



Belo Horizonte, 24 de fevereiro de 2012.

ASSUNTO: Resposta ao questionamento efetuado pela empresa LSE SOLUÇÕES LTDA, via e-mail, datado de 17/02/2012, relativo ao edital Concorrência Pública nº 200/2011 – Contratação de fornecedor especializado na prestação de serviços técnicos de informática para SEF/MG, sob demanda, mediante contrato, nas condições previstas no edital e seus anexos.

PERGUNTA 1: *“Conforme descrito no item 3.3 – do Edital do PREGÃO Nº 200/2011 - Não será admitida a participação de empresas reunidas em consórcio.*

Temos o entendimento de que, a participação de consórcio torna-se essencial, uma vez que os serviços a serem executados envolvem várias áreas dentro da Tecnologia da Informação. Para o atendimento pleno do objeto do edital precisamos envolver as disciplinas de: administração de banco de dados, administração de servidores, segurança e redes, suportes, desenvolvimento, entre outras.

Gostaria de ressaltar a importância da participação das empresas que compõe o grupo de Tecnologia da Informação de nosso Estado. Assim entendemos que o veto à constituição de consórcios, impõe uma restrição ao mercado local, que apresenta plena capacitação técnica além de condições comerciais vantajosas para a SEF-MG.

Lembramos que o contrato atual está sendo executado na modalidade de consórcio, e isto já ocorre a bastante tempo, desta forma acreditamos não ser pertinente as justificativas da STI/SEF quanto a não aceitação de empresas em consórcio.

A restrição de consórcios por parte da SEF-MG afasta a participação de empresas plenamente capazes, desde que reunidas em consorcio. As exigências são inúmeras, fazendo com que menos de 3 empresas mineiras de forma individual consigam alcançar pontuação mínima necessária, de forma que a não aceitação de consórcio vem a limitar a ampla concorrência e competitividade, conforme determina a Lei 8.666/93. Aguardamos posicionamento da Secretaria do Estado da Fazenda”.

RESPOSTA: Primeiramente, vale esclarecer que se trata de licitação na modalidade de Concorrência Pública, e não de Pregão conforme exposto pela empresa.

O questionamento em tela já foi objeto de resposta para a impugnação da empresa PD CASE INFORMÁTICA LTDA, cuja resposta encontra-se disponível no Portal de Compras/MG e no site desta SEF/MG (www.fazenda.mg.gov.br ⇒ Licitações ⇒ Concorrência ⇒ Concorrência Pública 200/20011, conforme abaixo descrito:

“3.1 – DA POSSIBILIDADE DE CONSÓRCIO DEVIDO A COMPLEXIDADE DO OBJETO. GARANTIA DA AMPLA COMPETITIVIDADE”.

A impugnante alega que a simples vedação de formação de consórcio de empresas, em se tratando de objeto tão complexo, manifesta-se como exigência desproporcional, de forma a restringir a participação de licitantes, ferindo direitos. E mais, que prejudica a própria Administração que estará impedindo a ampla competitividade.



A participação de consórcios em licitações esta prevista no art. 33 da Lei 8.666/1993. Assim dispõe o caput do citado artigo:

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

Da simples leitura do texto legal, resta claro que a participação de consórcios está no campo da discricionariedade da Administração Pública. Logo, mesmo que não houvesse alusão alguma a consórcios no Edital da Concorrência Pública 200/2011, estaria vedada a participação de empresas consorciadas. Quando a SEF/MG coloca em um edital que não permitirá a participação de consórcios, apenas está reforçando uma situação que já está pré-definida, seu objetivo é somente deixar explícito para licitantes não conhecedores da legislação que não aceitará a participação de consórcios.

Reforçando o entendimento aqui esposado, o TCU, no Acórdão 2.813/2004 – Primeira Câmara foi favorável a não permissão de consórcio em edital para contratação de ERP pelo Banco Central do Brasil. Segue trecho sobre o tema tratado:

"Item 3.1.1. do edital: 'somente poderão participar desta Concorrência as empresas que [...] não se apresentem sob a forma de consórcio de empresas, quaisquer que seja a sua modalidade de constituição'.

Representante

24. A não-participação de consórcios restringiria ainda mais a competição.

Bacen

25. Argumenta que se trata de prática comum na Administração, reproduzindo trechos de editais do TCU, do STF e da Casa Civil da Presidência da República.

Análise

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."

Se o TCU admitiu a vedação a consórcios em licitação que tinha como objeto algo muito mais complexo, não há o que se argumentar contra a vedação expressa pelo subitem 3.3 do Edital da Concorrência Pública 200/2011.

Importante ressaltar que, conforme justificativas da STI/SEF, vistas a seguir, o consórcio poderá gerar complicações para a SEF/MG com relação à gerência e garantia da perfeita execução do contrato:

- a) que na presente licitação, a participação de empresas consorciadas não implicará incremento de competitividade, podendo vir a constituir, ao contrário, limitação à concorrência pela diminuição do número de empresas de porte interessadas por integrem um mesmo consórcio;
- b) que a gestão e fiscalização da execução contratual são prejudicadas pela dificuldade em lidar com empresas que possuem processos de trabalhos diferentes e remunerações desiguais para profissionais alocados com atribuições similares;
- c) que no caso de desenvolvimento de sistemas, as empresas consorciadas atuam com fábricas de softwares individuais, fazendo que a contratante (SEF-MG) tenha que se relacionar particularmente com todas as empresas, visto que a empresa líder não representa as demais em todos os aspectos da contratação; e



d) *apesar da complexidade do objeto é possível a ampla participação de empresas atuantes no mercado, que de forma isolada, consigam atender às condições e os requisitos de habilitação previstos no edital.*

Resta esclarecido, portanto, que subverter a regra de não admitir consórcios na licitação em tela ocasionaria prejuízos à perfeita execução do contrato."

Pela leitura do questionamento dessa empresa, observa-se que a mesma, após conhecimento da resposta desta Comissão Especial de Licitação dada à impugnação acima referenciada, parece destinada a lembrar a esta SEF/MG "que o contrato atual está sendo executado na modalidade de consórcio", e dessa forma entende "não ser pertinente as justificativas da STI/SEF quanto a não aceitação de empresas em consórcio, alegando, ainda, que "o veto à constituição de consórcios, impõe uma restrição ao mercado local".

Ora, são justamente as justificativas apresentadas pela STI/SEF, dentre outras, "que a gestão e fiscalização da execução contratual são prejudicadas pela dificuldade em lidar com empresas que possuem processos de trabalhos diferentes e remunerações desiguais para profissionais alocados com atribuições similares", e ainda, "apesar da complexidade do objeto é possível a ampla participação de empresas atuantes no mercado, que de forma isolada, consigam atender às condições e os requisitos de habilitação previstos no edital", visando resguardar o interesse público mediante boa execução e qualidade dos serviços, que sustentam a vedação de participação de empresas reunidas em consórcio, na eleição justa da empresa que executará os serviços dentro dos parâmetros de qualidade indispensáveis a uma contratação realizada com recursos públicos.

Além disso, a permissão, pela Administração, de participação de empresas em consórcios não representa, por si só, garantia de ampliação de competitividade, ao contrário, pode acarretar, em muitos casos, efeitos danosos à concorrência, na medida em que as empresas associadas deixariam de competir entre si, o que nos parece ser a situação ora tratada já que, como essa própria empresa afirma, "Inexiste no mercado local uma ampla gama de opções".

Nesse sentido, 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:

"(...)

Averbe-se a orientação do Tribunal de Contas da União:

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 reproduzo: "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.) (grifamos).



Marçal Justen Filho explica que:

"em regra o consórcio não é favorecido ou incentivado pelo nosso Direito. Na tentativa de reduzir a dominação de mercado e assegurar a livre concorrência, o Estado prefere evitar a formação de consórcios. A formação de consórcios acarreta risco da dominação do mercado, através de pactos de eliminação de competição entre empresários. No campo de licitações, a formação de consórcios reduz o universo da disputa. O consórcio significa que eventuais interessados, ao invés de estabelecerem disputa entre si, formalizam acordo que elimina a competição." (extraído do site http://www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/cao_cidadania/iniiciais_acp/iniacp_licitacao/licit172.htm)

A permissão de participação de empresas em consórcio na licitação é excepcional justamente porque o que se quer é preservar o máximo possível à competitividade do certame.

Pelo exposto, há que se concluir que, não apenas no conceito área técnica desta SEF/MG, Superintendência de Tecnologia da Informação, mas também em jurisprudências do TCU, no caso concreto, a permissão de participação de empresas em consórcio não se consubstancia na melhor opção a ser adotada.

Atenciosamente,

MEMBROS COMISSÃO ESPECIAL DE LICITAÇÃO

Lúcia Helena Tamie Anraki
Suplente da Presidente da CEL/SGF/SEF

Eljara Mara Marcolino
Membro

Roberto Ulisses Marques
Membro