



RESPOSTA À IMPUGNAÇÃO - RDC SMOBI 035/2022

PROCESSO nº 01-025.837/22-03

OBJETO: Obras de infraestrutura viária urbana e mobilidade para adequação na circulação, intervenções no sistema viário e implantação de obra de arte especial na intersecção da Avenida Cristiano Machado com Avenida Waldomiro Lobo.

IMPUGNANTES: Infracon Engenharia e Comércio LTDA e Conata Engenharia LTDA

I – DA TEMPESTIVIDADE

O prazo para envio da impugnação ao Edital em comento finda em 28/07/2022, 5º dia útil anterior à abertura da licitação, conforme preceitua o item 5 do Edital, sendo ambas as impugnações tempestivas.

II – DO RELATÓRIO

As empresas Infracon Engenharia e Comércio LTDA e Conata Engenharia LTDA encaminharam as presentes impugnações, através das quais registram sua discordância no que se refere à limitação contida no item 7.1.2.1, referente às condições para participação da licitação em referência.

Isso porque as impugnantes entendem que ao restringir o número de consorciados a duas empresas para participação em Consórcio, a Administração está limitando a competitividade do certame contrariando o disposto no § 1º, inciso I, do art 3º, da Lei nº 8666/1993.

Afirmam que *“tal limitação não poderá permanecer nas exigências do edital, uma vez que vai contra o princípio da competitividade, restringindo a participação de licitantes no certame em questão e ferindo igualmente o princípio da isonomia, sendo certo que não existe qualquer justificativa para referida exigência”*.



Diante do exposto, as manifestações da INFRACON ENGENHARIA E COMÉRCIO LTDA e CONATA ENGENHARIA LTDA, foram submetidas à apreciação da área demandante, para análise do mérito.

III – DA ANÁLISE

Inicialmente, é importante destacar que a permissão de participação de licitantes através de consórcio é uma decisão discricionária do administrador público, conforme art. 33 da Lei Federal nº 8666/93, senão vejamos:

“Art. 33. Quando permitida na licitação a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas: (...)” (grifo nosso).

Por consequência, tal exigência necessita de análise da Administração segundo sua complexidade ou o tamanho do objeto a ser licitado, incumbindo à administração, por ocasião do planejamento da licitação, analisar a utilidade e a possibilidade de admissão ou não de consórcios.

Essa condição permite concluir que, a decisão acerca do número de empresas admitidas para a formação dos consórcios também dependerá do tamanho ou complexidade do objeto licitado e das especificidades do mercado fornecedor no caso concreto.

Nesse sentido foi à decisão do TCU ao analisar uma denúncia de irregularidades no edital da obra de reforma do Aeroporto Internacional Tancredo Neves – Confins, vejamos um trecho da referida decisão:

“15. A participação de consórcios de empresas em licitações públicas decorre da discricionariedade administrativa conferida pela Lei de Licitações, em seu artigo 33, determinando que „quando permitida a participação de empresas em consórcio”, deverão ser observadas as disposições constantes da Lei.

16. Considerando o disposto no art. 33 da Lei 8.666/93, o Tribunal, acompanhado pela doutrina, entende que a decisão sobre a viabilidade de participação de consórcios em certames licitatórios insere-se na esfera do poder discricionário do gestor.



17. Se a lei autoriza até mesmo a vedação à participação de consórcios, também pode a administração permitir a sua participação condicionada a um número máximo de empresas em cada consórcio, aplicando-se ao caso o entendimento manifesto no brocardo jurídico „quem pode o mais, pode o menos”. Este argumento encontra respaldo, inclusive, no Acórdão 1.297/2003-P: (...)

18. No caso concreto, justifica-se a restrição no número de empresas que poderiam formar consórcio para, em nome do interesse público, evitar um alto número de empresas consorciadas, o que tem levado a Infraero a ter dificuldade na fiscalização de contratos do qual participem um grande número de empresas em consórcio, comprometendo o ritmo de execução das obras e a qualidade da prestação dos serviços, tendo causado atraso no cronograma dos empreendimentos.

19. Além disso, permitir a participação ilimitada de empresas em um único consórcio pode produzir, ainda, outro efeito indesejado. Caso não haja nenhum controle quanto à quantidade máxima de consorciados, pode haver transgressão indireta da Lei, possibilitando, sob o pretexto de ampliar a competição, que empresas absolutamente desprovida de qualificação técnica saquem-se vencedoras do certame.

20. A participação de consórcios, portanto, não pode, sob o pretexto de ampliar a competitividade, ser interpretada de forma tão rigorosa, sob pena de se inviabilizar, indiretamente, a correta execução do objeto contratual, que, no caso concreto, é de essencial importância para a União e para o Estado de Minas Gerais, visto que faz parte do pacote de investimentos em Infraestrutura para a Copa de 2014.

21. A limitação do número de empresas participantes do consórcio já foi analisada em outras oportunidades pelo Tribunal, como, por exemplo, no Acórdão 1.332/2006-P: (...)

Sobre a questão em debate, o Tribunal reconheceu a possibilidade de limitação do número de empresas por consórcio nos Acórdãos nº 1.297/2003, 1.708/2003 e 1.404/2004, todos do Plenário. (Acórdão 718/2011-Plenário, TC-000.658/2011-1, Rel. Min. Valmir Campelo, Sessão de 23/03/2011)



Em outras decisões, o TCU já havia decidido de forma idêntica, enfatizando que a permissão irrestrita para a constituição de consórcios pelas licitantes poderia, na verdade, restringir a competitividade do processo:

“Nesse sentido, estou de acordo com as conclusões obtidas pela Unidade Técnica no exame pontual de todas as alegações contidas na representação, as quais resultaram improcedentes, tendo em vista, basicamente, que:

(...)

b) nem sempre a participação de empresas em consorcio implica incremento de competitividade (associação de pequenas empresas para participação em conjunto), podendo vir a constituir, ao contrário, limitação a concorrência (diminuição do número de empresas de porte interessadas por integrarem um mesmo consorcio);”

(Acórdão 280/2010-Plenário, TC-016.975/2009-5, Rel. Min. Subst. Marcos Bemquerer Costa, Sessão de 24/02/2010)

“Considerando que a lei possibilita vedação à participação de consórcios, entendemos que não haveria óbices à fixação de número de máximo de empresas por consórcio, desde que devidamente justificada. Assim, seria pertinente a argumentação apresentada pelos responsáveis de que a não limitação de quantidade de empresas por consórcio poderia diminuir a quantidade de concorrentes, vez que o número de consórcios participantes, potencialmente, seria reduzido. Sobre a questão em debate, o Tribunal reconheceu a possibilidade de limitação do número de empresas por consórcio nos Acórdãos nº 1.297/2003, 1.708/2003 e 1.404/2004, todos do Plenário.”

(Acórdão 1332/2006-Plenário, TC-010.041/2006-6, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, Sessão de 02/08/2006)

Igualmente, o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (TCE/MG) possui entendimento admitindo a limitação do número de integrantes em consórcios participantes de licitações:

“Dentro dessa ótica, quanto ao primeiro apontamento erguido pelo Representante contra a licitação, sobre a limitação das empresas consorciadas a duas, conforme subitem 8.1.1 do Edital, entendo que, a par dessa exigência poder contrariar os interesses de alguns licitantes, em face da supremacia do



interesse público sobre o privado, tal questão deve ser analisada sobre o prisma da discricionariedade administrativa, conceito assim definido por Seabra Fagundes:

(...)

Assim, parece-me que a limitação do número de consorciados, em não sendo vedada expressamente pela Lei nº 8.666/93, fica à disposição da discricionariedade do Administrador, que, devo ressaltar, terá mais trabalho e dificuldades em acompanhar e fiscalizar a execução da obra, quanto mais consorciados permitir.

Nesse caso, ressalta-se, inclusive, que, justamente pelas dificuldades que surgem com a permissão de vários consorciados, para o Administrador, a ele foi dado escolher se aceita o consórcio entre licitantes, nos termos do art. 33 da Lei de Licitações, que reforça tal discricionariedade ao predir: „Quando permitida na licitação a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas...”

Desse modo, se pode o administrador optar pela possibilidade de um consórcio, naturalmente, pelo princípio ordinariamente aceito, segundo o qual, quem pode o mais, pode também o menos, é natural que possa, pelo bem de seu controle sobre a obra, limitar o número dos licitantes àqueles que terão capacidade de bem gerenciar, não figurando, por óbvio, a limitação do item 8.1.1 do Edital em comento, nenhuma impropriedade ou infringência à lei.”

(Representação nº 712804, Segunda Câmara, Rel. Conselheira Adriene Andrade, Sessão de 07/08/2007)

Posto isso, em harmonia com a melhor doutrina, insta esclarecer que no item 9 da solicitação de Contratação referente a esta licitação, documento inserido nos autos do processo licitatório, assinado pela área técnica demandante, seguem registrados os motivos da limitação da participação em consórcio a apenas duas consorciadas, a saber:

“A limitação a 2 (duas) consorciadas se justifica em virtude da complexidade da obra, evitando-se assim pulverização excessiva de responsabilidades, além da possibilidade de comprometer a qualidade da prestação dos serviços. Além disso, a complexidade do empreendimento será extremamente dificultada com o aumento do número de empresas na execução, prejudicando em muito a fiscalização. Ademais, considerando que se trata de obra de alto valor e alta



complexidade, é possível concluir que há universo reduzido de empresas capazes de executá-la, razão pela qual a ampliação excessiva do número de empresas consorciadas poderá redundar em diminuição da quantidade de concorrentes.

A participação de consórcio proporciona a ampliação da competitividade, com a conjugação de esforços das empresas consorciadas, possibilita redução de custos e facilita o gerenciamento em relação à administração de responsabilidades. Também é recomendada no caso por tratar-se de objeto considerado de alta complexidade e vulto. Trata-se de serviços de natureza complexa e distinta, compreendendo a execução de serviços em estrutura metálica, estrutura de contenção ou terra armada e execução de estaca raiz, o que requer a participação de empresas com especialização nessas atividades. Ainda, a possibilidade de consórcios competirem tem objetivo de viabilizar a participação de interessados que não apresentem todas as qualificações indispensáveis, o que incrementa a competitividade na contratação.

Pelos motivos já expostos, conclui-se que a admissão de constituição de empresas em consórcio 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 integral do objeto.

Ressalta-se que a decisão com relação à possibilidade de formação de consórcio, para o caso em análise, visa exatamente afastar a restrição à competitividade, na medida em que o objeto a ser licitado envolve questões de alta complexidade e de relevante vulto, em que empresas, isoladamente, poderiam não ter condições de suprir os requisitos de habilitação do edital. Assim, com vistas a aumentar o número de participantes, admite-se a formação de consórcio, com o intuito precípuo de ampliar a competitividade e proporcionar a obtenção da proposta mais vantajosa, o que melhor atende ao interesse público, por prestigiar os princípios da competitividade, economicidade e moralidade."

Justificada nos autos a limitação ao número de consorciadas para participação em Consórcio, é possível concluir que a condição mencionada não fere a norma da Lei 8.666/1993, pois a exigência do Edital em comento está em consonância com os dispositivos legais e jurisprudenciais pátrios.

No que lhe diz respeito, através de consulta, a área técnica relatou não proceder à intenção das IMPUGNANTES, de excluir ou emendar a cláusulas 7.1.2.1 das condições para participação, visto que a referida limitação tem por finalidade atender ao interesse



público, uma vez que o excesso de participantes em um mesmo consórcio poderia levar a uma pulverização de responsabilidades entre eles. Além disso, poderia ocorrer, também, o retardamento na execução de obras e a redução no ritmo e na qualidade da prestação de serviços licitados.

Além do mais, a permissão ilimitada de participação em consórcio abriria margem para licitantes, antes concorrentes entre si, associarem-se em grupos de grandes proporções, o que acabaria diminuindo o número de participantes da licitação e gerando impactos nas propostas comerciais apresentadas – efeito evidentemente contrário ao desejado em qualquer procedimento concorrencial.

Diante do exposto, somos favoráveis à manutenção da cláusula analisada, a despeito da impugnação ora realizada, uma vez que estão de acordo com o regramento vigente e encontram-se devidamente justificadas pela área demandante nos autos do processo licitatório.

IV – DECISÃO

Por todo o exposto, pelos fundamentos apresentados pela área técnica, esta Comissão de Licitação decide pelo CONHECIMENTO das impugnações, tendo em vista sua TEMPESTIVIDADE, para no mérito NEGAR-LHES PROVIMENTO EM SUA TOTALIDADE.

Belo Horizonte, 29 de julho de 2022.


Luciana de Almeida Silva

Presidente da Comissão Permanente de Licitação
Portaria Conjunta SMOBI/SUDECAP 013/2022

