

QUALIFICAÇÃO TÉCNICA: APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS EM NOME DE EMPRESA DIVERSA PERTENCENTE AO MESMO GRUPO ECONÔMICO.

Por: Eduardo Meira Ribas

Advogado em Curitiba. Consultor Jurídico da JML Consultoria e Eventos Ltda. Integrante da equipe de apoio técnico da Revista JML de Licitações e Contratos. Atua profissionalmente desde 2010 na área consultiva de licitações e contratos administrativos direcionada ao Poder Público.

As exigências de qualificação técnica fixadas em edital pela Administração Pública destinam-se a aferir se os licitantes interessados em contratar reúnem as condições técnicas necessárias e suficientes para executar satisfatoriamente o objeto contratual.

Marçal Justen Filho, ao tratar sobre os requisitos de qualificação técnica, explica que:

“A expressão ‘qualificação técnica’ tem grande amplitude de significado. Em termos sumários, consiste no domínio de conhecimentos e habilidades teóricas e práticas para execução do objeto a ser contratado.

(...)

O conceito de qualificação técnica é complexo e variável, refletindo a heterogeneidade dos objetos licitados. Cada espécie de contratação pressupõe diferentes habilidades ou conhecimentos técnicos. É implausível imaginar algum caso em que a qualificação técnica seria irrelevante para a Administração. Quando muito, poderia imaginar-se que o objeto é suficientemente simples para ser executado por qualquer profissional de uma certa área. Por exemplo, suponha-se que a Administração necessite contratar serviços de marcenaria muito simples. A qualificação técnica poderá restringir-se à comprovação da titularidade da profissão de marceneiro, mas é óbvio que não poderia ser contratada pessoa destituída de qualquer habilidade nesse setor.

Como decorrência, a determinação dos requisitos de qualificação técnica far-se-á caso a caso, em face das circunstâncias e peculiaridades das necessidades que o Estado deve realizar. Caberá à Administração, na fase interna antecedente à própria elaboração do ato convocatório, avaliar os requisitos necessários, restringindo-se ao estritamente indispensável a assegurar um mínimo de segurança quanto à idoneidade dos licitantes.”¹
(grifou-se)

Referidas exigências técnicas devem ser adequadamente definidas pela Administração Pública nos editais de licitação, sendo válido ressaltar que, consoante a regra disposta no art. 37, inc. XXI, da Constituição Federal de 1988², somente poderão

¹ FILHO. Marçal Justen. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 16. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2014. p. 575.

² “Art. 37. (...)

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.” (grifou-se)

ser fixadas em edital as condições mínimas necessárias à esmerada execução do objeto.

Nesse sentido, é a posição pacífica do Tribunal de Contas da União, consubstanciada na seguinte resenha jurisprudencial:

“A exigência de comprovação da qualificação técnica deve ser pertinente e compatível com o objeto da licitação ou da contratação direta e indispensável ao cumprimento do objeto.”³
(grifou-se)

Portanto, ao delimitar o objeto a ser contratado, cabe à Administração Pública prever, em consonância com os requisitos admitidos pela legislação, as exigências técnicas mínimas necessárias a sua execução, sempre justificadamente, e fixá-las no ato convocatório da licitação, tendo em mente possibilitar a participação do maior número possível de interessados, a fim de viabilizar a seleção da proposta mais vantajosa, sem esquecer as condições essenciais e necessárias à esmerada consecução do objeto visado.

A avaliação da capacidade técnica específica dos licitantes.

De acordo com o art. 30 da Lei nº 8.666/93, a avaliação da capacidade técnica específica dos licitantes (a aptidão para executar objeto similar ao licitado) pode se dar sob duas perspectivas distintas: I) a da capacidade técnico-operacional (art. 30, inc. II); e, II) a da capacidade técnico-profissional (art. 30, § 1º, inc. I):

“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 do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

(...)

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

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

(...)

³ Disponível em:

<https://contas.tcu.gov.br/pls/apex/f?p=175:11:223229280820801::NO::P11_NO_SELECIONADO%2CP11_TELA_ORIGEM%2CP11_ORIGEM:0_1_395_20_3%2CLOGICA%2C0>.

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

§ 3º. Será sempre admitida a comprovação de aptidão através de certidões ou atestados de obras ou serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior.

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

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

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

(...)

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

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

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

A comprovação da qualificação técnico-operacional tem por finalidade assegurar que o licitante, enquanto organização empresarial, detém estrutura administrativa e organizacional mínima para executar satisfatoriamente o objeto licitado. Para tanto, busca-se saber, através da experiência anterior, se o licitante já executou objeto com características, quantidades e prazos similares ao objeto da licitação, bem como se dispõe de instalações, aparelhos e pessoal técnico disponível para a execução do contrato.

De acordo com Marçal Justen Filho:

“A qualificação técnica operacional consiste em qualidade pertinente às empresas que participam da licitação. 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.”⁴

⁴ FILHO, Marçal Justen. *Comentários...*, p. 585.

Nos termos do art. 30, §§ 1º e 6º, da Lei de Licitações, a comprovação da qualificação técnico-operacional será realizada por meio da apresentação de atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, registrados na entidade de classe profissional competente⁵, que demonstrem a execução satisfatória de objeto similar ao licitado, bem como pela incontroversa indicação das instalações, aparelhos e pessoal técnico disponível para executar o objeto da licitação.

A capacidade técnico-profissional, por sua vez, trata de exigência específica relativa ao profissional (pessoa física) que irá participar da execução do objeto. Tem por finalidade comprovar que as empresas participantes do certame dispõem, para a execução do contrato, de profissional reconhecido pela entidade de classe competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica pela execução de objeto similar ao licitado pela Administração Pública.

Segundo explica Marcio Pestana:

“Essa exigência, no tocante à capacitação técnico-profissional, é de fundamental importância, pois se aloja no núcleo crítico da contratação, exatamente nos domínios do conhecimento e da experiência que deverão ser necessários para que o ajuste correspondente leve a um bom desempenho e a uma ótima solução final para a Administração.”⁶

Marçal Justen Filho, por sua vez, destaca que:

“(…). A questão da qualificação técnica profissional somente pode ser compreendida em face de obras e serviços de engenharia. É que a legislação que regula a profissão subordina a realização de qualquer obra ou serviço de engenharia a um controle específico em face dos órgãos de classe (Crea). Esse controle envolve a participação e a responsabilidade técnica de um profissional (pessoa física) regularmente inscrito em face do Crea.”⁷

Na forma do inc. I do § 1º do art. 30 da Lei de Licitações tal requisito habilitatório deverá ser atendido com a demonstração de que a empresa possui, na data prevista para a apresentação das propostas, profissional que detenha atestado de responsabilidade técnica pela execução anterior de objeto com características semelhantes ao licitado pela Administração Pública⁸.

A apresentação de documentos de qualificação técnica em nome de empresa diversa da que participa da licitação, mas pertencente ao mesmo grupo econômico.

Conforme já devidamente destacado, o que a Administração Pública avalia por meio das exigências de qualificação técnica é a **experiência do licitante no passado**, sua atuação satisfatória na execução de objeto similar ao licitado, gerando para o órgão ou entidade contratante a presunção de que se o particular já executou com sucesso semelhante, terá condições de assim fazê-lo novamente.

⁵ Nas hipóteses em que houver entidade de classe com competência para o referido registro, a exemplo do que ocorre na área de engenharia.

⁶ PESTANA, Marcio. *Licitações públicas no Brasil: exame integrado das Leis 8.666/93 e 10.520/2002*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 656.

⁷ FILHO, Marçal Justen. *Comentários...*, p. 586.

⁸ Ressalte-se, contudo, que para serem devidamente habilitados no certame licitatório os licitantes devem comprovar, tão somente, que na data prevista para a apresentação das propostas, dispõem de profissional (pessoa física) que já tenha realizado obra ou serviço semelhante ao licitado, indicando-o pessoalmente. Nesse caso, não há a necessidade de a Administração exigir que estes profissionais estejam vinculados ao quadro permanente das empresas participantes da licitação.

Essa presunção se forma com base na experiência obtida pelo licitante com o exercício dessas atividades pretéritas.

Sobre o fator experiência, Marçal Justen Filho explica que “não se trata, obviamente, de um bem material, com existência física. A experiência-qualificação não se trata de uma coisa, dotada de corporalidade e sobre a qual um sujeito exercitaria poderes de domínio.”⁹ Não há, dessa maneira, uma relação de apropriação sobre a experiência adquirida com a execução anterior de objeto similar ao que pretende a Administração, e sim o intuito de utilizar o conhecimento do próprio licitante para os fins por ela desejados. Essa experiência é que gera a presunção de que o licitante é capaz de realizar o objeto satisfatoriamente por todo o período previsto para a duração do contrato.

Justamente por isso é que, para comprovar que possui experiência anterior compatível com os requisitos e condições impostas pela Administração no instrumento convocatório, a rigor, uma empresa não pode se valer da qualificação técnica de outra pessoa jurídica respaldada no simples fato de que ambas pertencem ao mesmo grupo econômico.

Ainda que os grupos econômicos caracterizem-se, essencialmente, quando duas ou mais sociedades empresariais, de forma organizada e coordenada, unem esforços para desenvolver de uma forma mais produtiva e eficiente suas atividades econômicas, é preciso ter em mente que cada empresa ou sociedade pertencente a tal grupo econômico é dotada de **personalidade jurídica própria**, por meio da qual adquire direitos e obrigações que a individualiza perante o grupo.

Assim, mesmo existindo algum tipo de controle, dependência ou subordinação entre as empresas, a personalidade jurídica de cada qual impede que as pessoas jurídicas se confundam entre si.

Na seara trabalhista, a definição de grupo econômico encontra previsão expressa no § 2º do art. 2º do Decreto-Lei nº 5.452/1943, que aprova a Consolidação das Leis do Trabalho, nos seguintes termos:

“Art. 2º. (...)

§ 2º. Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.”

Conforme pondera Adilson de Abreu Dallari é “(...) perfeitamente normal que grupos econômicos constituam diversas empresas, por razões comerciais e especialmente tributárias.”¹⁰ Isso não impede, todavia, que, em função da formação de grupos econômicos, as empresas participem de licitações públicas. No entanto, a

⁹ FILHO, Marçal Justen. *Capacitação técnico-operacional em licitações de obra e serviço de engenharia - cessão de acervo técnico*. ILC nº 79/Setembro/2000, seção Doutrina, p. 742.

¹⁰ DALLARI, Adilson Abreu. *Apresentação de propostas por empresas pertencentes a um mesmo grupo econômico*. ILC nº 100/Junho/2002, seção Doutrina, p. 442.

participação em licitações de empresas pertencentes a grupos econômicos deve se dar mediante a verificação das condições individuais de cada qual.

Nesse sentido, vale mencionar, uma vez mais, as lições de Adilson Abreu Dallari:

“Por outro lado, não poderão ser impedidas pela Administração de participar individualmente em determinada concorrência, que não admita consórcio, empresas que disposição legal ou contratual considere componentes de um mesmo grupo de empresas, **desde que demonstrem a sua plena qualificação pessoal, isto é, que possuem personalidade jurídica, capacidade técnica e idoneidade financeira próprias**. Qualquer disposição do Edital nesse sentido seria nula, por afrontar o princípio da universalidade da concorrência.”¹¹ (grifou-se)

Na mesma linha, pondera Marçal Justen Filho:

“27 Nem seria relevante o argumento de que as partes integram os mesmos grupos societários (de fato ou de direito), relacionando-se entre si através de vínculos de participação. Logo, **poder-se-ia supor que a experiência obtida por uma sociedade seria disseminada no âmbito interno do grupo. Seria transferida para as demais sociedades coligadas e, direta ou indiretamente, a ela vinculadas**.

Esse raciocínio conduz a negar a distinção entre as diferentes sociedades integrantes de um mesmo grupo. Significa supor que os atributos atinentes a uma sociedade são automaticamente extensíveis a outras. Produz-se efeito amplo e automático de desconsideração da personalidade jurídica societária. Afirmar tal proposta significa eliminar a função da personificação societária e destruir a pessoa jurídica.”¹² (grifou-se)

A respeito do tema, o Tribunal de Contas da União destaca no seguinte julgado:

“VOTO

Trata-se de representação, com fulcro no §1º do art. 113 da Lei 8.666, de 1993, mediante a qual são relatadas a este Tribunal supostas irregularidades relacionadas à condução, pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região (TRF-2), do Pregão Eletrônico 102/2014.

2. Conforme de depreende do relatório, no curso do presente processo foi exarada medida cautelar, a qual foi referendada pelo Plenário desta Corte, determinando ao TRF-2 que suspendesse todos os atos decorrentes do referido certame.

3. Em face dessa medida de exceção, a representada – empresa TechMahindra Serviços de Informática Ltda. –, interpôs agravo. Além disso, buscou aquela empresa que o TCU concedesse medida cautelar em virtude de o TRF-2, em sua esfera discricionária, ter anulado todos os atos que importaram na homologação da licitação, ‘invalidando os atos de habilitação e classificação das propostas apresentadas pela empresa Tech Mahindra serviços de informática Ltda.’

4. Ao serem apreciados o agravo e o pedido de nova medida cautelar, este Tribunal, por intermédio do Acórdão 1420/2015-TCU-Plenário, negou provimento ao agravo e rejeitou o pedido de adoção de medida cautelar contra ato praticado pelo TRF-2.

5. Desta feita, retornam os autos para que esta Corte delibere sobre o mérito da representação.

¹¹ DALLARI, Adilson Abreu. *Apresentação de propostas...*

¹² FILHO, Marçal Justen. *Capacitação técnico-operacional...*

6. E nesse aspecto, o cotejo das informações apresentadas pelo TRF-2, bem como daquelas apresentadas pela citada empresa em face da oitiva promovida pela unidade instrutiva, conduz à conclusão de que os indícios de irregularidade inicialmente apontados, os quais ensejaram a adoção de medida cautelar, não foram afastados. Ao contrário, as alegações juntadas aos autos efetivamente os confirmam.

7. Nessa linha, ressalto que, no âmbito administrativo, aquele Tribunal Federal, ao ser cientificado sobre a representação em exame, reconheceu que o atestado apresentado pela empresa representada não atendia ao disposto no edital do certame, eis que não se referia à capacidade operacional da empresa que participava da licitação, mas de todas que compunham o grupo econômico a que pertencia.

8. Veja-se que em 24/9/2014 a empresa Basf S/A atestou que a TechMahindra prestou serviços de suporte técnico remoto e presencial em quantidades superiores às exigidas no certame, alcançando 100.000 usuários e 90.000 estações de trabalho. **Contudo, ao detalhar essas informações em atendimento a diligência promovida pelo órgão contratante, a própria Basf S/A emitiu outro certificado, desta feita em 4/3/2015, por meio do qual atestou que a TechMahindra Serviços de Informática Ltda. presta serviços de suporte técnico remoto e presencial a 5000 usuários e a 4.200 estações de trabalhos desde 2013.**

9. A diferença identificada decorre, conforme a própria empresa reconheceu em manifestação acostada à peça 63, de o primeiro atestado referir-se à prestação de serviços em nível global e de o segundo documento se restringir ao mercado local.

10. É de se notar que tais certidões não conduzem ao entendimento de que a participante do certame também presta serviços em âmbito internacional, pois segundo o disposto nas mensagens eletrônicas acostadas às peças 40 e 42, os serviços constantes do primeiro atestado referem-se ao número de usuários relativos à Basf Global, ou seja, a soma das empresas que integram o grupo da Basf.

(...)

13. Desse modo, concluo que a exigência contida no item 9.4.1. do edital do certame, relativa à comprovação de 25.000 usuários autenticados, não foi atendida, pois o atestado de qualificação técnica apresentado revela que a Techmahindra Serviços de Informática Ltda. apenas prestou serviços para 5.000 usuários autenticados.

14. Portanto, deve a representação ser considerada procedente.”¹³ (grifou-se)

Observa-se, desse modo, que a qualificação técnica de uma determinada empresa não é algo que possa ser “utilizado” por outra pessoa jurídica, justamente por haver nela um caráter *intuitu personae*, de modo que, pertencer ao mesmo grupo econômico não legitima a equivalência entre a experiência dessas empresas.

Assim, diante da necessidade de a empresa que efetivamente participa da licitação contar com experiência anterior compatível com as exigências do edital, não é admissível que a Administração Pública venha a aceitar documentos de qualificação técnica de outra pessoa jurídica que atende tais condições pelo simples fato de ambas pertencerem ao mesmo grupo econômico.

¹³ TCU. Acórdão nº 1.847/2015 – Plenário.