



**MAESTRÍA INTERNACIONAL EN HACIENDA Y ADMINISTRACIÓN FINANCIERA
PÚBLICA**

PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

**PROPUESTAS DE MEJORA EN LAS
EXTERNALIZACIONES DE SERVICIOS CONTÍNUOS EN
LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA BRASILEÑA**

Autor: Marcio Motta Lima da Cruz

País: Brasil

Fecha de realización: Julio/2013

ÍNDICE

1. Introducción
2. La Licitación en el Derecho Brasileño
3. La Habilitación en el proceso licitatorio
 - 3.1. Calificación técnica
 - 3.2. Calificación económico-financiera
4. Requisitos de habilitación exigidos en las licitaciones en Brasil
5. Las propuestas de cambios en los procedimientos de licitación
 - 5.1. Calificación económico-financiera
 - 5.1.1. Capital Circulante Neto (CCL) y Patrimonio Neto mínimos
 - 5.1.2. Declaración de contratos firmados
 - 5.2. Calificación técnico-operacional
 - 5.2.1. Localización de la oficina para los contactos
 - 5.2.2. Certificados de capacidad técnica
 - 5.2.3. Experiencia mínima de 3 años
 - 5.2.4. Estructura física y personal compatibles con el objeto
 - 5.2.5. Idoneidad de los certificados
 - 5.3. Calificación técnico-profesional
 - 5.4. Garantía contractual
 - 5.5. Casos de parcelación del objeto
 - 5.6. Técnicas presupuestarias
 - 5.7. Duración de los contratos de servicios continuos

5.8. Porcentaje de encargos sociales y LDI

5.9. Domicilio bancario de los empleados en la ciudad o en la región metropolitana en la que se prestarán los servicios

5.10. Fijación de sanciones

5.11. Posibilidad de desconsideración de la personalidad jurídica

6. Conclusión

SIGLAS Y ABREVIATURAS UTILIZADAS

SIGLAS	EN PORTUGUÉS	EN ESPAÑOL
CCL	Capital Circulante Líquido	Capital Circulante Neto
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho	Consolidación de las Leyes del Trabajo
CONJUR	Consultoria Jurídica	Consultoría Jurídica
CSLL	Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido	Contribución Social Sobre el Lucro Neto
DRE	Demonstração do Resultado do Exercício	Demostración del Resultado del Ejercicio
EPI	Equipamento de Proteção Individual	Equipamiento de Protección Individual
FGTS	Fundo de Garantia do Tempo de Serviço	Fondo de Garantía del Tiempo de Servicio
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística	Instituto Brasileño de Geografía y Estadística
IN	Instrução Normativa	Instrucción Normativa
INPC	Índice Nacional de Preços ao Consumidor	Índice Nacional de Precios al Consumidor
IPCA	Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo	Índice Nacional de Precios al Consumidor Amplo
IR	Imposto de Renda	Impuesto sobre la Renta
LDI	Lucro e Despesas Indiretas	Lucro y Gastos Indirectos

MPOG	Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão	Ministerio de la Planificación, Presupuesto y Gestión
PL	Patrimônio Líquido	Patrimonio Neto
SEBRAE	Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas	Servicio Brasileño de Apoyo a las Micro y Pequeñas Empresas
SIAFI	Sistema Integrado de Administração Financeira	Sistema Integrado de Administración Financiera
SLTI	Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação	Secretaría de Logística y Tecnología de la Información
TCU	Tribunal de Contas da União	Tribunal de Cuentas de la Unión
TST	Tribunal Superior do Trabalho	Tribunal Superior del Trabajo

1 – INTRODUCCIÓN

Los cambios en las áreas de recursos humanos y en las técnicas del trabajo son temas perennes de la agenda de cualquier organización, pública o privada, que tiene intención de cumplir con su misión de manera eficiente y eficaz. Estas transformaciones se han producido, históricamente, en cada vez mayor velocidad, especialmente con la automatización y con las mejoras en los procesos de trabajo.

Debido a este constante proceso de cambio, la Administración Pública ha buscado, en los últimos años, aumentar la calidad de sus servicios, orientando sus actividades con base en el principio de la eficiencia - expresamente consagrado en el art. 37, caput, de la Constitución Federal de 1988. En este sentido, ha realizado importantes inversiones en tecnología de la información, gestión de recursos humanos - remuneración, contratación, formación - y en sus procesos de trabajo.

Se puede afirmar que la Administración Pública, de manera general, dio prioridad a la contratación y capacitación de sus cuadros de personal para las carreras de estado, con el objetivo de implementar un modelo gerencial de administración centrado en los resultados. Las carreras de apoyo de la administración, a lo largo de los años, se han reducido considerablemente, ya sea debido a la mejora de los procesos de trabajo, ya sea debido a las inversiones en automatización.

Además, se adoptó como base para el desarrollo de las actividades de apoyo el proceso de externalización de los servicios básicos, además de los servicios de seguridad y limpieza, que históricamente ya se estaban llevando a cabo por el sector privado.

A pesar de que la externalización de servicios continuados ha traído mejoras significativas en la gestión pública, con reducción de los costos y aumento de la eficiencia en la realización de estos servicios, se ha verificado que en los últimos años estas ganancias comenzaron a tener una reducción significativa debido a problemas relacionados con el cumplimiento irregular de los contratos. Estos problemas tienen consecuencias directas para la Administración, debido a las interrupciones en la prestación de servicios, y para los trabajadores, que se ven perjudicados al no recibir sus salarios y demás derechos laborales. Además, la Administración también puede verse

afectada indirectamente, ya que estas irregularidades pueden impactar a las finanzas públicas, como resultado de la responsabilidad subsidiaria por los encargos laborales no pagados por los contratistas, tal como consta en el Enunciado 331 del Tribunal Superior del Trabajo.

Uno de los principales problemas de la externalización de los servicios continuados en la administración pública es la participación, en el proceso de licitación, de empresas sin las condiciones mínimas para cumplir con los contratos.

Las propuestas presentadas, en algunos casos, se caracterizan como meras sugerencias para la mejora de los procedimientos, pudiendo ser implementadas de forma inmediata. En otros casos, las propuestas difieren de las directrices establecidas en el ámbito de la IN/SLTI/MP n° 02/2008 o de la jurisprudencia del Tribunal de Cuentas de la Unión. Hay casos, sin embargo, en que la mejor propuesta requiere cambios legislativos para que pueda llevarse a la práctica. La amplitud fue deliberada, ya que el objetivo es producir un impacto significativo en la forma como la Administración contrata y gestiona estos contratos.

2 – LA LICITACIÓN EN EL DERECHO BRASILEÑO

Licitación es un procedimiento administrativo formal en el que la Administración Pública convoca, por medio de condiciones establecidas en acto propio (pliego de condiciones o invitación), las empresas interesadas en presentar propuestas para el suministro de bienes o servicios.

Tiene como objetivo garantizar el cumplimiento del principio constitucional de la igualdad y seleccionar la propuesta más ventajosa para la Administración, de tal forma que asegure igualdad de oportunidades a todas las empresas interesadas y a permitir la participación de la mayor cantidad posible de competidores.

De acuerdo con **José dos Santos Carvalho Filho** (Manual de Direito Administrativo, 24ª ed., p. 218), licitación es "el procedimiento administrativo vinculado por medio del cual los entes de la Administración Pública y aquellos controlados por ella seleccionan la mejor propuesta entre las ofrecidas por los varios interesados, con dos

objetivos - la celebración de un contrato, o la obtención del mejor trabajo técnico, artístico o científico."

Para **Maria Sylvia Zanella Di Pietro** (Direito Administrativo, 8ª ed., p. 8), citando a **José Roberto Dromi**, es un "procedimiento administrativo por el cual una entidad pública, en el ejercicio de la función administrativa, abre a todas las partes interesadas, que se sujetan a las condiciones establecidas en el instrumento de convocatoria, la posibilidad de formularen propuestas entre las que se seleccionará y se aceptará la más adecuada para la celebración del contrato."

La licitación se encuentra prevista en el **art. 37, inciso XXI de la Constitución Federal**, que así dispone:

"XXI – exceptuadas los casos especificados en la legislación, las obras, servicios, adquisiciones y enajenaciones serán contratados mediante proceso de licitación pública que asegure igualdad de condiciones a todos los concurrentes, con cláusulas que establezcan obligaciones de pago, mantenidas las condiciones efectivas de la propuesta, en los términos de la ley, lo cual solamente permitirá las exigencias de calificación técnica y económica indispensables a la garantía del cumplimiento de las obligaciones."

La Ley nº 8.666/1993, llamada de "Ley de Licitaciones", al reglamentar el artículo 37, inciso XXI, de la Constitución Federal, anteriormente transcrito, estableció normas generales sobre licitaciones y contratos administrativos pertinentes a adquisiciones, obras, servicios, incluso de publicidad, enajenaciones y alquileres en el ámbito de los Poderes de la Unión, de los Estados, del Distrito Federal y de los Municipios, además de los casos de dispensa y inexigibilidad.

3 - LA HABILITACIÓN EN EL PROCESO LICITATORIO

Hely Lopes Meirelles (Licitação e Contrato Administrativo, p. 276) define habilitación o calificación como siendo "*el acto por el cual el órgano competente,*

examinada la documentación, se manifiesta sobre los requisitos personales de los licitantes, habilitando a ellos o no.”

En la misma obra, conceptúa, todavía, habilitación jurídica como *“la aptitud efectiva para ejercer derechos y contraer obligaciones, con responsabilidad absoluta o relativa por sus actos”*.

Calificación técnica, por su vez, es definida por el citado maestro como *“el conjunto de requisitos profesionales que el licitante presenta para ejecutar el objeto de la licitación”* y calificación económico-financiera como *“la capacidad para satisfacer los encargos económicos derivados del contrato”*.

Por fin, enseña que regularidad fiscal es el *“cumplimiento de las exigencias del Fisco – quitación o discusión de los impuestos por el contribuyente”*.

Todos los brasileños y extranjeros en situación regular se encuentran, e teoría, en igualdad de condiciones ante la Administración Pública, para fines de contratación. Eso no impide la imposición de condiciones discriminatorias, destinadas a asegurar que la Administración Pública seleccione una empresa idónea, titular de la propuesta más ventajosa. La verificación de la idoneidad de los interesados y la selección de la propuesta más ventajosa, que es el objetivo final de la licitación, se harán en el transcurso del certamen.

El derecho de licitar no es absoluto. Es un derecho condicionado, subordinado al cumplimiento de ciertas exigencias, previstas en la ley y en el pliego de condiciones. Esas exigencias se refieren tanto a la persona del licitante cuanto a la propuesta por él formulada. Al conjunto de estos requisitos la ley llama de habilitación. El cumplimiento a estos requisitos induce a presunción de que el sujeto dispone de condiciones para ejecutar satisfactoriamente el objeto licitado. Por consecuencia, la ausencia de requisito de habilitación causa el alejamiento del licitante del certamen, se desconsiderando su propuesta.

La fijación de requisitos de participación en una licitación conduce a la reducción del universo de potenciales licitantes, aún que propicie elevación de la probabilidad de un contrato bien ejecutado. Cuanto mayores las exigencias condicionantes de la

participación, tanto menor el número de licitantes aptos a participar de la disputa. Por lo tanto, la ampliación de los requisitos de participación se configura como un factor que contribuye para la disminución de la competitividad, y la consecuente elevación de los precios obtenidos por la Administración. El efecto práctico de la ampliación de la severidad en la fijación de los requisitos de habilitación es la tendencia a la obtención de un objeto bien ejecutado, pero con precio muy elevado.

En otro enfoque, la reducción de las exigencias de habilitación amplía el riesgo de contrataciones desastradas, pues da oportunidad a que sujetos destituidos de capacidad se consagren vencedores de la disputa. Por lo tanto, la reducción de los requisitos de participación se configura como un factor que contribuye para elevación del riesgo de contratos mal ejecutados. El efecto práctico en la reducción de la severidad en la fijación de los requisitos de habilitación es la tendencia a la obtención de objeto con precio reducido, pero mal ejecutado.

Pues claro, la Administración necesita tanto de seguridad cuanto de obtención de ventajas en sus contrataciones. La finalidad de la licitación es seleccionar la propuesta con la calidad adecuada, por el menor precio posible. La conjugación de ambos los valores conduce a la necesidad de ponderación en las exigencias de habilitación. No es correcto, por eso, establecer soluciones extremadas. Es indispensable establecer requisitos de participación, cuya eliminación sería desastrosa. Pero tales requisitos deben ser restrictos al mínimo necesario para asegurar la obtención de una contratación adecuada y satisfactoria.

Esa solución fue explícitamente consagrada en el art. 37, inciso XXI, de la Constitución Federal de 1988, que determina que solamente pueden ser admitidos requisitos de habilitación que se configuren como los mínimos posibles, pero siempre se preservando la obtención de una prestación adecuadamente ejecutada.

Lo que intentaremos demostrar en este trabajo es que los requisitos de participación admitidos por la legislación y actualmente exigidos en las licitaciones realizadas por la Administración Pública Brasileña, especialmente por el Tribunal de Cuentas de la Unión, están en un nivel abajo del mínimo necesario para la obtención de

una prestación satisfactoria de los servicios, ya que hay una cantidad por encima del aceptable de contratos que no logran llegar a su término por incumplimiento o insolvencia de las empresas contratadas. El equilibrio entre un precio justo alcanzado en la licitación y la adecuada calidad en la prestación de los servicios no está siendo alcanzado, con evidente perjuicio de la calidad. Esto se debe principalmente a una deficiencia en las exigencias de habilitación en la fase licitatoria, causando la selección de empresas sin condiciones financieras y operacionales de prestar un satisfactorio servicio por todo el tiempo contratado.

El elenco de los requisitos de habilitación está delineado en términos generales en los artículos 27 a 32 de la Ley de Licitaciones. El artículo 27 de la Ley 8.666, transcrito a seguir, efectuó la clasificación de los requisitos de habilitación, de la siguiente manera:

“Art.27. Para la habilitación en las licitaciones se exigirá de los interesados, exclusivamente, documentación relativa a:

- I – habilitación jurídica;
- II – calificación técnica;
- III – calificación económico-financiera;
- IV – regularidad fiscal.”

De acuerdo con este artículo, compete a la Administración especificar para el caso concreto el contenido de la exigencia, en virtud de las circunstancias de cada licitación, pero, por ser *numerus clausus*, esas condiciones tendrán de ser reconducidas a una de las categorías legales definidas en el art. 27.

En relación con la habilitación jurídica y la regularidad fiscal, no hay mucho lo que hablar relativamente al objeto de este trabajo, ya que no hay ninguna discrecionalidad en la fijación de estos requisitos. La propia Ley n° 8.666 establece, en sus artículos 28 e 29, un rol exhaustivo de los documentos a ser exigidos. La prueba de la habilitación jurídica corresponde a la comprobación de la existencia de la persona física o jurídica, de la capacidad de hecho y de la regular disponibilidad para el ejercicio de las facultades jurídicas. Es presupuesto inafastable de cualquier contratación – mismo fuera del ámbito

de la Administración Pública. La exigencia de regularidad fiscal se constituye en la comprobación de la ausencia de cualquier deuda en relación con la Hacienda Pública.

Es en el ámbito de las exigencias de calificación técnica y económico-financiera, tratadas en los artículos 30 y 31 de la Ley de Licitaciones, que reside el objeto de este trabajo. A seguir, trataremos de estas dos especies habilitatorias.

3.1 - CALIFICACIÓN TÉCNICA

La Ley n° 8.666 así trató sobre la exigencia de calificación técnica en las licitaciones:

“Art. 30. La documentación relativa a la calificación técnica se limitará a:

I - registro o inscripción en la entidad profesional competente;

II - comprobación de aptitud para desempeño de actividad pertinente y compatible en características, cantidades y plazos con el objeto de la licitación, e indicación de las instalaciones y del aparejo y del personal técnico adecuados y disponibles para la realización del objeto de la licitación, bien como de la calificación de cada uno de los miembros del equipo técnico que se responsabilizará por los trabajos;

III - comprobación, emitida por el órgano licitante, de que recibió los documentos, y, cuando exigido, de que tomó conocimiento de todas las informaciones y de las condiciones locales para el cumplimiento de las obligaciones objeto de la licitación;

IV - prueba de cumplimiento de requisitos previstos en ley especial, cuando fuera el caso.

§ 1° La comprobación de aptitud mencionada en el inciso II del "caput" de este artículo, en el caso de las licitaciones pertinentes a obras y servicios, será hecha por certificados emitidos por personas jurídicas de derecho público o privado, debidamente registrados en las entidades profesionales competentes, limitadas las exigencias a:

I - capacitación técnico-profesional: comprobación del licitante de poseer en su plantilla permanente, en la fecha prevista para entrega de la propuesta, profesional de

nivel superior u otro debidamente reconocido por la entidad competente, poseedor de certificado de responsabilidad técnica por ejecución de obra o servicio de características similares, limitadas estas exclusivamente a las parcelas de mayor relevancia y valor significativo del objeto de la licitación, prohibidas las exigencias de cantidades mínimas o plazos máximos;

§ 2° Las parcelas de mayor relevancia técnica y de valor significativo, mencionadas en el párrafo anterior, serán definidas en el instrumento convocatorio.

§ 3° Será siempre admitida la comprobación de aptitud a través de certificados de obras o servicios similares de complejidad tecnológica y operacional equivalente o superior.

§ 4° En las licitaciones para suministro de bienes, la comprobación de aptitud, cuando fuera el caso, será hecha a través de certificados expedidos por persona jurídica de derecho público o privado.

§ 5° Es prohibida la exigencia de comprobación de actividad o de aptitud con limitaciones de tiempo o de época o todavía en locales específicos, o cualesquiera otras no previstas en esta Ley, que inhiban la participación en la licitación.

§ 6° Las exigencias mínimas relativas a instalaciones de galpones de obra, maquinaria, equipamientos y personal técnico especializado, considerados esenciales para el cumplimiento del objeto de la licitación, serán atendidas mediante la presentación de relación explícita y de la declaración formal de su disponibilidad, sujeto a las penas admisibles, prohibidas las exigencias de propiedad y de localización previa.

§ 7° (Vetado).

I - (Vetado).

II - (Vetado)

§ 8° En el caso de obras, servicios y adquisiciones de gran volumen de recursos, de alta complejidad técnica, podrá la Administración exigir de los licitantes la metodología de ejecución, cuya evaluación, para efecto de su aceptación o no, precederá siempre al análisis de los precios y será efectuada exclusivamente por criterios objetivos.

§ 9º Se entiende por licitación de alta complejidad técnica aquella que envuelva alta especialización, como factor de extrema relevancia para garantizar la ejecución del objeto a ser contratado, o que pueda comprometer la continuidad de la prestación de servicios públicos esenciales.

§ 10. Los profesionales indicados por el licitante para fines de comprobación de la capacidad técnico-profesional de que trata el inciso I del § 1º de este artículo deberán participar de la obra o servicio objeto de la licitación, se admitiendo a sustitución por profesionales de experiencia equivalente o superior; siempre que aprobada por la Administración.”

La expresión “calificación técnica” posee gran amplitud de significado. En términos generales, consiste en el dominio de conocimientos y habilidades teóricas y prácticas para ejecución del objeto a ser contratado. Eso abarca incluso la situación de regularidad con relación a organismos encargados de regular determinada profesión.

El concepto de calificación técnica es complejo y variable, reflejando la heterogeneidad de los objetos licitados. Cada especie de contratación presupone diferentes habilidades o conocimientos técnicos. Es imposible imaginar algún caso en que la calificación técnica sería irrelevante para la Administración. Cuando mucho, podría se imaginar que el objeto es suficientemente sencillo para ser ejecutado por cualquier profesional de una cierta área. Por ejemplo, se suponga que la Administración necesite contratar un servicio de ebanistería muy sencillo. La calificación técnica podrá se restringir a la comprobación de la titularidad de la profesión de ebanista, pero es obvio que no podría ser contratada persona destituida de cualquier habilidad en ese sector.

Como consecuencia, la determinación de los requisitos de calificación técnica se hará caso a caso, en virtud de las circunstancias y peculiaridades de las necesidades que el Estado debe realizar. Competirá a la Administración, en la fase interna anterior a la propia elaboración del acto convocatorio, evaluar los requisitos necesarios, se restringiendo al estrictamente indispensable a asegurar un mínimo de seguridad cuanto a la idoneidad de los licitantes.

La Ley 8.666, como vimos anteriormente, disciplinó de modo minucioso la materia de la calificación técnica. Uno de los caracteres más importantes de la Ley de Licitaciones fue la reducción del margen de libertad de la Administración Pública en ese campo y la limitación en el ámbito de las exigencias. Buscó evitar que exigencias formales e innecesarias acerca de la calificación técnica se constituyan en instrumento de indebida restricción a la libertad de participación en licitación. El objetivo es eliminar distorsiones ocurridas en el sistema anterior, en que los requisitos de calificación técnica acababan por hacer inviable el acceso de muchas empresas a la licitación. La legislación vigente no prohíbe las exigencias de calificación técnica, pero reprime exigencias innecesarias o meramente formales.

Sin embargo, como resultado, se volvió muy difícil la Administración establecer reglas adecuadas para evaluar la capacidad técnica de los interesados, lo que puede representar ampliación del universo de participantes a costa de la ampliación del riesgo de contratos mal ejecutados y de serios perjuicios a los intereses colocados bajo la tutela del Estado. Como resultado, la costumbre administrativa, la jurisprudencia de los tribunales (incluso de los Tribunales de Cuentas) y la doctrina ha buscado una solución para la dificultad.

3.2 - CALIFICACIÓN ECONÓMICO-FINANCIERA

A seguir transcribimos el artículo 31 de la Ley de Licitaciones, referente a las exigencias de calificación económico-financiera:

“Art. 31. La documentación relativa a la calificación económico-financiera se limitará a:

I - balance patrimonial y demostraciones contables del último ejercicio social, ya exigibles y presentados en la forma de la ley, que comprueben la buena situación financiera de la empresa, prohibida su sustitución por balances provisionales, pudiendo ser actualizados por índices oficiales cuando encerrado antes de 3 (tres) meses de la fecha de presentación de la propuesta;

II - certificado negativo de quiebra o concordato expedido por el distribuidor de la sede de la persona jurídica, o de ejecución patrimonial, expedida en el domicilio de la persona física;

III - garantía, en las mismas modalidades y criterios previstos en el "caput" y § 1° del art. 56 de esta Ley, limitada a 1% (uno por ciento) del valor estimado del objeto de la contratación.

§ 1° La exigencia de índices se limitará a la demostración de la capacidad financiera del licitante con vistas a los compromisos que tendrá que asumir caso le sea adjudicado el contrato, prohibida la exigencia de valores mínimos de facturación anterior, índices de rentabilidad o lucratividad.

§ 2° La Administración, en las adquisiciones para entrega futura y en la ejecución de obras y servicios, podrá establecer, en el instrumento convocatorio de la licitación, la exigencia de capital mínimo o de patrimonio neto mínimo, o todavía las garantías previstas en el § 1° del art. 56 de esta Ley, como dato objetivo de comprobación de la calificación económico-financiera de los licitantes y para efecto de garantía al cumplimiento del contrato a ser posteriormente celebrado.

§ 3° El capital mínimo o el valor del patrimonio neto a que se refiere el párrafo anterior no podrá exceder a 10% (diez por ciento) del valor estimado de la contratación, debiendo la comprobación ser hecha relativamente a la fecha de la presentación de la propuesta, en la forma de la ley, admitida la actualización para esta fecha a través de índices oficiales.

§ 4° Podrá ser exigida, todavía, la relación de los compromisos asumidos por el licitante que importen disminución de la capacidad operativa o absorción de disponibilidad financiera, calculada esta en función del patrimonio neto actualizado y su capacidad de rotación.

§ 5° La comprobación de buena situación financiera de la empresa será hecha de forma objetiva, a través del cálculo de índices contables previstos en el pliego de condiciones y debidamente justificados en el proceso administrativo de la licitación que tenga dado inicio al certamen licitatorio, prohibida la exigencia de índices y valores no

usualmente adoptados para correcta evaluación de situación financiera suficiente al cumplimiento de las obligaciones decurrentes de la licitación.”

El concepto de calificación económico-financiera es sintetizado por Hely Lopes Meirelles como la capacidad de la empresa de *“satisfacer los encargos económicos decurrentes del contrato, medidos, en principio, por la buena situación financiera de la empresa y por la inexistencia de acciones que puedan afectar su patrimonio”*.

La calificación económico-financiera corresponde a la disponibilidad de recursos económico-financieros para la satisfactoria ejecución del objeto de la contratación, ya que, excepto los raros casos de pago anticipado, competirá al contratado ejecutar con recursos propios el objeto de su prestación. Solamente percibirá el pago, como regla, después de recibida y aprobada la prestación por la Administración Pública. El interesado deberá disponer de recursos financieros para costear los gastos (mano de obra, materia prima, maquinaria, tecnología necesaria al cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato. El que no disponer de recursos para tanto no será titular del derecho de licitar, pues la carencia de recursos hace presumir inviabilidad de la ejecución satisfactoria del contrato e imposibilidad de arcar con las consecuencias de eventual incumplimiento.

4 - REQUISITOS DE HABILITACIÓN EXIGIDOS EN LAS LICITACIONES EN BRASIL

Históricamente, a pesar de la legislación que rige las licitaciones en el derecho brasileño permitir la adopción de otras exigencias para aumentar la seguridad en la contratación, las licitaciones realizadas en la Administración Pública Brasileña, se incluyendo el Tribunal de Cuentas de la Unión, objeto de este estudio, viene exigiendo solamente las condiciones a seguir:

- comprobación de patrimonio neto no inferior a un 10% (diez por ciento) del valor estimado de la contratación, la cual será exigida solamente en el caso de la licitante

presentar resultado igual o inferior a 1 (uno) en cualquier de los índices Liquidez General, Liquidez Corriente y Solvencia General;

- 1 (uno), o más, certificado o declaración de capacidad técnica, en nombre de la licitante, expedido por persona jurídica de derecho público o privado, que compruebe la prestación de servicios en cuantitativos similares a objeto de esta licitación (mínimo de 50%).

Conforme intentamos demostrar a lo largo de este trabajo, tales exigencias, a pesar de satisficieren la regla constitucional y legal de se exigir el mínimo posible, relativamente a los requisitos de habilitación en las licitaciones, no están siendo suficientes para garantizar la salud financiera de as empresas, para que las mismas puedan cumplir sus contratos hasta el término del plazo y con la calidad esperada.

5 - PROPUESTAS DE CAMBIOS EN LOS PROCEDIMIENTOS LICITATORIOS

Como se viene observando, el Poder Judicial Laboral viene condenando a la Unión de forma rutinera, amparado en el Enunciado 331 del Tribunal Superior del Trabajo - TST, como responsable subsidiaria por los pagos de derechos laborales no honrados por las empresas contratadas para la prestación de servicios, con cesión de mano de obra, bajo el argumento de culpa in eligiendo e in vigilando. En resumen, afirma el Poder Judicial laboral que la Unión contrata mal sus prestadores de servicios, no obstante los instrumentos que la Ley 8.666/93 le ofrece para evitar ese tipo de problema.

Por pertinente, traemos a la colación parte del voto de aquella justicia especializada, proferido en el ámbito de Recurso Ordinario interpuesto por la Unión contra acción que la condenó subsidiariamente:

“Los arts. 27 a 56 de la Ley n° 8666/93 aseguran a la Administración Pública una serie de cautelas para evitar la contratación de empresas inidóneas y para se garantizar cuanto a incumplimiento de obligaciones por parte de la empresa prestadora de servicios, incluso la caución. Si, sin embargo, así no actúa, emerge clara la culpa "in eligiendo" e "in vigilando" de la Administración Pública. Y, considerando el dispuesto en el § 6° del art. 37 y en el art. 193 de la Constitución

Federal, bien se podría tener como inconstitucional el § 2º del art. 71 de la Ley n° 8666/93 si se considerase que alejaría la responsabilidad subsidiaria de las entidades públicas, mismo que hubiese culpa ‘in eligiendo’ e ‘in vigilando’ en la contratación de empresa inidónea para la prestación de servicios. Por esto la conclusión en el sentido de que el § 1º del art. 71 de la Ley n° 8666/93 se refiere a la responsabilidad directa de la Administración Pública, o incluso la solidaria, pero no a la responsabilidad subsidiaria, cuando se vale de los servicios de trabajadores a través de la contratación de una empresa inidónea en términos económicos-financieros, y todavía se omite en bien fiscalizar. En este sentido se consagró la jurisprudencia de esta Corte, teniendo el ítem IV del Enunciado n° 331 explicitado que ‘el incumplimiento de las obligaciones laborales, por parte del empleador, implica la responsabilidad subsidiaria del tomador de los servicios, cuanto a aquellas obligaciones, incluso cuanto a los órganos de la administración directa, de las autarquías, de las fundaciones públicas, de las empresas públicas e de las sociedades de economía mixta, siempre que hayan participado de la relación procesal y consten también del título ejecutivo judicial’.

Incluso ante todas las cautelas actualmente adoptadas con la solicitud de vasta documentación, diversos contratos de externalización presentan, de forma sistemática, irregularidades graves en su ejecución, tales como la falta de pagos o pagos atrasados de salarios, derechos de rescisión, vacaciones, FGTS, decimotercero salario, contribuciones de seguridad social.

Es esperado que el cambio en el proceso de fiscalización, con la racionalización del examen de la documentación, contribuya de forma efectiva para la mejora de la gestión de esos contratos de tal modo que las faltas cometidas por las empresas de externalización sean efectivamente detectadas y corregidas a tiempo, de manera que quede comprobado junto a la Justicia Especializada que la Unión asegura los derechos fundamentales del trabajador.

Sin embargo, solamente cambios concretos en los procedimientos licitatorios serán capaces de reducir los actuales problemas de la Administración Pública Federal en

la contratación de empresas en condiciones de prestar los servicios requeridos y cumplir con las obligaciones previstas en legislación específica y en el contrato.

En esa línea de raciocinio, es esencial que la Administración reexamine sus pliegos de condiciones, insiriendo criterios rigurosos de habilitación, en especial en lo que se refiere a las calificaciones técnico-operacional, profesional, y económico-financiera de las licitantes.

Cabe señalar que el art. 3° de la Ley 8.666/93 fija orientación en el sentido de que *“La licitación se destina a garantizar la observancia del principio constitucional de la igualdad, la selección de la propuesta más ventajosa para la Administración y la promoción del desarrollo nacional, y será procesada y juzgada en estricta conformidad con los principios básicos de la legalidad, de la impersonalidad, de la moralidad, de la igualdad, de la publicidad, de la probidad administrativa, de la vinculación al instrumento convocatorio, del juicio objetivo y de los que les son correlatos”*.

Se considera la propuesta más ventajosa para la Administración aquella que contempla producto o servicio de buena calidad, asociada a precio compatible con el practicado por el mercado, conforme previsto en el art. 43, inciso IV, de la Ley 8.666/93.

Para que se obtenga la propuesta más ventajosa es necesaria la especificación del producto o servicio adecuada a las reales necesidades de la Administración y la formulación de exigencias de calificación técnica y económico-financiera que no restrinjan la competencia y propicien la obtención de precios compatibles con los de mercado, pero que alejen empresas descalificadas del certamen.

Con ese objetivo, invertimos en el debate de los puntos relacionados a seguir:

- Calificación económico-financiera
- Calificación técnico-operacional
- Localización de la oficina para contactos
- Certificados de capacidad técnica
- Experiencia mínima de 3 años

- Estructura física y de personal compatibles con el objeto
- Idoneidad de los certificados
- Calificación técnico-profesional
- Garantía contractual
- Casos de parcelación del objeto
- Técnicas de orçamentación
- Plazo de duración de los contratos de prestación de servicios de forma continua
- Porcentuales de encargos sociales y LDI
- Domicilio bancario de los empleados en la ciudad o en la región metropolitana, en la cual serán prestados los servicios
- Fijación de sanciones
- Posibilidad de desconsideración de la personalidad jurídica
- Régimen fiscal

5.1 – Calificación económico-financiera

Con el objetivo de conocer el abarcamiento de las exigencias de calificación económico-financiera en los procesos licitatorios para contratación de servicios externalizados fueron consultados pliegos de condiciones de varios órganos federales y se percibió que, aunque la legislación permita exigencia mayor, solamente se viene exigiendo la comprobación de patrimonio neto mínimo de un 10% (diez por ciento) del valor estimado de la contratación cuando cualesquiera de los índices de Liquidez General, Liquidez Corriente y Solvencia General son iguales o inferiores a 1 (uno).

Ocurre que, normalmente, las empresas no presentan índices inferiores a 1 (uno), por consecuencia, también no se exige la comprobación del patrimonio neto mínimo, índice que podría mejor medir la capacidad económica de las licitantes.

Por cierto, este aparente detalle, ha sido el motivo de tantos problemas con las empresas de externalización contratadas que, en el corto, medio y largo plazos, no logran honrar los compromisos asumidos con los contratantes.

A título de ejemplo, se relacionan a seguir contratos con empresas, bajo la gerencia de la Secretaria de Seguridad y Servicios de Apoyo – Sesap del Tribunal de Cuentas de la Unión, que no lograron, en los últimos años, cumplir con el objeto contractual con el TCU, en la forma y en los precios propuestos, y que ocasionaron y/o están ocasionando serios perjuicios y embarazos a la Administración:

Ítem	Contrato	Empresa	Objeto
1	18/2007	Kuatro Serviços Ltda.	Serviços de protocolo
2	27/2007	Madri Saneamento Ambiental Ltda.	Conducción de vehículos
3	28/2007	Proservice Terceirização de Serviços Ltda.	Servicios de recepción, mensajería y ascensorista
4	32/2007	Recris Empreendimentos e Serviços Ltda.	Servicios de camarero
5	33/2007	Kuatro Serviços Ltda.	Servicios de fotocopia
6	34/2007	Kuatro Serviços Ltda.	Servicios de expedición
7	35/2007	Kuatro Serviços Ltda.	Servicios de almacén
8	55/2007	Proservice Terceirização de Serviços Ltda.	Servicios de protocolo, fotocopia y almacén
9	64/2007	Consel Comércio e Serviços Técnicos Ltda.	Copias e impresión digital
10	08/2008	Colossal do Brasil Serviços Ltda.	Servicios de almacén

11	10/2008	Higiterc Higienização e Terceirização Ltda.	Conducción de vehículos, Camarero y protocolo
12	41/2008	Papelaria e Revistaria Saruska Ltda.	Suministro y distribución de periódicos
13	28/2009	Seletiva Tecnologia de Serviços Ltda.- ME	Serviços auxiliares al nido
14	34/2009	Higiterc Higienização e Terceirização Ltda.	Limpieza, higienización y conservación
15	51/2009	Star Segur Engenharia Ltda.	Vigilancia
16	60/2010	Planalto Service Ltda.	Conducción de vehículos, camarero y recepción
17	29/2011	Capital Gráfica e Editora Ltda.	Impresión en offset

5.1.1 - Capital Circulante Neto (CCL) o Capital de Giro (Activo Circulante – Pasivo Circulante) y Patrimonio Neto mínimos

La fijación del límite mínimo de 10% (diez por ciento) del patrimonio neto en relación con el valor de la contratación está literalmente autorizada en el art. 31, § 3º, de la Ley nº 8.666/93, sin ninguna exigencia de justificativas u otras restricciones:

“Art. 31. La documentación relativa a la calificación económico-financiera se limitará a:

...

§ 3º El capital mínimo o el valor del patrimonio neto a que se refiere el párrafo anterior no podrá exceder a un 10% (diez por ciento) del valor estimado de la contratación, debiendo la comprobación ser hecha relativamente a la fecha de la presentación de la propuesta, en la forma de la ley, admitida la actualización para esta fecha a través de índices oficiales.

De acuerdo con el art. 27, inciso III, de la Ley n° 8.666/93, para la habilitación en las licitaciones deberá ser exigida de las licitantes la calificación económico-financiera, que será compuesta por un conjunto de datos e informaciones condecientes con la naturaleza y las características/especificidades del objeto, capaces de medir la capacidad financiera de la licitante con referencia a los compromisos que tendrá de asumir caso le sea adjudicado el contrato.

Debe se aclarar que, conforme dispuesto en el artículo 31, párrafos 1° y 5°, de la Ley n° 8.666/93, en lo que tiene relación con los índices, solamente es prohibida la exigencia de valores mínimos de facturación anterior, índices de rentabilidad o lucratividad, así como índices y valores no usualmente adoptados para la correcta evaluación de situación financiera suficiente al cumplimiento de las obligaciones decurrentes de la licitación.

Art. 31. La documentación relativa a la calificación económico-financiera se limitará a:

....

*§ 1° La exigencia de índices se limitará a la demostración de la capacidad financiera del licitante con vistas a los compromisos que tendrá que asumir caso le sea adjudicado el contrato, **prohibida la exigencia de valores mínimos de facturación anterior, índices de rentabilidad o lucratividad.***

...

*§ 5° La comprobación de buena situación financiera de la empresa será hecha de forma objetiva, a través del cálculo de índices contables previstos en el pliego de condiciones y debidamente justificados en el proceso administrativo de la licitación que tenga dado inicio al certamen licitatorio, **prohibida la exigencia de índices y valores no usualmente adoptados para la correcta evaluación de situación***

*financiera suficiente al cumplimiento de las obligaciones
decurrentes de la licitación.*

Teniendo en cuenta las prohibiciones anteriormente mencionadas se entiende que las exigencias de este ítem no se muestran irrazonables ni ilegales, ya que el capital circulante neto es un índice comúnmente utilizado por el mercado para evaluar la salud financiera de empresas.

El problema está en el hecho de que el cálculo de índices contables por el método dos cocientes, por si solo, no logra demostrar adecuadamente la capacidad económico-financiera de las licitantes, ya que no la evidencian en términos de valor. Así, se ha permitido que empresas en situación financiera inadecuada sean contratadas.

Con el propósito de salvaguardar la Administración de futuras complicaciones, se entendió que hay de se complementar las evaluaciones económico-financieras de los licitantes por medio de criterios o índices que expresen valores como porcentuales de otro valor, dentro del límite legalmente autorizado. Por ejemplo, patrimonio neto mínimo de 10% del valor estimado para la nueva contratación ($(\text{activo total} - \text{pasivo})/10 > \text{valor estimado de la contratación}$), o por el método de la sustracción, como en el caso del cálculo del capital de giro o capital circulante neto ($\text{activo circulante} - \text{pasivo circulante}$).

A título de ejemplo, en teoría, en la evaluación de la liquidez corriente, una empresa con US\$ 1,50 (un dólar y cincuenta centavos) en el activo circulante y US\$ 1,00 (un dólar) en el pasivo circulante tendrá el mismo índice de liquidez de otra empresa con US\$ 1.500.000.000,00 (mil y quinientos millones de dólares) en el activo circulante y US\$ 1.000.000.000,00 (mil millones de dólares) en el pasivo circulante, o sea, liquidez corriente igual a 1,5.

Se observa que, aunque tengan el mismo índice, son empresas con capacidades económico-financieras totalmente distintas. Sin embargo, si no fuese conocido el activo y el pasivo circulante en términos de valor monetario, serian ellas, de manera equivocada, consideradas como equivalentes del punto de vista económico-financiero. Por esa razón la utilidad del capital circulante neto – CCL.

En contratos de suministro de bienes permanentes y de consumo la diferencia entre los índices de capital circulantes neto de las dos empresas hipotéticas citadas anteriormente no sería tan relevante, pues el licitante tiene espacio para negociar precios y plazos de pagos con su proveedor y no necesita, por ejemplo, de liquidez o patrimonio, ya que figura como especie de intermediario y su situación financiera no es determinante para el contratante, pero sí la efectiva entrega del bien. Además, no hay encargos de seguridad social y/o laborales vinculados directamente al objeto.

Al contrario de las empresas de suministro de bienes, las de externalización de servicios son altamente demandantes de recursos financieros de corto plazo y de alta liquidez, como moneda corriente, pues es necesario que dispongan de recursos suficientes en el activo circulante para soportar gasto con la nómina y otros encargos a cada mes, independientemente del recibimiento del pago del órgano para el cual presta los servicios.

Cabe consignar que, en el ámbito de la administración pública, con pequeñas excepciones, no hay la figura del pago anticipado y ni sería razonable, pues la administración funcionaría como financista a costo cero de empresas de externalización y no como contratante propiamente. Además, si fuese así, las empresas trabajarían con riesgo cero, situación incompatible con las actividades del sector privado, que presuponen siempre la existencia del riesgo del negocio.

El pago solamente puede ocurrir después de la atestación del servicio realizado, normalmente en el transcurso del mes posterior a la prestación de los servicios. Así, tiene sentido exigir de las licitantes que tengan recursos financieros suficientes para honrar el mínimo de 2 (dos) meses de contratación sin depender del pago por parte del contratante. Una empresa que no tenga esta capacidad cuando de la realización del proceso licitatorio, sin dudas tendrá dificultades de cumplir con todas las obligaciones hasta el término del contrato.

5.1.2 - Declaración de contratos firmados con la iniciativa privada y Administración Pública (relación de compromisos)

Además de la evaluación de la capacidad económico-financiera de la licitante por medio del patrimonio neto y del capital circulante neto, hay que se verificar todavía si la

misma posee patrimonio suficiente para soportar compromisos ya asumidos con otros contratos sin comprometer la nueva contratación. Una empresa que asume compromisos más allá de su capacidad económico-financiera queda fragilizada y ciertamente tendrá dificultades en la ejecución de sus contratos. Esa condición puede ser medida por medio de la evaluación de la relación de compromisos asumidos, conteniendo los valores mensuales y anuales (contratos en vigor firmados con la Administración Pública en general e iniciativa privada) que importen en la disminución de la capacidad operativa o en la absorción de disponibilidad financiera de la empresa, esencial para el pago de la nómina, encargos laborales y fiscales, además de los gastos con insumos y materiales en virtud de los pagos regulares y/o mensuales a ser efectuados. Con base en esas informaciones, se compara el valor total de los contratos indicados en su relación de compromisos con su patrimonio neto y se verifica si la misma posee condiciones de soportar más un contrato.

Tal exigencia se encuentra expresamente autorizada por el §4º del artículo 31 de la Ley nº 8.666, ya transcrito anteriormente, sin embargo no hay la costumbre de su utilización en la Administración Pública Brasileña.

Conforme destaca Marçal Justen Filho (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, p. 449), *“la exigencia de relación de compromisos solamente adquiere utilidad cuanto tenga sido previsto patrimonio neto mínimo. Tiene por objetivo verificar si los datos contables no están perjudicados en función de hechos posteriores. Si el sujeto es obligado a saldar deudas o invertir sus recursos para cumplir determinadas obligaciones, habrá un comprometimiento de sus disponibilidades. Eventualmente, el balance no retratará esas contingencias y el patrimonio neto previsto en el balance no corresponderá al montante de disponibilidad del sujeto.”*

En el caso de una empresa asumir compromisos más allá de su capacidad económico-financiera, esta se quedará frágil y ciertamente tendrá problemas en la gestión de sus contratos, incluso de los nuevos.

Si el patrimonio neto de la empresa es inferior a 1/12 del valor total anual constante de la declaración de compromisos, quedará caracterizado que en una eventual

quiebra la empresa no tendrá condiciones económicas de honrar el pasivo laboral de sus empleados, hecho que, por cierto, generará trastornos y perjuicios a la Administración tanto en el ámbito administrativo, como en judicial laboral.

Considerando que la relación será presentada por la contratada, es importante que la Administración se asegure que las informaciones prestadas estén correctas. De ese modo, también deberá ser exigido el Demostrativo de Resultado del Ejercicio – DRE (ingresos y gastos) por la licitante vencedora. Ese documento integra las demostraciones contables de la interesada y su presentación no representa dificultad.

Como, en teoría, gran parte de los ingresos de las empresas de externalización es proveniente de contratos, es posible inferir la veracidad de las informaciones presentadas en la relación de compromisos cuando comparada con los ingresos brutos discriminados en la DRE. Así, la contratada deberá presentar las debidas justificativas cuando hiciere diferencia mayor que el 10% entre los ingresos brutos discriminados en la DRE y el total de los compromisos asumidos. Ese confronto tiene el objetivo único y exclusivo de verificar si el valor total declarado en la relación de compromisos es compatible o tiene correlación con la facturación de la empresa indicada en su Demostración de Resultados. Porcentuales inferiores a 10%, en la comprensión de la Administración, no tendrán el don, por sí sólo, de traer problemas en la evaluación económica de la contratada.

¿Y por qué el porcentual de 10%? Considerando se tratar de servicios de naturaleza continuada, normalmente contratados por 12 meses (prorrogables), en teoría, la diferencia entre los ingresos brutos discriminados en la DRE del último año (balance exigible) y la relación de contratos vigentes en la fecha de la sesión pública debería ser mínima o inexistente. Sin embargo, hay siempre la posibilidad de que la facturación de la empresa no esté relacionado exclusivamente con los contratos de externalización, y que estos tengan sufrido alteraciones a lo largo del año, generando, por consiguiente, divergencias de valores. Se sabe que pueden ocurrir divergencias, sin embargo no pueden, como regla, ser significativas. La DRE de una empresa idónea que registra todos sus actos y hechos contables y emite adecuadamente notas de gastos para todos los servicios que realiza no presenta diferencias significativas en relación a sus compromisos. De esta manera, como medida de razonabilidad, entendemos que diferencias inferiores a

10% (diez por ciento) podrían ser admitidas, compitiendo a la interesada presentar las justificativas cuando ese porcentual superase los 10 % (diez por ciento). Por otro lado, empresas inidóneas que actúan en el mercado de externalización de mano de obra de forma irresponsable y con objetivo de lesionar sus empleados y la Administración Pública tendrán dificultades de atender esa condición de habilitación. El objetivo es que la licitante solamente sea habilitada si las informaciones contables registradas en sus demostraciones en confronto con su relación de compromisos fueren consistentes y verdaderas. Así, el porcentual de 10% (diez por ciento) fue definido sin la utilización de requisitos técnicos, pues parte del presupuesto de que si existe coincidencia de 90% entre los valores de la relación de compromiso con lo que está registrado en la DRE, esto es razón suficiente para se creer que toda ella esté correcta y que los 10% (diez por ciento) es decurrente de error o es oriundo de otros ingresos que no impactan el objetivo mayor del indicador que es verificar si la empresa está o no con su patrimonio comprometido o en una posible situación de insolvencia.

Por fin, comprobada la correlación entre el valor total de los contratos discriminados en la relación de compromisos y el montante de los ingresos brutos discriminados en la DRE, el valor del patrimonio neto de la contratada no podrá ser inferior a 1/12 del valor total constante de la relación de compromisos.

Esa exigencia objetiva demostrar que la licitante tiene condiciones de honrar sus compromisos en el futuro, no sólo con el contrato firmado en este Tribunal, pero también con los contratos ya firmados con otros órganos/empresas. La insolvencia de la empresa no afecta solamente un contrato, pero todos aquellos ya firmados por la licitante.

Se registre que esa condición de habilitación económico-financiera no debe ser considerada y analizada aisladamente, pero en conjunto con los otros requisitos de habilitación relacionados en este trabajo.

El objetivo de la condición es minimizar los riesgos de la Administración, evitando que sean contratadas empresas que no dispongan de activos suficientes y necesarios para el regular ejercicio de sus actividades. Con esa providencia, la posibilidad de que la Administración sea obligada a pagar por gastos laborales de la contratada queda bastante reducida en el caso de insolvencia de la misma.

A título de ejemplo, consideremos el Contrato n° 34/2009 firmado entre el TCU y la empresa Higiterc Higienização e Terceirização Ltda., lo cual fue rescindido en 23/02/2010, por falta de capacidad económico-financiera de la empresa y por el incumplimiento de obligaciones junto a sus empleados. Si a la época de la licitación, en 20/05/2009, el requisito aquí discutido hubiese sido exigido, la citada empresa no sería habilitada y consecuentemente contratada, puesto que 1/12 del total de sus contratos celebrados con la Administración Pública en la época, en el montante de R\$ 2.969.458,95, era superior a su patrimonio neto de R\$ 2.576.560,31.

En el caso anteriormente descrito, se hace necesario frisar que la empresa Higiterc podría estar en situación económico-financiera todavía más caótica, pues la relación de contratos identificados dice respecto solamente a los celebrados con la Administración Pública Federal (extraídos de la base de datos del Sistema Integrado de Administración Financiera - SIAFI). No integraron el cálculo, por ejemplo, los valores referentes a los contratos celebrados con la iniciativa privada y otras esferas administrativas.

Se observa que, al vencer la licitación y firmar el Contrato n° 34/2009 con el TCU, la empresa Higiterc ya había asumido compromisos por encima de su capacidad económico-financiera y operacional y el destino no fue otro. La empresa no logró honrar los contratos asumidos anteriormente, ni el nuevo contrato celebrado con el Tribunal y terminó insolvente, ocasionando enormes problemas a todos los contratantes y empleados a ella vinculados, los cuales tuvieron de buscar y/o están buscando la satisfacción de sus derechos junto a la justicia laboral. Y como ocurre en la mayoría de los casos semejantes a ese, los dueños de la empresa desaparecieron. Están en lugar incierto y no conocido. Restó entonces a la Administración del TCU intentar minimizar los problemas en relación a los empleados que desempeñaban sus funciones les pagando directamente sus salarios, como los de la propia Administración del Tribunal, celebrando contratos emergenciales (normalmente de mayor costo) y realizando nuevo proceso licitatorio. Todo ese costo administrativo podría ser evitado si los criterios de habilitación fuesen más rigurosos.

De esta manera, con base en esos presupuestos, se propone las siguientes condiciones de habilitación económico-financiera para integren los pliegos de condiciones destinados a la contratación de servicios externalizados:

Las licitantes deberán presentar la siguiente documentación complementaria:

Capital Circulante Neto - CCL:

1.1. Balance patrimonial y demostraciones contables del ejercicio social anterior al de la realización del proceso licitatorio, comprobando índices de Liquidez General (LG), Liquidez Corriente (LC) y Solvencia General (SG) superiores a 1 (uno), bien como Capital Circulante Neto (CCL) o Capital de Giro (Activo Circulante – Pasivo Circulante) de un mínimo de un 16,66% (dieciséis enteros y sesenta y seis centésimos por ciento) del valor estimado para la contratación;

Patrimonio Neto – PL mínimo de 10%:

1.2. Comprobación de patrimonio neto no inferior a un 10% (diez por ciento) del valor estimado de la contratación, por medio de la presentación del balance patrimonial y demostraciones contables del último ejercicio social, presentados en la forma de la ley, prohibida la sustitución por balances parciales o provisionales, pudiendo ser actualizados por índices oficiales, cuando encerrados más de 3 (tres) meses antes de la fecha de la sesión pública de apertura del proceso licitatorio;

Relación de Compromisos y Demostración del Resultado del Ejercicio - DRE:

1.3. Comprobación, a través de declaración, de la relación de compromisos asumidos, de que 1/12 (un doceavo) del valor total de los contratos firmados con la Administración y/o con la iniciativa privada, vigentes en la fecha de la sesión pública de apertura del proceso licitatorio, no es superior al Patrimonio Neto del licitante, pudiendo este ser actualizado en la forma de la subcondición anterior;

1.3.1. La declaración de que trata la subcondición 1.3 deberá estar acompañada de la Demostración del Resultado del Ejercicio (DRE) relativa al último ejercicio social;

1.3.2. La declaración de que trata la subcondición 1.3 que presentar divergencia porcentual superior a un 10% (diez por ciento), para arriba o para abajo, en relación a los ingresos brutos discriminados en la Demostración del Resultado del Ejercicio (DRE) deberá estar acompañada de las debidas justificativas.

Certificado Negativo de Quiebra:

1.4. Certificado negativo de hechos sobre quiebra, recuperación judicial o recuperación extrajudicial, expedida por el distribuidor de la sede del licitante;"

5.2 –Calificación técnico-operacional

Se registra inicialmente que los límites de exigencia de comprobación de la calificación técnica de licitantes es tema muy debatido en los análisis, pareceres y deliberaciones en el ámbito del Tribunal de Cuentas de la Unión, como también es a menudo enfrentado por el Poder Judicial y por doctrinadores.

Para el autor Marçal Justen Filho, *"la determinación de los requisitos de calificación técnica se hará caso a caso, en virtud de las circunstancias y peculiaridades del interés público. Competirá a la Administración, en la fase interna anterior a la propia elaboración del acto convocatorio, evaluar los requisitos necesarios, se restringiendo al estrictamente indispensable a asegurar un mínimo de seguridad cuanto a la idoneidad de los licitantes"* (in *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 8ª ed., Dialética, p. 327).

Para evitar posibles abusos de la Administración que pudiesen restringir indebidamente la libertad de participación de empresas en licitaciones públicas, la Constitución Federal obligó que se establezcan solamente *"exigencias de calificación técnica y económica indispensables a la garantía del cumplimiento de las obligaciones"* (art. 37, XXI). Para hacer valer ese mandamiento, la Ley 8.666/1993 limitó las exigencias relativas a la habilitación de los licitantes (arts. 27 a 31), como ya fue dicho anteriormente.

Sin embargo, en virtud de los límites exhaustivos impuestos por la Ley 8.666/1993, la Administración pasó a enfrentar dificultades reales en conciliar el tenor de aquellos artículos con el interés público, principio mayor que orienta la finalidad de toda actuación de la Administración.

En las conclusiones de aquel autor, *"se volvió muy difícil la Administración establecer reglas adecuadas para evaluar la capacidad técnica de los interesados, lo que*

puede representar ampliación del universo de participantes a costa de la ampliación del riesgo de contratos mal ejecutados y de serios perjuicios a interés público. Como resultado, la práctica administrativa, la jurisprudencia de los tribunales (incluso de las Cortes de Cuentas) y la doctrina vienen buscando una solución para la dificultad" (in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 8ª ed., Dialética, p. 328).

El Poder Judicial viene conciliando aquellos límites impuestos por la ley de licitaciones con el interés público, principio mayor que orienta la finalidad de toda actuación de la Administración, como se concluye de los sumarios de juzgados del Superior Tribunal de Justicia - STJ, a seguir transcritas:

DERECHO ADMINISTRATIVO. LICITACIÓN. SERVICIOS DE INGENIERÍA DE GRAN PORTE. REQUISITOS DE CAPACIDAD TÉCNICA. COMPROBACIÓN DE EXPERIENCIA ANTERIOR. POSIBILIDAD.

1. Las exigencias tendentes a comprobar la capacidad técnica del interesado en contratar con la entidad pública deben ser concebidas dentro de los matices y particularidades que caracterizan el contrato a ser formalizado, siendo de rigor que estén pautadas en los principios que orientan el interés público.
(...)

4. La ampliación del universo de participantes no puede ser implementada indiscriminadamente de modo a comprometer la seguridad de los contratos, lo que puede generar graves perjuicios para el Poder Público. (REsp 295.806 - SP, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, 2ª T, DJ: 6/3/2006).

MANDADO DE SEGURIDAD. CONCURRENCIA PÚBLICA. EXIGENCIA DE COMPROBACIÓN DE CAPACIDAD "TÉCNICO-

OPERACIONAL" DE LA EMPRESA PARA EJECUCIÓN DE OBRA PÚBLICA.

- La exigencia no es ilegal, si necesaria y no excesiva, teniendo en cuenta la naturaleza de la obra a ser contratada, prevaleciendo, en el caso, el principio de la supremacía del interés público. Art. 30, de la Ley de las Licitaciones.

- La capacidad técnica operacional consiste en la exigencia de organización empresarial apta al desempeño de un proyecto, situación distinta de la capacidad técnica personal.

(...)

- Exégesis del dispositivo infraconstitucional conforme a la Constitución, a las peculiaridades del certamen y suma exigencia de la supremacía del interés público, ya que el bacheo de un trecho del asfalto de una ciudad, como la de São Paulo, debe ser ejecutado inmune de cualquier vicio de modo a no hacer incidir servicios continuos de reparación. (REsp 331.215 - SP, Rel. Ministro Luiz Fux, 1ª T., DJ 27/5/2002)

En cuanto al TCU, la exigencia de comprobación de la calificación técnica debe ser pertinente y compatible con el objeto de la licitación o de la contratación directa e indispensable al cumplimiento del objeto. En ese sentido son las Sentencias: 565/2010 - TCU - 1ª Cámara, 2.397/2010 - TCU - Plenario, 5.026/2010 - TCU - 2ª Cámara, 311/2009 - TCU - Plenario, 513/2009 - Plenario, 3.927/2009 - TCU - 1ª Cámara y 1.417/2008 - TCU - Plenario.

Se concluye, entonces, de la doctrina de Marçal Justen Filho, de los juzgados citados y de la jurisprudencia del Tribunal de Cuentas de la Unión que las exigencias de capacidad técnica de licitantes deben ser concebidas de acuerdo con las particularidades de cada contratación, dentro de los límites de la razonabilidad y proporcionalidad, y

deben ser orientadas por el interés público, resguardando la Administración de graves perjuicios decurrentes de contratos mal resueltos.

Ante la percepción de la fragilidad de las exigencias fijadas en las cláusulas de los pliegos de condiciones relativas a la calificación técnico-operacional de las empresas de externalización, ya que la Administración Pública viene se balizando en orientaciones destinadas a la contratación de obras, que se refieren a objeto absolutamente distinto de los servicios de naturaleza continuada, deben ser envidados esfuerzos en el sentido de formular criterios más adecuados a demostrar la capacidad operacional de esas empresas, compatible con lo que está siendo licitado.

5.2.1 – Localización de la oficina para contactos

La primera propuesta tiene por fundamento legal el art. 30, inciso II, y § 6º, de la Ley 8.666/93, y se refiere a la comprobación de que la empresa posee o se compromete a montar matriz, filial o oficina en local previamente definido en el pliego de condiciones, con personal cualificado y en cantidad suficiente para administrar el contrato.

Esa exigencia se hace necesaria teniendo en cuenta que, con el advenimiento de la subasta inversa electrónica, empresas de varios estados vencen la licitación, firman contrato, y no tienen montada, de forma espontánea, estructura administrativa próxima al local de gestión del contrato y de sus empleados. Con eso, la Administración y los empleados tienen dificultad en mantener contactos con los administradores de la empresa. Muchas veces siquiera logran localizar la sede de la empresa contratada.

Es importante aclarar que esa necesidad es fundamental para mejoría de la administración de los servicios objeto de la contratación. Podemos constatar, a lo largo de la gestión de contratos externalizados, la dificultad de sanar pendencias junto a las empresas que no mantuvieron una estructura mínima en el local de la prestación de los servicios.

Por muchas veces, las unidades de fiscalización de los contratos necesitan de informaciones gerenciales de valores pagos, de depósitos salariales, entre otras, y el prepuesto local no consigue atender a demanda en plazo estipulado por el contrato ni

satisfactoriamente, generando dificultades al fiscal de lo contrato para atestación de cumplimiento de cláusulas contractuales.

A principio, podría se pensar que tal exigencia constituiría condición discriminatoria y, por lo tanto, prohibida por la norma que rige las licitaciones, pues se prestaría a *“admitir, prever, incluir o tolerar, en los actos de convocación, cláusulas o condiciones que comprometan, restrinjan o frustren su carácter competitivo y establezcan preferencias o distinciones en razón de la naturalidad, de la sede o domicilio de los licitantes o de cualquier otra circunstancia impertinente o irrelevante para el específico objeto del contrato”* (art. 3º, § 1º, inciso I de la Ley nº 8.666/93).

Claro está que no se puede obstar en ninguna circunstancia la participación en certamen licitatorio de licitantes con sede en local distinto de aquel en que se realiza la licitación o donde será ejecutado su objeto. No se confunde la exigencia prohibida – alusiva a la obligatoriedad del licitante tener su sede en el local de ejecución del objeto – con aquella que se le impone de mantener, después de la firma del contrato, unidad que se destine a atender al objeto contractual, situado en la localidad de ejecución.

Todavía se aclara que no se trata de exigencia de disponibilidad previa, prohibida por el § 6º del art. 30 de la Ley de Licitaciones, pero de obligación posterior a la firma del contrato, razón por la cual proponemos el plazo de 60 días después de esta fecha para la comprobación del cumplimiento a la exigencia.

Entendemos, por lo tanto, ser legítima y jurídica la condición constante del pliego de condiciones en ese sentido formulada, siempre que restrictas a los límites de las necesidades apuntadas y debidamente justificadas por la Administración. Otro no es el entendimiento de Marçal Justen Filho, que asevera que *“no hay prohibición a que se imponga el deber de el licitante establecerse en cierto local, para ejecutar el objeto contractual. No se confunde la determinación del local de ejecución del contrato con (a) la restricción a la habilitación de licitantes localizados en determinados locales y (b) la atribución de ventajas o desventajas (para fines de clasificación a la mera localización geográfica)”* (in *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 8ª ed., Dialética, p. 355).

5.2.2 – Certificados de capacidad técnica

Otro punto de vital importancia se refiere a la comprobación de que la empresa posee aptitud en realizar el objeto licitado, teniendo en cuenta las particularidades actuales inherentes a la prestación de servicios de naturaleza continuada.

Conforme el art. 30, inciso II, y § 1º, de la Ley n° 8.666/93, la comprobación de aptitud para el desempeño de actividad pertinente y compatible en características, cantidades y plazos, con el objeto de la licitación, debe ser verificada por medio de certificados técnicos, registrados en las entidades profesionales competentes, expedidos por personas jurídicas de derecho público o privado.

Comúnmente se viene exigiendo de la licitante que compruebe que prestó servicio equivalente a un 50% de lo que se pretende contratar, como forma de verificar la compatibilidad de objetos en lo que se refiere a cantidades.

Sin embargo, hay que percibir que cada contratación requiere habilidades específicas, de forma que esa línea de razonamiento no puede ser aplicada uniformemente.

La calificación técnica exigida de los licitantes consiste, según las palabras de Marçal Justen Filho (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 8ª ed., Dialética, p. 322), en el “*dominio de conocimientos y habilidades teóricas y prácticas para la ejecución del objeto a ser contratado*”. Por lo tanto, el contenido de los certificados de capacidad técnica debe ser suficiente para garantizar a la Administración que el contratado tendrá aptitud para ejecutar el objeto pretendido. Tal aptitud puede referir a varios aspectos.

En ese punto, parece residir la principal discusión a ser enfrentada – que especie de aptitud debe ser exigida para la ejecución de contratos de servicios de naturaleza continuada, en que esté caracterizada cesión de mano de obra.

Las empresas que prestan servicios externalizados, como regla, no son especialistas en el servicio propiamente, pero en la gestión de la mano de obra. Es una

realidad de mercado a la cual la Administración precisa se adaptar y adecuar sus contratos. Es cada vez más raro firmar contratos con empresas especializadas solamente en limpieza, o en conducción de vehículos, o en recepción. Las contratadas prestan varios tipos de servicio, a veces en un mismo contrato, de forma que adquieren habilidad en la gestión de los empleados que prestan los servicios, y no en la técnica de ejecución de ellos.

Aunque sea muy probable que las propias demandas de la Administración tengan moldeado ese comportamiento de las empresas, debatir el tema o la adherencia del modelo a la concepción ideal de la externalización de servicios no se muestra provechoso.

Lo que importa es percibir que la habilidad de las contratadas en la gestión de la mano de obra, en esos casos, es realmente mucho más relevante para la Administración que la aptitud técnica para la ejecución de los servicios, incluso porque estos presentan normalmente poca complejidad. O sea, en esos contratos, dada la naturaleza de los servicios, interesa a la Administración certificarse de que la contratada es capaz de reclutar y mantener personal capacitado y honrar los compromisos laborales, de seguridad social y fiscales. Es situación muy diversa de un contrato que envuelva complejidad técnica, como una obra, o de un contrato de suministro de bienes, en que la capacidad puede ser medida se tomando como referencia la dimensión del objeto – que sirve muy bien el parámetro de 50% usualmente adoptado.

La constatación de que la habilidad requerida para la prestación de servicios externalizados mediante cesión de mano de obra es diferenciada, y esta conclusión adviene de la experiencia de la Administración en la conducción de esos contratos. Se ha observado que la mayor causa de fracaso en la ejecución de los ajustes es la incapacidad de las empresas de mantener la prestación de los servicios a lo largo del tiempo sin fallar en el cumplimiento de sus obligaciones laborales y de seguridad social junto a los empleados. Por lo tanto, se puede concluir que la habilidad de gestión de personal, en esos casos, se relaciona más a la salud financiera de las empresas y a la capacidad de gestionar recursos financieros y costos.

Por todo eso, el contenido de los certificados de capacidad técnica exigidos en las licitaciones no suele atender a los presupuestos de la Ley 8.666/93 – aptitud para ejecutar los servicios contratados y cumplir con los otros encargos exigidos por la legislación y por el contrato.

5.2.3 – Experiencia mínima de 3 años

Se observe, todavía, que el mismo art. 30, inciso II, de la Ley 8.666/93, autoriza expresamente la Administración a exigir del licitante la comprobación de que ya ejecutó objeto compatible, **en plazo**, con lo que está siendo licitado. De acuerdo con el art. 57, inciso II, de esa Ley, los contratos para prestación de servicios de forma continua podrán ser prorrogados por hasta sesenta meses. En ese sentido, comprendemos pertinente que la exigencia relativa a plazo pueda ser hecha hasta el límite de las prorrogaciones sucesivas.

No obstante la autorización legal, se verifica que la Administración no fija exigencia relativa a plazo en las licitaciones y contrata empresas sin experiencia, las cuales, con el tiempo, se muestran incapaces de cumplir el objeto acordado.

Estudio presentad por el SEBRAE (Servicio Brasileño de Apoyo a las Micro y Pequeñas Empresas) demuestra que en torno a un 58% de las empresas de pequeño porte abiertas en Brasil no pasan del tercer año de existencia. En otro estudio similar, el Serasa (Centralización de los Servicios Bancarios S/A) afirma que un 49% de las empresas brasileñas cierran sus puertas en los dos primeros años de existencia. Esos datos se armonizan con la constatación de la Administración Pública de que las empresas están rescindiendo o abandonando los contratos antes de completados los sesenta meses admitidos por ley.

Por lo tanto, con relación al plazo, la propuesta presentada es la comprobación de **experiencia mínima de tres años** en la ejecución de objeto semejante al de la contratación.

Esta exigencia de que la empresa esté establecida en el ramo por el mínimo de tres años visa a garantizar que existe la intención por parte de la empresa en seguir en el ramo al cual se propone a prestar, evitando de esta manera empresas “aventureras” y permite inferir el mínimo de comprometimiento inherente a la posición que la licitante aspira.

Esa exigencia también tiene por objetivo evitar el ya verificado fenómeno de la transmutación de la personalidad jurídica de empresas anteriormente penalizadas, que simplemente resurgen en el mercado con el mismo grupo societario, pero bajo nueva personalidad jurídica, se evadiendo de esta manera de sanciones que las impidan de concurrir en nuevos procedimientos licitatorios.

Es importante aclarar todavía que la exigencia de experiencia de tres años es perfectamente factible para las empresas que prestan regularmente ese tipo de servicio, ya que sus contratos son prorrogados hasta el límite de 60 meses. Si se considerara el manifiesto interés de la Administración en la continuidad de sus contrataciones hasta el plazo límite de 5 (cinco) años, la exigencia del plazo de 3 (tres) años de experiencia corresponderá a un 60% (sesenta por ciento) del objeto y será, por lo tanto, totalmente compatible con los plazos estipulados.

5.2.4 – Estructura física y de personal compatibles con el objeto

La exigencia de los certificados anteriormente discurridos, por si sola, no asegura que la empresa tenga condiciones de ejecutar el contrato, pues en nuestro entendimiento, no tiene el don de comprobar, necesariamente, que la empresa está funcionando regularmente.

En lo que se refiere a la aferición de la capacidad técnico-operacional de empresas que prestan servicios de externalización, prospera la alegación de que el atributo principal de esas empresas, que las habilita para ejecutar regularmente dichos servicios y que las mantiene en el mercado es la capacidad de gestionar mano de obra, ya que los servicios externalizados son generalmente de baja complejidad técnica. Por ejemplo, esas entidades precisan concentrar esfuerzos para reclutar y capacitar profesionales, ubicarlos de acuerdo con las necesidades contractuales, coordinar los trabajos, gestionar las nóminas, como también observar los diversos derechos y encargos laborales, además de las obligaciones fiscales.

En otro aspecto, se entiende que la exigencia de comprobación de cuantitativos mínimos, fijados porcentualmente a la dimensión del objeto licitado, tal como el

parámetro de 50% usualmente adoptado, no es suficiente para garantizar el cumplimiento de contratos de externalización muy pequeños. Eso porque es necesario un mínimo de puestos de trabajo contratados para mantener la operabilidad de la empresa, teniendo en cuenta la esencial estructura administrativa para gestionar la mano de obra.

Tampoco es suficiente para asegurar la capacidad operacional de la empresa la calificación económico-financiera en los moldes tratados en el art. 31 de la Ley 8.666/1993, teniendo en cuenta que se refiere a datos de ejercicio anterior a la licitación.

En ese contexto, se pensó en una exigencia apta a demostrar que la licitante posee estructura física y personal compatibles con el objeto del contrato, en los términos del § 6° del art. 30 de la Ley 8.666/93.

Con el objetivo de atender a los principios del juicio objetivo y de la vinculación al instrumento convocatorio, se propone que debe ser requerido, para demostrar la capacidad técnica para gestionar personal, un mínimo de 20 (veinte) puestos, poco importando las dimensiones de los servicios. Esa exigencia se presta a asegurar que la contratada posee la aptitud mínima para gestionar contratos de naturaleza continuada, con cesión de mano de obra, ante la Administración Pública, hasta el límite de cuarenta puestos. Después de ese límite, pasaría a ser exigido un 50% del total de puestos de trabajo objeto de la licitación.

El presupuesto de esa exigencia sería la imposibilidad de una empresa de servicios externalizados funcionar de forma plena, con menos de 20 empleados en su plantilla, teniendo en cuenta los costos fijos derivados de esos contratos, que exigen una estructura mínima: selección de personal, sector de pagos, almacén, adquisiciones, contabilidad, entre otros.

Se nota que hacer exigencias con base en el tamaño del objeto, que, además, puede permanecer en un 50%, por si sólo no traería el provecho esperado a la Administración, pues no se prestaría a demostrar la necesaria capacidad de la empresa en gestionar personal. Este raciocinio solamente es utilizado en contratos pequeños. En contratos de grande volumen, es perfectamente posible y razonable se exigir 50% de la cantidad de puestos y 50% del objeto.

Además, es pertinente alertar que, aunque entendido que el mínimo de 20 puestos es el número adecuado, claro que obtenido de forma estimada, para comprobar que la empresa tiene capacidad en gestionar personas, por lo tanto apta a prestar servicios de naturaleza continuada, no se trata de determinación, pero solamente de una recomendación a ser seguida, ya que, a depender de las peculiaridades del local donde será realizada la licitación, esa exigencia podrá incluso imposibilitar la contratación del servicio pretendido.

Esta exigencia, como se ha dicho, tiene por finalidad verificar si la empresa tiene condiciones de costear una estructura administrativa mínima para gestionar un nuevo contrato. Esto es consecuencia de la existencia de un costo mínimo para gestión de los puestos. Todo contrato de externalización, para ser bien ejecutado, demanda una estructura mínima central. Dichos costos deben ser soportados por contratos, ya que esta es la fuente de recursos de la empresa. Así, contratos muy pequeños no generan renta suficiente para la manutención de esa estructura mínima, lo que lleva el contrato al colapso.

¿Cómo llegamos a este cuantitativo de 20 empleados? De modo a calcular el número mínimo de puestos (un empleado por puesto) necesarios a la manutención del contrato, se parte de las siguientes premisas, estimadas, de forma a garantizar:

- Parcela del LDI referente a la administración central: 5%;
- Encargos sociales: 80%;
- Remuneración del empleado: R\$ 1.000,00 (US\$ 500,00);
- Costo mínimo de la oficina: R\$ 2.000,00 (US\$ 1.000,00).
- Así, cada puesto (con 1 empleado) costará: $1.000 \times (1+0,8) = \text{R\$ } 1.800,00$ (US\$ 900,00)
- Cada puesto generará el siguiente valor destinado a la Administración Central: $1.800 \times 5\% = \text{R\$ } 90,00$ (US\$ 45,00);

- El número de puestos mínimos para soportar el costo de la oficina es (suponiendo que cada puesto posee un empleado), por lo tanto: $2.000/90,00 = 22,22$ (aproximadamente 20).

Se concluye que una empresa de externalización solamente logrará mantener el contrato si tener un mínimo de 20 empleados subcontratados. De todo ello se concluye que solamente una empresa que esté administrando 20 (veinte) empleados externalizados tendrá la condición necesaria para atender un nuevo contrato de externalización, independientemente del volumen del contrato.

5.2.5 – Idoneidad de los certificados

Por fin, es razonable que la Administración adopte cautelas cuando del examen de toda la documentación presentada. Para ilustrar, se pueden citar dos ejemplos rutineros, el primero de ellos tiene relación con la presentación de certificados técnicos muy antiguos provenientes de personas jurídicas de derecho privado, incluso ya extintas, o no localizadas en la dirección de origen; y el otro con la presentación de certificados expedidos antes de decorrido 1 (un) año de la contratación del servicio, algunas veces, transcurrido plazo inferior a 1 mes, lo que de forma alguna permite certificar que la empresa presta servicio de calidad.

De esa forma, es prudente consignar en el instrumento convocatorio algunas restricciones a la presentación de certificados, tales como: obligatoriedad de el licitante hacer disponibles todas las informaciones necesarias a la comprobación de la licitud de los documentos presentados; exigencia de que hayan sido expedidos después de la conclusión del contrato o decorrido el mínimo de un año del inicio de su ejecución, excepto si haber sido firmado para ser ejecutado en plazo inferior, solamente aceptado mediante la presentación del contrato. Es relevante, además, que, si el responsable por la emisión del certificado no más exista, el contratado presente otros documentos, como, por ejemplo, el contrato que dio soporte al certificado, capaces de dar soporte a la nueva contratación.

Siendo así comprendemos que, relativamente a la calificación técnico-operacional, es prudente que la Administración realice las siguientes exigencias a las licitantes:

a) que compruebe que posee o se compromete a montar matriz, filial u oficina en local previamente definido en el pliego de condiciones, con personal cualificado y en cantidad suficiente para gestionar el contrato;

b) que demuestre que posee aptitud en gestionar personal, mediante la comprobación de que administra un mínimo de 20 (veinte) puestos de trabajo, poco importando las dimensiones de los servicios, hasta el límite de cuarenta puestos. Excedido ese límite, la exigencia será de 50% del total de puestos de trabajo necesarios a la contratación requerida;

c) que presente certificados de que ya ejecutó objeto compatible, en plazo, con lo que está siendo licitado, mediante la comprobación de **experiencia mínima de tres años** en la ejecución de objeto semejante al de la contratación;

d) que suministre todas las informaciones necesarias a la comprobación de la legitimidad de los certificados presentados;

e) que solamente presente certificados expedidos después de la conclusión del contrato o decorrido un mínimo de un año del inicio de su ejecución, excepto si haber sido firmado para ser ejecutado en plazo inferior, solamente acepto mediante la presentación del contrato;

5.3 – Calificación técnico-profesional

Cuanto a la calificación técnico-profesional, se pretende la estandarización de la interpretación del art. 30, § 1º, inciso I, parte final, de la Ley nº 8.666/1993, que prevé prohibición de exigencias de cantidades mínimas o plazos máximos en los certificados utilizados para la comprobación de la capacidad técnico-profesional de las empresas licitantes.

A seguir transcribimos la redacción del dispositivo objeto de la controversia interpretativa:

*“Art. 30. La documentación relativa a la calificación técnica se limitará a:
(...)*

§ 1º La comprobación de aptitud referida en el inciso II del "caput" de este artículo, en el caso de las licitaciones pertinentes a obras y servicios, será hecha por certificados expedidos por personas jurídicas de derecho público o privado, debidamente registrados en las entidades profesionales competentes, limitadas las exigencias a:

I - capacidad técnico-profesional: comprobación del licitante de poseer en su plantilla permanente, en la fecha prevista para entrega de la propuesta, profesional de nivel superior u otro debidamente reconocido por la entidad competente, poseedor de certificado de responsabilidad técnica por ejecución de obra o servicio de características semejantes, limitadas estas exclusivamente a las parcelas de mayor relevancia y valor significativo del objeto de la licitación, prohibidas las exigencias de cantidades mínimas o plazos máximos;” .

Se destaca que, para la contratación de servicios de naturaleza continuada, la necesidad de exigencias técnico-profesionales estará relacionada a la complejidad técnica relacionada a su ejecución. A título de ejemplo, podemos citar servicios en los cuales históricamente son realizadas exigencias de esa naturaleza: manutención de edificios, aire acondicionado, servicios de ingeniería en general, audio y video, informática.

La pretensión de uniformar el entendimiento acerca del dispositivo citado reside en la intención de obstar que interpretaciones divergentes perjudiquen la marcha eficiente de las licitaciones realizadas en la Administración Pública.

En ese punto, importa citar que el quid de la controversia reside en el alcance de la expresión “cantidades mínimas” constante de la parte final del inciso I, anteriormente transcripto; si estaría aludiendo a la cantidad mínima de certificados, o mejor, de obras y

servicios ejecutados, o si, por otro lado, se referiría a cuantitativos mínimos de características intrínsecas del objeto de la contratación.

Las posiciones presentadas, diametralmente opuestas, causan dificultad en la elaboración de los pliegos de condiciones, justamente en lo que respecta a las exigencias de calificación técnica del profesional, indispensables para garantizar el mínimo de seguridad y calidad en la ejecución del objeto del contrato.

Sin embargo, compétenos puntuar que esa divergencia ocurre por ser posible, y incluso imprescindible a la garantía de prestación eficiente de los servicios contratados, delimitar las características que deben estar presentes en la experiencia anterior del profesional. Dichas características, compatibles con el objeto a ser ejecutado, serán comprobadas mediante exigencias de cuantitativos mínimos relativos al objeto que se pretende contratar como, por ejemplo, haber fiscalizado obra de determinada dimensión o haber ejecutado determinado porte de servicio. Por su vez, hay entendimiento contrario a este, que considera ser prohibidas dichas previsiones.

Para puntuar más claramente la controversia, se muestra relevante consignar el entendimiento de la Consultoría Jurídica del TCU, proferido en parecer referente al proceso n° TC 010.414/2010-0 (contratación de empresa para prestación del servicio de reformas en el edificio de la Secretaría de Control Externo del Tribunal de Cuentas de la Unión en el Estado del Mato Grosso – SECEX-MT), en estos términos:

“PARECER CONJUR: Item 6.1. Habilitación. (...)

6.1.2. Requisitos para comprobación de calificación técnica. *Se observa que la minuta del pliego de condiciones define que la comprobación de calificación técnico-profesional y técnico-operacional se dará por la presentación de certificados que comprueben determinadas cantidades mínimas de suministro e instalación de pisos tipo porcelanato y persianas.*

Compétenos resaltar que, a pesar del veto presidencial al dispositivo que trataba expresamente de las exigencias de calificación técnico-operacional en la Ley n°. 8.666/93, esta Corte de Cuentas ha entendido plenamente admisible

que la Administración exija del que pretende ser contratado la comprobación de realización de servicios compatibles en características, plazos y cantidades con el objeto del certamen, a fin de demostrar su aptitud en ejecutar el futuro ajuste de manera correcta.

Durante cierto periodo, hubo la discusión acerca del alcance de la restricción contenida en el inciso I del §1º del art. 30 que, al discurrir sobre exigencias de comprobación técnico-profesional, establece ser prohibidas las cantidades mínimas o plazos máximos. Posteriormente, diversos juzgados de este Tribunal, como los que siguen, asentaron la materia:

“A la luz del dispuesto en el inciso I (parte final) del § 1º del mencionado art. 30, solamente se admite que la comprobación de la experiencia anterior no sea asociada a la exigencia de cuantitativos mínimos cuando se tratar de capacidad técnico-profesional.(...)”

12. La conclusión, por lo tanto, es que puede ser establecidos cuantitativos mínimos en los certificados de capacidad técnico-operacional, sin embargo, en cada caso concreto, deberá ser verificado si las exigencias establecidas son pertinentes y necesarias para que la Administración tenga las garantías necesarias que aquella empresa posee las condiciones técnicas para la buena ejecución de los servicios. No puedo concordar, por lo tanto, con la determinación propuesta por la Secex/BA, en el ítem II-a (fls. 294/295), una vez que la restricción para la exigencia de cantidades mínimas solamente tiene relación con los certificados de capacidad técnico-profesional.” (Sentencia 2304/2009 – Plenario).

“31. En resumen, se percibe claramente la convergencia de los entendimientos de la doctrina y jurisprudencia patria en el sentido de se considerar perfectamente legítima la inserción de exigencia, en los pliegos de condiciones, como requisito previo a la habilitación, de comprobación de la capacidad técnica de los interesados en contratar con la Administración, siendo ampliamente mayoritaria la concepción, según Marçal Justen Filho, de que la comprobación de esa calificación

técnica debe abarcar tanto el aspecto operacional como el profesional, conforme inteligencia del art. 37, inciso XXI, de la Constitución Federal c/c el art. 30, inciso II, de la Ley 8.666/1993 (in : Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 9ª ed. São Paulo: Dialética. 2002. p. 319)." (Sentencia 32/2003 - TCU - Primera Cámara, Voto del Relator).

28. Así, se concluye que esta Corte ha considerado legítima la inserción de exigencia de calificación técnica operacional, incluyendo cuantitativos mínimos y plazos máximos, como requisito previo para habilitación en los pliegos de condiciones, siempre que, conforme también resaltado por el Relator de la sentencia mencionada, sea demostrada ser imprescindible y pertinente (ítem 9.2 de la Sentencia 32/2003 - TCU - Primera Cámara). (Sentencia 717/2010 – Plenario).

Así, como visto anteriormente, siempre que demostrada su pertinencia y adecuación y no ofenda los principios licitatorios como la competitividad, igualdad y legalidad, está autorizada la inserción de exigencias relacionadas a la evaluación de la capacidad técnica-operacional del licitante, incluyendo el establecimiento de cuantitativos mínimos y plazos máximos.

Sin embargo, el Estatuto de las Licitaciones, corroborado por la jurisprudencia de esta Casa, prohíbe expresamente, en su inc. I del §1º del art. 30, “exigencias de cantidades mínimas o plazos máximos” en lo que tiene relación con la comprobación de aptitud técnico-profesional. Con este raciocinio fueron proferidas las siguientes orientaciones:

“ACUERDAN los Ministros del Tribunal de Cuentas de la Unión, (...), en: 10.1.2.1. suprimir (...) las exigencias de cantidades mínimas referentes a la capacidad técnico-profesional, vez que prohibidas por el art. 30, §1º, I de la Ley 8.666/1993; (Sentencia 2081/2007 – Plenario)

“ACUERDAN los Ministros del Tribunal de Cuentas de la Unión, (...), en: 9.3. determinar a [omissis] que: 9.3.4. se abstenga de insertar, en los pliegos de condiciones de licitación que elaborar, exigencias de cantidades mínimas para la comprobación de la capacidad técnico-

profesional, en los términos del art. 30, § 1º, inciso I, de la Ley n. 8.666/1993; (Sentencia 2674/2009 – Plenario)

“16. A principio, se verifica que la exigencia de cuantitativos mínimos para la comprobación de capacidad técnico-profesional es prohibida por la Ley de Licitaciones, conforme art. 30, § 1º, inciso I, siendo esta cláusula del pliego de condiciones, por lo tanto, ilegal. Esa irregularidad sería suficiente para declarar la nulidad del proceso licitatorio, sin embargo, considerando la situación avanzada de ejecución de las obras, y para evitar daño mayor al proyecto, compete determinar a la SEINFRA/CE que se abstenga de exigir cantidades mínimas como requisito de habilitación técnico-profesional en las próximas licitaciones que envuelvan recursos federales.” (Sentencia 2933/2009 – Plenario).

*De esa manera, la condición 31.3 de la minuta de instrumento convocatorio, que expresamente se refiere a la calificación técnico-profesional, no encuentra consonancia con el entendimiento sedimentado por este Tribunal de Cuentas y prohibición dispuesta en el inc. I del §1º del art. 30 de la Ley n. 8.666/1993 en lo que se refiere a la exigencia de **comprobación de cantidad mínima suministrada e instalada de porcelanato y persiana**”*

Se verifica que la Consultoría Jurídica se posicionó justamente contra la exigencia inserta en el pliego de condiciones de “cantidad mínima suministrada e instalada de porcelanato y persiana”, características consideradas esenciales que deben constar de certificado referente a la experiencia anterior, exactamente para garantizar la ejecución del objeto de la licitación. No hay, como se observa, objeción acerca de eventual cantidad mínima de certificados referentes a esos requisitos.

En conclusión, en ese caso, defendemos interpretación, contraria a la de la Consultoría Jurídica, en el sentido de que la expresión “cantidades mínimas” se refiere al número de certificados eventualmente presentados por los licitantes (número de obras ejecutadas), y no a las características, dimensiones o a los cuantitativos de servicios o de la obra objeto de la licitación.

Vale resaltar que, en nuestro entendimiento, el dispositivo no se refiere a la prohibición a la previsión de exigencia de cantidades mínimas en lo que tiene relación con el objeto de la licitación en su dimensión intrínseca, pero sí al número mínimo de certificados para comprobar los requisitos eventualmente exigidos.

Se esclarece. Si el objeto de la licitación trata de una obra de 20.000 m² y la exigencia es de que conste del certificado la realización anterior de obra con tal dimensión, bastaría 1 (un) certificado para comprobar la capacidad técnica de la licitante para bien ejecutar el contrato. Sería irrazonable exigir un mínimo de 2 (dos) o 3 (tres) certificados de la licitante para el mismo requisito, pues una empresa que ya realizó por lo menos una obra de tal porte revela, en los términos del dispositivo legal referido, la misma capacidad de una empresa que ya realizó tres obras de mismo porte.

Se resalte que no se presenta esencial y ni se discute cual empresa posee más calificación o experiencia (si la que presenta un certificado o si la que presenta tres), pero cual empresa presenta garantía mínima de que poseerá, al ser contratada, capacidad para ejecutar la obra o servicio, por precio ventajoso para la Administración. Sin embargo, si la sumatoria de esos requisitos pudiese se compatibilizar con eventual experiencia superior de la licitante, tanto mejor, pero es imprescindible que tal caso – sumatoria de certificados – no conste como exigencia obligatoria, porque no prevista en ley.

Con efecto, insta consignar que no se olvida que el dispositivo comentado buscó corregir una distorsión histórica – que permitía que exigencias abusivas de calificación técnica hiciesen inviable la participación de empresas competentes en las licitaciones, al prohibir exigencias que, por excesivas, desproporcionales o inadecuadas, transbordaban el nivel de garantía de seguridad mínima en la ejecución del objeto de la licitación.

No obstante, asume importancia comentar que, por otro lado, las limitaciones a la discrecionalidad de la Administración no deben representar, en la misma medida, aumento de los riesgos y creación de oportunidades para que empresas o profesionales sin preparación asuman responsabilidades con las cuales no pueden arcar.

En ese sentido, la previsión de exigencias de calificación técnico-profesional no debe topar en óbices insuperables decurrentes de interpretación de dispositivo de ley de

forma perjudicial al interés público. Tanto por eso, las exigencias de calificación técnica, tanto operacional como profesional, presuponen las características ciertas y delimitadas del objeto a ser contratado, pues no bastará a la Administración que un profesional compruebe haber construido un edificio cualquier, si este no fuera compatible con las dimensiones y peculiaridades de la obra a ser contratada. Ora, un profesional que construye una obra en hormigón de menor magnitud no comprueba, solamente por eso, tener capacidad técnica de construir un complejo arquitectónico como el del TCU, por ejemplo.

En ese orden de raciocinio, es imperioso constatar que las exigencias de dimensiones y características propias del objeto a ser contratado, en el caso de comprobación de capacidad técnico-profesional, no pueden ser implícitas, previstas genéricamente solamente para homenajear la interpretación de que sería prohibido exigir cantidades mínimas en las características de obras y servicios anteriormente ejecutados.

Ante esas consideraciones, y en observancia al principio del juicio objetivo de la licitación, se verifica que las exigencias deben ser expresas, delimitadas, objetivas, proporcionales al objeto de la licitación, y, en esa medida, las empresas licitantes deben comprobar habilidad anterior en ejecutar servicio u obra en dimensiones compatibles con la anhelada en la licitación, pues el dominio de técnicas o la competencia para gestionar, administrar o ejecutar obras y servicios se muestra no solamente deseable, pero imprescindible a la satisfactoria ejecución del contrato.

A corroborar la idea ora defendida, siguen precedentes del Superior Tribunal de Justicia - STJ:

“RECURSO ESPECIAL - ADMINISTRATIVO - LICITACIÓN PÚBLICA - SERVICIOS DE LIMPIEZA Y CONSERVACIÓN - ART. 30, II, DE LA LEY N°. 8.666/93 - EXIGENCIA DE CAPACIDAD TÉCNICA Y FINANCIERA LÍCITA - ART. 57, II, DE LA LEY N°. 8.666/93 - PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE FORMA CONTINUA - PATRIMONIO NETO MÍNIMO - DURACIÓN DEL CONTRATO FIJADA AB INITIO EN 60 MESES - ILEGALIDAD - RECURSO ESPECIAL PROVIDO EN PARTE.

Es cierto que no puede la Administración, en ningún caso, hacer exigencias que frustren el carácter competitivo del certamen, pero sí garantizar amplia participación en la disputa licitatoria, posibilitando el mayor número posible de concurrentes, siempre que tengan calificación técnica y económica para garantizar el cumplimiento de las obligaciones.

No existe violación al principio de la igualdad entre las partes si los requisitos del pliego de condiciones, cuanto a la capacidad técnica, son compatibles con el objeto de la concurrencia.”

Recurso especial provisto en parte. (REsp 474.781/DF, Rel. Ministro FRANCIULLI NETTO, SEGUNDA TURMA, juzgado en 08/04/2003, DJ 12/05/2003 p. 297)

“ADMINISTRATIVO. LICITACIÓN. HABILITACIÓN. CALIFICACIÓN TÉCNICA DEL LICITANTE. EXIGENCIA LEGAL. REGISTRO O INSCRIPCIÓN EN LA ENTIDAD PROFESIONAL COMPETENTE. PRECEDENTES. RECURSO PERJUDICADO.

I - La habilitación del particular, antes denominada capacidad jurídica, es la aptitud efectiva del interesado, sea él persona física o jurídica, para ejercer derechos y contraer obligaciones, con responsabilidad absoluta o relativa por sus actos, se ligando visceralmente al participante del certamen de la licitación, y no a las calidades de sus empleados.

II - El art. 30, inc. I, de la Ley n.º 8.666/1993, al regular la habilitación de los interesados, dispone que la calificación técnica se limita a la presentación de registro o inscripción en la entidad profesional competente. Se contempla, así, la comprobación de la aptitud de la persona del licitante en cumplir con todas las obligaciones atinentes a la ejecución del objeto de la licitación.

III - La calificación técnica del particular licitante es presupuesto indispensable al cumplimiento de su habilitación en el certamen público, una vez que la Administración solamente podrá confiarle la ejecución del objeto de

la licitación, si el interesado posee y comprobar, en los términos de la ley (art. 30, inc. I, de la Ley n.º 8.666/1993), su habilitación jurídica plena. Precedentes del STJ.

IV - Debido al periodo de tiempo transcurrido desde el enjuiciamiento del mandamus, se ve que los servicios, objeto de la licitación cuestionada, ya fueron realizados, haciendo el recurso perjudicado por la pérdida de su objeto". (RMS 10.736/BA, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEGUNDA TURMA, juzgado en 26/03/2002, DJ 29/04/2002 p. 209).

Así, es indeclinable que la empresa que compruebe ya haber ejecutado objeto semejante al de la licitación posee a su favor una presunción de capacidad para ejecutar tal objeto nuevamente. En lo que tiene relación con la calificación técnico-profesional, es esencial que el acervo técnico del profesional posea esa misma característica, a saber, experiencia anterior en objeto semejante, en dimensiones y complejidad, al que se pretende contratar.

Bajo esa óptica, se observa que los certificados referentes a la calificación técnico-profesional no solamente pueden como deben contener expresa mención a la experiencia anterior en el objeto de la contratación. No se trata de conveniencia de la Administración, pero de requisito de suma importancia para la selección de la propuesta más ventajosa, y, para alcanzar tal objetivo, se impone a la Administración la previsión explícita de los cuantitativos mínimos o de plazos máximos, obedeciendo a las balizas que tratan de las parcelas de mayor relevancia y valor significativo.

Con notable propiedad, Marçal Justen Filho (*Comentários à Lei de Licitações ...*, cit., p. 416/417) asevera que “la Administración deberá identificar los aspectos más complejos y diferenciados del objeto licitado, para efecto de exigencia de la experiencia anterior. Es evidente que no tendría cabida subordinar la participación a la comprobación de la ejecución de actividad secundaria o irrelevante que el objeto licitado presente”. Y más: “Por todo eso, es indispensable que la Administración identifique, en el objeto licitado, los aspectos más complejos y las características que lo hacen diferenciado. No

hay modo de establecer una solución normativa abstracta delimitadora de lo que deberá ser considerado por la Administración, precisamente porque el mundo real comporta variaciones muy intensas. En algunos casos, se trata de la dimensión física de la obra. En otros, envuelve el plazo máximo para ejecución. Hay casos en que la cuestión se relaciona con la complejidad tecnológica del objeto. (...) Lo que se exige, sin embargo, es que la identificación de las parcelas de mayor relevancia técnica y valor significativo sean explícitamente indicadas por la Administración, de modo motivado".

Ante esto, es preciso analizar la prohibición de la parte final del inciso I, del párrafo 1º, del art. 30, de la Ley de Licitaciones con razonabilidad, pues, cuando el factor primordial de la licitación reside en la existencia de experiencia en determinado cuantitativo mínimo o en determinados plazos máximos, acatar la literalidad de la norma llevaría a una contradicción, cual sea, prevaleciendo la interpretación de que no se puede exigir dichos requisitos, la licitación estaría imposibilitada y la norma, inocua, sin cualquier aplicación práctica.

Además, los principios de hermenéutica indican que no hay norma sin sentido, desprovista de finalidad práctica o efecto jurídico, aún que negativo. Si la interpretación dada a un dispositivo legal retira por completo su aplicabilidad, tal interpretación nos parece equivocada. La interpretación sistemática del ordenamiento no puede acoger aquella que transforma la norma – que pretende proteger el interés público –, en instrumento de ampliación de riesgos a la Administración al impedirle de exigir requisitos esenciales al fiel cumplimiento de los contratos a ser firmados.

Así, si la comprobación de la calificación técnico-profesional mediante prueba de experiencia anterior implicar en la existencia de datos cuantitativos, peculiaridades técnicas o dimensiones específicas del objeto de la licitación, la única interpretación coherente con el sistema normativo será la que prestigia el interés público, cual sea, de que la expresión “cuantitativos mínimos” se refiere a la cantidad de certificados y no prohíbe la inserción de exigencias referentes al objeto del contrato, siempre que semejantes/similares y razonables.

En ese paso, sería posible, en la estela del caso traído de inicio, exigir certificado de fiscalización de obra anterior con dimensión de 20.000 m² o semejante a ese nivel, pero no sería proporcional exigir 3 (tres) certificados con el mismo cuantitativo, pues un certificado bastaría para garantizar la competencia de la empresa para ejecutar la obra.

No es otra la doctrina del Procurador-General del Ministerio Público Especial junto al TCU, Lucas Rocha Furtado, en su obra *Licitações e Contratos Administrativos*, páginas 238/239:

“El art. 30, § 1º, inciso I, de la Ley n. 8.666/1993, prohíbe la exigencia de cantidades mínimas. De hecho, certificado que compruebe la responsabilidad por obra de características compatibles ya evidencia la capacidad técnica.

El texto del inciso II del art. 30 menciona la comprobación de aptitud para desempeño de actividad pertinente y compatible en características, cantidades y plazos con el objeto de la licitación. Lo que está en examen es la aptitud del licitante para ejecutar objeto semejante al de la licitación y no cuantas veces ya ejecutó objeto semejante. En teoría, la empresa que presentar solamente un certificado está tan apta cuanto aquella que presentar dos certificados.
(...)

La palabra ‘certificados, citada en el § 1º, se encuentra en el plural porque el licitante tiene la libertad de presentar cuantos certificados cuantos juzgar necesarios para comprobar su aptitud. (...)

Lo que se verifica en el texto del § 1º del art. 30 es referencia a certificados que, en cualquier cantidad, sean capaces de comprobar la aptitud del particular”.

Además, precedentes del TCU revelan ser esa la mejor interpretación al dispositivo analizado:

“34. La verificación de la calificación técnica, conforme artículo 30 de la Ley n° 8.666, de 1993, tiene por objetivo asegurar que el licitante estará apto a dar cumplimiento a las obligaciones asumidas con la Administración Pública, en los términos del art. 37, inciso XXI, de la Constitución Federal, no pudiendo su comprobación ser hecha mediante la formulación de exigencias irrazonables, que comprometan la observancia del principio constitucional de la igualdad.

35. Cuanto a la aptitud para el desempeño de la actividad y a la calificación de los miembros del equipo técnica que se responsabilizará por los trabajos, debe ser entendido que las exigencias contenidas en el inciso II del art. 30 de la Ley n° 8.666/93 pueden ser divididas en dos partes: una relativa al licitante persona jurídica (calificación técnica operacional) y otra al cuerpo técnico de profesionales del licitante (calificación técnica profesional).

36. **Lucas Rocha Furtado** enseña que la primera, que cuida de la comprobación de "aptitud del interesado para el desempeño de actividad pertinente y compatible en características, cantidades y plazos con el objeto de la licitación, e indicación de las instalaciones y del aparejo y del personal técnico adecuados y disponibles para la realización del objeto de la licitación", se refiere al propio licitante. La otra, relacionada a la "calificación de cada uno de los miembros del equipo técnico que se responsabilizará por los trabajos", se dirige específicamente a sus empleados.

37. Entendemos, en relación a ese asunto, que el ítem 8.1.3 "a", del pliego de condiciones de la Toma de Precios n° 2/2008 versó sobre calificación técnica profesional, una vez que prescribió expresamente que las empresas licitantes deberían presentar un mínimo de 03 (tres) C.A.T. Certificado de Acervo Técnico, expedido por el Crea/RO, que compruebe haber el responsable técnico de la empresa desempeñado actividad pertinente y compatible en características, con el objeto de esta Licitación (...). No hay que hablar en calificación técnica operacional, como intentaran convencer los responsables, de modo a se librar de la prohibición de la exigencia de límites o de cantidad cierta de certificados para fines de comprobación de calificación técnica profesional.

38. *Prosiguiendo, la limitación contenida en el inciso I, § 1º, del art. 30 de la Ley n° 8.666/93 se aplica exclusivamente a la comprobación de la calificación técnica de los profesionales que se responsabilizarán por los trabajos (calificación técnica profesional). Por lo tanto, **es expresamente prohibida la imposición de límites o de cantidad cierta de certificados** para fines de comprobación de calificación técnica profesional, de la forma como prescribió el ítem 8.1.3 "a", del pliego de condiciones de la Toma de Precios n° 2/2008.*

39. **El inciso II del artículo 30 prevé la comprobación de aptitud para desempeño de actividad pertinente y compatible en características, cantidades y plazos con el objeto de la licitación como uno de los requisitos de calificación técnica. Lo que está en examen es la aptitud del licitante para ejecutar objeto semejante al de la licitación y no cuantas veces ya ejecutó objetos semejantes. En teoría, la empresa que presentar un certificado está tan apta como aquella que presentar tres. (...)**. Sentencia 1593/2010 - Segunda Cámara.

“REPRESENTACIÓN. LICITACIÓN. SUSPENSIÓN CAUTELAR DEL CERTAMEN. EXIGENCIA DE CERTIFICADO DE CAPACIDAD TÉCNICA EN NOMBRE DEL PROFESIONAL. CUANTITATIVOS MÍNIMOS PARA COMPROBACIÓN DE CAPACIDAD TÉCNICO-PROFESIONAL. ESTABLECIMIENTO DE CANTIDAD MÍNIMA DE CERTIFICADOS. POSIBILIDAD. CONTRATACIÓN, MEDIANTE MODALIDAD DE SUBASTA INVERSA, DE SERVICIOS DE CONSULTORÍA EN EL ÁREA DE PLANEAMIENTO ESTRATÉGICO. ILEGALIDAD. ANULACIÓN DEL CERTAMEN. PROCEDENCIA PARCIAL.

1. La exigencia de certificados de capacidad técnica emitidos en nombre de los profesionales se consustancia en elemento de convicción para la comprobación de la capacidad de las licitantes, específicamente de la parte técnico-profesional.

2. No afronta el art. 30, § 1º, inciso I, de la Ley n° 8.666/1993 la exigencia de certificados con cuantitativo mínimo, para fines de comprobación de

capacidad técnico-profesional, cuando este cuantitativo refleje características intrínsecas a cada contrato mencionado en los certificados y cuando el objeto licitado es de naturaleza predominantemente intelectual, dificultando, por consiguiente, la aferición de esa capacidad. (...)

6. Con respecto a la exigencia de cuantitativo mínimo en relación a la referida capacidad técnico-profesional, observo que una interpretación literal del art. 30, § 1º, inciso I, de la Ley nº 8.666/1993 lleva a la conclusión de ser prohibida tal práctica. Sin embargo, es necesario se profundizar en la exégesis del referido dispositivo, extrayéndole su verdadera mens legis y la confrontando con la exigencia establecida en cada caso concreto, conforme lo hice la Unidad Técnica, a las fls. 54/55 do v.p..

7. Para valerse del mencionado dispositivo legal, y exigir que las licitantes comprueben tener su cuerpo técnico ejecutado obra o servicio de características semejantes a que será contratada, las comisiones de licitación, eventualmente, no dispondrán de otro medio tan eficiente y objetivo como el análisis cuantitativo de obras o servicios otrora ejecutados por esos profesionales, cuanto más en el certamen en foco, cuyo objeto - prestación de servicios de consultoría y apoyo a la Eletronorte, apuntando a la actualización del proceso de planeamiento estratégico para el ciclo 2006/2010 - es de naturaleza predominantemente intelectual.

8. En respaldo al entendimiento que ora definiendo, transcribo a seguir la lección de Marçal Justen Filho, que, al comentar el art. 30 de la Ley nº 8.666/1993, así se posiciona:

"Existen situaciones en que el factor cuantitativo es relevante, incluso para fines de calificación técnico-profesional. Por eso, se debe interpretar con razonabilidad la propia prohibición que el § 1º, inciso I, establece a propósito de calificación técnica profesional. Solamente se aplica cuando la identificación de la experiencia anterior no envolver la existencia de un dato cuantitativo o la definición de un local peculiar. Si la complejidad del objeto licitado consistir precisamente en esos puntos (extensión, dificultad de acceso y otros), es perfectamente posible exigir comprobación de experiencia

anterior abarcando requisitos de esa orden." (in Comentário à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Editora Dialética, 10ª edição, 2004, p. 330)

9. En esa línea de raciocinio, considero que la exigencia contenida en el ítem 9.8.4, apartado "c", del Pliego de Condiciones de la Subasta Inversa PR-GSG-5.2113 - certificados técnicos o currículo comprobando la actuación de los profesionales en actividades de planeamiento en, por lo menos, 2 (dos) empresas con más de 1.000 (mil) empleados (fls. 16 del anexo I y 43 del anexo II) - no topa en la prohibición del art. 30, § 1º, inciso I, de la Ley nº 8.666/1993, teniendo en cuenta que la interpretación razonable de ese dispositivo no alcanza los cuantitativos intrínsecos a cada contrato anteriormente ejecutado, como en el caso en examen, pero solamente a cuantitativos referentes, entre otros, al conjunto de experiencias o al tiempo de práctica en cada una de ellas, a ejemplo de lo que ocurriría si la Eletronorte hubiese exigido de las licitantes la comprobación de experiencia mínima de dos años en el ramo de consultoría o de la ejecución de, por lo menos, dos contratos de consultoría en entidades cuyas características, medidas en número de funcionarios, facturación anual, área de actuación etc., fuesen semejantes, en cada uno de esos entes, a las encontradas en la Eletronorte". Sentencia 492/2006 – Plenario.

“El art. 30 de la Ley 8.666, de 1993, y su inciso II dicen, entre otras cosas, que la exigencia para la calificación técnica debe ser compatible en cantidades. Por lo tanto, es posible se exigir cantidades, siempre que compatibles. Por compatible, se entiende ser semejante, no precisa ser idéntica. La semejanza depende de la naturaleza técnica de la contratación, pues, para ciertas cosas, quien hace una, hace dos. Para otras cosas, la capacidad para hacer una no garantiza capacidad para hacer dos. En abstracto, es lógico que la exigencia de cantidad no puede superar la estimada

en la contratación, siendo ahí evidente el abuso”. Sentencia 1618/2002 Plenario.

Ese también es el entendimiento de la jurisprudencia del Egregio STJ, como vemos a seguir:

“PROCESUAL CIVIL Y ADMINISTRATIVO. LICITACIÓN. CAPACIDAD TÉCNICA PROFESIONAL. EXIGENCIA DE EXPERIENCIA ANTERIOR DECIDIDA EN CRITERIO CUANTITATIVO. POSIBILIDAD. (...)

2. La mejor inteligencia de la norma contenida en el art. 30, § 1º, I (parte final), de la Ley de Licitaciones se orienta en el sentido de permitir la inserción en el pliego de condiciones de exigencias de cantidades mínimas o de plazos máximos cuando, vinculadas al objeto del contrato, estuvieran asentadas en criterios razonables.

3. Recurso especial parcialmente conocido (violación del art. 30, § 1º, inc. I, de la Ley nº. 8.666/93) y, en esa parte, declarado improcedente”. (REsp 466.286/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, juzgado en 07/10/2003, DJ 20/10/2003 p. 256).

Por lo expuesto, defendemos que la interpretación más apropiada acerca del art. 30, § 1º, inciso I, parte final, de la Ley nº 8.666/1993, es ser posible, y incluso imprescindible a la garantía de la contratación, delimitar las características que deben estar presentes en la experiencia anterior a ser comprobada – compatibles con el objeto a ser ejecutado –, a través de exigencias de cuantitativos mínimos concernientes al objeto que se pretende contratar, tales como haber fiscalizado o acompañado obra de determinada o semejante dimensión, haber ejecutado determinado porte de servicio.

5.4 – Garantía contractual

Dado que el momento más importante en la fiscalización de los contratos es la rescisión, ya que la contratada sufre desembolso voluminoso debido a los encargos rescisorios, se pensó sobre la posibilidad de aumentar la garantía contractual, que actualmente es de un 5%, conforme previsto en el §2º, del art. 56, de la Ley n° 8.666/93, para el límite de 10%, con el objetivo de asegurar que, al término de vigencia, caso la empresa no honre los encargos asumidos, su valor, sumado al de la última factura, asegure, si no el total, por lo menos gran parte de los encargos rescisorios de los trabajadores.

Si adoptásemos ese procedimiento, serían evitadas las retenciones de parte de las facturas de las empresas todos los meses, propuesta en la IN/SLTI/MPOG n° 02/2008, medida que, en el entendimiento del TCU, es ilegal.

Sin embargo, el art. 56, § 3º, de la Ley n° 8.666/93, sólo autoriza la elevación del seguro al porcentual de 10% en el caso de obras, servicios y suministros de gran volumen envolviendo alta complejidad técnica y riesgos financieros considerables, demostrados a través de parecer técnicamente aprobado por la autoridad competente. Hay que se reconocer que los servicios de externalización, de forma general, no cumplen esos requisitos.

Por eso, la alternativa de se aumentar el seguro para la contratación de servicios externalizados exigiría tramitación de proyecto de ley al Congreso Nacional, para la alteración del citado párrafo de la Ley n° 8.666/93.

Debido a los objetivo de este trabajo y a la necesidad de estudios más profundizados, entendemos no ser adecuada la inclusión en la conclusión de sugerencia de formalización de proyecto de ley para la alteración de la Ley n° 8.666/93.

5.5 – Casos de parcelación del objeto

El art. 23, § 1º, de la Ley n° 8.666/93, fija orientación en el sentido de que *“las obras, servicios y adquisiciones efectuadas por la Administración serán divididas en*

tantas parcelas cuantas se comprobaren técnica y económicamente viables, se procediendo a la licitación con vistas al mejor aprovechamiento de los recursos disponibles en el mercado y a la ampliación de la competitividad sin pérdida de la economía de escala”.

Por lo dispuesto anteriormente, las empresas que prestan servicios externalizados, como regla, no tienen especialidad en el servicio propiamente, pero en la administración de la mano de obra. Es una realidad de mercado a la cual la Administración precisa se adaptar y adecuar sus contratos. Es cada vez más raro, por ejemplo, firmar contratos con empresas especializadas solamente en limpieza, o en conducción de vehículos, o en recepción. Las contratadas prestan varios tipos de servicio, a veces en un mismo contrato, de forma que adquieren habilidad en la gestión de los funcionarios que prestan los servicios, y no en la técnica de ejecución de ellos.

Se trata, así, de práctica regular del mercado prestar esos servicios de forma concomitante. De ese modo, la división del objeto, como previsto en la norma transcrita, no implicará en ampliación de la competitividad y, en consecuencia, en ganancias económicas, pues las mismas empresas participarán de la licitación.

Además, cuanto mayor el objeto de ese tipo de contrato, menores serán los costos fijos por puesto de trabajo. En principio, por lo tanto, es esperada una reducción de los precios ofertados, caso el objeto no sea dividido.

En esa línea de raciocinio, la simple división de esos servicios implicará solamente en aumento de gastos para la administración, sea para contratarlos, sea para gestionarlos.

Por lo tanto, bajo el punto de vista técnico y económico, servicios no especializados, como almacén, archivo, protocolo, camarero, conductor, recepcionista, limpieza, mensajería, no deben ser divididos.

Sin embargo, hay que se recordar, que los servicios técnicos, a ejemplo de mantenimiento de edificios, aire acondicionado, telefonía, servicios de ingeniería en general, audio y video, informática, deben ser divididos por área, ya que el mercado actúa de forma segmentada por especialización y, de ese modo, es esperada competitividad más

exasperada, con reflejos directos en los precios ofertados y en la calidad de los servicios prestados.

De esa forma, la propuesta para la realización de la parcelación del objeto en servicios de naturaleza continuada, dependerá de la complejidad técnica envuelta. Así, se opta por la no parcelación cuando se referir a objeto sin ninguna complejidad técnica, a ejemplo de limpieza, conducción de vehículos, recepción, y por la parcelación cuando se tratar de servicios técnicos en que las empresas actúan de forma segmentada por especialización, a ejemplo de manutención de edificios, aire acondicionado, telefonía, servicios de ingeniería en general, audio e video, informática. Se trata, sin embargo, de procedimientos que deben ser evaluados en cada caso concreto.

5.6 – Técnicas de presupuestación

Conforme preceptúa el art. 7º, § 2º, inciso II, de la Ley 8.666/93, las licitaciones para contratación de servicios solamente son realizadas después de la obtención de los detalles del presupuesto en planillas que expresen la composición de todos sus costos unitarios.

Comúnmente los órganos/entidades públicos adoptan dos criterios básicos para la elaboración de esos presupuestos:

- a) realizan encuesta junto a otros órganos públicos o solicitan propuestas a empresas del ramo;
- b) elaboran planilla detallada con todos los insumos básicos que componen el precio del bien, servicio u obra.

En el momento de la prorrogación contractual, exclusivamente en relación con los servicios de naturaleza continuada, se percibe que la planilla presupuestaria es formada por ítems que no carecen, o envuelven, un alto costo-beneficio, de forma que no justifica la realización de nueva encuesta de mercado.

Para comprender de forma clara lo que está siendo afirmado, subdividiremos los servicios de naturaleza continuada en dos grupos: con o sin suministro de materiales,

siendo la única diferencia entre ellos en lo que se refiere a la composición de la planilla presupuestaria, la inclusión de los materiales necesarios a la realización de los servicios.

Por lo tanto, iniciaremos el análisis de la planilla presupuestaria por los ítems comunes a cualquier servicio de naturaleza continuada: **remuneración, encargos sociales, insumos y LDI.**

Cuanto a la remuneración, usualmente es basada en el piso salarial de la Convención Colectiva de la Categoría. Mientras ese fuera el criterio utilizado, es manifiesta la inutilidad de la realización de la encuesta de mercado para comprobación de la ventaja de la Administración en mantener el contrato firmado.

Los encargos sociales tienen sus ítems definidos en instrumentos legales, tales como leyes, decretos, normativos, y en el Reglamento de la Seguridad Social. La discrecionalidad de ese grupo está solamente en estimativas inherentes a cada empresa participante del proceso licitatorio, a ejemplo de faltas, auxilio enfermedad, accidentes de trabajo, entre otros. Por lo tanto, definir esos parámetros mediante comparación entre valores adoptados en licitaciones por otros Órganos/Entidades públicos, se muestra absolutamente inapropiado, ante la imposibilidad de se conocer particularidades de cada empresa, que sin duda son reveladas solamente en el momento de la licitación.

Los insumos son compuestos, mayoritariamente, por ítems que poseen respaldo en la Convención Colectiva de la Categoría. Los demás, pasibles de realización de encuesta de mercado, son: uniforme, Equipamiento de Protección Individual- EPI y manutención de equipamientos.

Cuanto a esos ítems, se tratan de insumos, cuya suma, corresponde al máximo de 5% del presupuesto total a ser licitado, como ha sido demostrado en licitaciones recientes. Teniendo por parámetro la curva ABC, indiscutiblemente esos ítems no están entre los más representativos de la planilla presupuestaria. Al mismo tiempo, importa recordar que hacemos parte de una economía estable, en que la variación esperada es baja y puede ser perfectamente retratada mediante la utilización de índices nacionales, tal como el INPC. Por lo tanto, no hay razón para efectuar encuesta de mercado todas las

veces que es necesaria la realización de prórrogación contractual, con todo el costo administrativo que representa.

A título de ejemplificación, recientemente fue realizado un procedimiento licitatorio para contratación de servicio de mantenimiento predial del Tribunal de Cuentas de la Unión. En ese contrato, durante el procedimiento licitatorio se realizó encuesta de mercado para casi 200 diferentes insumos, siendo algunos de ellos referentes a uniformes y EPIs y la mayoría para estimativa de mantenimiento de equipamientos. Es notorio que el costo/plazo para la realización de encuesta de mercado para la prórrogación del contrato, además de impeditivo, no es aconsejable en función de la baja representatividad de esos ítems en el presupuesto global.

Además, la encuesta de mercado normalmente lleva a precios superiores a aquellos alcanzados durante la licitación. Por lo tanto, la utilización de un índice adecuado, más allá de retratar la realidad del mercado, evita perjuicio innecesario a la Administración, así como para la empresa contratada.

Cuanto al LDI, hay consenso entre los Órganos/Entidades cuanto a los ítems que lo componen y el valor del porcentual actual, que gira en torno del 26%; además ese porcentual es ajustado durante el procedimiento licitatorio, y con certeza no llevará a la Administración a concluir por la desventaja del presupuesto para la prórrogación del contrato se fundamentando en ese ítem que, después de licitado, solamente es posible sufrir alteración por repactuación, siempre que comprobado el desequilibrio económico financiero del contrato.

Realizado el análisis de los ítems comunes a cualesquiera servicios de naturaleza continuada, pasemos a la apreciación del único ítem concerniente solamente a aquellos servicios con suministro de materiales, como limpieza y conservación y mantenimiento predial.

El ítem materiales es compuesto por todos aquellos necesarios a la realización del servicio. Todavía tomando por modelo la licitación realizada para contratación de los servicios de mantenimiento predial, se realizó encuesta de mercado para casi 800 diferentes

materiales. Para ese caso, se vuelve notoria la dificultad de comprobar las ventajas del contrato en el caso de su prórroga.

En primer lugar porque durante la ejecución del contrato hay gran dificultad en realizar comparaciones entre servicios con suministro de materiales, teniendo en cuenta las particularidades inherentes a cada contrato en ejecución en la Administración Pública.

Segundo, y en esa misma línea de raciocinio, la única forma de observar si el contrato continuaría ventajoso para la Administración sería realizando nueva encuesta de mercado, en que dos problemas son fácilmente vislumbrados: el tiempo necesario para realizar tal comprobación; y el más importante, el costo administrativo de esa encuesta.

Es flagrante que el uso de índice específico y adecuado, más allá de traer significativo beneficio a la Administración, será la forma más apropiada para comprobar que el contrato continúa ventajoso en el momento de la prórroga.

Por fin, importante destacar que, para los casos de servicios continuados de limpieza, conservación, higienización y de vigilancia, la ventaja económica para la Administración todavía podrá ser comprobada mediante comparación con los límites establecidos, por estado, en acto normativo de la Secretaría de Logística y Tecnología de la Información del Ministerio del Planeamiento, Presupuesto y Gestión – SLTI/MP.

Realizadas esas consideraciones, se concluye que, en se tratando de prórroga contractual para servicios de naturaleza continuada, la realización de encuesta junto al mercado y otros órganos/entidades de la Administración Pública, más allá de ficticia, ya que no retrata verdaderamente el mercado, es onerosa y burocrática, por lo tanto absolutamente innecesaria.

De esa forma entendemos innecesaria la realización de encuesta junto al mercado y a otros órganos/entidades de la Administración Pública para la **prórroga de contratos de servicios de naturaleza continuada**, siendo la ventaja económica de su manutención para la Administración garantizada si:

- a) hubiera previsión contractual de que las repactaciones de precios envolviendo la nómina serán efectuadas solamente con base en convención, acuerdo colectivo de trabajo o en consecuencia de ley;

- b) hubiera previsión contractual de que las repactuaciones de precios envolviendo insumos (excepto cuanto a obligaciones decurrentes de acuerdo o convención colectiva de trabajo y de Ley), cuando hubieran, serán efectuadas con base en índices sectoriales oficiales, previamente definidos en el contrato, correlacionados a cada insumo o grupo de insumos a ser utilizados, o, en la falta de índices sectoriales oficiales específicos, por otro índice oficial que guarde mayor correlación con el segmento económico en que estén insertados los insumos o, todavía, en la falta de cualquier índice sectorial, servirá como base el Índice Nacional de Precios al Consumidor Amplio – IPCA/IBGE;
- c) hubiera previsión contractual de que las repactuaciones envolviendo materiales serán efectuadas con base en índices sectoriales oficiales, previamente definidos, correlacionados a los materiales a ser utilizados, o, en la falta de índice sectorial oficial específico, por otro índice oficial que guarde mayor correlación con el segmento económico en que estén insertados los materiales o, todavía, en la falta de cualquier índice sectorial, servirá como base el Índice Nacional de Precios al Consumidor Amplio – IPCA/IBGE.
- d) en los casos de los servicios continuados de limpieza, conservación, higienización y de vigilancia, la ventaja económica de la contratación para la Administración, observado el dispuesto en los ítems “a” hasta “c”, solamente estará garantizada si los valores de contratación a lo largo del tiempo y a cada prorrogación fueren inferiores a los límites establecidos en acto normativo de la Secretaría de Logística y Tecnología de la Información del Ministerio del Planeamiento, Presupuesto y Gestión – SLTI/MP.

d.1) cuando los valores resultantes de la aplicación del dispuesto en el *ítem d* fueren superiores a los precios fijados por la SLTI/MP para los servicios de limpieza, conservación, higienización y de vigilancia, cabrá negociación que tendrá como objetivo la reducción de los precios de modo a viabilizar económicamente las prorrogaciones de contrato.

5.7 – Plazo de vigencia de los contratos de prestación de servicios de forma continúa

Conforme determina el art. 57, inciso II, de la Ley 8.666/93, la duración de los contratos quedará limitada a la vigencia de los respectivos créditos presupuestarios, excepto cuanto a los relativos a la prestación de servicios a ser ejecutados de forma continua, que podrán ser prorrogados por iguales y sucesivos periodos con vistas a la obtención de precios y condiciones más ventajosas para la Administración, limitada a sesenta meses.

Por lo tanto, como regla, la fijación del plazo de vigencia de los contratos para la prestación de servicios de naturaleza continua debe llevar en consideración la obtención de mejor precio y de condiciones más ventajosas para la Administración y no a vigencia de los respectivos créditos presupuestarios.

Siguiendo orientación del TCU, ha sido la costumbre para la Administración Pública firmar la vigencia de esos contratos por 12 (doce) meses y prorrogarlos sucesivamente, por iguales periodos, hasta el máximo de 60 (sesenta) meses.

Sin embargo, comprendemos que esa regla debe ser entendida de manera que quede claro que el plazo de vigencia fijado cumple con su finalidad, que es la obtención del mejor precio y de las condiciones más ventajosas para la Administración.

Es pertinente concluir que, cuanto mayor el plazo de vigencia de esos contratos, mayor es la seguridad de las empresas para ofertar sus precios, teniendo en cuenta la estabilidad que les es ofrecida en el negocio. Con eso, es esperado un aumento de la competencia, con la expectativa de mejores precios y la participación de empresas mejor calificadas para prestar los servicios.

Además, el plazo de vigencia de 60 (sesenta) meses solamente trae beneficios a la Administración, ya que los procedimientos actualmente adoptados para la prorrogación serán significativamente reducidos.

Es un hecho que es necesario evaluar periódicamente si el contrato todavía permanece ventajoso y si todavía hay interés de la Administración en su mantenimiento, como ha sido exigencia en las prorrogaciones sucesivas.

No obstante la vigencia del contrato ser firmada por 60 (sesenta) meses, no existe impedimento para que sea fijado que su mantenimiento será evaluado a cada doce meses, tanto bajo el punto de vista económico cuanto a la calidad de los servicios prestados. Con la adopción de ese procedimiento, quedan mantenidas las mismas condiciones actualmente adoptadas para prorrogar esos contratos.

De ese modo, inexistiendo la obligación de realizar encuesta de mercado para la prorrogación contractual, la única condición restante sería la verificación de la necesidad y de la calidad de los servicios prestados.

Delante del expuesto, verificadas las peculiaridades de cada servicio, los contratos de naturaleza continuada pueden ser firmados, desde el inicio, con plazos superiores a 12 meses. Sin embargo, a cada doce meses deben ser evaluadas la necesidad y la calidad de los servicios y si los valores están compatibles con los practicados por el mercado.

5.8 – Porcentuales mínimos aceptables para encargos sociales y LDI

Un grave problema enfrentado por la Administración es la dificultad de recusar propuestas de los licitantes, incluso ante la convicción de que los precios presentados son visiblemente inejecutables. Ese fenómeno ha crecido a proporciones alarmantes con el advenimiento de la subasta inversa electrónica, en que empresas de diversos estados han participado de licitaciones, sin previo conocimiento de las obligaciones que serán asumidas durante la ejecución del Contrato.

Las empresas han envilecido sus propuestas al presentaren precios incompatibles con los costos mínimos de esos servicios. A ejemplo del TCU, se verifica que ha sido común presentaren LDI inferior a un 8,5% y encargos sociales de la orden de un 65%, cuando el porcentual mínimo esperado por la Administración no es inferior a un 23% y un 72%, respectivamente, teniendo en cuenta el manifiesto conocimiento de los costos para la prestación de servicios.

Ese comportamiento de las empresas, sumado a la falta de calificación, ha traído serios problemas para los trabajadores y para la Administración. Es común, por ejemplo, no toleraren cualquier tipo de falta de sus empleados, incluso que sea por razones de

salud. Dejan de pagar salarios, vacaciones, decimotercero sueldo, seguridad social, FGTS, y el contrato termina siendo rescindido.

Se percibe, además, que ese porcentual de LDI excesivamente bajo es ofertado por empresas optantes por el Simples, que es un régimen de tributación simplificado para las micro y pequeñas empresas, en los términos de la Ley Complementaria n° 123/2006. Ocurre que solamente los segmentos de limpieza y vigilancia pueden hacer la opción por ese sistema de tributación, incluso así limitado a un determinado volumen de ingresos.

En el caso de limpieza y vigilancia, como mencionado anteriormente, se debe estar atento al volumen de ingresos que será obtenido en consecuencia del contrato, pues, a depender del valor, no más podrá ser encuadrada en el Simples. Ya en el caso de los demás servicios, con cesión de mano de obra, no es posible la empresa ser optante por ese régimen tributario, cualquier que sea el volumen de ingresos.

De acuerdo con la Receita Federal do Brasil, que es el órgano responsable por la recaudación de los impuestos en Brasil, la empresa optante por el Simples tendrá hasta el último día útil del mes subsiguiente a aquel en que tenga dejado de cumplir las condiciones exigidas por la Ley Complementaria n° 123/2006 para alterar su régimen fiscal.

En nuestra concepción, la evaluación de la inejecutabilidad de la propuesta deberá considerar si, en razón del valor o de la naturaleza del servicio:

- a) el contrato admite la presentación de propuesta con base en el régimen tributario de la empresa optante por el Simples, reglamentado por la Ley Complementaria n° 123/2006;
- b) el contrato admite que la empresa sea optante por el régimen fiscal del lucro presumido;
- c) el contrato solamente admite que la empresa sea optante por el régimen fiscal por el lucro real.

Con base en esas informaciones, el pliego de condiciones deberá consignar expresamente las condiciones mínimas para que la propuesta sea considerada ejecutable,

debiendo, sin embargo, ser fijado plazo para que la licitante conteste la decisión de la Administración.

Pretendemos con eso excluir las empresas que no tienen justificativas razonables para reducir el costo estimado por la Administración para el servicio, pero lo hacen, en la tentativa de burlar exigencias legales, que en la mayoría de las veces, se refieren a derechos de los trabajadores.

Independientemente del régimen fiscal de la contratada, se comprende que ninguna propuesta deberá ser aceptada, caso no contemple el porcentual mínimo de los gastos obligatorios previstos, tales como:

- a) contribuciones a la seguridad social, riesgos ambientales, contribuciones de terceros;
- b) FGTS;
- c) Vacaciones;
- d) 13° salario;
- e) multa sobre el FGTS.

En lo que respecta al LDI, cumple mencionar que los gastos con impuestos federales incurridos por las empresas optantes por el lucro presumido corresponden al porcentual de 11,33%, siendo 4,8% de IR, 2,88% de CSLL, 3% de COFINS y 0,65% de PIS.

Es cierto que el Tribunal de Cuentas de la Unión ya fijó orientación en el sentido de que el IR y la CSLL no deben constar de las planillas de obras y servicios. Sin embargo, siendo gastos obligatorios, incidentes inclusive sobre el total de los ingresos, retenidas anticipadamente por el tomador de lo servicio, no hay como se dejar de considerar esos tributos como gastos efectivos incurridos por los contratados prestadores de servicios continuados y que impactan significativamente el valor del contrato.

A ejemplo de las empresas optantes por el lucro presumido, la Administración debe evaluar la ejecutabilidad de la propuesta, en lo que se refiere al LDI, a la luz de los regimenes fiscales decurrentes de la contratación. Se anticipe, sin embargo, que no deben

ser aceptadas, sin las debidas justificativas, propuestas que no contemplen el pago de todos los tributos. Del mismo modo, lucro, como se sabe, puede ser maximizado con una buena gestión de mano de obra, pero no se debe renunciar a un mínimo aceptable, pues no es creíble que prestadores de servicios estén dispuestos a trabajaren gratis para el Erario. No fijar lucro mínimo es un incentivo para que las empresas avancen sobre otros encargos, como derechos laborales, impuestos y contribuciones compulsorias, como ha sido la práctica.

También los gastos administrativos deben ser objeto de análisis por la Administración, pues no es razonable que la empresa no posea ese gasto. Sin embargo, es aceptable que existan justificativas para reducirlo o eliminarlo, por ejemplo, que la empresa administre muchos contratos, o que se trate de una empresa familiar, pero para eso la empresa necesita presentarlas.

Concluimos, por lo tanto, que los pliegos de condiciones deberían consignar expresamente las condiciones mínimas para que las propuestas sean consideradas ejecutables, prohibiendo propuestas con lucro y gastos administrativos iguales a cero, entre otros, en razón de ese porcentual englobar los impuestos y contribuciones no repercutibles (IR, CSLL). Se registre que este trabajo no procuró determinar cuales serían las condiciones mínimas ideales, de modo que deberá ser realizado otro estudio para determinarlas y, así, posibilitar la implementación de esa propuesta.

5.9 - Domicilio bancario de los empleados en la ciudad o en la región metropolitana en la cual serán prestados los servicios.

La exigencia de poseer domicilio bancario en local estipulado en el pliego de condiciones está amparada en el párrafo único del art. 464 da CLT, conforme abajo transcrito, y tiene carácter social, pues permite que los funcionarios puedan resolver eventuales problemas bancarios con mayor facilidad. Es más fácil resolver un problema en una agencia bancaria en la misma localidad de la prestación de los servicios de lo que en una agencia localizada en otro estado de la federación, situación bastante habitual en el sector de externalización.

“Art. 464 - El pago del salario deberá ser efectuado mediante recibo, firmado por el empleado; en se tratando de analfabeto, mediante su impresión digital, o, no siendo esta posible, a su rogo.

Párrafo único. Tendrá fuerza de recibo el comprobante de depósito en cuenta bancaria, abierta para ese fin en nombre de cada empleado, con su consentimiento, en establecimiento de crédito próximo al local de trabajo.”

Aunque existan las facilidades tecnológicas que permiten el acceso a las cuentas bancarias por medio de internet y/o de aparatos celulares, la gran mayoría de los empleados externalizados no tienen acceso a esas herramientas, como los del área de limpieza y conservación, los cuales, más allá de recibieren baja remuneración, normalmente son provenientes de los segmentos sociales menos favorecidos económicamente.

De esa forma, se propone consignar en los pliegos de condiciones la exigencia de que el domicilio bancario de los empleados sea en la ciudad o en la región metropolitana en la cual serán prestados los servicios.

5.10 – Fijación de sanciones

La legislación administrativa brasileña es omisa en la tipificación de las conductas lesivas al interés público en las licitaciones e contratos, compitiendo al gestor público la definición en el pliego de condiciones y en el contrato de las sanciones específicas para cada infracción. Sin embargo, esa definición, por el gestor, de las sanciones aplicables, normalmente carece de una sistematización, obtención de detalles y proporcionalidad, lo que acaba por reducir la eficacia de esas medidas, disminuyendo su efecto intimidatorio, y favoreciendo las contestaciones judiciales.

Siendo así, la elaboración de acto normativo infralegal que reglamente la aplicación de sanciones en las licitaciones y contratos y que establezca un historial de puntuación negativa a los proveedores, de modo a permitir la identificación de los infractores contumaces y posibilitar la consideración del historial de sanciones del proveedor como más un criterio para el aumento o atenuación de las sanciones previstas

en el pliego de condiciones y en el contrato, se muestra como alternativa para disminuir el problema.

La reglamentación, en ese caso, objetiva estandarizar y garantizar mayor celeridad, transparencia, racionalidad y proporcionalidad en la aplicación de las sanciones administrativas, de modo que posibilite a la Administración considerar el historial del proveedor en el momento de la aplicación de las sanciones previstas en el pliego de condiciones y en el contrato.

Siendo así, comprendemos que la legislación administrativa no impide que el gestor considere las fallas e irregularidades anteriores del proveedor en el momento de la aplicación de una nueva sanción, sin embargo, a fin de evitar posibles excesos en la dosimetría de las penas, se entiende más adecuado, en este momento, la profundización de los estudios para una posterior decisión cuanto a la viabilidad legal o no de proposición de acto normativo regulando el tema.

5.11 – Posibilidad de desconsideración de la personalidad jurídica

Con relación a esa cuestión es notorio que no existe autorización expresa en la legislación brasileña para que sea desconsiderada la persona jurídica cuando declarado el impedimento o la inidoneidad de una empresa para licitar y contratar con la Administración Pública.

Sin embargo, esa cuestión precisa ser más bien debatida en defensa del interés público, pues se percibe que la norma que objetiva retirar el mal proveedor de la vida pública por periodo de tiempo determinado está, constantemente, siendo objeto de burla por personas físicas sin escrúpulos que usan y abusan de la creación de personas jurídicas para defraudar sus empleados, proveedores, el erario y el Fisco.

Es notorio que, de acuerdo con la ley, la persona jurídica tiene capacidad, posee voluntad propia, es titular de derechos y obligaciones, responde civilmente por los compromisos asumidos. Sin embargo, no se puede desconsiderar que los actos que caracterizan las declaraciones de voluntad son practicados por las personas de sus socios, sus legítimos representantes.

Siendo el erario solamente un consumidor con prerrogativas especiales, ya que administra recursos pertenecientes a la sociedad, no se vislumbra razón para que, siendo constantemente víctima de la práctica de actos fraudulentos, se vea obligado a continuar contratando con personas físicas sin escrúpulos que se esconden por detrás de personas jurídicas con el objetivo claro de obtener ventajas ilícitas.

No pueden, de ese modo, los actos practicados por la persona jurídica ante el poder público transformarse en un dogma que no pueda ser efectivamente combatido en nombre del interés público. Corrobora ese entendimiento, por ejemplo, la decisión del Tribunal de Justicia del Estado de São Paulo emitida en los autos 022.01.2007.000511-6/0000000-000, número de orden 113/2007, cuyo trecho de interés fue publicado en el cuaderno 4 del Diario de la Justicia Electrónico de São Paulo, Ano III, Edición 771, página 142, de 9 de Agosto de 2010, abajo transcripto.

“La desconsideración es, pues, la forma de adecuar la persona jurídica a los fines para los cuales la misma fue creada, vale decir, es la forma de limitar y cohibir el uso indebido de este privilegio que es la persona jurídica, vale decir, es una forma de reconocer la relatividad de la personalidad jurídica de las sociedades. Este privilegio solamente se justifica cuando la persona jurídica es usada adecuadamente, el desvío de la función hace con que deje de existir razón para la separación patrimonial. ‘El concepto será sustentado solamente en cuanto sea invocado y empleado para propósitos legítimos. La perversión del concepto para usos impropios y fines deshonestos (e. g., para perpetuar fraudes, burlar la ley, para escapar de obligaciones), por otro lado, no será tolerada. Entre esas son varias las situaciones donde las cortes pueden desconsiderar la persona jurídica para alcanzar un justo resultado””.

Se note que la aplicación del principio de la desconsideración de la persona jurídica solamente es posible cuando quedar claro que el acto practicado tiene como objetivo perpetrar fraudes, burlar la ley, para escapar de obligaciones. Siendo así, ese principio solamente puede ser evocado cuando estuviera expresamente consignado en la

declaración de impedimento o de inidoneidad que esta fue aplicada en razón de fraude o burla a la ley.

De esa manera, se propone el alejamiento de la licitación de empresas cuyos socios hubieren integrado anteriormente cuadro societario de persona jurídica declarada inidónea o impedida para licitar y contratar con la Administración Pública, en razón de fraude o burla a la ley, que comprendemos encontrar amparo legal en el principio de la desconsideración de la personalidad jurídica.

6 – CONCLUSIÓN E RESUMEN DE LAS PROPUESTAS

Antes de relacionar todas las propuestas y conclusiones a que llegamos a través de ese estudio, importante resaltar que estos cambios comenzaron a ser aplicados en las licitaciones del Tribunal de Cuentas de la Unión a fines del año de 2012. De esta forma, no tenemos todavía datos suficientes para el establecimiento de conclusiones acerca de la efectividad de estos cambios, que podrán, a título de sugerencia, ser objeto de otro estudio futuro.

Por todo lo expuesto, por medio de este trabajo se propone que:

a) sean fijadas en los pliegos de condiciones las exigencias a seguir relacionadas como condición de habilitación económico-financiera para la contratación de servicios continuados:

Las licitantes deberán presentar la siguiente documentación complementaria:

Capital Circulante Neto - CCL:

1.1. Balance patrimonial y demostraciones contables del ejercicio social anterior al de la realización del proceso licitatorio, comprobando índices de Liquidez General (LG), Liquidez Corriente (LC) y Solvencia General (SG) superiores a 1 (uno), bien como Capital Circulante Neto (CCL) o Capital de Giro (Activo

Circulante – Pasivo Circulante) de un mínimo de un 16,66% (dieciséis enteros y sesenta y seis centésimos por ciento) del valor estimado para la contratación;

Patrimonio Neto – PL mínimo de 10%:

1.2. Comprobación de patrimonio neto no inferior a un 10% (diez por ciento) del valor estimado de la contratación, por medio de la presentación del balance patrimonial y demostraciones contables del último ejercicio social, presentados en la forma de la ley, prohibida la sustitución por balances parciales o provisionales, pudiendo ser actualizados por índices oficiales, cuando encerrados más de 3 (tres) meses antes de la fecha de la sesión pública de apertura del proceso licitatorio;

Relación de Compromisos y Demostración del Resultado del Ejercicio - DRE:

1.3. Comprobación, a través de declaración, de la relación de compromisos asumidos, de que 1/12 (un doceavo) del valor total de los contratos firmados con la Administración y/o con la iniciativa privada, vigentes en la fecha de la sesión pública de apertura del proceso licitatorio, no es superior al Patrimonio Neto del licitante, pudiendo este ser actualizado en la forma de la subcondición anterior;

1.3.1. La declaración de que trata la subcondición 1.3 deberá estar acompañada de la Demostración del Resultado del Ejercicio (DRE) relativa al último ejercicio social;

1.3.2. La declaración de que trata la subcondición 1.3 que presentar divergencia porcentual superior a un 10% (diez por ciento), para arriba o para abajo, en relación a los ingresos brutos discriminados en la Demostración del Resultado del Ejercicio (DRE) deberá estar acompañada de las debidas justificativas.

Certificado Negativo de Quiebra:

1.4. Certificado negativo de hechos sobre quiebra, recuperación judicial o recuperación extrajudicial, expedida por el distribuidor de la sede del licitante;”

- b) sea fijada en contrato la obligatoriedad de la contratada instalar, en plazo máximo de 60 días, oficina en local (ciudad/municipio) previamente definido por la Administración;
- c) siempre que viable la competencia, sea exigido, como calificación técnico-operacional para la contratación de hasta 40 (cuarenta) puestos de trabajo, certificado comprobando que la contratada ha ejecutado contrato con un mínimo de 20 puestos y, más allá de ese cuantitativo, sea exigido un mínimo de 50%;
- d) sea fijada en los pliegos de condiciones como calificación técnico-operacional la obligatoriedad de la presentación de certificado comprobando que la contratada ha ejecutado servicios de externalización compatibles en cantidad con el objeto licitado por periodo no inferior a 3 (tres) años;
- e) sea fijado en los pliegos de condiciones que la contratada debe hacer disponibles todas las informaciones necesarias a la comprobación de la legitimidad de los certificados solicitados, presentando, entre otros documentos, copia del contrato que dio soporte a la contratación, dirección actual de la contratante, local en que fueron prestados los servicios;
- f) sea fijado en los pliegos de condiciones que solamente serán aceptados certificados expedidos después de la conclusión del contrato o decorrido el mínimo de un año del inicio de su ejecución, excepto se hubiera sido firmado para ser ejecutado en plazo inferior;
- g) la Administración evite la parcelación de servicios no especializados, a ejemplo de limpieza, vigilancia, camarero, y parcele, exclusivamente, los servicios en que quede comprobado que las empresas actúan en el mercado de forma segmentada por especialización, a ejemplo de mantenimiento predial, aire acondicionado, telefonía, servicios de ingeniería en general, audio y video, informática, siempre que posible;
- h) la prorrogación de servicios continuados, siempre que posible, observará los siguientes criterios:
- la remuneración será definida con base en convención colectiva de la categoría o, cuando esta no existir, en encuesta realizada ante el mercado;

- los encargos provenientes de mano de obra observarán legislación específica, convención colectiva y, en el caso de los servicios de vigilancia, limpieza y conservación, a los límites fijados por la SLTI; y
 - los insumos relativos a transporte, auxilio alimentación y otras ventajas, deberán observar la legislación específica;
- i) la repactuación de los contratos será realizada observando los siguientes criterios:
- aumento de salarios concedido con base en convención colectiva;
 - legislación específica o índices sectoriales para la corrección de los insumos;
 - índices sectoriales para la corrección de materiales;
- j) la ventaja para fines de prorrogación de contratos de servicios continuados será evaluada con fundamento en presupuesto elaborado nos termos do ítem 5.6;
- k) sea fijada en los pliegos de condiciones exigencia de que el domicilio bancario de los empleados externalizados deberá ser en la ciudad o en la región metropolitana en la cual serán prestados los servicios;
- l) sea profundizado, por la SLTI, los estudios a respecto de la consideración de las fallas e irregularidades anteriores del proveedor cuando de la aplicación de nueva sanción para, entonces, decidirse cuanto a la viabilidad legal de acto normativo regulando el tema;
- m) sea elaborada propuesta de Proyecto de Ley que autorice la aplicación del principio de la desconsideración de la personalidad jurídica en los procesos licitatorios de contratación de servicios externalizados, apartando de la licitación empresas cuyos socios hayan integrado anteriormente cuadro societario de persona jurídica declarada inidónea o impedida de licitar y contratar con la Administración Pública en razón de fraude o burla a la ley;
- n) sean realizados estudios de modo a determinar los porcentuales mínimos de lucro, LDI, gastos administrativas y otros, para que las propuestas sean consideradas ejecutables.

BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES DE CONSULTA

- Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em <http://www.presidencia.gov.br/legislacao>
- Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inc. XXI da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>
- Decreto nº 2.271, de 7 de julho de 1997. Dispõe sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2271.htm
- Instrução Normativa nº 2/2008 do MPOG/Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação. Dispõe sobre regras e diretrizes para a contratação de serviços, continuados ou não. Disponível em http://www.comprasnet.gov.br/legislacao/in/in02_30042008.htm.
- di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 1997.
- PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. Gestão dos contratos administrativos. A figura do gestor contratual: perfil e atribuições típicas. Boletim de direito municipal, v. 23, n.3, março, 2007.
- Motta, Carlos Pinto Coelho “Diez años de LRF: repercusión en las licitaciones y en los contratos públicos”.
- Motta, Carlos Pinto Coelho. Eficácia nas Licitações e Contratos. 12ª edição. Del Rey Editora, 2011.
- Justen Filho, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 13ª ed., 2009.
- Mello, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 13ª edição. São Paulo: Malheiros, 2001.

- MARTINS, Sergio Pinto. A terceirização e o direito do trabalho. 6ª ed. São Paulo : Atlas, 2003.
- Furtado, Lucas Rocha. Curso de Licitações e Contratos Administrativos. 4ª edição. Fórum, 2012.
- Meirelles, Hely Lopes. Licitação e contrato administrativo. 7ª edição. Revista dos Tribunais.
- França, Maria Adelaide de Campos. Comentários à Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública. 5ª edição. Editora Saraiva, 2008.
- Filho, José dos Santos Carvalho. Manual de Direito Administrativo. 24ª edição. Lumen Juris, 2011.