

DA EXIGÊNCIA DE CAPACIDADE TÉCNICO OPERACIONAL DA LICITANTE COMO REQUISITO DE HABILITAÇÃO EM LICITAÇÃO PÚBLICA

Por,
Carlos Henrique Machado e
Soraya dos Santos Pereira
Assessores Jurídicos do SICEPOT-PR

O presente artigo visa analisar a exigência editalícia de comprovação de desempenho técnico da empresa licitante, mediante Certidão, Atestado ou Declaração devidamente registrados no CREA, como forma de se garantir que a concorrente vencedora é empresa que detém a capacidade operacional necessária para executar o objeto do certame.

1. **ACERVO TÉCNICO DO PROFISSIONAL X CAPACIDADE TÉCNICO OPERACIONAL DA EMPRESA**

Inicialmente devemos entender o que vem a ser a qualificação técnica exigida num edital de licitação. O Doutrinador Marçal Justen Filho definiu-a como sendo "*a comprovação documental da idoneidade técnica para execução do objeto do contrato licitado, mediante a demonstração de experiência anterior na execução de contrato similar e da disponibilidade do pessoal e dos equipamentos indispensáveis*" (MARÇAL JUSTEN FILHO, Curso de Direito Administrativo, 4ª ed., Dialética, 2009, p. 399).

Comungamos do mesmo entendimento, na medida em que definimos a qualificação técnica como a comprovação de que a proponente possui experiência anterior na execução de obras que continham, dentre o rol de serviços executados, itens semelhantes ou similares aos mais relevantes para a obra objeto do certame licitatório. Para sermos mais específicos, é a demonstração de *expertise* da licitante na execução de serviços de engenharia condizentes com o objeto do contrato público que se busca. É a demonstração da licitante que possui a capacidade de vencer o percurso da obra.

Desta forma, a Qualificação Técnica a ser comprovada é a da empresa proponente (pessoa jurídica), a qual deverá apresentar no momento da licitação que, além de já ter executado obra similar ou superior ao objeto do certame (Capacidade Técnica Operacional), também possui, em seu quadro de profissionais, um engenheiro com experiência na execução/condução de obras do perfil da que se está licitando (Acervo Técnico Profissional). Constata-se que são conceitos distintos, mas que estão diretamente ligados.

Marçal Justen Filho assim sintetizou a Capacidade Técnica Operacional: "*A conjugação de esforços permanentes e a interiorização de valores comuns produz organizações estáveis, cuja existência transcende os indivíduos que a integram. [...]. O desempenho profissional e permanente da atividade empresarial conduz ao desenvolvimento de atributos próprios da empresa. Um deles seria sua capacidade de executar satisfatoriamente encargos complexos e difíceis. Utiliza-se a expressão 'capacitação técnica operacional' para indicar essa modalidade de experiência, relacionada com a idéia de empresa*" (MARÇAL JUSTEN FILHO, Comentários à lei de licitações e contratos administrativos, 13ª ed., Dialética, 2009, p. 420-421).

É certo que a administração pública não pode, por força dos interesses públicos tutelados, se lançar numa “aventura” caso venha a promover a contratação de uma pessoa jurídica do segmento da construção, seja civil ou pesada, que não tenha demonstrado possuir a experiência necessária para execução da obra pública.

Utilizando-se de uma analogia, a empresa é o ônibus, o meio de se atingir o objetivo, enquanto o profissional é o motorista, responsável pela condução deste no percurso. Nada impede que o ônibus seja conduzido por outro motorista, desde que este demonstre possuir a habilitação e a experiência necessária na condução de veículo idêntico, similar ou superior. Da mesma forma, não há obstáculo para que o motorista conduza outro ônibus, desde que o veículo demonstre possuir a capacidade de vencer o percurso e os acessórios necessários para superar tal viagem sem riscos aos passageiros, no caso, a administração pública. O ônibus não faz o percurso sem o motorista, enquanto o motorista até pode tentar fazer o percurso sozinho, a pé, mas não o alcançará dentro do prazo estabelecido, nem transportará a carga contratada.

Em suma, o profissional é o RESPONSÁVEL TÉCNICO pela execução da obra, mas de forma alguma a executará sozinho, pois dependerá da estrutura empresarial da construtora contratada (equipamentos, corpo técnico complementar, estrutura administrativa, insumos, capital etc) a ser aplicada no empreendimento para que se obtenha o fim almejado, qual seja, a conclusão da obra de engenharia.

Ademais, se a empresa obrigatoriamente deve estar registrada junto ao CREA para o exercício do seu objeto social, recolhendo anuidade e sendo passível de fiscalização pelo órgão de classe dos profissionais da engenharia, como excluí-la da representatividade e da chancela do sistema CONFEA-CREA quanto a sua capacidade técnica operacional? Entendemos que não se pode dissociar a capacidade técnica profissional da capacidade técnica operacional, pois, ambos serão essenciais à consecução do objeto licitado.

Outro ponto importante a ser destacado é que, quando do preenchimento da ART, o profissional deve indicar se a obra é executada como autônomo ou se vinculado à empresa de engenharia registrada no CREA, como também informar qual é o contratante da obra. Assim sendo, a própria ART do profissional comprova que a empresa de engenharia é o ente jurídico responsável pela execução da obra, até mesmo porque, em se tratando de contrato administrativo de obra, o instrumento contratual deve ser apresentado ao CREA como dispensa de assinatura do contratante na ART.

Apenas a título de reflexão, imaginemos que seja lançado no mercado um edital de obra pública para a execução de uma usina hidrelétrica, com exigências apenas a regularidade fiscal e a capacidade econômica e financeira da proponente, e um Acervo Profissional (CAT) do engenheiro preposto compatível com o objeto da licitação. Pelo valor da obra ser interessante, uma grande cervejaria, altamente capitalizada, resolve alterar seu objeto social para incluir o(s) CNAE(s) de obra(s) de engenharia, registra-se no CREA, e contrata um profissional oriundo de uma das mega empresas de infraestrutura, o qual possui um acervo condizente com o exigido no edital, e se aventura na participação do certame sem NUNCA ter executado uma obra de engenharia, sem possuir a “TRADIÇÃO” no mercado de executora de obras. Ela deve ser habilitada? Esta empresa hipotética possui capacidade técnica operacional? É óbvio que não! Destacamos que o foco desta análise é a obra pública, pois o privado pode exercer sua discricionariedade, enquanto o ente público somente o faz se a lei assim permitir, o que não é o caso das licitações regidas pela Lei nº 8.666/1993.

A licitante deverá demonstrar ao contratante público que possui expertise na execução de serviços similares aos do objeto licitado, devendo vir galgando os degraus

da experiência técnica, o que inicia por um profissional habilitado que responda pela responsabilidade técnica da empresa. O crescimento da capacidade executiva (técnica operacional) da empresa se dará obra a obra. Ademais, se a obra apresentar algum problema executivo que demande reparos, a responsabilidade perante o contratante é do profissional ou da empresa? Por certo que a pessoa jurídica é que responderá de forma objetiva pela correção da inconformidade, podendo, inclusive, ser compelida a indenizar, além de responder por outras sanções pecuniárias previstas no instrumento licitatório, o que não se estende ao profissional. Note-se, portanto, que é a empresa que responde pela garantia dos serviços realizados, muito embora estes sejam conduzidos pelo responsável técnico.

Merece destaque o fato de que, na prática, quando um contratante emite um Atestado de Execução de Obra, o expedirá especificamente para a empresa contratada, indicando que mediante um determinado contrato a construtora executou determinadas quantidades em cada item de serviço, elencando ainda o(s) responsável(is) técnico(s) pela obra de engenharia e a respectiva ART – Anotação de Responsabilidade Técnica do empreendimento. De posse deste Atestado, o profissional requer junto ao CREA competente a expedição da CAT – Certidão de Acervo Técnico.

Diante do Atestado de Execução registrado no CREA para a expedição da CAT, e estando a empresa na posse desse Atestado, comprovará que possui a capacidade técnica operacional para a execução daquele rol de serviços, e que tais serviços foram realizados sob a responsabilidade técnica do profissional de engenharia titular daquela ART e posterior CAT específica.

Participando de processo licitatório posterior, quando na fase de habilitação se exigir a comprovação da “TRADIÇÃO” da proponente, a empresa deve apresentar o Atestado e a cópia da CAT respectiva, demonstrando satisfazer as quantidades estabelecidas no edital, porém, só o atestado da Obra não é suficiente para sua habilitação, pois, também deve apresentar um responsável técnico que possua ACERVO (CAT) compatível com as exigências do instrumento convocatório. Vale observar, contudo, que não é necessário que o responsável técnico indicado na proposta da licitante seja o titular da CAT que registrou o Atestado de Execução de obra expedido para a construtora, junto ao CREA. Assim ocorre porque a avaliação da documentação técnica, permite a independência de certificados entre os que atestam a capacidade da empresa e os que atestam a capacidade do preposto técnico por ela indicado. De toda forma, para segurança do ente público é preciso que empresa e profissional possuam um acervo condizente com as exigências do instrumento convocatório da licitação.

Desta forma, sob a nossa ótica, não há como se confundir o Acervo Técnico do profissional com a Capacidade Técnica Operacional da empresa construtora, pois a administração pública busca a garantia que a empresa contratada possua a expertise de execução de obras e serviços de engenharia condizentes com o objeto ofertado (TRADIÇÃO), como também mantenha em seu corpo técnico um profissional com experiência comprovada naquele tipo de obra (CAT).

2. DA PREVISÃO LEGAL CONTIDA NA LEI Nº 8666/93 – LEI DE LICITAÇÕES

A Qualificação Técnica da proponente deverá ser regida pela normativa contida no Art.33 da Lei de Licitações o qual estabelece:

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

I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;

II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

(...)

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

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

§2º As parcelas de maior relevância técnica e de valor significativo, mencionadas no parágrafo anterior, serão definidas no instrumento convocatório.

§3º 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.

§4º Nas licitações para fornecimento de bens, a comprovação de aptidão, quando for o caso, será feita através de atestados fornecidos por pessoa jurídica de direito público ou privado.

§5º É vedada a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta Lei, que inibam a participação na licitação.

§6º As exigências mínimas relativas a instalações de canteiros, máquinas, equipamentos e pessoal técnico especializado, considerados essenciais para o cumprimento do objeto da licitação, serão atendidas mediante a apresentação de relação explícita e da declaração formal da sua disponibilidade, sob as penas cabíveis, vedada as exigências de propriedade e de localização prévia.

(...)

§8º No caso de obras, serviços e compras de grande vulto, de alta complexidade técnica, poderá a Administração exigir dos licitantes a metodologia de execução, cuja avaliação, para efeito de sua aceitação ou não, antecederá sempre à análise dos preços e será efetuada exclusivamente por critérios objetivos.

§9º Entende-se por licitação de alta complexidade técnica aquela que envolva alta especialização, como fator de extrema relevância para garantir a execução do objeto a ser contratado, ou que possa comprometer a continuidade da prestação de serviços públicos essenciais.

§10. Os profissionais indicados pelo licitante para fins de comprovação da capacitação técnico-profissional de que trata o inciso I do § 1º deste artigo deverão participar da obra ou serviço objeto da licitação, admitindo-se a substituição por profissionais de experiência equivalente ou superior, desde que aprovada pela administração.

Destacamos que a norma autoriza a administração pública exigir tanto a capacidade técnica operacional da licitante, quanto a capacidade técnico profissional do preposto por ela indicado para o certame.

O cerne da divergência, convém que se esclareça, ocorria em razão do veto presidencial ao art. 30, §1º, II da Lei Federal, que aludia, expressamente, quanto a capacidade técnica operacional da empresa. Entretanto, no curso da aplicação da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, tanto a doutrina como a jurisprudência já consolidaram tal entendimento, o que por si só nos causa estranheza quanto ao

questionamento apresentado frente aos certames atuais, pois considerávamos superada tal discussão.

A doutrina é praticamente unânime ao demonstrar o entendimento de que:

“É inegável que à época da elaboração da Lei nº 8.666/93 houve a retirada do tópico em que estava prevista a exigência de comprovação de capacidade técnica operacional dos candidatos (art. 30, §1º, inc. II), levando a supor que com isso se pretendeu extirpar de todos os certames administrativos dito item qualificativo. Nada mais falso, com a devida vênia daqueles que entendem em sentido contrário.

A realidade é que, apesar da supressão do inciso legal acima epigrafado, vários dispositivos da mesma Lei 8.666/93 continuaram a prever a comprovação, por parte da empresa, de sua capacidade técnico-operacional.

Assim, deparamos com os arts. 30, inc. II, 30, §3º, 30, §6º, 30, §10, e 33, inc. III do diploma legal já referenciado, onde permanecem exigências de demonstração de aptidão da própria empresa concorrente – e não do profissional existente em seu quadro funcional-, inclusive mediante a apresentação de atestados, certidões e outros documentos idôneos (Boletim de Licitações e Contratos Administrativos, NDJ, 12/2000, p. 637) (destacamos)

O venerado doutrinador Hely Lopes Meirelles, assim expressou seu entendimento:

“A comprovação da capacidade técnico-operacional continua sendo exigível, não obstante o veto aposto à letra b do §1º do art. 30. Na verdade o dispositivo vetado impunha limitação a essa exigência e a sua retirada do texto legal deixou a critério da entidade licitante estabelecer, em cada caso, as exigências indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações, exigências, essas, que devem ser pertinentes e compatíveis com o objeto da licitação” (Direito Administrativo, 20ª ed., 1995, p. 270). (destacamos)

Já a Constituição Federal em seu Art.37, XXI assim estabelece:

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

(...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (destacamos)

Portanto, quem garante o cumprimento das obrigações contratadas é a empresa e não o profissional, e conforme já demonstrado, este se utiliza da estrutura empresarial para exercer seu mister. A administração busca atingir os princípios constitucionais da legalidade, da impessoalidade e moralidade, para ao final satisfazer o princípio da eficiência. Portanto, a licitante deverá comprovar já ter sido eficiente na execução de obras similares ou compatíveis com o objeto licitado.

Já Marçal Justen Filho assim manifesta seu entendimento:

“Enfim, lei proibindo providências necessárias a salvaguardar o interesse público seria inconstitucional. Se exigências de capacitação técnico-operacional são indispensáveis para salvaguardar o interesse público, o dispositivo que as proibisse seria incompatível com o princípio da supremacia do interesse público.

Diante disso, deve-se adotar para o art. 30 interpretação conforme a Constituição. A ausência de explícita referência, no art. 30, a requisitos de capacitação técnico-operacional não significa vedação à sua previsão. A cláusula de fechamento contida no §5º não se aplica à capacitação

técnico-operacional, mas a outras exigências” (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 5ª ed., Dialética, p.. 308/309). (destacamos)

3. **DA CONCLUSÃO**

Diante de tão gabaritada doutrina, com a qual comungamos plenamente, entendemos ser além de legal, indispensável para a administração pública a exigência da capacidade técnica operacional da licitante, nos moldes que, ha décadas, os órgãos estatais vem exigindo, como o DNIT e o DER-PR.

Somente agindo com tal zelo administrativo é que a administração estatal poderá salvaguardar o interesse público de receber a melhor obra possível através da proposta mais vantajosa para o ente público contratante.