

CONCORRÊNCIA PÚBLICA 01/2019

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 15/2019

INTERESSADO: SADENCO SUL-AMERICANA DE ENGENHARIA E COMÉRCIO LTDA

ASSUNTO: PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EFICIENTIZAÇÃO E MANUTENÇÃO PERMANENTE E CONTÍNUA, REALIZAÇÃO DE MELHORIAS (SUBSTITUIÇÃO DE EQUIPAMENTOS) E MODERNIZAÇÃO DO PARQUE DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA, COM FORNECIMENTO DE MATERIAIS, MÃO DE OBRA, EQUIPAMENTOS E FERRAMENTAL NECESSÁRIOS PARA EXECUÇÃO DO OBJETO.

Trata-se de pedido de impugnação formulado pela empresa SADENCO SUL-AMERICANA DE ENGENHARIA E COMÉRCIO LTDA (CNPJ 00.166.929/0001-95) ao edital da CONCORRÊNCIA PÚBLICA Nº 01/2019, em trâmite nesta entidade sob o número de processo 15/2019.

Nos termos do subitem 4.1 do edital, combinado com o disposto no art. 41, §2º da Lei Federal 8.666/93, conheço da solicitação por tempestiva, e torno público seu teor e decisão sobre os seguintes pontos impugnados:

(III.1) DA NÃO ACEITAÇÃO DE ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICO OPERACIONAL EM CONSÓRCIO COM OUTRAS EMPRESAS. ITEM 09.1.2, d, OBSERVAÇÃO 9 DO EDITAL

(III.2) DA ILEGALIDADE DO PRAZO DE VALIDADE DAS PROPOSTAS DAS LICITANTES DE NO MÍNIMO 90(NOVENTA) DIAS, INICIANDO-SE SUA CONTAGEM NA DATA DE REALIZAÇÃO DA LICITAÇÃO.

(III.4) DA CONTRADIÇÃO ESTABELECIDADA ENTRE OS ITEM 16.3 E O ITEM 19.2 DO EDITAL.

(III.5) DA ILEGALIDADE DA EXIGÊNCIA DE GARANTIA TERCEIRO ALHEIO AO CERTAME, TEM, 5.1 E 5.1.1, DO ANEXO I – TERMO DE REFERÊNCIA

(III.6) DO NÃO FORNECIMENTO DE INFORMAÇÕES SUFICIENTES PARA ELABORAÇÃO DE PROPOSTA DE PREÇO POR PARTE DA EMPRESA LICITANTE.

Estas foram as impugnações que geraram a presente demanda.

1 - (III.1) DA NÃO ACEITAÇÃO DE ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICO OPERACIONAL EM CONSÓRCIO COM OUTRAS EMPRESAS. ITEM 09.1.2, d, OBSERVAÇÃO 9 DO EDITAL

Segundo o impugnante, o edital é ilegal, pois veda a apresentação de atestado de capacidade técnico operacional em consórcio com outras empresas, conforme 09.1.2, d, observação 9 do edital.

Alega que “não existe qualquer motivação idônea que justifique a não aceitação de atestados técnico operacional em consórcio com outras empresas que realizaram prestação de serviço e contento em forma de consorcio”.

A impugnante ainda afirma que:

Se a própria Lei das Licitações não institui vedação quanto A APRESENTAÇÃO DE ATESTADO DE CAPACIDADE TECNICO OPERACIONAL de empresa unida em consórcio para concorrer em licitações, o Edital também não poderá fazê-lo **sem que para tanto haja uma justificativa plausível**, pois isso caracterizaria frustração à competitividade e violação ao princípio da legalidade estrita que nortearia a atuação da Administração Pública com status de imperativo constitucional. (grifo nosso).

Ab initio, convém destacar que o presente Edital de Licitação não permite a participação de entidades empresariais que estejam reunidas em consórcio sejam controladoras, coligadas ou subsidiárias entre si, conforme regramento contido no subitem 5.3.6.

Tal vedação é de escolha discricionária da administração, a ser verificada caso a caso. Muitas vezes, a formação de consórcio pode ensejar redução no caráter competitivo, pois facilitaria que empresas, que seriam naturalmente competidoras entre si, acordassem para participar da licitação. Assim, a Administração pode, caso entenda conveniente, admitir a participação de empresas reunidas na forma de consórcio nos certames licitatórios.

Está claro, portanto, que não está obrigada a permitir.

O procedimento, para as licitações onde houver permissão, está disciplinado no artigo 33, da Lei federal nº 8.666/1993:

Art.33. Quando permitida na licitação a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas:

I - comprovação do compromisso público ou particular de constituição de consórcio, subscrito pelos consorciados;

II - indicação da empresa responsável pelo consórcio que deverá atender às condições de liderança, obrigatoriamente fixadas no edital;

III - apresentação dos documentos exigidos nos arts. 28 a 31 desta Lei por parte de cada consorciado, admitindo-se, para efeito de qualificação técnica, o somatório dos quantitativos de cada consorciado, e, para efeito de qualificação econômico-financeira, o somatório dos valores de cada consorciado, na proporção de sua respectiva participação, podendo a Administração estabelecer, para o consórcio, um acréscimo de até 30% (trinta por cento) dos valores exigidos para licitante individual, inexigível este acréscimo para os consórcios compostos, em sua totalidade, por micro e pequenas empresas assim definidas em lei;

IV - impedimento de participação de empresa consorciada, na mesma licitação, através de mais de um consórcio ou isoladamente;

V - responsabilidade solidária dos integrantes pelos atos praticados em consórcio, tanto na fase de licitação quanto na de execução do contrato.

§ 1º No consórcio de empresas brasileiras e estrangeiras a liderança caberá, obrigatoriamente, à empresa brasileira, observado o disposto no inciso II deste artigo.

§ 2º O licitante vencedor fica obrigado a promover, antes da celebração do contrato, a constituição e o registro do consórcio, nos termos do compromisso referido no inciso I deste artigo.

A decisão de não permitir, de fato, partiu de um ato discricionário do Gestor e sua equipe, para não permitir que:

1 - Haja conluio, muitas as vezes disfarçado de consórcio, que ocorre quando duas empresas que isoladamente detêm condições suficientes para executar um objeto, realizarem acordos para não concorrer entre si e assim, dividem as contratações, utilizando-se do instituto do consórcio como burla e frustração ao caráter competitivo da licitação;

2 - Empresas com acervos técnicos, mas sem capacidade financeira venham aliar-se a empresas com maior disponibilidade operacional, porém, não detentoras do índice

técnico suficiente, desta forma, ficando sob controle de empresas que visem unicamente o lucro, sem importar-se com a qualidade técnica.

Diante disso, não poderia a Administração Pública se contradizer em aceitar a apresentação de atestados de qualificação técnica emitidos em nome de empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico (consoantes entre si) e não permitir a participação das mesmas no certame.

Cedição é que a comprovação da qualificação técnica **tem como finalidade gerar para a administração a presunção de que se o licitante já executou com sucesso objeto similar terá condições para assim fazê-lo novamente.** Essa presunção se forma com base na experiência obtida pelo licitante com o exercício dessas atividades pretéritas.

Desta forma, considerando que o grupo econômico é formado por empresas diversas, cada qual com sua personalidade jurídica, entende esta Entidade que uma empresa não pode ser qualificada tecnicamente utilizando-se de atestados que comprovem atividades de outra empresa, ainda que do mesmo grupo econômico.

Neste sentido vale trazer a tona orientação da consultoria Zênite sobre o assunto:

(...) Sendo assim, para comprovar que possui aptidão compatível com o disposto no instrumento convocatório da licitação, uma empresa não pode se valer da qualificação técnica de outra pessoa jurídica respaldada no simples fato de que ambas pertencem ao mesmo grupo econômico. Trata-se de empresas com personalidade jurídica distinta, por meio da qual adquirem direitos e obrigações que as individualizam perante o grupo. Em que pese a dependência verificada — não há somente uma vinculação e sim uma relação de subordinação entre as empresas e o grupo econômico — a personalidade jurídica distinta impede que as pessoas jurídicas se confundam.

[...]

Na legislação trabalhista (art. 2º, § 2º, da CLT) foi estabelecido que o grupo econômico caracteriza-se:

“sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica (...)”.

Esse entendimento fica claro no Acórdão n. 471.744/1998, proferido pelo Tribunal Superior do Trabalho, segundo o qual:

“O fato de as instituições integrarem o mesmo grupo econômico não induz à conclusão de que o executado estaria assumindo a condição de fiador de si

mesmo, como sugere o agravante. Isso porque cada uma detém personalidade jurídica própria, para efeitos civis e comerciais. Ressalte-se que a solidariedade existente entre empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico, a que alude o § 2º do art. 2º da CLT, é aplicável às relações de emprego, conforme tem-se orientado a jurisprudência dos tribunais, não sendo possível conferir ao dispositivo tão ampla interpretação ao ponto de reconhecer a existência de uma única empresa” (TST, Acórdão n. 471.744/1998, DJ de 01/09/2000) (grifamos).

Em função do conteúdo que a expressão personalidade jurídica própria encerra, fica claro não haver outra forma de comprovar a qualificação técnica, senão mediante a comprovação da experiência anterior da própria empresa licitante.

Desse modo, considerando a necessidade de a empresa licitante contar com experiência anterior compatível com as exigências do edital, não é admissível habilitar licitantes sem a qualificação técnica minimamente exigida, pelo simples fato de pertencer ao grupo econômico de outra que preenche tal condição.

A qualificação técnica de determinada empresa não é algo que possa ser emprestado para outra pessoa jurídica, justamente por haver nela um caráter intuitu personae, e como tal, resta claro que pertencer ao mesmo grupo econômico não legitima a equivalência entre a experiência dessas empresas.

Em suma, a conclusão da consultoria Zênite se forma no sentido de não ser possível admitir a apresentação de atestado de qualificação técnica emitido em nome de empresa diversa da licitante, pelos motivos aqui expostos, ainda que esta pertença ao grupo econômico do qual também faz parte a licitante (grifos nossos).

Assim sendo, a alegação de ilegalidade da não aceitação de atestado de capacidade técnico operacional em consórcio com outras empresas é **IMPROCEDENTE**.

2 - (III.2) DA ILEGALIDADE DO PRAZO DE VALIDADE DAS PROPOSTAS DAS LICITANTES DE NO MÍNIMO 90 (NOVENTA) DIAS, INICIANDO-SE SUA CONTAGEM NA DATA DE REALIZAÇÃO DA LICITAÇÃO.

No que pertine a fixação do prazo de validade das propostas de preços, a Lei Federal 8.666/93 dispõe em seu art. 64, §3º “Decorridos 60(sessenta) dias da data da entrega das propostas, sem convocação para a contratação, ficam os licitantes liberados dos compromissos assumidos”. **Esta regra se relaciona ao tempo previsto**

para a conclusão do certame, e não ao prazo contratual de manutenção do preço ofertado na licitação.

No entanto, a licitante deve verificar com cuidado as disposições contidas em Edital quanto ao prazo de validade da proposta. É que embora a validade da proposta seja, em regra, de 60 dias, o edital pode tratar do assunto de modo diverso.

Este é o entendimento do STJ, de que o prazo de validade das propostas deve ser fixado pelo edital, somente se este for omissivo é que se deve seguir a regra estipulada pela Lei de Licitações (60 dias). Assim vejamos:

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. PRAZO DE VALIDADE DAS PROPOSTAS. LEI 8.666/93, ART. 64, § 3º. NORMA SUPLETIVA. 2. No que pertine ao prazo de validade das propostas, a Lei 8.666/93 dispõe em seu art. 64 que: "§ 3º Decorridos 60 (sessenta) dias da data da entrega das propostas, sem convocação para a contratação, ficam os licitantes liberados dos compromissos assumidos." 3. **A regra do § 3º do art. 64 tem caráter supletivo, devendo ser aplicada apenas na hipótese de o instrumento convocatório não dispor de modo diverso.** (RMS 15378/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/02/2005, DJ 28/03/2005 p. 186) (Grifo nosso).

Por fim e diante do exposto, não há que se falar em ilegalidade do certame e que tal validade da proposta possa ser algo que impeça a Administração Pública de obter proposta mais vantajosa, tal alegação é **IMPROCEDENTE**.

3 - (III.4) DA CONTRADIÇÃO ESTABELECIDA ENTRE OS ITEM 16.3 E O ITEM 19.2 DO EDITAL.

É muito comum ser confundida a vigência da ata de registro de preços com a do contrato que é celebrado em sua decorrência.

A vigência da ata e do contrato transcorrem de forma independente, contudo, o ajuste somente pode ser celebrado se a ata estiver vigente, cabendo, nessa situação, prolongar sua execução por período superior à expiração da validade da ata.

A ata não acompanha o exercício financeiro, porque não apresenta reserva orçamentária no seu texto e pode vigorar por até um ano.

O contrato, por sua vez, está adstrito ao exercício financeiro, pois sua duração está limitada à vigência dos respectivos créditos orçamentários, conforme expressa disposição legal nesse sentido.

Em apertada síntese, pode-se dizer que a vigência da ata é independente do contrato, o qual somente poderá ter sua vigência prorrogada por até sessenta meses, em se tratando de serviços contínuos ou de contrato de aluguel, hipótese em que sua vigência será pactuada nos termos da Lei nº. 8.245, de 18 de outubro de 1991.

Esse entendimento está expressamente prevista no Decreto nº 3.931, de 19 de setembro de 2001, em seu art. 4º, caput e §1º:

Art. 4º O prazo de validade da Ata de Registro de Preço não poderá ser superior a um ano, computadas neste as eventuais prorrogações.

§ 1º Os contratos decorrentes do SRP terão sua vigência conforme as disposições contidas nos instrumentos convocatórios e respectivos contratos, obedecido o disposto no art. 57 da Lei no 8.666, de 1993.

Observa-se, pois, que a própria norma regulamentadora do Registro de Preços, quando trata dos prazos de vigência, destaca os dois instrumentos em diferentes dispositivos remetendo a limitação da vigência dos contratos à Lei nº 8.666/1993, específica.

Corroborando o entendimento firmado, confirmam-se os dizeres do jurista Jacoby Fernandes e Sidney Bittencourt, respectivamente:

Pode ocorrer que o objeto do SRP seja, por exemplo, conversação e limpeza, vigilância, manutenção de rede, etc – serviços notoriamente contínuos, com preços registrados por um ano. No curso desse lapso temporal, pretendendo a Administração firmar contrato, **deverá fazê-lo com observância das regras do art. 11 do Decreto nº 3.931/01 e art. 57 inc. II, da Lei nº 8.666/93, firmando o contrato e, daí em diante, admitindo-se a prorrogação até o prazo máximo de 60 meses.**

As contratações realizadas com fundamento numa Ata de Registro de Preços só têm validade se realizadas dentro do prazo de validade desse instrumento; no entanto, a execução do contrato pode ocorrer após o término desse prazo, sendo importante, nesse caso, que o documento contratual, ou seu substitutivo, tenha sido celebrado ou emitido ainda dentro desse lapso temporal.

Dito isso, cumpre observar que a vigência do contrato derivado da ata de registro de preços não está vinculada ao prazo de validade da ata da qual se originou,

pois não há disposição normativa restrigente nesse sentido, restando **IMPROCEDENTE** a presente alegação do impugnante.

4 - (III.5) DA EXIGÊNCIA DE GARANTIA TERCEIRO ALHEIO AO CERTAME, TEM, 5.1 E 5.1.1, DO ANEXO I – TERMO DE REFERÊNCIA

O Consórcio de Desenvolvimento Intermunicipal dos Municípios do Alto Jacuí e Alto da Serra do Botucaraí/RS – COMAJA, se abstém da exigência estabelecida no item 5.1.1 do Anexo I – Termo de Referência do Edital de Concorrência Pública 01/2019, a fim de cumprir a lei, permitindo a justa competitividade entre os licitantes.

A equipe técnica avaliou a solicitação e entendeu que não haver necessidade da exigência.

A solicitação de “Garantia “on site” do fabricante da luminária, com documentação comprobatória que a empresa instaladora e mantenedora é o fabricante ou representante credenciado e responsável localmente pela garantia no Brasil”, **DEVERÁ SER DESCONSIDERADA.**

5 - (III.6) DO NÃO FORNECIMENTO DE INFORMAÇÕES SUFICIENTES PARA ELABORAÇÃO DE PROPOSTA DE PREÇO POR PARTE DA EMPRESA LICITANTE.

Com base no entendimento apresentado pela Impugnante, evidenciou-se que não assiste razão ao atacar em sua peça impugnatória que o edital não fornece informações cristalinas o suficiente para que a empresa licitante apresente proposta de preço com segurança.

Neste sentido, há que se referir que o Edital acompanhado de seus anexos permite o acesso as informações necessárias a elaboração, pela impugnante, de sua proposta. Dessa feita a licitante deve considerar todo o ato convocatório da licitação e em havendo dúvidas, solicitar esclarecimentos, motivo pelo qual resta improcedente, no tópico as alegações da impugnante.

Importante que haja esse entendimento por parte da licitante que Edital de Licitação compõem um todo (Edital e Anexos), e não deve ser analisado/lido/compreendido em partes, como apresentado pela Impugnante em que refere-se apenas ao item 2.4.1 do Anexo I – Termo de Referência como sendo o único item do ato convocatório que compreende as informações do que poderá ser contratado pelo Consórcio.

Da mesma feita, o Edital prevê a possibilidade de pedidos de esclarecimento dentro dos prazos legais, como fora já realizado pela própria Impugnante e respondido por esta Administração e publicados no site do Consórcio (<http://www.comaja.com.br/licitacao/view/44/concorrencia-publica-012019>).

Assim sendo, a alegação de insuficiência de informações para elaboração da proposta é recebida como **IMPROCEDENTE**.

DA DECISÃO

Isto posto, com base nos fundamentos acima, decidimos conhecer da **IMPUGNAÇÃO** para, no mérito, dar-lhe provimento parcialmente às razões apresentadas, mantendo inalterado o dia e horário para apresentação dos envelopes de Habilitação e Proposta da Concorrência Pública 01/2019, por não afetar a formulação das propostas.

Decisão apreciada e ratificada pela autoridade superior competente.

Ibirubá, 10 de abril de 2019.

VOLMAR TELLES DO AMARAL
Presidente do COMAJA

*Via original e assinada segue juntada aos autos do processo licitatório.