

## **CONSÓRCIO INTERMUNICIPAL MULTIFINALITÁRIO DOS MUNICÍPIOS DA AMAVI - CIM-AMAVI**

### **EDITAL DE CONCORRÊNCIA PÚBLICA Nº 01/2013**

#### **RESPOSTA À IMPUGNAÇÃO**

O Presidente da Comissão Permanente de Licitações do Consórcio Intermunicipal Multifinalitário dos Municípios da Amavi - CIM-AMAVI, no uso de suas atribuições legais, apresenta resposta à impugnação a seguir identificada, sobre o Edital em epígrafe, nos seguintes termos:

**COOPERATIVA DE ELETRIFICAÇÃO RURAL DO VALE DO ITAJAÍ LTDA**, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF nº 83.148.411/0001-56, com sede à Rua XV de Novembro, 871, Centro, Rio do Sul/SC, apresentou impugnação ao Edital de Concorrência Pública nº 01/2013.

Em sua peça impugnatória aduz que a proibição de participação de empresas em consórcio contida no Edital não condiz com o objetivo maior da licitação, que é o de propiciar a busca pelo menor preço, com uma maior participação de possíveis licitantes, propiciando que a execução dos serviços seja mais eficiente, ágil e rápida.

Argumenta ainda que referida limitação viola também o princípio da impessoalidade no sentido de que afasta do certame empresas de menor porte e que o consórcio de empresas facilitaria a locomoção de veículos e funcionários, agilizando a consecução dos serviços, conforme os locais em que serão realizados.

Por fim, requer sejam acatados os termos da impugnação, retirando-se do Edital a proibição de participação de empresas em consórcios, alterando-o e republicando-o.

#### **DA ANÁLISE**

Feito o breve relato, sendo a impugnação tempestiva e atendidos os pressupostos de aceitabilidade, prossegue-se à análise meritória do suscitado pela impugnante.

Pretende a impugnante a alteração do Edital para retirar de seu bojo a proibição de participação de empresas consorciadas, nos termos do relato supra.

Não procede, porém, o inconformismo da impugnante, eis que é assente na doutrina e jurisprudência pátrias que a admissibilidade de empresas em consórcio circunscreve-se no âmbito do poder discricionário da Administração Pública, não configurando obrigação legalmente estabelecida.

É o que se depreende inclusive do *caput* do artigo 33 da Lei 8.666/93:

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

Trata-se portanto de escolha discricionária do ente licitante que, avaliadas as circunstâncias de cada caso, decidirá pela participação ou não de empresas consorciadas, como ocorreu no caso do Edital em epígrafe, consoante item 13.8 que remete à justificativa constante do item 4 do Termo de Referência, assim delineado:

“4.4. Não será permitida a participação de empresas em consórcio.

Obs.: Todos os serviços de que tratam a presente contratação possuem uma única característica: manutenção de iluminação pública, não havendo a necessidade de serviços de complexidades distintas entre si ou que exijam equipamentos ou pessoal diferenciados, dispensando totalmente a necessidade de subcontratação ou de empresas consorciadas.”

Assim, a contratação caracteriza-se unicamente pela manutenção de iluminação pública, não exigindo múltiplas especialidades, tampouco investimentos de grande monta a ponto de dificultar a sua execução, até porque o vencedor poderá locar equipamentos e instalações.

Além disso, a permissão de participação de empresas em consórcios não garante necessariamente a ampliação de competitividade, ao contrário, pode acarretar efeitos danosos à concorrência na medida em que as empresas associadas deixariam de competir entre si.

Neste sentido a lição de Marçal Justen Filho:

“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 risco da dominação do mercado, através de pactos de eliminação de competição entre os 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 a competição.** Mas o consórcio também pode pretar-se a resultados positivos e compatíveis com a ordem jurídica. Há hipótese em que as circunstâncias do mercado e (ou) a complexidade do objeto tornam problemática a competição. Isso se passa quando grande quantidade de empresas, isoladamente, não

dispuserem de condições para participar da licitação. Nesse caso, o instituto do consórcio é a via adequada para propiciar ampliação do universo de licitantes. É usual que a Administração Pública apenas autorize a participação de empresas em consórcio quando as dimensões e a complexidade do objeto ou as circunstâncias concretas exijam a associação entre os particulares. São as hipóteses em que apenas umas poucas empresas estariam aptas a preencher as condições especiais exigidas para a licitação.” (g.n.)(*in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 11ª edição, Dialética, São Paulo, 2005. p. 359-360*)

No caso em exame, não há escassez de empresas que prestam os serviços objeto do certame, tampouco é gravado de complexidade que torne problemática a competição, sendo desnecessário o consorciamento entre empresas, que poderia ainda prejudicar a conquista da conjugação do menor preço e do melhor serviço, assim como a fiscalização, cobrança e execução contratual.

Aliás, inúmeras empresas já demonstraram interesse em participar deste certame, assim como ocorreu no último processo licitatório realizado pelo CIM-AMAVI, com objeto da mesma envergadura, do qual a impugnante também participou e igualmente não havia autorização para participação de empresas em consórcio.

Igualmente assinala a jurisprudência do Tribunal de Justiça do nosso Estado:

“APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA - LICITAÇÃO - CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE - AUSÊNCIA DE IRREGULARIDADES NO EDITAL N. 000036/2004 - **POSSIBILIDADE DE PREVISÃO ACERCA DA IMPOSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO DE CONSÓRCIO DE EMPRESAS - DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO** - INEXISTÊNCIA DE ÓBICE À CONTRATAÇÃO DE TRANSPORTE PÚBLICO SELETIVO, DESDE QUÊ RESPEITADAS AS REGRAS DE LICITAÇÃO - DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO EVIDENCIADO - SEGURANÇA DENEGADA - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO NÃO PROVIDO.” (TJSC, Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2008.062965-3, de Timbó, rel. Des. Wilson Augusto do Nascimento, j. 21-09-2010).

Do corpo do acórdão se extrai:

“Desta forma, conclui-se que a participação de empresas consorciadas não constitui imposição, podendo a Administração Pública entender pela limitação à participação destas entidades, em razão de sua própria natureza, como bem expôs em seu parecer o representante da douta Procuradoria-Geral de Justiça:

Na realidade, o consórcio, em regra, consubstancia uma forma potencial de dominação de mercado e, conseqüentemente, de eliminação de competição entre empresários. Sendo assim, à Administração cabe admiti-lo tão apenas quando o objeto licitado reclame a associação empresarial, seja por sua dimensão, seja por sua complexidade, o que não se verifica na concorrência sob análise procedida na Municipalidade de Timbó (fl. 284).” (g.n.)

“AÇÃO POPULAR. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. LICITAÇÃO DE EQUIPAMENTOS DE TELEMÁTICA. ALEGAÇÃO DE DIRECIONAMENTO DO CERTAME. INEXISTÊNCIA. **PROIBIÇÃO DE CONSÓRCIO DE EMPRESAS. REGRAS DECORRENTES DA DISCRICIONARIEDADE DO ENTE PÚBLICO.** AUSÊNCIA DE PROJETO BÁSICO. OBRIGATORIEDADE RESTRITA À PROJETOS DE OBRAS DE ENGENHARIA. ALEGAÇÃO DE SUPERFATURAMENTO. INOCORRÊNCIA. NÃO HÁ COGITAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA SE O MAGISTRADO, AO PROFERIR A SENTENÇA, DISPUNHA DE ELEMENTOS SUFICIENTES PARA DIRIMIR A LIDE. NÃO CABE AO PODER JUDICIÁRIO INGRESSAR NA ANÁLISE MERITUAL AFETA À DISCRICIONARIEDADE DO ATO, SOBRETUDO QUANDO DO SEU EXERCÍCIO NÃO SE VISLUMBRA ILEGALIDADE OU AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE.” (AI N. 2007.021539-6, DA CAPITAL, REL. DES. LUIZ CÉZAR MEDEIROS, J. 10.9.2007). A PARTICIPAÇÃO EM CONSÓRCIO SÓ É POSSÍVEL SE O ESTADO A ADMITIR. O PROJETO BÁSICO É ITEM OBRIGATÓRIO PARA O PROCEDIMENTO LICITATÓRIO APENAS QUANDO SE TRATAR DE OBRAS E ENGENHARIA. (TJSC, Apelação Cível n. 2008.052310-0, de Rio do Sul, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. 04-08-2009).

Do corpo do acórdão:

“2.2. Quanto a proibição de consórcio de empresas como fator de restrição ao caráter competitivo do processo licitatório. Os apelantes afirmam que a proibição de consórcio ocasionou restrição à participação no certame por outras empresas. Não assiste razão aos apelantes. Os apelantes argumentam que a proibição do consórcio de empresas restringiria o universo de sociedades aptas a participar do certame, e que o juízo monocrático ao julgar tal assertiva entendeu adequada tal proibição (fls. 2101-2103). Ocorre, de fato, que a Administração Pública optou por não permitir a realização de consórcio para o serviço licitado e, conforme a legislação administrativa pertinente, **não havia**

**obrigação para adotar-se o consórcio; ao contrário o §1º do artigo 23 da Lei 8.666/93 aponta larga margem de discricionariedade, para que o administrador realize a melhor opção.**

"Artigo 23º *in omissis*."

§1º As obras, serviços e compras efetuadas pela Administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala."

Sobre o assunto o Professor Toshio Mukai é peremptório:

**"A participação em consórcio só é possível se o Estado a admitir."** (*Licitações e Contratos Públicos*, 7ª ed. Saraiva, p.95)

Portanto, não merece reparo a sentença neste tocante quando corretamente frisou:

"Diga-se também, que no sistema integrado, uma única empresa se obriga à assistência técnica e à manutenção de todos os *softwares*, o que evita que a Administração tenha que responsabilizar ora uma, ora outra empresa pelos problemas que vão surgindo no decorrer da utilização dos programas, caso o responsável pelo consórcio eventualmente não atenda a contento com suas obrigações de liderança." (fl. 2039)

**Mais uma vez, trata-se de decisão discricionária do administrador, não havendo ilegalidade alguma nesse ponto a macular o ato administrativo questionado.** A justificativa do Município de Rio do Sul é lógica e razoável quando afirma que é mais econômico e conveniente ao ente público, em serviços como os licitados, contratar apenas um prestador de serviços estabelecendo um vínculo comercial muito mais claro e de fácil trato. "

Igualmente posiciona-se o Tribunal de Contas da União e o Tribunal de Justiça de São Paulo:

“REPRESENTAÇÃO – PEDIDO DE SUSPENSÃO CAUTELAR DE LICITAÇÃO DA INFRAERO – INDÍCIOS DE IRREGULARIDADE NA CONCORRÊNCIA PARA CONSTRUÇÃO DE TERMINAL DE CARGAS NO AEROPORTO INTERNACIONAL DE PORTO ALEGRE – LICITAÇÃO SUSPensa PELA ENTIDADE – AUSÊNCIA DE PERICULUM IN MORA – CONHECIMENTO – DESCABIMENTO DE MEDIDA CAUTELAR – PROCEDÊNCIA PARCIAL – MATÉRIA EM EXAME NO TC 008.260/2008-1 – DETERMINAÇÕES – APENSAMENTO – 1- É vedada a imposição de limite para a quantidade de atestados ou de certidões de execução de serviços para fins de comprovação de qualificação técnica dos licitantes quando o seu

objetivo for, tão-somente, verificar se os empreendimentos anteriormente realizados pela licitante têm dimensão semelhante à do objeto do certame, excetuada a hipótese em que tal limitação tenha por finalidade única e exclusiva garantir que a empresa contratada detenha o conhecimento técnico e a capacidade operacional inerentes à metodologia construtiva a ser aplicada. 2- **A lei deixa à discricionariedade administrativa a decisão de permitir a participação no certame de empresas em consórcio**, porém ao permiti-la 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. 3- A exigência acerca da Anotação de Responsabilidade Técnica deve respeitar os termos da resolução Confea nº 1.023/2008. 4. A composição dos custos unitários expressos em planilha orçamentária é indispensável, nos termos do art. 7º, § 2º, da Lei nº 8.666/1993. 5- A revisão dos preços contratuais deve obedecer aos critérios previstos no edital, os quais devem se coadunar com o art. 55, inciso III, da lei nº 8.666/1993 e com os artigos 2º e 3º da lei nº 10.192/2001.” (TCU – Proc. 011.456/2008-1 – (AC-1240-25/08) – Rel. André Luís de Carvalho – DOU 30.06.2008)

**“CONSÓRCIO DE EMPRESAS – PARTICIPAÇÃO EM LICITAÇÃO – VEDAÇÃO – POSSIBILIDADE** – “Relatório de auditoria. Conhecimento das representações juntadas ao presente processo. Procedência parcial. Determinação ao Ministério da Integração Nacional. Arquivamento.” (TCU – Ac. 1165/2012 – TC 037.773/2011-9 – Plenário – Rel. Min. Raimundo Carreiro – 16.05.2012)

**“LICITAÇÃO – PROIBIÇÃO DE CONSÓRCIO – POSSIBILIDADE – DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA** – “Mandado de segurança. Licitação. Prédio escolar. Construção, fornecimento, instalação e manutenção de elevador. Exigências. Proibição de consórcio de empresas e comprovação.” (TJSP – AC 9101434-06.2005.8.26.0000 – 4ª CDPúb. – Relª Desª Ana Luiza Liarte – DJe 19.06.2010)

Apregoa-se portanto a discricionariedade da administração quanto a permissão ou não de que empresas participem de licitação de forma consorciada.

## **DA DECISÃO**

Pelas razões aduzidas, **INDEFIRO** a impugnação, para manter o Edital nos exatos termos em que publicado. É como decido.

Rio do Sul, 06 de novembro de 2013.



**Valmir Batista**  
**Presidente da Comissão Permanente de Licitações**