



Belo Horizonte, 28 de fevereiro de 2012.

ASSUNTO: Resposta ao questionamento efetuado pela empresa **NEXA TECNOLOGIA & OUTSOURCING LTDA.**, inscrita no CNPJ sob o nº 00.412.839/0001-37, pessoa jurídica de direito privado, via e-mail, recebido em 27/02/2012, relativo à Concorrência Pública – tipo técnica e preço nº. 1191001 200/2011 - Processo nº. 0060258-1190-2011-1 - Contratação de fornecedor especializado na prestação de serviços técnicos de informática, sob demanda, para atendimento a Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais – SEF/MG, nas condições previstas neste Edital e seus anexos.

QUESTIONAMENTO:

"Conforme descrito no item 3.3 – do Edital do PREGÃO Nº 200/2011 - Não será admitida à participação de empresas reunidas em consórcio.

Entendemos que para a licitação em questão, a participação de consórcio torna-se essencial, uma vez que o leque de áreas envolvidas dentro da Tecnologia da Informação para o atendimento da plenitude de tal objeto é muito vasto (administração de banco de dados, administração de servidores, segurança e redes, suportes, desenvolvimento, entre outras).

Vale ressaltar que, atualmente temos no mercado mineiro, empresas que reúnem condições para atendimentos pontuais ao edital. 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 que dificilmente seriam conseguidas por empresas de grande porte.

Outro ponto importante que vale destacar está ligado à especialização. Poucas empresas nacionais de TI conseguem deter conhecimento e experiência em desenvolvimento e gestão de infraestrutura. Querer que a mesma empresa tenha excelência em fabricar software e gerir servidor, cerceia a concorrência. Até as metodologias são diferentes, fabrica de software segue CMMI e Gestão de Servidores seguem ITIL.

Os artigos 278 e 279 da Lei nº 6.404/76, determinam sobre a constituição de consórcio entre empresas para executar determinado empreendimento, no qual define que se tenha uma empresa líder, que fique responsável pelas demandas, interseções entre as consorciadas e responsabilidades civis, conforme texto:

Art. 278. As companhias e quaisquer outras sociedades, sob o mesmo controle ou não, podem constituir consórcio para executar determinado empreendimento, observado o disposto neste Capítulo.

Art. 279. O consórcio será constituído mediante contrato aprovado pelo órgão da sociedade competente para autorizar a alienação de bens do ativo não circulante, do qual constarão: (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

- I - a designação do consórcio se houver;*
- II - o empreendimento que constitui o objeto do consórcio;*
- III - a duração, endereço e foro;*
- IV - a definição das obrigações e responsabilidade de cada sociedade consorciada, e das prestações específicas;*
- V - normas sobre recebimento de receitas e partilha de resultados;*
- VI - normas sobre administração do consórcio, contabilização, representação das sociedades consorciadas e taxa de administração, se houver;*
- VII - forma de deliberação sobre assuntos de interesse comum, com o número de votos que cabe a cada consorciado;*
- VIII - contribuição de cada consorciado para as despesas comuns, se houver.*



Dessa forma, recai a dificuldade, colocada anteriormente por este r. órgão, de gerir mais de uma empresa.

Além disto, o contrato atual para a prestação do mesmo escopo é firmado na modalidade de consórcio há pelo menos 5 (cinco) anos, sendo que sua renovação no último ano seguiu o mesmo modelo. Não havendo então, motivos plausíveis para a não aceitação de consórcios nessa nova contratação.

A restrição de consórcios por parte da SEF-MG afasta a participação de empresas plenamente capazes, desde que reunidas em consórcio. Ferindo então alguns Princípios da Licitação Pública, tais como a Isonomia, competitividade e economicidade, conforme determina a Lei 8.666/93.

Celso Antonio Bandeira de Melo define o Princípio da Isonomia da seguinte forma, a Lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente a todos.

Dessa forma, reforçamos nosso entendimento de que a Secretaria de Estado da Fazenda de Minas Gerais – SEF-MG, deveria rever as condições estabelecidas no edital de nº 200/2011, no qual restringe a participação de empresas consorciadas, uma vez que conforme fundamentado acima, estaria burlando Princípios específicos da Licitação Pública."

ESCLARECIMENTO:

Preliminarmente, cumpre esclarecer que se trata de licitação na modalidade de Concorrência Pública, e não de Pregão conforme exposto pela empresa.

Ressaltamos que o pedido de esclarecimento em tela já foi objeto de análise quando da impugnação da empresa PD CASE INFORMÁTICA LTDA. e de questionamento formulado por parte do fornecedor LSE SOLUÇÕES LTDA., recentemente, cujas respostas encontram-se disponíveis no Portal de Compras/MG e no site desta SEF/MG (www.fazenda.mg.gov.br ⇒ Licitações ⇒ Concorrência, ⇒ Concorrência Pública 200/2011), conforme transcrito abaixo:

Resposta à impugnação da PD CASE INFORMÁTICA LTDA.:

"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 melhores 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 integrarem 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."

Resposta ao questionamento da LSE SOLUÇÕES LTDA.:

"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/iniciais_acp/iniciacp/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 a competitividade do certame.

Pelo exposto, há que se concluir que, não apenas no conceito da 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."

Conforme ensina o Prof. Egon Bockmann Moreira no artigo "Os consórcios empresariais e as licitações públicas (considerações em torno do art. 33 da Lei 8.666/93)", publicado pela Revista REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, extraída do site <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-3-AGOSTO-2005-EGON%20BOCKMANN.pdf>.

"O consórcio é o modo de organização empresarial disciplinado pelo art. 278 e ss. da Lei 6.404/76 (Lei de Sociedades Anônimas). Trata-se de uma integração horizontal entre empresas, a estabelecer uma relação de coordenação de interesses autônomos (grifo nosso), visando a um fim específico e comum. Não envolve a constituição de uma pessoa jurídica



distinta dos consorciados (o consórcio não tem personalidade jurídica [grifo nosso]). Destina-se a um objetivo certo e dirigido, na busca de benefícios individuais às pessoas que o constituem.

*.....
Não há subordinação entre as empresas que constituem o consórcio, mas conjugação de esforços e cooperação administrativa."*

Deste modo, a argumentação dessa empresa de que "Os artigos 278 e 279 da Lei nº 6.404/76, determinam sobre a constituição de consórcio entre empresas para executar determinado empreendimento, no qual define que se tenha uma empresa líder, que fique responsável pelas demandas, interseções entre as consorciadas e responsabilidades civis..." não suprime as questões já elencadas pela SEF/MG que deram razões a não aceitação de participação de empresas em consórcio – apenas repete argumentação já refutada pela Comissão Especial de Licitação quando da defesa do Edital em impugnação apresentada pela empresa PD CASE INFORMÁTICA LTDA.

Portanto, a Lei 6404/76 não obriga a Administração Pública a contratar consórcios, simplesmente dispõe sobre a possibilidade e forma de sua organização pelas sociedades empresárias.

Ressaltamos que os demais questionamentos dessa empresa já foram respondidos à LSE, tendo sido discutido o suficiente sobre a discricionariedade da Administração Pública no que diz respeito a consórcio de empresas.

Após análise dos questionamentos dessa empresa, esta Comissão Especial de Licitação/SGF/SEF ratifica também todos os esclarecimentos já prestados e publicados inerentes ao assunto em questão.

Atenciosamente,

MEMBROS COMISSÃO ESPECIAL DE LICITAÇÃO

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

Roberto Ulisses Marques
Membro

Fausto Roque Pereira Filho
Membro