

Ofício SEINFRA/SUBREG nº. 144/2024

Belo Horizonte, 07 de agosto de 2024.

Rua ***

Assunto: Impugnação ao Edital de Concorrência Presencial nº 1301017 000012/2024 (92460785)

Referência: [Caso responda este Ofício, indicar expressamente o Processo nº 1300.01.0002591/2024-93].

Prezados,

Em atenção ao pedido de impugnação ao Edital de Concorrência Presencial nº 1301017 000012/2024 ([92460785](#)), declaramos a solicitação improcedente, considerando os argumentos expostos pela área técnica no Memorando.DER/CONCESSÕES.nº 95/2024 ([94436631](#)).

Atenciosamente,

José Barreto de Andrade Neto

Subsecretário de Regulação de Transportes

Para: José Barreto de Andrade Neto

Subsecretário de Regulação e Transportes

Assunto: Solicitação de análise e emissão de parecer

Referência: [Caso responda este documento, indicar expressamente o Processo nº 1300.01.0002591/2024-93].

Senhor Subsecretário,

ANÁLISE TÉCNICA DA IMPUGNAÇÃO

Os autos do processo SEI 1300.01.0002591/2024-93 foram encaminhados a esta *Subsecretaria de Regulação de Transportes* para análise da impugnação ao Edital de Concorrência Presencial nº 1301017 000012/2024 (92460785), interposta por ***, alegando suposta imposição ilegal quanto à vedação de participação de empresas organizadas em consórcio, alegando existir restrição indevida ao caráter competitivo do certame, requerendo, por conta disso, a reforma do Termo de Referência.

A impugnação é tempestiva, vez que apresentada dentro do prazo legal a que alude o artigo 164 da Lei nº 14.133/2021

Art. 164. Qualquer pessoa é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei ou para solicitar esclarecimento sobre os seus termos, devendo protocolar o pedido até 3 (três) dias úteis antes da data de abertura do certame.

Parágrafo único. A resposta à impugnação ou ao pedido de esclarecimento será divulgada em sítio eletrônico oficial no prazo de até 3 (três) dias úteis, limitado ao último dia útil anterior à data da abertura do certame.

II – DOS ARGUMENTOS DA IMPUGNANTE

De início, percebe-se que a impugnante é uma Sociedade de Advogados, não obstante, qualquer pessoa é parte legítima para impugnar um edital de licitação ou para solicitar esclarecimentos sobre os seus termos, como indica o artigo 164.

Dito isso, alega a impugnante que o edital possuiria diversos indícios de irregularidade, consubstanciados na imposição constante do item 4.1.1 do Anexo I – Termo de Referência, que veda a participação de empresas organizadas em consórcio:

“4.1.1. Não será permitida a participação de empresas reunidas em consórcio, devido à baixa complexidade do objeto a ser adquirido, considerando que as empresas que atuam no mercado têm condições de prestar os serviços de forma independente.”

Argumenta a impugnante que “a Lei Federal nº 14.133/2021, que rege o presente certame, traz como regra a possibilidade de participação de empresas em Consórcio no certame, salvo vedação devidamente justificada (art. 15, caput).”

E esclarece:

Não se desconhece que a decisão de vedar a participação de consórcio em licitação insere-se na esfera de discricionariedade do gestor. “Tal opção, contudo, demanda a explicitação de justificativas técnicas e econômicas robustas que a respaldem (TCU - Acórdão 2831/2012-Plenário)”.

Na espécie, o motivo apresentado, além de ser demasiadamente genérico, não é suficiente pra embasar o impedimento, pois se limita a apontar uma suposta baixa complexidade do objeto, o que certamente não se amolda no presente caso, dadas as especificidades dos serviços que se pretende contratar. Vejamos.

8. A licitação tem por objeto a “a contratação de natureza continuada na modalidade empreitada por preços unitários dos serviços de Supervisão Geral, Monitoramento dos Parâmetros de Desempenho, Avaliação e Análise de Projetos, da exploração mediante Concessão, dos trechos rodoviários” contemplados nos lotes 1 (MG-050) e 2 (VIAS DO CAFÉ). Esses serviços foram destacados na Cláusula Primeira do Termo de Referência da seguinte forma: - SUPERVISÃO GERAL do desempenho da Concessionária, no que tange às obras e serviços de apoio à fiscalização da SEINFRA/MG e do DER/MG do contrato de exploração, mediante a modalidade de Concessão das rodovias abaixo citadas; - Serviços de MONITORAMENTO E APURAÇÃO DOS PARÂMETROS DE DESEMPENHO, para que possam ser avaliadas as informações de desempenho das Concessionárias; - AVALIAÇÃO E ANÁLISE DOS PROJETOS E DEMAIS SOLUÇÕES previstas pela Concessionária para intervenções nas rodovias com o objetivo de verificar o atendimento das obrigações definidas pelo Contrato de Concessão.

9. Com efeito, nos termos do item 3.2.1 do Edital, o objetivo da SEINFRA é contratar uma empresa de consultoria especializada em engenharia rodoviária para executar serviços continuados de supervisão, monitoramento, avaliação e análise de projetos de trechos rodoviários concedidos por 30 (trinta) anos.

10. A empresa deverá comprovar experiência na Elaboração de Projetos de (1) Implantação de Rodovias, (2) Restauração com Melhoramentos ou (3) Duplicação com Restauração de Rodovia. Além disso, deverá comprovar experiência em (1) Supervisão de apoio à fiscalização em Obras de Implantação de Rodovias; (2) Supervisão de apoio à fiscalização em Obras de Restauração com Melhoramentos ou (3) Supervisão de apoio à fiscalização em obras de Duplicação de Rodovias com Restauração e, por fim; (4) Supervisão de apoio à fiscalização de Rodovias em regime de Concessão.

11. No que tange à comprovação dos serviços de Supervisão de Rodovias em regime de concessão, a licitante deverá fazer a comprovação não só dos serviços prestados, mas também que a execução se deu por um período mínimo de 48 (quarenta e oito) meses.

12. Por sua vez, a equipe técnica deverá ser composta por profissionais da engenharia civil com experiência comprovada nas áreas já descritas e também em consultoria de serviços de Geometria, Pavimentação e Projetos de Estruturas e Obras de Arte Especiais. Igualmente, no caso dos

profissionais que deverão comprovar a Supervisão de Rodovias em Regime de Concessão, aplica-se o prazo mínimo de 48 (quarenta e oito) meses de tempo de trabalho.

13. Como se vê, a vedação imposta pelo Edital, baseada na suposta baixa complexidade do objeto, não reflete a realidade dos serviços demandados. A especialidade desses serviços, que vai desde a elaboração de projetos até a supervisão de apoio à fiscalização indica uma complexidade substancial, exigindo verdadeira expertise fora do padrão de mercado.

14. Pelo nicho, notadamente que esses serviços são realizados por empresas altamente especializadas. E mesmo neste caso, nem todas elas possuem larga experiência em todos os aspectos que envolvem o objeto da presente licitação e que estão sendo exigidos para fins de comprovação da capacidade técnica, principalmente em se tratando de tempo mínimo de atuação em determinados tipos de projeto, a exemplo da Supervisão de apoio à fiscalização de Rodovias em regime de concessão.

15. Não obstante, empresas que prestam serviços de engenharia consultiva não necessariamente são projetistas e vice versa. Isso se dá pela própria natureza dos serviços, que não permite uma exploração ampla pelo mercado, dada a existência de variados fatores limitantes, como a necessidade de grande aporte de capital, infraestrutura, equipamentos de última geração, profissionais altamente especializados, dentre outras questões que inviabilizam que uma única empresa consiga executar sozinha todos esses tipos de serviços reunidos, o que evidencia a viabilidade de participação de empresas em consórcio na presente licitação.

16. Ainda, não se pode perder de vista o prazo da contratação e sua vultuosidade econômica, que são fatores importantes a serem considerados no momento de definir a possibilidade ou impossibilidade de participação de empresas em consórcio, principalmente porque a opção pela vedação, em regra, restringe a competitividade, conforme já definido pelo Tribunal de Contas da União: [...]

17. Permitir a participação de consórcios amplia o leque de recursos técnicos e especializados disponíveis para a execução dos trabalhos. Os consórcios podem reunir empresas e profissionais com experiências complementares, garantindo uma abordagem abrangente e robusta para atender às necessidades do órgão contratante, contribuindo significativamente para a mitigação de riscos e a otimização de recursos.

18. Como pontuado no próprio Edital, a supervisão contínua serve justamente para garantir que os padrões de qualidade e segurança sejam mantidos ao longo de toda a concessão, na medida em que parâmetros de desempenho precisam ser monitorados de maneira consistente para garantir que a concessionária cumpra com as suas obrigações contratuais. [...]

20. E aqui, indaga-se: qual a razão ou fundamento de a Administração insistir na proibição da participação de empresas em consórcio, o que, obviamente, pode oportunizar a participação de mais empresas no certame, sendo que atualmente não se é capaz de assegurar uma grande participação na licitação de empresas individualmente?

[...]

29. Não há justificativa plausível para a manutenção da vedação nesse certame! A própria SEINFRA hoje gere contratos que tem exatamente o mesmo objeto, porém, contemplando trechos distintos, cuja licitação autorizou a participação de empresas em Consórcio.

30. Trata-se da licitação realizada pelo DER - DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM DO ESTADO DE MINAS GERAIS, Edital nº 035/2023 (Processo SEI nº 2300.01.0046769/2023-10), tendo por objeto a “Contratação, de natureza continuada, de empresa para prestação de serviços SUPERVISÃO GERAL, MONITORAMENTO DOS INDICADORES DE DESEMPENHO E AVALIAÇÃO DOS PROJETOS, das explorações mediante concessão OUTORGADA e PATROCINADA de rodovias discriminadas abaixo”.

31. A licitação previu no item 5.2 o seguinte: “Visando promover o certame de maior competitividade, será permitida a participação de empresas organizadas em Consórcio”.

33. Se hoje a SEINFRA é detentora de contratos que possuem o mesmo objeto da presente licitação – ressalte-se, para trechos distintos – decorrentes de uma licitação que autorizou a participação de empresas em Consórcio, não há motivo para estabelecer esse impedimento no certame em comento.

III – DA VEDAÇÃO À PARTICIPAÇÃO E DE SEUS MOTIVOS

Como demonstrado, insurge a impugnante contra o item 4.1.1 do Anexo I – Termo de Referência, que integra o edital para todos os efeitos e que veda a participação no certame de empresas organizadas em consórcio, sob o argumento de que tal exigência viola a lei e os princípios que regem o procedimento licitatório, notadamente da competitividade e contratação mais vantajosa.

Contudo, não lhe assiste razão, como será demonstrado adiante.

III.1 – DA MOTIVAÇÃO DO ATO E DA NECESSIDADE DA VEDAÇÃO PARA O CASO CONCRETO

De início, é preciso ressaltar que não procede qualquer tentativa da impugnante de sugerir uma ausência da devida motivação do ato administrativo ou ausência de compatibilidade da decisão com a realidade do objeto licitado.

Conta da instrução do processo, no Termo de Referência, que autoridade estabeleceu de forma clara e objetiva os motivos que levaram a não autorizar a participação de empresas em consórcio.

“4.1.1. Não será permitida a participação de empresas reunidas em consórcio, devido à baixa complexidade do objeto a ser adquirido, considerando que as empresas que atuam no mercado têm condições de prestar os serviços de forma independente.”

Note-se que a motivação da decisão de não admissão no procedimento licitatório de empresas em consórcio tem relevantes motivos, todos amparados no **interesse público** e nos **princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, eficiência** e na **busca pela ampliação da competitividade do certame, assegurando que todos os interessados possam participar do processo de forma justa**, evitando favorecimentos e atos prejudiciais de terceiros durante o processo.

Nesse sentido, tendo-se em conta que como **já existem empresas aptas no mercado disponíveis para execução deste objeto, o consórcio poderia gerar um cartel, limitando uma ampla e efetiva concorrência.**

Isso porque empresas, até então concorrentes, poderiam se associar de modo a evitar que demais licitantes participem com reais condições de vencerem o certame:

“O consórcio constitui a principal modalidade de cartelização de atividades setoriais. [...] o consórcio pode objetivar a constituição de um monopólio coletivo. Este se constitui pela regulamentação associativa da conduta mercadológica de empresas até então concorrentes.[...] Caracterizam-se os cartéis ilícitos pela sua finalidade de entrave ou eliminação da concorrência. (CAVALHOSA Modesto. Comentários à Lei de Sociedades Anônimas, 4º vol., São Paulo. Saraiva. p. 393.)

A propósito, tal preocupação já constou no Voto do Relator no Acórdão Plenário / TCU nº 793/2003, quando, além de também apresentar os riscos da cartelização, **afirmou que a admissão de consórcios tornar-se-á recomendada quando uma “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”, o que não o caso dos autos e do objeto a ser contratado, que não é único, “sui generis”/específico, sendo a todo momento contratado por órgãos e entes municipais, estaduais e federais**, uma vez que a malha rodoviária brasileira é inequivocamente extensa, necessitando de serviços similares há vários anos, de modo que **o mercado, também há tempos, já demonstrou estar plenamente preparado para tais certames:**

“No campo das 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 prestar-se a resultados positivos e compatíveis com a ordem jurídica. Há hipóteses 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.”

No caso do objeto a ser contratado, **embora a impugnante discorde ou apenas desconheça, existe uma grande quantidade de empresas aptas a isoladamente disputarem o certame, com reais condições de concorrerem entre si, o que se mostra vantajoso para a Administração – e para as próprias licitantes.**

Nesse diapasão, é evidente que a Administração Pública, ao contrário do que tentar demonstrar o Impugnante (violação de princípios), expôs e justificou criteriosamente os motivos que a levaram a proibir a participação de empresas em consórcio.

Sem qualquer dúvida, especialmente pelos motivos justificados, observa-se que são medidas de demonstram o reflexo da supremacia do interesse público, que determinam à Administração a adoção de medidas com o fim de se garantir a **supremacia do Interesse Público** (ampla e efetiva competitividade/preservação e higidez das propostas/economicidade) **sobre o privado e individual.**

Portanto, não há que se falar em restrição à competitividade.

III.2 – DA POSSIBILIDADE DE VEDAÇÃO

De plano, como apontou a impugnante, observa-se uma inversão lógica quanto a permissibilidade da participação de empresas constituídas em consórcio, vez que a Lei n. 8.666/em seu artigo 33 deixava evidente o poder discricionário da Administração Pública e não exigia maiores justificativas constantes dos autos do processo de contratação.

Contudo a redação trazida no caput artigo 15 da NLLC traz a possibilidade de participação de consórcio como uma regra, mas admite a vedação, exigindo, tão somente, justificativas nos autos do processo licitatório.

Nesse sentido, é preciso ressaltar, portanto, que não existe uma imposição quanto à obrigatoriedade de admissão do consórcio, tal como não havia anteriormente quanto à vedação.

Os tribunais pátrios sempre reconheceram o continuam a reconhecer que a admissão do consórcio se encontra no campo da discricionariedade, a depender do objeto e suas características, prevalecendo até hoje o entendimento contido no Acórdão Plenário / TCU nº 793/2003, no sentido **que a admissão de consórcios tornar-se-á recomendada QUANDO uma “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.”**

Assim, diferentemente do que tenta fazer crer a impugnante, o tema já foi por diversas vezes debatido pelos órgãos de controle, ocasião em que restaram as seguintes orientações:

TCE-MG - Licitação. Consórcio. Poder discricionário. Princípio da motivação. Obras, serviços ou compras de grande vulto. 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. Boletim de jurisprudência n. 172

Denúncia TCE nº 876376, publicada em 26 de outubro de 2016, a vedação ou permissão de participação de empresas reunidas em consórcio em procedimento licitatório constitui ato discricionário do administrador público, que, no entanto, não pode se eximir de apresentar as razões da sua decisão na fase interna da licitação.

Ora, constam as devidas motivações para ato, que são calcadas em razões de interesse público, pois se almeja assegurar que **todos os interessados possam participar do processo de forma justa, evitando favorecimentos e atos prejudiciais de terceiros durante o processo (evitar os riscos de cartelização).**

Ademais, existe uma grande quantidade de empresas aptas a isoladamente disputarem o certame, com reais condições de concorrerem entre si, o que se mostra vantajoso para a Administração – e para as próprias licitantes.

Vale registrar que o próprio **Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais – TCE-MG**, ao examinar a Denúncia 1144710, de Relatoria do Eminentíssimo Conselheiro Wanderley Ávila, recentemente (08/08/2023), afirmou que “**A identificação pela Administração de diversas empresas no mercado aptas a ofertar o serviço isoladamente evidencia que a participação de consórcios não é necessária, vez que a ausência dos consórcios não significa, necessariamente, a obtenção de propostas menos vantajosa**”:

TCE-MG - DENÚNCIA. MEDIDA CAUTELAR. PREGÃO ELETRÔNICO. REGISTRO DE PREÇOS. CONSÓRCIO PÚBLICO. VEDAÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE CONSÓRCIOS. QUALIFICAÇÃO TÉCNICA. EXIGÊNCIAS EXCESSIVAS. QUANTITATIVOS MÍNIMOS E PRAZO MÁXIMO. PRESENÇA DOS REQUISITOS DO FUMUS BONI IURIS E DO

PERICULUM IN MORA. SUSPENSÃO LIMINAR DO CERTAME. DECISÃO MONOCRÁTICA REFERENDADA. 1. A reunião de empresas em consórcio é a forma pela qual as empresas potencializam mutuamente os seus atributos, adicionando esforços a fim de atingir o objetivo comum. A identificação pela Administração de diversas empresas no mercado aptas a ofertar o serviço isoladamente evidencia que a participação de consórcios não é necessária, vez que a ausência dos consórcios não significa, necessariamente, a obtenção de propostas menos vantajosa. 2. A fixação de quantidades mínimas como exigência para habilitação de empresas licitantes é lícita, sendo admitida a definição do limite de até 50%, para a demonstração de experiência anterior, em relação ao volume a ser contratado. 3. É admissível o estabelecimento, no instrumento convocatório, de quantitativos e prazos a serem comprovados nos atestados de capacidade técnico-operacional, devendo, porém, ser verificadas, em cada caso concreto, se tais exigências são pertinentes e necessárias para que a Administração tenha as garantias necessárias de que a empresa contratada possui as condições técnicas para a boa execução dos serviços. (TCE-MG - DEN: 1144710, Relator: CONS. WANDERLEY ÁVILA, Data de Julgamento: 08/08/2023)

Recomendação idêntica é a do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, onde expressamente informa que o consórcio será necessário **QUANDO ficar comprovado que “poucas empresas no mercado estão aptas a executá-lo isoladamente”**:

TCE-ES - Processo: 10332/2022-7 - A opção pela participação de empresas em consórcios encontra-se na esfera da discricionariedade administrativa, sendo necessário avaliar a conveniência e a oportunidade no caso concreto. Essa análise deve ser feita de maneira cautelosa e, se ficar constatado que em razão da complexidade do objeto, sua extensão ou outras circunstâncias, a participação de consórcios é necessária, já que poucas empresas no mercado estão aptas a executá-lo isoladamente, deve a Administração admitir a participação, em homenagem ao princípio da competitividade.

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 César 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. Pedro Manoel Abreu, Terceira Câmara de Direito Público, j. 04- 08-2009).

III.3 – INEXISTÊNCIA DE MOTIVOS QUE JUSTIFIQUEM O CONSÓRCIO – DAS VÁRIAS EMPRESAS NO MERCADO

A presente licitação visa a contratação de “*serviços de Supervisão Geral, Monitoramento dos Parâmetros de Desempenho, Avaliação e Análise de Projetos, da exploração mediante Concessão, dos trechos rodoviários*” contemplados nos lotes 1 (MG-050) e 2 (VIAS DO CAFÉ).

Embora esses serviços envolvam aspectos técnicos especializados, é importante destacar que tais exigências são amplamente conhecidas e dominadas pelo mercado.

Em síntese, os requisitos técnicos para a participação na licitação incluem a experiência em:

- Elaboração de Projetos de Implantação de Rodovias.
- Restauração com Melhoramentos.
- Duplicação com Restauração de Rodovias.

Além disso, os concorrentes devem comprovar experiência em:

- Supervisão de apoio à fiscalização em obras de implantação de rodovias.
- Supervisão de apoio à fiscalização em obras de restauração com melhoramentos.
- Supervisão de apoio à fiscalização em obras de duplicação com restauração de rodovias.
- Supervisão de apoio à fiscalização de rodovias em regime de concessão.

Tais atividades são rotineiramente contratadas por órgãos/entes municipais, estaduais e federais em razão da extensa malha rodoviária brasileira, **o que também demonstra que o mercado já está habituado e preparado para atender a tais demandas com competência e expertise.**

Isso porque a própria experiência Seinfra, aliada a adquirida pelo DER-MG comprovam que o mercado de engenharia rodoviária no Brasil é robusto, bem desenvolvido e se encontra altamente aquecido.

Há, portanto, uma quantidade significativa de empresas com vasta experiência e capacidade técnica para atender às exigências desta licitação.

Nesse cenário, os anos de experiência da Seinfra/DER-MG comprovam que as empresas têm demonstrado, ao longo dos anos, habilidade e competência para realizar projetos complexos de supervisão, monitoramento e análise de rodovias, **sem a necessidade de formar consórcios para tanto**, o que também motivou um posicionamento diferente da Administração em relação ao certame citado, onde no passado, foi admitido o consórcio.

Importante ressaltar que a Administração Pública possui a prerrogativa de rever suas decisões a qualquer tempo, com base na experiência acumulada e nos casos concretos submetidos ao seu exame.

No passado, a admissão de consórcio foi a decisão recomendada. Entretanto, atualmente, no atual cenário brasileiro e do mercado que presta os serviços do objeto, se constata que um grande número de empresas individualmente é apta e a atender às exigências do certame.

Registre-se que uma revisão contínua dos procedimentos visa conferir maior eficiência aos contratos celebrados, sendo resultado dos exames dos históricos de contratações realizadas e que indicam, aliado às peculiaridades do objeto, que o consórcio não se mostra indicado para este caso, sendo a participação de empresas isoladas uma decisão que resguardará o interesse público, ao mesmo

tempo em que também visa garantir, como já reiterado, uma efetiva e legítima participação das licitantes, evitando a perniciosa prática da cartelização.

A título ilustrativo, essa foi a decisão adotada pelo Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos, relacionado ao Edital do Pregão Eletrônico SRP nº 8/2023 – UASG 201057, contratado no âmbito da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021^[1], onde se alegou restrição à competitividade, tendo sido solicitada a revogação da cláusula que impede a participação de consórcios no edital.

Vale transcrever os argumentos apresentados pela Secretaria de Gestão e Inovação (Central de Compras), vinculada ao Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos pela **manutenção da vedação à participação de empresas organizadas em consórcio**:

[...] "Por sua vez, a área técnica demandante, considerando a natureza das alegações da impugnante, encaminhou as seguintes informações e justificativas para fundamentar a resposta do pregoeiro, as quais são transcritas a seguir:

"Em um primeiro ponto, a impugnante alega restrição da competitividade sob o argumento de que o instrumento convocatório vincularia a qualificação técnica das licitantes somente à modelagem de pontos de função, sem correspondente justificativa.

Nesse sentido, verifica-se que a impugnante assume a premissa equivocada de que somente seriam aceitos apenas contratos por pontos de função para aferição do atendimento ao item 12.5.3.d do Termo de Referência. Contudo a métrica Pontos de Função não se limita à modalidade de remuneração, pois a presente métrica é amplamente adotada, independente da modalidade de remuneração aplicada ao contrato.

Nessa toada, não há o que se falar em restrição de contratos limitadas à modalidade de remuneração baseada em Pontos de Função, pois quaisquer contratos de desenvolvimento de software que utilizem diferentes modalidades de remuneração, ao fim e ao cabo, possuem como produto final o software efetivamente implementado, e este produto é passível de aferição por meio de diferentes tipos de contagem de pontos de função, seja em sede de composição de baseline da contagem, seja em sede da contagem da aplicação adicionada ou incrementada.

Portanto, o argumento inicial da impugnante não se sustenta, uma vez que não há restrição no tipo de modalidade do contrato apresentado, mas sim a necessidade da comprovação do produto final relacionado ao serviço de desenvolvimento de software, qual seja o software entregue e aferido em termos de uma métrica de produto de software prevista no sistema brasileiro de normas técnicas.

Em segundo lugar a impugnante alega que não houve justificativa para a vedação da participação de consórcios.

Neste ponto destaca-se que consta nos autos (SEI-MGI 37352490) in verbis:

DA PARTICIPAÇÃO EM CONSÓRCIO

Com relação à participação de consórcios, entende-se que os serviços a serem contratados não exigem empresas de diferentes segmentos/capacidades reunidas para atuarem na execução dos serviços.

Os sistemas produzidos como consequência dos serviços a serem contratados são resultado de equipes, técnicas e procedimentos complementares e integrados, não havendo benefício ou necessidade de segmentação ou divisão empresarial para a realização dos serviços objeto dessa contratação.

Portanto, não será admitido consórcio de empresa, qualquer que seja sua forma de constituição.

Dessa forma, os argumentos a apresentados pela impugnante não se sustentam e por isso não devem prosperar para efeitos de retificação do presente instrumento convocatório."

3.3. A área técnica demandante, após análise do caso em questão, concluiu que os argumentos apresentados pela impugnante não possuem fundamento suficiente para justificar uma retificação do presente instrumento convocatório.

3.4. Na oportunidade, para fins de referência, ressalte-se que o Pregão Eletrônico SRP nº 8/2023 rege-se pela Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021.

4. MANIFESTAÇÃO DO PREGOEIRO

4.1. Considerando a manifestação da Equipe Técnica, que este Pregoeiro adota como embasamento para decidir, observa-se, portanto, que não há fundamento para as alegações da Impugnante no que se refere à qualificação técnica das licitantes e à vedação da participação de consórcios. A Equipe Técnica demonstrou, com base em documentos e normas técnicas, que o instrumento convocatório não restringe a competitividade, mas sim exige a comprovação do produto final relacionado ao serviço de desenvolvimento de software, conforme a métrica de pontos de função. Além disso, consta nos autos (SEI-MGI 37352490) a justificativa da Equipe Técnica para a impossibilidade de participação de consórcios, tendo em vista que os serviços contratados não exigem empresas de diferentes segmentos ou capacidades reunidas, mas sim equipes, técnicas e procedimentos complementares e integrados.

5. DECISÃO

5.1. Pelos motivos elencados, CONHEÇO da Impugnação interposta pela Licitante para, no mérito, NEGAR-LHE PROVIMENTO, mantendo-se os termos do Edital nº 8/2023 e seus Anexos.

Também o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina^[2], ao examinar edital de licitação, apontou os mesmos riscos de que o consórcio poderia não trazer vantagens para o caso concreto, ocasião em que afirmou:

ESTADO DE SANTA CATARINA

TJSC - PODER JUDICIÁRIO

PARECER

Assessoria Técnico-Jurídica

Parecer Jurídico n. 0655/GSP/2021

Unidade Requisitante: Diretoria de Engenharia e Arquitetura - DEA

Assunto: Pregão Eletrônico n. 100/2021.

Fornecimento de aparelhos de ar condicionado split, por meio do sistema de registro de preços. Aprovação, atendendo ao disposto no 53 da Lei n. 14.133/2021.

A doutrina faz importantes ponderações quanto à potencialidade de a admissão de consórcios ser um elemento ampliador ou de restrição da competitividade:

3) Consórcio e dominação de mercados

Em regra, o consórcio não é favorecido ou incentivado pelo nosso Direito. Assim se passa porque, como instrumento de atuação empresarial, o consórcio pode conduzir a resultados indesejáveis.

3.1) A conjugação de esforços entre empresas autônomas

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. Aliás, a composição entre os potenciais interessados para participar de licitação pode alcançar a dimensão da criminalidade.

3.2) Consórcio e ampliação da competição

Mas o consórcio também pode prestar-se a resultados positivos e compatíveis com a ordem jurídica. Há hipóteses em que as circunstâncias do mercado e (ou) a complexidade do objeto tornam problemática a competição. Isso se passa quando parcela significativa de empresas, isoladamente, não dispuser 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 somente poucas empresas estariam aptas a preencher as condições especiais exigidas para licitação (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, LEI 14.133, DE 1.º DE ABRIL DE 2021, TÍTULO II. DAS LICITAÇÕES, CAPÍTULO I. DO PROCESSO LICITATÓRIO, Art. 15. Page RL-1.6. <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/codigos/262297378/v1/page/RL-1.6>. Acesso: 19 out. 2021).

A jurisprudência do Tribunal de Contas da União também converge nesse sentido:

“(…) a jurisprudência do TCU traz o entendimento que a formação de consórcio tanto pode fomentar a concorrência (consórcio de empresas menores que, de outra forma, não participariam do certame), como cerceá-la (associação de empresas que, caso contrário, concorreriam entre

si) (Acórdão TCU 2.813/2004 – 1.ª Câmara, Relatório do Ministro Relator). Ou seja, a vedação ou a admissão de consórcio em licitação deve ter em vista possibilitar maior concorrência, que conforme o caso concreto pode ocorrer em uma ou outra situação. (...)” (Acórdão 1.782/2009, Plenário, rel. Min. Raimundo Carreiro).

No caso, o edital restringe a participação de consórcios:

6. Não poderão participar deste pregão:

[...] XIV. entidades empresariais que estejam reunidas em consórcio.

Considera-se que a opção é acertada, uma vez que se cuidam de objetos comuns, amplamente comercializados por diversas entidades empresariais, e que, no cenário em voga, tenderia a cercear as possibilidades de competição.

E registre-se que a vedação à participação de empresas em consórcio também pode ser verificada por outros órgãos:^[3]

CONCORRÊNCIA ELETRÔNICA Nº 2/2024

**DEPARTAMENTO ESTADUAL DE INFRAESTRUTURA
RODOVIÁRIA DE SERGIPE – DER/SE**

Modalidade de CONCORRÊNCIA, na forma ELETRÔNICA, decorrente do PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 665/2024-COMPRAS.GOV-DER/SE, nos termos da Lei nº 14.133/2021.

1. DO OBJETO E DAS DISPOSIÇÕES PRELIMINARES 1.1. A presente licitação tem por objeto a “Implantação e pavimentação do segmento de trecho da rodovia SE-469, trecho: Cidade de Boquim / Entr. Acesso 131 com extensão aproximada de 3,00 km e do Acesso 131, Entr. SE-469 / Pov. Meia Légua com extensão aproximada de 3,18 km, extensão total aproximada de 6,18 km, no município de Boquim, neste Estado”, nos termos dos Anexos deste Edital;

5.2. Estarão impedidos de participar, direta ou indiretamente, de qualquer fase deste processo licitatório os interessados que se enquadrem em uma ou mais das situações a seguir:

5.2.12. Aqueles que estejam constituídos sob a forma de consórcio.

Dado o amplo conhecimento e domínio do mercado sobre os serviços técnicos requisitados, bem como a comprovada capacidade das empresas em atender a tais demandas, concluímos que não é necessário admitir consórcios nesta licitação. Tal medida assegura uma competição justa, promove a eficiência administrativa e garante que o interesse público seja plenamente atendido.

Ao contrário do que reporta o impugnante, reforçamos novamente que o objeto do Edital trata-se de serviços de baixa complexidade. Conforme já explanado as características desses serviços referem-se a atividades que se encontram em operação pelos diversos entes da União de modo similar, tendo em vista que a concessão de rodovias incorporou-se de sobremaneira no estilo de governança neste século decorrente da sua baixa capacidade de investimento por restrições financeiras.

São atividades que se exigem majoritariamente mão-de-obra com experiência em obras rodoviárias, fato que o País tem exercido com intensidade desde o século passado em função de sua extensão territorial, fornecendo profissionais com capacidade suficiente para atender o objeto do Edital.

Logicamente, o melhor retorno para a da administração em termos de cumprimento desse objeto será a utilização de mão-de-obra com mais experiência.

A alta complexidade exige que os serviços a serem demandados possuem características diferenciadas do rotineiro, com alto grau de especialização e com utilização de equipamentos de tecnologia avançado que não é o foco desse objeto.

Portanto, quando o impugnante declara que os serviços objeto do edital indicam uma complexidade substancial não é corroborado pelo que se verifica na demonstração dessas atividades tão corriqueiras nas rodovias sob regime de concessão.

O argumento para utilização de consórcios em função da necessidade de grande aporte de capital também não tem sustentação pelo fato que as licitantes somente poderão ser vencedoras de um lote apenas, cujo valor estimado para contratação esta dentro do limite observado em outras licitações afora, sendo como exemplo no âmbito da SEINFRA a licitação anterior da rodovia MG-050 e da rodovia BR-135 ora em andamento, ou seja, os valores de cada lote não se caracterizam como sendo de grande vulto.

Devido ao objeto do Edital a afirmação do impugnante de que empresas consorciadas poderiam adicionar experiências complementares através de seus profissionais, não gerariam nenhum impacto positivo para a Administração, pois como foi explicitado anteriormente o mercado fornece em abundância mão-de-obra qualificada para atender satisfatoriamente o monitoramento dos parâmetros de desempenho a ser executado pelas concessionárias.

Não se vislumbra nenhum ganho para a Administração a presença de consórcio, pelo contrário, haverá mais delonga na análise documentação das empresas seja na fase da proposta técnica, como também quando do processamento das medições mensais.

Ampara-se nessa afirmação, o que ocorre atualmente com os contratos que foram objeto do Edital RDC035/2023, elaborado pelo DER/MG e citado pelo impugnante, onde o lote 01 pertence a um consórcio e o lote 02 à uma empresa comum, estando seu objeto sendo cumprido integralmente por ambas empresas, não havendo nenhum procedimento diferenciado para consecução do objeto.

Haverá risco para a Administração caso ocorra discordância no gerenciamento do consórcio, impactando negativamente no cumprimento integral do objeto, podendo, inclusive haver rompimento do contrato pela Administração com graves prejuízos para os usuários da rodovia.

Nesse diapasão, é evidente que a Administração Pública, ao contrário do que tentar demonstrar o Impugnante (violação de princípios), expôs e justificou criteriosamente os motivos que a levaram a proibir a participação de empresas em consórcio.

Sem qualquer dúvida, especialmente pelos motivos justificados, observa-se que são medidas de demonstram o reflexo da supremacia do interesse público, que determinam à Administração a adoção de medidas com o fim de se garantir a **supremacia do Interesse Público** (ampla e efetiva competitividade/preservação e higidez das propostas/economicidade) **sobre o privado e individual.**

Ante tudo que foi exposto, não há que se falar em restrição à competitividade, motivo pelo qual entendemos que a impugnação deverá ser conhecida, vez que tempestiva e própria, mas, no mérito, ser declarada como **improcedente**.

Estamos à disposição.

Atenciosamente,

Max Antônio Fonseca Parreira

Diretor de Infraestrutura Rodoviária