JURISPRUDÊNCIA

Processo nº 72.004.820-99*75

Edital - habilitação - capacidade técnica - comprovação de aptidão - exigência de dois ou mais atestados - caráter restritivo da exigência - vedação - comprometimento do princípio da isonomia e do caráter competitivo - vício insanável - determinado o refazimento do edital para retificação da cláusula (m.v.) - Lei 8666/93, art. 30, § 1º e art. 30, § 5 - Lei 8666/93, art. 3º, § 1º, I. Atividade fiscalizatória – com resultado alcançado.

Egrégio Plenário

Trata, o presente, de Acompanhamento, nos termos da Resolução 6/97, para análise do Edital da Concorrência nº 27/99-SMS, tendo por objeto a contratação de serviços de vigilância na ARS-Penha.

AUD-I e AT/Jurídica propuseram a modificação do Edital, à vista, basicamente, dos seguintes pontos levantados no relatório de fls. 29/34, endossado pelo Sr. Secretário da Fiscalização e Controle:

1) o subitem 11 da cláusula V admite a faculdade de apresentar-se, alternativamente, comprovante de inscrição em registro cadastral da PMSP ou em registro cadastral estadual ou federal. Sugere-se a exigência apenas da apresentação do registro cadastral no Município de São Paulo, com base na Lei Municipal nº 10.544/88.

2) O subitem 2.2.4. da cláusula X do edital penaliza a contratada que denunciar o ajuste, a qual ficará impedida de participar de novas licitações e de contratar com Administração pelo prazo de um ano, sem base legal. Observou a Dr.ª. Roseli Morais Chaves, Assessora subchefe Jurídica, que a empresa tem o direito de rescindir o ajuste nos casos previstos em lei.

Minha Assessoria, em sua análise, constatou ainda:

- a irregularidade da exigência de dois ou mais atestados comprobatórios da prestação de serviço anterior, como requisito para habilitação (subitem 8.2.1.);
- inviabilidade de nova apresentação de documentos previstos nos arts. 30 e 31 da Lei Licitatória Federal após ocorrer fato impeditivo da habilitação (item 16), ante a nova redação dada pela Lei nº 9.648/98 ao § 2º, do art. 32 da lei supra mencionada;
- impossibilidade de julgamento, pela comissão processante de licitação, na hipótese anteriormente exposta (subitem 16.1);
- ilegalidade de prorrogação tácita do contrato, sem prévia autorização da autoridade competente e justificativa escrita.

Considerando os vícios apontados no Edital, determinei, pelo Ofício nº 15/99 de 10 de junho de 1999, não só a suspensão do certame, cuja abertura estava marcada para 10 de junho, como a manifestação daquela Pasta em 48 horas.

Transcorrido "in albis" o prazo fixado, os autos foram remetidos à Procuradoria da Fazenda.

Posteriormente através do Ofício SMS nº 37/99-A.J., a Secretaria da Saúde informou-me que expediu o Comunicado de 09 de junho de 1999, publicado no DOM 10 de junho de 1999, suspendendo a abertura da licitação.

Em 05 de julho p.p., SMS encaminhou ao Sr. Procurador da Fazenda, manifestação declarando ter alterado as cláusulas V, VI e X do Edital. Não modificou, entretanto, o subitem 8.2.1., por entender que a exigência de dois ou mais atestados comprobatórios de prestação de serviço anterior encontra amparo na Lei nº 8.666/93, em especial do inciso II e § 4º do art. 30, o qual não determina a quantidade de atestados a apresentar.

O Órgão Fazendário defendeu a posição adotada pela Origem neste ponto. Nos parágrafos 1º, 3º e 4º do art. 30 da Lei Licitatória Federal, argumentou, a palavra **atestados** está no plural, sendo "forçoso concluir que deve a Administração exigir dois ou mais atestados" (fls. 54). Concordou, porém, com as outras irregularidades constatadas por minha Assessoria.

Friso não ter recebido até o momento, em meu Gabinete, o ofício sem número da SMS, cuja cópia, sem assinatura, foi enviada por fac símile à Procuradoria da Fazenda, em 05 de julho.

É o relatório.

VOTO

Preliminarmente, não procede o apontado pelos órgãos técnicos no item 1 de meu relatório, quanto ao registro cadastral, tendo em vista o disposto no § 3º do art. 32 da Lei Federal nº 8.666/93 e § 2º do art. 41 da Lei Municipal nº 10.544/88, ou seja, é facultado, às unidades da Administração, se previsto no Edital, utilizar registros cadastrais de outros órgãos ou entidades estaduais ou federais.

Procedente, o item 2, uma vez que o Edital não pode criar sanções administrativas sem amparo legal, como já observei em outras oportunidades.

O ponto focal dos presentes autos centra-se, assim, na exigência de dois ou mais atestados para a qualificação técnica dos licitantes, pois os demais vícios destacados por minha Assessoria já foram sanados pela SMS.

Contrariamente à conclusão da Origem e da PFM, entendo que o subitem 8.2.1. do instrumento convocatório ofende norma constitucional regulamentada pela Lei nº 8.666/93.

Dispõe o art. 30, inciso II e §§ 3º e 5º da Lei Licitatória Federal;

"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** (...).

§ 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.

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

O texto do inciso II visa a **aptidão** da licitante no desempenho de atividade semelhante à do objeto licitado e não verificar **quantas vezes** já se realizou serviço similar. Com efeito, a empresa que apresentar **um só atestado** está tão apta à execução do trabalho quanto aquela que apresentar dois ou mais, pois, demonstrou condições técnicas para prestar o serviço.

Conforme realçado nos autos do TC nº 015.190/97-8 do Tribunal de Contas da União, com decisão publicada no D.O.U. de 07/04/98, a palavra "**atestados**" "encontra-se no plural porque a licitante tem a liberdade de apresentar tantos atestados quantos julgar necessários para comprovar sua aptidão (...). Cabe, à Comissão de Licitação, durante o exame da documentação de habilitação, analisar o conteúdo dos atestados e pronunciar-se quanto à suficiência dos mesmos".

Em momento algum, a lei impõe, ao administrador, determinar o número de atestados comprobatórios.

Pertinência e compatibilidade com o objeto da licitação justificam tal exigência, quando se trata, por exemplo, de obra ou serviço de complexidade operacional, ou ainda no caso de consórcio, quando é possível o somatório dos quantitativos de cada consorciado para a qualificação técnica do licitante.

Ademais, a vedação inserida no § 5º é reforçada pelo disposto no inciso I do § 1º, do art. 3º que proíbe aos agentes públicos admitir, prever, incluir tolerar nos autos de convocação, cláusulas ou distinções que comprometam, restrinjam ou frustem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão de naturalidade, da sede ou domicílio do licitante ou qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para específico objeto do contrato.

Evidente, portanto, o caráter restritivo da exigência prevista no subitem 8.2.1. do Edital, ao fixar a quantidade de dois ou mais atestados comprobatórios da prestação de serviço anterior, devendo ser cada um deles equivalente ou superior em características, quantidade, prazo e demais especificações ao objeto da licitação. A exigência mínima de dois atestados para qualificação técnica não só extrapola os limites legais, como decidiu o TCU na hipótese acima referida, como compromete o caráter competitivo da licitação, prejudicando a obtenção da proposta mais vantajosa.

Marçal Justen Filho, em seus Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, ensina que a Administração não tem liberdade para impor exigências especiais quando a atividade **não apresenta grande complexidade**. Por força da regra inserida no **inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal**, bastam aquelas "**indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações**".

Diante do exposto, com fundamento no artigo 19, item VII, da Lei 9.167/80, VOTO no sentido de determinar à Secretaria Municipal da Saúde que refaça o ato convocatório, escoimando-o do vício insanável., com reabertura dos prazos do procedimento licitatório.

São Paulo, 14 de julho de 1999.

ANTONIO CARLOS CARUSO

Conselheiro

VOTO

Ante a divergência, **VOTO**, justificando:

Entendo que o Art. 30, parágrafo 1º, inciso I, da Lei número 8.666/93, veda a exigência de quantidades mínimas, portanto, um atestado que comprove a responsabilidade por obra de características compatíveis já evidencia a capacidade técnica.

O texto do inciso II, do Art. 30 menciona a comprovação de aptidão para o desempenho de atividades pertinentes e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação.

O que está em exame é a aptidão da licitante em executar objeto semelhante ao da licitação e não QUANTAS VEZES JÁ EXECUTOU objetos semelhantes.

Em tese, a empresa que apresentar somente um atestado está tão apta quanto aquela que apresentar dois ou mais atestados.

Exigir quantidade mínima e certa de atestados equivale a exigir da empresa que comprove a quantidade de experiências anteriores.

É de fundamental importância, portanto, confrontar-se tal exigência de comprovação de atividade ou aptidão com limitações de tempo ou época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta Lei que inibam a participação na licitação.

Esta vedação é reforçada pelo disposto no inciso I, do parágrafo 1º, do Art. 3º, que veda aos Agentes Públicos admitir, prever, incluir, tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou distorções que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão de naturalidade, da sede, ou domicílio do licitante ou qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para específico objeto do contrato.

A palavra ATESTADOS, no corpo do parágrafo 1º, encontra-se no PLURAL porque a licitante tem a liberdade de apresentar tantos atestados quantos julgar necessários para comprovar sua aptidão.

Cabe à Comissão de Licitação, durante o exame da documentação de habilitação, analisar o conteúdo do ATESTADO ou ATESTADOS e pronunciar-se quanto à suficiência dos mesmos, concluindo que o ÚNICO ATESTADO ou o SOMATÓRIO DE ATESTADOS apresentados são suficientes para a habilitação.

Deduzo que, as imposições ou faculdades estipuladas no Art. 30 da Lei 8.666/93 devem ser seguidas, desde que não violentem o princípio basilar contido no Art. 3º da mesma Lei, que destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Dessa forma, está evidente o caráter restritivo da exigência prevista no Edital, que ao fixar a exigência de 02 (dois) atestados, alija do processo empresas detentoras de apenas um atestado, embora aptas a realização do objeto.

Outrossim, em momento algum a Lei atribui discricionariedade ao Agente Público para que determine o número mínimo de atestados probatórios.

O que se tira do texto do parágrafo 1º, do Art. 30 é a referência a ATESTADOS QUE, EM QUALQUER QUANTIDADE, sejam capazes de comprovar a aptidão técnica exigida.

Assim, a exigência de no mínimo 02 (dois) atestados para a qualificação técnica compromete o caráter competitivo da licitação, prejudicando a obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração.

Isto posto, acompanho o RELATOR.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 21 de julho de l999.

EDSON SIMÕES
Conselheiro

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do processo TC nº 72.004.820/99*75, devolvidos, na presente sessão, pelo Conselheiro EDSON SIMÕES, após vista que lhe fora concedida na 1.868ª S.O., quando votaram os Conselheiros ANTONIO CARLOS CARUSO – Relator e EURÍPEDES SALES – Revisor.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por maioria, pelos votos dos Conselheiros ANTONIO CARLOS CARUSO – Relator, EDSON SIMÕES, com voto em separado, e ROBERTO BRAGUIM, com fundamento no artigo 19, inciso VII, da Lei Municipal nº 9.167/80, determinar à Secretaria Municipal da Saúde que refaça o ato convocatório, escoimando-o do vício insanável, que consiste na exigência de dois ou mais atestados para qualificação, técnica dos licitantes, com reabertura dos prazos do procedimento licitatório.

Vencido o Conselheiro EURÍPEDES SALES – Revisor, que votou, na 1.868ª S.O., pela manutenção da exigência estipulada no item 8.2.1. do edital.

Presente, nesta sessão, o Conselheiro Substituto DJALMA DONATO, sem direito a voto, nos termos do parágrafo 2º do artigo 32 do Regimento Interno desta Corte.

Participaram do julgamento o Conselheiro EURÍPEDES SALES– Revisor, EDSON SIMÕES e ROBERTO BRAGUIM.

Presente o Procurador da Fazenda Municipal Substituto RENATO TUFI SALIM.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 21 de julho de 1999.

WALTER ABRAHÃO
Presidente

ANTONIO CARLOS CARUSO
Relator