

Processo: 61135/13

Interessado: Prefeitura Municipal de Anápolis

Assunto: Convênio

À ADV

DESPACHO Nº 702/2014-PR-NELIC - Em atenção ao art. 38, parágrafo único, da Lei Federal nº 8.666/93, estamos enviando a minuta do Edital da **Concorrência nº 123/14-PR-NELIC**, para análise preliminar.

1. Sobre a inclusão de tratamento diferenciado às micro e pequenas empresas (Decreto estadual nº 7600 que altera o Decreto Estadual nº 7.466/2011) e a inadmissão à subcontratação, esta Comissão, corroborando-se no no Despacho nº 9306/11 da Procuradoria Geral do Estado, entende que a natureza deste objeto não comporta subcontratação, pois a divisibilidade da obra em parcelas comprometeria a execução dos serviços.

2. “Quanto da vedação à participação em consórcio”

A admissão ou veto de formação de consórcio em certame licitatório é confiada pela lei ao talante do administrador, pois o art. 33 da Lei nº 8.666/93, utilizando-se da expressão “quando permitida”, conferiu discricionariedade ao ente administrativo para permitir ou não tal condição no instrumento convocatório. Essa decisão é resultado de um processo de avaliação da realidade do mercado em razão do objeto a ser licitado e ponderação dos riscos inerentes à atuação de uma pluralidade de sujeitos associados para a execução do objeto visando ao atendimento ao interesse público.

Corroborando esta tese, o Prof. MARÇAL JUSTEN FILHO, in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 13 ed. 2009, pag. 47 e 477, leciona que:

“Em regra, o consórcio não é favorecido ou incentivado pelo nosso Direito. Como instrumento de atuação empresarial, o consórcio pode conduzir a resultados indesejáveis. A formação de consórcios acarreta riscos da dominação do mercado, através de pactos de eliminação de competição entre empresários. No

mm

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.

Mas o consórcio também pode prestar-se a resultados positivos e compatíveis com a ordem jurídica. Há hipóteses em que as circunstâncias de mercado e (ou) a complexidade do objeto tornam problemática a competição. Isso se passa quando grande quantidade de empresas, isoladamente, não dispuseram de condições para participar de licitações. Nesse caso, o instituto do consórcio é a via adequada para propiciar ampliação do universo de participantes.

É usual que a Administração Pública apenas autorize a participação de empresas em consórcio quando as dimensões ou a complexidade do objeto ou das circunstâncias concretas exijam a associação entre os particulares. São as hipóteses em que apenas umas poucas empresas estariam aptas a preencher as condições especiais exigidas para a licitação."

Ainda, leciona o citado mestre, quanto à questão da discricionariedade:

"O ato convocatório admitirá ou não a participação de empresas em consórcio, Trata-se de escolha discricionária da Administração Pública."

A respeito da participação de consórcios, a jurisprudência do TCU tem assentado que fica a cargo da discricionariedade do gestor a decisão de admitir ou não a participação de empresas organizadas em consórcio na licitação. Senão vejamos:

"Ademais, a participação de consórcios em torneio licitatório não garante aumento de competitividade, consoante arestos do Relatório e Voto que impulsionaram o Acórdão n. 2.813/2004 – 1ª Câmara (...) O art. 33 da Lei de Licitações expressamente atribui à Administração a prerrogativa de admitir a participação de

DM

consórcios. Está, portanto, no âmbito da discricionariedade da Administração. Isto porque, a nosso ver, a formação de consórcio tanto se prestar a fomentar a concorrência (consórcio de empresas menores ou, 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 1.946/2006 – Plenário – TCU – rel. Min. Marcos Bemquerer)

"4. A aceitação de consórcios na disputa licitatória situa-se no âmbito o poder discricionário da administração contratante, conforme o art. 33, caput, da Lei nº 8.666/93, requerendo-se, porém, que a sua opção seja sempre justificada. " (Acórdão nº 566/2006 - Plenário – TCU – rel. Min. Marcus Vinícius Vilaça)

Assim, considerando que no universo de empresas goianas e nacionais existem diversas empresas com capacidade para executar os serviços objeto deste Edital, a Administração da AGETOP decidiu por não permitir a participação de consórcio. Fato esse que, por si só, não configura restrição à competitividade.

3. Na expectativa de que retorne os autos aprovados por essa advocacia, firmamo-nos com consideração.

NÚCLEO EXECUTIVO DE LICITAÇÕES DA AGETOP - PR-NELIC, em Goiânia, aos 20 (vinte) dias do mês de maio do ano de 2014.

Tahis H. de Oliveira
TAHIS HELENA DE OLIVEIRA
Membro da CPL