Aspectos Gerais

É a fase procedimental marcada pela burocracia e que tem algumas finalidades. Na licitação, seu objetivo é verificar a capacidade de o contrato ser executado por aquele que venceu, sejam condições jurídicas, econômicas, técnicas ou outras (**art. 62**).

Ainda, o objetivo é fazer com que a licitação se enquadre aos princípios da Administração Pública, como legalidade e moralidade, em especial a competitividade, específica da própria licitação. O intuito é evitar licitante com incapacidade de executar, bem como licitantes que consigam vantagens na concorrência por fraudarem a lei, como aquele que descumpre a legislação tributária e consegue preços mais baixos por isso.

A Nova Lei de Licitações apresenta a regra geral de que a habilitação ocorrerá após o julgamento, nada impedindo a inversão e a utilização da regra da Lei 8.666/1993, desde que a autoridade motive esta escolha.

A habilitação pode ocorrer por um meio eletrônico que faça a comunicação de todos os documentos e requisitos. Neste sentido, o registro cadastral e a pré-qualificação ajudam este sistema (não confundir o regime cadastral com todo o sistema da tomada de preços, modalidade licitatória da antiga lei que não mais existe).

Evolução

O direito brasileiro evoluiu na forma como encara a habilitação e seus requisitos, ampliando-os ao longo do tempo. Hoje, basicamente, há habilitação jurídica, qualificação técnico-profissional e técnico-operacional, habilitação econômico-financeira, habilitação fiscal, social e trabalhista (com vistas ao trabalho de menores) e respeito à garantia de vagas para deficientes e reabilitados.

Os **arts. 63 a 65** apresentam regras gerais de habilitação. Eles permitem que a Administração exija declaração de atendimento de requisitos dos licitantes, mas não deixa claro se isso substitui a habilitação em si.

Ainda, há situações em que a habilitação pode ser dispensada, seja a fase inteira, sejam alguns critérios. O **art. 70, III** trata disso e, dentre outras situações, dispensa a habilitação para produtos com pesquisa e desenvolvimento. O **art. 32, §4º** diz que não existe fase de habilitação no leilão.

Aspectos Gerais

A Lei de Licitações prevê, com exceção da inversão de fases, a habilitação apenas do licitante vencedor. Ainda, os documentos referentes à regularidade fiscal só serão exigidos após o julgamento – ela não precisa ser comprovada de início.

A habilitação exige o cumprimento de reserva de vagas para deficientes e reabilitados. Por fim, os custos derivados de direitos trabalhistas devem ser comprovados, sob pena de desclassificação da proposta (apesar de estar na habilitação).

Vistoria Prévia

Há situações em que os licitantes precisam conhecer o local de execução do contrato e todo o seu contexto, como na edificação de uma obra ou quando um prestador de serviços irá reparar equipamentos de informática e precisa conhecê-los.

A lei faculta que o licitante declare tal conhecimento, garantindo-o direito de vistoria prévia do local e das condições, que poderá ser substituída por uma declaração em que o candidato diz conhecer todos os aspectos relativos. As vistorias devem ser agendadas em dias e horários diferentes para licitantes diversos.

Documentação de Habilitação

Veda-se a substituição ou a inclusão de documentos após a entrega da proposta (**art. 64**), salvo duas exceções: complementar informações quanto a documentos já apresentados, quando necessário apurar fatos existentes quando da abertura da licitação; atualizar documentos com validade expirada. Erros e falhas que não alterem a substância do documento podem, desde que motivadamente, ser sanados.

Inabilitação

A habilitação chega a uma decisão de habilitação ou de inabilitação, quando o licitante é excluído do processo licitatório, o que ocorre quando ele não cumpre os requisitos legais e do edital (inabilitação é diferente de desclassificação, que indica descumprimento das regras de julgamento).

Empresas estrangeiras podem julgar documentos equivalentes a fim de concorrerem. A habilitação não pode ser utilizada para dificultar o ingresso dos estrangeiros, pois a competitividade deve ser incentivada o máximo possível.

Se houver inversão de fases e a habilitação ocorrer antes do julgamento, não cabe exclusão do licitante por razão de habilitação depois do julgamento, salvo por fatos posteriores a este. Em outros termos, a lei permite que a habilitação ocorra antes do julgamento. Se isto acontecer e a fase de habilitação se encerrar, a inabilitação não pode ocorrer posteriormente, salvo por novos fatos.

Habilitação Técnica

A Nova Lei de Licitações e Contratos define a habilitação técnica enquanto qualificação técnico-profissional e qualificação técnico-operacional. Aquela é a verificação de existência de profissionais habilitados e experientes para o objeto do contrato. A perspectiva técnico-operacional se relaciona com as instalações e aparelhos que o contrato exige. O **art. 67** apresenta uma lista da documentação da habilitação técnica.

Os licitantes devem indicar os profissionais que vão executar o contrato, em especial obras e serviços, sendo necessário que estes de fato realizem o contrato celebrado. Pode ocorrer a substituição do profissional, mas o substituto dever ter experiência e capacidade iguais ou superiores. Ainda, a Administração pode exigir garantia de que não haverá diminuição da equipe técnica do licitante, porque pode ser que haja uma série de contratos e o licitante e sua equipe não consigam cumprir aquele licitado.

Em geral, a habilitação técnica depende de prova documental, como os atestados e as certidões que visam comprovar os dados e requisitos exigidos. Estes documentos devem realmente comprovar a capacidade do licitante em serviços semelhantes e anteriores. Porém, as exigências não podem ser demasiadas, sob pena de esvaziar a licitação. Logo, ela só pode se dar quanto às parcelas de maior relevância ou com maior valor da contratação (4% ou mais).

O legislador permite a redução de atestado a até 50% das principais parcelas, além de permitir que o licitante utilize o atestado de experiência e capacidade de um eventual subcontratado. É comum que algumas tarefas sejam delegadas pelo licitante vencedor, de forma que as futuras subcontratadas possam, desde logo, apresentar os seus documentos.

Existem vedações na Lei de Licitações de 2021. Primeiramente, veda-se a exigência de atestados de profissionais que tenham dado causa à sanção de impedimento ou idoneidade, ou seja, nenhum licitante pode juntar atestados de profissionais que tenham dado causa a tais punições em outros contratos. O órgão contratante também não pode criar limitações em relação ao atestado, como ao tempo ou local (por exemplo, exigir atestado de experiência em São Paulo).

A habilitação de empresas que já participaram de consórcios tem uma sistemática específica. É possível utilizar atestados emitidos a favor de consórcios, mas, para tanto, deve-se considerar o tipo de consórcio. Se o consórcio for homogêneo, a lei prevê a divisão do quantitativo pela participação no consórcio, salvo serviço técnico especializado de natureza intelectual. Se o consórcio for heterogêneo, em que empresas exercem atividades específicas, o atestado vale respectivamente para a empresa que executou a tarefa específica. É possível a soma dos quantitativos de cada consorciado, quando o consórcio em si participa da licitação.

Habilitação Jurídica

O órgão contratante utiliza para verificar a capacidade de o licitante exercer direitos e assumir obrigações, ou seja, o licitante deve comprovar sua existência jurídica e possibilidade de exercer atividades profissionais. Os documentos, assim, se destinam a estes dois aspectos específicos.

Habilitação Fiscal, Social e Trabalhista

A legislação falava apenas em regularidade fiscal, mas a nova lei, após avanços, chegou a tal configuração. O objetivo é verificar a regularidade perante Fisco, previdência social e o respeito de normas de trabalhos de menores (era um item próprio da habitação, passando, na Nova Lei, a ser parte da habilitação fiscal, social e trabalhista).

Habilitação Econômico-Financeira

Busca-se verificar a capacidade econômica do licitante para arcar com as obrigações do contrato, ou seja, se ele tem recursos financeiros para executar o contrato. O edital prevê coeficientes e índices econômicos objetivos para tanto. A documentação será: demonstração de balanço patrimonial e demonstração de resultado e contábeis dos últimos 2 exercícios, além da certidão negativa de falência.

A Administração Pública pode exigir declaração de contador para atestar o atendimento dos índices exigidos, bem como pode exigir os compromissos do licitante que podem vir a afetar o contrato (parecido com o que ocorre com a habilitação técnica e o corpo técnico profissional). O órgão também pode exigir capital ou patrimônio mínimo, exceto no caso de compra para entrega imediata.

Por outro lado, a Administração não pode exigir valores mínimos de faturamento, renda ou lucro. Tampouco podem ser utilizados índices e valores que não são usuais para a análise em questão.

Aqueles que compõem um consórcio podem somar seus valores com vistas à habilitação econômico-financeira. Para eles, deve-se ampliar de 10 a 30% o valor que se exige do licitante individual. Por exemplo, o edital exige um valor de 1.000.000 para o licitante individual. No caso de consórcio, este valor ficará entre 1.100.000 e 1.300.000. Isto, porém, não se aplica aos consórcios formados por ME e EPP. Havendo substituição do consorciado, como ocorre nas demais habilitações, os restantes devem preservar os requisitos exigidos.

Importante fazer algumas observações sobre a participação dos consórcios na licitação. Os consórcios podem ser de Direito Público ou de Direito Privado. Este aqui é o consórcio de Direito Privado. Alguns negócios envolvem tanto dinheiro, recursos e tecnologia que nenhuma empresa conseguiria sozinha ganhar a licitação e executar o contrato, como a construção de uma enorme usina hidrelétrica no centro-oeste.

Mesmo gigante, uma empresa não é capaz de executar todo o projeto, mas propõe um consórcio, um acordo comercial, com outra grande empresa para vencer a licitação. O licitante, portanto, é o consórcio, não a empresa sozinha (isto foi muito comum na Copa do Mundo).

Algumas regras especiais são dispensadas quando o licitante é um consórcio. Se a Administração disser que não quer a participação de consórcio e motivar, nenhum consórcio poderá participar. Logo, a regra é a universalidade e a admissão de que consórcios participem das licitações.

A lei exige a escolha de um líder do consórcio para que assine, receba o pagamento e trate com a Administração Pública. Quando se verificam as situações como faturamento e habilitação, é necessário verificar em grupo. Se a empresa X está em consórcio com Y para uma licitação, ela não pode participar isoladamente do procedimento. Embora haja um líder que assuma o trato com a Administração, a responsabilidade é solidária entre os integrantes do consórcio.

ME e EPP

A LC 123/2006, Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, apresentam requisitos para a regularidade fiscal e trabalhista. O intuito é favorecer que tais empresas vençam suas licitações. Portanto, elas podem comprovar a regularização trabalhista e fiscal apenas no momento de assinatura do contrato, o que não impede a apresentação anterior, no momento

mais adequado. Se ela vencer e tiver restrições, terá 5 dias para tentar regularizar a situação, sob pena de decadência.

Em suma: a Administração contrata uma empresa para realizar uma certa obra. Ela, evidentemente, não pode contratar alguém, por exemplo, sem nenhuma experiência no ramo. Logo, ela precisa exigir comprovação de experiência técnica. Outra questão é a habilitação econômico-financeira para executar o contrato, já que é vedado o pagamento antecipado dos contratos administrativos (salvo pandemia do COVID).

Assim, o licitante deve apresentar comprovação econômico-financeira para executar o contrato, até porque é possível a retardação do pagamento do contrato, atraso no pagamento, etc.

Tendo isto em mente, a Administração, por exemplo, exige capital social mínimo de 5 milhões para a execução da obra de uma ponte. Mas, se for um consórcio, isto varia de 5,5 milhões a 6,5 milhões (10 a 30%). ME e EPP podem formar consórcios, mas, se todo o consórcio for formado por estes tipos de empresas, não há necessidade de comprovar o acréscimo.

A empresa consorciada licitou, venceu a licitação e a execução começou. Durante a execução, uma empresa deseja sair do consórcio. Para tanto, a Administração deve permitir a saída e é necessário que outra empresa entre em seu lugar. Antes de definir quem vai substituir a empresa que está saindo, a Administração deve conferir seus documentos.