

Ocorre que os itens grifados acima, relativos ao projeto executivo de reforço de solos moles e projeto executivo de muros de contenção, atingem **menos de 1%** do valor do orçamento.

E mais, o item execução de aterros assentes sobre solos moles, atinge **menos de 0,06%** da planilha orçamentária e demais itens, tais como execução de fundação geotécnicos em solos com baixa capacidade de suporte e execução de instrumentação em solos com baixa capacidade de suporte **sequer está discriminado na planilha orçamentária.**

O DER/DF não pode exigir que itens com pouca representatividade constantes na planilha orçamentária, ou itens que sequer constam na referida planilha, sejam comprovados pelas empresas interessadas a participar no certame, para aferir a qualificação técnica das mesmas.

Até porque encontra-se pacificado na jurisprudência pátria, que os órgãos licitantes somente podem exigir em seus editais, para a para comprovação de qualificação técnica, itens que contenham quantidades limitam ao percentual de 50% (cinquenta por cento) das quantidades licitadas, entretanto que estes itens exigidos tenham relevância de 4% (quatro por cento) do total orçado da obra licitada, contudo limitar-se ao máximo de 8 itens a serem exigidos na qualificação técnica.

O Tribunal de Contas da União já determinou que não é possível que sejam estabelecidos percentuais mínimos acima de 50% do que será executado na obra ou serviço objeto do edital:

“9.1.2.1.2. em relação à fixação dos quantitativos mínimos já executados, não estabeleça percentuais mínimos acima de 50% dos quantitativos dos itens de maior relevância da obra ou serviço, salvo em casos excepcionais, cujas justificativas para tal extrapolação deverão estar tecnicamente explicitadas, ou no processo licitatório, previamente ao lançamento do respectivo edital, ou no próprio edital e seus anexos, em observância ao inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal; inciso I do § 1º do art. 3º e inciso II do art. 30 da Lei 8.666/93;” (Acórdão 1.284/2003 – Plenário, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, publicado no DOU de 15/09/2003)

A mesma determinação encontra-se prevista no Acórdão 2.383/2007 – Plenário: **“a) é desarrazoada, como forma de comprovação da qualificação técnica dos licitantes, a exigência em edital de percentuais mínimos superiores a 50% dos quantitativos dos itens de maior relevância**



da obra ou serviço (...)" (Rel. Min. Benjamin Zymler, publicado no DOU de 20/11/2007).

A Portaria nº 108 do DNIT estabeleceu, ainda, que serão considerados ***"itens de maior relevância aqueles que constem do objeto licitado em valor igual ou superior a 4% (quatro por cento)"***. Ou seja, os itens que somem menos de 4% do valor da obra, não poderão ser exigidos para atestar a qualificação técnica dos licitantes.

De acordo com MARÇAL JUSTEN FILHO, a determinação do §2º do art. 30, da Lei 8.666/93 ***"destina-se a assegurar o vínculo de pertinência entre a exigência de experiência anterior e o objeto licitado. A essência da questão reside em que a comprovação de experiência anterior como requisito de habilitação não se justifica por si só. Trata-se de condicionamento de natureza instrumental, destinado a restringir a participação no certame aos sujeitos que detenham condições de executar o objeto licitado"***. (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 12. ed., São Paulo: Dialética, 2008, p.416).

De fato, itens que representem menos de 4% (quatro por cento) do valor total da obra objeto do edital não são aptos a demonstrar qualquer vínculo de pertinência com o objeto da obra. Com isso, não podem ser considerados indispensáveis à demonstração da aptidão do licitante para executar a obra ou o serviço objeto do edital.

O Tribunal de Contas da União, por sua vez, já decidiu que não é possível a exigência de itens que representem parcela ínfima do futuro contrato como requisito de qualificação técnica.

Com base no **acórdão nº 170/2007 – Plenário**, itens que representam 2,93% do valor total da obra não podem ser considerados parcela de maior relevância e, assim, não podem ser exigidos a título de qualificação técnica.

"REPRESENTAÇÃO. LICITAÇÃO. EXIGÊNCIAS DESNECESSÁRIAS: COMPROVAÇÃO DE CAPACIDADE TÉCNICA, VÍNCULO EMPREGATÍCIO DE RESPONSÁVEL TÉCNICO, CAPITAL SOCIAL E GARANTIA, ÍNDICES CONTÁBEIS E CAPITAL SOCIAL INTEGRALIZADO. VEDAÇÃO INDEVIDA DE SOMATÓRIO DE ATESTADOS. PROCEDÊNCIA. ANULAÇÃO DO ATO CONVOCATÓRIO.

1. Exigir-se comprovação de capacidade técnica para parcelas da obra que não se afiguram como sendo de relevância técnica e financeira, além de restringir a competitividade do certame, constitui-se em clara afronta ao estabelecido pelo art.



30 da Lei 8.666/93 e vai de encontro ao disposto no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal. (...)

Do texto da decisão extrai-se o seguinte:

“13. O primeiro questionamento feito pela representante diz respeito à participação, no valor total da obra, de 3 (três) das 6 (seis) parcelas de maior relevância fixadas no edital, que corresponderiam a apenas 2% do custo total estimado da obra. Este ponto não foi enfrentado nem pelos responsáveis nem pela empresa Volume.

(...)

15. Observa-se que o custo das parcelas de maior relevância fixadas no edital da Concorrência nº 04/06 monta a R\$ 60.898,06, o que representa apenas 2,93% do custo total estimado das obras de reforma e ampliação do Hospital Municipal de Magé. Não podem, destarte, ser consideradas parcelas de relevância técnica e de valor significativo, como exige a Lei de Licitações e Contratos em seu art. 30, I e § 2º: (...)” (Rel. Min. Valmir Campelo, publicado no DOU 16/02/2007).

O TCU decidiu, ainda, que não é possível somar-se os custos dos itens de pequeno valor para justificar a sua exigência pelo edital:

“d) em relação à comprovação de experiência de itens de pouco valor, a Lei nº 8.666/93 é clara ao limitar a exigência aos itens de maior relevância e valor significativo. (...)

e) não é suficiente somar os custos de todos os itens para os quais se exigiu comprovação de experiência, chegar num percentual de 33,72%, e afirmar que este valor é representativo. O fato é que integram este valor de 33,72% parcelas de 1,70%, 2,02%, 2,50%, 2,59% e 2,81%.” (Acórdão 2383/2007 – Plenário, Relator Min. Benjamin Zymler, publicado no DOU de 20/11/2007)

Além disso, ao analisar a legalidade do edital do DER/SC, o TCU assim se manifestou:

“O item 6.4.2.1 do Edital de concorrência nº 0124/01, do Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de Santa Catarina, definiu quais as parcelas de ‘maior relevância’, incluindo dentre elas o ‘fornecimento e aplicação de drenos verticais sintéticos em quantidade igual ou superior a 100.000 metros lineares’. Entretanto, tal item não possui valor significativo em relação ao objeto licitado, representando apenas 2,7% do orçamento total da obra. Em relação a ele não poderia, por conseguinte, ser exigida a apresentação de atestados, nos termos do inciso I, do §1º do art. 30 da Lei nº 8.666/93” (Decisão nº 574/2002 – Processo nº 004.912/2002-5, Rel. Min. Ubiratan Aguiar, publicado no DOU 11.6.2002 – grifo nosso).

Ainda em outra oportunidade, considerou que a exigência de comprovação de serviço que representa apenas 3,8% do total do objeto licitado também é indevida. Confira-se:



“3. Veja-se que a exigência de que fosse apresentada comprovação de habilitação técnica para a execução de rede de 69 KV se deu com inobservância à limitação constante do referido inciso I do § 1º do art. 30 e revelou-se restritiva e inoportuna: restritiva, porque resultou na inabilitação de licitantes; inoportuna, porque os serviços relativos à rede de 69KV não representavam, nos contratos originais, sequer 3,8% de seu valor total.” (AC-0167-28/01-Plenário TC-006.368/2000-0 – grifo nosso).

Desse modo, contata-se que o TCU considera que a exigência de comprovação de experiência na prestação de itens que correspondem (por exemplo) a 3,8%, 2,93% e 2,7% do valor da futura contratação é indevida por ser restritiva de competitividade.

Permitir a exigência de parcelas que representem menos de 4% da obra objeto da licitação configura restrição à competitividade e contraria frontalmente a Lei 8.666/93, que expressamente limita as exigências de qualificação técnica às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação.

Assim, a Portaria n.º 108 do DNIT sedimenta o que já vinha sendo decidido pelo Tribunal de Contas da União, também com relação às parcelas de maior relevância e de valor significativo.

O objetivo da licitação é vislumbrar para a Administração Pública a vantajosidade, isto é, selecionar a proposta mais vantajosa. E reconhecidamente, constitui princípio imperativo de toda e qualquer licitação a competitividade entre os licitantes, sem, contudo, quebrar o Princípio da Igualdade entre estes, dispensando-se tratamento privilegiado a alguns em detrimento a outros, fato inteiramente execrado no procedimento licitatório.

Conclui-se, que tais exigências devem sofrer modificações, a fim de ser o **Edital da Concorrência nº 004/2016**, ajustado aos princípios maiores que regem o processo licitatório, não se permitindo o ceifamento prematuro de empresas outras, com larga experiência técnica e qualificadas para a execução das obras e dos serviços noticiados, além dos sensíveis prejuízos a serem causados à Administração.

DO DIREITO



Os requisitos técnicos que podem ou devem ser exigidos para habilitação de licitantes visam, nada mais, que garantir a condição destes de executar o objeto licitado, caso a caso, em face das circunstâncias e peculiaridades do interesse público.

Na definição do ilustre doutrinador Marçal Justen Filho,¹ a qualificação técnica **“em termos sumários, consiste no domínio de conhecimentos e habilidades teóricas e práticas para execução do objeto a ser contratado”**. (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002. p. 313).

E mais, nas palavras do preclaro professor Adilson Abreu Dallari, **“(...) só se pode exigir, e não se pode deixar de exigir, tudo aquilo que figurar como exigência ou condição de habilitação no edital da concorrência”**.² (DALLARI, Adilson Abreu. Aspectos jurídicos da licitação. 5. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 113).

Capacidade técnica consiste no conjunto de requisitos que deve ter o concorrente para poder cumprir satisfatoriamente o objeto da licitação. É **“a aptidão teórica e prática para execução do objeto a ser contratado.”** (cf. definição de MARÇAL JUSTEN FILHO, “in” Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Aide, 1993, p. 170).

O art. 37, inc. XXI, da Constituição Federal, consigna que somente serão permitidas **“exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”**.

As disposições do texto constitucional tem por fim garantir a participação dos licitantes de forma ampla, razão pela qual não poderão constar nos editais requisitos que não sejam pertinentes, necessários e indispensáveis à garantia do cumprimento da futura avença. Concomitantemente, autoriza e determina o estabelecimento de condições voltadas a assegurar a efetiva e integral execução do contrato. E seguindo os preceitos do texto constitucional, a Lei Federal nº 8.666/93 também reduziu a margem de liberdade da Administração no campo da qualificação técnica, limitando o âmbito de suas exigências.

O art. 3º, § 1º, a citada lei, ao versar sobre princípios da licitação, veda expressamente a inclusão em edital de condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo do certame. Como toda condição restringe o universo de proponentes, a melhor interpretação do

