



MUNICÍPIO DE LINHARES
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
Avenida Augusto Pestana, 790, Centro CEP: 29.900-192 – Linhares/ES
Telefone: (27) 3372-6800 Site: Linhares.es.gov.br

OF. N° 2490/2023

Processo nº. 023323/2023

Requerente: ELO AMBIENTAL MINERAÇÃO E ENGENHARIA

Assunto: Concorrência Pública nº 013/2023

À Comissão Permanente de Licitações e Contratos

Trata-se de impugnação a Concorrência Pública nº. 013/2023, que possui como objeto a "contatação de empresa especializada, para executar as obras de Construção do Sistema de Esgotamento Sanitário (SES), no distrito de Povoação em Linhares", apresentado pela empresa ELO AMBIENTAL MINERAÇÃO E ENGENHARIA.

Aduz a impugnante em síntese: a) impossibilidade de vedação de consórcio; requerendo desta forma a alteração do edital; b) irregularidade de delimitação de tipologia específica da obra, do tipo UASB, para fins de comprovação de capacidade técnica profissional e operacional.

É o relatório.

- Da vedação a formalização de consórcio:

No que concerne à participação em certames licitatórios de empresas em consórcio, como bem destacou o próprio impugnante, o legislador, no art. 33, da Lei nº 8.666/1993, estabelece regras a serem observadas pela Administração quando esta decidir pela possibilidade de tal procedimento.

Devemos lembrar que, em regra, o consórcio de empresas não é favorecido ou incentivado pelo nosso direito, não sendo diferente no que diz respeito aos procedimentos licitatórios, conforme estabelecido no art. 33, *caput*, da Lei Geral de Licitações e Contratos, competindo ao gestor, no ato convocatório admitir ou não a participação de empresas em consórcio. Conforme entendimento doutrinário e jurisprudencial trata-se de escolha discricionária da Administração Pública licitante, vejamos:

“A aceitação de empresas em consórcio na disputa licitatório situa-se no âmbito do poder discricionário da administração contratante, conforme o art. 33, *caput*, da Lei nº. 8.666/93, requerendo-se, porém que a sua vedação seja sempre justificada.” (TCU - Acórdão nº. 1.678/2006, Plenário, rel. Min. Augusto Nardes).

No mesmo sentido foi à manifestação da Ministra Anna Arraes, no voto proferido nos Acórdão TCU nº2831/2012, que afirmou que a jurisprudência daquele tribunal “se firmou no





MUNICÍPIO DE LINHARES
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
Avenida Augusto Pestana, 790, Centro CEP: 29.900-192 – Linhares/ES
Telefone: (27) 3372-6800 Site: Linhares.es.gov.br

sentido de que a admissão ou não de consórcio de empresas em licitações e contratações é de competência discricionária do administrador, devendo este exercê-la sempre mediante justificativa fundamentada”, indicando ainda, que “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”.

Pois bem. Em que pese o valor orçado para a contratação, a Administração Municipal não fez incidir entre os requisitos para habilitação e participação de empresas interessadas, nenhum requisito fora aos mínimos exigidos pela Lei Geral de Licitações e Contratos em seu art. 22 e seguintes, que tornasse necessária a participação de empresas consorciadas.

Este inclusive é o entendimento da jurisprudência:

“Alias, quando a lei possibilita a formação de consórcios, é justamente no intuito de possibilitar a soma das capacidades operacionais das interessadas, de modo a ampliar a competitividade. Não se justificaria, por óbvio, restringir a concorrência de todo o certame por apenas pequena parcela dele.” (Acórdão nº. 2.992/11, Plenário, rel. Min. Valmir Campelo).

Nesse sentido, a partir do momento que a Administração Municipal não apresentou nenhum requisito específico para participação de empresas no certame, a autorização para participação de empresas consorciadas poderia representar prejuízos ao invés de benefícios. Isto porque, conforme lição do professor Marçal Justen Filho, o consórcio pode conduzir a resultados indesejáveis, acarretando a eliminação de competição entre empresários, e universo de licitantes, vejamos:

“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 de criminalidade. 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 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 exijam a associação entre os particulares. São as hipóteses em que apenas poucas empresas**





MUNICÍPIO DE LINHARES
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
Avenida Augusto Pestana, 790, Centro CEP: 29.900-192 – Linhares/ES
Telefone: (27) 3372-6800 Site: Linhares.es.gov.br

estariam aptas a preencher as condições especiais exigidas para a licitação.¹ (grifamos)

Em consonância com a orientação doutrinária já se manifestou a jurisprudência do TCU, no Acórdão nº. 1946/2006:

“(…)

25. A respeito da participação de consórcios, a jurisprudência desta Corte de Contas tem assentado que o art. 33 da Lei 8.666/1993 deixa à discricionariedade do gestor a decisão de admitir ou não a participação de empresas organizadas em consórcio no certame, devendo o desígnio ser verificado caso a caso. 26. Quando o objeto a ser licitado envolve questões de alta complexidade, via de regra, a Administração, com intuito de aumentar o número de participantes, admite a formação de consórcio. No entanto, essa hipótese não ocorre no contexto ora em análise, pois, como já mencionado acima, os serviços licitados não envolvem questões de alta complexidade técnica, mas apenas serão mais bem prestados se não parcelados. 27. Ademais, a participação de consórcios em torneios licitatórios não garante aumento de competitividade, consoante arestos do Relatório e Voto que impulsionaram o Acórdão n. 2.813/2004 - 1ª Câmara, que reproduz abaixo: “Relatório que antecede o Voto 26. O art. 33 da Lei de Licitações expressamente atribui à Administração a prerrogativa de admitir a participação de consórcios. **Está, portanto, no âmbito da discricionariedade da Administração. Isto porque, ao nosso ver, a formação de consórcio tanto pode se prestar a fomentar a concorrência (consórcio de empresas menores que, de outra forma, não participariam do certame), quanto a cerceá-la (associação de empresas que, caso contrário, concorreriam entre si).** Com os exemplos fornecidos pelo Bacen, vemos que é prática comum a não-aceitação de consórcios. (…)” (Acórdão nº. 1946/2006, Plenário)

Na mesma toada, merece destaque o posicionamento de Jessé Torres Pereira Junior, o qual, fazendo menção ao entendimento do Tribunal de Contas de União sobre a matéria, assim se manifesta:

“(…) Averbese a orientação do Tribunal de Contas da União: “Representação. Licitação. Parcelamento do Objeto. Ausência de viabilidade técnica e econômica. Participação de consórcio. No parcelamento do objeto da licitação é imprescindível que se estabeleça a viabilidade técnica e econômica de divisibilidade do objeto. **A aceitação de consórcios na licitação situa-se no âmbito do poder discricionário da Administração contratante...** A jurisprudência desta Corte de Contas tem assentado que o art. 33 da Lei nº 8.666/93 **deixa à discricionariedade do gestor a decisão de admitir ou não a participação de empresa organizadas em consórcio no certame**, devendo o desígnio ser verificado caso a caso. Quando o objeto a ser licitado envolve questões de alta complexidade, via de regra, a Administração, com o





MUNICÍPIO DE LINHARES
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
Avenida Augusto Pestana, 790, Centro CEP: 29.900-192 – Linhares/ES
Telefone: (27) 3372-6800 Site: Linhares.es.gov.br

intuito de aumentar o número de participantes, admite a formação de consórcio. No entanto, essa hipótese não ocorre no contexto ora em análise, pois os serviços licitados não envolvem questões de alta complexidade técnica, mas apenas serão mais bem prestados se não parcelados. **Ademais, a participação de consórcios em torneios licitatórios não garante aumento de competitividade**, consoante arestos do relatório e voto que impulsionaram o Acórdão nº 2.813/2004-1ª Câmara, que reproduz: “O art. 33 da Lei de Licitações expressamente atribui à Administração a prerrogativa de admitir a participação de consórcios. Está, portanto, no âmbito da discricionariedade da Administração. Isto porque a formação de consórcios tanto pode se prestar para fomentar a concorrência (consórcio de empresas menores que, de outra forma, não participariam do certame), quanto cerceá-la (associação de empresas que, em caso contrário, concorreriam entre si) (...) vemos que é praticamente comum a não-aceitação de consórcios (...)” (Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública”. 7ª edição. Ed. Renovar. 2007. Páginas 442 a 443.) **(Grifos nossos)**.

Vale acrescentar que é procedimento adotado pelo Departamento de Compras do Município de Linhares a vedação da participação de empresas em consórcio, permitindo a participação dos mesmos apenas quando o objeto do certame for de grande vulto, e forem exigidos requisitos específicos, que tornem necessários a formalização do consórcio para ampliação do universo de licitantes.

Por fim, considerando que há no mercado várias empresas aptas a execução dos serviços, permitir a formalização de consórcio é capaz de limitar significante o número de licitantes, reduzindo assim a competitividade do certame, o que impactaria diretamente no preço da contratação, motivo pelo qual foi vedada a formalização de consórcios de empresas.

- Da comprovação de capacidade técnica.

Como sabido, o direito de participar de licitação consiste na faculdade de formular perante a Administração Pública uma proposta de contratação, não se tratando de um direito absoluto, devendo ser interpretado que o direito de licitar é reconhecido a todos aqueles que preenchem os requisitos previamente definidos no edital e na legislação. Nesse sentido é a lição do professor Marçal Justem Filho:

O direito de licitar, ainda que abstrato, não é absoluto. É um direito condicionado, também na aceção definida pela doutrina





MUNICÍPIO DE LINHARES
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
Avenida Augusto Pestana, 790, Centro CEP: 29.900-192 – Linhares/ES
Telefone: (27) 3372-6800 Site: Linhares.es.gov.br

processualista. O Direito de licitar se subordina ao preenchimento de certas exigências, previstas na lei e no ato convocatório.

Ressalte-se que compete a Administração, no exercício do poder discricionário a definição do objeto licitado, bem como as exigências cobradas dos licitantes para o desempenho dos serviços de forma eficaz e eficiente.

Para Marçal Justen Filho existe uma margem de discricionariedade para a Administração configurar, em cada caso, as exigências e os requisitos de participação. A validade da decisão administrativa quanto às exigências de participação dependerá de motivação satisfatória e suficiente.

Cabe ao particular o ônus de provar a invalidade, o abuso, o excesso, a incorreção dos requisitos de participação, mas sempre tomando em vista a exposição clara e precisa constantes da motivação adotada pela Administração.

Marçal J. Filho ainda complementa seu posicionamento quanto ao ônus da prova quanto à validade dos requisitos adotados no caso concreto afirmando:

“A administração tem o dever de eleger os critérios de participação como decorrência de um processo de avaliação das circunstâncias do caso concreto. Portanto, há presunção absoluta de que existem razões lógicas, técnicas ou científicas para a decisão administrativa pertinente aos requisitos de participação”.

A discussão quanto a possibilidade de exigência de qualificação técnica-operacional já se encontra superada tanto pela doutrina, quanto pela jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, vejamos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0003134-73.2013.8.08.0004
AGRAVANTE: CONSTRUTORA ARCO IRIS LTDA EPP AGRAVADO:
MUNICÍPIO DE ANCHIETA RELATOR: DES. ÁLVARO MANOEL ROSINDO
BOURGUIGNON ACÓRDÃO EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO.
LICITAÇÃO. TOMADA DE PREÇO. EXIGÊNCIA EDITALÍCIA DE
COMPROVAÇÃO DE CAPACITAÇÃO "TÉCNICO-OPERACIONAL" DA
EMPRESA LICITANTE COMO EXECUTORA ACOMPANHADOS DE
ACERVOS TÉCNICOS EMITIDOS EM NOME DO RESPONSÁVEL TÉCNICO
CONSTANTE NO QUADRO DE PROFISSIONAIS DA LICITANTE.
INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 30 DA LEI Nº 8.666/94. NEGAR
PROVIMENTO.

1. A exigência de capacitação técnica operacional, que consiste na exigência de organização empresarial apta ao desempenho de um empreendimento, situação diversa da capacitação técnica pessoal, não é ilegal, se necessária e não excessiva, tendo em vista a natureza da obra a ser contratada, prevalecendo, no caso, o princípio da supremacia do interesse público. Inteligência do Art. 30, da Lei nº 8.666/94 (Lei das Licitações).





MUNICÍPIO DE LINHARES
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
Avenida Augusto Pestana, 790, Centro CEP: 29.900-192 – Linhares/ES
Telefone: (27) 3372-6800 Site: Linhares.es.gov.br

2. Deveras, também não se reconhece ilegalidade na proposição quando a exigência está devidamente relacionada com o objeto licitado, inexistindo qualquer alegação de excessividade, ou seja, de exigência de experiência anterior superior, mais intensa ou mais completa do que o objeto licitado.

3. Consoante à Constituição, às peculiaridades do certame e suma exigência da supremacia do interesse público, haja vista que o pedido deduzido pela empresa agravante, neste momento processual, não pode prosperar, visto que a exigência, prevista no edital, de apresentação de atestados que comprovem a experiência anterior dos participantes na prestação dos serviços objeto de licitação não parece ser abusiva ou ilegal, pois é uma forma de demonstrar sua capacidade técnico-operacional segundo os critérios discricionariamente estabelecidos pela Administração para a execução a contento dos serviços, que no caso, objetiva a contratação de empresa para construir e reconstruir pontes sobre o Rio São Miguel nas comunidades de São Miguel de Olivânia e duas Barras, no Município de Anchieta.

4. Conhecer e negar provimento ao agravo de instrumento. VISTOS, relatados e discutidos, estes autos em que estão as partes acima indicadas. ACORDA a Colenda Segunda Câmara Cível, na conformidade da ata e notas taquigráficas que integram este julgado, à unanimidade de votos, conhecer o recurso de agravo de instrumento e negar-lhe provimento, nos termos do voto proferido pelo E. Relator. Vitória(ES), 18 de março de 2014. DES. PRESIDENTE DES.RELATOR (TJES, Classe: Agravo de Instrumento, 004139000139, Relator: ÁLVARO MANOEL ROSINDO BOURGUIGNON, Órgão julgador: SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, Data de Julgamento: 18/03/2014, Data da Publicação no Diário: 26/03/2014)

No mesmo sentido entende o Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, conforme se verifica da orientação contida no Manual:

9.5.3 Exigências de qualificação técnica operacional

A exigência de capacidade técnico-operacional visa à comprovação de que a empresa participou anteriormente de contrato cujo objeto era similar ao previsto na contratação almejada. Deseja-se examinar a capacidade que a licitante possui de mão-de-obra, equipamentos e materiais, para a perfeita execução do objeto, na quantidade, qualidade e prazo exigidos. Conforme Decisão TC 1466/2018, proferida nos autos do Processo TC 1108/2018 – que trata de exame de instrumento convocatório de concorrência pública, cujo objeto é justamente a exploração dos serviços públicos de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos – a inclusão da exigência de atestado de capacidade técnico-operacional “deverá estar em perfeita consonância com o princípio da proporcionalidade, devendo ser exigida de forma adequada,





MUNICÍPIO DE LINHARES
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
Avenida Augusto Pestana, 790, Centro CEP: 29.900-192 – Linhares/ES
Telefone: (27) 3372-6800 Site: Linhares.es.gov.br

necessária e proporcional”, e “deve se limitar estritamente à complexidade do objeto envolvido e desde que relacionadas às parcelas de maior relevância e de valor mais significativo” (art. 30, inciso I, § 1º da Lei nº 8.666/93), “sempre de maneira motivada, como forma de se obter a proposta mais vantajosa, observados os critérios adotados, levando-se em conta, ainda, se esta obra ou serviço efetivamente será objeto de execução ao final do contrato”. (Grifei) Inclusive, a Súmula nº 263 do TCU recomenda que a comprovação da capacidade técnica-operacional, quando exigida, seja limitada aos serviços de maior relevância e valor do objeto a ser contratado. Além disso, o quantitativo mínimo exigido deve estar explícito no Edital, em percentual não superior a 50% dos quantitativos dos itens de maior relevância do serviço a ser contratado, seguindo a jurisprudência do TCU (Acórdãos 1.432/2010, 717/2010, 2099/2009, 2088/2004, 1284/2003, todos do TCU-Plenário).

Neste sentido observa-se que a jurisprudência estabelece que o percentual de quantitativos mínimos a serem exigidos devem ser limitados aos itens de maior relevância a serem contratados, motivo pelo qual recaíram sobre os serviços de execução de estação de tratamento de esgoto (ETE) do tipo UASB com vazão $\geq 3,89$ l/s.

Diante disso, em que pese as alegações do impugnante não há que se falar em inviabilidade da exigência contida no edital, vez que se amoldam perfeitamente aos dispositivos da Lei nº. 8.666/93, bem como as orientações dos órgãos de controle sobre o tema.

No que concerne aos requisitos de qualificação técnica e operacional exigidos pelo edital em questão, vale lembrar que assim como a definição do objeto, os requisitos de qualificação técnica e operacional a serem exigidos residem dentro da esfera do poder discricionário da Administração, que deverá levar em consideração as características e qualidade com que pretende que os serviços contratados sejam executados.

Po fim, o acórdão 361/2017 - Plenário | Ministro Vital do Rego, narra exatamente a justificativa para a necessidade de comprovação dos serviços, amparado na Lei de Licitações 8.666/93, qual seja:

É obrigatório o estabelecimento de parâmetros objetivos para análise da comprovação (atestados de capacidade técnico-operacional) de que a licitante já tenha prestado serviços pertinentes e compatíveis em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação (art. 30, inciso II, da Lei 8.666/93).

Por todo o exposto, não merece ser acolhida a impugnação apresentada.





MUNICÍPIO DE LINHARES
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
Avenida Augusto Pestana, 790, Centro CEP: 29.900-192 – Linhares/ES
Telefone: (27) 3372-6800 Site: Linhares.es.gov.br

Linhares, 09 de novembro de 2023.

João Cleber Bianchi

Secretário Municipal de Obras e Serviços Urbanos.

