

Existe prazo mínimo de execução contratual para constar em atestados de capacidade técnica?

Nos termos do art. 62 da Lei nº 14.133/2021 (Nova Lei Geral de Licitações e Contratos - NLGLC), a habilitação é a fase da licitação em que se verifica o conjunto de informações e documentos necessários e suficientes para demonstrar a capacidade do licitante de realizar o objeto da licitação, dividindo-se em: I - jurídica; II - técnica; III - fiscal, social e trabalhista e IV - econômico-financeira.

Mais adiante, a NLGLC estabelece que a documentação relativa à qualificação técnico-profissional e técnico-operacional será restrita a certidões ou atestados que demonstrem capacidade operacional na execução de serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior, bem como documentos comprobatórios (art. 67, II).

Perceba-se, portanto, que a Nova Lei Geral de Licitações e Contratos foi silente em disciplinar um tempo mínimo de execução contratual que possa constar de um atestado de capacidade técnica e assim demonstrar a capacidade operacional do licitante de realizar o objeto da licitação.

E por que o tempo de execução contratual de serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior por parte do licitante deveria ser importante na aferição da qualificação técnico-profissional e técnico-operacional?

Bom, imaginemos um certame para contratar serviços de publicidade prestados necessariamente por intermédio de agências de propaganda (que, apesar de regido pela Lei nº 12.232/2010, é supletivamente submisso à Lei nº 14.133/2021), especificamente para elaborar uma campanha de vacinação.

Em tal contexto, seria válido admitir um atestado de capacidade técnica que declarasse que um determinado licitante estava executando a apenas um mês outro contrato para realizar uma campanha de vacinação?

Ora, nessa ilustração hipotética, nos parece evidente que uma empresa que está executando um determinado contrato a apenas um mês, não consegue demonstrar sua capacidade operacional de realizar o objeto da licitação apenas com base nesse atestado.

Mas, em que pese tal preocupação aqui levantada, é preciso repetir que o tema não é tratado pela NLGLC, assim como não o era pela Lei nº 8.666/1993 e também não o é pela Lei nº 13.303/2016.

Todavia, apesar de carente de tratamento legal, essa comprovação, por parte do licitante, de um tempo mínimo de execução de serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior foi objeto de regulamentação, ao menos no âmbito da União, na Instrução Normativa nº 05/2017 SEGES/MPDG que, ao dispor sobre as regras e diretrizes do procedimento de contratação de serviços sob o regime de execução

indireta no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, trouxe as seguintes regras:

“10.6. Na contratação de serviço continuado, para efeito de qualificação técnico-operacional, a Administração poderá exigir do licitante:

(...)

b) comprovação que já executou objeto compatível, em prazo, com o que está sendo licitado, mediante a comprovação de experiência mínima de três anos na execução de objeto semelhante ao da contratação, podendo ser aceito o somatório de atestados;

10.6.1 É admitida a apresentação de atestados referentes a períodos sucessivos não contínuos, para fins da comprovação de que trata a alínea ‘b’ do subitem 10.6 acima, não havendo obrigatoriedade de os três anos serem ininterruptos.

(...)

10.8. Somente serão aceitos atestados expedidos após a conclusão do contrato ou se decorrido, pelo menos, um ano do início de sua execução, exceto se firmado para ser executado em prazo inferior.”

Tais regras trazidas pela IN nº 05/2017 SEGES/MPDG inclusive foram acolhidas pela Controladoria Geral da União (CGU) que, para padronizar os procedimentos para a emissão de atestado de capacidade técnica pelas áreas técnicas do Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União, responsáveis pelo seu fornecimento, expediu a Orientação Normativa CGU nº 6, de 24 de setembro de 2018 nos seguintes termos:

“Art. 3º São requisitos para a emissão do Atestado de Capacidade Técnica:

(...)

II - a conclusão do Contrato ou o transcurso de, pelo menos, 01 (um) ano do início de sua execução, exceto se firmado para ser executado em prazo inferior, conforme previsto no item 10.8, do Anexo VII-A, da IN SEGES/MPDG nº 05/2017;”

Voltando à nossa ilustração hipotética do licitante que participou do certame para elaborar uma campanha de vacinação apresentando um atestado de capacidade técnica que comprovava a execução de outro contrato análogo por apenas um mês, aplicando-se a regra contida no item 10.8 da IN nº 05/2017 SEGES/MPDG (que, como já exposto, estabelece que somente serão aceitos atestados expedidos após a conclusão do contrato ou se decorrido, pelo menos, um ano do início de sua execução, exceto se firmado para ser executado em prazo inferior) o licitante seria inabilitado por não conseguir atestar capacidade operacional de realizar o objeto da licitação.

Fazendo menção expressa à IN nº 05/2017 SEGES/MPDG, o Tribunal de Contas da União fez alguns alertas quanto a sua forma de aplicação:

“Em licitações de serviços continuados, para fins de qualificação técnico-operacional, a exigência de experiência anterior mínima de três anos (subitem 10.6, b, e 10.6.1 do Anexo VII-A da IN-Seges/MPDG 5/2017), lapso temporal em regra superior ao prazo inicial do contrato, deve ser objeto de adequada fundamentação, baseada em estudos prévios e na experiência pretérita do órgão contratante, que indiquem ser tal lapso indispensável para assegurar a prestação do serviço em conformidade com as necessidades específicas do órgão, por força da sua essencialidade, quantitativo, risco, complexidade ou qualquer outra particularidade” (Acórdão 2870/2018 – Plenário)

Assim, podemos responder afirmativamente que existe, ao menos no âmbito de aplicação da IN nº 05/2017 SEGES/MPDG, um prazo mínimo de execução contratual para constar em atestados de capacidade técnica.

Mas, por não serem regidos pela IN nº 05/2017 SEGES/MPDG, como fica a questão no âmbito dos Estados, do DF e dos Municípios? E quanto às empresas públicas e sociedades de economia mista?

Mesmo tendo sido editada sob a égide da Lei nº 8.666/1993, a IN nº 05/2017 SEGES/MPDG segue em vigor, atraindo assim a possibilidade de aplicação do art. 187 da Nova Lei Geral de Licitações e Contratos que estabelece que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão aplicar os regulamentos editados pela União.

Além de poderem aplicar diretamente a IN nº 05/2017 SEGES/MPDG, Estados, DF e Municípios podem, por óbvio, regulamentar o tema nas bases que melhor lhe aprouverem.

Por fim, empresas públicas e sociedades de economia mista podem regulamentar tal tema tratado IN nº 05/2017 SEGES/MPDG por meio dos seus respectivos Regulamentos de Licitações e Contratos.

Por **Aldem Johnston Barbosa Araújo**, advogado de Mello Pimentel Advocacia. Membro da Comissão Especial de Saneamento e da Comissão de Direito Administrativo da OAB/PE. Membro da Coordenação de Direito Público da Editora da OAB/PE. Pós-Graduado em Direito Público.

E-mails: aldem.johnston@mellopimentel.com.br.