



ILUSTRÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO DA COMUSA

Ref.: RDC presencial nº 002/2023

Processo nº 66.990/2023

Assunto: Impugnação ao Edital

RGS Engenharia S/A, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ 19.368.227/0001-12, com sede na Rua Candido Portinari 55, bairro São Sebastião, CEP 91.060-020, na cidade de Porto Alegre, RS, neste ato representada por seu Diretor nos termos dos seus estatutos, vem à presença de V.S. apresentar a presente **IMPUGNAÇÃO AO EDITAL** em epígrafe, nos termos dos fundamentos que passa a expor:

I. DA IMPUGNAÇÃO

A presente impugnação ao edital tem fundamento no art. 41, §2º da Lei 8.666/93:

Art. 41 – A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

[...] §2º - Decairá o direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a Administração o licitante que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concursos, ou a realização de leilão, as falhas ou irregularidades que viciariam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso.

No mesmo sentido estabelece o item 13 e seguintes do Edital, o qual fixa, além do prazo de 05 (cinco) dias úteis, para a apresentação de impugnação:

13.1. Os interessados poderão solicitar esclarecimentos sobre esta licitação, pelo e-mail: cpl@comusa.rs.gov.br, bem como interpor pedido de impugnação, até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para abertura dos envelopes.

RGS Engenharia S.A.
Rua Cândido Portinari, nº 55
Bairro São Sebastião - Porto Alegre – RS
CEP 91.060-020- Fone: (51) – 3508-8000
www.rgsengenharia.com.br / cadastro@rgsengenharia.com.br

Portanto, tempestiva a presente impugnação, uma vez que a data da realização do certame está marcada para 17 de agosto de 2023.

Desta forma, manifesta-se a Licitante dentro do prazo legal para impugnar o que segue, requerendo desde já pelo recebimento e provimento das razões a seguir fundamentadas.

II. DAS RAZÕES DA IMPUGNAÇÃO

Com a ressalva do devido respeito ao ilustre Administrador Público, o Edital em comento está em desacordo com os preceitos administrativos da Lei de Licitações, razão pela qual se impõe a sua reforma, no sentido de se adequar aos propósitos a que se destina o presente RDC.

II.1 Da restrição à competitividade pela exigência de qualificação econômico-financeira superior aos padrões de contratações similares

O item 32.2 do Anexo I do Edital traz a qualificação econômico-financeira, sendo que cumula exigência de forma injustificada e ilegal. Contaria também entendimento consolidados e vai de encontro a exigência de editais similares.

Exige-se: a) Certidão Negativa de Falência, Recuperação Judicial e Extrajudicial; b) Balanço patrimonial e demonstrações contábeis; c) capital social ou patrimônio líquido e d) índices contábeis.

A alínea “d” dispõe que:

“**d**) Será exigida tabela contendo os cálculos dos índices de Liquidez Corrente (LC), de Liquidez Geral (LG) e Solvência Geral (SG) igual ou maior que um vírgula cinco (= ou > 1,5) e Índice de Endividamento (IE, = ou < 0,40) apurados através das seguintes fórmulas:



$$LC = \frac{AC}{PC} \quad \text{igual ou superior a 1,5}$$

$$LG = \frac{(AC + RLP)}{(PC + PNC)} \quad \text{igual ou superior a 1,5}$$

$$SG = \frac{AT}{PC + PNC} \quad \text{igual ou superior a 1,5}$$

$$IE = \frac{(PC + PNC)}{AT} \quad \text{igual ou menor a 0,40}$$

sendo:

AC = Ativo Circulante;

RLP = Realizável a Longo Prazo;

PC = Passivo Circulante;

PNC = Passivo Não Circulante;

AT = Ativo Total;

LC = Índice de Liquidez Corrente;

LG = Índice de Liquidez Geral;

SG = Índice de Solvência Geral;

IE = Índice de Endividamento.

Há flagrante ilegalidade pois indica exigência excessiva e ilegal de qualificação econômico-financeira, tendo em vista que impõe a comprovação de vários índices contábeis, sem que seja apresentada justificativa para os parâmetros estabelecidos nem esclarecida sua correlação com o objeto do contrato, o que fere o parágrafo primeiro do art. 31 da Lei 8.666/93 e entendimento sumulado do Tribunal de Contas da União (sumula 289).

Conforme justificção apresentada pelo gestor, tais índices maiores que o usualmente utilizado nessa modalidade de contratação se justificariam pelo elevado investimento em equipamentos, o que corresponderia a 70% do valor contratado.

Ora, em primeiro lugar, tal condição não exige os riscos do contrato. Tais exigências acabam por restringir a participação de licitantes que operam nessa modalidade de atividade, sem necessidade, já que existem outras formas de a administração resguardar suas garantias de contrato, como a própria exigência de seguros-garantia, sem que isso restrinja de forma exacerbada a participação da licitante no certame.

O que se pode verificar em concorrências semelhantes no mercado local, conforme demonstrado nos editais da CESAN, Edital de licitação 013/2021 para CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE OPERAÇÃO E MANUTENÇÃO DE SISTEMAS DE TRATAMENTO DE ESGOTO (ESTAÇÕES DE TRATAMENTO DE ESGOTO, ELEVATÓRIAS, EMISSÁRIOS E UNIDADE GERENCIADORA DE RESÍDUOS) E MANUTENÇÃO DE SISTEMAS DE TRATAMENTO DE ÁGUA (CAPTAÇÃO, ELEVATÓRIAS, RESERVATÓRIOS, ADUTORAS, ESTAÇÕES DE TRATAMENTO DE ÁGUA), NOS MUNICÍPIOS DE ARACRUZ E FUNDÃO, NO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO:



“12.3.2 A comprovação da boa situação financeira do LICITANTE será baseada também na obtenção de Índices de Liquidez Geral (LG), de Solvência Geral (SG) e de Liquidez Corrente (LC) resultantes da aplicação das fórmulas abaixo, sendo considerada habilitada a empresa que apresentar resultado igual ou maior que 1,0, em todos os índices aqui mencionados: $LG = \frac{\text{Ativo Circulante} + \text{Realizável a Longo Prazo}}{\text{Passivo Circulante} + \text{Passivo Não Circulante}}$ $SG = \frac{\text{Ativo Total}}{\text{Passivo Circulante} + \text{Passivo Não Circulante}}$ $LC = \frac{\text{Ativo Circulante}}{\text{Passivo Circulante}}$ ”

Os documentos passíveis de serem exigidos como forma de medir a qualificação econômico-financeira dos licitantes encontram-se dispostos no art. 31 da Lei nº 8.666/93. Em outras palavras, a Lei de Licitações apresenta uma lista do que pode ser exigido para aferir as condições econômicas do futuro contratado na tentativa de resguardar o correto cumprimento do contrato.

Nesse sentido, desde que devidamente justificado, a **Administração pode exigir a comprovação de índices contábeis mínimos como critério de avaliação da capacidade financeira do licitante**. Todavia, não pode exigir valores mínimos de faturamento anteriores à adjudicação, bem como índices rentabilidade ou lucratividade, nos termos do art. 31 §§1º e 5º da Lei nº 8.666/93:

Art. 31. § 1º A exigência de índices limitar-se-á à demonstração da capacidade financeira do licitante com vistas aos compromissos que terá que assumir caso lhe seja adjudicado o contrato, vedada a exigência de valores mínimos de faturamento anterior, índices de rentabilidade ou lucratividade. (...)

5º A comprovação de boa situação financeira da empresa será feita de forma objetiva, através do cálculo de índices contábeis previstos no edital e devidamente justificados no processo administrativo da licitação que tenha dado início ao certame licitatório, vedada a exigência de índices e valores não usualmente adotados para correta avaliação de situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação.

Vale notar que os dispositivos acima mencionados e o texto da Súmula-TCU nº 289 decorrem do art. 37, XXI, da Constituição Federal, segundo o qual o processo de licitação pública “**somente permitirá exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações**”.

Tendo em vista que diferentes índices contábeis podem ser calculados a partir de informações extraídas do Balanço Patrimonial (Índice de Liquidez Geral – ILG, de Liquidez Corrente – ILC, de Liquidez Seca – ILS e de Liquidez Imediata – ILM) e que cada objeto possui suas especificidades, optou o legislador pelo não-estabelecimento de critério rígido de aferição da idoneidade financeira dos licitantes para assumir as responsabilidades do contrato.

As exigências de qualificação econômico-financeira de comprovação de capital social ou patrimônio líquido cumuladas com índices contábeis, ferem a lei. Porém a fixação de exigência de qualificação técnica e financeira deve atender ao estritamente necessário para demonstrar a capacidade financeira do licitante em adimplir integralmente as obrigações e responsabilidade que lhe forem atribuídas, se vencedor do certame. (art. 31, §1º)

Em análise singela do edital e seus anexos, nota-se que não se desembumbiu o ente licitante da obrigação descrita na Súmula 289 do TCU, sendo certo que não há nos autos qualquer fundamento para a escolha dos referidos índices ou fixação de importe mínimo e de sua cumulação com outras exigências.

Destaca-se a boa situação financeira já será, igualmente, demonstrada pelo capital social ou patrimônio líquido, que já consta como requisito neste certame, a demonstrar que não existe justificativa para a qualificante imposta.

Tais exigências exacerbadas, que extrapolam o indicativo de lei, sobrecarregam e oneram os licitantes, excluindo da competição proponentes habilitados a prestar efetivamente os serviços objeto do certame.

A jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul veda a inclusão de índices contábeis não usuais sem a devida justificativa, o que acarreta na restrição competitiva, conforme se verifica:

REPRESENTAÇÃO. LICITAÇÃO. REFORMA DO GINÁSIO MUNICIPAL. **INCLUSÃO DE ÍNDICES CONTÁBEIS NÃO USUAIS, SEM JUSTIFICATIVA. RESTRIÇÃO COMPETITIVA.** ANULAÇÃO POSTERIOR. AUSÊNCIA DE PERDA DO OBJETO. RECOMENDAÇÃO. ACOMPANHAMENTO. CIÊNCIA. ARQUIVAMENTO. (TCE-RS, 2ª Câmara. Rel. Iradi Pietroski. Processo 021227-0200/20-3. Data sessão 27.01.2021)

[...] Consoante demonstrado ao longo da instrução, restaram configuradas falhas que caracterizam a restrição na participação de interessados no certame, frustrando a obtenção da proposta mais vantajosa por parte da administração pública, porquanto **constatada exigência de índices contábeis fora dos usuais para a qualificação econômico-financeira dos licitantes, bem como falta de clareza na metodologia de execução.**

Assim, no tocante ao mérito, constato que a matéria foi dirimida com propriedade na Informação nº 08/2022 – SRSC (peça 4234080 – ordem 25) e no Parecer MPC nº 8751/2022 (peça 4556523 – ordem 67), cujos fundamentos agrego a este voto como razões de decidir. Nesse sentido, transcrevo, por pertinente, excerto do parecer ministerial: III – No mérito, este Ministério Público de Contas adere as considerações lançadas pelos Órgãos Técnicos no sentido de que **os índices contábeis fixados no edital configuram condições restritivas à competição** e que a redação da

Metodologia de Execução carece de clareza quanto à contagem dos pontos. [...] (TCE-RS. Voto do Rel. Edson Brum. Processo 014192-0200/22-6)

REPRESENTAÇÃO. IRREGULARIDADES NA CONCORRÊNCIA Nº 03-03/2021 PARA CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE VARRIÇÃO URBANA. Exigência de apresentação de nota empenho, contrato ou nota fiscal pelas licitantes para fins de habilitação técnica. Exigência de comprovação de inscrição das empresas concorrentes no Conselho Regional de Administração. Obrigatoriedade de que a visita técnica seja realizada somente pelo responsável técnico da licitante. Inadequado dimensionamento da planilha orçamentária do certame. **Índices contábeis para qualificação econômico-financeira em parâmetros que destoam do usual, sem justificativa tecnicamente fundamentada.** A anulação do certame por determinação judicial não inibe a atuação fiscalizadora e orientativa desta Corte. Determinação para adoção de medida corretivas em futuros procedimentos licitatórios. (TCE-RS. 1ª Câmara. Relator Renato Azeredo. Processo 024406-0200/21-3. Data sessão: 11.04.2023)

Para ilustrar que estão fora do usual, o DMAE, autarquia de saneamento de Porto Alegre, nos autos da Concorrência 21.10.000007711-0, exigiu os seguintes índices: LC igual ou superior a 1; LG igual ou superior a 1 e SG igual ou superior a 1,5.

O DNIT no RDCi nº 267/2023 exigiu comprovação de 10% do capital social ou patrimônio líquido, e a possibilidade de comprovar a boa situação financeira através dos índices LG, SG, LC, como sendo maiores que 1.

Não é usual solicitar índice de endividamento como posto no Edital em voga.

Ainda, a Ordem de Serviço nº 03, de 21 de maio de 2021, do Município de Porto Alegre, que dispõe sobre os indicadores de situação econômico-financeira das empresas licitantes com a Administração, prevê, no seu art. 3º, I, que para obras cujo valor é superior a R\$ 1.000.000,00, os indicadores exigidos são: índice de liquidez corrente (LC), índice de liquidez geral (LG) e Solvência Geral (SG). Logo, não se verifica constar a exigência de índice de endividamento, caracterizado, por si só, restrição competitiva.

Dito isso, diga-se que a Lei nº 8.666/93 concedeu ao gestor público a possibilidade de eleger, caso a caso, os índices mais adequados à contratação. No entanto, conforme estabelecido na recém-publicada Súmula nº 289 do TCU, **a exigência dos índices contábeis escolhidos somente se legitima se houver justificativa no processo de licitação.**

O fato de a lei não fixar o limite do índice a ser adotado não afasta a responsabilidade do gestor por sua definição, que não pode ser aleatória, nem depender de simples 'palpite' do administrador público. (TCU. Acórdão nº 932/2013 – Plenário).

Além das necessárias justificativas, informa o enunciado que a opção deve se pautar em parâmetros utilizados no mercado e, como dito, atender às características do objeto licitado.

Por outro lado, **a escolha administrativa não pode comprometer a competitividade do certame**. Deve o órgão licitante adotar índice que possa ser considerado confiável e que, ao mesmo tempo, possibilite a participação de um número razoável de empresas integrantes do mercado, no intuito de atingir um grau máximo de certeza junto a um risco mínimo à contratação.

Observa-se, por fim, que a Súmula-TCU nº 289 repetiu a vedação contida no §1º do art. 31 da Lei de Licitações que **proíbe a exigência de índice cuja fórmula inclua rentabilidade ou lucratividade**, não havendo “*óbices ao uso de indicadores de endividamento, por exemplo, desde que tal exigência seja pertinente à garantia do cumprimento das obrigações resultantes da licitação*”. (TCU. Acórdão 2.495/2010 – Plenário) o que definitivamente, não ficou comprovado pelas justificativas apresentadas.

II.2 Da restrição de participação em consórcio

O Item 6 do Edital (Condições Gerais de Participação) traz no subitem 6.1.2 a seguinte condição:

6.1.2 Consórcio: É vedada a participação de empresas reunidas em regime de consórcio, conforme disposto no Anexo I deste Edital

O Edital expressamente vedou a participação de consórcio.

Em que pese a discricionariedade administrativa, como se sabe, esta consiste na “margem de escolha deixada pela lei ao juízo do administrador público para que, na busca da realização dos objetivos legais, opte, entre as opções juridicamente legítimas, pela medida que, naquela realidade concreta, entender mais conveniente” (ARAGÃO, 2013, p. 161). Neste prisma, não se pode, no âmbito do Estado Democrático de Direito, confundir discricionariedade com cheque em branco universal para arbítrios vários.¹

Verifica-se que, em um primeiro momento, consagrou-se a necessidade de se “demonstrar com fundamentos sólidos a escolha a ser feita pelo gestor durante o processo de



¹ O termo “discricionariedade”, ao longo dos séculos XVI a XVIII, possuía justamente este significado. Em sua origem, a palavra “expressava a soberania decisória do monarca absoluto (voluntas regis suprema lex). Naquela época, do chamado Estado de polícia, em que o governo confundia-se integralmente com a Administração Pública, a sinonímia entre discricionariedade e arbitrariedade era total”. BINENBOJM, 1995. Em idêntico sentido, ver Paulo Magalhães de Costa Coelho, Controle Jurisdicional da Administração Pública, 2002, p. 40: “Haverá, portanto, plena identidade entre a vontade do príncipe absoluto e a ordem jurídica”.

licitação no que toca à vedação da participação de consórcios” (TCU, Acórdão 1.165/2012, Plenário. Rel. Min. Raimundo Carreiro).

Contemporaneamente, diversos autores, o e. Superior Tribunal de Justiça², Tribunais de Justiça e a uníssona jurisprudência do Tribunal de Contas da União indicam que, embora aprioristicamente o Administrador disponha de grande margem decisória sobre o ponto, a participação de consórcios é obrigatória nas licitações em que a vultuosidade, a heterogeneidade e a inviabilidade de parcelamento material do objeto licitado tornem o universo de possíveis licitantes demasiadamente restrito.

Nesse sentido, Carlos Ari Sunfeld propugnou que, “nas hipóteses em que, embora tratando-se de um objeto de porte, mostre-se totalmente inviável, por razões operacionais, efetuar o parcelamento, deverá o edital, obrigatoriamente, admitir o consórcio de empresas” (1995, p. 67). Endossando tal posicionamento, assim se manifestaram Egonn Bockmann e Fernando Vernalha:

[...] produzindo-se uma licitação expressiva e exigente, a Administração deve buscar meios de mitigar a alta concentração do mercado, admitindo a participação de licitantes em regime de consórcio, tal como facultado pelo art. 33 da LGL. É evidente que a sistemática do consórcio poderá favorecer a ampliação da participação do mercado, compensando, em certa medida, a restrição do universo de ofertantes imposta pela dimensão técnica ou econômica do objeto licitado. (2012, p. 119).

Baseados nessas premissas, tais autores concluem que o que determinará a existência ou não de discricionariedade sobre o ponto “serão as características do caso concreto: caso a competitividade seja mantida sem a participação de empresas consorciadas, o edital poderá vedar a participação por meio de consórcios” (2012, p. 120).

Ocorre que o item 29 do Anexo I do Edital estabelece a proibição de participação de empresas em consórcio, sob o argumento de que o contrato se trata da execução de objeto isolado.

As justificativas trazidas no bojo do Anexo I do Edital RDC - Presencial 002/2023 indicam que se trata, justamente, de objeto de porte, sem a possibilidade de parcelamento. Logo, conforme já visto, deve ser permitido a participação em consórcio.



² Observe-se o seguinte precedente: “A EXIGÊNCIA GLOBALIZADA EM UMA ÚNICA CONCORRÊNCIA DESTINADA À COMPRA DE UMA VARIEDADE HETEROGÊNEA DE BENS DESTINADOS A EQUIPAR ENTIDADE HOSPITALAR NÃO VEDA A COMPETITIVIDADE ENTRE AS EMPRESAS CONCORRENTES, DESDE QUE O EDITAL PERMITA A FORMAÇÃO DE CONSÓRCIO QUE, ULTIMA RATIO, RESULTA NO PARCELAMENTO DAS CONTRATAÇÕES DE MODO A AMPLIAR O ACESSO DE PEQUENAS EMPRESAS NO CERTAME, NA INTELIGÊNCIA HARMÔNICA DAS DISPOSIÇÕES CONTIDAS NOS ARTIGOS 23, PARÁGRAFO 1 E 15, IV, COM A REDAÇÃO DO ART. 33, TODOS DA LEI 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1993”. (RMS 6.597/MS, Rel. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/12/1996, DJ 14/04/1997). (Grifo dos autores).

Ainda, nas justificativas, consta que *experiências da COMUSA* teriam levado a esse posicionamento, porém sem trazer qualquer dado, decisão, ou outro. O fato de outros processos terem tido problemas não é argumento técnico nem jurídico para incluir essa vedação.

A participação em consórcio não retira a possibilidade de exigência de atestado de 50% da vazão do objeto, sendo que pode ser exigidas sem a possibilidade de somatório de atestado. O fato de permitir um consórcio de empresas ser permitido a participar não implica obrigatoriamente no somatório de atestado de vazão.

Logo, as justificativas não atendem a requisitos exigidos no ordenamento jurídico.

Não é outro o entendimento esposado pelo e. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

APELAÇÃO – MANDADO DE SEGURANÇA – IMPUGNAÇÃO A EDITAL DE LICITAÇÃO – MULTIPLICIDADE DE SERVIÇOS – HABILITAÇÃO SIMULTÂNEA – EXIGÊNCIA ILEGAL PREJUÍZO À CONCORRÊNCIA – LEI N° 8.666/1993 – ARTS. 15, IV E 23, § 1° – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – DESCABIMENTO EM SEDE DE WRIT. O parcelamento ou fracionamento do objeto licitado se faz imperioso quando, além de ser tecnicamente viável, não importar em prejuízo financeiro para a Administração.

O ente contratante, por sua vez, não procedendo à contratação por item, tem o dever de explicitar as razões pela aquisição global, **bem como prever no edital a possibilidade de participação de interessados constituídos sob a forma de consórcio, podendo, do contrário, restar caracterizada a ilegalidade da licitação, por violação ao princípio da competitividade.** (TJMG – Apelação Cível 1.0024.06.098029-9/002, Relator(a): Des.(a) Cláudia Maia, 13ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 30/09/2010, publicação da súmula em 29/10/2010). (Grifo dos autores)

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, além de considerar ilegal a injustificada vedação à participação de empresas consorciadas em licitações de grande porte, entende que o futuro contrato administrativo padece de nulidade absoluta e, mais grave, que o gestor que, através deste expediente, dolosamente frustra a competitividade do certame, comete improbidade administrativa (além de delito penal, ex vi do art. 90, da Lei de Licitações):

APELAÇÕES. LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TOMADA DE PREÇOS Nº 16/2007 DO MUNICÍPIO DE SÃO LEOPOLDO. **VEDAÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE LICITANTES EM CONSÓRCIO. VIOLAÇÃO DA AMPLA CONCORRÊNCIA.** CONTRATO ADMINISTRATIVO DECLARADO NULO. A Tomada de Preços visava à contratação de empresa para prestação dos serviços de vigilância volante e operação de embarcação pluvial. Certame do tipo Menor Preço Global que se atém apenas aos

requisitos legais e à proposta de menor valor. Cláusula 2.1.2 do Edital obstativa da formação de consórcio que ofende o art. 33 da Lei 8.666/93 e não atende ao interesse público. Decretação de nulidade do pacto que se impunha. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LICITAÇÃO. COMPETITIVIDADE EDITAL. ALTERAÇÃO. EXIGÊNCIA. SERVIÇO DE VIGILÂNCIA ARMADA. OPERADOR DE EMBARCAÇÃO FLUVIAL. Constitui ato de improbidade administrativa inserir o Presidente da Comissão de Licitação, de ofício, sem solicitação de alguma Secretaria Municipal, no edital de licitação, exigência manifestamente descabida para o fim de frustrar a competitividade do certame. Hipótese em que, no edital para contratação do serviço de vigilância armada volante, se incluiu a de operador de embarcação fluvial, o qual jamais foi prestado. **NULIDADE DO CONTRATO.** SERVIÇO PRESTADO RESSARCIMENTO DESCABIDO. A procedência da ação com o ressarcimento do dano pressupõe que o ato cuja nulidade se declara seja lesivo ao patrimônio público. Ausente a comprovação, não é devido o ressarcimento. Não há causa de imputação de responsabilidade à empresa contratada, que não praticou qualquer ato ilícito. Os valores percebidos em razão de efetiva prestação de serviço não necessitam ser devolvidos. APELO DO MUNICÍPIO DESPROVIDO. UNÂNIME. APELO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PROVIDO. POR MAIORIA. (TJ/RS, Apelação Cível Nº 70052803954, Vigésima Segunda Câmara Cível, Rel. Des. Eduardo Kraemer, Julgado em 28/11/2013). (Grifo dos autores).

Portanto, sempre que o objeto licitado for marcadamente vultuoso ou de composição complexa e inhomogênea, o ente licitante deverá obrigatoriamente admitir a participação de coligações empresárias no certame. Em outras palavras, tem-se que o ordenamento jurídico brasileiro e o seu conjunto de princípios informadores impõem a admissão de consórcios em grandes ou heteróclitas licitações – sob pena de restar asfiziado o princípio da competitividade e, em algumas circunstâncias, a própria licitação acabar convertida em procedimento inidôneo e ineficaz.

Não em outro sentido, o Tribunal de Contas da União vem reiteradamente determinando que, em casos dessa natureza, o Administrador ou bem parcela o objeto licitado em diversos procedimentos, se possível for, ou bem realiza uma só concorrência, devendo, neste caso, impositivamente admitir a participação de empresas em consórcio. Ilustrativos dessa tendência jurisprudencial são os seguintes julgados:

9.1.1. considerando o disposto no art. 23, §1º, da Lei 8.666/93, com a redação dada pela Lei 8.883/94, e na Súmula 247 do Tribunal, **realize o parcelamento do objeto da licitação a ser promovida com vistas à contratação das obras, serviços e fornecimentos necessários** à Implantação e Complementação do Centro de Lançamento de Alcântara e Centro Espacial de Alcântara, devendo proceder anteriormente, para fundamentar a escolha da forma de configuração dos “blocos” ou “lotes” a serem formados em

função do parcelamento, a estudos técnicos que considerem as características de mercado e que indiquem a alternativa de divisão que melhor satisfaz aos princípios da competitividade, da isonomia e da obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração, respeitadas as limitações de ordem técnica, sem prejuízo da possibilidade alternativa de realizar concorrência única para a contratação de todo o complexo ou conjunto com um só licitante, mas, neste caso, **desde que admitida expressamente a participação no certame de empresas em consórcio**, como forma de assegurar o parcelamento material do objeto, respeitando as regras prescritas no art. 33 da Lei 8.666/93. (TCU, Acórdão 108/2006, Plenário, Rel. Min. Lincoln Magalhães da Rocha, com nova redação conferida pelo Acórdão 766/2006, também do Plenário, Rel. Min. Augusto Nardes). (Grifo dos autores).

A jurisprudência deste Tribunal já se firmou no sentido de que a admissão ou não de consórcio de empresas em licitações e contratações é competência discricionária do administrador, devendo este exercê-la sempre mediante justificativa fundamentada. 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. (TCU, Acórdão 2.831, Plenário, Rel. Min. Ana Arraes). (Grifo dos autores).

Nessa linha, mostra-se oportuno registrar que o TCU, acertadamente, já reputou ilegal até mesmo a injustificada restrição do número de empresas integrantes de cada consórcio, em dado procedimento licitatório – por entender que, ante às características do então licitado, tal prática implicaria constrição excessiva do caráter competitivo do procedimento. Confira-se trecho da mencionada decisão:

O parecer técnico não recomenda a limitação do número de empresas por consórcio. Mesmo que recomendasse, isto não seria suficiente para se justificar limitação não prevista na Lei. Além de não prevista na Lei, tal limitação, no presente caso, conforme exposto na análise inicial desta ocorrência, é fator de forte restrição ao caráter competitivo do certame. Dadas as peculiaridades, a dimensão, a quantidade e a diversidade de obras, serviços e sistemas, alguns bastantes específicos, que compõem o objeto da licitação, limitar o número de empresas por consórcio, ainda mais

em apenas três, certamente limitará em muito o número de consórcios que se formarão com possibilidade de cumprir todas as exigências de qualificação técnica, quanto mais se perdurarem as que constaram do edital da Concorrência 002 [003]/AEB/06.

Quanto aos precedentes do Tribunal, ainda não formam jurisprudência pacífica a respeito, pois há decisões nos dois sentidos, conforme se constata do Acórdão citado na análise inicial. O que **o TCU tem considerado fundamental é se verificar, no caso concreto, se a limitação provoca restrição ao caráter competitivo do certame**. No presente caso, em se prevalecendo o não-parcelamento do objeto, certamente essa restrição ocorrerá, pelos motivos já expostos. Ademais, **essa limitação vai de encontro à essência do entendimento prevalecente no Acórdão Plenário 108/2006**. Ali, considerou-se que a participação de consórcios na licitação supriria a exigência legal do parcelamento, uma vez que o consórcio significaria um parcelamento material, na medida em que cada empresa participante se encarregaria de determinada parte do objeto contratual. Mas a Lei 8.666/93 determina que obras, serviços e compras devem ser divididos em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis. O parcelamento é a regra e deve ser levado até o limite da viabilidade técnica e econômica. O objetivo é ampliar ao máximo possível a competição para cada parcela. Para os consórcios realmente atenderem ao objetivo da Lei, consoante o entendimento exarado naquele Acórdão, deve ser permitida a participação de tantas empresas quantas forem as parcelas técnica e economicamente viáveis. Não há nada no processo administrativo da Concorrência 002 [003]/AEB/06, nem nos pareceres técnico e jurídico, que demonstre, técnica e economicamente, quantas e quais são essas parcelas. Portanto, limitar o número de empresas por consórcio é limitar o parcelamento material de que fala o Acórdão Plenário 108/2006, sem que haja embasamento técnico e econômico para essa limitação. (TCU, AC 397/2008, Plenário, Rel. Min. Augusto Sherman). (Grifo dos autores).

Dessa feita, se o TCU entende ser ilícito limitar o número de empresas por consórcio quando presentes os caracteres da complexidade e da vultuosidade do objeto, a fortiori, também é indiscutivelmente ilegal proibir a formação de consórcios in totum, quanto o objeto licitado for de tal natureza.

Por outro lado, embora seja menos frequente, é possível que, em alguns casos, não reste outra escolha à Administração licitante a não ser vedar a formação de consórcios. Pense-se, por exemplo, em um serviço, extremamente técnico (e.g., o fornecimento e a operação de uma modalidade específica de satélites militares), que somente seja prestado por duas ou três empresas especializadas. Num cenário como esse, a admissão do pacto consorcial pode

viabilizar a coligação de empresas que antes seriam adversárias naturais, restringindo-se assim o número de potenciais licitantes e, conseqüentemente, a própria competitividade do certame, o que, por fim, acaba dificultando sobremaneira, senão impossibilitando, a contratação da proposta mais vantajosa possível para a Administração Pública

Ressoa evidente, nessa perspectiva, que a decisão administrativa não pode se fundamentar em considerações abstratas e genéricas. Deve-se pesquisar, concreta e individualmente, quais serão as prováveis implicações da admissão ou da exclusão de empresas consorciadas em cada licitação específica, dadas as características peculiares do segmento de mercado pertinente.

Todavia, o edital admite a subcontratação no percentual de 40%, conforme disposição do item 28, alínea “f”.

Tal fato apresenta uma incoerência na proposta apresentada, porque se é admitida a subcontratação de até 40% dos serviços objeto do presente contrato, resta evidenciado que, embora a estação de tratamento seja um objeto isolado, os serviços necessários para sua construção admitem a participação de subcontratadas especializadas.

Ademais, restringir o contrato a necessidade de subcontratação, não admitindo a formalização de consórcio, resulta em um acréscimo financeiro no contrato decorrente da bitributação. O que onera ainda mais o gasto público!

Sendo assim, tal restrição ultrapassa as necessidades e garantias da boa execução do contrato, não se mostrando razoável na presente contratação, além de representar, ainda, a possibilidade de aumento de custos indiretos sem nenhuma justificativa técnica para tanto.

A DECISÃO que admita ou se vede a participação de empresas consorciadas em licitações públicas. Sempre acompanhada de substancial e específica fundamentação, a aludida decisão deve, justamente, mirar na ampliação do universo de potenciais concorrentes do certame, buscando estimular a competitividade do procedimento licitatório e, assim, assegurar a contratação mais vantajosa para a Administração.

Vale dizer que A PARTICIPAÇÃO EM CONSÓRCIO É SIM UM DOS REQUISITOS QUE AMPLIA A CONCORRÊNCIA.

Uma das ideias centrais que norteou a estruturação do regime jurídico da contratação vigente foi a da necessidade de assegurar a mais ampla competitividade entre os agentes que atuam no mercado, quando o objeto puder ser licitado. Isso fez com que o legislador criasse determinados mecanismos capazes de viabilizar a ampliação da disputa e possibilitar que mais pessoas pudessem participar do certame. Com isso, todos ganhariam: os particulares porque poderiam disputar um contrato para o qual estavam, em princípio, impedidos por não reunirem condições, e a Administração

porque ampliaria a possibilidade de obter uma melhor relação benefício-custo. Ainda que se possam apontar outros, os referidos mecanismos de ampliação da disputa são, basicamente, três: (a) divisão do objeto em partes (itens e lotes); (b) autorização de formação de consórcio; e (c) autorização de subcontratação. O raciocínio do legislador foi simples e objetivou a ampliação da disputa por dois modos distintos, quais sejam: a redução do tamanho do objeto da contratação e a permissão para união de duas ou mais pessoas.” (MENDES, Renato Geraldo. Lei Anotada.com. Lei nº 8.666/93, nota ao art. 23, § 1º, categoria Doutrina. Disponível em <<http://www.leianotada.com>>. Acesso em 27 fev. 2017.)

Nesse prisma, registre-se a importante lição de Alexandre de Aragão:

Como a competitividade é o próprio espírito da licitação, ela também é um importante guia hermenêutico, de maneira que, diante de diversas interpretações em tese possíveis em determinada situação, se deve optar pela que mais competitividade trouxer (*in dubio pro competitionem*). (2013, p. 297).

Assim, como na dúvida é pró-competição, deve ser retirada a vedação a formação de consórcio prevista no Edital.

III - DOS PEDIDOS

Pelo exposto, requer o acolhimento da presente IMPUGNAÇÃO, em razão das alegações defendidas, com a finalidade de possibilitar a adequação do Edital em comento e, conseqüentemente, com a SUSPENSÃO da Sessão Pública de recebimento dos documentos de habilitação e propostas designada para o dia 17/08/2023, com a sua respectiva republicação contemplando as devidas correções, sob pena de nulidade do presente processo.

Deve ser retirada a exigência de índices financeiros ou sua readequação aos usuais de mercado, com a devida justificativa e deve ser permitida a formação de consórcio para participação do certame.

Porto Alegre, 09 de agosto de 2023.



RGS ENGENHARIA S.A

Rafael Sacchi

Diretor Presidente

RGS Engenharia S.A.
Rua Cândido Portinari, nº 55
Bairro São Sebastião - Porto Alegre – RS
CEP 91.060-020- Fone: (51) – 3508-8000
www.rgsengenharia.com.br / cadastro@rgsengenharia.com.br