por órgão oficial competente ou a realização de pesquisa junto a empresas do ramo (TC-000298/006/10), do que se infere a necessidade de se realizar pesquisa prévia por meio de três fontes distintas. Dentre tais fontes, a jurisprudência do Egrégio TCE/SP refere-se ao CADTERC, aos contratos firmados anteriormente, às planilhas de composição de custos e resultados de pregão, porquanto contemplam amplo escopo de aferição de valores e refletem efetivamente os preços praticados no mercado (TC-22969/026/08). Por fim, cabe ressaltar que o orçamento estimativo não pode estar defasado, como se depreende dos julgados abaixo referidos:

> *EMENTA: "Exame Prévio de Edital.* ***Adoção dos valores do CADTERC como Orçamento Estimado e Preço Máximo: Defasagem em mais de um ano. Inadmissibilidade.*** *Possibilidade de utilização como referência. IPC/FIPE como critério de reajuste: Previsão em Decreto Estadual. Representações Parcialmente Procedentes."* (TCE/SP, Tribunal Pleno, EPEs 60/989/13-4 e 76/989/13-6, Rel. Cons. Cristiana de Castro Moraes, j. 27.02.2013) (sem grifo no original)

> *EMENTA: "CONCORRÊNCIA E CONTRATO.* ***Constatadas falhas no orçamento estimativo. Não restou comprovada fonte de consulta para sua elaboração.*** *As demais falhas engrossam o rol de desacertos praticados, relacionadas a não publicação do edital em jornal de grande circulação no Estado; comprovação da capacidade técnico-operacional em um único atestado; impossibilidade de comprovação do vínculo por profissional autônomo e comprovação da regularidade com a Fazenda Federal sem possibilitar a apresentação de Certidão Positiva com*

efeitos de Negativa. JULGADOS IRREGULARES." (TCE/SP, 1ª Câmara, TC-1684/003/08, Rel. Cons. Cristiana de Castro Moraes, j. 20.11.2012) (sem grifo no original)

EMENTA: "Exames Prévios de Editais. Concorrências objetivando execução de obras e serviços de engenharia para execução de Centros de Detenção Provisória em diversas localidades do Estado. Editais padronizados possuindo as mesmas regras e exigências. Não restou justificada a vedação do somatório de atestados para comprovação dos requisitos de qualificação técnica, constatando-se inobservância à Súmula nº 30 deste Tribunal em razão de previsão de demonstração de experiência anterior em atividades específicas. A imposição de inexistência de registros no CADIN Estadual como condição de adjudicação do objeto deve prever a exceção de que eventual débito inscrito no referido cadastro esteja, comprovadamente, sendo objeto de discussão judicial. Não encontra amparo na norma de regência o estabelecimento de demonstração de regularidade fiscal de forma genérica, devendo o edital se limitar a demonstração em tributos que guardem pertinência com o objeto licitado. Necessária adoção de medidas prévias ao lançamento do certame, referentes ao atendimento da legislação atinente à instalação do empreendimento. ***Contraria a jurisprudência deste tribunal a utilização de orçamento referencial desatualizado, elaborado há mais de 06 (seis) meses.*** *Representações julgadas parcialmente procedentes."* (TCE/SP, Tribunal Pleno, EPE 2865/989/14-7 e outros, Rel. Cons. Cristiana de Castro Moraes, j. 16.07.2014; Embargos de Declaração j. 10.09.2014, destacamos)

FASE INTERNA – Definição do objeto (descrição excessiva)

OI-MPC/SP n.º 01.05: As especificações excessivamente pormenorizadas no edital de licitação acarretam restrição da competitividade, quando não forem devidamente justificadas com base em razões de complexidade técnica do objeto, sob pena de configurar fortes indícios de direcionamento do certame.

A especificação do objeto licitado é um dos momentos mais importantes de um processo de contratação pública, eis que eventuais falhas contaminarão negativamente todo o desenrolar da licitação. O administrador caminha no fio da navalha neste momento: se especifica de menos, corre o risco de contratar algo que não atenda a suas pretensões; se especifica demais, corre o risco de restringir desnecessariamente a competição. A dificuldade está em encontrar o justo caminho do meio, de detalhar a especificação apenas o suficiente para atingir o interesse público (secundário e primário). No caso de insurgências, o gestor deve ser capaz de justificar razoavelmente cada um dos detalhes da especificação, respondendo cada uma das qualidades exigidas do produto além daquilo comumente adotado no mercado.

Quanto às particularizações, os produtos descritos no edital, ao possuírem especificações por demais pormenorizadas, representam restrição à competitividade do certame, ferindo o disposto no §5º do art. 7º da Lei 8.666/93.[1] Como exemplo, a Corte de Contas Bandeirante entende que a descrição de alimentos deve se limitar ao essencial para sua identificação e para a boa execução do futuro contrato. A preocupação da Administração em buscar adquirir produtos de boa qualidade não legitima descrições restritivas e desestimulantes (TCE/SP, Pleno, TC 299/008/11, Rel. Cons. Robson Marinho, j. 27.04.2011, v.u.).

[1] LF 8666/93, art. 7º, § 5º. É vedada a realização de licitação cujo objeto inclua bens e serviços sem similaridade ou de marcas, características e especificações exclusivas, salvo nos casos em que for tecnicamente justificável, ou ainda quando o fornecimento de tais materiais e serviços for feito sob o regime de administração contratada, previsto e discriminado no ato convocatório.

FASE INTERNA – Definição do objeto (produtos nacionais)

OI-MPC/SP n.º 01.06: É ilícito exigir no ato convocatório que os produtos licitados sejam unicamente de procedência nacional, por restringir a participação de empresas que comercializam produtos estrangeiros, salvo se decorrente de disposição legal.

Registre-se que o Egrégio Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, em 24.05.2010, deliberou sobre a impossibilidade legal de exigências editalícias proibindo o fornecimento de produtos importados. Confira a deliberação TCA-11611/026/10:

> *O TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO, no uso de suas atribuições constitucionais e legais, e na conformidade do artigo 109, inciso II, letra "c", do Regimento Interno desta Corte [atual art.114, II, c];*
>
> *Considerando que a busca por produtos de qualidade, embora louvável, não pode vir pautada por critérios que afrontam os princípios regedores da licitação, especialmente o da isonomia, presente no artigo 3º da Lei Federal n. 8.666/93, que, em seu § 1º, proíbe o tratamento diferenciado entre empresas brasileiras e estrangeiras;*
>
> *Considerando que à Administração são conferidos outros mecanismos – antes, durante ou depois do processo licitatório – que permitem selecionar produtos de qualidade em perfeita harmonia com a lei de regência;*
>
> *Considerando, ainda, que a indiscriminada vedação de produtos importados nos editais de licitação elaborados por diversos municípios já foi repudiada em reiterados julgamentos deste Tribunal;*
>
> *RESOLVE EDITAR DELIBERAÇÃO de seguinte teor:*
>
> *1 – Não há possibilidade legal de inclusão nos editais de licitação de exigências que proíbam, sujeitem a requisitos não previstos em lei ou que, de qualquer forma, restrinjam a oferta de produtos importados, prática que, por colidir com as normas e princípios contidos na legislação de regência, submete o responsável à pena de multa prevista no artigo 104, inciso II, da Lei Complementar Estadual nº 709/93.*

FASE INTERNA – Definição do objeto (produtos originais)

OI-MPC/SP n.º 01.07: É vedada a exigência de que os toners e cartuchos para impressoras sejam originais do fabricante das impressoras, exceto se tal imposição se referir aos equipamentos que estejam em período de garantia.

A jurisprudência do Egrégio Tribunal de Contas do Estado de São Paulo tem reputado ilegítima a exigência licitatória de que os cartuchos e toners fornecidos sejam originais da marca das impressoras/copiadoras, salvo durante o período de vigência da garantia do fabricante, quando a utilização de suprimentos similares implicar na perda da garantia. Além de violar o preceito do art. 15, §7º, inciso I, e do art. 3º, §1º, inciso I, ambos da Lei 8.666/93, tal prática pode comprometer a economicidade e a vantajosidade da contratação.

> *EMENTA: 'Exame Prévio de Edital. Exigência de que os cartuchos cotados sejam originais do fabricante das impressoras, contraria a jurisprudência desta Corte de Contas, que só admite tal imposição quando os equipamentos estejam em período de garantia, o que não restou demonstrado no presente caso. Necessidade de alteração do edital para permitir o oferecimento de produtos compatíveis/similares, podendo o ato convocatório prever, para o licitante vencedor do certame, a apresentação de laudo de qualidade técnica. Representação julgada procedente'. Nesse sentido, também foram as decisões proferidas nos processos TC-1091/009/11 (Sessão Plenária de 17/08/11, de relatoria do eminente Conselheiro Fulvio Julião Biazzi), TC-21296/026/11 e TC-22022/026/11 (Sessão Plenária de 28/09/11, de relatoria do eminente Conselheiro Edgard Camargo Rodrigues), TC-597/989/12 (Sessão Plenária de 20/06/12, de relatoria do eminente Conselheiro Edgard Camargo Rodrigues) e no TC-43/989/13-6 (Sessão Plenária de 27/02/13, de minha relatoria), entre outros." (TC-1187/989/14 – Acórdão publicado em 23/05/2014).*

"Exame Prévio de Edital. Exigência de que os cartuchos cotados sejam originais do fabricante das impressoras, contraria a jurisprudência desta Corte de Contas, que só admite tal imposição quando os equipamentos estejam em período de garantia, o que não restou demonstrado no presente caso. Necessidade de alteração do edital para permitir o oferecimento de produtos compatíveis/similares, podendo o ato convocatório prever, para o licitante vencedor do certame, a apresentação de laudo de qualidade técnica. Representação julgada procedente." (TCE/SP, Tribunal Pleno, TC 798/989/12-5, Rel. Cons. Cristiana de Castro Moraes, j. 25.07.2012)

FASE INTERNA – Modalidade e tipo, Pregão (serviços comuns)

OI-MPC/SP n.º 01.08: É possível adotar a modalidade pregão para a licitação de serviços comuns de engenharia, compreendidos como aqueles padronizáveis, de técnica bem conhecida, de acordo com as especificações usuais de mercado, tendo por base, apenas, as características precisamente definidas no edital.

Em linhas gerais, o pregão pode ser usado nos serviços comuns de engenharia, desde que o ato convocatório possa abrigar padrões objetivos de desempenho e qualidade, por meio de especificações usuais de mercado. Estes serviços comuns de engenharia configuram serviços padronizáveis ou de "prateleira", de técnica bem conhecida, para os quais não existam maiores empecilhos na seleção da proposta mais vantajosa, dentre um rol considerável de possíveis interessadas naquele ramo de negócio, tendo por base, apenas, as características precisamente definidas no edital. Tal possibilidade é reconhecida pela doutrina, pela legislação e pela jurisprudência. Na doutrina do professor Jorge Ulisses Jacoby Fernandes assevera que:

"Juridicamente a solução é a seguinte:
a) obra – não se enquadra como „compra e serviço comum".
Logo, não pode ser licitada por pregão;
b) serviço de engenharia, pode ser considerado como comum, quando:
b.1) as características, quantidades e qualidade forem passíveis de especificações usuais de mercado;
b.2) mesmo que exija profissional registrado no CREA para execução, a atuação desse não assume relevância, em termos de custo, complexidade e responsabilidade, no conjunto do serviço;
c) em sendo comum o serviço de engenharia poderá ser licitado por pregão, sendo a forma eletrônica ou presencial". (In "Sistema de Registro de Preços e Pregão Presencial e Eletrônico", 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 498)

No Estado de São Paulo, o art. 2º, § 2º, do Decreto Estadual n.º 47.297/02 proibia originalmente o uso do pregão em serviços de engenharia. Todavia, o Decreto Estadual n.º 49.722/05 alterou a redação do dispositivo, suprimindo tal vedação, sem fixar qualquer limitação. Numa solução intermediária, o Decreto Estadual n.º 56.565/10 alterou o regulamento estadual, fixando um rol proibitivo, excluindo do pregão os seguintes serviços de engenharia e arquitetura: I - estudos de viabilidade técnica e ambiental; II - planejamento, projetos básicos e executivos; III- pareceres, perícias e avaliações em geral; IV - desenhos técnicos e assessorias ou consultorias técnicas; V - fiscalização, supervisão e gerenciamento de obras ou serviços; VI - ensaios técnicos de materiais e geotécnicos, sondagens, levantamentos cartográficos aerofotogramétricos, topográficos e geodésicos e outros serviços congêneres.

No Tribunal de Contas da União, a Súmula 257/2010 prevê que, *"o uso do pregão nas contratações de serviços comuns de engenharia encontra amparo na Lei n.º 10.520/2002*". Por sua

vez, o Tribunal de Contas de São Paulo procura distinguir, na casuística processual, as atividades passíveis de serem classificadas como serviços comuns de engenharia.

FASE INTERNA – Modalidade e tipo, SRP (obras e serviços de engenharia)

OI-MPC/SP n.º 01.09: Em procedimento licitatório, não se admite a utilização do sistema de registro de preços para a contratação de obras e de serviços de engenharia, exceto aquelas atividades singelas e rotineiras, de pequena monta, que objetivem pequenos reparos.

Nas licitações submetidas ao controle externo, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo tem se manifestado desfavoravelmente à utilização do sistema de registro de preços para contratação de obras e de serviços de engenharia, exceto nas hipóteses que visarem à contratação daqueles de "pequena monta", singelos, rotineiros, que objetivem "pequenos reparos". Nesse sentido, citam-se dois precedentes:

> *"Da descrição do objeto constante do Anexo I do edital se extrai a particularidade e diversidade dos serviços programados, de fato incompatíveis com o sistema de registro de preços e o critério de julgamento "menor preço global".*
>
> *Ainda que este Tribunal de Contas admita registrar em ata preços de serviços de engenharia, só o faz nas hipóteses em que visar a contratação daqueles de "pequena monta", singelos, rotineiros, que objetivem "pequenos reparos", a exemplo dos serviços de "tapa-buracos".*
>
> *No caso, há também serviços especificados no edital que, por suas próprias características, revestidos de determinada complexidade técnica, demandam projeto básico, indicando as soluções técnicas para cada uma das intervenções.*
>
> *Acresce ser também inadmissível o critério de julgamento adotado -menor preço global-, considerando a diversidade dos serviços planejados, a exemplo de recapeamento de pavimento, serviços de recuperação de paisagismo (roçada manual e mecânica, capina manual e irrigação de canteiros), sinalização de solo e manutenção de galerias de águas pluviais (limpeza de galerias pluviais e reforma de boca de lobo).*
>
> *A propósito, este entendimento vai ao encontro do já decidido pelo Colendo Plenário, nos autos do TC-000064/001/10 e TC-000088/001/10, TC-021756/026/11, TC-016652/026/ 11 e TC-021615/026/11."* (TCE/SP, Tribunal Pleno, TC 209/989/12-8, Rel. Cons. Claudio Ferraz de Alvarenga, j. 21.03.2012).

> *"A impropriedade da adoção do sistema de registro de preços é atestada pela tabela estampada no Anexo I-A, cuja relação é incompatível com serviços de pequena monta, como fundação profunda, sondagem, estrutura, concreto ensaios, caixas d'água em anéis de concreto armado, brinquedos edificados, mini-anfiteatro, levantamento planialtimétrico etc., o que levou a Unidade de Engenharia da Assessoria Técnica a dizer que possibilitariam "à Administração até construir uma edificação" (fl. 1938).*
>
> *Como expresso no TC-36921/026/07, este Tribunal só tem admitido a adoção da Ata de Registro de Preços para serviços caracterizados como de "pequenos reparos" ou de "pouca monta""* (TCE/SP, Tribunal Pleno, TC 2926/003/09 e outros, Rel. Cons. Sidney Estanislau Beraldo, j. 26.06.2013)

FASE INTERNA – Modalidade e tipo, SRP (menor preço por item)

OI-MPC/SP n.º 01.10: O sistema de registro de preços impõe o julgamento segundo o critério do menor preço por item ou, nos casos excepcionais de aglutinação tecnicamente recomendável, o critério do menor preço por lote, necessariamente composto por poucas unidades afins, com a fixação do valor máximo admissível para cada unidade, em repúdio ao "jogo de planilhas".

Tratando-se de Registro de Preços destinado à aquisição de vários itens distintos entre si, os precedentes da Colenda Corte de Contas Bandeirante não permitem o pregão do tipo menor preço global, sendo obrigatória a adoção do menor preço por lote. É o que se extraí da leitura dos julgados infratranscritos:

> *"Exame Prévio de Edital. Admissível a exigência de insumos originais exclusivamente quando os equipamentos estejam em período de garantia do fabricante ou sob contrato que imponha tal condição. Necessário, noutros casos, admitir, proposta de compatíveis. Possível a comprovação de compatibilidade mediante laudo que observa as respectivas Normas Técnicas ou amostra avaliada por critério objetivo e aferível. Em Registro de Preços impõe-se o julgamento por item ou por pequenos lotes compostos de insumos de um único modelo de equipamento ou que, necessariamente se devam adquirir em conjunto, caso em que se deve estabelecer o valor máximo admissível para cada item."* (TCE/SP, Tribunal Pleno, TC 597/989/12-8, Rel. Cons. Edgard Camargo Rodrigues, j. 20.06.2012)
>
> *EMENTA: "Exame Prévio de Edital. Registro de preços para aquisição de medicamentos. Impróprio o critério de adjudicação de menor preço por lote. Necessidade de correção do instrumento para adotar o tipo licitatório de menor preço por item, conforme jurisprudência deste Tribunal. Recomendação para a eliminação de contradição entre cláusulas editalícias relacionadas ao registro dos medicamentos no Ministério da Saúde (ANVISA). Representação julgada procedente"* (TCE/SP, Tribunal Pleno, EPE 1146/989/13-2, Rel. Cons. Cristiana de Castro Moraes, j. 26.06.2013)
>
> *Ementa: "Exame Prévio de Edital. Aglutinação indevida no mesmo lote, de produtos industrializados/processados de diversas origens (peixe, carne bovina e suína), além de bebida láctea, restringe a competitividade no certame. Representação julgada parcialmente procedente."* (TCE/SP, Tribunal Pleno, EPE 714/989/13-4, Rel. Cons. Cristiana de Castro Moraes, j. 12.06.2013)
>
> *"A utilização do sistema de registro de preços para a aquisição de materiais escolares em forma de kits, segundo o critério de menor preço por lote, tem sido admitida em precedentes deste Tribunal (cf. 5054/989/14-0, Exame Prévio, E. Tribunal Pleno, sessão de 10/12/14, sob minha relatoria; 88/989/15-7 e 96/989/15- 7, Exames Prévios, E. Tribunal Pleno, sessão de 11/02/15, relator eminente Conselheiro Edgard Camargo Rodrigues; 5586/989/14-7 e 5599/989/14-2, Exames Prévios, E. Tribunal Pleno, sessão de 11/02/15, relator eminente Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo)."* (TCE/SP, Tribunal Pleno, EPE 382/989/15-0, Rel. Cons. Renato Martins Costa, j. 10.03.2015)

FASE INTERNA – Modalidade e tipo, SRP (serviços contínuos)

OI-MPC/SP n.º 01.11: Não se admite a adoção do Sistema de Registro de Preços nos serviços contínuos, como ocorre nas atividades de limpeza, manutenção e vigilância.

Os precedentes do Egrégio TCE/SP não permitem a utilização do sistema de registro de preços na modalidade do pregão para contratação de serviços de natureza continuada, em razão da nítida incompatibilidade entre os institutos, a exemplo do que ocorre nos serviços de limpeza, de segurança predial e de implantação e manutenção de sistema de gestão em área de grande

circulação, tal como ressaltado no voto proferido pelo Conselheiro Relator Sidney Beraldo nos autos do TC 14326/026/09. Ao ratificar tal entendimento pela inaplicabilidade do sistema registro de preço para os serviços de natureza contínua:

> *EMENTA: "Exame Prévio de Edital. Pregão visando ao Registro de Preços para prestação de serviços de vigilância/ segurança patrimonial. Possibilidade de se adotar modalidade pregão, não descaracterizando o atributo de "serviço comum", as minuciosas especificações técnicas e memorial descritivo constantes do edital. Inadmissibilidade de utilização do Sistema do Registro de Preços para contratação de serviços de natureza continuada. Impossibilidade de se prorrogar o prazo de validade da Ata de Registro de Preços por conta do princípio da reserva de lei. Desnecessidade de divulgação de orçamento estimado em planilhas de quantitativos e custos. Recomendação, no entanto, para que se divulgue valor total estimado; que se abstenha de exigir 2 (dois) atestados para demonstração de qualificação técnica, bem como de admitir a figura do "carona". Determinação de anulação do certame, com recomendações."* (TCE/SP, Tribunal Pleno, TC 38240/026/08, Rel. Cons. Claudio Ferraz de Alvarenga, j. 12.12.2008)

FASE INTERNA – Modalidade e tipo, software de prateleira

OI-MPC/SP n.º 01.12: Em procedimento licitatório, não se admite a utilização dos tipos "técnica e preço" ou "melhor técnica" para a contratação da licença de uso de software dito "de prateleira".

> *"Assim sendo, definidos tais parâmetros, efetivamente não me parece haver, além do fator preço, margem de aferição suplementar, que considere, portanto, técnicas particulares que possam distinguir, em prol do interesse público, uma licitante de outra. No caso concreto, aliás, o critério de julgamento, com maior ênfase na melhor técnica, provoca desamparada discriminação entre empresas habilitadas ao fornecimento do sistema vigente na Autarquia e aquelas que se ocupam do licenciamento de sistemas diversos, uma vez que aos primeiros sempre será atribuída pontuação mais vantajosa (cf. Anexo II, requisitos mínimos, item 2). No demais, os serviços de instalação, manutenção, administração, gerenciamento, suporte técnico e treinamento assumem, nesse contexto, caráter instrumental e complementar, não implicando, igualmente, elemento de escolha e diferenciação isonômica de licitantes. Isso não bastasse, observo que objeto em disputa igualmente relaciona a locação de "hardware" (computadores portáteis com impressoras térmica acopladas para a impressão de contas/faturas) destinado à leitura e faturamento imediato do consumo dos clientes, o que igualmente descaracteriza o tipo de julgamento proposto. Concluo, com isso, que existe no processo de licitação vício de origem, concernente na adoção do julgamento pela técnica e preço, incompatível com o objeto licitado e, portanto, desamparado pela Lei de Licitações. Deve a Administração, assim, corrigir o tipo de licitação a fim de eliminar do processo a nulidade apontada."* (TCE/SP, Tribunal Pleno, TC 9752/026/11, Rel. Cons. Renato Martins Costa, j. 06.04.2011)

FASE HABILITATÓRIA – Regularidade Fiscal

OI-MPC/SP n.º 01.13: A prova da regularidade fiscal deve se limitar ao ramo de atividade da licitante, compatível com o objeto contratual (art. 193 do CTN), e sua comprovação pode feita ser tanto pela Certidão Negativa de Débito (CND), quanto pela Certidão Positiva com Efeitos Negativos (CPEN).

> *"[...] Com relação às previsões do subitem 4.2.5, entendo que assiste razão à representante, porquanto a prova de regularidade para com a Fazenda Municipal em tributos imobiliários não se coaduna com o entendimento jurisprudencial que vem se consolidando nesta Corte, no sentido de que esse requisito da licitação deve observar a natureza da contratação que se pretende efetivar. No caso específico, a prestação de serviços de transporte escolar não envolve atividade passível da incidência de tributos imobiliários, devendo o edital ser retificado nesse aspecto. (...) Em razão de todo o exposto, meu voto é no sentido de se considerar parcialmente procedente a Representação formulada pela empresa Local Car Locação de Veículos Ltda., formulada contra o edital da Concorrência nº 06/09 da Prefeitura Municipal de Itaquaquecetuba, para o fim de se determinar àquele Executivo a retificação dos seguintes pontos do instrumento impugnado:[...] b) Eliminação da exigência de apresentação de regularidade fiscal*

em âmbito Municipal para tributos imobiliários, prevista no subitem 4.2.5. [...].” (TCE/SP, Tribunal Pleno, TC 17698/026/09, Rel. Cons. Fulvio Julião Biazzi, j. 27.05.2009)

A prova de regularidade fiscal, estabelecida no subitem 8.2, alíneas “a” e “e”, está em dissonância com a lei de regência e a jurisprudência da Corte, merecedora, portanto, de retificação. O STF já se pronunciou acerca da regularidade fiscal, assentando que a irregularidade fiscal não pode acarretar a inviabilização do exercício de atividades empresariais.[...] A jurisprudência da Corte firmou entendimento no sentido de que a prova de regularidade fiscal deve se limitar ao ramo de atividade da licitante, compatível com o objeto contratual, nos termos da legislação, como bem asseverado pela SDG. E o sentido de tal exigência é de impedir contratação de sujeito descumpridor de obrigações fiscais relacionadas com o âmbito da atividade a ser executada, nada mais, porquanto se assim não for os resultados serão intoleráveis. Entrementes, lança-se orientação à Administração do cuidado que deverá ter quando da inabilitação de licitantes por este quesito, quando pela natureza intrínseca da emissão das Certidões abranger sortidos débitos tributários ou não tributários. Neste sentido, as cláusulas devem ser retificadas para introduzir quais os tributos que devam ser comprovados, bem como que essa comprovação se dê, também, com a Certidão Positiva com efeito de Negativa, nos termos do artigo 206, do Código Tributário Nacional. (TCE/SP, Tribunal Pleno, TC 17727/026/09, Rel. Eduardo Bittencourt Carvalho, j. 03.06.2009)

FASE HABILITATÓRIA – Qualificação técnica (parcelas de maior relevância)

OI-MPC/SP n.º 01.14: Na aferição da qualificação técnica, a comprovação da capacidade técnico-operacional e da capacidade técnico-profissional das licitantes limitar-se-á, simultaneamente, às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto, as quais serão definidas no instrumento convocatório.

A comprovação da capacidade técnica, seja operacional, seja profissional, deve ser limitada às parcelas de maior relevância e valor significativo, sendo estes elementos cumulativos, na esteira do posicionamento externado na Súmula n.º 263 do Tribunal de Contas da União: “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”. Conforme explicitam os acórdãos da Egrégia Corte de Contas da União:

“Consoante a boa hermenêutica, a Lei não contém palavras inúteis. Se as exigências forma limitadas a parcelas de maior relevância ***e*** *valor significativo, ambos os requisitos devem ser preenchidos. Não se alvitrou a alternativa.*

A questão é se o entendimento, consolidado para a capacidade técnico-profissional, pode ser estendido à capacidade técnico-operacional. Caso contrário, poderia se exigir apenas certificados de serviços relevantes tecnicamente ou aqueles somente de valor significativo.

Por analogia, apesar de não expresso na letra da lei, não se vislumbra juízo distinto da capacidade técnico-profissional para a capacidade técnico-operacional. Cláusula restritiva em razão da complexidade técnica de determinado serviço, de valor irrelevante, poderia limitar a competitividade com indesejáveis consequências antieconômicas. ***É como restringir a competitividade de 99,9% da obra em razão de apenas 0,1% dela.***

(...)

Costuma-se argumentar, em contrário, que por razões de segurança, dificuldades técnicas e importância da boa execução dos serviços, mesmo os itens de menor materialidade poderiam comprometer o sucesso de toda obra, justificando-se, neste caso, a exigência de habilidade específica para aquele encargo.

Duas questões emergem daí: a primeira é a possibilidade (no caso dever) de parcelar o objeto – ou autorizar a formação de consórcios. Não se admitiria, mais uma vez, limitar a concorrência de todo o objeto em razão de pequeníssima parte dele.

A segundo é que, via de regra, em uma obra esse raciocínio é válido pra quase toda a gama de dezenas de serviços contratados do projeto. A obra de impermeabilização de um edifício, mesmo que financeiramente não relevante, pode comprometer toda a edificação, caso não funcione adequadamente. Um simples bueiro em uma rodovia, cujo corpo de aterro esteja mal compactado, fatalmente irá causar afundamentos e danos ao pavimento. Outrossim, as sarjetas e meios-fios com qualidade deficiente implicará numa drenagem ruim e consequente redução da vida útil do pavimento. Um contrapiso mal executado irá enredar, de forma irremediável, a habitabilidade de toda a construção.

Logo, não basta a identificação da relevância técnica ou apenas o risco de execução deficiente para justificar a exigência de experiência técnica-profissional ou operacional. Para preservar outros princípios jurídicos fundamentais à garantia da legalidade do certame, dentre eles a isonomia e a moralidade, é imperioso que o serviço seja, também, financeiramente relevante no contexto global do objeto. Outrossim, espera-se a devida publicidade e motivação quanto aos critérios de escolha dos itens que irão limitar o universo de concorrentes." (CAMPELO, Valmir e CAVALCANTE, Rafael Jardim. *Obras Públicas – Comentários à Jurisprudência do TCU*, 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 279-281)

"21. Dentre outras exigências tidas por desarrazoadas, menciono, a título de exemplo, a inclusão, na relação de itens cuja experiência anterior seria avaliada para fins de habilitação, da "Pré-operação", e da "Execução de travessias subterrâneas por processo não destrutivo". 23. Além disso, o valor previsto para o serviço, que surgiu na planilha apenas por ocasião da última versão do projeto executivo, alcançou R$241.230,00, que corresponde a menos de 0,3% do valor do contrato, indo de encontro à jurisprudência do TCU que, a exemplo da Decisão nº 574/2002-Plenário, exige que os critérios de habilitação devam recair sobre itens que possuam, além de relevância técnica, valor significativo, Tal vício está presente, também, na escolha do serviço "Execução de travessias subterrâneas por processo não destrutivo" para fins de análise de capacitação, pois seu percentual em relação ao total do empreendimento é igual a 0,7/%." (TCU, Plenário, Acórdão 2963/2010, Rel. Min. Marcos Bemquerer)

"2. As exigências editalícias devem se limitar ao necessário para o cumprimento do objeto licitado, de modo a evitar a restrição ao caráter competitivo do certame.

9.3.1. observar, em futuras licitações com o recursos federais:

9.3.2.1. que as exigências quanto à qualificação técnico-profissional e técnico-operacional devem se limitar às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação e, no caso destas, restringirem-se a aspectos de qualificação técnica e econômica que sejam indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações do futuro contrato; (...)." (TCU, Plenário, Acórdão 1229/2008, Rel. Min. Guilherme Palmeira)

"7. Por fim, no que se refere à exigência restritiva, a estatal anuiu que os sistemas eletromecânicos de pontes de embarque e esteiras de transporte automatizado não atendem aos critérios de relevância técnica e financeira, se considerados ***cumulativamente.*** *Logo, informou-se que tais cláusulas indevidas seriam escoimadas do certame licitatório".* (TCU, Plenário, Acórdão 1733/2011, Rel. Min. Valmir Campelo)

FASE HABILITATÓRIA – Qualificação técnica (parcelas de maior relevância)

OI-MPC/SP n.º 01.15: Na aferição da qualificação técnica, entende-se por parcelas de maior relevância e valor significativo aquelas que preponderam tecnológica e monetariamente sobre as demais parcelas que compõem o objeto licitado.

Em que pese alguma discricionariedade da Administração Pública para eleger as parcelas de relevância do objeto, mostra-se imprescindível que os itens eleitos para comprovação da experiência anterior não sejam por demais específicos ou desçam a minúcias capazes de comprometer a competitividade do certame. Sobre a matéria, leciona BRÄUNERT:

"Entende-se por parcela de maior relevância e de valor significativo aquelas que preponderam sobre as outras parcelas que compõem o objeto a ser licitado.

Enquadram-se, neste aspecto, as parcelas que preponderam monetariamente sobre as demais parcelas que compõem o objeto e, também, aquelas que predominam tecnologicamente

sobre as demais parcelas do objeto. Não basta o cumprimento de uma ou outra parcela, ambas as condições devem simultaneamente ser atendidas.

Uma ponte, com uma determinada extensão, em concreto protendido, em concreto armado, pista de rolamento em CBUQ a ser executada sobre um rio cuja fundação, face condições técnicas, tem que ser do tipo tubulão a ar comprimido, as parcelas de maior relevância (técnica) são: o concreto protendido, os tubulões a ar comprimido e a extensão da ponte. Por outro lado as parcelas de maior valor significativo (monetário) são: o concreto protendido, os tubulões a ar comprimido, a pista de rolamento e a extensão da ponte. Neste caso as duas condições (técnica e financeira) coincidem parcialmente. Portanto, as parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto são: o volume de concreto protendido, a extensão dos tubulões a ar comprimido e a extensão/comprimento da ponte. A pista de rolamento, em princípio não é uma parcela de maior relevância e de valor significativo, vez que não se enquadra na parcela de maior relevância técnica, mas sim, somente na de valor significativo.

Estas parcelas de maior relevância e valor significativo, obrigatoriamente deverão estar especificadas no instrumento convocatório." (BRÄUNERT, Rolf Dieter Oskar Friedrich. *Como licitar obras e serviços de engenharia – Leis n.º 5.194/66 e n.º 6.496/77 – Resoluções e normatizações do CONFEA – Súmulas, decisões e acórdãos do TCU*, 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 203)

Nesse sentido, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo tem buscado controlar os limites da parcela de maior relevância, excluindo aquelas atividades que não compõem o núcleo do objeto licitado. Assim, ao analisar licitação destinada à prestação de serviços técnicos especializados de gerenciamento global e contínuo do parque de iluminação pública, manutenção, reforma, melhoria, modernização das redes de distribuição de energia elétrica e eficientização, a Corte de Contas Paulista determinou a exclusão do serviço de poda de árvore das exigências de demonstração de experiência anterior (item 10.4, letra 'b', subitem 'b.5' e letra 'c', subitem c.5), porque não corresponde à "parcela de maior relevância e de valor significativo" do objeto licitado, conforme o disposto no art. 30, § 1º, I da Lei de Licitações (TCE/SP, Tribunal Pleno, TCs 843/989/15 e 891/989/15, Rel. Cons. Subs. Márcio Martins de Camargo, j. 15.04.15).

FASE HABILITATÓRIA – Qualificação técnica (capacidade técnico-profissional)

OI-MPC/SP n.º 01.16: Para comprovação da capacidade técnico-profissional, é vedada a exigência cumulativa de Anotação de Responsabilidade Técnica (ART) e de Certidão de Acervo Técnico (CAT).

Conforme dispõem a Resolução CONFEA 1025/09 e a Resolução CAU/BR 24/2012, a Certidão de Acervo Técnico – CAT é o instrumento que certifica, para os efeitos legais, que consta dos assentamentos da entidade profissional a anotação da responsabilidade técnica pelas atividades consignadas no acervo técnico do profissional. O acervo técnico do profissional é o conjunto das atividades desenvolvidas ao longo da vida do profissional compatíveis com suas atribuições e registradas na entidade profissional.

Para fazer prova de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos, os profissionais vinculados a estas entidades podem requerer, para que conste de seu acervo técnico, o registro de atestado fornecido por pessoa física ou jurídica de direito público ou privado contratante. Por isso, desnecessária e desarrazoada a exigência de se cumular a apresentação de atestados ou certidões com a apresentação da CAT do profissional, eis que esta abarca aquelas.

É nesse sentido o entendimento consolidado do TCE/SP, conforme exemplificam os julgados:

> *TCE/SP, Tribunal Pleno, TC 5500/989/14-0, Rel. Cons. Sidney Estanislau Beraldo, j. 04.02.2015;*
> *TCE/SP, Tribunal Pleno, TC 202/989/13-3, Rel. Cons. Cristiana de Castro Moraes, j. 03.04.2013;*
> *TCE/SP, Tribunal Pleno, TC 246/989/13-1, Rel. Cons. Subs. Samy Wurman, j. 10.04.2013;*
> *TCE/SP, Tribunal Pleno, TC 565/989/13-4 e 572/989/13-5, Rel. Cons. Dimas Eduardo Ramalho, j. 22.05.2013;*
> *TCE/SP, Tribunal Pleno, TC 1656/989/13-0, Rel. Cons. Sidney Estanislau Beraldo, j. 21.08.13.*

Assim, não é possível a exigência cumulativa de Atestado(s) de Responsabilidade Técnica (ARTs) e Certidão de Acervo Técnico (CAT) para comprovação da capacidade técnico-profissional, bastando, para tais fins, a apresentação alternativa de algum dos seguintes documentos: a) CAT, nos termos legais conforme a Súmula 23 do TCE/SP; b) ARTs registrados, observadas as regras relativas ao registro, baixa, cancelamento e anulação, com fulcro no inciso I do §1º do artigo 30 da Lei Federal nº. 8.666/93; c) Atestado expedido por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrado junto ao CREA, acompanhado de declaração, com fulcro no inciso I do §1º do artigo 30 da Lei Federal nº. 8.666/93 c/c art. 57 da Resolução CONFEA nº 1.025/09 (TCE/SP, Tribunal Pleno, TC 1744/989/13-8, Rel. Cons. Sidney Estanislau Beraldo, j. 25.09.2013; TCE/SP, Tribunal Pleno, 310/989/12-4, Rel. Cons. Subs. Silvia Monteiro, j. 18.04.2012).

FASE HABILITATÓRIA – Qualificação técnica (capacidade técnico-profissional)

OI-MPC/SP n.º 01.17: Para comprovação da capacidade técnico-profissional, é permitida a exigência de registro ou inscrição na entidade de classe, desde que haja base legal específica da profissão mencionada no edital e pertinência com o objeto licitado.

A princípio, nada há de errado na cobrança de demonstração de registro ou inscrição na respectiva entidade profissional, demanda que encontra fundamento e autorização no art. 30, inc. I da Lei de Licitações. Por óbvio, referida exigência só é possível de ser feita se a atividade for regulamentada por lei e possuir uma entidade profissional que a discipline. A título ilustrativo, as atividades de engenharia, agronomia, arquitetura e urbanismo ao regulamentadas pelas Leis 5.194/66, 6.839/80, 12.378/10, dando, assim, suporte à exigência licitatória. Da leitura destas leis, constata-se que tanto a pessoa física como a pessoa jurídica que desempenhe tais atividades deve necessariamente ser registrada na entidade de classe, sob pena de se configurar o exercício ilegal da profissão.

FASE HABILITATÓRIA – Qualificação técnica (capacidade técnico-operacional)

OI-MPC/SP n.º 01.18: Para comprovação da capacidade técnico-operacional, desde que haja pertinência com objeto licitado, é permitida a exigência de registro da empresa no respectivo Conselho Profissional, sendo vedado impor que o registro se dê no Estado onde ocorrer a licitação.

Em relação à comprovação de registro da empresa no CREA, contemplando habilitação própria e de seus responsáveis técnicos para execução da atividade, tal exigência não extrapola os lindes do artigo 30, inciso I, Lei 8.666/93. Afinal, a entidade fiscalizadora zela pelo ofício profissional em sua plenitude, seja ele exercido por pessoa física ou por pessoa jurídica, denotando nítido respeito à autonomia jurídica das pessoas jurídicas, tal como preceitua a teoria da realidade técnica, consagrada no artigo 45 do Código Civil. Neste ponto, a exigência de registro da empresa licitante no Conselho Profissional somente transborda os limites da razoabilidade quando não houver nexo causal com o objeto licitado, quando o edital limita o registro ao Conselho Profissional do Estado onde ocorre a licitação ou quando se exige visto da Seccional nas certidões das empresas sediadas fora do Estado. É o que se infere dos seguintes julgados do TCE/SP, cujos trechos foram abaixo reproduzidos:

> *LICITAÇÃO IRREGULAR – FORNECIMENTO DE VALE ALIMENTAÇÃO - RESTRIÇÃO DA COMPETITIVIDADE DA DISPUTA – EXIGÊNCIA INADEQUADA DE COMPROVAÇÃO DE REGISTRO PERANTE O CONSELHO REGIONAL DE NUTRIÇÃO - EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE ATESTADOS DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICO-OPERACIONAL EM QUANTIDADES SIMILARES OU SUPERIORES AO OBJETO LICITADO - AFRONTA A SÚMULA Nº 24 DESTE TRIBUNAL. "O instrumento convocatório pecou em diversas condições já reprovadas por este E. Tribunal, afetando, com isso, a competitividade da disputa de maneira capital. Assim a cláusula 3.2.1 que, ao exigir desarrazoadamente a comprovação de registro perante o Conselho Regional de Nutrição (uma vez que o objeto em questão não exige da licitante qualquer manipulação ou elaboração de alimentos ou refeições), alijou da disputa uma das proponentes, remanescendo apenas duas para a disputa de preços (...)."* (TCE/SP, Tribunal Pleno, TC 0847/002/06, Rel. Cons. Renato Martins Costa, j. 11.02.2009).

> *"LICITAÇÃO- IMPOSIÇÃO APRESENTAÇÃO DE ATESTADO DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA OPERACIONAL NO MONTANTE DO PRETENDIDO PELA ADMINISTRAÇÃO E DE APRESENTAÇÃO DE VISTO DO CREA-SP NAS CERTIDÕES DE REGISTRO DE EMPRESAS DE OUTROS ESTADOS – MANTEVE A COMPETITIVIDADE DO CERTAME- REGULARIDADE – RECOMENDAÇÃO – ACÓRDÃO. (...) Durante a instrução processual, os responsáveis foram instados a apresentar justificativas acerca dos seguintes aspectos: - exigência de atestado probatório de qualificação técnica operacional, relativo a fornecimento pertinente e compatível em características com o objeto da licitação, induzindo à prova de fornecimento anterior em quantidade equivalente a 100% (cem por cento) do quanto pretendido pela Administração;- imposição de apresentação de visto do CREA/SP nas certidões de registro das empresas sediadas fora do Estado. (...) Consoante delineado pelos Órgãos Técnicos, esta Corte tem reprovado a exigência de visto do CREA/SP, nos certificados de registro das licitantes sediadas fora do Estado, requisito de compulsória obrigação apenas por parte da vencedora do certame (...)"* (TCE/SP, 2ª Câmara, TC 9991/026/07, Rel. Cons. Renato Martins Costa, j. 09.12.2008)

FASE HABILITATÓRIA – Qualificação técnica (capacidade técnico-operacional)

OI-MPC/SP n.º 01.19: Para comprovação da capacidade técnico-operacional da empresa, não é permitida a exigência de apresentação de Certidão de Acervo Técnico (CAT).

A exigência de comprovação da qualificação técnico-operacional mediante apresentação de Certidão de Acervo Técnico não se coaduna com o art. 30, § 1º, da Lei Federal 8.666/93, pois tais certidões são documentos comprobatórios da aptidão técnica de determinado profissional em relação aos serviços por ele já executados e registrados em suas Anotações de Responsabilidade Técnica validadas no órgão competente. Não se trata de documento pertencente à empresa, à pessoa jurídica, mas sim de documento pertencente ao profissional, à pessoa física.

Nessa senda, a confusão entre os requisitos da capacitação técnico-operacional da empresa licitante e da capitação técnico-profissional do prestador do serviço ou do fornecedor do produto certamente cerceia a habilitação de outras empresas. Ao abordar o tema, o TCE/SP manifestou-se no seguinte sentido:

> *"Ainda que seja fato de amplo conhecimento, vale repisar que tais Certidões de Acervo Técnico são documentos que compilam, reúnem, experiências diversas de determinado profissional, oriundas das Anotações de Responsabilidade Técnica já validadas em relação ao mesmo.*
>
> *Em outras palavras, trata-se de certidões comprobatórias da qualificação técnica de determinado profissional em relação aos serviços por ele já executados e registrados em suas Anotações de Responsabilidade Técnica validadas no órgão competente.*
>
> *Não é documento pertencente à empresa, à pessoa jurídica, mas ao profissional, à pessoa física.*
>
> *O próprio artigo 4º, da Resolução CONFEA de nº 317/861, é suficientemente claro ao dispor que o único Acervo Técnico de uma pessoa jurídica é aquele pertencente aos profissionais que compõem o seu quadro, ou aquele pertencente aos consultores que com ela mantém contrato.*
>
> *Para não restar nenhuma margem de dúvida, temos que os dispositivos legais de regência, contidos no artigo 30 da Lei Federal de Licitações, precisamente no inciso II e no § 1º, estabelecem que a prova da aptidão operacional dar-se-á tão somente por "atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes".*
>
> *Em relação à hipótese que admite a adoção do Atestado de Responsabilidade Técnica, o legislador federal foi restritivo, ao circunscrever tal possibilidade apenas para a "capacitação técnico-profissional", consoante o inciso I, do § 1º, do artigo 30, da Lei nº 8.666/93.*
>
> *Em uma breve conclusão, está claro e evidente que, se a validade de um atestado de qualificação técnica operacional estiver condicionada à apresentação da respectiva Certidão de Acervo Técnico, fica criado contexto no qual as empresas somente poderão se utilizar dos atestados por elas obtidos se as mesmas mantiverem, e até mesmo perpetuarem, alguma relação contratual ou empregatícia com os profissionais detentores das respectivas Anotações de Responsabilidade Técnica, o que é inadmissível.*
>
> *(...)*
>
> *E ainda que se pensasse na hipótese de se aproveitar Certidões de Acervo Técnico de profissionais pertencentes a uma determinada empresa, estar-se-ia admitindo a comprovação de quantitativos mínimos a partir de documentos pertinentes à capacitação técnico-profissional, o que é expressamente vedado pelo artigo 30, § 1º, inciso I, da Lei Federal de Licitações."* (TCE/SP, Tribunal Pleno, TC 12294/026/09, Rel. Cons. Eduardo Bittencourt Carvalho, j. 06.05.2009)

A problemática resume-se na discussão sobre a possibilidade de se exigir a apresentação de Certidão de Acervo Técnico ("CAT") para a comprovação da qualificação técnico-operacional. Conforme dispõem a Resolução CONFEA 1025/09 e a Resolução CAU/BR 24/2012, a CAT é o instrumento que certifica, para os efeitos legais, que consta dos assentamentos da entidade profissional a anotação da responsabilidade técnica pelas atividades consignadas no acervo técnico do profissional, não havendo que se falar em acervo técnico da pessoa jurídica. No caso das

atividades de engenharia, de agronomia e de arquitetura e urbanismo, a Resolução CONFEA 1025/09 e a Resolução CAU/BR 24/12 são claras ao afirmar que a CAT é apenas emitida para pessoas físicas, nunca para pessoas jurídicas:

> *Resolução CONFEA 1025/09, art. 55. É vedada a emissão de CAT em nome da pessoa jurídica.*
> *Parágrafo único. A CAT constituirá prova da capacidade técnico-profissional da pessoa jurídica somente se o responsável técnico indicado estiver a ela vinculado como integrante de seu quadro técnico.*
>
> *Resolução CAU/BR 24/12, art. 3° Não será constituído acervo técnico de pessoa jurídica de Arquitetura e Urbanismo, seja de direito público ou privado, mas a ela será consignada capacidade técnico-profissional.*
> *Parágrafo único. A capacidade técnico-profissional da pessoa jurídica referida no caput deste artigo será constituída pelo conjunto dos acervos técnicos dos arquitetos e urbanistas que dela são integrantes.*

O profissional (pessoa física), a fim de fazer prova de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos, pode requerer, para que conste de seu acervo técnico, o registro de atestados fornecidos por pessoa física ou jurídica de direito público ou privado contratante. Com base nestes atestados registrados na entidade de classe é que ela emitirá a CAT. No caso da pessoa jurídica, ela até pode se valer de CAT para comprovar sua capacidade técnica, mas apenas se o profissional detentor da CAT ainda estiver vinculado à empresa. Se o profissional mudou de empresa, ela deverá se valer apenas atestados. Em resumo, embora seja possível à licitante demonstrar sua qualificação técnico-operacional pela apresentação de CAT, isto é uma opção dela apenas na hipótese de o profissional que desempenhou a atividade ainda estar vinculado a ela. Por esta razão, não pode o Órgão Licitante exigir que a comprovação seja sempre feita desta forma.

FASE HABILITATÓRIA – Qualificação técnica (capacidade técnico-operacional)

OI-MPC/SP n.º 01.20: É vedada a imposição de limites (§ 5º do art. 30 da Lei Federal 8.666/93) e de quantidade de atestados para fins de comprovação da qualificação técnico-operacional, salvo se houver justificativa técnica e detalhada no respectivo processo administrativo.

Via de regra, a comprovação de aptidão para o desempenho da atividade licitada poderá ser feita pelo participante do certame através de quantos atestados quiser. É que a vedação ao somatório de atestados (seja relativa aos itens considerados isoladamente, seja relativa aos itens considerados em conjunto), por ser disposição que restringe a competitividade, só pode ser exigida em casos excepcionais, quando a complexidade técnica e operacional foi devidamente justificada nos autos. Dependendo da dimensão quantitativa e qualitativa do objeto licitado, é possível que o fato de certo proponente mostrar ter prática na realização de vários empreendimentos de porte pequeno não o credencie a gerir obra de tamanho maior.

Assim, a Administração somente deve limitar o somatório de quantidades de atestados para a comprovação de capacidade técnico-operacional dos licitantes nos casos em que o aumento de quantitativos do serviço ou a execução simultânea de serviços diversos acarretarem, incontestavelmente, o aumento da complexidade técnica do objeto ou um possível comprometimento

dos prazos para a sua execução, ensejando assim maior capacidade operativa e gerencial da licitante que, se não atendida, poderia comprometer a qualidade ou a finalidade almejada na contratação da obra ou dos serviços. A lei proíbe a exigência de comprovação com limitações de tempo ou época, não o prazo de realização das atividades antecedentes. É diferente exigir a comprovação de pintura de 8.000m² no prazo de 300 dias de exigir a pintura de 8.000m² nos anos de 2010 e 2011 ou durante os meses de janeiro a outubro ou ainda nos últimos 300 dias antecedentes à licitação (neste norte, elucidativo o Acórdão Plenário TCU 1287/2008, Min. Rel. André Luís Carvalho, j. 02.07.2008).

Nesse sentido já se manifestaram o Tribunal de Contas de São Paulo e o Tribunal de Contas da União:

> *"Em razão o Representante ao reclamar da comprovação de aptidão operacional pela somatória de, no máximo, três atestados. O entendimento desta Corte tem sido na direção de que somente em casos muito específicos e justificados tecnicamente (por conta da complexidade do objeto e/ou interesse público envolvido), o que não se configura pelas justificativas trazidas, pode o dirigente fixar número de atestados. O potencial de restrição ao certame fica gravado pela exigência de que, por meio de um único atestado os interessados demonstrem a execução de serviços e obras com complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior a de uma cidade de 100.000 habitantes ou 25.000 ligações de água/esgoto. Cabe destacar, ainda em relação ao número de atestados, que quando da apreciação das Representações mencionadas, este Tribunal havia reprovado a "limitação a apenas um Atestado Técnico" e determinado a retificação do edital para que possibilitasse a prova por meio de "um ou mais atestados comprobatórios", sem especificação de quantidade."* (TCE/SP, Tribunal Pleno, TC 24041/026/10, Rel. Cons. Edgard Camargo Rodrigues, j. 18.08.2010)

> *É vedada a imposição de limites ou de quantidade certa de atestados ou certidões para fins de comprovação da qualificação técnica. Contudo, caso a natureza e a complexidade técnica da obra ou do serviço mostrem indispensáveis tais restrições, deve a Administração demonstrar a pertinência e a necessidade de estabelecer limites ao somatório de atestados ou mesmo não o permitir no exame da qualificação técnica do licitante.* (TCU, 2ª Câmara, Acórdão 849/2014, Rel. Min. Subs. Marcos Bemquerer)

FASE HABILITATÓRIA – Qualificação técnica (capacidade técnico-operacional)

OI-MPC/SP n.º 01.21: Ao estabelecer as exigências para fins de comprovação de capacidade técnico-operacional, o ato convocatório deve contemplar a possibilidade de apresentação de atestados de execução de serviços similares, conforme determina o § 3º do art. 30, da Lei Federal 8.666/93.

Nos termos do § 3º do art. 30, da Lei Federal n.º 8666/993, "será sempre admitida a comprovação de aptidão através de certidões ou atestados de obras ou serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior". Nota-se que o dispositivo legal determina a admissão de demonstração da experiência anterior em obras e serviços similares, vedando-se a possibilidade de que a exigência se refira a objeto idêntico, mormente quando ausente qualquer justificativa para tanto. Nesse sentido, também a Súmula 24 do TCE/SP:

> *SÚMULA Nº 24 - Em procedimento licitatório, é possível a exigência de comprovação da qualificação operacional, nos termos do inciso II, do artigo 30 da Lei Federal nº 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. (g.n)*

FASE HABILITATÓRIA – Qualificação técnica (amostras)

OI-MPC/SP n.º 01.22: É vedada a exigência da apresentação de várias amostras para o mesmo item licitado.

A jurisprudência do TCE/SP fulmina a apresentação de várias amostras para o mesmo item licitado, ainda que ocorram pequenas variações de forma e de tamanho, como é o caso dos uniformes escolares. Numa representação formulada contra o edital voltado à aquisição de uniformes, por exemplo, destacou-se que a apresentação de amostras de cada tamanho e modelo, perfazendo 166 amostras personalizadas com a logomarca municipal, era exigência exorbitante que prejudicava a ampla competitividade, bastando, naquele caso, exigir tal providência do vencedor do certame (TCE/SP, Tribunal Pleno, TC 32229/026/09, Rel. Cons. Cláudio Ferraz de Alvarenga, j. 11.11.2009).

FASE HABILITATÓRIA – Qualificação técnica (amostras)

OI-MPC/SP n.º 01.23: Somente é possível exigir a apresentação de amostras do licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar, mediante a garantia de prazo razoável para tanto.

Apesar de não ter previsão legal expressa, é possível exigir a apresentação de uma amostra para cada item licitado com base no artigo 43, incisos IV e V, da Lei n.º 8.666/93, por ser medida que resguarda a qualidade do objeto licitado. Nada obstante, tal exigência destina-se apenas ao licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar, pois exigi-la, durante a fase de habilitação, de todos os participantes, significa impor ônus excessivo que encarece os custos de participação no certame e que desestimula a presença de potenciais licitantes.

No âmbito do Tribunal de Contas da União, afirma-se que *"apresentação de amostras ou protótipos, quando exigida, não pode constituir condição de habilitação dos licitantes. Deve limitar-se ao licitante classificado provisoriamente em primeiro lugar. Caso não seja aceito o material entregue para análise, deve ser exigido do segundo e assim sucessivamente até ser classificada empresa que atenda plenamente as exigências do ato convocatório. (Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU; 4ª ed.; p.530)."*

Na Jurisdição de Contas Paulista, a matéria foi assim abordada:

> *"De fato e como reconhecido pela Administração, a exigência de amostras juntamente com a entrega dos envelopes, ainda que não personalizadas, implica ônus excessivo à participação no certame, notadamente pelas características definidas exaustivamente pelo edital. Sobre o tema, este Tribunal tem se posicionado no sentido de que, nas contratações que visam à compra de artigos sob encomenda, nas quais se reclama fabricação segundo requisitos específicos ou fora da "pronta entrega" do mercado, a exemplo dos uniformes escolares, não cabe impor a apresentação de amostras a todas licitantes, permitindo, porém, seja atribuída tal providência à vencedora do certame, desde que fixado prazo razoável de atendimento (cf. TC-032229/026/09, sessão plenária de 11/11/09, relator eminente Conselheiro Cláudio Ferraz de Alvarenga; TC-030748/026/10 e outros, sessão plenária de 10/11/10, sob minha relatoria; TC-0033/989/13-8, sessão plenária de 20/02/13, relator eminente Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho; processo n.º 77/989/13-4, sessão plenária de 13/03/13, sob minha relatoria; processo n.º 223/989/13-8 e outros, sessão plenária de 20/03/13, sob minha relatoria; processo n.º 2664/989/14-2, sessão plenária de 02/07/14, sob minha relatoria)."* (TCE/SP, Tribunal Pleno, TC 3855/989/14, Cons. Rel. Renato Martins Costa, j. 10.09.2014)

FASE HABILITATÓRIA – Qualificação técnica (amostras)

OI-MPC/SP n.º 01.24: A exigência de apresentação de amostras somente é válida quando acompanhada de critérios objetivos de avaliação previamente definidos no ato convocatório.

Segundo o Tribunal de Contas da União, "especificados no edital os critérios técnicos exigidos para avaliação da amostra objeto do certame, não há que se falar em subjetividade na análise das mesmas por ocasião do julgamento do certame" (TCU, Plenário, Acórdão 2077/2006). Da mesma forma, a Colenda Corte de Contas do Estado de São Paulo tem repudiado a falta de objetividade da Comissão no momento da avaliação das amostras (TCE/SP, Tribunal Pleno, TC 1115/010/10, Rel. Cons. Edgard Camargo Rodrigues, j. 13.10.2010). Também neste sentido:

> *"REPRESENTAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE – EXAME PRÉVIO DE EDITAL-FORNECIMENTO DE CESTAS BÁSICAS DE ALIMENTOS – APRESENTAÇÃO DAS AMOSTRAS NO MOMENTO DAS PROPOSTAS – ESPECIFICAÇÕES E PARÂMETROS OBJETIVOS PARA A AFERIÇÃO DA ACEITABILIDADE DAS AMOSTRAS. "[...] Necessária, pois, a reforma do item "8.5", do Anexo I, a fim de adequá-la à jurisprudência desta Corte, pois injustificada a antecipação da apresentação das amostras na forma disposta naquela cláusula editalícia. Como bem ressaltado pelos órgãos técnicos, a jurisprudência consolidada na Súmula nº 19, deste Tribunal, busca tutelar o princípio de que as amostras devem ser apresentadas no mesmo momento das propostas, estando vedada qualquer espécie de antecipação. E neste sentido é que se mostra indevida a interpretação literal daquele enunciado que se acha invocada nas justificativas da origem. De outra parte, também se mostra procedente a impugnação dirigida contra a ausência de especificações e parâmetros objetivos para a aferição da aceitabilidade das amostras, à vista da completa omissão a respeito nas cláusulas do item "08", do Anexo I, o que se mostra incompatível com o princípio do julgamento objetivo, consagrado na Lei Geral das Licitações."* (TCE/SP, Tribunal Pleno, TC 18587/026/09, Rel. Cons. Eduardo Bittencourt Carvalho, j. 17.06.2009)

Ainda que se considere que, pela natureza do objeto, o exame das amostras possa se limitar ao mero confronto entre as características do item e as especificações constantes do objeto, a redação genérica do dispositivo revela indesejável subjetividade, podendo ensejar a utilização de critério ou fator sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado na avaliação, o que seria vedado pelo art. 44, § 1º da Lei Federal 8.666/93, tal como decidido, a título de exemplo, nos TCs 5646/989/14, 5660/989/14 e 5662/989/14.

FASE HABILITATÓRIA – Qualificação técnica (amostras)

OI-MPC/SP n.º 01.25: Somente é possível exigir a apresentação de uma amostra para cada item licitado se observados os critérios da proporcionalidade e da razoabilidade, de modo a evitar ônus desnecessários aos interessados.

Denotando a adoção implícita do critério da razoabilidade, há precedente do Egrégio TCE/SP frisando que, *"as amostras envolvem pequena quantidade de itens, todos de prateleira, não configurando patente restrição ou imposição de alguma dificuldade à livre participação de interessadas"* (TCE/SP, Tribunal Pleno, TC 1860/989/14-4, Rel. Cons. Sidney Estanislau Beraldo, j. 15.04.2014). Ainda que de forma secundária, o assunto também foi debatido na decisão abaixo transcrita:

"Acerca da matéria, destaco trecho da decisão plenária de 04-06-14, nos autos dos TCs-928/989/14-4 e 941/989/14-7: 'A exigência de apresentação, já na sessão do pregão, de uma amostra para cada item do lote no qual o licitante venha a ser o vencedor, configura-se restritiva em razão do ônus desnecessário aos interessados a participar do certame. Isto porque, a despeito de o ato convocatório direcionar a exigência de apresentação de amostras apenas ao vencedor dos itens selecionados, todas as empresas licitantes terão que providenciar amostras já na sessão do pregão, pois sua exigência se dá no mesmo momento da apresentação das propostas. Além disso, somada a grande quantidade de amostras que as interessadas teriam que apresentar (67 produtos dos 117 que estão sendo licitados), ainda existem aquelas que pedem personalização (brasão e/ou logotipo), ficando ainda mais patente a onerosidade excessiva da exigência. Ademais, o sistema de registro de preços visa à aquisição futura e incerta, de acordo com a necessidade da Administração, não se coadunando, portanto, com a exigência de apresentação de amostras por todas as interessadas na disputa, no início da sessão pública'. Assim, deve a Administração retificar o edital para que a apresentação de amostras passe a ser requerida apenas do vencedor do certame, concedendo-se prazo razoável para sua apresentação, de forma a permitir a personalização quando necessária." (TCE/SP, Tribunal Pleno, EPE 1597/989/15-1, Rel. Cons. Sidney Estanislau Beraldo, j. 24.06.2014)

FASE HABILITATÓRIA – Qualificação técnica (visita técnica)

OI-MPC/SP n.º 01.26: A visita técnica ao local de execução da obra ou do serviço somente pode ser exigida como condição de habilitação se for imprescindível para permitir a elaboração das propostas, naquelas situações excepcionais que a recomendarem por força da complexidade ou da natureza do objeto, conforme justificativa devidamente fundamentada em pressupostos fáticos.

Via de regra, a realização de visita técnica deve ser considerada como uma faculdade das licitantes, que podem diligenciar ao local de realização das obras ou de prestação dos serviços para ter melhor conhecimento do ambiente, possibilitando apresentação de propostas mais adequadas. De modo geral, deve o edital prever a possibilidade de substituição do atestado de visita técnica por declaração da licitante de que possui pleno conhecimento do objeto.

Só será cabível a imposição de realização de visita técnica como requisito de qualificação técnica da fase de habilitação, lastreada no inciso III do artigo 30 da Lei de Licitações, como forma de comprovação que o licitante 'tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação' se for realmente imprescindível para a caracterização do objeto, em face de sua complexidade e extensão.

*"**São requisitos a serem observados quando da exigência de visita técnica:** a) fixação de mais de uma data para tanto, preferencialmente intercaladas entre si, ou dentro de um lapso temporal moderado, de forma a proporcionar, de um lado, a plena ciência do edital a todos que efetivamente se interessem e, de outro, tempo hábil para que as licitantes elaborem adequadamente as suas propostas, restringindo-se a estipulação de data única somente em casos excepcionais e devidamente justificados; b) **só poderá ser elemento obrigatório como condição de habilitação nas situações em que a complexidade ou natureza do objeto a justifiquem, devendo estar devidamente fundamentada a exigência pela Administração**, e c) é encargo da própria licitante a indicação do profissional responsável pela vistoria, não podendo o edital fazer qualquer restrição neste ponto, conforme decisão proferida no TC-333/009/11."* (in Compêndio de Consultas, Deliberações, Súmulas e Julgados. TCE/SP: São Paulo, Dezembro 2012, p.64-65, destacamos).

*"Ementa. Exame Prévio de Edital. Pregão presencial. Locação de software. Imprópria a imposição de demonstração prévia do sistema por todas as licitantes. Ausência de critérios objetivos de avaliação e de requisitos mínimos que atenderão as especificações do objeto. Indevida limitação temporal dos atestados e qualificação técnica. **Visita técnica obrigatória deve***

***ser compatível com o objeto**. Previsão de acréscimos e supressões em descompasso com a norma de regência. Exigência de regularidade fiscal deve se limitar a tributos que guardem relação com o objeto licitado. Procedência parcial. Correções determinadas."* (TCE/SP, Tribunal Pleno, EPE 4352/989/14-9, Rel. Cons. Sidney Estanislau Beraldo, j. 10.12.2014)

"A vistoria ao local das obras somente deve ser exigida quando for imprescindível ao cumprimento adequado das obrigações contratuais, o que deve ser justificado e demonstrado pela Administração no processo de licitação, devendo o edital prever a possibilidade de substituição do atestado de visita técnica por declaração do responsável técnico de que possui pleno conhecimento do objeto. As visitas ao local de execução da obra devem ser prioritariamente compreendidas como um direito subjetivo da empresa licitante, e não uma obrigação imposta pela Administração, motivo pelo qual devem ser uma faculdade dada pela Administração aos participantes do certame. (TCU, Plenário, Acórdão 234/2015, Rel. Min. Benjamin Zymler)

"Na hipótese de não haver complexidade do objeto, configura restrição indevida à competitividade a exigência de visita técnica ao local de execução da obra, sendo suficiente a declaração, por parte da empresa licitante, de que conhece as condições locais para a execução do objeto." (TCU, 1ª Câmara, Acórdão 1215/2014, Rel. Min. José Múcio Monteiro)

FASE HABILITATÓRIA – Qualificação técnica (visita técnica)

OI-MPC/SP n.º 01.27: O edital deverá fixar prazo razoável para a realização da visita técnica, vedada a fixação de data e horários únicos, salvo hipóteses excepcionais devidamente fundamentadas em pressupostos fáticos.

Quando cabível a imposição de realização de visita técnica como requisito de qualificação técnica da fase de habilitação, o edital deverá fixar prazo razoável para sua realização, a fim de não restringir a competitividade do certame.

Não se recomenda, ademais, a limitação de visita técnica a somente um dia, pois impõe ônus desnecessário aos licitantes, e permite o prévio conhecimento do universo de concorrentes, facilitando o conluio entre eles. Excepcionalmente, ante fundamentada justificativa técnica, em hipóteses que recairá sobre a Administração ônus significativo para viabilizar a visita técnica, poderá ela restringir a data de realização da visita técnica. Como exemplos, uma visita técnica a ser realizada dentro de um presídio e que demande escolta para ser realizada, uma visita técnica dentro do túnel do metrô e que demande o desligamento das composições, etc.

Neste sentido, cite-se:

*"**São requisitos a serem observados quando da exigência de visita técnica: a) fixação de mais de uma data para tanto, preferencialmente intercaladas entre si, ou dentro de um lapso temporal moderado, de forma a proporcionar, de um lado, a plena ciência do edital a todos que efetivamente se interessem e, de outro, tempo hábil para que as licitantes elaborem adequadamente as suas propostas, restringindo-se a estipulação de data única somente em casos excepcionais e devidamente justificados;** b) só poderá ser elemento obrigatório como condição de habilitação nas situações em que a complexidade ou natureza do objeto a justifiquem, devendo estar devidamente fundamentada a exigência pela Administração, e c) é encargo da própria licitante a indicação do profissional responsável pela vistoria, não podendo o edital fazer qualquer restrição neste ponto, conforme decisão proferida no TC-333/009/11."* (in Compêndio de Consultas, Deliberações, Súmulas e Julgados. TCE/SP: São Paulo, Dezembro 2012, p.64-65, destacamos).

*"CONCORRÊNCIA E CONTRATO. Aglutinação de serviços contrapôs ao estipulado no parágrafo 1º, do artigo 23 da Lei nº 8666/93. Requisito editalício restritivo (item 2.3.16.2). **Data e horário únicos para a obrigatória visita técnica destoaram do permissivo estabelecido no inciso III do artigo 30 da Lei 8666/93, denotando a inclusão de condição vedada pelo item I, do parágrafo 1º do artigo 3º do Estatuto Licitatório**. Alterações verificadas no edital não observaram as condições previstas no § 4º do artigo 21 da Lei 8666/93. Recolhimento antecipado de garantia para licitar não se coaduna com as regras inseridas na legislação de regência. Multa aos Srs. Delson José Amador e Paulo Vieira de Souza estipuladas em 300 (trezentas) UFESPs,*

para cada um deles. JULGADOS IRREGULARES." (TCE/SP, 1ª Câmara, TC 16399/026/09, Rel. Cons. Cristiana de Castro Moraes, j. 27.11.2012, destacamos)

"(...) Demais, grave a estipulação da forma como se procederá à visitação técnica. Tal visita não pode estar restrita a um único dia, com hora preestabelecida, como consta da cláusula editalícia, porquanto representa imposição restritiva e injustificável, afastando potenciais proponentes do certame. É pacífico na Corte que o prazo para a realização da visita técnica deve, preferencialmente, ser pleno e desimpedido de quaisquer restrições que frustrem as participantes quanto à formatação de suas propostas. (...)" (TCE/SP, Tribunal Pleno, EPE 17727/026/09, Rel. Cons. Eduardo Bittencourt Carvalho, j. 03.06.2009)

FASE HABILITATÓRIA – Qualificação técnica (visita técnica)

OI-MPC/SP n.º 01.28: É vedada a fixação de presença obrigatória de responsável técnico, engenheiro, arquiteto ou outra profissão regulamentada para a realização da visita técnica, por ser encargo de responsabilidade exclusiva das concorrentes, que podem indicar livremente qualquer pessoa.

A jurisprudência do Egrégio TCE/SP é firme no sentido de que não se pode impor a obrigatoriedade de que a licitante realize sua visita técnica apenas e tão somente por meio de determinados profissionais, a exemplo de engenheiro civil. A realização de visita técnica pode ser realizada por qualquer funcionário, livremente indicado pela licitante, que assume inteira responsabilidade pelo pleno conhecimento das informações e condições de execução da futura obrigação. Neste sentido, cite-se:

*"**São requisitos a serem observados quando da exigência de visita técnica:** a) fixação de mais de uma data para tanto, preferencialmente intercaladas entre si, ou dentro de um lapso temporal moderado, de forma a proporcionar, de um lado, a plena ciência do edital a todos que efetivamente se interessem e, de outro, tempo hábil para que as licitantes elaborem adequadamente as suas propostas, restringindo-se a estipulação de data única somente em casos excepcionais e devidamente justificados; b) só poderá ser elemento obrigatório como condição de habilitação nas situações em que a complexidade ou natureza do objeto a justifiquem, devendo estar devidamente fundamentada a exigência pela Administração, e c) **é encargo da própria licitante a indicação do profissional responsável pela vistoria, não podendo o edital fazer qualquer restrição neste ponto**, conforme decisão proferida no TC-333/009/11."* (in Compêndio de Consultas, Deliberações, Súmulas e Julgados. TCE/SP: São Paulo, Dezembro 2012, p.64-65, destacamos).

*"No entanto, acompanho o Procurador de Contas no tocante ao item 12, **haja vista carecer de amparo legal a exigência de que o profissional incumbido da realização da vistoria seja engenheiro civil ou arquiteto pertencente ao quadro técnico da licitante**, uma vez que se insere como prerrogativa do próprio proponente a indicação do responsável pelo evento, não devendo o edital fazer restrições neste ponto, ainda mais considerando-se a natureza do objeto como de pouca complexidade. Nessa linha, os julgados contidos nos processos TC-333/009/11, 000202/013/10, TC-13464/026/09 e TC-16339/026/08."* (TCE/SP, Tribunal Pleno, EPE 1259/989/13-5, Rel. Min. Robson Marinho, j. 26.06.2013)

*Ementa: "Exame Prévio de Edital. Concorrência. Serviços de limpeza em vias e logradouros públicos. Indevida imposição de registro no CREA. Disposições atinentes à comprovação de qualificação técnico-operacional e profissional em descompasso com a jurisprudência desta Corte. Especificidade excessiva para prova de qualificação técnico-profissional. **A vista técnica pode ser efetivada por qualquer profissional indicado pela licitante**. Prazo ilegal para o saneamento de regularidade fiscal das microempresas ou empresas de pequeno porte. Procedência. Correções determinadas."* (TCE/SP, Tribunal Pleno, EPE 1461/989/15-4, Rel. Cons. Sidney Estanislau Beraldo, j. 13.05.2015, destacamos)

*EMENTA: "Exame Prévio de Edital. 1. – Exigência de visita técnica somente por engenheiro e que este seja pertencente ao quadro permanente da interessada licitante – Desarrazoabilidade – **A escolha do profissional pela visitação técnica decorre do arbítrio da empresa licitante** – 2. Previsão contratual de que o critério de reajuste somente incidirá após a assinatura do contrato –*

Afronta ao inciso XI, do artigo 40, da Lei nº 8.666/93, na medida em que o reajuste deve ocorrer desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir – Procedência Parcial das representações – V.U." (TCE/SP, Tribunal Pleno, EPE 3901/989/14-5 e outro, Rel. Cons. Dimas Eduardo Ramalho, j. 08.10.2014, destacamos)

"(...) Repisa-se que a jurisprudência do E. Plenário é firme no sentido de que não se pode impor a obrigatoriedade de que a licitante realize sua visita técnica apenas e tão somente por meio de determinados profissionais, como no caso em exame, que se exige a presença de um engenheiro civil. (...)" (TCE/SP, Tribunal Pleno, EPE 17727/026/09, Rel. Cons. Eduardo Bittencourt Carvalho, j. 03.06.2009)

FASE HABILITATÓRIA – Qualificação econômico-financeira (garantia de participação)

OI-MPC/SP n.º 01.29: A caução participativa (garantia de participação) deve ser mantida em sigilo até o momento de entrega dos envelopes, não se admitindo a prova de seu recolhimento antes da sessão de abertura, sob pena de revelar antecipadamente os possíveis participantes.

A caução participativa (garantia de participação) tem a finalidade de demonstrar a qualificação econômico-financeira das licitantes e, por compor a fase de habilitação, deve ser mantida em sigilo até o momento de entrega dos envelopes, não se admitindo a prova de seu recolhimento antes da sessão de abertura, sob pena de revelar antecipadamente os possíveis participantes, com prejuízo à livre formulação das propostas e à ampla competitividade.

"Em juízo preliminar, afirmei que por se tratar de documento típico de qualificação econômico-financeira da fase de habilitação, ***a garantia de participação somente poderia ser exigida na data de entrega dos envelopes****, conforme inteligência do inciso III, do artigo 31 da Lei nº 8.666/93. Ainda que haja prazo suficiente para realização dessa providência por parte de eventuais interessadas, a norma de regência obriga a demonstração de cumprimento apenas no momento da entrega dos documentos, não havendo, portanto, base legal para fixação de data diferente".* (TCE/SP, Tribunal Pleno, EPE 21978/026/11, Rel. Cons. Renato Martins Costa, j. 20.07.2011, destacamos)

*"****Acesso à concorrência pública condicionada à produção de prova de recolhimento de caução participativa antes da data designada para o início do processo seletivo. Regra que não encontra amparo na norma de regência e jurisprudência da Corte. Documentação afeta à qualificação econômico-financeira das proponentes que, portanto, deve ser mantida sob sigilo até o momento de abertura dos respectivos envelopes. Inteligência do artigo 31, III, da Lei 8.666/93****. Fixação do máximo de 3 (três) atestados para demonstração de qualificação técnica operacional. Ausência de esclarecimentos técnicos por parte do responsável e de grau de complexidade do objeto licitado que justifiquem o requisito de habilitação. Incongruência com o artigo 30, § 1º da Lei de Licitações. Possibilidade de comprometimento do princípio constitucional da isonomia. Necessidade de retificação de dispositivos do edital. Representação declarada procedente."* (TCE/SP, Tribunal Pleno, EPE 1133/989/12-9, Rel. Cons. Edgard Camargo Rodrigues, j. 07.11.2012, destacamos)

"9.2. determinar ao DNIT, com fundamento no art. 250, II, do Regimento Interno/TCU, que ***se abstenha de fixar em seus editais de licitação data limite para o recolhimento da garantia prevista no art. 31, III, da Lei n. 8.666/1993, sendo esse limite delimitado pelo próprio prazo para a entrega das propostas, respeitando-se os horários de funcionamento do órgão recebedor da garantia."*** (TCU, Acórdão 557/2010, Rel. Min. Raimundo Carreiro, j. 24.03.2010)

FASE HABILITATÓRIA – Qualificação econômico-financeira (capital social)

OI-MPC/SP n.º 01.30: É possível a exigência de capital social mínimo na forma integralizada, como condição de demonstração da qualificação econômico-financeira em procedimento licitatório.

> *"Compulsando os autos, revendo o contido na instrução inicial, os elementos constantes da decisão combatida e o todo trazido na tese recursal, inclusive em sede de memoriais, penso que o apelo não merece acolhimento integral. De início, assim como se manifestou a SDG, penso que* ***pode ser afastada a questão acerca do capital social integralizado, em face de decisões desta Corte, a exemplo do processo TC 14099/026/09, que passaram a admitir essa exigência nos editais como forma de verificar a idoneidade econômico-financeira das proponentes****."* (TCE/SP, Tribunal Pleno, TC 9752/026/11, Rel. Cons. Robson Marinho, j. 21.11.2012, destacamos)

> *"De fato, como observam os órgãos técnicos,* ***decisões recentes deste Tribunal passaram a admitira comprovação de qualificação econômico-financeira das licitantes por meio de capital social integralizado, cabendo o afastamento desse aspecto dos fundamentos de irregularidade****. No mais, deve ser mantida a r. decisão de que ora se recorre. Conforme consignado no voto condutor, o ato convocatório exigiu, como condição de habilitação, a apresentação de documentos não indicados na relação taxativa dos artigos 29 a 31 da Lei nº. 8.666/93, atestado de realização de vistoria técnica e "Certidão de Regularidade Profissional" do signatário das peças contábeis."* (TCE/SP, 2ª Câmara, TC 2334/001/06, Rel. Cons. Subs. Samy Wurman; j. 25.10.2011, destacamos)

FASE HABILITATÓRIA – Qualificação econômico-financeira (concessão de serviço público)

OI-MPC/SP n.º 01.31: Na licitação para a concessão de serviço público, a exemplo do transporte coletivo de passageiros, os requisitos de qualificação econômico-financeira, tais como a garantia contratual, a caução participativa e a comprovação do capital social integralizado, devem ter como referência o montante dos investimentos a serem realizados pela concessionária.

Ao tratar do limite de 10% para fins de comprovação do capital social mínimo, nos termos do artigo 31, § 3º, da Lei Federal n.º 8.666/93, Marçal Justen Filho critica a aplicação do percentual sobre o valor estimado do contrato de concessão, por considerar a arrecadação prevista. Por exemplo, se o montante total das tarifas for estimado em vinte bilhões de reais, o limite da exigência seria de dois bilhões de reais. Ocorre que tal interpretação não reflete a idoneidade para executar o contrato de concessão, pois o problema reside no montante estimado de desembolsos. Assim, se é estimado que o sujeito desembolsará quinze bilhões de reais para executar a concessão, não é possível utilizar como base de cálculo o valor da arrecadação projetada com as tarifas. (In "Teoria Geral das Concessões de Serviço Público". São Paulo. Editora Dialética. 4ª Reimpressão. 2003. pp 227-228). Este tem sido o posicionamento do Egrégio Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, como se infere dos julgados abaixo reproduzidos:

> *"No que toca aos subitens "2.9", "2.11" e "2.12", do ato de convocação, que tratam de cláusulas relativas à garantia contratual, à garantia de participação e à comprovação de capital social integralizado, verifica-se que os valores foram fixados com base no*

valor total estimado do contrato, e não sobre os investimentos que serão aplicados na concessão, situação que tende a ofender o preceito contido no artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, além da jurisprudência desta Corte. Com efeito, a presente licitação trata de concessão de serviços públicos; assim, a jurisprudência predominante nesta Corte é no sentido de que as exigências de capital social ou patrimônio líquido mínimo e garantia de licitar devem ser aquilatadas com base no total dos investimentos da concessão e não sobre o valor futuro estimado do contrato, que se tem por receitas futuras do concessionário. São exemplos os seguintes processos TC-000052/008/08, TC-029349/026/09, TC-029529/026/09, TC-034871/026/09, TC-03194/003/11, TC-039965/026/11, TC-000192/989/12-7 e TC-00866/989/12-2, entre outros. (...). Nesta conformidade, diante da procedência da representação, a representada deve deduzir das exigências de qualificação econômico-financeira com base no total dos investimentos que deverão ocorrer na concessão e não sobre o valor total estimado do contrato." (TCE/SP, Tribunal Pleno, TC 1400/989/12-5, Rel. Cons. Dimas Eduardo Ramalho, j. 20.03.2013)

FASE HABILITATÓRIA – Qualificação econômico-financeira (prazo anual)

OI-MPC/SP n.º 01.32: Em procedimento licitatório para contratação de serviços de caráter continuado, os percentuais referentes à garantia para participar e ao capital social ou patrimônio líquido devem ser calculados sobre o valor estimado correspondente ao período de 12 (doze) meses.

"Ponto pacífico entre opinantes - pois há muito jurisprudencialmente sedimentado - e, portanto, determinante de emenda, é o estabelecimento de prova de capital social (10%) calculado em razão dos 48 (quarenta e oito) meses de contrato.

A disposição somente poderia ter lugar se em voga pacto de escopo, mas não é o caso. ***Pretende-se serviço de natureza continua, e, assim, cabe respeitar a vigência dos créditos orçamentários (ou seja, cálculo com base em 12 meses****)."* (TCE/SP, Tribunal Pleno, TC 189/989/13-0, Rel. Cons. Edgard Camargo Rodrigues, j. 20.03.2013, destacamos)

*"Por outro lado, não se pode olvidar que, em casos de entrega parcelada que se estendem por um ou mais exercícios, a ampla competividade estará melhor resguardada, com a observância e aplicação subsidiária da indigitada disposição do diploma licitatório, para efeito dos cálculos destinados ao recolhimento da garantia de participação e à comprovação do capital social das licitantes. E é nesse sentido, nada obstante a natureza do objeto da licitação, que para se assegurar a afluência de um maior número de potenciais interessadas****, haveria de ser respeitada, na espécie, a vigência dos créditos orçamentários, ou seja, o período de 12 meses****, consoante a regra do citado artigo 57, do diploma licitatório, para a base de cálculo dos percentuais caucionais e de comprovação de capital social. Aliás,é nessa linha que se orientou a jurisprudência deste Tribunal, na forma das decisões exaradas nos processos TC-012785/026/06, TC-000198/003/06, TC-027339/026/03, entre outros.Em suma, a impugnação não recai no prazo de duração do contrato, mas na base de cálculo que foi adotada para incidência dos percentuais destinados à comprovação do capital social e apresentação da garantia de participação, que, possivelmente, causaram reflexos na afluência de interessados, diante do número reduzido de proponentes, apenas três, dentre as nove empresas que adquiriram o edital"* (TCE/SP, Tribunal Pleno, TC 678/003/07, Rel. Cons. Dimas Eduardo Ramalho, j. 21.08.2013, destacamos)

OBRIGAÇÃO DA LICITANTE VENCEDORA – Apresentação de laudo

OI-MPC/SP n.º 01.33: Nas aquisições de gêneros alimentícios, a apresentação de laudo bromatológico do produto, quando exigida, deve ser imposta apenas à licitante vencedora e mediante prazo suficiente para atendimento.

"Todavia, o momento de apresentação tanto das amostras como das fichas técnicas, induz que todas as licitantes devem estar munidas do produto que irá ofertar, acompanhado do respectivo documento, ou seja, antes de se conhecer o resultado do certame. o entendimento deste Tribunal no julgamento dos TC's 28821/002/09, 878/008/09 e 29153/026/09, em Sessão de 16/09/2009 do E. Plenário, relatado pelo Conselheiro Eduardo Bittencourt Carvalho, do qual peço vênia para transcrever trecho de interesse do voto proferido:

> *"Já a alínea "d", do item "VI-1.4", está a exigir, como condição de qualificação técnica, que a licitante declare que, na hipótese de se sagrar vencedora, apresentará, no prazo máximo de 03 (três) dias úteis do ato da adjudicação, laudos bromatológicos, certificados de registro de rótulos e fichas técnicas de todos os produtos relacionados nos subitens "7" a "10", do item "VIII". Entretanto, nada obstante se tratar de declaração e de uma exigência direcionada à vencedora do certame, há de se ter em mente a situação gerada pelo conjunto das regras que compõem as cláusulas em apreço, pois, do modo como estão formuladas as exigências no edital, com uma indevida exigüidade do prazo concedido para o seu cumprimento, acabam elas impondo a todas as licitantes a obrigatoriedade de providenciar laudos bromatológicos, certificados de registro de rótulos e fichas técnicas, antes mesmo de se conhecer o resultado do certame.*
>
> *(...)*
>
> *Assim sendo, para harmonizar a demanda pelos mencionados documentos com a jurisprudência consolidada nesta Corte em relação aos princípios informadores das licitações e contratos públicos, deverá ser revisada a alínea "d", do item "VI-1.4",a fim de que seja fixado prazo razoável à licitante declarada vencedora, para o cumprimento da exigência."*

Portanto, caberá a Municipalidade rever a redação do ato convocatório, estabelecendo prazo razoável para a licitante vencedora cumprir tal exigência." (TCE/SP, Tribunal Pleno, TC 594/989/2012, Rel. Cons. Subs. Samy Wurman, j. 04.07.2012)

"Diante disso, entendo deva a Origem considerar para todos os prazos a natureza da exigência e o período fixados pelos órgãos competentes para as respectivas emissões, de modo a compatibilizar o cumprimento destes requisitos com o interesse público. Neste sentido, os TCs. 35100/026/11 e 35109/026/11, e TC-4401/026/10, este último cuja hipótese se amolda ao caso concreto no tocante ao laudo bromatológico, conforme excerto dele extraído, in verbis:

> *"No mais, observo que o item 6.1.4 "c" do edital exige que os licitantes apresentem, para fins de habilitação,declaração formal de que, se vencedores do certame,providenciarão, no prazo de 3 (três) dias úteis, a lista de documentos arrolados no Anexo X, para entrega prévia à assinatura do contrato. Os órgãos técnicos não condenam referida previsão editalícia, manifestando preocupação, no entanto, tão somente quanto ao exíguo prazo para a expedição do laudo bromatológico, que bem se sabe é estimada em, no mínimo, 15 dias. Não me animo, no entanto, a determinar retificação no edital, por esse motivo, em sede de exame prévio de edital porque não me parece prevalecerem indícios de restrição à ampla participação de interessados, considerando que, no caso concreto, o Anexo X é expresso em admitir laudos bromatológicos que tenham sido emitidos até 12 meses previamente à data fixada para a apresentação das propostas; ademais, tratando-se de exigência direcionada tão somente ao vencedor do certame, nada impede que, motivadamente, o adjudicatário venha a solicitar, e obter da Administração, a prorrogação de prazo para a assinatura do contrato, por conta justamente de laudo solicitado e ainda não expedido pelo laboratório; são hipóteses, então, que não escaparão à análise ordinária da licitação e contrato."* (TCE/SP, Tribunal Pleno, TC 59/989/2013, Rel. Cons. Robson Marinho, j. 06.02.2013)

OBRIGAÇÃO DA LICITANTE VENCEDORA – Vale-refeição/alimentação

OI-MPC/SP n.º 01.34: Nas licitações destinadas ao fornecimento de vale refeição/alimentação, a apresentação do rol mínimo de estabelecimentos credenciados somente pode ser exigida da vencedora do certame, com prazo razoável fixado no edital.

Em relação à exigência de rede mínima de estabelecimentos credenciados, não basta remetê-la à vencedora do certame, uma vez que indispensável, ainda, a fixação de prazo razoável para seu cumprimento, a exemplo do decidido pelo TCE/SP, nos autos do TC-647/989/15-1, *in verbis*:

> *"Desta forma, deve a Autarquia reavaliar a rede de estabelecimentos exigida no ato convocatório, pautando sua análise nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, concedendo, ainda, prazo razoável à vencedora do certame para que efetue o credenciamento mínimo exigido" (sessão de 25/03/2015)*

De acordo com o entendimento do TCE/SP, a exigência de relação de estabelecimentos credenciados deve ser dirigida à vencedora do certame, com fixação de prazo razoável para tal mister, a exemplo das decisões proferidas pelo Pleno nos autos dos TCs 598/989/14-3, 2679/989/14-5 e 2706/989/14-2. E ainda:

> *"Apresentação de rede de estabelecimentos credenciados no raio de abrangência da contratação futura – Obrigação a ser imposta tão somente à licitante que se sagrar vencedora do certame – Procedência. v.u."* (TCE/SP, Tribunal Pleno, TC 477/989/12-3, Rel. Cons. Subs. Antonio Carlos dos Santos, j. 16.05.2012)

REGRAS PROCESSUAIS – Exame prévio de edital

OI-MPC/SP n.º 01.35: Não cabe novo exame prévio de edital acerca de ato convocatório já apreciado pelo Tribunal de Contas, salvo se a nova impugnação recair sobre conteúdo que não constava da versão anterior do instrumento convocatório.

> *"Verificada, portanto, decisão anterior cuidando de edital cujas disposições foram rigorosamente corrigidas em conformidade com os limites apreciados na deliberação deste E. Plenário, não vejo como tutelar os pedidos ora formulados. Assim, a propósito, reza a jurisprudência da Corte:*
>
> > *"...Incumbe aos Tribunais de Contas, nos termos do artigo 113, § 2º, da Lei n. 8.666/93, o exame prévio, até o dia útil imediatamente anterior à data do recebimento das propostas, do edital de licitação já publicado, obrigando-se os órgãos ou entidades da Administração interessada à adoção de medidas pertinentes que, em função desse exame, lhes forem determinadas. Em princípio, os Tribunais de Contas exercem fiscalização a posteriori sobre os atos consumados pela Administração. A regra em pauta é excepcional, porque representa fiscalização prévia, isto é, anterior ao ato gerador da despesa sob fiscalização da Corte. Regra excepcional que é, deve ser interpretada restritivamente..." (TC-000824/003/06, relator eminente Conselheiro Cláudio Ferraz de Alvarenga, DOE de 28/03/06).*
>
> *Ou seja, a análise reiterada da higidez de edital já retificado, no lugar de operar a favor do interesse público, coloca em risco a segurança jurídica instaurada a partir das decisões anteriores (TC's 00304/003/07 e 010032/026/07). Constato, igualmente, que o conteúdo agora impugnado já constava da versão originária, daí porque nova análise revelaria hipótese vedada de "fatiamento" do edital, exatamente como decidido por este E. Plenário em sessão recente de 20 de fevereiro passado (cf. processo n.º 20/989/13, Redator Eminente Conselheiro Edgard Camargo Rodrigues)."* (TCE/SP, Tribunal Pleno, TC 004/989/13-6, Rel. Cons. Renato Martins Costa, j. 27.02.2013)