

Qualificação técnica em parcerias público-privadas na jurisprudência do Tribunal de Contas da União e do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo

Jéssica Helena Rocha Vieira Couto¹

Luiz Fernando Roberto²

Soraya Lima do Nascimento³

Thiago Mesquita Nunes⁴

Sumário: 1. Introdução; 2. Aspectos Gerais; 2.1. Qualificação Técnico-Operacional; 2.1.1. Similaridade da anterior execução; 2.1.2. Estabelecimento de limites quantitativos e qualitativos para comprovação de experiência anterior; 2.2. Qualificação Técnico-profissional; 2.2.1. Obras e Projetos de Engenharia; 2.3. Questões Comuns; 2.3.1. Experiência dos profissionais como requisito de qualificação técnico-operacional; 2.3.2. Formulação de requisitos de qualificação técnica em licitação sob a modalidade “melhor téc-

1 Procuradora do Estado de São Paulo. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Mackenzie. Pós-graduanda em Direito Administrativo na Fundação Getúlio Vargas. Graduada em Direito pela Universidade Mackenzie.

2 Procurador do Estado de São Paulo. Mestre em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP.

3 Procuradora do Estado de São Paulo. Especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Graduada em Direito pela Universidade Paulista.

4 Procurador do Estado de São Paulo. Pós-graduando em Direito Administrativo pela Fundação Getúlio Vargas – FGV. Graduado pela Universidade de São Paulo – USP.

nica” ou “técnica e preço”; 2.3.3. Certificações; 3. Somatório de Atestados; 4. Grupos empresariais e alterações societárias; 5. Qualificação Técnica Facultativa – ou “subcontratada qualificada”; 6. Conclusão; 7. Bibliografia.

1. Introdução

O presente trabalho foi desenvolvido no âmbito do Núcleo de Estudos em Parcerias Público-Privadas da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo e tem como objetivo proceder a uma análise da jurisprudência do Tribunal de Contas da União e do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo sobre o tema de qualificação técnica, especificamente quanto às peculiaridades observáveis em contratos de parcerias público-privadas.

O art. 27, inciso II, da Lei nº 8.666/1993⁵, elegeu a Qualificação Técnica como um dos requisitos de habilitação dos certames licitatórios, e tais previsões são aplicáveis às parcerias público-privadas em razão do disposto nos art. 11 e 12 da Lei nº 11.079/2004⁶. Objetiva-se, com a fixação de critérios objetivamente aferíveis, garantir que os licitantes tenham os conhecimentos teóricos e práticos necessários para a execução do objeto da licitação, delimitando o universo de potenciais concorrentes no processo licitatório.

Todavia, ao contrário dos demais contratos administrativos, as parcerias público-privadas denotam uma preocupação com o oferecimento ao particular de garantia de compromissos financeiros seguros e de longo prazo por parte do parceiro público. Embora as atenções de ambas as partes sejam voltadas para critérios econômicos como a alocação dos riscos e a estipulação de um plano de financiamento, a magnitude dos projetos veiculados por esse modelo justificam, não raras vezes, cautelas com a qualificação técnica da contratada⁷.

5 Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

6 Lei de Parcerias Público-Privadas.

7 Narrando a experiência internacional das PPPs, Diogo Rosenthal Coutinho observa que, no Reino Unido, essas parcerias foram utilizadas para “a concepção (*designing*) e a construção (*building*) de grandes obras ou sua gestão sob a forma de serviços”. COUTINHO, Diogo Rosenthal. Parcerias Público-Privadas: Relatos de Algumas Experiências Internacionais *in* SUNDFELD, Carlos Ari (org.) Parcerias Público Privadas. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 51.

Em face, portanto, da aplicabilidade às parcerias público-privadas das mesmas normas a que sujeitos os demais contratos administrativos, relativamente aos requisitos de qualificação técnica, a conclusão natural é a de que, em regra, esse instituto deveria ser interpretado de forma indistinta, independentemente da natureza do contrato ao qual submetido, mas, como exposto adiante, essa conclusão não é de todo adequada, devendo-se reconhecer, ainda que sujeitos às normas previstas na Lei nº 8.666/93, que o vulto e a complexidade dos contratos de parcerias público-privadas justificam uma interpretação peculiar das normas de qualificação técnica, de forma a não desnaturar o seu objetivo essencial, que é o de garantir que o futuro contratado tenha experiência e condições suficientes para desempenhar, adequadamente, o objeto da contratação.

2. Aspectos Gerais

2.1 Qualificação Técnico-Operacional

A Qualificação Técnico-Operacional é um dos aspectos da qualificação técnica e tem por objetivo verificar se a empresa – e não os profissionais que nela laboram – possui aptidão para o desempenho de atividade pertinente e compatível com o objeto posto em licitação. A Qualificação Técnico-Operacional refere-se, assim, à experiência anterior da empresa licitante, e “*envolve a comprovação de que a empresa, como unidade jurídica e econômica, participou anteriormente de contrato cujo objeto era similar ao previsto para a contratação almejada pela Administração Pública*”.⁸

Em certames licitatórios, a prova dessa experiência anterior é feita, principalmente, mediante a apresentação de atestados emitidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, a teor do disposto no art. 30, inciso II, §§ 3º e 5º, da Lei nº 8.666/93º.

8 JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 499.

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

II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e

A depender da complexidade técnica do objeto posto em licitação e do nível de difusão no mercado da técnica necessária para sua execução, a apresentação de atestados que comprovem a mera execução de contrato anterior com características similares não é, *de per se*, suficiente para aferir a capacidade técnica da empresa licitante, pois de tais documentos pode não ser possível extrair informações relevantes, notadamente, a qualidade da execução do objeto e a *expertise* técnica utilizada.

Assim, especialmente em contratos de parcerias público-privadas, as quais representam licitações de objetos tecnicamente complexos, a modelagem da qualificação técnica reclama a conjugação da exigência de comprovação de experiência anterior não só na execução genérica de objeto similar, mas também na realização dos aspectos mais complexos e específicos do objeto a ser licitado (sejam eles quantitativos e/ou qualitativos).

A prática, contudo, revela que esta não é tarefa das mais fáceis, pois, por influxo do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal¹⁰ e do princípio consagrado no art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/93, os requisitos de habilitação “*devem ser restritos ao mínimo necessário para assegurar a obtenção de uma prestação adequadamente executada.*”¹¹

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;

(...)

§ 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.

(...)

§ 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.

10 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.

(...)

11 JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 460.

O excerto a seguir transcrito, da lavra do Ministro do Tribunal de Contas da União, Marcos Bemquerer Costa, espelha a dificuldade que se põe ao administrador¹²:

(...) o limite entre a saudável cautela e a afronta à competitividade que é princípio basilar do instituto licitatório é tênue, sendo que a inclinação da conduta do administrador deve ser pautada pela ponderação dos valores envolvidos.

A licitação destina-se, precipuamente, à apuração da proposta mais vantajosa para a Administração, dentre um universo considerado de propostas possíveis de ser implementadas, já que uma série de procedimentos preliminares, insertos na fase de habilitação, encarrega-se de eliminar previamente possibilidades reputadas objetivamente como inadequadas (...).

Nesse sentido, há que se aferir a intensidade das restrições a serem estabelecidas à participação de empresas em certames licitatórios de maneira que a natureza das limitações impostas não ultrapasse o estritamente necessário para conferir um mínimo de segurança à Administração na celebração do negócio e execução do objeto contratado sob pena de macular princípio consagrado no art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei n.º 8.666/93, qual seja, erigir condições que frustrem, restrinjam ou comprometam o caráter competitivo do certame, sendo impertinentes ou irrelevantes para o específico cumprimento do contrato.

O legislador não dimensionou as exigências que devem ser estabelecidas como mínimas para a participação de licitante. E nem poderia fazê-lo, pois a multiplicidade fática inerente à realidade não o permite, impondo-se ao aplicador do Direito a subsunção das restrições abstratamente contidas na norma diante das especificidades do caso concreto. Impediu, entretanto, a atuação desmedida do administrador, vedando-se-lhe o exercício de um alvedrio inconsequente.

O espectro de atuação no administrador é largamente restringi-

12 TCU, Ac 1519-34/06, Plenário, TC-003906/2004-0, rel. Min. Marcos Bemquerer Costa, sessão de 23/8/2006.

do, em eventos da espécie, pela compatibilidade a ser observada entre as limitações situadas e a manutenção da competitividade do processo licitatório. É nesse contexto que deve ser desenvolvida a prefalada ponderação de valores, que definirá a magnitude das limitações.

No intuito de subsidiar o caminho da Administração nesta seara, partindo de julgados do Tribunal de Contas da União (TCU) e do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TCE/SP), pretende-se indicar neste trabalho o posicionamento desses órgãos de controle acerca dos aspectos gerais mais problemáticos vivenciados na elaboração de cláusulas editalícias de qualificação técnico-operacional em contratações de parcerias público-privadas.

2.1.1 Similaridade da anterior execução

Os Tribunais de Contas não admitem a exigência de prova de execução de obras e serviços idênticos e/ou específicos, conforme a Súmula nº 30 do TCE/SP¹³:

SÚMULA Nº 30 - Em procedimento licitatório, para aferição da capacitação técnica, poderão ser exigidos atestados de execução de obras e/ou serviços de forma genérica, ficando vedado o estabelecimento de apresentação de prova de experiência anterior em atividade específica, como realização de rodovias, edificação de presídios, de escolas, de hospitais e outros itens.

De outro lado, é assente a possibilidade de serem aceitos atestados que demonstrem a execução de obra similar¹⁴ e de complexidade igual ou superior ao objeto da licitação, previsão contida expressamente no § 3º do art. 30 da Lei nº 8.666/93, retrotranscrito. Sobre o tema, o TCU já manifestou no sentido de que “*será sempre admitida a comprovação de*

13 Disponível em: <<http://www4.tce.sp.gov.br/sumulas>>. Acesso em 7/10/2013.

14 Nesse sentido, Jessé Torres Pereira Junior leciona que “havendo compatibilidade – sinônimo, aí, de afinidade – entre as atividades e o objeto, estará atendida parte substancial da prova de aptidão, que se completará com a indicação das instalações e do aparelhamento necessários – entre as atividades e o objeto, estará atendida parte substancial da prova de aptidão, que se completará com a indicação das instalações e do aparelhamento necessários à execução do objeto, bem como da qualificação do pessoal técnico.” PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 389.

*aptidão através de certidões ou atestados de obras ou serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior”.*¹⁵

2.1.2 Estabelecimento de limites quantitativos e qualitativos para comprovação de experiência anterior

Especificamente quanto à qualificação técnico-operacional, é possível o estabelecimento de exigências de quantitativos mínimos de serviços e de prazos máximos de execução (inciso II, art. 30, da Lei nº 8.666/93), que se encontram limitadas pelos quantitativos e prazos que sejam “*indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações*”, consoante disposto no inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal.

Daí porque ambos, TCE/SP e TCU, entendem que as exigências devem referir-se somente “às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação”, conforme previsto no § 1º, inciso I, do art. 30, da Lei nº 8.666/93.¹⁶ São os fundamentos técnicos (operacionais e econômicos) relacionados ao objeto da contratação pretendida que determinam as parcelas de maior relevância e valor significativo do contrato.

Aliás, quanto à limitação da qualificação técnico-operacional às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, importante salientar que, muito embora a norma do inciso I do § 1º do art. 30 da Lei de Licitações, refira-se expressamente à capacitação técnico-profissional, atualmente a jurisprudência das Cortes de Contas posiciona-se pela aplicação de sua parte final também à capacitação téc-

15 TCU, Ac 1847/2012, Plenário, TC-010.137/2009-3, rel. Min. Aroldo Cedraz, 18/7/2012.

16 Art. 30.

(...)

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;

(...)

nico-operacional (que sofreu sensível abalo em sua disciplina legal em razão de vetos presidenciais impostos ao inciso II de tal parágrafo).

Sobre esse aspecto, o TCE/SP editou a Súmula nº 24¹⁷, que possui o seguinte enunciado:

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.

O TCU possui Súmula de teor semelhante – Súmula nº 263¹⁸ –, mas que não define parâmetro em termos percentuais:

“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.”

Não obstante isso, julgados do TCU demonstram que o órgão entende como razoáveis exigências de até 50% da execução pretendida, sendo que:

“a fixação de quantitativos mínimos para comprovação de capacidade técnica operacional em percentuais superiores a 50% dos quantitativos previstos para os itens de maior relevância da obra ou serviço somente é possível em casos excepcionais, em que justificativas para tal extrapolação deverão estar tecnicamen-

17 Disponível em: <<http://www4.tce.sp.gov.br/sumulas>>. Acesso em 7/10/2013.

18 Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/jurisprudencia/sumulas>>. Acesso em 7/10/2013.

te explicitadas, ou no processo licitatório, previamente ao lançamento do respectivo edital, ou no próprio edital e seus anexos, em observância ao art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, e ao art. 3º, § 1º, inciso I, e art. 30, inciso II, da Lei 8.666/1993.¹⁹

Quanto à possibilidade de extrapolação do limite estabelecido na Súmula nº 24 do TCE/SP, os editais de licitações de parcerias público-privadas, por ele já apreciados, estabeleceram percentuais que observaram o parâmetro ditado pela Súmula, de modo que, em face do limitado número de julgados submetidos até a presente data ao crivo daquele órgão de controle, não é possível dizer, com segurança, que o TCE/SP admite, tal qual o TCU, a extrapolação do parâmetro estabelecido. Entretanto, a própria redação da Súmula nº 24 do TCE/SP, em especial de sua cláusula de fechamento, demonstra haver certa flexibilidade ao parâmetro ali estabelecido, a depender das especificidades do caso concreto e da justificativa técnica previamente lançada aos autos.

Ainda quanto aos limites quantitativos e qualitativos às comprovações de Qualificação Técnico-Profissional, o TCE/SP entende admissível a fixação de um prazo mínimo de exercício da atividade que deu origem à experiência anterior, especialmente para as exigências correspondentes às funções de operação com alto grau de complexidade técnica, desde que não se refira a período específico.

Destacam-se os julgados trazidos no TC-42675/026/10²⁰, que tratou do exame prévio do edital de PPP “Sistema Integrado Metropolitano da Região Metropolitana da Baixada Santista (SIM)”²¹, e no TC-42428/026/09²², que analisou, também em sede de cognição sumária, o edital de PPP lançado para a contratação de “Sistema de Arrecadação Centralizada - SBI”²³, por trazerem limitações temporais combinadas com limitações quantitativas. A despeito das impugnações sofridas quanto a esses aspectos, ambos os editais foram considerados hígidos

19 TCU, Ac 2898-42/12, Plenário, TC-026.382/2012-1, rel. Min. José Jorge, sessão de 24/10/2002.

20 TCE/SP, Tribunal Pleno, Cons. Rel. Antônio Roque Citadini, sessão de 17/12/2010.

21 Lançado pela Empresa Metropolitana de Transportes Urbanos de São Paulo S/A (EMTU).

22 TCE/SP, Tribunal Pleno, Cons. Rel. Cláudio Ferraz de Alvarenga, sessão de 28/4/2010.

23 Pela Companhia do Metropolitano de São Paulo – METRÔ.

pela Corte de Contas Estadual, justamente por terem observado os parâmetros definidos na Lei nº 8.666/93 c.c. o enunciado nº 24 da Súmula do TCE/SP^{24, 25}.

De outro lado, o TCE/SP, em regra, não admite a estipulação de prazo máximo de anterioridade da experiência a ser comprovada²⁶, bem como a estipulação de limite temporal em relação à data de expedição dos atestados²⁷, por considerar tais estipulações ofensivas ao § 5º do art. 30²⁸. Os excertos a seguir transcritos bem espelham a posição do órgão:

“Em verdade, compreendo que haveria transgressão à norma regente caso se estipulasse, por exemplo, que os atestados deveriam referir-se a contratos executados no último ano, ou nos últimos dois meses, dentre outras hipóteses, uma vez que, enquanto aqui há claro limite temporal estabelecido, no caso concreto simplesmente estabeleceu-se o prazo de pelo menos um mês – vale dizer, qualquer mês, denotando situações distintas, esta amparada pelo inciso II, artigo 30, da norma de regência.²⁹”

Procedente também a impugnação que recaiu sobre o subitem 8.1.8 do Anexo I do edital que impõe para comprovação de qua-

24 Consoante se extrai do julgado do TCE/SP, a cláusula editalícia de habilitação técnico-operacional exigiu a comprovação de experiência no transporte de 100.000 (cem mil) passageiros por dia útil.

25 Segue trecho da cláusula de habilitação técnico-operacional do edital do Sistema de Arrecadação Centralizada - SBI: “8.3.5.1.1. *Para fins de aceitação dos atestados quanto à comprovação da capacitação técnica, serão considerados pertinentes e compatíveis com o objeto desta LICITAÇÃO aqueles que atenderem às seguintes características:*

a) Elaboração de projeto, fornecimento e implantação de sistema utilizando CARTÃO INTELIGENTE (com circuito integrado – chip), contemplando, no mínimo e simultaneamente, 1.500 (mil e quinhentos) equipamentos de leitura e/ou gravação de cartões e 30.000.000 (trinta milhões) de transações dentro de um período de, no máximo, 30 dias consecutivos; (...).”

26 Como, por exemplo, serviços executados no último ano ou nos últimos dois meses.

27 Como, por exemplo, emitidos há, no mínimo, 90 dias, ou no máximo, há seis meses. Nesse sentido, o TCE/SP considerou irregular cláusula editalícia redigida nos seguintes termos: “Atestado de capacidade técnica emitida por pessoa jurídica de direito público ou privado, em nome da proponente, que comprove, individualmente, ter ela prestado serviço pertinente e compatível com o objeto da presente licitação e que tenha emissão de no mínimo 90 dias.” (TC-19978/026/09, Tribunal Pleno, Cons. Rel. Edgard Camargo Rodrigues, sessão de 24/9/09).

28 Destaque-se que tais vedações aplicam-se também à capacitação técnico-profissional.

29 TCE/SP, TC-5184/026/10, 2ª Câmara, Cons. Rel. Robson Marinho, sessão de 26/2/2013.

lificação técnica, a apresentação de ‘Atestado de capacidade técnica emitida por pessoa jurídica de direito público ou privado, em nome da proponente, que comprove, individualmente, ter ela prestado serviço pertinente e compatível com o objeto da presente licitação, e que tenha emissão de no mínimo 90 dias.’ Sobre esse assunto argumentou a representada que ‘o prazo de 90 (noventa) dias mínimos fixados nesse dispositivo do edital, não tem o condão de afastar qualquer empresa em participar da licitação’, entretanto, como bem observaram a ATJ e SDG, referida disposição do instrumento convocatório contraria o contido no § 5º do artigo 30 da Lei de Licitações que veda, para fins de demonstração de qualificação técnica, comprovação de atividade ou de aptidão com limitação de tempo ou de época, devendo a Empresa de Transporte Coletivo de Diadema rever essa previsão adequando-a aos exatos termos desse dispositivo legal, de forma a ampliar a competitividade no certame, consoante já decidiu este Tribunal nos autos do TC-393/009/05.³⁰”

2.2 Qualificação Técnico-Profissional

Nos termos do art. 30, inciso II c.c. § 1º, inciso I, da Lei 8.666/93, a Qualificação Técnico-Profissional poderá ser aferida pela comprovação de que a licitante possui “*em seu quadro permanente (...) 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 (...)*”.

Há entendimento pacificado no TCE/SP e no TCU de que, por quadro permanente, deve-se entender qualquer vínculo existente entre o profissional e a empresa, seja ele de natureza trabalhista, comercial ou civil. Sobre o tema, o TCE/SP editou a Súmula nº 25:

“SÚMULA Nº 25 - Em procedimento licitatório, a comprovação de vínculo profissional pode se dar mediante contrato social, registro na carteira profissional, ficha de empregado ou contrato de

30 TC-19978/026/09, Tribunal Pleno, Cons. Rel. Edgard Camargo Rodrigues, sessão de 24/09/09.

trabalho, sendo possível a contratação de profissional autônomo que preencha os requisitos e se responsabilize tecnicamente pela execução dos serviços.

Assim, ao exigir a comprovação de qualificação técnico-profissional, a Administração deve possibilitar a comprovação do vínculo entre o profissional e a empresa licitante por intermédio das várias formas elencadas no enunciado citado. Não é diferente, nesse sentido, o entendimento do TCU:

“(...) tanto na data da entrega da proposta quanto ao longo da execução do contrato, a contratada deve contar com profissional qualificado, vinculado à empresa por meio de contrato de prestação de serviços, celebrado de acordo com a legislação civil comum, ou que tenha vínculo trabalhista ou societário com a empresa³¹.”

Destaque-se que a comprovação do vínculo, como requisito de habilitação, deve restringir-se ao profissional que se responsabilizará pela execução do objeto licitado. Em relação aos demais componentes da equipe, incide a norma do § 6º do art. 30 da Lei nº 8.666/93³². Esse é, a propósito, o posicionamento que tem sido adotado pelo TCE/SP³³.

Por expressa disposição do art. 30, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/93, e ao contrário do entendimento aplicável à qualificação técnico-profissional, é vedada a exigência de quantidades mínimas de serviços já executados pelo profissional ou prazos máximos de atividade profissional. Nos termos desse mesmo dispositivo, as exigências devem recair sobre as “*parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação*”, que deverão, por essa razão, ser explicitadas no instrumento convocatório.

31 Ac 3474-51/12, Plenário, TC- 009.650/2012-1, rel. Min. Marcos Bemquerer, sessão de 10/12/2012.

32 § 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.

33 Cf., por exemplo, o acórdão TC- 19630/026/09.

A comprovação da qualificação técnico-profissional é feita pela apreciação da Certidão de Acervo Técnico (CAT), documento comprobatório da aptidão técnica de determinado profissional em relação aos serviços por ele já executados e registrados em suas Anotações de Responsabilidade Técnica (que são devidamente validadas pelo órgão competente). A matéria foi sedimentada pela Súmula nº 23 do TCE/SP:

“SÚMULA Nº 23 - Em procedimento licitatório, a comprovação da capacidade técnico-profissional, para obras e serviços de engenharia, se aperfeiçoará mediante a apresentação da CAT (Certidão de Acervo Técnico), devendo o edital fixar as parcelas de maior relevância, vedada a imposição de quantitativos mínimos ou prazos máximos.”

Sobre esse ponto, também é importante esclarecer que a Certidão de Acervo Técnico é documento pertencente ao profissional e, não, à empresa a que esse se vinculava à época da atividade certificada.

Ainda de acordo com a jurisprudência do TCE/SP, mostra-se restritiva e carecedora de amparo legal a imposição de prazo de experiência mínima para os membros da equipe técnica, bem como de currículos, como requisitos de habilitação³⁴.

2.2.1 Obras e projetos de engenharia

Para além da aplicação, de forma geral, das observações já apresentadas quanto às exigências de qualificação técnico-operacional e técnico-profissional, especificamente quanto à comprovação de experiência anterior na realização de obras ou projetos de engenharia, é importante destacar que uma breve análise dos editais já publicados sobre o assunto revela que a avaliação da qualificação técnico-operacional pela comprovação de participação em empreendimento de porte similar tem sido feita por critérios diversos, como o valor do investimento³⁵, a complexida-

34 A matéria foi apreciada, por exemplo, nos acórdãos: TC. 22504/026/11, 22808/026/11, 22924/026/11 e 706/005/11.

35 Edital da PPP do Estádio do Mineirão: “O LICITANTE, ou, no mínimo, 1 (uma) das empresas integrantes do CONSÓRCIO, deverá apresentar, para comprovação de qualificação

de das atividades decorrente do tamanho da área do empreendimento³⁶, ou o número de usuários³⁷.

Particularmente, quanto à qualificação técnico-profissional, a exigência de inscrição no CREA do local da execução da obra tem sido interpretada pelos Tribunais de Contas como obstáculo à competitividade da licitação. A solução que tem sido adotada para contornar essa dificuldade é a exigência do cumprimento desse requisito apenas no momento da contratação e, não, na licitação. A este respeito, pode-se mencionar a posição do TCU:

“a exigência de registro ou visto no CREA do local de realização da obra licitada somente dar-se-á no momento da contratação. Nessa linha, cito as Decisões Plenárias 279/1998 e 348/1999, o Acórdão 979/2005 - Plenário e o Acórdão 992/2007 - Primeira Câmara. O entendimento do Tribunal fundamenta-se no princípio constitucional da universalidade de participação em licitações, impondo-se ao ato convocatório o estabelecimento de regras que garantam a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, vedadas cláusulas desnecessárias ou inadequadas que restrinjam o caráter competitivo do certame³⁸.”

Também sobre esta matéria, é interessante apontar que tanto TCE/SP, quanto o TCU, entendem ser restritiva a exigência, como requisito de habilitação, de que os atestados apresentados por empresas de outros Estados sejam vistados no CREA do local em que realizada a licitação³⁹.

técnica, atestado(s) emitido(s) por pessoa(s) jurídica(s) de direito público ou privado, que comprove ter participado de empreendimento de grande porte no qual tenha sido realizado investimento de pelo menos R\$ 600.000.000,00 (seiscentos milhões de reais), provenientes de capital próprio ou de terceiros”.

36 Edital da PPP do Estádio da Fonte Nova: “Comprovação de experiência em demolição ou implosão(ões), em área urbana, com área construída mínima de 15.000 (quinze mil) m²”.

37 Edital da PPP da Linha 4 do Metro de São Paulo: “Estar operando, por pelo menos 3 (três) anos consecutivos, anteriores à data da publicação do Edital, sistemas de transporte metroviário ou ferroviário, isoladamente ou em conjunto, com pelo menos 250.000 entradas de passageiros, média por dia útil, obtida nos últimos 12 (doze) meses anteriores à mesma data. Para fins de demonstração do quantitativo de passageiros transportados média por dia útil será admitido o somatório de até 2 (dois) atestados”.

38 TCU, Ac 2.239/2012, TC-019.357/2012-5, Plenário, Rel. Min. José Jorge, sessão de 22/8/2012

39 Nesse sentido: TC-8173/026/08 e TC-27663/026/05 (TCE/SP) e Ac 0992-11/07-1 (TCU).

2. 3 Questões Comuns

2.3.1 Experiência dos profissionais como requisito de qualificação técnico-operacional

Observando-se a distinção conceitual entre a qualificação técnico-operacional – destinada à comprovação da capacidade técnica da empresa, enquanto atividade organizada, para a execução do objeto contratual – e a qualificação técnico-profissional – voltada à comprovação da experiência anterior de um determinado profissional na execução de objeto similar ao licitado –, e com fundamento no § 5º do art. 30 da Lei de Licitações, os Tribunais de Contas mostram-se contrários à exigência de comprovação de tempo de experiência dos profissionais a serem disponibilizados pela licitante, como requisito de qualificação operacional da empresa. Segundo o TCU, *“a empresa deve demonstrar aptidão técnica para executar o contrato, sem que isso esteja necessariamente ligado, por ocasião da licitação, à experiência do quadro de pessoal utilizado em avenças anteriores”*.⁴⁰

Naturalmente, esse entendimento dos Tribunais de Contas não representa qualquer óbice a que a Administração estabeleça, paralelamente aos requisitos de qualificação técnico-operacional, outras exigências de qualificação técnico-profissional, nas quais objetive a comprovação da capacidade técnica de um dado profissional a ser alocado para a execução do objeto contratual, sendo pacífica, tanto para o TCE/SP quanto para o TCU, a possibilidade de coexistência, num mesmo edital, de exigências de qualificação técnico-profissional e técnico-operacional.

2.3.2 Formulação de requisitos de qualificação técnica em licitação sob a modalidade “melhor técnica” ou “técnica e preço”

O TCE/SP possui entendimento contrário à sobreposição dos critérios de habilitação técnica aos critérios de julgamento de pontuação técnica. O entendimento foi consolidado na Súmula nº 22:

SÚMULA Nº 22: “Em licitações do tipo ‘técnica e preço’, é vedada a pontuação de atestados que comprovem a experiência anterior, utilizados para fins de habilitação.”

⁴⁰ TCU, Ac 727-2012, TC-004.909/2012-7, Plenário, rel. Min. José Múcio Monteiro, sessão de 28/3/2012.

Aparentemente, contudo, a despeito da redação da Súmula nº 22, do TCE/SP, a intenção da Corte não foi impedir a utilização de atestados como critério de julgamento do aspecto técnico de uma proposta, mas apenas evitar que, quando já apresentados para fins de habilitação, estes sejam aproveitados para pontuação no julgamento técnico. Cabe à Administração, neste sentido, determinar se um dado aspecto da capacidade técnica do licitante deve ser tido como imprescindível à execução do objeto contratual – hipótese em que será alocado como requisito de qualificação técnica – ou, ao revés, se esta capacidade técnica representa, apenas, um sinal distintivo deste licitante em face dos demais, capaz de conferir-lhe maior pontuação técnica e, portanto, melhores condições para se sagrar vencedor da licitação. Nesse sentido, os processos: TC-041498/026/11 e TC-000051/989/12-7, julgados em 15/2/12.

2.3.3 Certificações

Quanto à admissibilidade de exigência de comprovação de certificações de excelência emitidas por terceiros (ex: ISO), tanto o TCE/SP, quanto o TCU, entendem que tais exigências somente poderão ser aceitas se não figurarem como requisito de habilitação. É dizer, se servirem como fator de pontuação técnica ou forem direcionadas ao vencedor da licitação (estabelecendo, nesta hipótese, prazo razoável e compatível para sua obtenção) são consideradas lícitas pelo TCE/SP e TCU. Em sendo exigidas como requisito de habilitação técnica, serão consideradas restritivas, por ausência de previsão legal.

Abarcando esse tema, o TCE/SP editou a Súmula nº 17:

SÚMULA Nº 17 - Em procedimento licitatório, não é permitido exigir-se, para fins de habilitação, certificações de qualidade ou quaisquer outras não previstas em lei.

De igual modo, o TCU possui o entendimento de que certificações dessa espécie somente poderão figurar dentre os requisitos de habilitação técnica se sobrevir lei federal disciplinando a questão, por influxo do disposto no inciso IV do art. 30 da Lei nº 8.666/93. Nesse sentido: Ac 7549-42/10-2, Ac 5372-25/12 e Ac 381/2009.

Sob tais premissas, não parece possível exigir-se, no âmbito da qualificação técnica, que o licitante apresente certificação de experiência prévia

com um determinado grau de qualidade ou excelência, atestado por terceiros, o que assume especial relevância na hipótese de projeto de parceria público-privada para a gestão de hospitais ou centros de saúde, nos quais o nível de “acreditação” do hospital previamente gerenciado pelo licitante somente poderá ser pontuado para os fins da proposta técnica.

3. Somatório de atestados

No âmbito da qualificação técnica, tema bastante relevante refere-se à possibilidade de imposição de limitações ou mesmo da vedação ao somatório de atestados para atingimento dos quantitativos mínimos exigidos para sua comprovação⁴¹.

A partir da análise da jurisprudência, mormente aquela oriunda do E. TCE/SP⁴², é possível afirmar que, com o evidente intuito de ampliação à competitividade dos certames, a regra é a recomendação ao somatório de atestados.

Nada obstante, os órgãos de controle têm considerado, como regulares, eventuais limitações, desde que sua pertinência e necessidade estejam justificadas e fundamentadas em estudos técnicos, de modo a evidenciar que a exigência é imprescindível à perfeita execução do objeto.

Nesse sentido, para licitações regidas pela Lei nº 8.666/93, o E. TCE/SP assim se manifestou⁴³:

“A jurisprudência desta Corte tem se firmado pela admissibilidade, via de regra, do somatório de atestados para fins de com-

41 Ressalte-se, nesse passar, o teor da Súmula nº 24 do E. TCE/SP (*verbis*): “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”. Disponível em: <<http://www4.tce.sp.gov.br/sumulas>>. Acesso em 7/10/2013.

42 Foram consultados 204 processos que apareceram como resultado à busca pelo argumento “parceria público-privada”, no sítio eletrônico do E. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, no período compreendido entre os dias 11 e 18 de maio de 2013.

43 TCE/SP, TC 000954/989/12-5, Tribunal Pleno, Cons. Rel. Dimas Eduardo Ramalho, sessão de 19/09/2012.

provação da qualificação técnica, com o escopo de garantir a observância aos princípios da isonomia, da competitividade e da vantajosidade. Somente em casos especialíssimos é que tal regra poderá ser excepcionada, quando comprovadamente necessário para a preservação de algum interesse público primário. Ou seja, serão as características e, especialmente, o nível de complexidade do objeto que determinarão a possibilidade de se restringir o número de atestados de desempenho anterior. A exigência de atestado único apenas tem lugar quando o objeto posto em disputa caracterizar-se por singularidade e indissociabilidade, de modo que a execução anterior de parcelas não configure experiência tecnicamente relevante e aceitável na execução de objeto similar. E mais, a singularidade e a complexidade do objeto do certame devem estar suficientemente demonstradas em justificativas técnicas que sustentem a dissociação do objeto em unidades autônomas, sem que isso produza a sua desnaturação.”

Semelhante a posição adotada pela jurisprudência do TCU⁴⁴:

“34. Com efeito, a jurisprudência deste Tribunal somente tolera a limitação do número de atestados em casos excepcionais, quando imprescindíveis para garantir a perfeita execução do objeto licitado (...)”

Assim, e em última análise, “*a pergunta adequada envolve a possibilidade de dissociação do objeto licitado em unidades autônomas, sem que isso produza a sua desnaturação*”⁴⁵. Esse o fator determinante para a (im)possibilidade do somatório.

Não é cediço consignar, nesse ponto, o clássico exemplo trazido por Marçal Justen Filho no sentido de que “*uma ponte de mil metros de extensão não é igual a duas pontes de quinhentos metros*”⁴⁶.

Com efeito, a exigência de demonstração de experiência prévia na execução de quantidades superiores pode fundar-se, ainda e no limite,

44 TCU, Ac 2898/12, Plenário, TC 026.382/2012-1, rel. Min. José Jorge, sessão de 24/10/2012.

45 JUSTEN FILHO, Marçal. *In Comentários à Lei de licitações e Contratos Administrativos*, 15^a ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 511.

46 *Ibidem*.

na necessidade de maior capacidade gerencial e operativa das licitantes, haja vista o aumento da complexidade técnica do objeto, ou mesmo a limitação temporal exigida para sua execução⁴⁷.

Nos processos que versam sobre parcerias público-privadas, sobretudo por contemplarem projetos de grande vulto e alta complexidade técnica, foi possível observar a existência de julgados, em especial do TCE/SP, franqueando a limitação à soma de quantitativos oriundos de contratos diversos, repise-se, com espede em justificativas técnicas da Administração.

Como já mencionado, conquanto a regra seja a recomendação ao somatório, a análise dos órgãos de controle se faz de forma casuística – sobretudo pela prevalência da argumentação técnica –, ademais, há diversas nuances que podem e devem ser consideradas, razão pela qual os julgados selecionados abordam aspectos específicos da conjugação de atestados. Se não, vejamos.

No que concerne à capacidade técnico-operacional qualitativa⁴⁸, não raro, mormente em virtude da elevada complexidade dos projetos de parcerias público-privadas, há exigências de demonstração de experiência prévia em parcelas técnicas distintas⁴⁹. Assim, exsurtem duas hipóteses: (i) exigência de atestado único a congregar todas essas atividades, o que já permitiria supor demasiada restritividade e (ii) limitações ao somatório para demonstração de cada uma em separado.

Pois bem. No TC 6015/026/09⁵⁰, o E. TCE/SP analisou previsão que, embora não exigisse um único atestado para todas as atividades técnicas, o fez em relação a cada uma delas⁵¹. A decisão reputou tal

47 CAMPELO, Valmir. *In Obras Públicas – Comentários à jurisprudência do TCU*. Belo Horizonte: Ed. Fórum. 2012. p 302.

48 No dizer de Egon Bockmann e Fernando Vernalha Guimarães, a qualificação técnico-operacional, “sob o ângulo qualitativo, significará a demonstração de experiência técnica nas parcelas de maior relevância do objeto ou de valor significativo. Trata-se de aferição da realização pretérita de objeto com exigências e atributos equivalentes”. *In Licitação Pública – A Lei Geral de Licitação – LGL e o Regime Diferenciado de Licitação – RDC*. São Paulo: Malheiros. 2012. p. 297.

49 Todas consideradas de maior relevância e valor significativo.

50 TCE/SP, Tribunal Pleno, Cons. Rel. Robson Marinho, sessão de 1º/07/2009.

51 “Concorrência pública, do tipo menor valor de contraprestação a ser paga pelo Município [de São Carlos], para contratação de parceria público-privada, na modalidade concessão ad-

exigência como irregular, por inexistir “justificativa bastante que [autorizasse] exigência editalícia de comprovação de capacitação técnica nos termos ora previstos”. Já no TC 31.851/026/11⁵², a Corte entendeu regular disposição semelhante⁵³, sob o fundamento de que a limitação não estaria relacionada “*a todas as parcelas de comprovação exigidas, mas sim ao somatório de quantitativos em cada uma delas, ou seja, não é necessário a apresentação de atestado único para comprovar a totalidade da experiência solicitada em todas as parcelas*”.

Evidencia-se, pois, a relevância dos fundamentos técnicos utilizados pela Administração, os quais devem demonstrar a razoabilidade de eventuais limitações impostas.

Em relação à simultaneidade de execução, no bojo do TC nº 727.989.12-1⁵⁴, a Corte reputou como regular disposição editalícia que restringia a soma de atestados a atividades desempenhadas num mesmo período (fixado em um ano)⁵⁵. A decisão lastreou-se na suficiência das justificativas técnicas, haja vista a “relevância do objeto”.

ministrativa, para execução de serviços de limpeza urbana e atividades correlatas”. Eis o teor do dispositivo vindicado (*verbis*): “06.01.08.03. Para fins de atendimento ao disposto neste item 06.01.08, a licitante poderá apresentar atestados referentes a um ou mais contratos, desde que os quantitativos mínimos referentes a cada serviço especificado sejam atendidos, individualmente, por um único contrato, não sendo admitida a soma de quantitativos de contratos diferentes para atender os quantitativos mínimos de um mesmo serviço”.

52 TCE/SP, Tribunal Pleno, Cons. Rel. Cristiana de Castro Moraes, sessão de 23/11/2011.

53 “Edital da Concorrência nº 01/2011 (Processo nº 1687/2011), promovida pelo Serviço Municipal de Água e Esgoto – SEMAE – Autarquia Municipal de Piracicaba, objetivando a escolha da melhor proposta de parceria público-privada, na modalidade administrativa, para a concessão do serviço público de esgotamento sanitário, com ampliação e modernização do sistema de esgotamento, na cidade de Piracicaba, pelo critério de julgamento de melhor técnica combinado com o de menor valor da contraprestação do parceiro público”. Eis previsão contida no instrumento editalício (*verbis*): “12.5. Será permitido o somatório de atestados para cumprimento das exigências de capacidade técnica, com exceção dos quantitativos expressos em cada item, os quais visam demonstrar aptidão para execução de obra de vulto semelhante ao do empreendimento em pauta, que é atributo de qualidade - porte - da obra”.

54 TCE/SP, Tribunal Pleno, Cons. Rel. Cristiana de Castro Moraes, sessão de 21/11/2012.

55 “Concorrência Pública nº P-004/2012 (Processo Administrativo nº 11.343/2012) da Prefeitura Municipal de Taboão da Serra que objetiva a contratação de Parceria Público-Privada de Concessão Administrativa para a delegação da prestação de serviço público de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos urbanos no Município”. Essa a redação do dispositivo questionado (*verbis*): “9.1.5.2.1. Será permitido o somatório de atestados, desde que referentes a contratos executados em períodos simultâneos de, no mínimo, 1 (um) ano”.

No TC nº 42428/026/09⁵⁶, o órgão de controle, ao apreciar o edital relativo ao projeto “SBI” do Metrô⁵⁷, deparou-se com previsão que, não obstante admitisse o somatório de atestados⁵⁸, continha restrições que conjugavam quantitativos e simultaneidade temporal de transações executadas⁵⁹. Todas foram consideradas regulares, à luz do ordenamento vigente, com o expresse destaque de que “*as exigências de prazo fixadas no edital [referiam-se], em verdade, a parâmetros objetivos de aferição da qualificação técnica necessária à garantia da execução contratual*”.

Em outra oportunidade, no bojo do TC nº 9023/026/11^{60,61}, o TCE/SP julgou irregular a limitação de apresentação de apenas dois atestados, para três atividades consideradas de maior relevância técnica, ante a determinação de que um dos documentos deveria reunir duas atividades distintas⁶². O fundamento apresentado pela Corte de Contas foi a inexistência de “justificativa técnica no caso concreto para a limitação”.

Da análise dos excertos *supra*, deduz-se que a jurisprudência confere especial relevância para os estudos técnicos realizados pela Administração no bojo dos respectivos processos. Destarte, imprescindível a demonstração da razoabilidade e pertinência da limitação, como elemento necessário ao atingimento da perfeita execução do objeto licitado.

56 TCE/SP, Tribunal Pleno, Cons. Rel. Cláudio Ferraz de Alvarenga, sessão de 28/4/2010.

57 “Edital da concorrência n. 40889212, que objetiva a CONCESSÃO ADMINISTRATIVA dos serviços do SISTEMA DE ARRECADAÇÃO CENTRALIZADA – SBI das tarifas públicas cobradas dos usuários das redes municipal e metropolitana de transportes coletivos de passageiros do Estado de São Paulo”.

58 “8.3.5.1.2. Para cada um dos subitens do item 8.3.5.1.1. poderão ser apresentados atestados que somem os quantitativos descritos, respeitadas as características definidas em tais subitens”.

59 Cite-se, por exemplo, o item 8.3.5.1.1. a (verbis): “a) Elaboração de projeto, fornecimento e implantação de sistema utilizando CARTÃO INTELIGENTE (com circuito integrado – chip), contemplando, no mínimo e simultaneamente, 1.500 (mil e quinhentos) equipamentos de leitura e/ou gravação de cartões e 30.000.000 (trinta milhões) de transações dentro de um período de, no máximo, 30 dias consecutivos”.

60 TCE/SP, Tribunal Pleno, Cons. Rel. Antonio Roque Citadini, sessão de 27/7/2011.

61 “Edital da Concorrência Pública Nacional nº 005/2011 para outorga de concessão para exploração dos serviços públicos municipais [de Presidente Prudente] de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário”.

62 “44.e: As exigências estabelecidas nos subitens d.1.1, d.2.1 e d.3 deverão se referir a período igual ou superior a um ano e será admitida a apresentação de até dois atestados, sendo, nesse caso, um para atendimento do subitem d.1.1 e outro para atendimento do subitem d.2.1, devendo a experiência descrita no subitem d.3 estar comprovada em pelo menos um desses atestados”.

Outro aspecto que merece ser abordado concerne ao somatório no âmbito dos consórcios⁶³. Este deve ser visto, ao menos, sob dois prismas distintos, quais sejam: (i) comprovação dos quantitativos de licitantes consorciadas para o projeto presente e (ii) demonstração de experiências realizadas em consórcios já extintos pelo cumprimento de seu objeto.

No que tange ao primeiro, consoante o disposto no artigo 33, III, da Lei Nacional de Licitações, quando as licitantes reunirem-se sob a forma de consórcio, será franqueada a soma de quantitativos de cada uma para verificação da qualificação técnica.

Conquanto ainda possam pairar dúvidas acerca da interpretação do dispositivo legal, revela-se juridicamente sustentável o entendimento de que, aludida conjugação, se dá em termos absolutos de valores, vale dizer, não se restringiria aos percentuais de participação de cada consorciado⁶⁴, nem autorizaria o eventual acréscimo de até 30%, tal como ocorre com a qualificação econômico-financeira.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça assim se manifestou⁶⁵:

3. Licitações em sintonia com o princípio da isonomia, de tal sorte que o art. 33, inciso III, da Lei de Licitações, não somente em consonância com sua literalidade, mas também com outros elementos hermenêuticos, deve ser antevisto sob o prisma de favorecer as pequenas empresas. 4. Qualificação técnica que deverá ser avaliada pelo somatório de um consórcio e, não, pela participação de cada empresa. A norma involucrada no art. 33, inciso III, da Lei nº 8.666/93 tem por móvel incentivar a maior competitividade no certame licitatório. Esta a sua teleologia. Favorecer as pequenas empresas para que supram suas incapacidades com o consórcio colmata o princípio da isonomia na sua vertente ma-

63 Somente serão avertados temas pertinentes ao somatório de atestados no âmbito da qualificação técnica, haja vista a existência de artigo específico sobre “consórcios e parcerias público-privadas”, com os respectivos e pertinentes detalhamentos.

64 Nesse sentido: BOCKMANN, Egon. *Os Consórcios Empresariais e as Licitações Públicas. Considerações em torno do art. 33 da Lei 8.666/93*, in Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, nº3, ago-set-out, 2005. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 15/05/2013.

65 STJ, REsp 710.534/RS, 2ª Turma, rel. Min. Humberto Martins, unânime, DJ 15/5/2007.

terial, regulando, nas suas exatas diferenças, a conduta daqueles que pretendem disputar a licitação.

Outra hipótese relevante, não regulada pelo ordenamento, concerne à comprovação de experiência anterior também realizada em consórcio.

A solução que se apresenta como mais adequada, parte da concreta avaliação da atestação apresentada. Portanto, se a atividade pretérita foi discriminada de forma clara para cada empresa (anteriormente consorciada) no atestado técnico ofertado, esta poderia (e deveria) ser aceita em valores absolutos unicamente para a efetiva executora⁶⁶, ora licitante.

No entanto, o problema surge quando não há tal discriminação, o que ensejaria fosse considerado seu percentual de participação no consórcio pretérito, cujo objeto já teria sido executado.

Sobre o tema, o TCU já se manifestou no seguinte sentido⁶⁷ (*verbis*):

Tais atestados somente deverão ser aceitos na exata proporção das parcelas atribuíveis a cada empresa integrante do consórcio. Não fosse assim, estaria aquela autarquia [DNIT] admitindo na licitação uma empresa cujo acervo técnico não refletiria o real histórico de empreendimentos por ela realizados. Essa hipótese, em minha concepção, implicaria um risco contratual desnecessário, o qual pode ser evitado com a regra contida na determinação sugerida pela Unidade Técnica⁶⁸, com a qual manifesto integral concordância⁶⁹.

66 Posto tratar-se de acervo técnico desta e não das demais consorciadas.

67 No mesmo sentido: TCU, Ac 2993-53/09, Plenário, Proc. 020.385/2009-5, rel. Min. Augusto Nardes, sessão de 9/12/2009.

68 Eis as recomendações efetuadas ao DNIT, na oportunidade: “9.2.1.2 adstrinja o reconhecimento dos atestados de execução de serviços de engenharia relativos a consórcio ao percentual de participação financeira e à parcela de serviços executada atribuíveis única e exclusivamente à empresa dele integrante; 9.2.1.3. mantenha em arquivo, doravante, registro dos atestados de execução de serviços para fins de qualificação técnica-operacional, de maneira a possibilitar a verificação de conformidade das informações prestadas em licitações subsequentes; 9.2.2 ao emitir atestados de obras executadas em consórcio, discrimine as quantidades de serviço executadas por cada empresa consorciada, tendo por base as informações obtidas no instrumento de contrato e, ainda, na fiscalização e acompanhamento da execução das obras pertinentes”.

69 TCU, Ac n° 2299-46/07, Plenário, TC 011.181/2005-3, rel. Min. Augusto Nardes, sessão de 31/10/2007.

Muito embora tal conclusão pareça a mais óbvia, desconsidera a existência dos chamados consórcios heterogêneos, nos quais empresas especializadas (*v.g.*, projetistas) executam determinadas atividades de forma integral, não obstante contem com pequeno percentual de participação no consórcio.

Neste ponto, cumpre trazer à baila decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça⁷⁰:

“No inciso III do art. 33 da Lei 8.666/93, que disciplina participação de consórcios em licitações, observa-se que, para efeito de qualificação técnica, admite-se o somatório dos quantitativos de cada empresa consorciada. A norma não previu, entretanto, regra específica para o caso de as consorciadas pretenderem demonstrar a qualificação técnica adotando-se quantitativo relativo a atividade desenvolvida anteriormente em consórcio. Assim, como bem observado no Parecer CONJUR/MI 1.255/2007, que analisou o recurso administrativo interposto, “a solução ao problema deve partir das regras do Edital, das posições da Comissão de Licitação, e, acima de tudo, da aplicação cautelosa dos princípios que informam o assunto, em atenção ao postulado da razoabilidade”.

Como se vê, nos termos da decisão *supra* transcrita, ante a lacuna legal, as disposições editalícias ganham especial relevância ao disciplinar tais situações de maneira específica, de modo a elucidar, previamente, qual será o entendimento da Administração.

4. Grupos empresariais e alterações societárias

Questão relevante, no âmbito da qualificação técnica, diz respeito à apresentação de atestados de experiência técnica emitido em nome de empresa distinta da licitante, mas componente do mesmo grupo empresarial (empresas controladas, empresa controladora, empresas coligadas), como se houvesse sido emitidos em nome do licitante.

No TC-036774/026/07, o TCE/SP julgou inoportuna a cláusula editalícia que vedava a apresentação de “*atestados de capacidade técnica*

⁷⁰ STJ, MS 13005/DF, 1ª Seção, rel. Min. Denise Arruda, maioria, DJe 17/11/2008.

emitidos por pessoas jurídicas integrantes do mesmo grupo comercial, industrial ou de qualquer outra atividade econômica a que pertença a proponente”, entendendo que tal disposição conduzia a uma restritividade injustificada do certame.

Da mesma forma, nos TC-024702/026/09, TC-024699/026/09, TC-017876/026/09 e TC-017893/026/09, todos relativos à mesma concorrência internacional para a modernização dos trens do Metrô/SP, o TCE/SP entendeu que as peculiaridades do setor da contratação, caso inviabilizada a apresentação de atestados de outras empresas do mesmo grupo econômico, limitariam a competitividade, ou mesmo inviabilizariam a licitação, na medida em que a contratação pretendida pela Administração tinha proporção muito superior à capacidade de atendimento da indústria nacional.

De qualquer forma, a jurisprudência acabou se consolidando no sentido de que, para a admissibilidade de apresentação de atestados de experiência técnica emitidos em nome de outra empresa componente do grupo econômico, que não a licitante, é indispensável que se comprove a transferência do acervo técnico. E, para tal transferência de acervo técnico, não é admissível a mera apresentação de contrato de natureza civil dispondo sobre essa transferência, sendo imprescindível a ocorrência de alguma espécie de reorganização societária capaz de demonstrar a efetiva transferência da capacidade operacional, da empresa responsável pela experiência anterior para a empresa que apresentou o atestado.

A esse respeito, Marçal Justen Filho esclarece que:

“para fins de licitação, a experiência anterior apenas apresenta relevância jurídica quando funcionar como evidência de capacitação para executar um certo objeto no futuro. (...) A experiência não é um bem nem sobre ela surge uma relação de propriedade. O titular da experiência não é ‘dono’ dela, no sentido técnico-jurídico. A experiência não é uma coisa, dotada de corporalidade e sobre a qual um sujeito exercitaria poderes de domínio. Não se trata de um bem jurídico, na acepção de configurar-se como objeto de uma relação jurídica. A experiência é um atributo do sujeito, de cuja figura não pode ser dissociada. (...) Desaparecido

o sujeito, extingue-se a sua experiência. Portanto, não é possível submeter ‘acervo de experiências anteriores’ ao regime jurídico da propriedade em sentido estrito. (...) A questão não envolve tutela à autoria ou aos efeitos econômicos derivados da criação. Deve examinar-se o vínculo entre o ‘sujeito’ e o potencial por ele desenvolvido para enfrentar dificuldades e encontrar soluções. Esse potencial corresponde a uma espécie de habilidade pessoal, não materializável em um suporte físico. (...)”⁷¹.

Nesse sentido, aliás, o entendimento do TCU⁷² e do TJSP⁷³.

⁷¹ *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 15. ed., São Paulo – Dialética, 2012, p. 496/497.

⁷² “a transferência da capacidade técnico-operacional entre pessoas jurídicas é possível não somente na hipótese de transferência total de patrimônio e acervo técnico entre tais pessoas, mas também no caso da transferência parcial desses ativos. (...) a transferência de capacidade técnica operacional entre pessoas jurídicas objeto de reestruturação empresarial ... já está devidamente consagrada na doutrina e na jurisprudência brasileiras. (...) no caso sob exame, além da transferência de parcela do patrimônio tangível da empresa EIT – Empresa Industrial Técnica S/A para a EIT – Construções S/A, houve também a transmissão de parcela significativa do conjunto subjetivo de variáveis que concorreram para a formação da cultura organizacional prevalecente na EIT – Empresa Industrial Técnica S/A. (...) algumas deliberações do Tribunal que consagraram tal entendimento: Acórdãos n.ºs. 1.108/2003, 2.071/2006, 634/2007, 2.603/2007 e 2.641/2010, todos do Plenário. Concluiu então: “... os elementos objetivos presentes no caso em exame, sobretudo os vínculos atípicos que ligam a subsidiária integral à sua controladora, a comprovação de transferência de parcela do patrimônio e do acervo documental, a compatibilidade entre os responsáveis técnicos da EIT Construções S/A e aqueles que deram origem às ARTs anteriormente detidas pela EIT – Empresa Industrial e Técnica S/A (...) demonstraram que o interesse público primário será adequadamente atendido com a aceitação do julgamento realizado na fase de habilitação da Concorrência Pública 3/2011”. (TCU – Ac 1528/2012).

⁷³ A Corte entendeu não ser admissível a transferência de acervo técnico com empresa integrante do mesmo grupo econômico mediante “contrato de transferência de acervo técnico”, aludindo que “no caso e apreço, não se trata de reorganização societária, mas de contrato de cessão e transferência de acervo técnico celebrado com outra empresa, pessoa jurídica distinta do impetrante, embora pertencente ao mesmo grupo econômico. (...) Assim, não há se perquirir se a transferência implicou em mera cessão documental de acervo, ou se houve efetiva transferência de tecnologia. Afinal, não se transfere por documento, pura e simplesmente, uma tradição operacional de uma empresa para outra. (...) Somente a transferência decorrente das formas de reorganização societária já citadas traz garantias da sua efetividade, não se podendo aceitar outras formas de cessão, como a defendida pelo impetrante, sob pena de frustrar a garantia de execução do contrato administrativo, daí a razão de interesse público que norteou a inabilitação do impetrante”. (TJSP – Apelação n.º 9067064-59.2009.8.26.0000 – 7a Câmara de Direito Público – Rel. Des. Moacir Peres – j. 30/5/2011).

5. Qualificação Técnica “facultativa” – ou “subcontratada qualificada”

Editais recentes de processos licitatórios em parcerias público-privadas, com o objetivo de ampliar a competitividade do certame, têm previsto requisitos de qualificação técnica “alternativos”, nos quais o licitante poderia comprovar o atendimento da qualificação técnica ou, alternativamente e à sua escolha, comprometer-se a, previamente à contratação, apresentar o contrato celebrado com uma empresa subcontratada, comprovando que esta atende ao aludido requisito de qualificação técnica.

Essas previsões são destinadas a resolver um problema recorrente na modelagem de processos licitatórios de alta complexidade: de um lado, a própria complexidade e o vulto econômico do objeto licitado limitam, naturalmente, o universo de potenciais concorrentes, tornando bastante prejudicial à competitividade do certame a previsão de requisitos de qualificação técnica demasiadamente rígidos, capazes de afastar potenciais concorrentes. De outro lado, a mesma complexidade do objeto licitado também determina a necessidade de uma maior preocupação da Administração em garantir a contratação de empresa que, comprovadamente, mostrar-se capaz de executar fielmente o objeto contratado, com a qualidade para tanto requerida, o que, por sua vez, impõe a fixação de exigências de qualificação técnica capazes de excluir do certame licitatório as empresas que não atenderem a este rígido nível de excelência.

Assim, de maneira a conciliar ambas as preocupações – certamente legítimas –, passou a ser admitida a participação de licitantes que, muito embora não sejam capazes de comprovar o atendimento de todos os requisitos de qualificação técnica previstos no edital, revelem a capacidade de subcontratar, junto ao mercado, outra empresa com a experiência exigida, alocando-a para a execução desta parcela específica do objeto contratado, o que, de qualquer forma, atende à demanda da Administração voltada à garantia de que o objeto contratual deva ser executado por empresa com capacidade técnica para tanto.

A este respeito, Marçal Justen Filho entende que:

“admite-se que os requisitos de qualificação técnica sejam atendidos mediante a consideração conjunta dos atributos de diversas empresas no caso da participação de consórcios. Portanto, não

haveria lógica em admitir a participação de consórcios e negar a possibilidade de que um licitante invocasse os requisitos de qualificação técnica de um subcontratado. Por outro lado, a qualificação técnica profissional de um terceiro pode ser aceita nos casos em que existir um contrato de prestação de serviços. E não teria cabimento negar o atendimento da capacitação técnica operacional por via similar⁷⁴.”

De maneira semelhante, Floriano Azevedo Marques Neto sustenta:

“coloca-se como uma medida aconselhável a inclusão, nos editais de licitação para concessão de serviço público, de dispositivo admitindo que parte das exigências de comprovação de capacidade técnico-operacional seja feita pela apresentação de atestados não em nome de empresa licitante ou integrante de consórcio licitante, mas de atestados em nome de empresa especialista, indicada como subcontratada nomeada, que assumiu com o licitante o compromisso firme pelo qual se obriga a fornecer os bens ou realizar os serviços objeto da contratação⁷⁵.”

O TCU, no Acórdão nº 2.922/2011, já se manifestou pela admissibilidade – ainda que excepcional – da exigência de cumprimento de requisitos de qualificação técnica pelas subcontratadas, sendo tal demonstração “condicionante de autorização para execução dos serviços”⁷⁶.

74 *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 15. ed., São Paulo – Dialética, 2012, p. 519.

75 *A admissão de atestados de subcontratada nomeada nas licitações para concessão de serviços públicos*. Boletim de Licitações e Contratos – BLC. Ano XX, nº 2, Fev-2007, São Paulo: NDJ, 2007, pág.: 122.

76 No caso, o TCU analisou um projeto de concessão do aeroporto de Confins/MG, no qual o edital havia vedado a subcontratação de serviços tradicionalmente terceirizados em obras aeroportuárias, além de exigir habilitação técnica para comprovar experiência anterior na implantação de itens específicos de instalações de aeroportos, como esteiras de transporte e pontes de embarque. No julgado, o TCU determinou “à Infraero que, doravante, se abstenha, para o fim de habilitação técnica de licitantes, de exigir atestado de capacidade técnica relativo à execução ou ao gerenciamento da execução de itens tecnicamente específicos e que, por isso, são usualmente subcontratados”. Mais adiante, no mesmo julgado, e analisando a questão relativa à admissibilidade da subcontratação de parcela relevante do objeto contratual, o TCU asseverou que “para garantir a certeza da boa execução do objeto, são exigidos, dentre outros, atestados de comprovação de habilitação técnico-profissional e técnico-operacional. A empresa – e seu responsável técnico – precisa demonstrar que é capaz de executar o resultado pretendido (no caso, a parcela mais relevante) de complexidade semelhante ao que se deseja

Em sentido semelhante, o TCE/SP, ao se manifestar, em exame prévio do Edital, quanto ao processo denominado “Expresso Aeroporto”, julgou:

“razoável a previsão contida no subitem 10.4.1.1.2, relacionado à qualificação técnica, que exige dos proponentes operadores de transporte público de passageiro que não forem do ramo ferroviário e/ou metroviário, a formalização de compromisso com empresa para fins de obter orientação e assessoria técnica. Chego a essa conclusão porque entendo que a regra editalícia busca ampliar o rol de potenciais interessados em participar da licitação, sem que a Administração descuide dos preceitos de ordem técnica que garantirão a execução satisfatória do objeto. Ora, ao definir tal aspecto, poderia o Poder Público restringir a participação no procedimento apenas das empresas do setor ferroviário e/ou metroviário, sem incorrer em exigências em atividade específica, mesmo porque os mencionados ramos empresariais guardariam estreita correlação com o objeto posto em disputa. Pois bem, quis o órgão promotor da licitação possibilitar ampliação da disputa

contratar. (...) se foram gastos recursos valiosos para, numa fase anterior à etapa de propostas, escolher uma empresa apta a executar essa fração fundamental do objeto (que em consequência, garantiria a execução do todo), admitir a subcontratação de tal parcela, sem qualquer providência (como verificar, também, a aptidão da subcontratada), seria tergiversar o *mens legis* do art. 30 e do art. 72 da Lei de Licitações; e até mesmo do art. 3º, por não garantir a escolha da ‘melhor proposta’”. O caso submetido à apreciação do TCU, portanto, envolvia dois aspectos aparentemente inconciliáveis: de um lado, existia uma parcela relevante dos serviços que, por peculiaridades do mercado aeroportuário, era usualmente objeto de subcontratação pelo operador aeroportuário, o que inviabilizaria a inclusão da exigência, na qualificação técnica, de prévia experiência na execução destes serviços; de outro lado, em razão da própria relevância destes serviços, existe grande interesse do Estado de garantir que a empresa a ser subcontratada detenha capacidade e aptidão suficientes para desempenhar a atividade no nível desejado. Sob tais premissas, a decisão do TCU foi a de acolher a sugestão do órgão técnico, “em, excepcionalmente, considerar viável a solicitação de atestados das subcontratadas – [cujo espírito] também é o de garantir o *know how* da executora nessa parcela fundamental da obra; isso sem ferir a competitividade do certame. Nessa hipótese, na prática, a necessidade da formação de consórcios estaria descartada, desde que na parcela sub-rogada as empreiteiras terceirizadas também comprovassem ter capacidade para executar a fração da obra onde foram exigidos atestados na licitação. Vejo plausibilidade nesse raciocínio. (...) conveniente que se determine à estatal que, no caso da subcontratação de itens para os quais houve solicitação de atestados de qualificação técnica na licitação, a empresa exija das contratadas originais, como condicionante de autorização para execução dos serviços, a apresentação de atestados das subcontratadas, nos mesmos moldes das previsões editalícias para aquele encargo, disposição que deve constar, necessariamente, do instrumento convocatório”. (TCU, Ac 2.922/2011, Plenário, Rel. Min. Valmir Campelo, sessão de 16/11/2011).

admitindo prestadores de serviço de transporte público em geral, desde que tecnicamente amparados, justificando-se a exigência sob o ponto de vista da competitividade. Nessa perspectiva, ante a permissividade salutar da disposição, não há que se cogitar potencial violação a Sumula nº 15 desta Corte, sendo também despropositada a crítica incidente sobre o subitem 10.4.1.1.2.1 que impõe que o compromisso com terceiro exigido na cláusula anterior seja firmado impreterivelmente com empresa do ramo ferroviário e/ou metroviário, que deverá demonstrar a qualificação técnica exigida pelo edital, regra que busca assegurar o Poder Público na execução satisfatória do objeto”⁷⁷.

Veja-se, portanto, que a previsão editalícia de requisitos de qualificação técnica que possam, alternativamente, ser atendidos quer pelo licitante (isoladamente ou em consórcio), quer por empresa por este subcontratada, atende ao imperativo essencial das exigências de qualificação técnica, que é o de garantir a capacidade técnica da empresa que venha a desempenhar o objeto da contratação, enquanto, ao mesmo tempo, amplia a competitividade do certame, legitimando a participação de licitantes que não atendam individualmente todas as exigências de qualificação técnica, mas que sejam capazes de buscar, junto ao mercado, empresas que preencham tais requisitos, sem que, para tanto, sejam os licitantes forçados a constituir consórcios.

Revela-se, assim, muito salutar a evolução jurisprudencial demonstrada pelas Cortes de Contas, admitindo uma maior flexibilidade nas exigências de qualificação técnica que não representam, de forma alguma, disponibilidade do interesse público ou das garantias de fiel execução do contrato, mas que permitem uma ampliação da competitividade do processo licitatório.

6. Conclusão

Com as considerações expostas, buscou-se apresentar ao leitor uma visão bastante prática das questões mais polêmicas relacionadas ao tema

⁷⁷ TCE/SP, TC-25059/026/09, Tribunal Pleno, Cons. Rel. Carlos Alberto de Campos, sessão de 26/8/2009

da qualificação técnica em contratos de parcerias público-privadas, sempre atentando às considerações expostas pelo TCU e pelo TCE/SP.

Espera-se, com estas breves linhas, fornecer uma ferramenta de fácil acesso capaz de auxiliar na elaboração de editais de parcerias público-privadas ou de solução de problemas concretos decorrentes de processos licitatórios com alto grau de complexidade. Para tanto, optou-se, quando necessário, por sacrificar um olhar mais crítico sobre o tema ou um aprofundamento doutrinário, para, de outro lado, apresentar problemas e questões enfrentadas pela Administração quando da elaboração de editais de parcerias público-privadas, buscando garantir a absorção, nestes projetos, de soluções encontradas em situações pretéritas.

Sob estas premissas, portanto, apresenta-se, ao final deste trabalho, uma sugestão de cláusulas-padrão a serem adotadas em editais de parcerias público-privadas, com a ressalva de que todas estas cláusulas contam com notas explicativas e devem ser adequadas às peculiaridades de cada empreendimento, ressaltando-se, ainda, que elas não foram, institucionalmente, aprovadas pela Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, mas redigidas por estes subscritores após os estudos dos quais decorreram o presente trabalho.

7. Bibliografia

BOCKMANN, Egon. *Os Consórcios Empresariais e as Licitações Públicas. Considerações em torno do art. 33 da Lei nº 8.666/93*, in Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, nº 3, ago-set-out, 2005. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 15/5/2013.

_____, Egon, GUIMARÃES, Fernando Vergalha. *Licitação Pública – A Lei Geral de Licitação – LGL e o Regime Diferenciado de Licitação – RDC*. São Paulo: Malheiros. 2012.

CAMPELO, Valmir. *Obras Públicas – Comentários à jurisprudência do TCU*, Belo Horizonte: Ed. Fórum. 2012.

COUTINHO, Diogo Rosenthal. *Parcerias Público-Privadas: Relatos de Algumas Experiências Internacionais “in” SUNDFELD, Carlos Ari (org.) Parcerias Público Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de licitações e Contratos Administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. *A admissão de atestados de subcontratada nomeada nas licitações para concessão de serviços públicos*. Boletim de Licitações e Contratos – BLC. Ano XX, nº 2, Fev-2007, São Paulo: NDJ, 2007.

PEREIRA JUNIOR, Jessé. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

RIBEIRO, Maurício Portugal e PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à Lei De Parceria Público Privada*. São Paulo: Malheiros, 2010.

SUGESTÃO DE CLÁUSULA⁷⁸

X. HABILITAÇÃO TÉCNICA

X.1 QUALIFICAÇÃO TÉCNICO-OPERACIONAL

X.1.1 *Comprovação de experiência anterior no desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, por meio da apresentação de atestado(s) de capacidade técnica, emitidos em nome da LICITANTE ou de membro do CONSÓRCIO, por pessoa jurídica de direito público ou privado, devidamente registrado na entidade profissional competente, quando for o caso. Para fins de comprovação das características, quantidades e prazos a que se refere este subitem, o(s) atestado(s) deverá(ão) indicar a execução das seguintes atividades⁷⁹:*

X.1.1.1. *Operação de [_____atividade específica_____], por no mínimo [__tempo_____] meses consecutivos, com pelo menos [_____exigência quantitativa_____], correspondente a [____]% do previsto nesta CONCESSÃO.*

X.1.1.2. *Implantação de [_____conhecimento específico_____], com, no mínimo, [_____características técnicas mínimas_____], correspondente a [____]% do previsto nesta CONCESSÃO.*

X.1.1.3. *Construção de empreendimento de grande porte, com área construída mínima de [_____]m², correspondente a [____]% do previsto nesta CONCESSÃO.*

X.1.1.4. (.....)

X.1.1.5. *Experiência na participação em empreendimentos de grande porte, no qual tenha realizado investimento mínimo de [_____], provenientes de capital próprio e/ou de terceiros, correspondente a [____]% do valor do investimento mínimo previsto nesta CONCESSÃO.*

⁷⁸ Caso não seja admitida a apresentação de atestados por subcontratada, suprimir o item X.3.

⁷⁹ Rol meramente exemplificativo, a ser elaborado de acordo com as peculiaridades do projeto.

X.1.1.6. *Participação em empreendimento de grande porte, no qual tenham sido captados recursos correspondentes a, no mínimo, R\$ _____ (_____), para cumprimento das obrigações financeiras assumidas, por meio de financiamentos de longo prazo (assim compreendidos os financiamentos com prazo de vencimento superior a cinco anos), estruturados nas modalidades de financiamento de projetos (project finance) ou financiamento corporativo (corporate finance).*

X.1.2. *Para fins de qualificação técnico-operacional, a LICITANTE, isoladamente ou em CONSÓRCIO, deverá apresentar ainda:*

X.1.2.1. *Certidão de registro da(s) empresa(s), e de seu responsável técnico, no Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia – CREA da região da sede da LICITANTE;*

X.1.2.2. *Atestado emitido pelo Poder Concedente de que a LICITANTE realizou a Visita Técnica, nos termos do item _____ deste Edital.*

X.1.3. *Para atendimento dos patamares exigidos no item X.1.1. será admitido o somatório de atestados, nas seguintes condições:*

X.1.3.1. *Quanto à exigência indicada no item X.1.1.1, o LICITANTE deverá demonstrar experiência anterior em [_____mesmo objeto do item X.1.1.1_____], por no mínimo [__mesmo tempo do item X.1.1.1__] meses consecutivos, com pelo menos [_____50% da exigência do item X.1.1.1_____]. Para complementação do valor exigido no item X.1.1.1, o LICITANTE deverá demonstrar experiência anterior em outros empreendimentos nos quais o [___aspecto quantitativo___], somado, seja, no mínimo, igual a [_____50% da exigência do item X.1.1.1_____].*

X.1.3.2. *Quanto à exigência indicada no item X.1.1.2, o LICITANTE deverá demonstrar experiência anterior em [_____mesmo objeto do item X.1.1.2_____], com no mínimo [_____50% da exigência do item X.1.1.2_____]. Para complementação do valor exigido no item X.1.1.2, o LICITANTE deverá demonstrar experiência anterior em outros empreendimentos nos quais o [___aspecto quantitativo___], somado, seja, no mínimo, igual a [_____50% da exigência do item X.1.1.2_____].*

X.1.3.3. *Quanto à exigência indicada no item X.1.1.3, o LICITANTE deverá demonstrar experiência anterior em [_____mesmo objeto*

do item X.1.1.3 _____], com área construída mínima de [_____50% da exigência do item X.1.1.3 _____]m². Para complementação do valor exigido no item X.1.1.3, o LICITANTE deverá demonstrar experiência anterior em outros empreendimentos nos quais a área construída, somada, seja, no mínimo, igual a [_____50% da exigência do item X.1.1.3 _____].

X.1.1.4. (.....)

X.1.4. Quando se tratar de CONSÓRCIO, admitir-se-á, para efeito de qualificação técnica, o somatório dos quantitativos de cada consorciado, desde que respeitadas as condições do item X.1.3.

X.2 QUALIFICAÇÃO TÉCNICO-PROFISSIONAL

X.2.1 Comprovação de que o LICITANTE, ou alguma das empresas integrantes do CONSÓRCIO, possui, em seu quadro permanente, na data prevista para a entrega da proposta, profissional(is) de nível superior detentor(es) de atestado(s) e/ou certidão(ões) de responsabilidade técnica devidamente registrado(s) no CREA da região onde os serviços foram executados, acompanhados de declarações de aceitação em participar do empreendimento na qualidade de responsável técnico, conforme modelo do ANEXO _____ deste EDITAL, e das respectivas certidões de acervo técnico expedidas pelo CREA, que comprovem ter o(s) profissional(ais) executado, para pessoas jurídicas de direito público ou privado, obras/serviços de características técnicas similares às do objeto da presente licitação, na seguinte conformidade:

X.2.1.1. Construção de empreendimento de grande porte.

X.2.1.2. Operação de [_____atividade específica_____].

X.2.1.3. (.....)

X.2.2. A comprovação de o profissional pertencer ao quadro técnico permanente do LICITANTE individual ou membro de CONSÓRCIO se dará mediante a apresentação de relação explícita e da declaração formal da sua disponibilidade, sob as penas cabíveis.

X.2.2.1. Para o presente EDITAL, considera-se pertencentes ao quadro permanente do LICITANTE aqueles profissionais que com ele possuam vínculo trabalhista, societário ou civil, podendo tal comprova-

ção se dar mediante contrato social, registro na carteira profissional, ficha de empregado ou contrato de trabalho, sendo possível a contratação de profissional autônomo que preencha os requisitos e se responsabilize tecnicamente pela execução dos serviços.

X.2.3. Não serão aceitos atestados técnicos de fiscalização, projeto ou consultoria.

X.3. SUBCONTRATAÇÃO

X.3.1. O LICITANTE deverá comprovar, para fins de qualificação técnico-operacional, o atendimento de pelo menos, um dos itens _____, _____, _____, _____, [ex: X.1.1.1, X.1.1.2, X.1.1.3, X.1.1.4], alternativamente e à sua escolha, podendo os demais serem atendidos por empresa subcontratada, nos termos do item X.3.2.

X.3.1.1. As exigências constantes dos itens _____, _____, _____, [ex: X.1.1.5 e X.1.1.6], bem como as indicadas nos itens X.1.2.1 e X.1.2.2, deverão ser atendidas, obrigatoriamente, pelo próprio LICITANTE, ou membro do CONSÓRCIO.

X.3.2. As exigências de qualificação técnico-operacional previstas nos itens _____, _____, _____, _____ [mesmos itens indicados no X.3.1], caso não sejam atendidas pelo próprio LICITANTE, deverão ser objeto de SUBCONTRATAÇÃO, nos termos dos itens _____ e _____, devendo o LICITANTE, previamente à assinatura do CONTRATO, comprovar que a(s) empresa(s) subcontratada(s) atende(em) a estes requisitos de qualificação técnica.

X.3.2.1. Na hipótese prevista neste item, o LICITANTE deverá apresentar a declaração indicada no item _____⁸⁰.

X.3.3. O LICITANTE poderá comprovar, para fins de qualificação técnico-profissional, o atendimento dos itens _____, _____, [ex:

⁸⁰ O Edital deverá prever, no item relativo às “OUTRAS DECLARAÇÕES” para habilitação do Licitante, o seguinte item: “Caso o LICITANTE opte pela SUBCONTRATAÇÃO prevista no item X.3, deverá apresentar declaração, conforme modelo constante do ANEXO _____, comprometendo-se a, no momento da CONTRATAÇÃO, ter firmado os contratos de SUBCONTRATAÇÃO e ter apresentado os atestados que comprovem as suas qualificações técnicas, nos termos dos itens _____, _____, _____ deste EDITAL”.

X.2.1.1, X.2.1.3], *quer em nome próprio, ou de uma das empresa integrantes do consórcio, quer em nome de empresa subcontratada, nos termos do item X.3.4.*

X.3.1.1. *A exigência constante do item _____ [ex: X.2.1.2] deverá ser atendida, obrigatoriamente, pelo próprio LICITANTE, ou membro do CONSÓRCIO.*

X.3.4. *As exigências de qualificação técnico-profissional previstas nos itens _____, _____ [mesmos itens indicados no X.3.3], caso não sejam atendidas pelo próprio LICITANTE, deverão ser objeto de SUBCONTRATAÇÃO, nos termos dos itens _____ e _____, devendo o LICITANTE, previamente à assinatura do CONTRATO, comprovar que a(s) empresa(s) subcontratada(s) atende(em) a estes requisitos de qualificação técnica^{81, 82}.*

X.4. GRUPOS EMPRESARIAIS E ALTERAÇÕES SOCIETÁRIAS

X.4.1. *A experiência exigida neste edital também poderá ser comprovada por meio de atestados emitidos em nome de empresa controlada, controladora e/ou coligada, nos termos definidos na Lei federal nº 6.404/76 e*

81 No Edital, no item relativo à CONTRATAÇÃO (ou Adjudicação), deverá haver a seguinte previsão: “Até 2 (dois) dias úteis antes da data prevista para assinatura do CONTRATO, o ADJUDICATÁRIO deverá comprovar à CONTRATANTE, que: (...) xx) Assinou o contrato de SUBCONTRATAÇÃO, caso tenha optado por esta modalidade, relativo ao serviço de _____ [mesmo objeto de um dos itens de qualificação técnica], comprovando que a subcontratada preenche o requisito de qualificação técnica previsto no item _____, deste EDITAL”. Este item do Edital deverá ser repetido quantas vezes forem necessárias, preferivelmente um item específico para cada hipótese de subcontratação.

82 Por fim, no item do EDITAL relativo à “EXECUÇÃO DOS SERVIÇOS” deverá haver subitem segundo o qual “A CONCESSIONÁRIA deverá comunicar à CONTRATANTE a SUBCONTRATAÇÃO da empresa responsável pelo _____, pelo _____, bem como a substituição das empresas indicadas como subcontratadas, nos termos dos itens _____ e _____ do EDITAL, devendo tais empresas atender aos requisitos de HABILITAÇÃO técnica previstos nos itens _____, _____ e _____ do EDITAL”. Esta disposição deverá ser repetida na minuta de Contrato, junto com cláusula segundo a qual “Caso a CONTRATADA tenha optado pela SUBCONTRATAÇÃO dos serviços de _____, nos termos do item _____ do EDITAL, o contrato de SUBCONTRATAÇÃO deverá permanecer vigente até o fim desta CONCESSÃO”, ou, alternativamente, cláusula segundo a qual “Caso a CONTRATADA tenha optado pela SUBCONTRATAÇÃO dos serviços de [especialmente construção ou implantação], nos termos do item _____ do EDITAL, o contrato de SUBCONTRATAÇÃO deverá permanecer vigente até a conclusão integral das obras”.

de empresa matriz estrangeira de filial brasileira, desde que a situação (de empresa controlada, controladora e/ou coligada) seja devidamente comprovada e vigore desde data anterior à da publicação do presente edital.

X.4.2. No caso indicado no item X.4.1, bem como em hipóteses de alterações societárias e de fusão, incorporação ou cisão de empresas, os atestados somente serão considerados se acompanhados de prova documental e inequívoca da transferência definitiva de acervo técnico, devendo ser apresentados os documentos comprobatórios contendo todas as condições dessas transações, em especial no que se referirem à transferência do acervo técnico.

X.4.2.1. Não serão considerados válidos quaisquer outros atestados que não sejam decorrentes dos eventos societários acima destacados.

X.4.3. Não serão aceitos, em nenhuma hipótese, para comprovação da qualificação técnica do Licitante, cessão de tecnologia ou instrumentos de natureza similar celebrados entre o Licitante e terceiros, mesmo que esses sejam pertencentes ao grupo econômico do Licitante.

X.5. OUTRAS DISPOSIÇÕES QUANTO À HABILITAÇÃO TÉCNICA

X.5.1. O LICITANTE deverá apresentar de forma clara e inequívoca os dados relevantes dos atestados apresentados, devendo ainda, para eventual complementação de informações exigidas, anexar outros documentos comprobatórios pertinentes, tais como cópias do Contrato a que se refere o atestado, ordens de serviços e outros tidos por relevantes para o julgamento da qualificação técnica.

X.5.1.1. Em nenhuma hipótese os documentos relacionados no item acima substituirão o atestado.

X.5.2. A conformidade dos atestados poderá ser confirmada por meio de diligência, sendo que a sua desconformidade, quando não permitir a comprovação da HABILITAÇÃO exigida, implicará na imediata inabilitação do LICITANTE, sem prejuízo de outras sanções cabíveis em virtude da falsidade das informações prestadas.

X.5.3. As empresas estrangeiras que apresentem atestados na condição de subcontratadas, na forma do item X.3 deste Edital, deverão forne-

cer atestados de forma similar àquela prevista nos itens X.1 e X.2, apresentando atestados equivalentes emitidos por órgãos similares do país de origem, com as anotações e certificados técnicos equivalentes ao CAT.

X.5.3.1. Caso, no país de origem de uma determinada subcontratada, não sejam conferidos atestados equivalentes, tal subcontratada poderá se utilizar de declaração própria, firmada por seus representantes legais, na qual declara e descreve a sua experiência, habilitação ou regularidade no quesito em questão, contendo informações suficientes e precisas da subcontratada.

X.5.4. Quando os valores apresentados nos atestados estiverem especificados em moeda estrangeira, os montantes relativos ao porte dos empreendimentos realizados serão convertidos em Reais (R\$), pela taxa de câmbio em vigor na data de assinatura do contrato que originou a experiência relatada, o que deverá ser indicado e descrito em declaração anexa ao atestado.

X.5.4.1. Na hipótese deste item, a atualização dos valores, para fins comparativos, será efetuada pela variação do Índice Geral de Preços ao Consumidor - IGP-M, calculada entre a data, o mês que originou a experiência relatada e o mês anterior à data de publicação deste EDITAL.

X.5.5. Quando os valores apresentados estiverem especificados em Reais (R\$), e a data de assinatura do contrato que originou a experiência relatada for anterior ao período de 12 (doze) meses contados da data da publicação deste EDITAL, os valores deverão ser atualizados nas mesmas condições do item X.5.4.1.

X.5.6. Somente serão aceitos atestados em que o LICITANTE individual ou membro de CONSÓRCIO figure em uma das seguintes formas de participação no empreendimento atestado:

a) Como responsável direto pela execução do empreendimento, seja na condição de investidor individual, seja na condição de consorciado, hipótese na qual será considerado, para fim de verificação, somente o percentual de participação do responsável no consórcio; [Neste item, poderá também ser previsto: (...) hipótese na qual a atuação no empreendimento deve ter sido individual ou como consorciado com participação mínima de ____% (_____ por cento) no Consórcio].

b) Como investidor individual relevante no empreendimento, comprovada sua participação no bloco de controle da sociedade responsá-

vel pelo investimento. [Neste item, poderá também ser previsto: “(...) hipótese na qual a participação econômica do investidor não pode ter sido inferior a ____% (_____ por cento) do patrimônio da entidade que tenha sido responsável direta pela execução do empreendimento ou fornecimento”, previsão menos restritiva].

X.5.7. O(s) atestado(s) deverá(ão) conter, sem a elas se limitar, as seguintes informações:

- a) Objeto;*
- b) Características das atividades e serviços desenvolvidos;*
- c) Valor total do empreendimento;*
- d) Valor proveniente de capital próprio;*
- e) Valor proveniente de capital de terceiros, acompanhado da indicação dos terceiros envolvidos no empreendimento;*
- f) Percentual de participação da Licitante no empreendimento;*
- g) Datas de início e de término da realização das atividades e serviços;*
- h) Datas de início e término da participação da empresa no CONSÓRCIO, quando o atestado tiver sido emitido em nome de CONSÓRCIO;*
- i) Descrição das atividades exercidas no CONSÓRCIO, quando o atestado tiver sido emitido em nome de CONSÓRCIO;*
- j) Local da realização das atividades e serviços;*
- k) Razão social do emitente;*
- l) Nome e identificação do signatário, com informações atualizadas de seus telefones e e-mail para contato.*

X.5.8. As comprovações exigidas poderão referir-se ao mesmo empreendimento, desde que sejam atendidos todos os requisitos lá estabelecidos.

X.5.9. Os atestados poderão referir-se a contratos em andamento, desde que os quantitativos e características técnicas do objeto já realizado sejam compatíveis com o objeto desta licitação.

X.5.10. As comprovações exigidas nos itens X.1 e X.2 poderão ser feitas por meio de declarações do LICITANTE, quando se tratar de empreendimentos próprios, as quais deverão observar o disposto neste item X.5 e vir acompanhadas dos documentos necessários à comprovação de sua veracidade.