



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Relatora: Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



Seção Estadual

TRIBUNAL PLENO – SESSÃO DE 06.02.13 – EXAMES PRÉVIOS DE EDITAL

- Processos:** 1386.989.12-3
1402.989.12-3
- Representantes:** - ARVEK Técnica e Construções Ltda., por seu procurador Edwin Rodriguez Flores.
- Construtora Gomes Lourenço S.A., por seu representante legal, Oswaldo Luiz Garcia Álvares
- Representada:** Secretaria de Logística e Transportes – Departamento Hidroviário
Diretor do Departamento Hidroviário: Casemiro Tércio Carvalho
Secretário de Estado: Saulo de Castro Abreu Filho
- Assunto:** Representações formuladas contra o edital da Concorrência DH-60/2012, do tipo menor preço, destinada à contratação de empresa de engenharia para a execução das obras da eclusa da barragem da Penha.

Senhor Presidente, Senhores Conselheiros, Senhor Procurador do Ministério Público de Contas, Senhor Procurador da Fazenda Estadual,

Em exame as representações formuladas pelas empresas Arvek Técnica e Construções Ltda. e Construtora Gomes Lourenço S.A., contra o edital de Concorrência DH-60/2012, do tipo menor preço, lançada pelo Departamento Hidroviário da Secretaria de Estado de Logística e Transportes, para a contratação de empresa de engenharia para a execução das obras da eclusa da barragem da Penha.

Nos termos da documentação que instruiu as petições iniciais, o prazo de entrega dos envelopes tinha encerramento marcado para as 17h do dia 12/12/2012.

Os questionamentos da representante **ARVEK Técnica e Construções Ltda.** (TC-1386.989.12-3) incidiram sobre a redação dada ao item 5.1.2.b.2 do Edital.

A esse respeito, aduziu que a leitura combinada de tal regra, com a constante do seu subitem b.1, revela que o edital, ao permitir a participação de empresas reunidas em consórcio, ainda que, em tese, esteja permitindo o somatório de expertises, desde antemão estabelece quais seriam as experiências a serem aportadas pela líder e quais seriam aquelas a serem comprovadas pela outra consorciada, de forma que, como resultado, e na prática, só serão aceitos pelo ente licitante consórcios em que:

- a empresa líder tenha comprovação de capacidade de execução de eclusa, escavação e carga de material de 1ª e 2ª categoria e concreto estrutural;

- a outra consorciada tenha comprovação de capacidade operacional para a execução de enrocamento, montagem de comporta e montagem de sistema de enchimento e esvaziamento de câmara hidráulica.

Para a autora, essa espécie de restrição não tem resultado prático ou benefício para o interesse público, e sequer possui fundamentos jurídicos, enfraquecendo drasticamente o permissivo de participação de consórcios e comprometendo a ampla concorrência.

Isso porque, ao permitir que empresas se consorciem, as condições de capacidade do licitante passam a ser avaliadas de acordo com o somatório das aptidões individuais e não mais isoladamente, nos termos do que dispõe o artigo 33, III, da Lei nº. 8.666/93, pois, o que interessa para o ente público, é aferir se o proponente, futuro contratado, terá as condições mínimas para a realização do objeto.

Acrescenta que a regra, da forma posta, impede a formação de consórcios em outros arranjos, todos plenamente capazes de executar o objeto, sendo certo que a escolha da definição da liderança dentro do consórcio é pautada por uma série de considerações e variantes a serem internamente tratadas no âmbito da relação entre as consorciadas.

Ao final, requereu fosse determinada a suspensão da licitação, e que a representação seja julgada procedente, para a correção do Edital com a supressão da exigência fixada na cláusula 5.1.2.b.2, aceitando-se o somatório das capacidades das consorciadas sem outras restrições.

Por sua vez, a representante **Construtora Gomes Lourenço S.A.** (TC-1402.989.12-3), questionou as regras constantes das alíneas b.1 (item 1), do item 2.2, alínea "a", b.1.1 e b.2.1 do item 5.1.2 do Edital.

Sustentou a ilegalidade da vedação à participação no certame de consórcios formados por mais do que duas empresas, assim como a impropriedade de que a exigência de qualificação técnica, no caso de consórcios,

seja comprovada individualmente pelas empresas que o compõem, o que desnaturaria o instituto.

Afirmou ser restritiva a imposição de que as proponentes, individualmente ou em consórcio, comprovem ter executado obras de construção de “eclusas”, dado o reduzido número de empresas com tal experiência no Brasil, e a suficiência, para esse fim, de experiência anterior nas atividades que compõem as etapas da obra como fornecimento e aplicação de concreto, aço, entre outros.

Acrescentou que, no caso em exame, só os licitantes que tenham em seu acervo “obra de construção de eclusa” serão habilitados, não se admitindo empresas que tenham executado obras hidráulicas de barramento semelhantes, como barragens, por exemplo, e que, em se tratando de uma exigência de experiência em obra específica, a regra é ilegal e afronta a Súmula 30 desta Corte.

Finalizou, aduzindo que a regra do item b.2.1 revela duplicidade da exigência de experiência em obra de eclusa.

Concluiu para requerer seja determinada a suspensão do certame até julgamento do mérito da representação, no sentido de sua procedência, para aditamento do Edital, com a modificação das cláusulas acima apontadas como ilegais e restritivas.

Examinando os termos das Representações pude vislumbrar, ao menos em tese, disposição do ato convocatório que estaria a contrariar a norma de regência, e a jurisprudência desta Corte de Contas.

Dessa forma, considerando o teor dos questionamentos aduzidos nas iniciais e o fato de que o prazo de entrega dos envelopes contendo documentos de habilitação e proposta seria encerrado às 17hs. do dia 12.12.2012, com fundamento no parágrafo único do artigo 221 de nosso Regimento Interno, expedi ofício à autoridade responsável pelo certame, requisitando cópia completa do edital, a ser remetida a esta Corte, no prazo de 48 (*quarenta e oito*) horas.

Facultei, ainda, no mesmo prazo, o oferecimento de justificativas sobre as impropriedades suscitadas pelas representantes.

No interesse da lisura do certame e, considerando que este Tribunal poderá decidir pela alteração do ato convocatório, determinei a suspensão da licitação até apreciação final da matéria.

Os referidos atos preliminares foram referendados por este Plenário em Sessão de 12.12.12, ocasião em que a matéria foi recebida como Exame Prévio de Edital.

Com efeito, após obter dilação do prazo inicialmente fixado, o órgão representado compareceu aos autos trazendo documentação e justificativas sobre os pontos de impropriedade suscitados.

Em linhas gerais, a defesa apresentada traça um breve histórico da situação, enfatizando que os argumentos impugnatórios aduzidos pelas representantes não merecem prosperar.

Sobre a experiência anterior exigida em execução de eclusa, sustenta que se trata de uma obra de engenharia complexa, tendo em perspectiva o alto nível de segurança a ela relacionado.

E bem assim, passa a diferenciar a referida obra de outras obras hidráulicas, como a barragem, uma vez que esta consiste em uma “barreira artificial construída em curso de água para retenção/represamento de grandes volumes de água”, nos termos da conceituação que indica, salientando, igualmente, a necessidade de mão de obra mais que especializada para execução da empreitada pretendida, posto que o principal bem jurídico a ser protegido é o meio ambiente.

Pondera que eventual acidente no caso em questão poderia ensejar danos irremediáveis ao Rio Tietê, no qual estão sendo investidos significativos recursos para sua despoluição.

Destaca também que a licitação visa à construção de eclusa em uma barragem já existente e em funcionamento (Barragem da Penha), o que torna o objeto ainda mais específico e complexo, em razão da necessidade de preservação da barragem preexistente, por isso a exigência de prova de capacidade técnica proporcional e compatível.

Prossegue explicitando o objeto posto em disputa, que envolve serviços atinentes obras civis da eclusa; edifício de comando e controle e casa de painéis elétricos; equipamentos e sistemas eletromecânicos da eclusa e instalações elétricas e sistemas auxiliares da eclusa.

Sustenta que não há no presente caso restrição à área de atuação ou imposição de cumulação da experiência prévia de todas as áreas ou serviços que compõem a construção da obra hidráulica, sendo certo que as dimensões constantes da exigência editalícia decorrem de estudos das características da Barragem da Penha de acordo com o Anexo II do instrumento (Condições Específicas), que são indispensáveis para viabilizar a navegação das embarcações, existindo, pois, vínculo de pertinência entre a capacidade técnica exigida e o objeto licitado.

Prossegue defendendo que o edital cumpriu o disposto no inciso II do artigo 30 da Lei nº 8.666/93, asseverando que os interessados que apresentem prova de experiência anterior de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior às estipuladas certamente serão habilitadas, não sendo possível admitir é a aceitação de prova em obra diferente e de menor complexidade, como é o caso da obra hidráulica de barramento, suscitada pela Construtora Gomes Lourenço, citando, nesse sentido, julgado do Superior Tribunal de Justiça que ampara suas alegações.

Mais a frente passa a abordar a incidência com reservas da Súmula nº 30 desta Corte, conforme o caso concreto, de modo que dentro do contexto explicado, o edital exigiu de forma genérica a apresentação de atestados de capacidade técnico-operacional das licitantes (*cláusula 5.1.2, b.1, item 1*).

De todo modo, caso seja considerada a construção de eclusa uma atividade específica, cabe excepcionar a aplicação do referido enunciado tendo em vista a complexidade, especificidade e peculiaridade da obra licitada, trazendo à colação precedentes desta Corte, que admitiram a exigência de experiência pretérita em: construção, ampliação e reforma de hospital em funcionamento; construção de um centro de atendimento sócio-educativo ao adolescente e serviços de manutenção de teleférico visando sempre à segurança da população.

De outra parte, salienta que a eventual descoberta posterior de uma inidoneidade da pessoa jurídica contratada poderá causar trágicas consequências, com perdas irreparáveis, cuja responsabilidade, em última análise, será atribuída tanto ao contratado como a quem o escolheu.

Cita, ainda, posição doutrinária sobre exigência de capacitação que demanda experiência semelhante ao objeto pretendido, como é o exemplo a construção de uma ponte de mil metros, cuja complexidade não se revela semelhante à construção de duas pontes de quinhentos metros.

Dessa forma, está correto, a seu ver o disposto no item b.1.1 do edital ao permitir o somatório de atestados para cada um dos itens descritos no quadro do item b.1, sendo que os serviços que exigem quantitativos estão em perfeita consonância com os limites dispostos na Súmula nº 24 deste Tribunal, de forma que a exigência dos atestados técnicos foi realizada de forma adequada, proporcional e razoável em relação à natureza e a complexidade da obra, sendo indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações da futura contratada.

No que concerne às limitações da constituição de consórcios, remete considerações à jurisprudência pacífica deste Tribunal que a permissão ou negativa da participação desses entes em licitações se insere na esfera de discricionariedade administrativa, contemplando exame de conveniência

e oportunidade, observando que, da mesma forma, a definição de limite de empresas consorciadas.

Assegura que o limite imposto no caso concreto (*duas empresas consorciadas*) levou em consideração a complexidade da obra da eclusa na barragem da Penha e as condições do mercado.

Justifica que para evitar a participação desregrada de empresas reunidas em consórcio optou-se por uma solução que garantisse a ampla competitividade da licitação assegurando, ao mesmo tempo, a participação de empresas tecnicamente capazes de executar o contrato.

Considera que o subitem 5.1.2 do edital guarda observância ao inciso III do artigo 33 da Lei nº 8.666/93, pois prevê a somatória de quantitativos de cada consorciado, de modo que a estipulação sobre as experiências anteriores da empresa líder e da outra consorciada reafirmam a regra do mencionado dispositivo legal, ao contrário do que foi afirmado pela empresa Arvek.

Novamente defende que a estipulação editalícia visou unicamente o atendimento do interesse público, garantindo a eficiência da contratação da obra licitada, não havendo violação ao artigo 3º da norma de regência, não sendo impertinente a exigência, que assegura que o empreendimento será tecnicamente bem conduzido, não havendo nada de ilegal nas medidas adotadas que evitam a ocorrência de riscos, sobretudo considerando o porte da obra licitada, cujo valor foi estimado em R\$102.265.293,62.

Quanto às condições de liderança impostas à empresa responsável pelo consórcio, entende que restaram atendidos os preceitos do inciso III do artigo 33 da Lei de Licitações que permite tal fixação, observando que à empresa líder foram selecionadas as parcelas referentes às obras civis (*execução de eclusa, escavação de carga de material de 1ª e 2ª categoria*) e concreto estrutural, ao passo que à outra consorciada, foi exigido sistemas eletromecânicos e a instalação de comportas, demonstrando que a administração além de garantir a segurança do empreendimento visou à competitividade da licitação.

Elabora, ainda, uma distinção entre as comprovações exigidas das consorciadas, enfatizando que à empresa líder foi determinado à comprovação “obrigatoriamente” dos itens 1, 2 e 5, enquanto que a outra consorciada deverá atender “integralmente” os itens 4, 7 e 8

Também traz informação de que 11 empresas já retiraram o edital e fizeram a visita técnica, tendo havido apenas uma impugnação administrativa e essas duas representações ao edital, uma delas feita pela empresa que recorreu administrativamente, demonstrando que poucas interessadas se sentiram alijadas do certame.

Conclui requerendo a reconsideração da decisão que determinou a suspensão do procedimento, sendo julgadas improcedentes as representações formuladas.

Posteriormente, o órgão representado apresentou justificativas complementares nas quais defende que não houve exageros nas definições das exigências constantes do instrumento, informando que foi realizado levantamento básico de empresas que executaram obras da mesma natureza (*obras de eclusa*), registrando-se um número razoável de qualificadas que relaciona, totalizando 15 (*quinze*) empresas.

Também relaciona nominalmente as empresas que fizeram a visita técnica até a data do adiamento da licitação.

Manifestando-se sobre os aspectos técnicos da matéria, a correspondente Assessoria de ATJ considera que são procedentes os reclamos aduzidos.

Para aquele órgão opinativo: *“(...) o objetivo maior do consórcio é somar forças para obtenção de um resultado, face a dimensão deste. No caso em tela, a contratante determinou que em caso de consórcios fica a cargo da empresa líder com o atendimento dos itens 1, 2 e 5, e a empresa consorciada deverá atender integralmente no mínimo os itens 4, 7 e 8.*

A meu ver, entendendo como restritiva tal exigência, o objetivo maior do consórcio é a associação de empresas especializadas para execução de um projeto de grande porte, portanto vejo que a contratante quer estabelecer um novo tipo de consórcio, em que caberiam parcelas a cada uma, o que não parece nem um pouco razoável.

Se a obra é definida como de alta complexidade, como alega a contratante, a ponto de elencar uma série de riscos em suas justificativas, que faça exigências técnicas capazes de uma avaliação técnica e objetiva, e não de restrição”.

A seu turno, a ilustre Chefia de ATJ firma posição no sentido da procedência parcial das representações.

Entende que as exigências de qualificação técnica dos consórcios devem recair indistintamente sobre as empresas consorciadas, acolhendo, pois, os reclamos suscitados a esse respeito.

De outra parte, considera que as definições das parcelas de maior relevância no caso concreto não aviltaram o entendimento consolidado na Súmula 30 desta Corte.

Ao contrário, no entanto, a d. PFE entende que as Representações se mostram improcedentes, restando justificadas pela origem as previsões constantes do edital.

No mesmo sentido foi a posição adotada pelo Ministério Público de Contas, que ressalta a complexidade do objeto licitado que torna o

procedimento ainda mais específico, justificando-se, a seu ver, o regramento exigido para a qualificação técnica das proponentes.

A SDG também propugna pela improcedência das Representações, amparando suas conclusões em precedentes jurisprudenciais que analisaram questões atinentes à participação de consórcios em licitações e exigência de experiência anterior em serviços específicos.

É o relatório.

TRIBUNAL PLENO – SESSÃO DE 06/02/13 – EXAMES PRÉVIOS DE EDITAL

- Processos:** 1386.989.12-3
1402.989.12-3
- Representantes:** - ARVEK Técnica e Construções Ltda., por seu procurador Edwin Rodriguez Flores.
- Construtora Gomes Lourenço S.A., por seu representante legal, Oswaldo Luiz Garcia Álvares
- Representada:** Secretaria de Logística e Transportes – Departamento Hidroviário
Diretor do Departamento Hidroviário: Casemiro Tércio Carvalho
Secretário de Estado: Saulo de Castro Abreu Filho
- Assunto:** Representações formuladas contra o edital da Concorrência DH-60/2012, do tipo menor preço, destinada à contratação de empresa de engenharia para a execução das obras da eclusa da barragem da Penha.

Senhor Presidente, Senhores Conselheiros, Senhor Procurador do Ministério Público de Contas, Senhor Procurador da Fazenda Estadual,

Consoante relatado, os aspectos de impropriedade suscitados pelas representantes incidem sobre as regras definidas para a participação de consórcios no procedimento e os requisitos de qualificação técnica exigidos, inclusive no que diz respeito às comprovações a serem efetivadas por aqueles que participem em regime consorcial.

Em outras palavras, as impugnações contestam o disposto na alínea 'a' do subitem 2.2¹, por afastar do procedimento consórcios formados por mais de 02 (*duas*) empresas e, as disposições contidas no subitem 5.1.2² e alíneas, que disciplinam a experiência anterior a ser demonstrada por todos os interessados.

¹ 2.2 Não poderão participar da presente licitação:

a) Consórcios formados por mais de 02 (*duas*) empresas;

(...)

² 5.1.2 – QUALIFICAÇÃO TÉCNICA

O exame dos elementos que compõem o processado e, a cotização entre os argumentos apresentados pelas impugnantes e aqueles encartados pela defesa permitem antecipar conclusões para consignar que o meu posicionamento sobre as questões propostas não difere daquele externado pela d. PFE, pelo Ministério Público de Contas e por SDG, no sentido da improcedência das Representações.

Quanto à participação de empresas em consórcio, antes de tecer quaisquer comentários sobre as regras do edital, se faz necessário remeter considerações ao regramento estabelecido na norma de regência, em especial o artigo 33 da Lei nº 8.666/93, que condensa os preceitos básicos da tratativa da matéria:

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

I - comprovação do compromisso público ou particular de constituição de consórcio, subscrito pelos consorciados;

II - indicação da empresa responsável pelo consórcio que deverá atender às condições de liderança, obrigatoriamente fixadas no edital;

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

Os documentos a seguir, devem ser apresentados pela PROPONENTE, como empresa isolada ou, no caso de consórcio, por todas as empresas consorciadas, inclusive a empresa líder (alínea "a"), admitindo-se o somatório dos quantitativos de cada consorciado, no que respeita à comprovação da execução dos serviços (alíneas "b" e "c"):

(...)

b.1) Será admitida a comprovação de aptidão através de atestado(s) referente(s) a obras fluviais e serviços de características semelhantes ao objeto do edital, de forma a atender aos seguintes itens, conforme tabela abaixo:

Item	Descrição	Quantidades Mínimas
1	Execução de Eclusa com dimensões mínimas da câmara de 110m de comprimento x 12,0m de largura e desnível mínimo de 6,0m	Qualitativo
2	Escavação e carga material de 1ª e 2ª categoria	180.000m ³
3	Transporte de materiais de 1ª e 2ª categoria	2.200.000 m ³ x Km
4	Enrocamento	2.700 m ³
5	Concreto estrutural com Fck 20Mpa.	21.000 m ³
6	Escavação de material de 3ª categoria a fogo	12.000 m ³
7	Montagem de comporta dupla com seção total maior ou igual a 90 m ²	01 um
8	Montagem de sistema de enchimento e esvaziamento de câmara hidráulica	Qualitativo

b.1.1) Para a comprovação individual de cada um dos itens, será aceito a somatória de atestados, devendo obrigatoriamente estar incluído 01 (um) atestado, no mínimo, com quantidade de serviço equivalente a 60% das quantidades estipuladas.

b.2) Em caso de consórcios:

b.2.1) A empresa líder deverá atender obrigatoriamente os itens 1, 2 e 5;

b.2.2) A empresa consorciada deverá atender integralmente, no mínimo, os itens 4, 7 e 8.

(...)

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;

IV - impedimento de participação de empresa consorciada, na mesma licitação, através de mais de um consórcio ou isoladamente;

V - responsabilidade solidária dos integrantes pelos atos praticados em consórcio, tanto na fase de licitação quanto na de execução do contrato”.

Inegável que as expressões utilizadas pela norma nesse aspecto específico, em especial a sentença “quando permitida” grafada no caput do aludido dispositivo, induz uma presunção de que é faculdade da Administração permitir ou não a participação de consórcios em procedimentos licitatórios.

Com efeito, se assim decidir o administrador, as regras concretas do procedimento não poderão se afastar da sistemática prevista nos incisos e parágrafos do mencionado artigo.

O exame de alguns julgados desta Corte nos permite afirmar que este Tribunal tem posição firme nesse sentido, prestigiando essa interpretação que confere ao Poder Público avaliar a conveniência e oportunidade de permitir ou não a participação de consórcios em determinado procedimento.

É claro que a definição desse aspecto passa por uma observância aos preceitos inscritos no artigo 3º da norma, que traduz os princípios básicos da licitação, capitulando dentre eles o da ampla competitividade, que atua em favor da Administração, permitindo que se obtenha a contratação de melhor serviço ou produto dentro de padrões razoáveis de economicidade.

Aplicando-se essas ideias ao caso concreto, não me parece desarrazoada a limitação do número máximo de 02 (dois) consorciados, prevista no instrumento, porquanto essa definição parte de um juízo de discricionariedade que, somente não teria efeito, com a demonstração efetiva de que a opção do órgão promotor da licitação é desmedida e prejudicial à competitividade.

Esta interpretação encontra esteio em decisões desta Casa, das quais permito citar o julgamento dos Processos 160.989.12-5, 178.989.12-5 e 184.989.12-7³, de relatoria do eminente Conselheiro Robson

³ Tribunal Pleno – Sessão de 14/03/12

Marinho, sendo de interesse a transcrição do seguinte trecho do voto condutor da decisão:

“Desnecessárias maiores delongas acerca da limitação a duas empresas que poderão se consorciar, por se tratar de prerrogativa afeta ao juízo discricionário da Administração.

Aliás, se é certo afirmar que até a proibição da participação de consórcios no certame é possível, sob a égide da discricionariedade do Administrador, aliada ao permissivo legal disciplinado no art. 33 da Lei federal nº 8.666/93, antagonizaria este entendimento caso não se admitisse a limitação quanto ao número de seus membros, pelo Órgão licitante.

Podem-se citar, como exemplo de precedentes neste sentido, as decisões emanadas pelo Tribunal Pleno contidas nos TC-9023/026/11, TC-9582/026/11, TC-12945/026/11, TC- 13245/026/11, TC-13759/026/11 (sessão de 27/7/2011, sob a relatoria do e. Conselheiro Antonio Roque Citadini), TC-5563/026/11, TC-6034/026/11 e TC-6115/026/11 (sessão de 13/4/2011, de relatoria do e. Conselheiro Renato Martins Costa)”.

O entendimento descrito se reveste de uma lógica relevante, na medida em que, se é facultado à Administração permitir ou não a participação de consórcios na licitação, a possibilidade de definição do número de consorciados estaria embutida nessa faculdade, sendo dela decorrente, situação que nos leva a avaliar a matéria segundo as nuances que apresenta.

Fiz questão da referência ao caso concreto porque entendo que a contratação que ora se pretende autoriza a distinção feita pelo instrumento que, a meu ver, busca um melhor atendimento do interesse público envolvido, sendo relevante assinalar esse aspecto, que também se relaciona aos outros quesitos encaminhados.

Assim, observo que o objeto posto em disputa consiste na construção de uma eclusa no Rio Tietê, a qual será executada em uma barragem (*Barragem da Penha*), que irá manter seu funcionamento durante a construção.

Trata-se de obra de engenharia que revela complexidade, pois compreende uma estação elevatória no curso do rio, permitindo sua navegabilidade no trecho por ela afetado.

Embora não se possa conferir um caráter de ineditismo à obra, tendo em perspectiva que a própria defesa elaborou rol de 15 (*quinze*) empresas com experiência em empreendimentos da espécie, é interesse da

Administração que esta seja executada por quem possua uma expertise no assunto, visando com isso evitar prejuízos não só ao patrimônio estatal como à população eventualmente afetada.

Nesse aspecto, chamo a atenção para as ponderações do Procurador do Ministério Público de Contas que oficiou nos autos, no sentido da necessidade de que a obra preserve as características da barragem existente, que se encontra em funcionamento, ressaltando, ainda, as questões ambientais envolvidas em sua execução, que exigem uma maior cautela no exame do ato convocatório, a fim de evitar dano irreparável ao meio ambiente.

Entendo correta a posição adotada pelo membro do *Parquet*, que traduz um justificado receio que a execução defeituosa do empreendimento possa vir a causar prejuízos, tanto ao patrimônio público, como à população da cidade e ao meio ambiente.

Por essas razões, considero que o regramento do edital quanto à participação de consórcios, definindo sua composição e comprovações exigidas de seus membros, possa ser aceito na medida em que restou justificado pela complexidade e relevância da obra ser a executada.

Assim, entendo que possa ser aplicada ao caso concreto uma interpretação ampliada e racionalizada do artigo 33 da Lei nº 8.666/93, a exemplo daquela conferida à análise de precedente jurisprudencial desta Corte nos Processos TC-7832/026/07 e TC-9064/026/07 de relatoria do eminente Conselheiro Cláudio Ferraz de Alvarenga, citados por SDG, julgados por este Tribunal Pleno na Sessão de 13/06/07, permitindo-me transcrever o seguinte trecho do voto condutor da decisão:

“Estou seguro, outrossim, de que são improcedentes as increpações:

a) das representações de SPL – CONSTRUTORA E PAVIMENTADORA LTDA. (TC-7832), REK CONSTRUTORA LTDA. (TC-8007) e ROBERTO ISSAMU KISHI (TC-9064), quanto ao regramento da participação de consórcios na licitação (v. Relatório deste Voto, item 1.3, “a” e “b”, item 1.4, “a”, e item 1.5, “e”).

Sendo livre à Administração, respeitado o postulado isonômico (ver, expressando princípio geral, Lei n. 8.666/93, artigo 3º, caput), decidir se pedirá propostas de celebração do contrato a empresas individualmente consideradas ou reunidas em consórcio (v. Lei n. 8.666/93, artigo 33, caput, verbo: “permitida”), disso infiro que não se lhe pode obstar a emissão de diretrizes acerca dos consórcios que tem em mente: seu número mínimo ou máximo de integrantes, a

qualificação requerida de seu líder, a natureza das atividades a que se há de dedicar predominantemente cada qual das empresas consorciadas, o grau de sua experiência no envolvimento com o objeto da licitação, a dimensão de seu poderio econômico-financeiro para fazer face à execução contratual e, bem assim, diante da solidariedade legalmente programada, como será implementada a correspondente garantia. Se a Administração optasse, como lhe permite a Lei, por não admitir a participação de consórcios, as restrições seriam sempre maiores".(grifei)

O entendimento acima transcrito pode incidir por completo na situação vertente, uma vez que o edital em questão definiu uma limitação do número de 02 (dois) consorciados, impondo que o líder apresente comprovação de experiência anterior específica e obrigatória na execução de eclusa e demais obras civis (escavação e carga material de 1ª e 2ª categoria e concreto estrutural com Fck 20Mpa), relegando à outra consorciada o atendimento integral das partes da obra relacionadas ao Enrocamento; Montagem de comporta dupla com cessão total maior ou igual a 90m² e montagem de sistema de enchimento e esvaziamento de câmara hidráulica, conforme disciplinado no subitem 5.1.2 do instrumento.

Conforme explicou a defesa, a divisão se baseou em critérios técnicos, destinando à líder comprovações atinentes às obras civis e à outra consorciada, sistemas eletromecânicos e a instalação de comportas, comprovações que neste caso podem advir de outros empreendimentos como o de barragem.

Com essas definições o instrumento atribui uma responsabilidade maior a líder do consórcio que deverá ter experiência na parte mais relevante da obra, que é a execução da eclusa propriamente dita, diminuindo dessa forma o risco envolvido na contratação.

Sobre esse ponto de vista me parecem aceitáveis as definições do edital e as justificativas encaminhadas pela defesa no tocante a participação de consórcios, restando avaliar o mérito das comprovações exigidas.

Como bem assentou o Ministério Público de Contas, um exame preliminar do instrumento estaria a indicar uma potencial violação aos preceitos da Súmula 30⁴ deste Tribunal, ante a exigência de qualificação técnica em atividade específica, qual seja a execução de eclusa.

⁴ SÚMULA Nº 30 - Em procedimento licitatório, para aferição da capacitação técnica, poderão ser exigidos atestados de execução de obras e/ou serviços de forma genérica, ficando vedado o estabelecimento de apresentação de prova de experiência anterior em atividade específica, como realização de rodovias, edificação de presídios, de escolas, de hospitais, e outros itens.

A análise dessa questão me faz concordar com o MPC que essa aparente violação não se verifica de forma efetiva, dada a relevância e objetivos da comprovação exigida que permite inferir que o entendimento consolidado no enunciado visa coibir a exigência de comprovações desnaturadas que apenas restrinjam a competitividade do procedimento.

No caso concreto, restou demonstrada que a experiência exigida possui fundamento e razoabilidade, conforme explicitado anteriormente, tendo em vista a complexidade que caracteriza o objeto pretendido, sobretudo por sua execução em barragem em funcionamento.

Novamente utilizo-me de precedente jurisprudencial deste Tribunal, como a decisão desta Corte no Processo TC-21562/026/05⁵, que em situação análoga de comprovação específica, não identificou violação aos preceitos da lei a imposição de uma justificada exigência de comprovação de anterior, notadamente em função da peculiaridade do serviço pretendido, que naquele caso era a reforma de hospital sem a interrupção de seu funcionamento, sendo de rigor anotar as considerações formuladas pelo eminente Relator, Conselheiro Robson Marinho, que assim ponderou:

“O risco de graves prejuízos para a saúde de pacientes e de funcionários do hospital que, sem interrupção das atividades rotineiras, será submetido a reforma e ampliação justifica por si só o cuidado da Administração, transparente na exigência de que o proponente demonstre ter experiência na execução de serviços de engenharia desenvolvidos em circunstâncias análogas às mencionadas. Não há, pois, ofensa à letra da Lei exigir, como o fazem os itens 8.3.2. e 8.3.3, que a experiência prévia se vincule especificamente à “construção e/ou ampliação de edificação hospitalar”, ademais “sem interrupção de funcionamento e com isolamento de contaminação hospitalar”.

Embora o aludido precedente, que também foi citado pelo Senhor Secretário-Diretor Geral, tenha sido julgado anteriormente a edição da Súmula nº 30 o entendimento ali adotado reassalta o caráter de legalidade de exigências da espécie devidamente justificadas, o que é amparado pelos preceitos do enunciado, que também regula a aplicabilidade da norma.

⁵ Tribunal Pleno – Sessão de 17/08/05

Não fosse por isso, SDG também traz à colação julgados que rechaça violação aos preceitos da Súmula, quando a situação “*in concreto*” justifica exigências específicas (TC-31768/026/09).

Além desses aspectos, convém anotar que as justificativas apresentadas pela defesa cuidaram de esclarecer as questões relacionadas ao somatório de atestados e quantitativos de comprovação de cada consorciado que, como constatado pelo Ministério Público de Contas, respeitaram os preceitos da Súmula nº 24 deste Tribunal, restando também afastada, a alegação de exigência de mais de um atestado para cada item.

Pelas ponderações aqui feitas, relacionadas ao caráter de complexidade da obra pretendida, aliadas a informação constante dos autos de que 15 (*quinze*) empresas possuem expertise para realização da obra e a retirada do edital e efetivação da visita técnica por 10 (*dez*) interessados, entendo que devem prevalecer as regras do edital na forma inicialmente concebidas.

Não obstante, animo-me a fazer uma recomendação ao órgão promotor do certame para que tenha ciência de que o recrudescimento das regras de participação na licitação, por si só não é garantia de que a obra se executará de forma satisfatória e sem riscos, isto porque o atingimento desses objetivos passa diretamente pelo exercício constante do poder fiscalizatório da Administração na execução do empreendimento, não devendo esta se eximir de tal obrigação, sob pena, de ser responsabilizada.

Em razão de todo o exposto, como já antecipei, diante das peculiaridades que constituem o objeto pretendido, meu voto acompanha as manifestações da d. PFE, do Ministério Público de Contas e da Secretaria-Diretoria Geral no sentido da improcedência das Representações formuladas.

Expeçam-se os ofícios necessários, encaminhando-se os autos, em seguida, à Diretoria competente da Casa para anotações.

É como voto.