JULGAMENTO DA IMPUGNAÇÃO APRESENTADA PELA EMPRESA ELETRIFICA CONSTRUÇÃO E MANUTENÇÃO ELETRICA LTDA. REFERENTE AO EDITAL DE CONCORRÊNCIA Nº. 005/2016

PROCESSO: CONCORRÊNCIA Nº. 005/2016

IMPUGNANTE:

- ELETRIFICA CONSTRUÇÃO E MANUTENÇÃO ELETRICA LTDA.

I – DAS PRELIMINARES:

Impugnação apresentada tempestivamente, pela empresa acima citada, enviado via e-mail no dia 03/01/2017, conforme disposto no item 7.3 do Edital de Concorrência nº. 005/2016, impresso e juntado ao processo.

II – DAS FORMALIDADES LEGAIS:

Foram cumpridas todas as formalidades legais em relação à impugnação supracitada.

III – BREVE HISTÓRICO DOS FATOS:

Na data de 03.12.2016 foi publicado aviso referente à abertura da Concorrência nº. 005/2016 cujo objeto trata-se da contratação de empresa para a **prestação de serviços contínuos, visando a execução indireta, por empreitada, por preço unitário, de serviços gerais em redes primárias e secundárias, nos perímetros urbano e rural do Município de Poços de Caldas – MG, contemplando basicamente serviços de reforma (montagem e desmontagem), construção e manutenção em redes aéreas de distribuição desenergizadas e/ou energizadas, de até 15 KV, limpeza de faixa de servidão para LD's até 15 kV e LT's até 138 kV, poda de árvores próximas a redes elétricas, aceiro de postes, em áreas urbanas e rurais, de acordo com as disposições constantes no Anexo II - Especificação Técnica do edital, Comprometimento Orçamentário nº. 4957/2016 e Termo de Referência nº. 243/2016 e demais anexos,** no Jornal Oficial do Município (Jornal da Cidade), Diário Oficial do Estado de Minas Gerais e Jornal Hoje Em Dia, sendo que a data de abertura dos envelopes fora designada para o dia 06/01/2017 às 09 horas.

Porém, conforme consta nos autos do processo, o referido edital foi impugnado.

Este é o breve histórico

IV – DO MÉRITO

1. PRELIMINARMENTE

De início, alega a impugnante que:

5. Em análise aos requisitos estabelecidos pelo Instrumento Convocatório, mais precisamente no que se refere aos critérios de habilitação, a ora Impugnante constatou a exigência de atestado de capacidade técnica expedido por Distribuidora de Energia Elétrica contido nas exigências de comprovação de qualificação técnica:

[...]

6.3.2.5.3. Atestado (s) de capacidade técnica expedido (s) por **Distribuidora de Energia Elétrica**, que comprove (m) que o (s) **RESPONSÁVEL (EIS) TÉCNICO (S)** citado (s) **nos itens acima** executou (ram) atividades pertinentes e compatíveis em características com o objeto desta licitação, DEVIDAMENTE REGISTRADO / ACERVADO NO CREA, contemplando principalmente:

(i) A execução de serviços em redes 15 kv e, com no mínimo, as seguintes características:

a - Comprovação de execução de serviços em redes de distribuição desenergizadas.

b - Comprovação de execução de serviços em redes de distribuição energizadas.

(ii) Serviços de limpeza de faixa de servidão, poda de árvores e aceiro de postes próximas a redes elétricas.

6.3.2.5.4. Atestado (s) de capacidade técnica expedido (s) por **Distribuidora de Energia Elétrica**, que comprove (m) que **a LICITANTE** executou satisfatoriamente serviços com características semelhantes com o objeto desta licitação, contemplando no mínimo as seguintes características:

a) serviços referentes a reforma e construção de rede elétrica;
c) serviços referentes à poda de árvore;
d) serviços referentes a limpeza de faixa e aceiros de poste;
Observação: Será admitida a apresentação de um ou mais atestados para comprovação dos itens acima.

6. Depreende-se do excerto que o Instrumento Convocatório estabelece que as empresas licitantes deverão apresentar atestado de capacidade técnica expedido por Distribuidora de Energia Elétrica tanto da parte do responsável técnico quanto da licitante.

7. Ademais disso, limita a licitante apresentar somente atestados de capacidade técnica expedidos por Distribuidora de Energia Elétrica, sendo que qualquer licitante que não apresentar os documentos exigidos imediatamente restará inabilitado do processo.

Visando justificar seu pedido, alega que:

8. Entende a ora Impugnante, que a previsão editalícia que se refere a qualificação técnica deve ser revista, isso porque ofende frontalmente princípios e diretrizes legais trazidas pela Lei de Licitações e Contratos administrativos, assim como entendimento jurisprudencial e doutrinário, espelhando restrição de licitantes em potencial, e por consequência, afastamento do interesse maior da Administração Pública que é o de contratar o menor preço.

9. Isto posto, a ora Impugnante passa a expor suas ponderações atacando os critérios que julga inoportuno, para ao final requerer as devidas readequações.

10. Em primeiro momento, faz-se mister que a exigência do atestado de capacidade técnica emitido somente por Distribuidora de Energia Elétrica, restringe a participação de inúmeras empresas, sendo que o tipo do serviço que será executado não é prestado somente para Distribuidora de Energia Elétrica, podendo ser apresentado atestado emitido por outras empresas.

11. Então, não se discute a discricionariedade da Administração em se estabelecer critérios de qualificação técnica que pretende, mas sim, os limites desta discrionariedade, que no caso concreto se materializa através do que o artigo 30, §5º da Lei 8.666/93:

§ 5o <u>É vedada a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão</u> com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta Lei, **<u>que inibam a participação na licitação</u>**. (Grifo nosso).

13. Vale ressaltar que as exigências constantes nos itens 6.3.2.5.3 e 6.3.2.5.4, do referido item editalício, agridem o maior número de empresas participantes, em razão da limitação de atestados emitidos por Distribuidora de Energia Elétrica. No caso, se uma empresa que comprova a execução equânime de um serviço, demonstrará a mesma capacidade que outras empresas que o tenham executado, já que a complexidade de execução sertã, absolutamente, a mesma.

Invocando para tanto o art. 30 da Lei 8666/93, a impugnante alega que a exigência dos atestados técnicos de distribuidoras de energia elétrica estaria restringindo participação de interessados no certame.

A impugnante acima mencionada apresentou impugnação contestando o item 6.3.2.5.3. e 6.3.2.5.4. do Instrumento Convocatório, sendo que a questão mencionada será abaixo abordada e abalizada por esta Comissão Julgadora. Senão vejamos.

- **Do item 6.3.2.5.3. do Edital**

Atestado (s) de capacidade técnica expedido (s) por Distribuidora de Energia Elétrica, que comprove (m) que o (s) RESPONSÁVEL (EIS) TÉCNICO (S) citado (s) nos itens acima executou (ram) atividades pertinentes e compatíveis em características com o objeto desta licitação, DEVIDAMENTE REGISTRADO / ACERVADO NO CREA, contemplando principalmente:

(i) A execução de serviços em redes 15 kv e, com no mínimo, as seguintes características:
a - Comprovação de execução de serviços em redes de distribuição desenergizadas.
b - Comprovação de execução de serviços em redes de distribuição energizadas.
(ii) Serviços de limpeza de faixa de servidão, poda de árvores e aceiro de postes próximas a redes elétricas.

- **Do item 6.3.2.5.4. do Edital**

6.3.2.5.4. Atestado (s) de capacidade técnica expedido (s) por **Distribuidora de Energia Elétrica**, que comprove (m) que **a LICITANTE** executou satisfatoriamente serviços com características semelhantes com o objeto desta licitação, contemplando no mínimo as seguintes características:

a) serviços referentes a reforma e construção de rede elétrica;
c) serviços referentes à poda de árvore;
d) serviços referentes a limpeza de faixa e aceiros de poste;

V- DA FUNDAMENTAÇÃO

a) Da qualificação técnica profissional e operacional

Ao apresentar atestado de capacitação técnico-profissional, o licitante comprova à Administração que conta em sua equipe com profissional que já tenha executado algo semelhante ao objeto da licitação. Trocando-se em miúdos, o atestado profissional refere-se à experiência dos profissionais que fazem parte da equipe do licitante.

De forma a esclarecer e corroborar o juízo exposto, compete destacar dizeres do eminente jurista Jessé Torres Pereira Júnior, em sua obra *Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública* (8. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. pg. 392/393):

> "*A qualificação técnica da pessoa jurídica resulta do seu conjunto de recursos organizacionais e humanos. Tanto que o inciso II do art. 30 cuida, em sua primeira parte, de elemento organizacionais, deixando para a* ***segunda parte a referência ao pessoal técnico****. Este, sem estrutura empresarial apta a produzir os insumos e apoios, na medida e no tempo certos, não logra execução adequada. Por conseguinte, o edital pode e deve estabelecer as exigências, por meio de atestados, que sejam suficientes para que a Comissão Julgadora verifique se cada licitante dispõe daquele conjunto de recursos, sob pena de inabilitação."*

Cristalina, portanto, não só a possibilidade como a própria necessidade de exigência de qualificação técnica a fim de se aferir a capacitação da pessoa jurídica no que tange a seus recursos organizacionais.

Vale destacar que o próprio Tribunal de Contas da União, em sucessivos acórdãos, já tratou do tema da capacitação técnico-profissional x capacitação técnico-operacional, consolidando o entendimento de que:

> *"a ausência de explícita referência, no art. 30 da Lei nº. 8.666/93, a requisitos de capacitação técnico-operacional, não significa vedação à sua previsão, de modo que sua exigência no edital não fere o caráter competitivo do certame licitatório". (Acórdão nº. 1524/2006 – Plenário, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues).*

Por todo o exposto, insubsistentes os termos tratados pela impugnante no intento de afastar a capacidade técnico-profissional da análise do certame, seja por não encontrar guarida na doutrina e jurisprudência correlata, seja por contrariar os interesses e necessidades da Administração no que concerne à qualificação técnica.

Além disto, de acordo com a renomada consultoria Zênite[1] esta relata que:

> *Atualmente, no Acórdão nº 534/2016 – Plenário, o Tribunal de Contas da União voltou a decidir ser lícito a Administração exigir quantitativos para comprovação da capacidade técnico-profissional, inclusive em nível superior aos quantitativos exigidos para a demonstração da capacidade técnico-operacional. Isso porque, segundo a conclusão firmada, "embora a experiência da empresa, sua capacidade gerencial e seus*

[1] Qualificação técnica – Operacional e profissional – Exigência de quantitativos mínimos – Entendimento do TCU. *Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)*, Curitiba: Zênite, n. 271, p. 943, set. 2016, seção Perguntas e Respostas..

equipamentos sejam fatores relevantes, profissionais qualificados são determinantes para o desempenho da contratada".

Nessa ocasião mais recente, a Min. Relatora ponderou que a jurisprudência do Tribunal evoluiu "para admitir ser possível – e até mesmo imprescindível à garantia do cumprimento da obrigação – delimitar as características que devem estar presentes na experiência anterior do licitante quanto à capacidade técnico-operacional e técnico-profissional" e ainda destacou:

(...) é compatível com o interesse público contratar empresas e profissionais com experiência comprovada na execução da obra que se irá executar. A questão não é a exigência da comprovação de experiência anterior, mas a razoabilidade dos parâmetros estipulados. (Grifamos.)

Com base nesses precedentes, entende-se possível responder que, de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, especialmente as decisões mais recentes, é possível exigir quantitativos mínimos para fins de qualificações técnica operacional e profissional em uma mesma licitação.

Para tanto, ao exigir quantitativos mínimos para fim de comprovação da capacidade técnico-profissional das licitantes (art. 30, § 1º, inc. I, da Lei nº 8.666/93), cumpre à Administração apresentar motivação capaz de evidenciar que essa exigência é indispensável à garantia do cumprimento da obrigação a ser assumida pela vencedora do certame.

Se for esse o caso, conforme afirmou a Min. Relatora do Acórdão nº 534/2016 – Plenário, não há "problemas em exigir do profissional mais do que se exigiu da firma, consoante apontado pela unidade técnica. A experiência da empresa na execução de obra é importante, mas não determinante. Sem profissional qualificado, a contratada não tem o mesmo desempenho, mesmo que tenha capacidade gerencial e equipamentos"."

Deste modo, verifica-se que os termos disciplinados no referido edital não afronta os preceitos legais.

- **Da exigência de atestado emitido por distribuidora de energia elétrica**

Além disto, atrelado ao raciocínio apontado no tópico acima, nota-se a adequabilidade de se exigir a capacidade técnico-operacional da licitante, frisa-se entendimento pertinente de Marçal Justen Filho[2]:

> **Excluir a possibilidade de requisitos acerca da capacitação técnica operacional conduz, em termos gerais, a colocar em risco a execução satisfatória da futura contratação.** A Administração Pública poderá contratar sujeito sem a experiência necessária a execução de certo objeto contratual. (Grifos nossos).

Com base em tal ensinamento, fica clara a adequabilidade de se exigir que o atestado de capacidade técnica a ser apresentado pelas licitantes seja emitido tão somente por Distribuidora de Energia Elétrica.

Isso porque, além de estar estritamente relacionada com a capacitação técnica da licitante para execução adequada do serviço, a exigência ainda guarda relação direta com as peculiaridades que somente uma Distribuidora de Energia Elétrica enfrenta em seu dia-a-dia.

Como forma de elucidar a argumentação, de conhecimento de toda e qualquer entidade do setor elétrico, as distribuidoras – e somente elas – são avaliadas pelo Órgão Regulador em diversos aspectos no fornecimento de energia elétrica[3].

---

[2] Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Editora Dialética, 11ª Edição, p. 330.

Com destaque para a qualidade do serviço oferecido aos consumidores, as distribuidoras de energia elétrica são responsáveis pela manutenção de bons níveis de indicadores de continuidade coletivos: DEC (Duração Equivalente de Interrupção por Unidade Consumidora) e FEC (Frequência Equivalente de Interrupção por Unidade Consumidora), além de indicadores de continuidade individuais: DIC (Duração de interrupção individual por unidade consumidora), FIC (Freqüência de interrupção individual por unidade consumidora), e DMIC (Duração máxima de interrupção contínua por unidade consumidora ou ponto de conexão).

Considerando tal particularidade, e verificando-se que os serviços objeto do Edital de Concorrência impugnado têm impacto direto nos indicadores mencionados, é por decorrência lógica que se vislumbra que **somente as distribuidoras de energia elétrica** têm a capacidade necessária para atestar a boa execução dos serviços frente aos indicadores avaliados.

Admitir que qualquer pessoa jurídica de direito público ou privado emita o atestado em comento, é o mesmo que negar o devido valor aos indicadores existentes e, consequentemente, negar o resguardo e preocupação com a qualidade do serviço prestado aos consumidores.

Somente a título de complementação da relevância dada ao tema de qualidade na prestação do serviço público específico de distribuição de energia elétrica, segue transcrita Cláusula Segunda do Contrato de Concessão nº. 49/99, celebrado entre a União e a DME Distribuição S/A - DMED, que assim estabelece:

> CLÁUSULA SEGUNDA - CONDIÇÕES DE PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA
>
> Subcláusula Primeira - A CONCESSIONÁRIA obriga-se a adotar, **na prestação do serviço público de distribuição** de energia elétrica, tecnologia adequada e a empregar materiais, equipamentos, instalações e **métodos operativos** que, atendidas as normas técnicas brasileiras, garantam níveis de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia no atendimento e modicidade das tarifas. “Grifos nossos”

Por todo o exposto, irrefragável a manutenção da exigência editalícia que somente tem a finalidade de resguardar a boa execução serviço em observância à qualidade devidamente regulamentada por Órgão Competente e, em âmbito maior, proteger o próprio interesse público.

V – DA DECISÃO:

Ante a exposição dos fatos supracitados, e das razões apresentadas, relevante reiterar que os procedimentos adotados para a condução deste certame foram baseados na lisura, na transparência e sempre buscando atingir os objetivos e princípios propostos pela Administração Pública, ressaltando ainda o cumprimento às leis que norteiam a licitação, em especial a Lei nº. 8.666/93.

---

[3] Informações obtidas no endereço eletrônico: <http://www.aneel.gov.br/area.cfm?idArea=79>.

Isso posto, sem nada mais a evocar, decidimos NEGAR PROVIMENTO a impugnação apresentada pela empresa ELETRIFICA CONSTRUÇÃO E MANUTENÇÃO ELETRICA LTDA.

Poços de Caldas, 05 de janeiro de 2017.

COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO (Portaria nº. 014/2016)

_____
Marilene Santiago Coutinho (Presidente)

_____
Magda Angela Silva Miguel (Titular)

_____
Fábio de Magalhães (Titular)

Equipe Técnica

_____
Richard Martins Bueno
Gerencia de Distribuição

_____
Márcio Aparecido Bruschi
Gerencia de Projetos e Construções Elétricas

_____
Leonardo Moreira Francisco
Supervisão de Atualização de Base