

SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
COMISSÃO ESPECIAL DE LICITAÇÃO DOS PROGRAMAS ESTRUTURANTES E
PROJETOS PRIORITÁRIOS - SMF
ATA Nº JULGAMENTO E11 CONSULTORIA E TREINAMENTOS LTDA

Concorrência Pública nº 04/2020

Processo nº 20.0.000005513-2

Objeto: Contratação dos SERVIÇOS DO VERIFICADOR INDEPENDENTE, sendo eles de apoio à fiscalização, envolvendo o detalhamento das sistemáticas e procedimentos, bem como a aferição de indicadores de desempenho e qualidade da CONCESSIONÁRIA dos serviços de ILUMINAÇÃO PÚBLICA no MUNICÍPIO.

Impugnante: E11 Consultoria e Treinamentos LTDA-ME – CNPJ 19.747.018/0001-80 ([10782649](#)).

Preliminarmente, registra-se que as impugnações foram tempestivamente recebidas.

1. SÍNTESE DA IMPUGNAÇÃO

a) SOBRE A EQUIVOCADA ESCOLHA DA MODALIDADE LICITATÓRIA

Entende a impugnante que a escolha da modalidade – Concorrência “*foi inadequada tecnicamente*” e, portanto, frustra o caráter competitivo do certame e impede a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, a qual seria obtida através do Pregão.

Menciona o conceito de bens e serviços comuns previsto pela Lei Federal n.º 10.520/02, doutrina e jurisprudência acerca do tema.

Em resumo, afirma que “*a complexidade do serviço não é o fator decisivo para inseri-lo, ou não, no conceito de ‘serviço comum’, mas sim o domínio do mercado em relação*”

à execução daquela tarefa”. Diante disso, sustenta que “a existência de características padronizadas de desempenho e de qualidade e a disponibilidade do produto a qualquer tempo no mercado, pode tornar o serviço complexo, mas ‘comum’”.

Julga, portanto, que “não há dúvidas de que o serviço ora licitado pela Prefeitura de Porto Alegre deve ser considerado como comum” e, assim sendo, deveria ser licitado através de Pregão, pois “as técnicas e procedimentos para a execução do escopo pretendido são conhecidas e já consolidados no mercado, além do fato de que deverão ser respeitados todo um arcabouço normativo e o próprio instrumento convocatório, que já prevê o regramento necessário para a plena consecução do objeto”.

Sustenta, ainda, que a utilização da Concorrência para a contratação do objeto afronta a legislação do Município de Porto Alegre haja vista a publicação do Decreto 20.587/2020, que determina a utilização do pregão para a contratação de serviços comuns.

Reverbera que mesmo que os serviços ora licitados sejam complexos, as normas reguladoras vigentes e as especificações pré-estabelecidas, permitem que haja a padronização de procedimentos e avaliação do desempenho e qualidade das propostas, descritas de forma objetiva por meio de especificações usuais de mercado. Observa que a dinâmica e a competitividade do pregão, somados ao critério de julgamento de menor preço, afastam qualquer subjetivismo e pessoalidade da disputa da licitação.

Requer que o edital seja “integralmente e estruturalmente revisito” a fim de que seja utilizada a modalidade Pregão.

b) SOBRE A EQUIVOCADA ESCOLHA DO CRITÉRIO DE JULGAMENTO E A INCONFORMIDADE COM OS PRECEITOS LEGAIS

Afirma que o critério de julgamento adequado para a obtenção da proposta mais vantajosa à Administração é o menor preço uma vez que “não há a necessidade de se julgar e ponderar em separado e de forma diferenciada, as propostas técnicas” porque a capacidade das empresas deve ser analisada dentro dos limites de habilitação previstos no art. 30 da Lei Federal n.º 8.666/93.

Giza que o julgamento por técnica e preço “tende a prejudicar sobremaneira a disputa, dá azo a interpretações subjetivas, que podem ferir a isonomia do processo e restringir a competitividade da disputa”.

Reverbera que a utilização do Pregão permite avaliar a qualificação técnica dos licitantes, mencionando o art. 4º, X, da Lei do Pregão e colacionando jurisprudência. Entende que a utilização do critério de julgamento por técnica e preço não traz nenhuma vantagem para a Administração nem atende ao interesse público.

Insurge-se contra a atribuição de pesos para os requisitos técnicos (6) e de preços (4), aduzindo inexistir fundamentos, estudos ou justificativas para tal dosimetria. Colaciona jurisprudência.

Pugna pela anulação do certame “por absoluta incompatibilidade das

disposições editalícias com os preceitos legais e recomendações das Cortes de Contas”.

c) SOBRE A VEDAÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS REUNIDAS EM CONSÓRCIO

Defende que o impedimento de participação de empresas reunidas em consórcio contido no subitem 2.3.9 e item 11 do Anexo IV – Projeto Básico é ilegal, pois não aponta a motivação da vedação.

Traz questionamentos sobre a relação de causa e efeito entre a vedação e a capacitação das empresas para a complexidade do projeto e a lógica e plausibilidade entre a vedação e o fato das empresas serem “*mais ou menos capacitadas*”.

Advoga que o consórcio tende a reunir diversas expertises, agregando as melhores práticas e capacitações de cada empresa. Frisa ser ilegal tal restrição. Colaciona jurisprudência. Menciona justificar-se a participação de empresas em consórcio a fim de se obter a proposta mais vantajosa, ampliando-se a competitividade. Cita ainda o art. 33 da Lei Federal n.º 8.666/93.

Postula a aceitação da participação de empresas reunidas sob a forma de consórcio.

d) SOBRE A AUSÊNCIA DE PREVISÃO NO EDITAL DE ASSESSORIA JURÍDICA NA COMPOSIÇÃO DOS SERVIÇOS TÉCNICOS

Inferre que a ausência da previsão quanto à atuação de profissionais da área jurídica para acompanhamento dos serviços objeto do certame pode “*comprometer a regular execução do objeto*”, pois, “*diante da particularidade do objeto da contratação, é indispensável para a composição da equipe técnica, a presença de profissionais da área jurídica para que possam desenvolver atividades as mais diversas como: a) análise de marcos regulatórios pertinentes aos serviços contratados (ex: Leis, Decretos ...)*”.

Conclui que há a necessidade de que a licitante que vier a ser contratada tenha em sua composição um escritório de advocacia especializado e experiente, citando como exemplo o Edital de Pregão Eletrônico n.º 38/2019 do BNDES o qual alega, possui similaridade com a presente licitação.

Requer a revisão do edital a fim de que seja exigida a composição de consórcios de advocacia.

e) SOBRE A AUSÊNCIA DE EXIGÊNCIA NO EDITAL DE PROVA DE REGISTRO NO CONSELHO FEDERAL DE ENGENHARIA E AGRONOMIA – CREA COMO REQUISITO PARA QUALIFICAÇÃO TÉCNICA

A impugnante não se conforma que o edital não preveja pontuação extra em razão da comprovação de qualificação técnica das licitantes (subitem 8.2.1.2.13 do edital e

subitem 14.3 do Anexo IV – Projeto Básico), ainda que descreva atividades diretamente ligadas ao exercício profissional do ramo de engenharia. Transcreve obrigações da contratada previstas no subitem 6.3.2 do Anexo IV – Projeto Básico.

Registra que a caracterização dos serviços destacados são “*ligados*” ao profissional de engenharia nos termos da Resolução CONFEA 1.073/2016, colacionando-a. Cita, ainda, a Lei Federal n.º 5.194/66 e a Resolução CONFEA 336/1989 para demonstrar a necessidade de registro da pessoa jurídica junto ao CREA constituída para prestar ou executar serviços e/ou obras ou que exerça qualquer atividade ligada ao exercício profissional da Engenharia.

Sustenta que algumas das tarefas previstas no edital devem ser executadas exclusivamente por profissionais de engenharia e, portanto, deveria ter sido previsto no edital que a licitante tenha registro junto ao CREA como requisito para habilitação.

f) SOBRE O ESTABELECIMENTO DO PRAZO DE VIGÊNCIA INICIAL DO CONTRATO EM 60 MESES

Menciona a impugnante o art. 57 da Lei Federal n.º 8.666/93 que estabelece o prazo máximo de 12 meses, pois, está atrelada à vigência dos créditos orçamentários, à exceção dos serviços de caráter continuado, que podem ter sua prorrogação desde que demonstrada a vantajosidade.

Cita entendimento do TCU no sentido de que é mais simples não prorrogar um contrato do que rescindi-lo durante seu prazo de execução. Reverbera que a “*simples alegação da possibilidade de obtenção de ganho econômico em contratos administrativos de longa duração deverá ser fixada com base em critérios objetivos, de forma a estar motivadamente evidenciado no processo licitatório, com vistas a melhor esclarecer a decisão adotada*”. Alega não haver motivação ou fundamento para adoção do prazo de vigência inicial do contrato em 60 meses. Colaciona jurisprudência no sentido de ser necessária a justificativa no processo administrativo da escolha de tal prazo.

g) SOBRE AS EXIGÊNCIAS RESTRITIVAS QUANTO À APRESENTAÇÃO DOS ATESTADOS DE CAPACIDADE TÉCNICA

g.1) Discorda a impugnante com a descrição do “Domínio” de nº 7 do item 8.2.1.1.2 (“7 – Modelagem de Projetos de Concessão e Análise Técnica e Econômico Financeira de reequilíbrio de contrato”), por entender que “*bastaria a comprovação da realização de projetos de Modelagem de Concessão Comum para atender de forma satisfatória a este requisito de qualificação técnica*”. Sustenta que existem outros meios de prova para comprovar o êxito na implantação ode projetos, sendo tal condicionante uma “*afrenta à busca da proposta mais vantajosa*”.

g.2) Insurge-se quanto ao subitem 8.2.1.2.13 do edital, entendendo ser ilegal e desnecessária a bonificação para licitantes que comprovem experiência anterior em

projetos correspondentes a obras e serviços relacionados à verificação e gestão de sistemas energéticos e sistemas elétricos, inclusive iluminação pública. Menciona jurisprudência.

Requer a anulação do procedimento licitatório.

h) DO PROTOCOLO DO PEDIDO DE IMPUGNAÇÃO AO EDITAL SOMENTE EM ENDEREÇO ESTABELECIDO NO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO

A impugnante sustenta que o subitem 3.7 do edital é desarrazoado, desproporcional, oneroso e restritivo à competitividade uma vez que o art. 41, §1º, da Lei Federal não impõe que o protocolo do pedido de impugnação seja realizado diretamente na sede do órgão promotor da licitação. Divaga sobre os outros meios da “era digital”. Colaciona jurisprudência.

Requer a reforma da previsão editalícia.

Como conclusão e pedido, entende haver “*fortes indícios de irregularidade*” postula, portanto, a anulação do certame.

2. DA ANÁLISE E JULGAMENTO

a) SOBRE A EQUIVOCADA ESCOLHA DA MODALIDADE LICITATÓRIA e

b) SOBRE A EQUIVOCADA ESCOLHA DO CRITÉRIO DE JULGAMENTO E A INCONFORMIDADE COM OS PRECEITOS LEGAIS

Registra-se que a escolha da modalidade licitatória, bem como o seu critério de julgamento, foi precedida de ampla pesquisa, restando devidamente avaliada e justificada como se demonstrará abaixo.

Nos termos do despacho GS-SMPE 7588118 exarado no expediente 7588118 que cuida da fase interna / planejamento da licitação, *in verbis*:

“Como se vê do “Relatório JURÍDICO BNDES/CONSÓRCIO – considerações VI” (7562972), no que tange a contratação de verificador independente pelo poder público, mormente para a aferição do desempenho de concessionária, adentra-se a um tema ainda não muito explorado pelos tribunais pátrios, pelo que não há jurisprudência consolidada a respeito.

De todo modo, a referida análise nos mostra que é possível guiar-se, no caso concreto, pelo parecer do Ministério Público de Contas do Distrito Federal (Parecer nº 1008/2014-ML, Processo nº 20.902/2014, Ministério Público de Contas do DF – Quarta Procuradoria) que, convergindo parcialmente com as conclusões

feitas pela Unidade Técnica do Tribunal de Contas do Distrito Federal – TC/DF, diante da análise de um edital de pregão eletrônico para contratação de empresa especializada em serviços de verificador independente para aferição de desempenho em uma PPP do Distrito Federal, considerou como irregular a adoção da modalidade pregão para licitação dos citados serviços, por não considerar sua natureza passível de enquadramento como “serviços comuns”:

1. No caso em exame, nota-se que os serviços discriminados no Termo de Referência da contratação envolvem uma gama de conhecimentos especializados, pertencentes a diversas áreas do saber, cuja densidade e aprofundamento técnicos os afastam, no entendimento Ministerial, dos serviços de natureza comum. O objeto da contratação, per se, comporta variações de execução relevantes, tornando-o aparentemente incompatível com a definição legal de bens e serviços comuns. Além disso, os produtos exigidos no Edital denotam claramente a natureza predominantemente intelectual dos serviços.

2. A propósito, cito o entendimento do c. Tribunal de Contas da União:

"O pregão não deverá ser utilizado para a contratação de serviços de natureza predominantemente intelectual, assim considerados aqueles que podem apresentar diferentes metodologias, tecnologias e níveis de desempenho e qualidade, sendo necessário avaliar as vantagens e desvantagens de cada solução". (Grifos acrescidos). (Acórdão n.º 601, Plenário, Rel. Min. José Jorge, DOU de 16/03/2011).

3. Nesse caso, a depender da modalidade licitatória utilizada, os produtos fornecidos poderão ter significativa alteração técnica em prejuízo do almejado pela Administração. A consequência advinda dessa diferença poderá ser relevante o bastante para propiciar desvantagens acentuadas e perdas para a Administração.

4. Portanto, no entendimento deste Parquet, as justificativas apresentadas pela Jurisdicionada não foram suficientemente efetivas para descaracterizar a natureza não comum dos serviços e, portanto, não isentam a Administração da possibilidade de ocorrência de prejuízos quanto à qualidade do serviço a ser contratado, caso esses venham ser licitados por meio da modalidade pregão.

(Parecer n.º 1008/2014-ML, Processo n.º 20.902/2014, Ministério Público de Contas do DF – Quarta Procuradoria)

Nessa linha, parece prudente que a contratação em tela respeite os ditames da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993 (Lei de Licitações), optando-

se pela modalidade Concorrência (art. 22, I).

Com relação ao tipo de licitação, recomenda-se a contratação por “técnica e preço” (art. 45, III, da Lei 8.666/1993), já que o objeto da contratação se caracteriza como serviços de natureza predominantemente intelectual, nos termos do art. 46, da Lei de Licitações e em consonância com posicionamento consolidado do TCU (Acórdão nº 2391/2007 – Plenário).

No que se refere à prática de mercado, é premente salientar que a maior parte dos editais de licitações para contratação de verificador independente no âmbito de contratos de PPP adotou esse cenário: a modalidade concorrência julgada pelo critério de técnica e preço.

A título de exemplo, apontamos aqueles certames dispostos no “Documentação modelos de Editais contratação Verificador Indep.” (7563037): PPP Iluminação Pública Belo Horizonte – Concorrência do tipo técnica e preço SMOBI nº 37/2016; PPP Complexo Penitenciário Ribeirão das Neves – Concorrência do tipo técnica e preço nº 397/2010; PPP Mineirão – Concorrência do tipo técnica e preço nº 001/2016; PPP Unidades de Atendimento Integrado do Estado de Minas Gerais – Concorrência do tipo técnica e preço nº 1501122000167/2012; e, PPP Rodovia MG 050 – Concorrência do tipo técnica e preço nº 008/2017.

Importante frisar, no caso da licitação do tipo “técnica e preço”, a necessidade de se fixar com objetividade, clareza e precisão as regras para o julgamento das propostas técnicas, bem como se abster de fazer constar no edital excessiva valoração da proposta técnica em detrimento da proposta de preços, sem amparo de justificativas técnicas, também em consonância com o posicionamento consolidado do TCU (Acórdão nº 1488/2009 – Plenário).

Quanto aos critérios de julgamento e pontuação utilizados nos certames supramencionados, destacamos aqueles utilizados no Edital Concorrência SMOBI nº 37/2016 por tratar-se de contratação de serviços bastante similares ao caso em análise. Em que pese esses critérios tenham sido utilizados a título sugestivo no “Documento proposta de critérios técnicos Edital” (7583043), **é premente que a SMSUrb, tendo em vista sua expertise, proceda um ajuste fino desses critérios com os serviços a serem prestados, viabilizando a seleção do prestador mais capacitado a lhe assistir na fiscalização do Contrato de PPP de Iluminação Pública.”**

A CIP-SMSURB também justifica a modalidade licitatória, registrando que os serviços do verificador independente não se tratam de serviços comuns, mas sim, de serviços

cuja natureza é predominantemente intelectual. Veja-se excerto do “documento justificativas” – 9270696:

*“O BNDES, entidade contratada pela SMPE (Secretaria de Parcerias Estratégicas) para modelagem do contrato da PPP, expõe em 7562972 considerações a respeito da modalidade e tipo da licitação para contratação do verificador independente, citando acórdãos e práticas de mercado. A SMPE, através do despacho 7588118, recomenda que a licitação seja por concorrência tipo técnica e preço. **Esta CIP entende que não se trata de serviço comum; as exigências constantes no Termo de Referência denotam a natureza predominantemente intelectual dos serviços, assim considerados aqueles que podem apresentar diferentes metodologias e tecnologias, e, por isso, devem ser licitados na modalidade de concorrência tipo técnica e preço.** A contratada deve fazer uma verificação independente proativa, de forma a sugerir melhorias em todos os processos da concessão, a partir de uma análise crítica dos índices de desempenho e dos processos de mensuração e aferição de indicadores, bem como das cláusulas contratuais e gestão dos pleitos das partes. Dentre suas obrigações, está o mapeamento e análise do contrato de concessão, a fim de criar metodologias de gerenciamento que resultem no melhor desempenho da concessionária, entregando, portanto, melhores serviços para o Município.”*

Além disso, a PGM ao analisar previamente a instrução processual, através na Nota Técnica 18 (9658725) validou a escolha da modalidade e critério de julgamento:

“5. Para tanto, compreenderão as atividades da contratada:

“a. Desenho de todos os processos e procedimentos para aferição do desempenho da CONCESSIONÁRIA;

b. Avaliação dos processos de medição para coleta de dados e cálculo dos indicadores de desempenho do CONTRATO DE CONCESSÃO, de forma a comprovar sua conformidade ou apontar melhorias;

c. Análise de confiabilidade dos dados de medição produzidos pela CONCESSIONÁRIA;

d. Aferição mensal dos dados e indicadores produzidos pela CONCESSIONÁRIA, bem como a geração de relatório gerencial mensal sobre o resultado da aferição;

e. Aferição mensal do desempenho da CONCESSIONÁRIA, suporte técnico a eventuais descontos ou ajustes nos pagamentos, e a apontamentos de não cumprimento do desempenho previsto;

f. Realização de análises econômico-financeiras,

de forma a sugerir melhorias em todos os processos, permitindo que ambas as PARTES atinjam seus objetivos com o CONTRATO DE CONCESSÃO."

6. Apesar de se tratar de um contrato que terá estreita relação com a concessão dos serviços relativos à modernização, eficientização, expansão, operação e manutenção da infraestrutura da rede de Iluminação Pública de Porto Alegre, a prestação de tais serviços que se pretende contratar é regulada de forma distinta, envolvendo a prestação de serviços de caráter contínuo, nos termos da lei 8.666/93.

7. Para tanto, propõe-se a contratação na modalidade concorrência (art. 22, I, da Lei n. 8.666/93), utilizando-se como critério de julgamento a combinação de técnica e preço (art. 45, §1º, III, da Lei n. 8666/93), tendo em vista se tratar de serviço de natureza predominantemente intelectual.

8. De fato, como já apontado no despacho GS-SMPE [7588118](#), **os serviços que se pretende contratar não se caracterizam como serviços comuns, que poderiam ensejar a contratação pela modalidade de pregão. O objeto da contratação envolve a realização/criação de parametrização de normas e procedimentos de aferição os quais detêm predominância intelectual, nos termos do art. 46 da Lei n. 8.666/93.** Ademais, considerando que o verificador independente exercerá atividade de extrema relevância na concessão administrativa, mormente porque a atividade realizada terá papel significativo no estabelecimento do cumprimento das obrigações contratuais e do atingimento das metas de desempenho e, por conseguinte, no valor a ser repassado a título de contraprestação pública.

9. Assim, em relação aos pressupostos da licitação, **temos que a modalidade adotada é adequada, nos termos do art. 23, § 3º da Lei Federal nº 8.666/93 – concorrência, com critério de julgamento do tipo técnica e preço, de acordo com o art. 45, §1º, III, da referida Lei Federal.** Entretanto, tratando-se de licitação do tipo técnica e preço, imprescindível o estabelecimento de critérios objetivos para a sua avaliação, além de possuir justificativas técnicas quanto à proporcionalidade da aferição da proposta técnica comparativamente à proposta financeira."

Registra-se ainda, que a decisão quanto à escolha da modalidade e seu critério de julgamento é adequado ao caso concreto, uma vez que o atributo da intelectualidade se mostra determinante para satisfação da necessidade administrativa, afasta-se a possibilidade de adoção do tipo menor preço, devendo a Administração optar pelo tipo técnica e preço.

Nesse sentido, cita-se trecho do Voto do Min. Relator no Acórdão nº 601/2011

– Plenário, no qual o TCU entendeu ser

“inviável o uso do pregão para contratação de serviços nos quais predomine a intelectualidade, assim considerados aqueles que podem apresentar diferentes metodologias, tecnologias e níveis de desempenho e qualidade, sendo necessário avaliar as vantagens e desvantagens de cada solução. (TCU, Acórdão nº 601/2011, Plenário.)

Vejamos outro trecho da decisão:

*2. O cerne Docas do Pará (CDP), mediante o Pregão Eletrônico nº da discussão reside na natureza dos serviços técnicos licitados pela Companhia 78/2010, consistentes na **elaboração de estudos e projetos para: “(i) construção de nova portaria; (ii) centro administrativo; (iii) urbanização das vias; (iv) rampa rodofluvial; (v) terminal de múltiplo uso 2 (TMU 2); e (vi) serviços de inspeção, análise e projeto executivo de recuperação/reforço/ampliação estrutural do Píer 100 (TMU 1), no Porto de Santarém/PA.***

3. A representante defende que a modalidade licitatória escolhida (pregão) não seria adequada para a contratação em tela, por abarcar serviços de engenharia de elevado nível de complexidade técnica, que não se enquadrariam na categoria de ‘serviços comuns’. Para ela, à luz do disposto no art. 46 da Lei nº 8.666/93, a licitação deveria ser do tipo “melhor técnica” ou “técnica e preço”, incompatíveis com o rito do pregão.

4. Segundo a unidade técnica, apesar de o ‘Termo de Referência’ anexado ao edital (peça 2, p. 17-34) indicar normas (NBR 6118, NBR 6122, NBR 9782, NBR 8800, NBR 8681 ou outra que viesse a ser aceita pela ‘FISCALIZAÇÃO’), especificações técnicas e regras que a empresa contratada deveria considerar quando da execução dos aludidos serviços, não seria possível classificá-los como comuns.

5. Em razão das características desses serviços, cuja prestação requer intensa atividade intelectual, com razoável grau de subjetivismo, mormente em relação à elaboração dos ‘projetos conceituais’ – ‘anteprojetos, a partir dos quais a CDP decidirá pela aprovação ou não dos arranjos gerais, orçamentos e etc.’ –, a escolha do pregão teria sido inadequada.

6. Não obstante concordar com a conclusão a que chegou a unidade instrutiva, julgo oportuno aduzir as considerações que se seguem.

No mesmo sentido formou-se o Voto do r. Min. Relator no Acórdão 2760/2012 – Plenário, também do Tribunal de Contas da União, quando deixou patente entender que ‘Em relação à utilização da modalidade licitatória pregão para contratação dos projetos executivos, é clara a irregularidade de tal procedimento, que afronta

Dessa forma, demonstrada a adequação quanto à modalidade licitatória bem como quanto ao critério de julgamento utilizado.

c) SOBRE A VEDAÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS REUNIDAS EM CONSÓRCIO

É uníssono o entendimento jurisprudencial acerca da discricionariedade da Administração quanto à permissão ou não de empresas reunidas sob a forma de Consórcio:

"Enunciado

A decisão da Administração pela possibilidade de permitir a participação de empresas sob a forma de consórcio nas licitações públicas (art. 33 da Lei 8.666/1993) deve ser devidamente motivada, e não deve implicar a proibição da participação de empresas que, individualmente, possam cumprir o objeto a ser contratado, sob pena de restrição à competitividade." [Acórdão 1711/2017-Plenário](#)

"Enunciado

A Administração, em respeito à transparência e à motivação dos atos administrativos, deve explicitar as razões para a admissão ou vedação à participação de consórcios de empresas quando da contratação de objetos de maior vulto e complexidade". [Acórdão 929/2017-Plenário](#)

"Enunciado

A decisão pela vedação de participação de consórcio de empresas em licitação é discricionária, porém deve ser devidamente motivada no processo administrativo.

Excerto

Voto:

11. Com relação à vedação a participação de consórcio no certame, entendo não ter ocorrido restrição à competitividade no caso concreto, entretanto o Ministério do Esporte apenas apresentou justificativa a medida adotada depois de diligenciado por esta Corte. Ainda que esteja no âmbito do poder discricionário, a decisão pela vedação ou não de participação de consórcio deve ser baseada em critérios razoáveis e que prevejam o interesse público.

Acórdão:

9.1. conhecer da Representação [...], para, no mérito, considerá-las parcialmente procedentes;

9.2. determinar à Subsecretaria de Planejamento Orçamento e Administração, da Secretaria

Executiva do Ministério do Esporte - ME que, em futuras licitações:

9.2.1. indique, no processo administrativo da licitação, os motivos pelos quais decidiu por não permitir a participação de consórcios de empresas no processo licitatório, quando for o caso, em atenção ao disposto no art. 2º, parágrafo único, inciso VII, da Lei 9.784/1999 e à jurisprudência deste Tribunal;" [Acórdão 3654/2012-Segunda Câmara](#)

Nesta toada, não se olvida da necessidade de motivação quanto à escolha de permitir ou vedar a participação de empresas reunidas em consórcio, de maneira que o expediente 19.0.000088452-1, através do qual tramitou a fase interna / preparatória da licitação não descuidou de tal regramento. Assim, lá consta o documento "justificativas" (SEI 9270696), dentre as quais, encontramos a motivação para a vedação de empresas reunidas em consórcio.

Além disso, como bem pontuou a análise da CIP-SMSURB no despacho 10801810:

"(...)cumpre ressaltar que conforme disposto no art. 33 da Lei de Licitações, a admissão de licitantes reunidos em consórcio é uma faculdade da Administração. Assim, para que exista a possibilidade de participação em consórcio, é necessária a previsão expressa no ato convocatório, sendo que a definição para admitir a participação é ato de escolha discricionária da Administração Pública. A vedação no caso em tela se justifica na medida em que há no mercado empresas que atuam no ramo de verificação independente, e que possuem, individualmente, as condições suficientes para a execução de contratos dessa natureza conforme critérios de habilitação exigidos no Edital. A ausência de consórcio, nesse caso, não traz prejuízos à competitividade do certame. Não há a necessidade de fracionamento dos serviços predominantes exigidos no Edital, para que sejam atendidos por empresas de diferentes ramos. O serviço predominante é o detalhamento das sistemáticas e procedimentos de aferição dos indicadores de desempenho, monitoramento e controle desses indicadores, com análises de tendências e propostas de melhoria dos procedimentos, além de análises econômico-financeiras oriundas de pedidos de reequilíbrio do contrato de concessão. Pelas observações de *benchmarking* nacional, constatou-se que o que foi adotado pelo Município de Porto Alegre está aderente com a realidade de outras licitações. Por fim, permitir o consórcio no caso em tela seria abrir a possibilidade de empresas que isoladamente cumpririam o objeto se reunir de forma a prejudicar a concorrência."

Ainda, a vedação à participação de empresas reunidas sob a forma de consórcio foi objeto de análise pela PGM através da Nota Técnica 18 (9658725), *in verbis*:

“18. No que se refere ao questionamento da CEL-PEP (9368860) quanto à permissão ou não de participação de empresas reunidas em consórcio, do exame das exigências de qualificação técnica constantes no termo de referência, aparentemente não há grandes dificuldades de potenciais interessados participarem isoladamente do certame, já que não se exige atestados com grau de complexidade ou que envolvam atividades completamente distintas, situação que afastaria a necessidade de permitir a participação de empresas em consórcio. Ademais, conforme consta no Termo de Referência, a justificativa da SMSURB para vedar a participação de consórcio está relacionada à garantia de que o escopo do contrato seja executado por empresa capacitada, dada a complexidade do projeto. Sendo assim, o Termo de Referência está em consonância com o art. 33 da Lei n. 8.666/93.”

Portanto, devidamente justificada no procedimento a vedação à participação de empresas reunidas sob a forma de consórcio.

d) SOBRE A AUSÊNCIA DE PREVISÃO NO EDITAL DE ASSESSORIA JURÍDICA NA COMPOSIÇÃO DOS SERVIÇOS TÉCNICOS

Nos termos em que consignado pela área técnica demandante, vide despacho CIP-SMSURB 10801810, os quais adotamos como razões de decidir:

“Não há previsão explícita de assessoria jurídica na no edital em tela, visto se tratar de serviços esporádicos, em função de alguma demanda específica e de duração limitada, de forma que podem ser supridos mediante demanda determinada pelo município na Etapa III – Suporte e Análises Econômico-Financeiras, através de utilização de banco de horas previsto em contrato, tal como consta no Anexo IV - Projeto Básico Verificador Independente, descrito abaixo:

“6.4.3 Etapa III – Suporte e Análises Econômico-Financeiras

*A Etapa III – **Suporte e Análises Econômico-Financeiras** tem o objetivo de proporcionar ao MUNICÍPIO os serviços de consultoria relativos à gestão do CONTRATO DE CONCESSÃO, mas que não são passíveis de previsão ou tem a necessidade de equipe com competências diferentes das competências da etapa de operação da CONTRATADA. As atividades desta etapa são*

contratadas por meio de Ordem de Serviço, com o volume de horas previamente aprovado pelo CONTRATANTE.” (Grifamos)”

Portanto, a ausência de previsão expressa acerca de assessoria jurídica não viola qualquer normativa tão pouco prejudica o objeto do certame.

e) SOBRE A AUSÊNCIA DE EXIGÊNCIA NO EDITAL DE PROVA DE REGISTRO NO CONSELHO FEDERAL DE ENGENHARIA E AGRONOMIA – CREA COMO REQUISITO PARA QUALIFICAÇÃO TÉCNICA

Nos termos em que consignado pela área técnica demandante, vide despacho CIP-SMSURB 10801810, os quais adotamos como razões de decidir:

“O objeto não consiste em obras ou serviços de engenharia, hipótese esta que exigiria prova de registro no CREA. Não há previsão de execução de obras ou serviços de engenharia, bem como de elaboração ou fiscalização de projetos elétricos ou luminotécnicos. A atividade predominante do objeto é a de monitoramento e controle de processos, envolvendo análises econômico-financeiras, de definição de procedimentos e métricas.

Adicionalmente, salienta-se que não há proibições ou ressalvas para utilização de profissionais da área de engenharia, mas sim uma flexibilização para que as atividades pertinentes a tal área, por não ser preponderante no escopo do objeto, possam ser passíveis de subcontratação.

Diante disto citamos Camila Cotovicz Ferreira em <https://www.zenite.blog.br/qualificacao-tecnica-inscricao-na-entidade-profissional-competente/>:

“É importante compreender que o registro na entidade profissional está relacionado com a atividade fim de cada empresa. Em razão disso, a exigência de registro ou inscrição deve se limitar ao conselho que fiscalize o serviço preponderante objeto da contratação, sob pena de comprometer o caráter competitivo do certame em razão do estabelecimento de condições de qualificação técnica impertinentes ao cumprimento das obrigações contratuais.

Nesse sentido foi a orientação do Plenário do TCU, expedida recentemente no Acórdão nº 2.769/2014, segundo a qual “a jurisprudência do TCU se consolidou no sentido de que o registro ou inscrição na entidade profissional competente, previsto no art. 30, inciso I, da Lei 8.666/1993, deve se limitar ao conselho que fiscalize a atividade básica ou o serviço preponderante da licitação”.[TCU, Acórdão nº 2.769/2014, Plenário, Rel. Min. Bruno Dantas, j. em 15.10.2014] (Grifamos)

Sendo assim, está sendo exigido apenas o registro nos conselhos dos serviços preponderantes no objeto.”

Portanto, a ausência de previsão expressa acerca de assessoria jurídica não viola qualquer normativa tão pouco prejudica o objeto do certame.

f) SOBRE O ESTABELECIMENTO DO PRAZO DE VIGÊNCIA INICIAL DO CONTRATO EM 60 (SESSENTA) MESES

A CIP-SMSURB, área técnica demandante dos serviços, motivou a vigência contratual de 60 meses. Veja-se excerto do “documento justificativas” – 9270696:

“O contrato terá vigência de 05 anos (60 meses), a partir da data de sua assinatura, de acordo com a Lei 8.666/93. Este prazo se justifica pela complexidade do serviço de verificação independente, que requer um período estimado de 04 meses somente para planejamento e estruturação das ações, a fim de promover total integração entre as equipes de trabalho das partes; bem como pela importância da continuidade do serviço, já que envolve desenvolvimento de software de controle pelo verificador independente e entregas mensais, trimestrais e anuais de relatórios de acompanhamento do serviço da concessionária, que determinam, inclusive, o valor da contraprestação mensal efetiva e o bônus que a concessionária tem direito caso alcance a meta de efficientização.

Conforme previsto no contrato da concessão, até os primeiros 24 meses será realizada a efficientização e modernização dos pontos de iluminação pública de Porto Alegre, bem como a organização e estruturação do cadastro da rede de iluminação pública - será feito um inventário para cadastro de todos os pontos instalados na cidade. A qualidade deste cadastro interfere diretamente na remuneração da concessionária e servirá como referência para medir a efetiva economia de energia elétrica derivada da efficientização. Portanto, tais serviços, bem como a documentação gerada pelos mesmos, necessitarão do auxílio e acompanhamento do verificador independente.”

A justificativa foi referendada pela Nota Técnica 18 da PGM (9658725):

“Relativamente à vigência contratual, não há óbice legal no estabelecimento de uma vigência superior a doze meses, especialmente no presente caso, o qual compreende um grande dispêndio de tempo e recursos financeiros para desenvolver a parametrização de normas e procedimentos para a aferição do desempenho da concessionária de iluminação pública,

inclusive com o desenvolvimento de software de controle. O estabelecimento de uma vigência menor do que essa teria grande potencial de não atrair interessados ao certame, mormente porque não conferiria a garantia necessária aos licitantes de que ao termo do prazo (corriqueiramente previsto por 12 meses prorrogáveis) a Administração Municipal promoveria a sua prorrogação. Nesse sentido, não há óbice legal na vigência contratual proposta, atendendo ao disposto no art. 57, II, da Lei n. 8666/93.”

Ainda, de acordo com o despacho CIP-SMSURB 10801810:

“O prazo de vigência contratual também se justifica pela complexidade do serviço de verificação independente, que requer um período estimado de 04 meses somente para planejamento e estruturação das ações, a fim de promover total integração entre as equipes de trabalho das partes; bem como pela importância da continuidade do serviço, uma vez que envolve desenvolvimento de software de controle pela contratada e entregas mensais, trimestrais e anuais de relatórios de acompanhamento do serviço da concessionária, que determinam, inclusive, o valor da Contraprestação Mensal Efetiva.

É fato que os primeiros 600 (seiscentos) dias da concessão serão de suma importância para a efficientização e modernização dos pontos de Iluminação Pública do município, bem como da organização e estruturação do cadastro da rede municipal de Iluminação Pública. Portanto tais serviços, bem como a documentação gerada pelos mesmos, necessitarão do auxílio e acompanhamento do Verificador Independente. Desta forma, o acompanhamento da contratada vem a ser uma ferramenta essencial no auxílio ao bom andamento do contrato de concessão nos primeiros 60 meses da sua vigência.”

Vê-se que a Lei nº 8.666/1993 estabeleceu um prazo máximo para a duração dos contratos de prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que não poderão ultrapassar 60 meses. Contudo, o legislador não definiu qual deve ser o prazo inicial desses ajustes.

Reconhece-se, assim, que a adoção do prazo de 12 meses não retrata uma imposição legal, mas, longe disso, apenas reflete uma praxe administrativa. Logo, é possível que os contratos dessa natureza tenham sua duração inicial superior a 12 meses, desde que essa condição confira à Administração maior vantajosidade.

Essa conclusão encontra amparo na Orientação Normativa nº 36, de 13 de dezembro de 2011, da Advocacia Geral da União:

“Nos contratos de prestação de serviços de natureza continuada deve-se observar que: a) o

prazo de vigência originário, de regra, é de até 12 meses; b) excepcionalmente, este prazo poderá ser fixado por período superior a 12 meses nos casos em que, diante da peculiaridade e/ou complexidade do objeto, fique tecnicamente demonstrado o benefício advindo para a administração; e c) é juridicamente possível a prorrogação do contrato por prazo diverso do contratado originariamente.

Vale também registrar que, recentemente, com a edição da IN nº 05/2017 da Seges/MDG, aos órgãos e às entidades da Administração Pública federal sujeitos à observância dessa norma foi definida essa mesma disciplina para efeito de estipulação do prazo inicial de vigência de seus contratos de prestação de serviços de natureza continuada. Assim dispõe o Anexo IX, item 12, dessa Instrução Normativa:

12. Nos contratos de prestação de serviços de natureza continuada, deve-se observar que:

*a) o prazo de vigência originário, **de regra**, é de 12 (doze) meses;*

*b) excepcionalmente, este prazo poderá ser fixado **por período superior a 12 meses**, nos casos em que, diante da peculiaridade e/ou complexidade do objeto, fique tecnicamente demonstrado o benefício advindo para a Administração; e*

c) é juridicamente possível a prorrogação do Contrato por prazo diverso do contratado originalmente. (Grifamos.)"

Portanto, foi devidamente motivada a fixação do prazo de vigência em 60 meses.

g) SOBRE AS EXIGÊNCIAS RESTRITIVAS QUANTO À APRESENTAÇÃO DOS ATESTADOS DE CAPACIDADE TÉCNICA

Nos termos em que consignado pela área técnica demandante, vide despacho CIP-SMSURB 10801810, os quais adotamos como razões de decidir:

“68 e 69. Primeiramente necessita-se lamentar e fazer o registro de repúdio à caluniosa tentativa do impugnante de atribuir aos autores do edital e do Projeto Básico uma pretensa disposição em prejudicar a competição do certame, com alegações levianas e que não encontram espaço na realidade dos fatos. Os autores dos documentos deste processo licitatório agem sempre no intuito de buscar o equilíbrio nos requisitos e exigências do edital e Projeto Básico, de forma a buscar o resultado da competição que seja mais justa aos licitantes E que traga os melhores resultados ao município de Porto Alegre, tanto econômicos quanto na qualidade dos serviços recebidos. E

por isso mesmo tais requisitos e exigências são sempre justificados tecnicamente, juridicamente, ou ambos.

Acerca da Relação de Requisitos para o Domínio de Conhecimento nº 7 - Modelagem de Processos de Concessão e Análise Técnica e Econômico-Financeira de reequilíbrio de contrato, resta equivocada a manifestação da impugnante, visto que um modelo de Concessão comum difere do modelo de Concessão baseado em PPP em algumas peculiaridades e particularidades, como por exemplo a questão da remuneração, onde no modelo de Concessão baseado em PPP o parceiro privado é remunerado pelo parceiro público quando da prestação do serviço, ao passo que no modelo de Concessão Comum o parceiro privado é remunerado com a receita advinda do próprio serviço que oferece. Não faria sentido, no contexto do edital em tela, pontuar licitantes por experiência em projetos de Concessão que não sejam da mesma categoria do objeto da Concessão a qual o Verificador Independente se envolverá no decorrer do contrato, já que o grande diferencial de o licitante possuir esta experiência é que a mesma possa ser diretamente aplicável no apoio à fiscalização e aferição de desempenho e qualidade da concessionária do serviços de iluminação pública de Porto Alegre, que se trata de uma Concessão baseada em PPP.

No tocante à forma como será comprovado o êxito na implantação do projeto de Concessão modelado pela licitante, que ensejará obtenção de pontuação no Domínio de Conhecimento nº 7, não é desarrazoado exigir a publicação do contrato em Diário Oficial para lograr a referida comprovação, visto que tal publicação é a chancela oficial do órgão indicando que o projeto de Concessão modelado passou pelo crivo das diversas instâncias técnicas, jurídicas e administrativas, dentro e fora do órgão, não restando pontos a serem esclarecidos e tampouco dúvidas de que o órgão contratante considerou a modelagem exitosa a ponto de comprometer-se com a implantação da mesma. De forma diferente ocorreria se tal chancela não pesasse sobre o projeto de modelagem apresentado, visto que haveria toda uma sorte de possibilidades de questionamentos e impugnações que poderiam colocar em dúvida, a qualquer tempo, o êxito do projeto.

70 a 73. *Equivocado, pois, o entendimento da impugnante, uma vez que o mecanismo de bonificação não afasta licitantes da disputa. Este mecanismo apenas atribui pontuação diferenciada aos licitantes que tenham desenvolvido projetos afins com o objeto da concessão, no caso Sistemas Energéticos e Sistemas Elétricos, o que traz inúmeras vantagens ao município, a começar pelo know how que a licitante trará sobre o tema, e que poderá incorporar nas atividades de Verificação*

Independente. Deve-se diferenciar a qualificação de empresas que já possuem experiências prévias nestes setores e, desta forma, entende-se que empresas que demonstrem maior experiência nos mesmos estarão mais qualificadas para executar o objeto em contratação.

Logo, não se apresenta descabida e desarrazoada a previsão contida no Edital de que o Município de Porto Alegre concederá – como forma de bonificação das propostas técnicas – uma quantidade maior de pontos aos licitantes que comprovarem experiências em projetos correspondentes a obras e serviços relacionados à verificação e gestão de sistemas energéticos e sistemas elétricos.

Adicionalmente, vale dizer, que o Edital não prevê – em momento algum – a exclusão dos licitantes que não comprovem experiência prévia nos setores que guardam maior compatibilidade com o objeto da contratação, mas somente atribui uma maior pontuação a tais itens. Desse modo, não se vislumbra qualquer tipo de restrição ao caráter competitivo do certame e/ou a previsão de exigência desarrazoada, violadora da isonomia entre os licitantes.

As licitantes que não possuam o requisito necessário para pleitear a pontuação extra não serão excluídas do certame, pois não se trata de item de habilitação técnica, mas terão que se mostrarem mais qualificadas nos demais critérios de pontuação para comprovar superioridade frente aos concorrentes. Ademais, na hipótese, pouco provável, visto o benchmark nacional, de uma licitante obter a bonificação máxima, comprovando os requisitos para obtenção da mesma, tratam-se de 05 (cinco) pontos frente a um total de 205 (duzentos e cinco) pontos, representando menos de 2,5% da pontuação total máxima possível de ser obtida, ou seja, possui pouca representatividade. Dito isso, pode-se considerar exagerada uma impugnação que tenha por argumento que a questão da bonificação possa afastar licitantes e prejudicar a competição.

Por sua vez, a legislação aplicável não veda o estabelecimento de critérios de diferenciação entre os licitantes para os fins de julgamento das propostas apresentadas, desde que estas sejam compatíveis com as finalidades públicas perseguidas com a contratação. Vejamos o referido art. 3º, § 1º, I da Lei Federal 8.666/1993 que estabelece que:

“Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da

vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991;”

O referido dispositivo não pode ser lido e interpretado de uma maneira descontextualizada, no sentido de que não seria admitida na legislação qualquer forma de diferenciação entre particulares, mas sim de forma sistêmica, por meio do reconhecimento de que são sim permitidas diferenciações, desde que presente uma finalidade pública justificável.

O entendimento acima é transposto para o campo das licitações públicas, de forma precisa, pelo Tribunal de Contas da União no Acórdão nº 1631/2007-Plenário que estabelece que a invalidade não reside na restrição em si mesma, mas na incompatibilidade dessa restrição com o objeto da licitação. Assim, o que importa saber é se a restrição é desproporcional às necessidades da Administração, ou seja, se ela atende ou não ao interesse público, este considerado sempre indisponível.

No presente caso – conforme demonstrado acima – há uma finalidade pública perseguida com a previsão de comprovação – para fins de pontuação das propostas – da realização de trabalhos no setores energéticos e elétricos, que é justamente a de assegurar a qualidade e a pertinência do conhecimento da empresa responsável pelo desenvolvimento dos serviços, de complexidade e dotados de características específicas dos setores energéticos e elétricos.

Ainda, pelas observações de benchmark nacional, constatou-se que o mecanismo adotado pelo Município de Porto Alegre em termos de pontuação extra, está aderente com a realidade de outras licitações no país, e que se encontram homologadas.

Diante dessa verificação, conclui-se que o critério questionado será mantido.”

h) DO PROTOCOLO DO PEDIDO DE IMPUGNAÇÃO AO EDITAL SOMENTE EM ENDEREÇO ESTABELECIDO NO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO

A interpretação dada pela impugnante é restritiva e se apegua a formalismo excessivo.

Veja-se que o próprio item 3 do edital cita endereço de e-mail, sendo, inclusive o meio pelo qual a presente impugnação foi recebida, sem prejuízo de sua análise.

Ainda, há possibilidade de vista do processo, que é eletrônico, através de pedido encaminhado através de e-mail.

Não há, portanto, nenhuma restrição para acesso aos autos ou interposição de impugnação.

Diante de todo o acima exposto, a Comissão **INDEFERE** a impugnação interposta por **11E Consultoria e Treinamentos Ltda – ME**, CNPJ 19.747.018/0001-80.



Documento assinado eletronicamente por **Leticia Novello Cezarotto, Técnico Responsável**, em 07/07/2020, às 09:48, conforme o art. 1º, III, "b", da Lei 11.419/2006, e o Decreto Municipal 18.916/2015.



Documento assinado eletronicamente por **Alessandra Bocorny de Azevedo, Técnico Responsável**, em 07/07/2020, às 09:57, conforme o art. 1º, III, "b", da Lei 11.419/2006, e o Decreto Municipal 18.916/2015.



Documento assinado eletronicamente por **Wilson Pereira Ramos, Técnico Responsável**, em 07/07/2020, às 09:57, conforme o art. 1º, III, "b", da Lei 11.419/2006, e o Decreto Municipal 18.916/2015.



A autenticidade do documento pode ser conferida no site <http://sei.procempa.com.br/autenticidade/seipmpa> informando o código verificador **10807235** e o código CRC **9E82CFA3**.