

Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Coordenadoria de Material e Logística

PROCESSO Nº 4471/2020

PREGÃO ELETRÔNICO Nº 023/20

OBJETO: Registro de Preços para eventual contratação de empresa prestadora de serviços de telefonia móvel celular, outorgada para o Serviço Móvel Pessoal local e de longa distância.

RESPOSTA À IMPUGNAÇÃO INTERPOSTA POR EMPRESA INTERESSADA EM PARTICIPAR DO CERTAME

Empresa interessada na participação do pregão ingressou, tempestivamente, com impugnação ao edital com as seguintes indagações:

EMPRESA:

A empresa alega em síntese:

“a limitação da participação de consórcio formado por empresas que não pertençam ao mesmo grupo econômico fere o artigo 278, da Lei 6.404/1976, que prevê a sua constituição entre quaisquer companhias, sob o mesmo controle ou não.

Assim, não pode, de maneira alguma, o Poder Público criar uma limitação não prevista lei, sob pena de violar o princípio da legalidade.

Nada obstante, conforme se demonstrou acima, a formação de consórcios é medida válida e necessária, que irá beneficiar a Administração com o aumento da participação de empresas na licitação, aumentando a competição entre elas e proporcionando, desse modo, a economicidade do ajuste.

(...)

Ante o exposto, de forma a possibilitar a participação de um maior número de empresas no certame, garantindo a sua competitividade e a busca pela proposta mais vantajosa à Administração Pública requer a exclusão do item 5.2.5 do Edital, para que seja permitida a participação em consórcio de empresas do mesmo grupo, nos termos do art. 33 da Lei n.º 8.666/93.”

É o relatório.

DECISÃO

Por se tratar de conteúdo eminentemente jurídico, o processo foi encaminhado à Assessoria Jurídica que assim se pronunciou:

*“ Vêm os autos a esta Secretaria de Assessoramento Jurídico para análise e manifestação acerca da impugnação ao Edital do **Pregão Eletrônico nº***

23/2020 (doc.42), apresentada pela empresa XXXX , doravante denominada Impugnante (doc.45).

Trata-se de processo administrativo licitatório para eventual fornecimento de assinaturas mensais de serviço de telefonia móvel e serviços de telefonia associados e assinaturas mensais de serviço de dados para acesso à internet, com franquia mínima de 5GB, mediante **Pregão Eletrônico**, nos termos do art. 1º c/c inciso II do art. 3º do Decreto nº 10.024/2019, pelo **Sistema de Registro de Preços**, regulamentado pelo Decreto nº 7.892/2013, alterado pelo Decreto nº 8.250/2014, modalidade que se afigura adequada porquanto o objeto é a prestação de serviço comum.

Conforme consta do Aviso de Licitação publicado no Diário Oficial da União (doc. 57), a abertura do Pregão Eletrônico ocorrerá em 07/10/2020, o que demonstra a tempestividade da impugnação em exame, na medida em que apresentada com antecedência mínima de três dias úteis da referida data, em observância ao item 5.3 do Edital e do Decreto nº 10.024/2019.

É o breve relatório.

A empresa XXXX impugna o item 4.1.7 do Edital, que veda a participação de empresas em regime de consórcio no certame:

4.1. Poderão participar deste Pregão Pessoas Jurídicas:

(...)

4.1.7 Regularmente estabelecidas no país, vedada a participação do consórcio de empresas e que não sejam controladoras, coligadas ou subsidiárias entre si, ou, ainda que independentemente, nomeiem um mesmo representante

Sustenta que no âmbito da oferta de serviços de telecomunicações verifica-se a escassez de competitividade, predominando no mercado poucas empresas. Explica que tal fenômeno caracteriza-se pela própria natureza do mercado em questão, no qual a entrada de empresas que exploram tal serviço é restrita, haja vista a necessidade de grande aporte de capitais, instalação de infraestruturas e dentre outros fatores que impedem a existência de um número razoável de empresas disponíveis para prestar o referido serviço. Alega que o desenvolvimento da economia amplamente globalizada implicou na formação

de grupos econômicos em escala mundial, sendo o mercado de telecomunicações um dos grandes exemplos. Argui que a economia das grandes corporações reduziu ainda mais a oferta de serviços de telecomunicações, ocorrendo em escala global a aglomeração de companhias e formação de um mercado eminentemente oligopolista.

Nessa linha de idéias, a Impugnante afirma que as restrições de participação de empresas nas licitações devem ser, mais que em outros casos, muito bem justificadas e necessárias, em homenagem aos princípios da competitividade e isonomia. Por essas razões, assevera que não pode prosperar a imposição editalícia de impedimento de participação de empresas em regime de consórcio. Aduz que essa disposição fulmina diretamente a competitividade do certame por não existir grande número de empresas qualificadas para prestação do serviço licitado e pela própria complexidade do objeto licitado. Ressalta que o próprio artigo 33 da Lei n.º 8666/93 permite expressamente a participação de empresas em consórcio.

Para corroborar sua tese, a Impugnante cita doutrina de Marçal Justen Filho e jurisprudência do Tribunal de Contas da União. Conclui que *“vé-se que mesmo sendo discricionabilidade da Administração a permissão ou não de consórcio de empresas, sua restrição deve ser devidamente fundamentada e deve colimar sempre com as condições do mercado e do objeto licitado, de forma que seja garantida a competitividade.”* Aponta que o ato discricionário do Poder Público sobre o consórcio se limita a autorizar ou vedar a sua participação, justificando sua decisão.

Por fim, requer que a exclusão do item impugnado para que seja permitida a participação em consórcio de empresas do mesmo grupo, nos termos do art. 33 da Lei n.º 8.666/93.

Passa-se à análise.

A licitação em apreço foi enquadrada na modalidade Pregão Eletrônico, regida pela Lei nº 10.520/2002 e pelo Decreto nº 10.024/2019. Apesar da primeira norma ser silente quando ao assunto “participação de consórcio”, o decreto regulamentador incluiu expressamente no art.42 essa possibilidade, a saber:

Art. 42. Quando permitida a participação de consórcio de empresas, serão exigidas:

I - a comprovação da existência de compromisso público ou particular de constituição de consórcio, com indicação da empresa líder, que atenderá às condições de liderança estabelecidas no edital e representará as consorciadas perante a União;

II - a apresentação da documentação de habilitação especificada no edital por empresa consorciada;

III - a comprovação da capacidade técnica do consórcio pelo somatório dos quantitativos de cada empresa consorciada, na forma estabelecida no edital;

IV - a demonstração, por cada empresa consorciada, do atendimento aos índices contábeis definidos no edital, para fins de qualificação econômico-financeira;

V - a responsabilidade solidária das empresas consorciadas pelas obrigações do consórcio, nas etapas da licitação e durante a vigência do contrato;

VI - a obrigatoriedade de liderança por empresa brasileira no consórcio formado por empresas brasileiras e estrangeiras, observado o disposto no inciso I; e

VII - a constituição e o registro do consórcio antes da celebração do contrato.

Parágrafo único. Fica vedada a participação de empresa consorciada, na mesma licitação, por meio de mais de um consórcio ou isoladamente.

Ademais disso, ainda que o regulamento não abarcasse tal hipótese, já estava pacificado o entendimento de que é possível a participação de consórcio nas licitações processadas pelo pregão à luz do prescrito no art. 9º da Lei nº 10.520/02, segundo o qual se aplicam subsidiariamente as normas da Lei de Licitações, mais precisamente, o art. 33, abaixo transcrito:

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.

Deste modo, **não há que se falar em vedação legal de participação de consórcio em licitação**. Sobre esse tema, não há controvérsia. Contudo, o legislador autorizou, transferindo ao gestor decidir, de forma discricionária, se permite a participação de consórcio ou não.

Isto porque, a permissão para participação de consórcio em todas as licitações, indistintamente, afastaria a obtenção da proposta mais vantajosa. Os consórcios teriam muito mais condições de ofertar os produtos e serviços a preços mais atraentes. Culminaria em burla ao princípio da competitividade.

A partir disso, a interpretação lógica se formou no sentido de que, em regra, não se admite a participação de consórcios para licitações de objetos e serviços comuns.

Ao contrário, quando o objeto a ser licitado envolver questões de alta complexidade ou de relevante vulto, em que empresas, isoladamente, não teriam condições de suprir os requisitos de habilitação do edital, a formação de

consórcios é aceita. Nestes casos, a Administração, com vistas a aumentar o número de participantes, deve admitir a formação de consórcio.

Ou seja, há possibilidade jurídica, porém a permissão não é a regra. Tem que ser avaliado o objeto a ser licitado e a motivação, em cada caso. Este é o posicionamento mais recente do Tribunal de Contas da União. Vejamos.

Acórdão nº 1711/2017 - Plenário

Enunciado

A **decisão da Administração de permitir a participação de empresas sob a forma de consórcio** nas licitações 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 nº 929/2017 - 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.

A jurisprudência dominante no TCU defende que, em nome da transparência administrativa e da motivação dos atos administrativos, sejam explicitadas as razões para a admissão ou vedação à participação de consórcio de empresas **quando na contratação de objetos de maior vulto e complexidade.**

Por conseguinte, nos demais casos, quando se tratar de objeto comum, como é o caso dos autos – telefonia móvel – se o gestor permitir a participação de consórcio, deverá motivar a decisão.

Ante o exposto, **concluimos pela regularidade do Edital, cuja regra de vedação de participação de Consórcio, inclusive, é padrão e repetida em todas as licitações rotineiras, que contemplem objetos e serviços comuns neste Regional.**

Todavia, como a decisão de permissão ou vedação de participação de consórcio é discricionária, **RECOMENDAMOS**, por cautela,

o encaminhamento dos autos à unidade gestora da contratação – SETIC – para avaliação e justificativa se, no caso do presente objeto licitado, manterá a regra escrita no item 4.1.7 do Edital ou promoverá sua alteração, permitindo a participação de consórcio. Saliente-se que, sendo admitida essa opção, deverão ser observadas as exigências do art. 42 do Decreto nº 10.024/2019 e do art. 33 da Lei nº 8.666/93, de aplicação subsidiária.

Este é o parecer que, se *de acordo*, sugiro encaminhamento à Seção de Licitação. ”.

Encaminhado o processo administrativo para a SETIC (Setor Técnico demandante) está assim se manifestou:

“Em resposta ao encaminhamento da SAJ a SETIC , enquanto gestora da contratação, concorda com o parecer elaborado (Doc.46) e informa que do ponto de vista técnico não há motivação para alterar o item 4.1.7 do Edital.”

Em face do exposto, deixo de acolher os argumentos lançados pela empresa interessada e julgo, diante do posicionamento da Assessoria Jurídica e do Setor Técnico, **IMPROCEDENTE** a impugnação apresentada contra o edital, pelos motivos já mencionados.

NOTIFIQUE-SE a impugnante da presente decisão. DIVULGUE-SE na internet, para dar maior conhecimento e propiciar ampla publicidade deste julgamento. Ficam mantidas as condições iniciais do edital.

Salvador-Bahia, 02 de outubro de 2020.

Júlia Ramos C. Reis

Pregoeira