

Ao

Departamento Municipal de Água e Esgotos – DMAE
Município de Porto Alegre
A/C Comissão de Licitação

Ref.: CONCORRÊNCIA/2019 - Processo Nº 19.10.000010534-1

SINAENCO – Sindicato da Arquitetura e da Engenharia, Pessoa Jurídica, inscrita no CNPJ/MF sob o número 59.940.957/0008-37, com sede na Praça Osvaldo Cruz, 15 - cj. 1012 – Centro - Porto Alegre, RS 90030-160, vem mui respeitosamente a presença de V. S^a., por seu vice-presidente, que ao final assina, **IMPUGNAR** o Edital de Licitação em epígrafe, em razão de vício a seguir elencado:

No item 6.2 do Edital em epígrafe onde estão impedidas de participar da presente licitação, os Consórcios de Empresas, na alínea f, onde é taxativa a proibição:

f) Não serão admitidas empresas em consórcio.

A Lei Federal n.º 8.666/1993, em seu artigo 3º, caput, indica os princípios aplicáveis às licitações na seguinte ordem: legalidade; impessoalidade; moralidade; igualdade; publicidade; probidade administrativa; vinculação ao instrumento convocatório; julgamento objetivo, e, dos que lhes são correlatos.

O artigo 33 regula a permissão em licitações de empresas em consórcio, e a jurisprudência unanimemente se posiciona contrária e sua proibição, pois entende que isso inibe e restringe a livre concorrência, diminuindo o número de participantes aptos a apresentar preços, tornando menos vantajosa a contratação.

Em um primeiro momento, consagrou-se a necessidade de se “demonstrar com fundamentos sólidos a escolha a ser feita pelo gestor durante o processo de licitação no que toca à vedação da participação de consórcios” (TCU, Acórdão 1.165/2012, Plenário. Rel. Min. Raimundo Carreiro).

Nessa mesma linha, Marçal Justen Filho alerta que a discricionariedade em voga:

...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. Como toda decisão exercitada em virtude de competência discricionária, admite-se o controle relativamente à compatibilidade entre os motivos e a realidade e no tocante à adequação proporcional entre os meios e os resultados pretendidos (2014, p. 661). (Grifamos).

Contemporaneamente, diversos autores, e o Superior Tribunal de Justiça, Tribunais de Justiça e a uníssona jurisprudência do Tribunal de Contas da União indicam que, embora aprioristicamente o Administrador disponha de grande margem decisória sobre o ponto, **a participação de consórcios é obrigatória nas licitações em que a vultuosidade, a heterogeneidade e a inviabilidade de parcelamento material do objeto licitado tornem o universo de possíveis licitantes demasiadamente restrito.**

Nesse sentido, Carlos Ari Sundfeld propugnou que, “nas hipóteses em que, embora tratando-se de um objeto de porte, mostre-se totalmente inviável, por razões operacionais, efetuar o parcelamento, **deverá o edital, obrigatoriamente, admitir o consórcio de empresas**” (1995, p. 67). (Grifamos)

Endossando tal posicionamento, assim se manifestaram Egonn Bockmann e Fernando Vernalha:

...produzindo-se uma licitação expressiva e exigente, a Administração deve buscar meios de mitigar a alta concentração do mercado, admitindo a participação de licitantes em regime de consórcio, tal como facultado pelo art. 33 da LGL. É evidente que a sistemática do consórcio poderá favorecer a ampliação da participação do mercado, compensando, em certa medida, a restrição do universo de ofertantes imposta pela dimensão técnica ou econômica do objeto licitado. (2012, p. 119). (Grifamos)

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, além de considerar ilegal a injustificada vedação à participação de empresas consorciadas em licitações de grande porte, entende que o futuro contrato administrativo padece de nulidade absoluta e, mais grave, que o gestor que, através deste expediente, dolosamente frustra a competitividade do certame, comete improbidade administrativa (além de delito penal, ex VI do art. 90, da Lei de Licitações):

APELAÇÕES. LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TOMADA DE PREÇOS Nº 16/2007 DO MUNICÍPIO DE SÃO LEOPOLDO. VEDAÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE LICITANTES EM CONSÓRCIO. VIOLAÇÃO DA AMPLA CONCORRÊNCIA. CONTRATO ADMINISTRATIVO DECLARADO NULO.

A Tomada de Preços visava à contratação de empresa para prestação dos serviços de vigilância volante e operação de embarcação pluvial. Certame do tipo Menor Preço Global que se atém apenas aos requisitos legais e à proposta de menor valor.

Cláusula 2.1.2 do Edital obstativa da formação de consórcio que ofende o art. 33 da Lei 8.666/93 e não atende ao interesse público.

Decretação de nulidade do pacto que se impunha. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LICITAÇÃO. COMPETITIVIDADE. EMBARCAÇÃO FLUVIAL. Constitui ato de improbidade administrativa inserir o Presidente da Comissão de Licitação, de ofício, sem solicitação de alguma Secretaria Municipal, no edital de licitação, **exigência manifestamente descabida para o fim de frustrar a competitividade do certame.** Hipótese em que, no edital para contratação do serviço de vigilância armada volante, se incluiu a de operador de embarcação fluvial, o qual jamais foi prestado.

NULIDADE DO CONTRATO. SERVIÇO PRESTADO RESSARCIMENTO DESCABIDO.

A procedência da ação com o ressarcimento do dano pressupõe que o ato cuja nulidade se declara seja lesivo ao patrimônio público. Ausente a comprovação, não é devido o ressarcimento. Não há causa de imputação de responsabilidade à empresa contratada, que não praticou qualquer ato ilícito. Os valores percebidos em razão de efetiva prestação de serviço não necessitam ser devolvidos.

APELO DO MUNICÍPIO DESPROVIDO. UNÂNIME. APELO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PROVIDO. POR MAIORIA. (TJ/RS, Apelação Cível Nº 70052803954, Vigésima Segunda Câmara Cível, Rel. Des. Eduardo Kraemer, Julgado em 28/11/2013). (Grifamos).

Portanto, sempre que o objeto licitado for marcadamente vultuoso ou de composição complexa e inomogênea, **o ente licitante deverá obrigatoriamente admitir a participação de coligações empresárias no certame. Em outras palavras, tem-se que o ordenamento jurídico brasileiro e o seu conjunto de princípios**

informadores impõem a admissão de consórcios em grandes ou heteróclitas licitações – sob pena de restar asfixiado o princípio da competitividade e, em algumas circunstâncias, a própria licitação acabar convertida em procedimento inidôneo e ineficaz.

Não em outro sentido, o Tribunal de Contas da União vem reiteradamente determinando que, em casos dessa natureza, o Administrador ou bem parcela o objeto licitado em diversos procedimentos, se possível for, ou bem realiza uma só concorrência, devendo, neste caso, impositivamente admitir a participação de empresas em consórcio. Ilustrativos dessa tendência jurisprudencial são os seguintes julgados:

9.1.1. considerando o disposto no art. 23, § 1º, da Lei 8.666/93, com a redação dada pela Lei 8.883/94, e na Súmula 247 do Tribunal, realize o parcelamento do objeto da licitação a ser promovida com vistas à contratação das obras, serviços e fornecimentos necessários à Implantação e Complementação do Centro de Lançamento de Alcântara e Centro Espacial de Alcântara, devendo proceder anteriormente, para fundamentar a escolha da forma de configuração dos “blocos” ou “lotes” a serem formados em função do parcelamento, a estudos técnicos que considerem as características de mercado e que indiquem **a alternativa de divisão que melhor satisfaz aos princípios da competitividade, da isonomia e da obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração**, respeitadas as limitações de ordem técnica, sem prejuízo da possibilidade alternativa de realizar concorrência única para a contratação de todo o complexo ou conjunto com um só licitante, mas, neste caso, desde que admitida expressamente a participação no certame de empresas em consórcio, como forma de assegurar o parcelamento material do objeto, respeitando as regras prescritas no art. 33 da Lei 8.666/93. (TCU, Acórdão 108/2006, Plenário, Rel. Min. Lincoln Magalhães da Rocha, com nova redação

conferida pelo Acórdão 766/2006, também do Plenário, Rel. Min. Augusto Nardes). (Grifamos).

...

A jurisprudência deste Tribunal já se firmou no sentido de que a admissão ou não de consórcio de empresas em licitações e contratações é competência discricionária do administrador, devendo este exercê-la sempre mediante justificativa fundamentada. Não obstante a participação de consórcio seja recomendada sempre que o objeto seja considerado de alta complexidade ou vulto, tal alternativa também não é obrigatória. Devem ser consideradas as circunstâncias concretas que indiquem se o objeto apresenta vulto ou complexidade que torne restrito o universo de possíveis licitantes. Somente nessa hipótese, fica o administrador obrigado a autorizar a participação de consórcio de empresas no certame, **com o intuito precípua de ampliar a competitividade e proporcionar a obtenção da proposta mais vantajosa.** (TCU, Acórdão 2.831, Plenário, Rel. Min. Ana Arraes). (Grifamos)

Nessa linha, mostra-se oportuno registrar que **o TCU, acertadamente, já reputou ilegal até mesmo a injustificada restrição do número de empresas integrantes de cada consórcio, em dado procedimento licitatório – por entender que, ante às características do objeto então licitado, tal prática implicaria constrição excessiva do caráter competitivo do procedimento.** Confira-se trecho da mencionada decisão:

O parecer técnico não recomenda a limitação do número de empresas por consórcio.

Mesmo que recomendasse, isto não seria suficiente para se justificar limitação não prevista na Lei. **Além de não prevista na Lei, tal limitação, no presente caso, conforme exposto na análise inicial desta ocorrência, é fator de forte restrição ao caráter competitivo do certame.** Dadas as peculiaridades, a

dimensão, a quantidade e a diversidade de obras, serviços e sistemas, alguns bastantes específicos, que compõem o objeto da licitação, limitar o número de empresas por consórcio, ainda mais em apenas três, certamente limitará em muito o número de consórcios que se formarão com possibilidade de cumprir todas as exigências de qualificação técnica, quanto mais se perdurarem as que constaram do edital da Concorrência 002 [003]/AEB/06.

O que o TCU tem considerado fundamental é se verificar, no caso concreto, se a limitação provoca restrição ao caráter competitivo do certame. No presente caso, em se prevalecendo a negativa pura e simples, sem justificativa na formação de Consórcio de Empresas, certamente essa restrição ocorrerá, pelos motivos já expostos.

Ademais, essa limitação vai de encontro à essência do entendimento prevalecente no Acórdão Plenário 108/2006. **Ali, considerou-se que a participação de consórcios na licitação supriria a exigência legal do parcelamento**, uma vez que o consórcio significaria um parcelamento material, **na medida em que cada empresa participante se encarregaria de determinada parte do objeto contratual.**

Mas a Lei 8.666/93 determina que obras, serviços e compras devem ser divididos em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis. O parcelamento é a regra e deve ser levado até o limite da viabilidade técnica e econômica.

O objetivo é ampliar ao máximo possível a competição para cada parcela. Para os consórcios realmente atenderem ao objetivo da Lei, consoante o entendimento exarado naquele Acórdão, deve ser permitida a participação de tantas empresas quantas forem as parcelas técnica e economicamente viáveis. Não há nada no processo administrativo da Concorrência 002

[003]/AEB/06, nem nos pareceres técnico e jurídico, que demonstre, técnica e economicamente, quantas e quais são essas parcelas. Portanto, limitar o número de empresas por consórcio é limitar o parcelamento material de que fala o Acórdão Plenário 108/2006, sem que haja embasamento técnico e econômico para essa limitação. (TCU, AC 397/2008, Plenário, Rel. Min. Augusto Sherman). (Grifamos).

Dessa feita, se o TCU entende ser ilícito limitar o número de empresas por consórcio quando presentes os caracteres da complexidade e da vultuosidade do objeto, *a fortiori*, também é indiscutivelmente ilegal proibir a formação de consórcios *in totum*, quanto o objeto licitado for de tal natureza.

Ressoa evidente, nessa perspectiva, que a decisão administrativa não pode se fundamentar em considerações abstratas e genéricas, **que no presente caso sequer existe**. Deve-se pesquisar, concreta e individualmente, quais serão as prováveis implicações da admissão ou da exclusão de empresas consorciadas em cada licitação específica, dadas as características peculiares do segmento de mercado pertinente.

Salientamos que a maioria, se não a totalidade das empresas do Rio Grande do Sul, com essa proibição descabida, ficam impedidas de participar do certame licitatório.

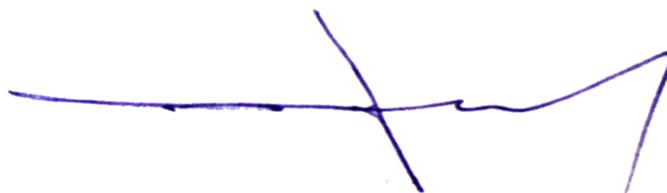
Em vista de todo o exposto se requer que seja revista a decisão sem fundamentação da proibição de Empresas formarem consórcios a fim de que o princípio da isonomia, da moralidade, da boa-fé objetiva, da legalidade, da impessoalidade, da vinculação ao instrumento convocatório, da probidade administrativa e do julgamento objetivo, **BOM COMO A VIOLAÇÃO DA AMPLA CONCORRÊNCIA com uma exigência manifestamente descabida para o fim de frustrar a**

competitividade do certame, não sejam descumpridos pela Administração Pública.

Serve a presente, **tempestivamente, para formalmente impugnar o referido Edital de Licitação** no tocante a proibição de formação de Consórcio de Empresas para atender a atestação técnica exigida.

Porto Alegre, 04 de março de 2020.

Nestes Termos
Pede e Espera Deferimento



Wolney Moreira da Costa
CREA-RS n.º 7.626
vice-presidente