



LICITAÇÃO PÚBLICA INTERNACIONAL N.º 003/2020

PROCESSO/PMSGAR/RN N.º 2000005314

PEDIDO DE IMPUGNAÇÃO

COMUNICANTE: HL ENGENHARIA LTDA

(i) Do esborço fático

A Comunicante, afirmando possuir interesse em participar do certame em destaque, apresentou petição a que atribuiu o nome de “Impugnação ao edital”, em que aponta supostas exigências no Edital e anexo do certame que supostamente malfeririam a livre concorrência da disputa.

Em apertada síntese, a Comunicante afirma que o Edital e seus anexos conteriam exigências, notadamente no que versa sobre a proibição de consórcio, como também, a exigência de Pré-operação, informando que afigura-se exacerbado, prestado-se a restringir os potenciais participantes a um grupo diminuído de empresas.

(ii) Da tempestividade

A Lei Federal n.º 8.666/93, prevê em seu art. 41, § 1º, que qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei, devendo protocolar o pedido até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação.

Já o Edital prevê em seu item 9.1 “O **Concorrente** poderá solicitar esclarecimentos a respeito do Edital ao **Contratante**, desde que por escrito (carta, fax ou correio eletrônico) no prazo e no endereço indicados nos **DDL**. O **Contratante** responderá, também por escrito, no prazo indicado nos **DDL**. Cópias da resposta do **Contratante** (incluindo uma explicação sobre as perguntas, sem identificar a fonte), serão fornecidas a todos os interessados que retiraram ou venham a retirar o Edital. Caso indicado nos **DDL**, o **Contratante** também publicará sem demora sua resposta na página web identificada nos **DDL**. Se o esclarecimento resultar em alterações de elementos essenciais dos Documentos de Licitação, o **Contratante** deverá modificar o Edital seguindo o procedimento indicado nas IAC 10 e 20.”

Consta no site do Município, que a data da abertura das propostas está prevista para o dia 26/11/2020. Recebida à solicitação na data de 16 de novembro de 2020, resta patente a tempestividade do pleito.

Logo, tempestivo o petítório.

(iii) Dos pontos imputados como restritivos à ampla concorrência do certame (Consórcio)

Trata-se de justificativa referente à vedação à participação de consórcios, expressa no **Item 4.4, Seção 2 – Dados da Licitação (DDL) – CONSÓRCIOS da LPI-003/2020**.

É mister contextualizar os fatos envolvendo o presente certame, como forma de otimizar a análise dos apontamos à luz da realidade do certame e do objeto licitado.

Como é de conhecimento, o presente certame visa a contratação de prestação de serviços técnicos para fornecimento de materiais e mão de obra para a implantação de sistema de esgotamento sanitário em bairros centrais de São Gonçalo do Amarante, obra integrante do Programa de Ações Estruturantes de São Gonçalo do Amarante/RN – PAES, usando para tal recursos do Fundo Financeiro para Desenvolvimento da Bacia do Prata – FONPLATA, nos componentes Saneamento Básico, Implantação de Parques e Mobilidade Urbana.

Nesse contexto, os instrumentos editalícios deste certame (edital, termo de referência, planilhas e etc), foram realizados com base nas estimativas elaboradas pelo corpo técnico responsável. Tudo em consonância e sob a revisão prévia do FONPLATA (Item 2.3 da Resolução RD n.º 1394/2017³).

O ato convocatório poderá admitir ou não a participação de empresas em consórcio, sendo essa escolha um ato discricionária da Administração Pública, o que evidentemente não significa autorização para decisões arbitrárias ou imotivadas. Por este motivo, a Autoridade licitante, dentro do poder discricionário de melhor conveniência e oportunidade decidiu pela vedação à participação de empresas em regime de consorcio.

³ Item 2.3 Todos os processos de aquisições financiados pelo FONPLATA deverão reger-se pela Política para a aquisição de bens, obras e serviços e, complementarmente, pelas normas e procedimentos estabelecidos nos sistemas fiduciários nacionais do país-membro respectivo, em conformidade com as disposições dos respectivos contratos ou convênios assinados com o FONPLATA.

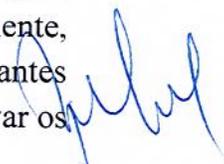
Aqui, importante trazer os ensinamentos de José dos Santos Carvalho Filho (Manual de direito administrativo / José dos Santos Carvalho Filho. –28. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2014. – São Paulo : Atlas, 2015.) acerca do tema:

“A vinculação ao instrumento convocatório é garantia do administrador e dos administrados. Significa que as regras traçadas para o procedimento devem ser fielmente observadas por todos. Se a regra fixada não é respeitada, o procedimento se torna inválido e suscetível de correção na via administrativa ou judicial. O princípio da vinculação tem extrema importância. Por ele, evita-se a alteração de critérios de julgamento, além de dar a certeza aos interessados do que pretende a Administração. E se evita, finalmente, qualquer brecha que provoque violação à moralidade administrativa, à impessoalidade e à probidade administrativa.”

A vedação à participação de interessadas que se apresentem constituídas sob a forma de consórcio, se justifica na medida em que nas contratações de serviços de engenharia civil onde se tem como órgão financiador o Banco FONPLATA, é perfeitamente pertinente e compatível para empresas que atuam em todo território nacional, como também, para todas as empresas participantes dos países membros do FONPLATA, empresas estas que detêm condições suficientes para a execução de contratos dessa natureza, o que não tornará restrito o universo de possíveis licitantes individuais.

Tendo em vista que é prerrogativa do Poder Público, na condição de contratante, a escolha da participação, ou não, de empresas constituídas sob a forma de consórcio, conforme se depreende da literalidade do texto da Lei nº 8.666/93, que em seu art. 33 atribui à Administração a prerrogativa de admissão de consórcios em licitações por ela promovidas, pelos motivos já expostos, conclui-se que a não admissão de participação de empresas de forma consorciada, para o caso concreto, é o que melhor atende ao interesse público, por prestigiar os princípios da competitividade, economicidade e moralidade.

Ressalte-se que a decisão com relação à não admissão da participação de empresa em consórcio entre si, para o caso concreto em análise, visa exatamente ampliar a competição, na medida em que a reunião de empresas que, individualmente, poderiam competir entre si para prestar os serviços, reduziria o número de licitantes e poderia, eventualmente, proporcionar a formação de conluios/carteis para elevar os preços nas licitações.



Lição do doutrinador MARÇAL JUSTEN FILHO em seu ‘Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 13ª Edição – 2009, página 47 e 477, põe luzes sobre essa questão:

*“Em regra, o consórcio não é favorecido ou incentivado pelo nosso Direito. Como instrumento de atuação empresarial, o consórcio pode conduzir a resultados indesejáveis. A **formação de consórcios acarreta riscos da dominação de mercado, através de pactos de eliminação de competição entre empresários**. No campo de licitações, a formação de consórcios poderia reduzir o universo da disputa. O consórcio poderia retratar uma composição entre eventuais interessados, em vez de estabelecerem disputa entre si, formalizariam acordo para **eliminar competição**. Mas o consórcio também pode prestar a resultados positivos e compatíveis com a ordem jurídica. Há hipóteses em que circunstâncias de mercado e (ou) a complexidade do objeto torna problemática a competição.”*

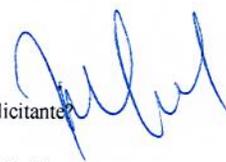
A contrassenso do que afirma a comunicante, não há que se falar em restrição da competitividade do certame pela não admissão da participação de consórcios.

Conforme reza a jurisprudência, a doutrina, o ordenamento jurídico brasileiro e o seu conjunto de princípios informadores, a admissão de consórcios justifica-se apenas em licitações que, pela complexidade do seu objeto, demandem um conjunto de expertises que ultrapasse as exigências de empresa de pequeno e médio porte⁴. O que notadamente não é o caso em voga.

Informa o Edital que a ausência de consórcios se justifica em razão da natureza dos serviços ser comum, tendo em vista se tratar de uma obra de complexidade menor, passível a qualquer empresa minimamente organizada de executá-la sem problema algum para a Administração, que detém qualificação técnica e econômico-financeira suficientes para a execução de contratos dessa natureza, o que não tornará restrito o universo de possíveis licitantes sem a necessidade de formação de consórcio.

Não será permitida a participação de empresas reunidas em consórcio qualquer que seja sua formação por se tratar de uma obra de complexidade média,

⁴ Revista do TCU. A participação de consórcios empresariais em procedimentos licitatórios: Livre escolha da Administração licitante. Disponível em: <<https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:xFeyifmK5ocJ:https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/1336/1451+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>> Acessado em: 18/11/2020.



com plenas possibilidades de ser executada por qualquer empresa de médio porte, que existem muitas no País assim como nos países membros do FONPLATA.

Como dito, cabe ao órgão promotor do certame a decisão acerca de sua admissão ou não da participação de empresas em regime de consórcio, pois esse é um juízo de oportunidade e conveniência que se encontra em sua margem de discricionariedade, inteligência do art. 33 da Lei de Licitações em combinação com o art. 3º do Decreto nº 9.830/2019.

Ainda no campo doutrinário, Marçal Justem Filho (2012, p. 568), oferece lição neste mesmo sentido, in verbis:

“O ato convocatório admitirá ou não a participação de empresas em consórcio. Trata-se de escolha discricionária da Administração Pública, o que evidentemente não significa autorização para decisões arbitrárias ou imotivadas. Admitir ou negar a participação de consórcios é o resultado de um processo de avaliação da realidade do mercado em face do objeto a ser licitado e da ponderação dos riscos inerentes à atuação de uma pluralidade de sujeitos associados para a execução do objeto”.

O TCU⁵ debruçando-se sobre matéria idêntica assim se pronunciou através do Acórdão n.º 1.1.02/2009 – 1.ª Câmara, in verbis:

“Embora discricionária nos termos do caput do art. 33 da Lei n.º 8.666/93, quando houver a opção da Administração pela restrição a participação de consórcios na licitação, tal escolha deve ser precedida das devidas justificativas no respectivo processo administrativo, especialmente quando a vedação representar risco a competitividade do certame”.

Saliente-se, ademais, que, via de regra, a formação de consórcios é admitida quando o objeto a ser licitado envolve etapas de alta complexidade e relevante vulto, com itens, etapas ou parcelas em que empresas isoladamente não teriam condições de suprir conforme os requisitos de habilitação do edital. Neste sentido Marçal Justem Filho na mesma obra citada acima assevera (...) *“É usual que a Administração Pública apenas autorize a participação de empresas em consórcio quando as*

⁵ No mesmo sentido os Acórdãos 929/2017 e 244/2014, ambos do Plenário do TCU.

dimensões e a complexidade do objeto ou as circunstâncias concretas exijam a associação entre os particulares”(...), o que deveras não é o caso.

Com relação ao aspecto de relevante vulto, muito embora se tratar de uma obra de pouco mais de 72 milhões de reais para execução em trinta meses, em conformidade com o cronograma físico-financeiro, é importante salientar que de acordo com o cronograma, o volume mensal de recursos é um pouco além de 2,4 milhões de reais, perfeitamente factível a uma grande expressão de empresas nacionais e internacionais.

Desta forma, a vedação à participação de consórcios não caracteriza qualquer ofensa à isonomia prevista no art. 3ª da Lei de Licitações.

(iv) Dos pontos imputados como restritivos à ampla concorrência do certame (Pré-operação e Projeto Executivo)

O questionamento tem parcial procedência.

O art. 30, § 2º, da Lei 8.666/93, autoriza as parcelas de maior relevância técnica e de valor significativo serem definidas no instrumento convocatório. Desta feita, o item citado pela comunicante enquadra-se perfeitamente como uma parcela de relevância técnica e valor significativo.

Embora existam muitas empresas que atuam em todo território nacional, como também, as empresas participantes dos países membros do FONPLATA, onde as mesmas detêm condições suficientes para a execução de contratos dessa natureza, o que não tornaria restrito o universo de possíveis licitantes, entendo pertinente, conforme orientações emanadas do Corpo Técnico do FONPLATA, que seja permitido a subcontratação até o percentual do valor do contrato ou do volume das obras, correspondente à 30% (trinta por cento).

Dessa forma, as concorrentes podem subcontratar empresas que possam realizar e executar o objeto em questão. Assim como entendo que as referidas empresas subcontratadas também podem apresentar certidões e atestados necessários à comprovação do atendimento da exigência.

(v) Conclusão

Portanto, considerando os argumentos acima expostos, decido acatar parcilamente os questionamentos apresentados pela comunicante, determinando que se proceda a ateração do Edital, no tocante aos pontos aqui expostos, a saber:

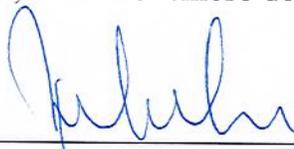
i) alteração do itens 29.5 e 29.6 da Seção 2 (DDL), para permitir a subcontratação de parte do empresa especialida para realização do Projeto Executivo de um Sistema de Esgotamento Sanitário com vazão mínima de 24,10l/s e Pré-operação ou operação assistida de um Sistema de Esgotamento Sanitário com vazão mínima de 24.10l/s, por um período de, no mínimo, 3 meses;

ii) que a subcontratação seja permitida até o percentual do valor total do contrato ou do volume das obras corresponderá a 30% (trinta por cento).

Determino que seja realizada a ateração no item 4.5 (f) da Seção 2 (DDL) para que passe a serem considerados os atestados das empresas que poderão ser subcontratadas para os itens definidos na subcláusulas 29.5 e 29.6 dos Dados da Licitação (DDL), Seção 2 do Edital.

Em razão das alterações procedidas, determino a realização das alterações mediante a publicação de adendo ao Edital, postergando a sessão de abertura das propostas pelo prazo de 10 (dez) dias, conforme permissivo encartado no **item 20.3 do IAC**.

São Gonçalo do Amarante/RN, 24 de novembro de 2020.



RAIMUNDO NONATO DANTAS DE MEDEIROS

Presidente da Comissão de Especial de Licitação/FONPLATA
