

DECISÃO DE IMPUGNAÇÃO AO EDITAL DE LICITAÇÃO CESAN

Serra, ES, 2 de julho de 2020

Processo Administrativo: 2020.010718

Referência: LCE 014/2020

Objeto: CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA EXECUÇÃO DOS SERVIÇOS RELATIVOS À MANUTENÇÃO CORRETIVA, PREVENTIVA, PREDITIVA EM EQUIPAMENTOS ELETROMECÂNICOS, DE AUTOMAÇÃO E DE INSTRUMENTAÇÃO, SERVIÇOS DE SOLDAGEM E CALDEIRARIA, SERVIÇOS DE PITOMETRIA, SERVIÇOS DE OFICINA E SERVIÇOS DE ENGENHARIA DE MANUTENÇÃO EM UNIDADES DOS SISTEMAS DE ADUÇÃO DE ÁGUA BRUTA, TRATAMENTO DE ÁGUA, ABASTECIMENTO DE ÁGUA TRATADA E DOS SISTEMAS DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO OPERADOS PELA CESAN, NO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Impugnante: Leonardo Dan Scardua

Impugnado: Edital LCE 014/2020 - Comissão Permanente de Licitação

Trata-se de impugnação ao edital LCE 014/2020 apresentada tempestivamente por Leonardo Dan Scardua, em face dos termos do edital, que não permite a participação de consórcios no certame.

DOS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

Uma vez preenchidos os pressupostos objetivos e subjetivos, a Comissão Permanente de Licitação conhece da impugnação.

DA IMPUGNAÇÃO

Afirma o impugnante que, em licitação pretérita, com mesmo objeto, foi permitida a participação de empresas em consórcio; que no novo edital para contratação do mesmo objeto, LCE 014/2020, foi vedada a participação de empresas em consórcio; que a vedação da participação de empresas em consórcio reduz a competitividade, podendo restar

comprometida a melhor contratação. Requer, ao final, o provimento da impugnação, para que seja permitida a participação de empresas em consórcios, bem como a devolução integral do prazo.

DA ANÁLISE DA IMPUGNAÇÃO

A impugnação ao edital está prevista no art. 42, do Regulamento de Licitações da CESAN e no edital.

Sabemos que o edital deve admitir ou não a participação de empresas em consórcio, Trata-se de escolha discricionária da estatal. Sobre esse assunto, Marçal Justen Filho leciona com propriedade em sua obra “Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos” 12^a edição:

“Admitir ou negar a participação de consórcios é o resultado de um processo de avaliação da realidade do mercado em face ao 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 a decisão a exercitada em virtude da competência discricionária, admite-se controle relativamente à compatibilidade ente os motivos e a realidade e no tocante à adequação proporcional entre os meios e os resultados pretendidos”.

É evidente que a questão sob análise não significa autorização para decisões arbitrárias ou imotivadas por parte da estatal. Por isso, a área técnica justificou nos autos que na presente licitação não seria possível a participação de empresas em consórcio, uma vez que a permissão, pela estatal, de participação de empresas em consórcios não representa, por si só, garantia de ampliação de competitividade, ao contrário, pode acarretar, em muitos casos, efeitos danosos à concorrência, na medida em que as empresas associadas deixariam de competir entre si. Nesse sentido, merece destaque o posicionamento de Jessé Torres Pereira Junior, o qual, fazendo menção ao entendimento do Tribunal de Contas de União sobre a matéria, leciona:

“Ademais, a participação de consócios em torneios licitatórios não garante aumento de competitividade, consoante arestos do relatório e voto que impulsionaram o Acórdão nº 2.813/2004-1^a Câmara, que reproduz: “O art. 33 da Lei de Licitações expressamente atribui à Administração a prerrogativa de

admitir a participação de consórcios. Está, portanto, no âmbito da discricionariedade da Administração. Isto porque a formação de consórcios tanto pode se prestar para fomentar a concorrência (consórcio de empresas menores que, de outra forma, não participariam do certame), quanto cerceá-la (associação de empresas que, em caso contrário, concorreriam entre si) (...) vemos que é praticamente comum a não aceitação de consórcios (...)” (Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública”. 7ª edição. Ed. Renovar. 2007. Páginas 442 a 443.)

Ainda sobre o assunto, segue acórdão da lavra da Eminente Ministra Ana Arraes, do Tribunal de Contas da União:

“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”. (Tribunal de Contas da União, Acórdão 2.831/2012, Plenário, Rel. Min. Ana Arraes).

Vale trazer ainda a colação o Acórdão TCU nº 1.240/08-Plenário:

“A regra, no procedimento licitatório, é a participação de empresas individualmente em disputa umas com as outras, permitindo-se a união de esforços quando questões de alta complexidade e de relevante vulto impeçam a participação isolada de empresas com condições de, sozinhas, atenderem todos os requisitos de habilitação exigidos no edital, casos em que a participação em consórcio ampliaria o leque de concorrentes. A Lei deixa à discricionariedade administrativa a decisão de permitir a participação no certame de empresas em consórcio, porém ao ser permitida a administração deverá observar as disposições contidas no art. 33, da Lei nº 8.666/1993, não podendo estabelecer condições não previstas expressamente na Lei, mormente quando restritivas ao caráter competitivo da licitação. (...)”

Os acórdãos 1.094/2004-TCU e 1.165/2012-TCU, do Plenário, são no sentido de que a formação de consórcios, como regra geral, deve ser admitida na licitação quando

envolve questões de alta complexidade ou de relevante vulto, em que empresas, isoladamente, não teriam condições de suprir os requisitos de habilitação do edital, ficando o administrador obrigado a prever a participação de consórcios no certame com vistas à ampliação da competitividade e a obtenção da proposta mais vantajosa:

“33. À vista do disposto no art. 32 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. Em diversas oportunidades, esta Corte considerou legal a disposição editalícia que impedia a participação de consórcio em licitação, como nos Acórdãos do Plenário nºs 312/2003 e 1454/2003. Já em outras ocasiões, tal proibição foi considerada restritiva da competitividade, mencionando-se, a exemplo, a Decisão 82/2001 - Plenário e o Acórdão 310/2004 - Plenário. O motivo dessa aparente discrepância de entendimentos assenta-se no fato de que o juízo acerca da possibilidade de tal proibição restringir a competitividade depende de cada situação específica. Há casos, como assinalado por Marçal Justen Filho na obra citada no item 23 acima, em que a formação de consórcios ‘poderia reduzir o universo da disputa’. Outros há em que ‘as dimensões e a complexidade do objeto ou as circunstâncias concretas’ fazem com que a associação amplie a competitividade do certame.

34. No processo que ora se discute, não há como aferir se a vedação aos consórcios afetou, por si só, a competitividade da licitação, tendo em vista que foram constatadas diversas outras disposições do edital que potencialmente prejudicam a competição. Embora o parcelamento do objeto já tenha o condão de propiciar ampliação do universo de licitantes, a participação de consórcios pode acarretar vantagens competitivas para a Administração em face da complexidade técnica da contratação. Assim, entendo que, quando do exame de mérito, deverá ser analisada a possibilidade de expedir recomendação à CGSG/MDIC para que verifique a viabilidade de incluir, no edital, permissão à participação de consórcios em certames semelhantes.’

Ao se pronunciar sobre esse assunto, a Setec manifestou em seu parecer que a possibilidade de participação de empresas reunidas em consórcio não se justifica caso sejam eliminadas do edital as deficiências que frustam o caráter competitivo do certame.

Concordamos com o entendimento da Setec. Eliminando-se do processo licitatório os aspectos que prejudicam a competitividade e mantendo-se os demais aspectos que favorecem a concorrência, a exemplo do parcelamento do objeto em vários itens, não há de se ter, a princípio, como necessária a previsão

de participação de consórcios. De qualquer forma, isso não impede que o Tribunal venha a efetuar recomendação aos gestores para que estes, em licitações como a ora analisada, providenciem estudos no sentido de verificar a viabilidade de se incluir, nos instrumentos convocatórios, a possibilidade de participação de empresas consorciadas, de forma a propiciar a ampliação da concorrência e possibilitar a obtenção da proposta mais vantajosa para a **Administração**” (Acórdão 1094/2004 – PLENÁRIO. Relator Min. AUGUSTO SHERMAN. Processo 003.674/2004-3).

Pois bem. Após recebida pela CPL, a impugnação foi encaminhada para a unidade demandante da licitação, que assim se manifestou:

“Diante dos apontamentos desta augusta Comissão, aliada às argumentações do proponente, entendemos ser pertinente a participação de consórcio visando aumentar a competitividade do certame. Assim, peço o apoio à CPL em emitir Carta Circular visando retificar a LCE 014/2020 e seus anexos para que seja permitida esta modalidade.”

Assim sendo, considerando o novo posicionamento da área demandante da licitação, que entendeu pela pluralidade de assuntos demandados no objeto licitado, que envolve equipamentos eletromecânicos, de automação e de instrumentação, serviços de soldagem e caldeiraria, serviços de pitometria, serviços de oficina e serviços de engenharia de manutenção em unidades dos sistemas de adução de água bruta, tratamento de água, abastecimento de água tratada e dos sistemas de esgotamento, aliado ao valor econômico envolvido na licitação, houve por bem dar provimento a este item passando a ser admitida a formação de consórcio, em prol da ampliação da competitividade e da obtenção da proposta mais vantajosa.

Portanto, ficou demonstrada a justificativa inicial para vedação da participação de empresas reunidas em consórcio. Mas também, por outro prisma, a área demandante entendeu por bem dar provimento ao pedido, razão pela qual a CPL acata o pedido de revisão do edital, com possibilidade de participação de consórcios de empresas.

DECISÃO

Diante do exposto, a Comissão Permanente de Licitação dá provimento a

impugnação, promovendo a adequação do edital através de carta circular com as regras para participação de empresas em consórcio, devolvendo o prazo inicial.

Robério Lamas da Silva
Presidente da Comissão Permanente de
Licitação

Marco Aurélio Alves Reis
Membro da Comissão Permanente de
Licitação

Rosangela Subtil Cavalcante
Membro da Comissão Permanente de
Licitação

Roberto Felix de Almeida Junior
Membro da Comissão Permanente de
Licitação

Stênio Santos Sales
Membro da Comissão Permanente de
Licitação