RELATÓRIO DE INSTRUÇÃO DE RECURSOS ADMINISTRATIVOS

DA: COMISSÃO DE LICITAÇÃO

PARA: SUPERINTENDENTE DE OBRAS/DEOB
DIRETOR DE ENGENHARIA E MEIO AMBIENTE

ASSUNTO: INSTRUÇÃO DE RECURSOS ADMINISTRATIVOS - FASE DE ANÁLISE DA DOCUMENTAÇÃO DE HABILITAÇÃO

REFERENTE: CONCORRÊNCIA INTERNACIONAL Nº 010/DALC/SBCF/2010

OBJETO: CONTRATAÇÃO DAS OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA PARA REFORMA, AMPLIAÇÃO E MODERNIZAÇÃO DO TERMINAL DE PASSAGEIROS DO AEROPORTO INTERNACIONAL TANCREDO NEVES – CONFINS.

RECORRENTES:

1. Consórcio RCI, formado pelas empresas Construtoras RV Ltda - CNPJ Nº 36.768.943/0001-06, Convap Engenharia e Construções S/A - CNPJ Nº 17.250.986/0001-50, e IC Supply Engenharia Ltda. - CNPJ Nº 32.596.173/0001-00.

2. Consórcio MARQUISE/NORMATEL, formado pelas empresas Construtora Marquise S/A - CNPJ Nº 07.950.702/0001-85 e Normatel Engenharia Ltda - CNPJ Nº 05.353.545/0001-03;

RECORRIDA:

1. Consórcio SHFC CONFINS, formado pelas empresas Serveng Civilsan S/a - Empresa Associados de Engenharia - CNPJ Nº 48.540.421/0001-31, Heleno & Fonseca Construtécnica S/A - CNPJ Nº 61.573.184/0001-73 e Consbem Construções e Comércio Ltda - CNPJ Nº 61.776.399/0001-91.

Prezados Senhores,

Trata-se de instrução de recursos administrativos interpostos pelos consórcios participantes acima relacionados contra o resultado atinente ao julgamento dos DOCUMENTOS DE HABILITAÇÃO, constante do parecer técnico apenso a Ata de Julgamento da Comissão de Licitação, o qual foi publicado no Diário Oficial da União do dia 19/05/2011, Seção 3, página 3.

Apresentamos, ao longo deste relatório, o histórico, as argumentações apresentadas pelas RECORRENTES e RECORRIDA, a análise técnica, bem como, o exame e a opinião desta Comissão à luz das condições insculpidas no instrumento convocatório.

I - HISTÓRICO

O Edital da Concorrência em destaque estabeleceu para efeito de habilitação das licitantes a adoção dos critérios de avaliação a seguir, entre outros:

(...)

5.6 A comprovação do atendimento das exigências habilitatórias de que tratam os artigos 42, 44 e 45 do REGULAMENTO, poderá ser feita das seguintes formas:

(...)

5.6.1.2 a licitante deverá possuir capital igual ou superior a 10% **do valor estimado desta licitação**. No caso de consórcio, será admitido o somatório dos valores de cada consorciado, na proporção de sua respectiva participação. (GRIFO NOSSO)

5.6.1.2.1 **em se tratando de Consórcio, fica estabelecido um acréscimo de 30% (trinta por cento) dos valores exigidos para a licitante individual, admitindo-se, porém, o somatório dos valores de cada consorciado, na proporção de sua respectiva participação**. (GRIFO NOSSO)

(...)

No que concerne ao julgamento dos documetnos de habilitação, o edital estabeleceu os seguintes procedimentos:

(...)

8. DA ABERTURA E DO JULGAMENTO DOS DOCUMENTOS DE HABILITAÇÃO

8.5 Será inabilitada a licitante que:

a) deixar de apresentar qualquer documento exigido ou apresentá-lo em desacordo com as exigências do presente Edital e seus Anexos;
b) afrontar qualquer condição editalícia;
c) ...

(...)

Por sua vez, o julgamento dos Documentos de Habilitação foi proferido consubstanciado em parecer exarado pelos membros técnicos indicados pela Unidade Organizacional Requisitante, cujo mister é a responsabilidade pela análise da documentação habilitatória que foram apresentadas.

II - DOS RECURSOS

2.1. RECURSO INTERPOSTO PELA LICITANTE CONSÓRCIO RCI, formado pelas empresas Construtoras RV Ltda - CNPJ Nº 36.768.943/0001-06, Convap Engenharia e Construções S/A - CNPJ Nº 17.250.986/0001-50, e IC Supply Engenharia Ltda. - CNPJ Nº 32.596.173/0001-00

2.1.1. Razões do Recurso Interposto (em síntese):

Informa que sua inabilitação ocorreu por desatendimento do item 8.5, alínea "a" do edital nos seguintes termos: "*por ter deixado de comprovar que as licitante Construtora RV Ltda. e IC Supply Engenharia Ltda possuem capital social individual a proporção de sua respectiva participação na Constituição do Consórcio, nos termos previstos no subitem 5.6.1.2.1 do Edital, conforme relatório em anexo*".

Declara que "... a base de cálculo utilizada para comprovar se as empresas que compõem o consórcio ora Recorrente possuem capital social individual a proporção de sua respectiva participação, fora absolutamente equivocado".

Transcreve trecho da obra de Marçal Justen Filho acerca do art. 33, inciso III no que se refere à qualificação econômico-financeira:

> "Como anotado anteriormente, o problema fundamental reside no trecho – proporção de sua respectiva participação. A dificuldade deriva da redação esdrúxula, que não indica claramente a base de cálculo sobre a qual se aplicaria a proporção. Ou seja, respectiva participação em quê? A única resposta plausível é: no consórcio. Afinal, cada consorciado participa em comum com os demais consorciados, do consórcio. Não haveria outra resposta que fizesse sentido, senão essa. Logo, deve-se ler o texto examinado tal como estivesse redigido "... o somatório dos valores de cada consorciado, na proporção da respectiva participação no consórcio". **Por decorrência, o percentual de participação do consorciado será aplicado sobre os valores que ele apresentar em sua contabilidade ou outros documentos. Assim, se o licitante for titular de 20% do consórcio deverão ser considerados – para fins de somatório – os montantes correspondentes a 20% dos valores de que o licitante dispuser do como patrimônio ou capital social**." (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários a Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 14. Ed. São Paulo: Dialética, 210, p. 501.

Destaca que a Lei Nacional de Licitações "é taxativa ao dispor, (...) que o exame da qualificação econômico-financeira dos Consórcios dar-se-á através do **somatório dos valores/quoeficientes econômico-financeiros de cada uma das empresas consorciadas**, o que é calculado de acordo com a proporcionalidade de participação destas **no Consórcio e aplicado sobre o capital social de cada empresa consorciada.**"

Infere que o subitem 5.6.1.2 e 5.6.1.2.1. do Edital que os consórcios deveriam apresentar "capital igual ou superior a 10% do valor estimado desta licitação" acrescido de 30% sobre este valor, "admitindo-se, porém o somatório dos valores de cada consorciado, na proporção de sua respectiva participação". Assim, a recorrente conclui "somando a participação de cada consorciada no Consórcio (expressa em porcentagem), multiplicado pelos seus respectivos capitais sociais, o Consórcio deveria alcançar valor equivalente ou superior a 10% do valor estimado da licitação em questão, com o acréscimo de 30%, o que de fato fora atendido pelo Recorrente."

Argumenta que, "seguindo **estritamente** a disposição editalícia, (...) aplicou o percentual de participação de cada consorciada sobre o seu capital social, perfazendo o valor total de R$ 48.623.027,90, logo, superior ao valor de R$ 30.897.282,24, (...)."

Traz em sua peça recursal a seguinte composição de seu Consórcio RCI, a saber:

Valor da obra: R$ 237.671.401,85 (100%)
Licitante individual (capital social igual ou superior): R$ 23.767.140,18 (10%)
Empresas consorciadas (acrescido de 30% sobre o valor exigido da licitante individual): R$ 30.897.282,24

Empresas Consorciadas	Capital Social	Participação	Comprovação
Convap Engenharia e Construções S/A	R$ 95.384.506,44	45,00%	R$ 42.923.027,90
Construtoras RV Ltda	R$ 12.000.000,00	45,00%	R$ 5.400.000,00
IC Supply Engenharia Ltda	R$ 3.000.000,00	10,00%	R$ 300.000,00
			R$ 48.623.027,90

Argui que a Comissão de Licitação para calcular se os consórcios atendiam as premissas do Edital "aplicou o percentual de participação de cada empresa consorciada sobre o valor de R$ 30.915.054,02". Defende o entendimento de que "o cálculo do capital do consórcio **é absurdo, eis que a base de cálculo, conforme expressamente mencionado no edital e na própria lei de licitações, deve ser o capital social das empresas consorciadas, até porque não houve qualquer disposição contrária, o que fere o princípio da vinculação do edital**". "Desta forma, (...) o percentual de participação de cada consorciada não fora aplicado sobre os capitais sociais da mesma, mas sim sobre uma base de cálculo sem qualquer previsão editalícia e legal, o que além de ferir o princípio da legalidade, mina também a competitividade." "Ademais, (...) quem tem que atender aos patamares/quoeficientes consagrados no Edital é o Consórcio como um todo e não as Consorciadas isoladamente consideradas, como restou consagrado no seio da decisão recorrida."

"Acresça-se a tal fato, que a Lei 8.666/93 consagrou a responsabilidade solidária das empresa consorciadas, ou seja, se as empresas consorciadas são solidariamente responsáveis pelo empreendimento, não importa a posição patrimonial individual e isolada de cada empresa, uma vez que todas são responsáveis pelo empreendimento, em sua totalidade."

"(...) Em nenhuma hipótese, há de se admitir que sejam solicitados atendimentos editalicios das consorciadas isoladamente consideradas, se estes integram uma estrutura de Consórcio."

Aponta a recorrente que "momento algum fora consignado expressamente que para alcançar o valor que o consórcio deveria possuir para obter a sua qualificação econômico-financeira, o percentual que deveria se ter como base de cálculo era o valor de 10% sobre o valor estimativo do contrato acrescido de 30%, **motivo pelo qual a utilização deste critério se torna inadmissível e ilegal, vez que os temos do edital são vinculativos**."

Por derradeiro, espera o conhecimento e o provimento do recurso, e, no mérito, julgado totalmente procedente para declarar nula a decisão que inabilitou o recorrente, por manifesta afronta ao disposto na Lei 8.666/93, em sua art. 33, III, garantindo-se a habilitação do Consórcio RCI à fase subsequente do certame.

2.1.2. Tempestividade:

Tendo sido protocolada em 25/05/2011, sob o registro nº 12871, TEMPESTIVA é a peça recursal. Portanto, esta Comissão de Licitação CONHECE do RECURSO ADMINISTRATIVO interposto, com base no Art. 109, Inc. I, da Lei n.º 8.666/93.

2.1.3. Contrarrazões apresentadas pelo Consórcio Marquise /Normatel:

A recorrida destaca que a inabilitação da recorrente (Consórcio RCI) é justa e legal, por entender que as empresas Construtora RV ltda e IC Suplly Engehria Ltda "*de fato não atendem às exigências editalícias por não possuírem capital social proporcional a sua participação no consórcio*".

"Fácil se constatar que para atender ao disposto no item 5.6.1.2 combinado com o subitem 5.6.2.1, a empresa que particia de consórcio na proporção de 45% (...) como é o caso da Construtora RV Ltda deveria possuir capaital de no mínimo R$ 13.903.777,01 (...), e somente comprovou R$ 12.000.000,00 (...), já a empresa IC Suplly Engenhria Ltda que participa na proporção de 10% (...) deveria possuir capital de no mínimo R$ 3.089.728,22 (...) e somente comprovou R$ 3.000.000,00 (...), o que convenhamos, longe está de atender a exigência de capacidade financeira a que o edital se refere e da maneira redacionada no ato convocatório".

"Em caso análogo, decidiu o TJ/RJ (Processo Administrativo TJRJ nº 4.273) que "o art. 41 da Lei nº 8.666/93 é peremptório no comando que dirige à Adminsitração, que 'não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada'. Na hipótese, o edital estampou, expressamente, a fórmula a ser observada para o cálculo do índice de endividamento ... Não pode a Administração, para atender aos interesses de um dos licitantes, alterar a fórmula, que significaria alterar o edital, com violação da lei e afronta ao direito dos demais competidores".

"Portanto, a tentativa do citado Consórcio em alterar a interpretação do edital, para habilitar-se em dissonância com as exigências do ato convocatório, não prosperou ante ao iminente risco de contratação de um consórcio que não apresenta capacidade financeira suficiente para prosseguir no certame".

2.2. RECURSO INTERPOSTO PELA LICITANTE CONSÓRCIO MARQUISE/NORMATEL, formado pelas empresas Construtora Marquise S/A - CNPJ Nº 07.950.702/0001-85 e Normatel Engenharia Ltda - CNPJ Nº 05.353.545/0001-03

2.2.1. Razões do Recurso Interposto (em resumo):

A recorrente contesta a habilitação do Consórcio SHFC CONFINS por, segundo seu entendimento, "não apresentou, nos seus Cadernos referentes à qualificação técnica, atestado de capacidade técnico-operacional comprovando a exigência edilícia constante do subitem g.4 (...), ou se apresentou, apresentou incompleto em seu ponto mais relevante, haja visto não haver sido comprovado o comprimento das esteiras de transporte automatizado no total de 179m (...), ficando omisso e portanto configurando flagrante desatendimento à regra imposta para lograr êxito na fase de habilitação do certame."

Transcreve a resposta à 30ª pergunta do Esclarecimento de Dúvidas nº 001LCI/2011 postada no site de licitações da Infraero:

> "O edital em referência, no item 5.5, letra G e G.4, apresentam a seguinte redação: g) atestado(s) de capacidade técnico-operacional (em caso de consórcio, de quaisquer das empresas que o compõem) devidamente registrado(s) no CREA da região onde os serviços foram executados, acompanhados(s) da(s) respectiva(s) Certidão(ões) de Acervo Técnico – CAT, expedida(s) por esses Conselhos, que comprove(m) que a licitante tenha executado, para órgão ou entidade da administração pública direta ou indireta, federal, estadual, municipal ou do Distrito Federal, ou ainda para empresa privada, obras/serviços de características técnicas similares às do objeto da presente licitação, não se admitindo atestado(s) de fiscalização, supervisão ou coordenação da execução de obras/serviços, (exceto para as sub-alíneas "g.3", "g.4" e "g.5") cujas parcelas de maior relevância técnica e de valores significativos são: g.4) instalação, ou gerenciamento da instalação, de sistema e equipamentos eletromecânicos para esteira de transporte automatizado, no mínimo de 179m, o que representa aproximadamente 30% dos serviços estimados.

Desta forma, para atendimento as exigências editalícias, no que trata o item 5.5 letra G.4, entendemos que, serão aceitos atestados de instalações ou gerenciamento das instalações de esteiras automatizadas , para transportes de diversos materiais, com na extensão mínima de 179 metros. Está correto nosso entendimento?

RESPOSTA

Sim. Serão aceitos desde que reservadas as características técnicas no tocante à similaridade do atestado constante no Edital."

Declara acertada a inabilitação do Consórcio RCI, formado pelas empresas Construtoras RV Ltda, Convap Engenharia e Construções S/A e IC Supply Engenharia Ltda efetivada pela Comissão de Licitação em respeito ao princípio da vinculação ao edital.

Por fim, pede a inabilitação do Consórcio SHFC CONFINS e a mantença da inabilitação do Consórcio RCI.

2.2.2. Tempestividade:

Tendo sido protocolada em 27/05/2011, sob o registro nº 13048, INTEMPESTIVA, é a peça recursal. Entretanto, a Comissão de Licitação em respeito aos princípios administrativos, em especial o da EFICIÊNCIA, prestará os esclarecimentos necessários a recorrente.

2.2.3. Contrarrazões apresentadas pelo Consórcio SHFC CONFINS:

A recorrida alega absoluta improcedência das alegações da recorrente uma vez que "cumpriu integralmente as exigências de qualificação técnico-operacional solicitada pelo Edital, notadmente no que respeita aos serviços de instalação ou gerenciamento de instalação de esteira de transporte automatizado de pelo menos 179m. e todas estas comprovações encontram-se em <u>três atestados</u> acostados aos documentos apresentados na licitação".

Para tanto, descreve, detalhadamente, os atestados aqui questionados pela recorrente, inclusive, anexa plantas de memória de cálculo das obras/serviços que comprova a veracidade da contestação oferecida, e, ao final, remata a completude da atestação preceituada pelo instrumento convocatório.

2.2.4. Contrarrazões apresentadas pelo Consórcio RCI

A recorrente, em sua defesa, reafirma que "em cumprimento às disposições constantes no Edital (...), apresentou toda a documentação necessária e obrigatória para fins de habilitação (...)".

"(...) a base de cálculo utilizada para comprovar se as empresas que compõem o CONSÓRCIO RCI possuem capital social individual a proporção de sua respectiva participação, fora absolutamente equivocado, não sendo, portanto, respeitado o princípio da vinculação do edital, tão suscitado pelo Recorrente no recurso que ora se rebate".

Declara, em sede de preliminar, a intempestividade do recurso da licitante CONSÓRCIO MARQUISE/NORMATEL, uma vez que o protocolo do recurso consta a data de 27 de maio de 2011, ou seja, "um dia após o prazo final para a apresentação de eventual reurso administrativo".

Destaca que o Consórcioo RCI "possui absoluta capacidade financeira para prosseguir no presente certame (...) muito mais que diversos Consórcios habilitados, cujos capitais sociais se somados como um todo ainda assim perfazem valor menor ao do Consórcio Recorrido. Desta feita, considerando que a Lei 8.666/93 consagrou a responsabilidade solidária das empresas consorciadas, ou seja, se as empresas consorciadas são solidariamente responsáveis pelo empreendimento, não importa a posição patrimonial individual e isolada de cada empresa, uma vez que todas são responsáveis pelo empreendimento, em sua totalidade, **não há qualquer risco para os Contratantes no caso de eventual contratação com o Consórcio RCI**".

No mais, transcreve partes de sua peça recursal para contestar a recorrente CONSÓRCIO MARQUISE/NORMATEL.

2.2.5. Tempestividade:

Tendo sido protocolada em 31/05/2011, sob o registro nº 13327, TEMPESTIVA é a peça contendo as contrarrazões. Portanto, esta Comissão de Licitação CONHECE das mesmas, as quais interpostas com base no Art. 109, § 3º, da Lei n.º 8.666/93.

III. DA ANÁLISE DO RECURSO INTERPOSTO PELA LICITANTE CONSÓRCIO RCI

No que se concerne aos parâmetros a serem utilizados para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, prevê o § 3º do art. 31 da Lei Nacional de Licitações: "*O capital mínimo ou o valor do patrimônio líquido a que se refere o parágrafo anterior não poderá exceder a 10% (dez por cento) do* ***valor estimado da contratação****, devendo a comprovação ser feita relativamente à data da apresentação da proposta, na forma da lei, admitida a atualização para esta data através de índices oficiais*." (grifo nosso**). Portanto, a própria norma disciplina o acréscimo monetário sobre o valor estimado pela Administração Pública**.

Assim, é compreensível enfatizar que a cláusula editalícia prevista no subitem 5.6.2.1 e sua subalínea preceituadas no instrumento convocatório aqui discutidas carregam uma interpretação de, no mínimo, capacidade econômico-financeira de cada consorciada em relação ao ônus do empreendimento a ser suportado, tendo sempre em conta o objeto a ser contratado. Portanto, as participantes devem suportar as obrigações inerentes ao universo estimado de R$ 237.671.401,85. Ou seja, se para participação individual exige-se o percentual de 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, nos termos do § 3º do art. 31 da Lei 8.666/93, não seria razoável, em caso de consórcio, alterar o entendimento, portanto, a lógica é aplicar o percentual de participação de cada consorciada sobre o valor de R$ 30.897.282,24 que corresponde ao produto de 10% (dez por cento) do valor orçado pela Infraero acrescido de 30% (trinta por cento) sobre o valor exigido da licitante individual.

A recorrente colaciona em sua peça recursal entendimento do ilustre doutrinador Marçal Justen Filho. ENTRETANTO, identificamos que tal assertiva colacionada **é posição pretérita do autor – aquela que ele já abandonou** – tópico 7.4.3.1 de sua obra atual, e que consistia em aplicar o percentual de participação do consorciado aos valores apresentados na documentação.

Por sua vez, a temática foi levada à apreciação do Tribunal de Contas da União – TCU expressa na Decisão nº 587/2001 na qual o Órgão de Fiscalização deparou-se com regra que dispunha sobre a avaliação da qualificação econômico-financeira dos consórcios. É relevante examinar essa decisão. A equipe técnica do TCU assinalou que:

> [...]
>
> "É de se observar que a formação de consórcios para participar de licitações não tem o objetivo de propiciar que empresas em situação financeira deficitária tenham acesso a competição através do 'empréstimo' da saúde financeira das outras consorciadas. É compreensível, destarte, que a Administração exija de cada consorciado nível mínimo de capacidade econômico-financeira, tendo sempre em conta o objeto a ser contratado.
>
> [...]
>
> Se tivermos, entretanto, um consórcio de 10 empresas, cada uma com participação igual a 10%, sendo que nove delas possuem um PL igual a 2000 UM enquanto a décima possui um PL de 1000 UM, esse consórcio não seria habilitado uma vez que o seu PL seria igual a 1900 UM (9x200 + 100 UM), inferior, portanto, às 2000 UM exigidas.
>
> A princípio, essa situação pareceria despropositada uma vez que 10 empresas consorciadas, com patrimônio líquido total de 19000 UM, que é quase dez vezes o mínimo exigido (2000 UM), restariam inabilitadas, enquanto qualquer das empresas desse consórcio com PL igual a 2000 UM, isoladamente, poderia seguir no certame.
>
> Mas o paradoxo é só aparente. Não se pode confundir o PL do consórcio com o PL das empresas que o compõem. Embora o PL total das empresas supere, e muito, o PL mínimo exigido para a habilitação, não se pode olvidar que a parte do PL das empresas disponível para o consórcio é inferior ao exigido, pois está limitada pela respectiva participação de cada empresa. Assim, se uma empresa participa de um consórcio em 10%, é de admitir que somente 10% do seu PL, e nada mais que isso, estaria disponível para empreender o negócio objeto do consórcio.
>
> [...]
>
> **O Ministro relator Walton Alencar Rodrigues anotou que**
>
> [...]
>
> O percentual da participação da empresa no consórcio não é o mesmo percentual de PL que a empresa compromete com o consórcio, mas, sim, o percentual do valor do PL, exigido do consórcio, é que tem de ser coberto pelo PL total da empresa. Assim, se o PL exigido do consórcio é de 2.000 UM e o percentual de participação da empresa A no consórcio é de 20%, seu patrimônio líquido terá de ser, no mínimo, 400 UM, e se for de exatamente 400 UM estará comprometendo 100% de seu PL com o consórcio e estará habilitada. Se seu PL for de 10.000 UM, estará comprometendo apenas 4% de seu PL, e estará, o consórcio, igualmente habilitado, segundo a dicção legal e o bom senso.
>
> Na verdade, o critério de PL 'disponível' para o consórcio apenas imprime confusão ao tema, já que não tem base legal e atende apenas à discussão dos autos. Somente a empresa participante do consórcio é que pode decidir quanto do seu patrimônio líquido estará disponível para o consórcio. Pode ser 100 %, pode ser 1%. O que interessa à lei e ao interesse público é que o PL da empresa seja superior à fatia de PL do consórcio pelo qual ela se responsabiliza.
>
> [...]
>
> O que a lei proíbe é que uma empresa tente figurar no consórcio com percentual superior ao permitido por sua capacidade financeira. Seria o caso, por exemplo, de empresa, com PL irrisório, pretender participar de licitação para a qual não tem capacidade financeira e formar consórcio com outra de excelente condição financeira, mas de tal modo que a de péssima saúde financeira fique com a maior parte do consórcio e a que tem condições satisfatórias fique com parcela ínfima. Isso a lei não admite, pois seria, isso sim, uma empresa deficitária tomar a saúde financeira de outra por empréstimo.

Entretanto, o critério do edital permite justamente isso, como passo a demonstrar. Se o PL exigido para o consórcio é de 2000 UM e uma empresa A, com PL de apenas 10 UM, pretender figurar com 90% em um consórcio com outra empresa B, que tem PL de 20000 UM, mas que fica com apenas 10% do consórcio. Pelo critério do DNER, previsto no edital, este consórcio estaria imediatamente habilitado, ao arrepio da lei e de qualquer lógica econômica, pois segundo esse critério o PL do consórcio seria (10 UM x 90%, empresa A) + (20.000 UM x 10%, empresa B) = 9 + 2000 = 2009 UM, que é superior a 2000 UM. Neste caso, sim, a empresa A, sem nenhuma capacidade financeira, para objeto de tal monta, toma por empréstimo a saúde financeira de outra ou, talvez pior, por aluguel, para habilitar-se na licitação e ser sócia majoritária de 90% do consórcio, enquanto a outra responderá por apenas 10% do consórcio. Essa situação, segundo entendo, feriria a lei e não poderia ser admitida, porquanto propiciatória da mercancia dos contratos públicos e da evasão de responsabilidades.

[...]

Voto do Ministro Revisor

[...]

9.De início, verifico que o texto da lei, em nenhum momento, menciona que os valores dos consorciados, a serem somados, derivarão da aplicação de percentuais a serem aplicados sobre o patrimônio líquido de cada uma das empresas integrantes do consórcio. A proporção a que se refere o texto legal, em meu entendimento, trata da parcela do patrimônio do consórcio que cada consorciado deverá demonstrar possuir. E essa parcela deve ser equivalente ao capital que cada consorciado se comprometa a integralizar. Nessa linha, o somatório das parcelas de todos os consorciados, observada a regra da proporcionalidade, equivalerá ao patrimônio total do consórcio.

10.Observe-se que a diferença fundamental entre esse entendimento e aquele defendido pelo DNER, que conta com o aval do Ministério Público, refere-se à base de cálculo sobre a qual incidirá a regra da proporcionalidade: pelo critério do DNER, a proporcionalidade será aplicada sobre o patrimônio líquido de cada consorciado; pela compreensão que agora defendo - alinhando-me ao Ministro Walton Alencar Rodrigues e à SEFID - a proporcionalidade incidirá sobre o patrimônio líquido do consórcio.

[...]

8.1. determinar ao DNER que:

8.1.6. adeqüe a alínea "d" do item 71, vindo a prever que, para efeito de qualificação econômico-financeira do consórcio, cada consorciado, individualmente, deverá ter patrimônio líquido igual ou superior à parcela do patrimônio líquido mínimo exigido no edital correspondente à sua respectiva participação na constituição do consórcio;

[...]

Decisão

O Tribunal Pleno, pelo Voto de Desempate de seu Presidente, nos termos do inciso VIII do art. 94 do Regimento Interno, e com fundamento nos arts. 1º, incisos II e IV, 5º, 43, inciso II, da Lei 8.443/92, DECIDE:

8.1. determinar ao DNER que:

8.1.11. nos próximos editais de licitação:

8.1.11.1. **altere os critérios de qualificação econômico-financeira aplicável aos consórcios, de forma a prever que cada consorciado, individualmente, comprove possuir patrimônio líquido igual ou superior à parcela do patrimônio líquido que deverá integralizar no consórcio, observado o valor mínimo de patrimônio líquido exigido no edital e sua participação no empreendimento**, (GRIFO NOSSO)

[...]

Na licitação em análise, cujo objetivo é a escolha da empresa ou consórcio que fará a reforma do Aeroporto de Confins, a INFRAERO decidiu que, no tocante à participação, seria admitido a formação de consórcios. Segundo Lucas Rocha Furtado, Procurador Geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União, na sua obra "Curso de Licitações e Contratos Administrativos*",* página 249*, in verbis:*

> *"Os Consórcios caracterizam-se por serem associações transitórias, sem personalidade jurídica, e por visarem à união de esforços para a consecução de fim determinado"(grifo nosso).*

Portanto, o Consórcio tem a função de unir esforços não só na parte técnica como também na parte econômico-financeira, onde, para ser habilitado, a licitante deve cumprir alguns requisitos para poder contratar com o Estado e dentre estes requisitos tem-se a habilitação quanto à qualificação econômico-financeira que tem por objetivo assegurar que os participantes do certame terão capacidade de cumprir com as obrigações a serem contratadas e se a futura contratada tem como assumir obrigações junto ao Estado.

Cumpre registrar que o cálculo de participação deve ser feito em cima do valor que foi orçado e não em cima do capital individual de cada empresa participante do consórcio. O que deve ser observado é se o percentual de participação de cada licitante no consórcio deve estar dentro do capital social de cada empresa, deve ser suportado, não ultrapassando o limite individual. Para exemplificar, tome-se o seguinte exemplo: Empresa (A) com capital social de R$ 1.000.000,00 (Hum milhão de reais) e a empresa (B) com capita social de R$ 500.000,00 (Quinhentos Mil reais). Supõe-se que estas duas empresas queiram participar de uma concorrência cujo valor orçado foi de R$ 10.000.000,00 (Dez milhões de reais). Como o critério de participação é de 10% (R$ 1.000.000,00) acrescido de 30% (R$ 300.000,00) sobre os 10%, totaliza-se como patrimônio líquido mínimo o valor de R$ 1.300.000,00 (Hum milhão e trezentos mil reais). A fim de exemplificar o entendimento, vamos à tabela 1:

Tabela 1

Empresa	Capital	Participação	Total
A	R$ 1.000.000,00	70%	R$ 910.000,00
B	R$ 500.000,00	30%	R$ 390.000,00
			R$ 1.300.000,00

Conforme se observa o percentual foi aplicado em cima dos 10% do valor orçado mais os 30%. O percentual de participação da empresa (A) foi de 70%, perfazendo um valor de R$ 910.000,00 (novecentos e dez mil reais) e da empresa (B) foi de 30%, perfazendo um valor de R$ 390.000,00 (trezentos e noventa mil reais). Pode-se analisar que os valores estão dentro do limite de capital social de cada participante. Exemplo: A empresa (A) com uma participação de 70% no consórcio deve entrar com 910.000,00 (novecentos e dez mil reais) do seu capital social, o que é perfeitamente aceitável já que ela tem um capital social de R$ 1.000.000,00 (Hum milhão).

Agora vejamos outro exemplo com os mesmos valores e percentuais, porém usando a metodologia adotada pela Recorrente.

Tabela 2

Empresa	Capital	Participação	Total
A	R$ 1.000.000,00	70%	R$ 700.000,00
B	R$ 500.000,00	30%	R$ 300.000,00
			R$ 1.000.000,00

Percebe-se que por esta metodologia, o consórcio estaria inabilitado, haja vista que o total do patrimônio líquido seria de R$ 1.000.000,00. Mesmo que a licitante A aumentasse sua participação para 80%, o consórcio não prosperaria, pois a licitante (B) teria que entrar com 20% o que não daria o capital mínimo necessário, conforme tabela 3:

Tabela 3

Empresa	Capital	Participação	Total
A	R$ 1.000.000,00	80%	R$ 800.000,00
B	R$ 500.000,00	20%	R$ 200.000,00
			R$ 1.000.000,00

Ora, seria razoável a Administração Pública não aceitar a participação dessa empresa hipotética? Provavelmente seria uma discriminação, pois isoladamente elas não tem capital social suficiente para participar da licitação, usando o critério da Recorrente. Entretanto, usando o critério da INFRAERO a empresa estaria, por este raciocínio, suficientemente habilitada. Portanto, este cálculo usado pela Recorrente fere o princípio da competitividade e da isonomia. O princípo da competitividade estaria comprometida pelo fato de que este cálculo proposto pela Recorrente excluiria um consórcio de forma injustificada, desarrazoada. Conforme entendimento do Tribunal de Contas da União no seu Acórdão 1734/2009 Plenário (sumário):

> *"A licitação não deve perder seu objetivo principal, que é obter a proposta mais vantajosa à Administração, mediante ampla competitividade, a teor do art. 3°, caput, da Lei 8.666/1993."*

Quanto ao princípio da isonomia, este restaria prejudicado por não dar tratamento igualitário aos participantes, discriminando aqueles que isoladamente não tem capital suficiente e precisam unir esforços. Consoante entendimento do Tribunal de Contas da União, em sua obra Licitações e Contratos, Orientações e Jurisprudência do TCU, o princípio da isonomia significa:

> *"..... dar tratamento igual a todos os interessandos. É condição essencial para garantir competição em todos os procedimentos licitatórios.*

Interessante também notar que o critério adotado pela INFRAERO privilegia o bom senso, pois o licitante que possui mais capital é obrigado a entrar com uma participação maior e o licitante que possui menos capital entra também com menos capital, conforme se pode observar no exemplo da tabela 1. Vale mencionar o juízo que o Tribunal de Contas da União, em sua obra acima citada, tem sobre o tema:

> *É dever da Administração, ao realizar procedimentos licitatórios, exigir documento compatíveis com o ramo do objeto licitado, especialmente aqueles que comprovem a qualificação técnica e a capacidade econômico-financeira dos licitantes.*
>
> *Exigências habilitatórias não podem ultrapassar os limites da razoabilidade, além de não ser permitido o estabelecimento de clausulas desnecessárias e restritivas ao caráter competitivo. Devem restringir-se apenas ao necessário para o cumprimento do objeto licitado.*

Depreende-se, então, que a INFRAERO ao aplicar o percentual de participação de cada consorciada sobre o valor de R$ 30.897.282,24 que corresponde ao produto de 10% (dez por cento) do valor orçado pela Infraero acrescido de 30% (trinta por cento) sobre o valor exigido da licitante individual, coaduna-se com a Decisão nº 587/2001 - Plenário do Tribunal de Contas da União - TCU.

Na hipótese em exame, no qual a recorrente trouxe configurada seu compromisso de consórcio de: empresa A = R$ 95.384.506,44 – 45% de participação; empresa B = R$ 12.000.000,00 – 45% de participação; e empresa C = R$ 3.000.000,00 – 10% de participação, é temerário, uma vez que se houver o advento da saída da "empresa A", detentora de substancial aporte financeiro para suportar o empreendimento; e, considerando que é evidente o empréstimo de saúde financeira da "**empresa A**" às demais empresas consorciadas.

Assim, não há coerência de empresas de Capital de R$ 12.000.000,00 e R$ 3.000.000,00 suportarem, individualmente, a integralização de exigência legal de R$ 30.897.282,24, valor mínimo, estabelecido por lei a verificação da situação econômico-financeira das participantes em consórcio – subitem 5.6.1.2.1 do Edital.

Em situação análoga, a INFRAERO confirmou o entendimento de que a análise econômico-financeira das participantes em consórcio corresponderia ao produto de 10% (dez por cento) do valor orçado pela Infraero acrescido de 30% (trinta por cento) sobre o valor exigido da licitante individual multiplicado pelo percentual de participação das consorciadas individualmente:

Concorrência nº 002/DALC/SBKP/2011

Esclarecimento de Dúvidas nº 003/LCLI/2011, de 05/04/2011

Pergunta 63ª

Solicitamos esclarecer qual o critério que será considerado para a determinação do Capital Mínimo do Consórcio de Empresas, considerando (i) a alínea "b.1", do item 4.1 do Edital: ".... estabelecendo o percentual de responsabilidade de cada consorciada ....."; e, (ii) o subitem 5.6.1.2.1 do Edital: "em se tratando de consórcios, fica estabelecido um acréscimo de 30% (trinta por cento) dos valores exigidos para a licitante individual, admitindo-se, porém, o somatório dos valores de cada consorciado, na proporção de sua respectiva participação".

Entendemos que o Capital Social de cada consorciada deve ser superior ou igual ao produto entre sua participação e a o capital mínimo exigido pelo Edital

Nas condições do Edital o capital mínimo do consórcio deverá ser de R$ 5.803.344,50.

Fazemos a seguinte suposição para demonstrar se o nosso critério de cálculo está correto (a parcela considerada de cada licitante na composição do Capital Social do Consórcio, deve ser igual ou inferior ao valor do respectivo Capital Social de cada empresa consorciada:

Empresa	Capital Social R$	Participação % (A)	Capital Social Mínimo Exigido para o Consórcio (B)	Parcela (Valor) Considerada no Capital do Consórcio R$ (A x B)
A	1.400.000,00	20%	R$5.803.344,50	1.160.668,90
B	2.000.000,00	34,4628860%		2.000.000,00
C	4.000.000,00	45,5371139%		2.642.675,60
			Capital Comprovado do Consórcio	R$5.803.344,50

Está correto nosso entendimento?

Resposta: Sim, está correto o entendimento.

Do mesmo modo, devemos relembrar que a finalidade precípua da licitação é a busca da proposta mais vantajosa para a Administração. Na busca por esta proposta mais vantajosa deve a Administração observar o princípio constitucional da isonomia, sendo vedado admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções impertinentes ou irrelevantes para o específico objeto do contrato, nos termos do art. 3º, § 1º e inciso I, da Lei n.º 8.666/93. A realização da isonomia, com vistas à realização da ampla competitividade, não deve ser levada a extremos, devendo a Administração impor exigências de qualificação técnica e econômico-financeiras que deixem evidentes a capacidade do licitante de executar o objeto da licitação. Vê-se, assim, que a isonomia e a competitividade são mitigadas pela Lei n.º 8.666/93 e pela própria Constituição Federal quando impõem ao administrador o dever de fixar parâmetros técnicos e financeiros.

Nesse sentido, o art. 37, inciso XXI da Constituição Federal permite que se estabeleçam 'exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis a garantia do cumprimento das obrigações'. Assim, para definir o objeto da licitação e as condições de contratação, a Administração pode se servir de certa margem de discricionariedade para determinar, em cada caso concreto, o que deverá ser comprovado pelos interessados em participar da licitação, sempre visando ao atendimento de seus interesses e respeitando-se a isonomia entre os licitantes.

Com vistas afastar o argumento de que os critérios adotados pela Comissão de Licitação cercearam o caráter competitivo do certame, cumpre pontuar a quantidade considerável de licitantes habilitadas e classificadas a 2ª fase da licitação: sendo 7 grupos (consórcios e empresas isoladas), totalizando 16 (dezesseis) empresas participantes habilitadas. Parece-nos um número razoável de licitantes, de maneira que se presume que a competitividade do certame não restou comprometida. Portanto, a 2ª fase – Propostas de Preços, encontra-se preservada pelo somatório de licitantes habilitadas.

IV. DA ANÁLISE DO RECURSO INTERPOSTO PELA LICITANTE CONSÓRCIO MARQUISE/NORMATEL

Na sua peça recursal sintetizada no subitem 2.2.1 desta instrução a recorrente invoca que o Consórcio SHFC CONFINS (recorrida) não apresentou comprovação operacional suficiente do quantitativo mínimo de 179m preceituada na alínea "g.4" do subitem 5.5 do instrumento convocatório.

Anote-se que os atestados operacionais acostados pelas consorciadas, aqui discutidos, são oriundos da própria Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária - INFRAERO procedentes das obras/serviços do Aeroporto Marechal Cunha Machado – Contrato nº TC 003-E/95/0021, no período 13/02/1995 a 29/11/1997 – "***fornecimento e instalação de esteira transportadora automatizada = 1 conjunto***"; do Aeroporto de Petrolina/Senador Nilo Coelho – Contrato nº TC 155-EG/2002-0056, no período de 10/03/2003 a 15/04/2004 – "remanejamento de inerferências de redes de água, esgoto, pluvial, telefonia – SCI, lógica em fibra óptica, elétrica, ***incluindo a supervisão e gerenciasmento na instalação da esteira transportadora de bagagens - carrossel***; do Aeroporto Internacional de Foz do Iguaçu – Contrato nº 004-E/SRPA/88-0009, datado de 10.03.88 e os Termos Aditivos de nº 016-E/SRPA/88-0009, 010-E/SRPA/88-0009, 033-E/SRPA/88-0009 – "balanças eletrônicas do check-in ***com esteiras transportadoras de bagagens – 06 unidades***".

Para sanar a omissão levantada pela recorrente, em observância ao princípio da eficiência, a Comissão de Licitação, representada por seus membros técnicos promoveu diligência, nos aeroportos nominados no parágrafo precedente.

Com base nas informações prestadas pelos gestores dos contratos obtivemos os quantitativos para os atestados referentes as esteiras de bagagens: **(a)** Aeroporto Marechal Cunha Machado/São Luís - total de 128m (74m no desembarque e 54m no checkin), de acordo com informações do Sr. Sergio Luiz Silva Ribeiro das Neves, Coordenador de Projetos da Superintendência Regional Norte; **(b)** Aeroporto de Petrolina - total de 27m, de acordo com informações de Sr. Clovis Lins de Andrade, Coordenador de Gestão/OBGB-2 da Superintendência Regional do Nordeste; **(c)** Aeroporto Foz Iguaçu - total de 30m (6 conjuntos de 5m), de acordo com informações do Sr. Adilson Teixeira Lima, Gerente de Engenharia/EGSU da Superintendência Regional Sul.

Portanto, a metragem total de esteiras de bagagem apresentadas pelas Consorciadas perfazem 185 (cento e oitenta e cinco) metros. Desse modo, confirmamos a habilitação do Consórcio SHFC CONFINS.

V. CONCLUSÃO

Ante o exposto, esta Comissão de Licitação, consubstanciada no teor do parecer produzido pela área técnica e na análise empregada nos itens III e IV desta instrução e, pela faculdade adstrita ao subitem 10.4.2 do Edital, submete o assunto à consideração de V.Sas opinando, desde já, pelo NÃO PROVIMENTO aos recursos das licitantes CONSÓRCIO RCI e CONSÓRCIO MARQUISE/NORMATEL, por carecerem do devido respaldo legal, para reformar a decisão proferida por este Colegiado, e ainda visto que na hipótese de dar-se provimento total ao teor das referidas peças recursais estaria a Administração afrontando aos Princípios da Vinculação ao Instrumento Convocatório, do Julgamento Objetivo e da Legalidade.

Brasília(DF), 06 de junho de 2011.

JOSÉ ANTONIO PESSOA NETO
Presidente da Comissão de Licitação

FLÁVIA DE MORAES OLIVEIRA
Membro Técnico/DEOB

SAULO LUIZ AVELLAR DE AQUINO
Membro Técnico/DEPE

RÔMULO TÔRRES BRAZ
Membro Administrativo/DALC

MARÍLIA CARNEIRO MIZIARA
Membro Jurídico/PRPJ