



RESPOSTA À IMPUGNAÇÃO ADMINISTRATIVA

Concorrência Pública 05/2017

Objeto: concessão de serviço público de transporte coletivo urbano e rural do Município de Pouso Alegre/MG.

I. RELATÓRIO

Versam os autos sobre impugnação administrativa ao edital de licitação apresentada pela empresa VIAÇÃO UNIPENHA LTDA, inscrita no CNPJ sob o nº 68.550.201/0001-14, alegando vícios no instrumento convocatório que podem macular a competitividade do certame, em suposta ofensa ao art. 33, inciso III, da Lei n. 8.666/93¹.

Recebo a impugnação, pois tempestiva, nos termos do art. 41, § 2º, da Lei n. 8.666/93, vejamos:

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

(...)

§ 2º Decairá do 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 concurso, ou a realização de leilão, as falhas ou irregularidades que viciariam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso.

¹ Art. 33. Quando permitida na licitação a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas:

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;



Trata-se, assim, de alegações de vícios de ilegalidade no instrumento convocatório, na seguinte cláusula:

13.10.1 Serão admitidas como concorrentes pessoas jurídicas isoladamente ou reunidas em forma de consórcio, obedecido o disposto no 19 da Lei 8.987/95, sendo que deverá haver:

a) comprovação de compromisso, público ou particular, de constituição de consórcio, subscrito pelas consorciadas;

b) indicação da empresa responsável pelo consórcio;

c) apresentação dos documentos exigidos nos incisos V e XIII do artigo 18 da Lei 8.987/95, por parte de cada consorciada;

d) impedimento de participação de empresas consorciadas na mesma licitação, por intermédio de mais de um consórcio ou isoladamente.

13.10.1.1 O licitante vencedor fica obrigado a promover, antes da celebração do contrato, a constituição e registro do consórcio, nos termos do compromisso referido na alínea "a";

13.10.1.2. A Pessoa Jurídica líder do consórcio é a responsável perante o poder concedente pelo cumprimento do contrato de concessão, sem prejuízo da responsabilidade solidária das demais consorciadas.

*13.10.2. Os concorrentes que optarem por participação em consórcio, além da documentação já indicada, obrigar-se-ão, ainda, a apresentar compromisso público ou particular de constituição de consórcio, subscrito pelos consorciados, com **indicação da empresa líder responsável pelo consórcio e da proporção da participação de cada um, observadas as seguintes normas:***

I. é solidária a responsabilidade dos integrantes pelos atos praticados em consórcio, tanto na fase de licitação quanto na de execução do contrato;

II. se integrantes de consórcio licitante, os concorrentes vencedores, ficam obrigados a comprovar, antes da celebração do contrato, a constituição de consórcio por instrumento público ou sociedade de propósito específico;

III. o consórcio ou a sociedade de propósito específico constituídos nos termos do item anterior deverão observar as proporções de participação de cada empresa no consórcio licitante;



IV. é obrigatória a apresentação por todos os integrantes do consórcio licitante dos documentos exigidos nos subitens 13.5, 13.6, 13.8 e 13.9.

No caso, a licitante alega o suposto descumprimento do disposto no artigo 33 da Lei 8.666/93, na medida em que o inciso III do referido artigo permite o somatório de quantitativos por cada consorciado. Além disso, menciona que o edital em momento algum define as condições de liderança que obrigatoriamente deveriam ser previamente fixadas no edital.

É o relatório. Passa-se à análise da legalidade da citada cláusula.

II. FUNDAMENTAÇÃO

A impugnante alega descumprimento do disposto no art. 33 da Lei n. 8.666/93. No entanto, é importante observar, inicialmente, que se trata de concessão de serviços públicos e, por tal motivo, deve ser aplicado o disposto na Lei Federal n. 8.987/95, na medida em que é a legislação especial que rege o tema. Nesse aspecto, a Lei n. 8.987/95 aduz que:

*Art. 1^º As concessões de serviços públicos e de obras públicas e as permissões de serviços públicos **reger-se-ão** pelos termos do art. 175 da Constituição Federal, **por esta Lei**, pelas normas legais pertinentes e pelas cláusulas dos indispensáveis contratos.*

*Parágrafo único. A União, os Estados, o Distrito Federal e os **Municípios** promoverão a revisão e as adaptações necessárias de sua legislação às prescrições desta Lei, buscando atender as peculiaridades das diversas modalidades dos seus serviços.*

Desse modo, por se tratar de legislação especial, deve ser aplicado o disposto no art. 19 da Lei n. 8.987/95, que afirma que:

*Art. 19. Quando permitida, na licitação, a participação de empresas em consórcio, **observar-se-ão as seguintes normas:***

I - comprovação de compromisso, público ou particular, de constituição de consórcio, subscrito pelas consorciadas;

II - indicação da empresa responsável pelo consórcio;



III - apresentação dos documentos exigidos nos incisos V² e XIII³ do artigo anterior, **por parte de cada consorciada;**

IV - impedimento de participação de empresas consorciadas na mesma licitação, por intermédio de mais de um consórcio ou isoladamente.

§ 1º O licitante vencedor fica obrigado a promover, antes da celebração do contrato, a constituição e registro do consórcio, nos termos do compromisso referido no inciso I deste artigo.

§ 2º A empresa líder do consórcio é a responsável perante o poder concedente pelo cumprimento do contrato de concessão, sem prejuízo da responsabilidade solidária das demais consorciadas.

Percebe-se que o edital observou “*ipsis literis*” o disposto na legislação de regência, senão vejamos:

13.10.1 Serão admitidas como concorrentes pessoas jurídicas isoladamente ou reunidas em forma de consórcio, **obedecido o disposto no 19 da Lei 8.987/95**, sendo que deverá haver:

a) comprovação de compromisso, público ou particular, de constituição de consórcio, subscrito pelas consorciadas;

b) indicação da empresa responsável pelo consórcio;

c) apresentação dos documentos exigidos nos incisos V e XIII do artigo 18 da Lei 8.987/95, por parte de cada consorciada;

d) impedimento de participação de empresas consorciadas na mesma licitação, por intermédio de mais de um consórcio ou isoladamente.

13.10.1.1 O licitante vencedor fica obrigado a promover, antes da celebração do contrato, a constituição e registro do consórcio, nos termos do compromisso referido na alínea “a”;

13.10.1.2. A Pessoa Jurídica líder do consórcio é a responsável perante o poder concedente pelo cumprimento do contrato de concessão, sem prejuízo da responsabilidade solidária das demais consorciadas.

² Art. 18 [...] V - os critérios e a relação dos documentos exigidos para a aferição da capacidade técnica, da idoneidade financeira e da regularidade jurídica e fiscal;

³ Art. [...] XIII - as condições de liderança da empresa responsável, na hipótese em que for permitida a participação de empresas em consórcio.



*13.10.2. Os concorrentes que optarem por participação em consórcio, além da documentação já indicada, obrigam-se-ão, ainda, a apresentar compromisso público ou particular de constituição de consórcio, subscrito pelos consorciados, com **indicação da empresa líder responsável** pelo consórcio e da **proporção da participação de cada um**, observadas as seguintes normas:*

I. é solidária a responsabilidade dos integrantes pelos atos praticados em consórcio, tanto na fase de licitação quanto na de execução do contrato;

II. se integrantes de consórcio licitante, os concorrentes vencedores, ficam obrigados a comprovar, antes da celebração do contrato, a constituição de consórcio por instrumento público ou sociedade de propósito específico;

III. o consórcio ou a sociedade de propósito específico constituídos nos termos do item anterior deverão observar as proporções de participação de cada empresa no consórcio licitante;

IV. é obrigatória a apresentação por todos os integrantes do consórcio licitante dos documentos exigidos nos subitens 13.5, 13.6, 13.8 e 13.9.

A Lei n. 8.987/95 também afirma que:

Art. 19. Quando permitida, na licitação, a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas:

[...]

III - apresentação dos documentos exigidos nos incisos V e XIII do artigo anterior, por parte de cada consorciada:

Art. 18

V - os critérios e a relação dos documentos exigidos para a aferição da capacidade técnica, da idoneidade financeira e da regularidade jurídica e fiscal;

XIII - as condições de liderança da empresa responsável, na hipótese em que for permitida a participação de empresas em consórcio.

Quanto à comprovação das condições de liderança, vê-se que a legislação exige a apresentação por **todos os consorciados** das condições de liderança da empresa responsável



quando admitida a participação em consórcios. Nesse sentido, o doutrinador Marçal Justen Filho⁴ assevera que:

***Caberá ao contratado** eleger uma das empresas para liderar o consórcio, o que significará a atribuição à dita cuja dos poderes de representação perante terceiros – grifos nosso.*

Do mesmo modo, em comentários ao art. 33, II, da Lei n. 8.666/93, é importante mencionar, conforme o doutrinador Sidney Bittencourt, citando Moreira⁵, que:

*[...] Ou seja, a Lei de Licitações exige que os consorciados indiquem qual pessoa representará o grupo frente ao órgão licitante, bem como frente a terceiros (e mesmo frente ao Judiciário). Na medida em que é da essência dos consórcios a ausência de personalidade jurídica, não se poderia cogitar de uma solução que dificultasse a interação administrativa com os licitantes. **A previsão do art. 33, inc. II e § 1º dirige-se à definição de quem será a pessoa responsável pelo contrato do consórcio com a Administração e com os demais licitantes.***

Tem-se que a empresa líder apenas representa o consórcio no trato com o Poder Público, “constituindo-se tão somente aquela que receberá a outorga para travar os contatos negociais com a administração em nome da empresa consorciada⁶”.

Além do mais, as condições legais encontram-se plenamente cumpridas neste edital, conforme cláusula 13.10.2, notadamente ao aduzir que:

13.10.1.2. A Pessoa Jurídica líder do consórcio é a responsável perante o poder concedente pelo cumprimento do contrato de concessão, sem prejuízo da responsabilidade solidária das demais consorciadas.

13.10.2. Os concorrentes que optarem por participação em consórcio, além da documentação já indicada, obrigar-se-ão, ainda, a apresentar compromisso público ou particular de constituição de

⁴ *Ibidem*, p. 663.

⁵ In: Os consórcios empresariais e as licitações públicas. ILC – informativo de licitação e contratos. P. 438.

⁶ BITTENCOURT, Sidney. Licitação passo a passo: comentando todos os artigos da Lei nº 8.666/93 totalmente atualizada. 9.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 437.



consórcio, subscrito pelos consorciados, com indicação da empresa líder responsável pelo consórcio e da proporção da participação de cada um, observadas as seguintes normas:

I. é solidária a responsabilidade dos integrantes pelos atos praticados em consórcio, tanto na fase de licitação quanto na de execução do contrato;

II. se integrantes de consórcio licitante, os concorrentes vencedores, ficam obrigados a comprovar, antes da celebração do contrato, a constituição de consórcio por instrumento público ou sociedade de propósito específico;

III. o consórcio ou a sociedade de propósito específico constituídos nos termos do item anterior deverão observar as proporções de participação de cada empresa no consórcio licitante;

IV. é obrigatória a apresentação por todos os integrantes do consórcio licitante dos documentos exigidos nos subitens 13.5, 13.6, 13.8 e 13.9.

Assim, não há omissão editalícia quanto às condições de liderança. O edital disciplina que a empresa líder será a responsável perante o poder concedente pelo cumprimento do contrato de concessão, além de aduzir que as empresas consorciadas indicarão a empresa líder responsável perante pelo consórcio e a proporção da participação de cada uma. Não há qualquer omissão ou prejuízo à competitividade.

Por fim, conforme disposição legal (art. 19, III, da Lei n. 8.987/95) e editalícia (13.10.2, IV), é obrigatória a apresentação dos documentos de habilitação exigidos por parte de cada um dos consorciados, o que não significa que haja vedação para o somatório dos quantitativos. Conforme Marçal Justen Filho:

O cumprimento das exigências dos arts. 28 a 31 deverá ser comprovado relativamente a todos os “promitentes consorciantes”. Como cada consorciada mantém sua autonomia jurídica, cada uma delas deverá comprovar o preenchimento das exigências de habilitação”⁷.

⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 663.



Isto é, não obstante seja de imposição legal a apresentação dos documentos de habilitação por todos os consorciados, a **verificação da qualificação dar-se-á pelo somatório de quantitativo de cada um dos consorciados**. A própria Lei n. 8.666/93, art. 33, inciso III, assevera a obrigatoriedade de apresentação dos documentos exigidos nos artigos 28 a 31 por parte de cada um dos consorciados, mas admite, para efeito de qualificação econômico-financeira, que se leve em conta o somatório de cada consorciado.

Ao contrário do que alega a impugnante, o **edital em momento algum estabelece cláusula que vede o somatório de quantitativos de cada consorciado para fins de qualificação técnica e para efeitos de qualificação econômico-financeira**. Tanto o é que na cláusula 13.7, “a⁸”, permite o somatório dos atestados de capacidade técnica, e no que tange à qualificação econômico-financeira, não veda que a aferição da capacidade econômico-financeira do consórcio por somatório de cada consorciada. Nesse sentido, o Tribunal de Contas da União tem se manifestado pacificamente possível o “*somatório de atestados independentemente de previsão editalícia*” (TCU: Acórdão nº 1.983/2014-Plenário; Acórdão nº 1.231/2012-Plenário e; Acórdão nº 1.890/2006-Plenário).

Vê-se que a norma legal não exige o somatório para fins de qualificação econômico-financeira, **mas o admite**. E quando o somatório é admissível? Quando pelo menos uma das consorciadas não apresentar os quantitativos ou valores mínimos exigidos no edital. Caso uma delas atenda às exigências do edital – e basta apenas uma, o consórcio deverá ser qualificado.

Corroborando com este entendimento o doutrinador Marçal Justen Filho⁹:

O valor mínimo de capital social ou patrimônio líquido é estabelecido no ato convocatório para demonstrar que o licitante é titular de recursos compatíveis com os encargos inerentes à execução do objeto. Se um dos consorciados não dispuser de recursos suficientes, mas

⁸ In verbis: “a) Considerando a essencialidade do serviço, sua complexidade e a necessidade de prestação de um serviço adequado (art. 6º, Lei 8.987/95), será exigido a apresentação de atestado(s) fornecido(s) por pessoa(s) jurídica(s) de direito público ou privado comprovando experiência de execução de serviço público regular de transporte coletivo de passageiros ou de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior, em características, quantidades e prazos compatíveis com o objeto licitado, com, no mínimo, 25 (vinte e cinco) veículos, **admitido o somatório de atestados**, além de constar que o serviço que a licitante prestou, ou está prestando, apresenta qualidade satisfatória”.

⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 669.



outro apresentar valor suficiente, o requisito será apurado em vista da situação conjunta. A questão é similar no tocante aos índices. A ausência de preenchimento de um índice por um dos licitantes decorre da insuficiência de valores no seu ativo. Se é admissível somar valores de ativo e de passivo para fins de análise de patrimônio líquido, não se pode negar o cabimento do somatório similar para fins de cálculos de índices.

[...]

Não cabe contrapor que a solução acima propiciaria a participação de sujeitos que individualmente não teriam condições de preencher os índices e exigências de habilitação [...]. Justamente por isso, aliás, a Lei de Licitações impôs a responsabilidade solidária dos licitantes. Essa solução se compatibiliza com a concepção de que a avaliação dos requisitos de habilitação dos consorciados deve fazer-se em conjunto, de modo “solidário” (grifo nosso)

Portanto, fica clarividente que em momento algum o Edital traz vedações aos somatórios dos atestados, seja para comprovações de capacidade técnicas, seja para comprovação econômico-financeira. Por hora, não merece serem acatadas as alegações da recorrente ao caráter competitivo do certame, pois se assim o fizesse, a participação dos consórcios e o somatórios dos atestados, não seria permitida.

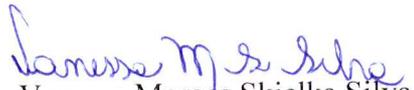
III. CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, considerando, assim, que a cláusula objeto de impugnação deste edital não traz qualquer óbice à competitividade do certame, bem como obedece ao disposto no art. 19 da Lei n. 8.987/95, concluímos que os argumentos da empresa ora Recorrente não possuem respaldos legais e probatórios para ensejar a paralisação do certame licitatório, mantendo-se inalterado os dizeres do Edital.

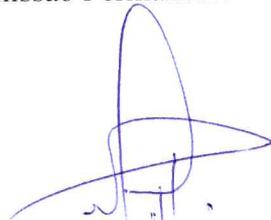
Assim, tendo em vista os argumentos apresentados alhures e ainda os princípios que norteiam a Licitação e a Administração Pública, a Presidente da Comissão de Licitação Permanente, juntamente com a Autoridade Superior, concluem por: CONHECER e decide pelo NÃO PROVIMENTO desta Impugnação.



Pouso Alegre/MG, 11 de abril de 2018.


Vanessa Moraes Skielka Silva

Presidente da Comissão Permanente de Licitações


Wagner Mutti Tavares

Secretário Municipal de Trânsito e Transporte