

capacidade e aptidão de executar e satisfazer plenamente o mister da contratação ora licitada.

Neste ponto, cumpre mencionar ter o edital requisitado informação quanto à capacidade fabril da empresa, sem especificar o produto, mas sim considerando todo seu efetivo.

Em relação unicamente à produção de cisternas, após avaliação minuciosamente realizada, tem-se a capacidade fabril da consorciada BAKOF corresponder a 38.445 peças mensais, considerando apenas as máquinas atualmente ajustadas para a produção deste tipo de produto e 97.021 peças se consideradas as máquinas que ainda serão ajustadas.

Em contrapartida, a Recorrente DALKA, cujo recurso repeliu veementemente a capacidade fabril do Consórcio Recorrido, de acordo com os documentos carreados ao certame, goza de capacidade mensal de produção de apenas 20.140 cisternas, além de também não informar a marca ou fornecer maiores especificações sobre seu maquinário.

Como se não bastasse, insurge-se a Recorrente DALKA contra a capacidade do Consórcio Recorrido, afirmando que tal fato colocaria em risco a segurança e qualidade da contratação quando, em verdade, por ocasião de sua própria contratação, após sagrar-se vencedora no ano de 2011, não dispunha de capacidade produtiva nenhuma para a fabricação de cisternas. O que inclusive refletiu negativamente naquela contratação, visto terem sido noticiados por diversas vezes problemas de qualidade de seu produto.

Vale, assim, citar que somente APÓS vencer o certame de 2011 é que passou a montar seu parque industrial, para dar cumprimento ao contrato administrativo que celebrou. Em outras palavras, quando venceu aquele certame a capacidade fabril da própria DALKA era aquém

da exigida, tanto assim que as certidões do site da Receita Federal revelam que constituiu as filias (seus registros no CNPJ, o que, obviamente, comprova que a data de implantação física das fábricas foi bem posterior) nas seguintes datas: Alagoas em 30/11/2011; Ceará em 04/09/2012; Pernambuco em 31/08/2012; Minas Gerais em 05/01/2012; Piauí em 30/11/2011; Tocantins em 12/12/2012 e outras que foram construídas unicamente com este objetivo.

Apenas a rebater cabalmente as alegações de todas as Recorrentes, vale reafirmar que a consorciada BAKOF trata-se da única empresa no Brasil certificada pela ABNT no seu âmbito de atuação, conforme já afirmado. Ainda, conforme atesta certificado emitido pelo BNDES dispõe referida empresa de capacidade para até mesmo produzir seus próprios equipamentos e máquinas.

Não bastasse, além das instalações e maquinários de que já dispõe, encontra-se em tratativas para o estabelecimento de unidade fabril de cisternas em polietileno no próprio Nordeste, o que em muito facilitaria a satisfatória execução da avença resultante do presente certame.

Fatos estes que apenas corroboram sua excelência fabril, a garantir a segurança da contratação e por em terra as infundadas dúvidas suscitadas pelas Recorrentes.

Vale dizer, ainda, que, caso exista efetiva dúvida quanto às instalações, maquinários e capacidade fabril do Consórcio CAPRICÓRNIO/BAKOF, poderá a Ilma. Sra. Pregoeira utilizar-se da faculdade preconizada pelo item 3.2.2., o qual possibilita a realização de visita *in loco* das fábricas para aferição do produto ofertado e instalações fabris da licitante:

“3.2.2. Ficará facultado à CODEVASF proceder a visita técnica “in loco” na fábrica do(s) fabricante(s) indicado(s) como vencedor(es) para análise do produto ofertado (reservatório), no sentido de aferir o atendimento das

especificações técnicas estabelecidas nesta licitação, sob pena de desclassificação da proposta, caso a proposta não atenda às condições técnicas estabelecidas”.

Ou seja, a inabilitação do consórcio por suposta falta de capacidade fabril não encontra qualquer substrato fático e/ou legal a sustentá-la.

Destarte, através dos documentos apresentados e informações acima prestadas resta indubitável o Consórcio CAPRICÓRNIO/BAKOF ter demonstrado de forma efetiva capacidade fabril pertinente e adequada à satisfatória prestação do objeto licitado. Caso assim não entenda a Sra. Pregoeira, o que se cogita estritamente a argumentar, as instalações fabris da consorciada Bakof estão à disposição para a realização de visita *in loco*, através da qual será atestada presencialmente a capacidade do Consórcio de bem cumprir o contrato objeto desta licitação.

Por último, vale ainda dizer que a BAKOF é 100% nacional, com seu capital e patrimônio todo no Brasil, e cujos dividendos decorrentes da execução de referido contrato ficarão em nosso país. A tecnologia utilizada, tanto para a produção das cisternas, quanto para a fabricação das máquinas que fabricam as cisternas, também é 100% nacional, toda da BAKOF. Isso quer dizer, em outras palavras, que a vitória no presente certame garantirá não só o êxito do programa ÁGUA PARA TODOS do Governo Federal nos itens 02 e 03, mas também e principalmente a certeza de que todos os desdobramentos financeiros e sociais de referidos contratos, também ficarão em solo nacional, o que não se pode afirmar da Recorrente DALKA, que, como notório entre todos, é empresa mexicana.

Portanto, conforme demonstrado, logrou êxito o Consórcio Recorrido em demonstrar sua qualificação técnica à execução do objeto licitado, não havendo motivos para reforma da decisão que o consagrou vencedor do certame.

Ainda, outras supostas irregularidades foram suscitadas em relação à forma e termo de consórcio. Vejamos.

III.3. – DA REGULAR FORMAÇÃO E CONSTITUIÇÃO DO CONSÓRCIO RECORRIDO

À semelhança do verificado em relação a todas as demais insurgências das Recorrentes, as argumentações suscitadas contra a validade e regularidade do Consórcio Recorrido também carecem de respaldo ou qualquer fundamentação jurídica que seja, conforme se passa a demonstrar.

III.3.1. – Do Atendimento ao Item 8.3.19, letra i, do edital

Nos termos das razões recursais da Recorrente DALKA, a cláusula sétima do Termo de Compromisso de Constituição do Consórcio Recorrido não atenderia ao disposto no edital, haja vista não prever a obrigação de apresentar o Termo de Constituição de Consórcio devidamente formalizado antes da assinatura da Ata de Registro de Preços, conforme se constata de sua redação:

“Cláusula Sétima. Caso a proposta apresentada pelo CONSÓRCIO venha a ser adjudicada, obrigam-se as PARTES a promover e apresentar, no prazo de até 3 (três) dias antes da celebração do contrato, a constituição e o registro do consórcio perante a Junta Comercial, cuja duração será, no mínimo, igual ao prazo necessário para conclusão das obras, serviços e fornecimentos, objetos da licitação referida, até sua definitiva aceitação, que deverá observar os dispositivos legais aplicáveis às cláusulas do Edital n. 11/2013 e todos os termos deste COMPROMISSO.” (destacamos)

Todavia, ao assim alegar equivoca-se a própria Recorrente, uma vez a redação da transcrita Cláusula Sétima coadunar-se perfeitamente a disposto no item 8.3.19., letra *i*, do edital, o qual refere-se à Ata de Registro de Preços resultante do certame, como contrato, *in verbis*:

“8.3.19. As empresas consorciadas deverão apresentar, ainda, Termo de Compromisso de Constituição de Consórcio que deverá constar no mínimo o seguinte:

(...)

i) Obrigação do consórcio de apresentar, antes da assinatura do Contrato/Ata de Registro de Preços, objeto desta licitação, o Termo de Constituição do Consórcio, devidamente formalizado de acordo com o que estabelecem os arts. 278 e 279 da Lei nº 6.404, de 15/12/1976, que dispõe sobre as Sociedades por Ações e art. 33 da Lei 8.666/93, devidamente registrado na Junta Comercial ou Cartório de Registro de Títulos, de acordo com a natureza das pessoas consorciadas”. (destacamos)

Sendo assim, nenhuma irregularidade se verifica quanto à obrigação de constituir e registrar o consórcio perante a Junta Comercial antes da celebração do documento resultante do presente certame, haja vista ter sido seguida a própria nomenclatura utilizada pelo edital.

Ainda que assim não fosse, ou seja, caso fosse reputada como irregularidade o fato de do Termo de Compromisso de Consórcio não ter constado “contrato/ata de registro de preços”, o que se admite estritamente a argumentar, não se afiguraria razoável a inabilitação do Consórcio por tal motivo.

Tal “inconsistência” constituiria mera irregularidade formal, a qual deveria ser relevada, sob pena de inabilitação da licitante por formalismo exacerbado, destoante dos princípios da finalidade, instrumentalidade das formas, e ampla competição que caracterizam o certame competitivo.

Acerca do tema, leciona Adilson Abreu

Dallari:

“(…) existem claras manifestações doutrinárias e há jurisprudência no sentido de que, na fase de habilitação, não deve haver rigidez excessiva; deve-se procurar a finalidade da fase de habilitação, deve-se verificar se o proponente tem concretamente idoneidade. Se houver um defeito mínimo, irrelevante para essa comprovação, isso não pode ser colocado como excludente do licitante. Deve haver uma certa elasticidade em função do objetivo, da razão de ser da fase de habilitação”¹⁴. (destacamos)

Na mesma esteira, já decidiu o Supremo Tribunal Federal que “*em direito público, só se declara nulidade de ato ou de processo quando da inobservância de formalidade legal resulta prejuízo*”¹⁵.

Ora, além do próprio edital ter consignado na cláusula pertinente a obrigação de constituir e registrar o consórcio “*antes da celebração do contrato*”, a utilização da palavra “*contrato*” ao invés de “*ata de registro de peças*” mostra-se como irrelevante no caso em apreço, haja vista restar claro o Consórcio ter assumido a obrigação de proceder a tais atos (constituição e registro do consórcio) antes da formalização de qualquer documento pertinente à esta licitação com a CODEVASF, atendendo perfeitamente à finalidade do preceito editalício e da disciplina pertinente à participação de consórcios em certames públicos.

Ademais, a não apresentação tempestiva do Termo de Consórcio registrado perante a Junta Comercial acarretaria em severa punição do próprio Consórcio, ao passo que permitiria a contratação da segunda classificada no certame. Não havendo motivos para irrisignação da mesma quanto a tal fato neste momento.

Ante o exposto, irregularidade não há quanto ao atendimento do item 8.3.19, letra *i*, do instrumento convocatório pelo Consórcio CAPRICÓRNIO/BAKOF.

III.3.2. – Da Compatibilidade do Objeto Social da Consorciada Capricórnio

¹⁴ DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos Jurídicos da Licitação*, p. 137.

¹⁵ STF – MS nº. 22.050-3, rel. Min. Moreira Alves.

Na tentativa de inabilitar o Consórcio Recorrido, aduzem as Recorrentes, ainda, que o mesmo não poderia ser admitido e considerado habilitado no certame, haja vista que o objeto social da consorciada Capricórnio não seria compatível com o objeto licitado. Ao contrário do alegado em sua proposta, a Capricórnio não exerceria atividade ligada a materiais hidráulicos, tampouco relacionada à empreitadas.

Contudo, ao assim alegar, ativeram-se as Recorrentes tão somente a atividade principal da consorciada Capricórnio, constante de todos os registros e inscrições cadastrais, que conforme mencionado, em geral não contemplam TODAS as atividades desempenhadas por uma empresa.

Basta a simples leitura do estatuto social da Capricórnio para verificar-se em sua Cláusula Segunda, **estar previsto o exercício de atividades relacionadas à materiais de construção e acabamento em geral, bem como materiais elétricos, hidráulicos e afins, PERFEITAMENTE COMPATÍVEL AO OBJETO ORA LICITADO:**

*“Art. 2º. – É objetivo da sociedade a exploração Industrial e Comercial de produtos Têxteis e Confeções; Importação, Exportação e Representação Comercial por conta própria e de terceiros dos seguintes produtos e ou mercadorias: (...) **material para construção e acabamento em geral, materiais elétricos e hidráulicos;** móveis e equipamentos hospitalares, (...)”.* (destacamos)

Destarte, **não prospera a alegação da consorciada Capricórnio não exercer atividade compatível ao certame em comento, vez seu próprio ato constitutivo comprovar o contrário.**

Apenas a argumentar, ainda que não fosse, inexistiria motivo para inabilitação do Consórcio Recorrido.

Dispõe o item 4.1., do instrumento convocatório que:

“4.1.1. Poderão participar desta licitação empresas do ramo, individualmente ou consorciadas, nacionais e estrangeiras, que satisfaçam a todas as exigências constantes deste Edital e seus Anexos, e que possuam, até a data de recebimento das propostas, o seguinte capital social mínimo:”.
(destacamos)

Da redação supratranscrita denota-se ter sido permitida a participação de empresas do ramo ou empresa do ramo em consórcio, ou seja, de “consórcio do ramo”.

Para tanto, não se exige que ambas as empresas consorciadas tenham o mesmo âmbito de atuação, sejam do ramo, caso contrário, desnaturada estaria a própria essência do consórcio consistente na possibilidade de agregação de esforços, expertises e recursos para o perfazimento das condições necessárias à participação do certame.

Não há violação à ordem jurídica a formação de consórcios em que as partes figurem como investidor e empreendedor, ou seja, uma parte seja a responsável pelo investimento financeiro, ao passo que a outra, detentora do *know how* e expertise necessária, se responsabiliza pelo empreendimento.

Por tal motivo, basta que uma empresa consorciada seja do ramo para que o consórcio disponha da qualificação técnica necessária à prestação contratual. Em outras palavras, seja considerado como apto a executar a avença, e, portanto, consórcio do ramo.

In casu, nenhuma dúvida ou irregularidade restou suscitada quanto ao ramo de atuação da consorciada BAKOF, a qual, conforme amplamente conhecido, atua na fabricação de cisternas, reservatórios e materiais afins, perfeitamente compatível ao objeto licitado, qualificando, via de consequência, o Consórcio Recorrido como “consórcio do ramo”.

Apenas a refutar quaisquer dúvidas que possam remanescer, por mais uma vez cumpre destacar o edital não ter exigido

expressamente que ambas as empresas consorciadas fossem do ramo compatível ao objeto licitado (embora o sejam no caso do Consórcio Recorrido), mas sim permitido de forma genérica a participação de empresas do ramo em consórcio.

Sendo assim, comprovado a consorciada Capricórnio exercer regularmente atividade perfeitamente compatível ao objeto licitado e ser desnecessário que ambas as empresas consorciadas atuem em ramo compatível à execução contratual para admissão do consórcio no certame, não havendo dúvidas quanto ao ramo de atuação da consorciada Bakof, inexistente qualquer irregularidade quanto à participação, admissão e habilitação do Consórcio Recorrido no presente certame. Expediente que se afigura perfeitamente consonante ao ordenamento jurídico e aos termos do edital, conforme demonstrado.

III.3.3. – Das Proporções e Percentuais Atribuídos a Cada Uma Das Consorciadas

Irresignam-se também as Recorrentes quanto às proporções de responsabilidade atribuídas a cada uma das consorciadas do Recorrido, além da suposta divergência havida entre os percentuais consignados no Termo de Compromisso de Consórcio e o Anexo Único que o instruiu. Irregularidades que maculariam a válida formação do consórcio, a ensejar sua inabilitação e exclusão do certame.

Para elucidação da questão, indispensável se faz a transcrição do quanto estabelecido no Termo de Compromisso de Consórcio e em seu Anexo Único.

Previu a Cláusula Nona do Termo de Compromisso de Constituição de Consórcio:

“DA COMPOSIÇÃO DO CONSÓRCIO

Cláusula Nona. O CONSÓRCIO será composto pelas partes abaixo relacionadas que participam de todas as obrigações, direitos, riscos, receitas, despesas, lucros ou perdas, nas seguintes proporções:

CAPRICÓRNIO – 50% (cinquenta por cento) – R\$ 40.000.000,00 (quarenta milhões de reais)

BAKOF – 50% (cinquenta por cento) – R\$ 29.000,00 (vinte e nove mil reais)

Parágrafo Único. As PARTES se comprometem e se obrigam, respeitando o percentual acima, em relação à execução dos serviços objeto da licitação. (destacamos)

Veja-se que referida cláusula contratual dispôs acerca da responsabilidade assumida por cada uma das partes em relação a todas as obrigações, direito, riscos, receitas, despesas, lucros ou perdas, atribuindo a cada uma das consorciadas 50% da responsabilidade, conforme literalmente previsto na cláusula transcrita.

Por sua vez, preceituou o Anexo Único do referido Termo de Consórcio que:

“As PARTES comprometem-se fielmente executar o objeto do Pregão Presencial (Sistema de Registro de Preços – SRP) n. 11/2013, para o fornecimento, transporte e instalação de 187.495 (cento e oitenta e sete mil e quatrocentos e noventa e cinco) litros (SIC), para acumulação de água de chuva, visando o abastecimento de comunidades rurais difusas, nos Estados de Alagoas, Minas Gerais, Bahia, Piauí, Ceará e Goiás, sendo esta distribuída na forma como abaixo segue:

BAKOF – 60% (sessenta por cento)
CAPRICÓRNIO – 40% (quarenta por cento)

1. As PARTES terão as seguintes obrigações, responsabilidades e execução dos serviços especificadas como segue:

1.1. BAKOF

- Atender às solicitações da Empresa Líder no tocante às atividades relacionadas ao contrato no prazo e condições previamente estabelecidas;
- Fornecer e transportar as cisternas, bem como a tubulação e conexão em PVC;
- Fornecer e transportar a calha de zinco para coleta d'água de captação;
- Fornecer a bomba de ferro fundido Dúctil;
- Apresentar garantia de 5 (cinco) anos dos equipamentos fornecidos e declaração de vida útil dos equipamentos para um período de 20 (vinte) anos;
- Garantir o atendimento as normas técnicas ABNT NBR 15682.

1.2. CAPRICÓRNIO

- Gerir o contrato;
- Comunicar a fiscalização da CODEVASF a intenção do início da etapa dos serviços;

- Receber as solicitações da CODEVASF durante a execução do contrato e tomada de providências relativas às mesmas junto às outras partes;
- Fornecer as informações relativas à execução do contrato;
- Instalar as cisternas, bem como a tubulação e conexão em PVC;
- Instalar a calha de zinco para coleta d'água de captação;
- Instalar a bomba de ferro fundido Dúctil;
- Fornecer mão-de-obra para confecção de bomba d'água manual;
- Emitir as faturas, bem como entregar à CODEVASF os documentos de cobrança acompanhados dos respectivos anexos, se houver, de forma clara, objetiva e ordenada;
- Elaborar relatórios gerenciais;
- Acompanhar os serviços a serem executados”.

Perceba-se que, não obstante à primeira vista tal disposição afigure-se divergente da consignada no Termo de Compromisso de Consórcio, **tal dissonância não verifica na realidade.**

Isto porque, **enquanto o Termo de Consórcio** disciplina a responsabilidade assumida por cada consorciada em relação a obrigações, direitos, riscos, receitas, despesas, lucros ou perdas, **o Anexo Único indica percentual das atividades que serão realizadas por cada consorciada,** de acordo com a distribuição de tarefas realizada para consecução e execução do objeto contratual.

A despeito do alegado pelas Recorrentes, não há divergência entre as informações contidas no Termo de Consórcio e em seu Anexo Único, uma vez que, vênia pela repetição:

- (i.) o **TERMO DE CONSÓRCIO** estabelece o **PERCENTUAL DE RESPONSABILIDADE** por obrigações, direitos, riscos, receitas, despesas, lucros ou perdas;
- (ii.) enquanto o **ANEXO ÚNICO** disciplina o **PERCENTUAL RESULTANTE DA DISTRIBUIÇÃO DE TAREFAS** realizada entre as consorciadas, para a execução do objeto licitado.

Por tais disposições significa dizer, em síntese, que:

- (i.) a empresa Capricórnio realizará 40% das atividades necessárias à execução do contrato; ao passo que
- (ii.) a empresa Bakof realizará 60% das atividades necessárias à execução do contrato; e
- (iii.) por ajuste estabelecido entre as partes, independente da percentagem de realização de atividades, os lucros, perdas, prejuízos, riscos, etc, advindos do contrato administrativo serão repartidos igualmente entre ambas as consorciadas, as quais respondem solidariamente perante a Administração Pública.

Veja-se, portanto, não haver efetiva divergência entre os dados constantes do Termo de Consórcio e seu Anexo Único. Tais documentos disciplinam matérias distintas e complementares, a não acarretar qualquer irregularidade a estipulação de participação e responsabilidade em percentuais diferentes.

Nem há que se cogitar que a diferença entre tais percentuais ainda configuraria irregularidade, não obstante pertinentes à matérias distintas, visto o próprio edital admitir a possibilidade de que a responsabilidade pela execução seja distinta do percentual de participação no consórcio no que tange à execução de tarefas.

Isto é o que se depreende do item 8.3.19., do edital, o qual em sua letra *a*, exige a indicação do percentual de responsabilidade assumido por cada empresa, enquanto a letra *e*, requisita a indicação de percentual em relação aos compromissos assumidos por cada uma das consorciadas em relação à execução dos serviços objeto do certame:

“8.3.19. As empresas consorciadas deverão apresentar, ainda, Termo de Compromisso de Constituição de Consórcio que deverá constar no mínimo o seguinte:

a) Composição do consórcio e proporção em percentual da participação de cada consorciada;

(...)

e) Compromissos e obrigações de cada uma das consorciadas, indicando o percentual de participação de cada uma delas, em relação à execução dos serviços objeto da licitação;”. (destacamos)

Por fim, também não merece guarida o argumento de que a formação do Consórcio revelar-se-ia irregular, pois a proporção de divisão de tarefas entre as consorciadas não estaria proporcional.

Segundo a Recorrente DALKA, o fornecimento de cisternas assumido pela consorciada BAKOF atingira o percentual de 70% da contratação, razão pela qual atribuição de 40% das tarefas à consorciada Capricórnio não se afiguraria regular.

Embora o percentual de atribuições e responsabilidades em consórcio não seja matéria afeita a terceiros licitantes, por tratar-se de contrato estabelecido entre duas partes, no seu exclusivo interesse e de acordo com seus próprios interesses, não podendo sofrer interferências externas, exceto por inobservância da lei, o que não ocorreu no caso, em apreço, enfrentar-se-á a argumentação da Recorrente, apenas a refutar cabalmente a alegação de irregularidade na formação do Consórcio Recorrido.

A despeito do alegado pela Recorrente, tem-se que a alegação de que o fornecimento de cisternas corresponde a 70% da contratação e de que por isso deveria ser atribuída à consorciada fornecedora (BAKOF) **é totalmente incorreta!**

Isto porque, conforme atesta o Anexo Único do Termo de Compromisso de Consórcio apresentado, não obstante a BAKOF

seja a fabricante das cisternas oferecidas no certame, tais equipamentos serão 100% faturadas pela consorciada CAPRICÓRNIO S/A, embora, vênha pela repetição, sejam fornecidas pela BAKOF.

Não suficiente, a fabricação das cisternas está longe de ser o escopo único do contrato. Há a gestão dos recursos, logística, compra e venda de matérias primas, instalação e outra infinidade de requisitos para a entrega do produto na forma contratada, que afastam completamente a possibilidade de tornar cartesiano referido cálculo percentual a ponto de se pleitear a inabilitação do Consórcio.

Para além, vale ainda afirmar que o ajuste comercial firmado entre as consorciadas, refoge ao âmbito de fiscalização, atuação e interferência deste órgão licitante.

O quanto mencionado, por si só, teria o condão de interferir no percentual questionado pela Recorrente.

Mas não só. Ainda que assim não fosse, há que se lembrar o edital permitir expressamente a subcontratação de até 30% do valor contratado, *litteris*:

“4.2. É permitida a subcontratação dos serviços no percentual máximo de 30% (trinta por cento) do valor contratado, com anuência prévia da CODEVASF”.

Significa dizer que, inexistente impeditivo para que no cálculo do seu percentual de participação nas atividades destinadas à execução do contrato, a CAPRICÓRNIO tenha se valido da faculdade de adquirir cisternas de terceiros para fornecimento no âmbito desta contratação.



Inúmeros são os fatores passíveis de interferência no percentual de participação das consorciadas na execução contratual, a demonstrar a argumentação da Recorrente carecer de qualquer subsídio fático ou jurídico, por tratarem-se os percentuais de participação em consórcio de matéria ampla e legalmente negociável entre as próprias consorciadas, a não merecer acolhimento por este órgão licitante.

Não obstante, basta uma análise das atribuições conferidas a cada uma das consorciadas para aferir-se a exatidão dos percentuais de participação atribuídos a cada uma, a refutar qualquer alegação de irregularidade que seja.

Isto posto, demonstrada a inexistência de vícios quanto à formação, classificação e habilitação do Consórcio CAPRICÓRNIO/BAKOF no presente certame, imperiosa se faz a manutenção da r. decisão recorrida, nos exatos termos em que exarada, mantendo-se o Consórcio Recorrido como vencedor do certame em relação aos itens 02 e 03 licitados.

III.4. – DA PERFEITA LEGALIDADE DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO REALIZADO

Como se não bastassem as inúmeras infundadas alegações suscitadas contra a classificação e habilitação do Consórcio CAPRICÓRNIO/BAKOF, voltaram-se as Recorrentes, ainda, contra o procedimento levado a efeito pela Ilma. Sra. Pregoeira. Conjunto de atos que, em que pese as argumentações recursais, restou realizado de acordo com os estritos ditames legais, consoante demonstrado a seguir.

Da simples leitura dos motivos de irresignação das Recorrentes resta claro não ter sido violado o devido procedimento administrativo, mas sim pretenderem as Recorrentes que fossem antecipados os atos de exame de documentação da licitante GL Teixeira, como forma de beneficiar as próprias

Recorrentes pela exclusão precoce daquela empresa do certame, o que as permitiria concorrer **novamente** à adjudicação dos itens 02 e 03 licitados.

Primeiramente, não caberia excluir a empresa GL Teixeira por ocasião do credenciamento no certame, conforme pleiteado pelas Recorrentes. Isto sim, caso realizado, teria configurado verdadeira ilegalidade, haja vista a fase de credenciamento não se prestar à análise do teor da documentação das licitantes, tampouco se reúnem condições de participação.

Com efeito, o credenciamento consiste no primeiro ato realizado quando do recebimento dos envelopes, **destinado à habilitação de um representante da licitante presente na sessão pública, que goze de poderes para falar em nome da empresa, podendo ofertar lances, manifestar intenção de recurso e de toda forma agir em nome da licitante**, consoante previsto pelo artigo 4º., inciso VI, da Lei nº. 10.520/02:

“VI - no dia, hora e local designados, será realizada sessão pública para recebimento das propostas, devendo o interessado, ou seu representante, identificar-se e, se for o caso, comprovar a existência dos necessários poderes para formulação de propostas e para a prática de todos os demais atos inerentes ao certame;”.

O credenciamento deve ser feito mediante a apresentação dos documentos adequados, requisitado pelo edital.

Vale destacar que em consonância ao preconizado pelo dispositivo legal a única função da etapa de credenciamento consiste na identificação de representação que disponha de poderes para formulação de lances e para a prática dos demais atos inerentes ao certame.

Consoante leciona Marçal Justen Filho:
“somente se pode reputar que tal credenciamento e destina a verificar os poderes para participar da fase de lances, mas não se configura como um requisito específico de

participação no certame. Portanto, o defeito no credenciamento apenas pode conduzir à interdição de o sujeito participar da fase de lances e das etapas seguintes”¹⁶.

Não se presta o credenciamento, portanto, a qualquer outra comprovação, tampouco comporta qualquer outro tipo de análise documental, mas tão somente a análise de aquele presente ao certame goza de poderes para atuar em nome da licitante.

Ademais, cumpre consignar a inabilitação por dissonância do capital social mínimo exigido para o certame consistir em requisito de qualificação econômico-financeira das licitantes. Exigência cujo preenchimento deve ser analisada tão somente por ocasião da fase de habilitação, última etapa do pregão. Motivo este pelo qual além da exclusão da licitante por ocasião do credenciamento não se afigurar possível, o motivo que a ensejaria defendido pelas Recorrentes não poderia ser examinado no momento inicial do procedimento, sob pena de manifesta inversão de fases, em flagrante violação aos princípios da legalidade, do devido procedimento administrativo e da vinculação ao edital, que assim prevê as fases da licitação.

Deveras, conferido o poder de representação outorgado aos presentes ao certame, passa-se imediatamente à abertura dos envelopes de proposta, classificando provisoriamente as licitantes pelo critério de menor preço, consoante disciplinado expressamente pelo artigo 11, do Decreto 3.555/00, em seu inciso VI:

“Art. 11. A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

(...)

V - aberta a sessão, os interessados ou seus representantes legais entregarão ao pregoeiro, em envelopes separados, a proposta de preços e a documentação de habilitação;

VI - o pregoeiro procederá à abertura dos envelopes contendo as propostas de preços e classificará o autor da proposta de

¹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico. Dialética: p. 153.

menor preço e aqueles que tenham apresentado propostas em valores sucessivos e superiores em até dez por cento, relativamente à de menor preço;. (destacamos)

Note-se a classificação pelo critério do menor preço das propostas estar prevista como ato contínuo à abertura dos envelopes.

Não se impõe como condição à classificação das propostas o prévio exame das inúmeras documentações que compõem a proposta e averiguação de suas condições.

Pode a Pregoeira analisar de forma genérica se a proposta se adequa ao objeto licitado. Todavia, impedida está de analisar a fundo seu conteúdo e compatibilidade do objeto ofertado ao quanto requisitado pelo ato convocatório, pois desta forma estar-se-ia a adiantar a fase de habilitação.

Tais atos são realizados tão somente após concluída a etapa de lances e obtida a segunda classificação provisória das licitantes, conforme consignado no inciso XII, do artigo 11, do Decreto 3.555/00:

“XII - DECLARADA ENCERRADA A ETAPA COMPETITIVA e ordenadas as propostas, O PREGOEIRO EXAMINARÁ A ACEITABILIDADE DA PRIMEIRA CLASSIFICADA, QUANTO AO OBJETO E VALOR, decidindo motivadamente a respeito;”. (destacamos)

Destaque-se a aplicabilidade do Decreto supratranscrito à licitação em análise ter sido consignada expressamente no edital, em seu item 1.1.:

“1.1. A presente licitação na modalidade de PREGÃO PRESENCIAL, do tipo MENOR PREÇO POR ITEM, em regime de execução “Empreitada por Preços Unitários, reger-se-á pela Lei n.º 10.520, de 17 de julho de 2002, regulamentada pelo Decreto n.º 3.555, de 8 de agosto de 2000, que foi alterado pelos Decretos de n.º 3.693, de 20 de dezembro de 2000, n.º 3.784, de 06 de abril de 2001 e Decretos n.º 3.722, de 09/01/2001, alterado pelo Decreto 4.485 de 25 de novembro de 2002, Lei Complementar

nº 123, de 14/12/2006, Lei nº 8.666 de 21/06/93, subsidiariamente, e demais exigências deste Edital e seus Anexos”. (destacamos)

Em consonância ao preceituado pelo artigo legal transcrito, é assente na doutrina que, “*não cabe disputa mais aprofundada nesta etapa inicial. O pregoeiro deverá examinar a proposta e verificar se a descrição ali contida corresponde àquela adotada no edital. Em caso positivo, reputará classificada a proposta. Não é oportuno questionar, nesse momento, a compatibilidade real entre o bem ofertado pelo licitante e as exigências editalícias*”¹⁷.

No mesmo sentido, verifica-se o posicionamento do Egrégio Tribunal de Contas da União:

“(…) determinar ao (...) que, nos pregões que vier a realizar, não adote procedimentos que ocasionem a desclassificação de propostas antes da fase de lances, em decorrência da oferta de valores acima do preço inicialmente orçado pela autarquia, como no item 9.5. do Pregão Eletrônico n. 35/06, uma vez que o exame da compatibilidade de preços em relação ao total estimado para a contratação deve ser realizado após o encerramento da referida fase, consoante o art. 4º, incisos VII, VIII, IX e XI, da Lei no. 10.520/02 e artigo 25, do Decreto no. 5.450/05”¹⁸. (destacamos)

Ainda, indispensável destacar nesse mesmo sentido ter expressamente previsto o edital no item 101.23., *in verbis*:

“10.1.23. Declarada encerrada a etapa competitiva e ordenadas às propostas exclusivamente pelo critério de menor preço para objeto deste Pregão Presencial, o pregoeiro examinará a aceitabilidade da primeira classificada ou sorteada, quanto ao objeto, decidindo motivadamente a respeito”. (destacamos)

¹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico. Dialética: p. 153.

¹⁸ TCU – Acórdão nº. 934/07, 1ª C., rel. Min. Marcos Bemquerer.

Verifica-se que a regra procedimental de relegar a análise da proposta para o momento posterior à fase de lances foi prevista expressamente pelo instrumento convocatório, desde a concepção do certame.

Discordando de tal procedimento, competia às Recorrentes ter se utilizado da faculdade prescrita pelo artigo 41, da Lei nº. 8.666/93 que autoriza às interessadas no certame impugnar o edital antes de aberto o certame. Tendo deixado de impugnar tempestivamente tal disposição, decaíram de fazê-lo.

Em outras palavras, tendo participado do certame sem apresentar tempestiva impugnação, presume-se as Recorrentes terem concordado com todos os seus termos. Não sendo cabível neste momento, ante o não atingimento do resultado almejado, voltar-se contra as regras previstas desde o início do procedimento, cuja observância se faz imperiosa, de acordo com o princípio da vinculação ao ato convocatório preconizada pelo já mencionado artigo 41, da Lei de Licitações.

Portanto, indubitável não haver irregularidade nesta fase do certame, visto que:

- (i.) inadmissível a exclusão de qualquer licitante por ocasião do credenciamento, o qual se presta unicamente, conforme explanado, à habilitação de um representante que possa atuar e falar em nome da empresa durante a sessão pública do certame; e
- (ii.) consoante exposto, inviável a análise da compatibilidade e teor da proposta apresentada antes da realização da etapa de lances, e
- (iii.) a aferição do motivo ensejador de sua desclassificação ter sido constatado no momento correto, qual seja, após realizada a fase de lances, quando da análise efetiva do teor da proposta formulada pela licitante, em consonância

2

ao estabelecido pela lei e corroborado pelo posicionamento doutrinário e jurisprudencial pátrio.

Por fim, nem se diga que a participação da empresa GL Teixeira teria de qualquer forma prejudicado a competitividade do certame, cerceado o direito a lances da licitante ou beneficiado indevidamente o Consórcio CAPRICÓRNIO/BAKOF, **tanto assim que o valor unitário dos itens 02 e 03 acabou sendo mais econômico à Administração Pública que o valor do item 01, que não contou com a participação de referida empresa.**

Conforme demonstrado, os procedimentos adotados pela Ilma. Sra. Pregoeira em todo o certame foram válidos e plenamente legais, não havendo qualquer irregularidade, principalmente uma suposta “desclassificação” de uma das concorrentes em fase anterior à da verificação dos requisitos de habilitação.

Insurgem-se as Recorrentes, na verdade, em razão do preço apresentado pela GL TEIXEIRA ter sido relevantemente inferior aos das mesmas, o que lhes impediu de participar da etapa competitiva e adjudicar o objeto licitado, **mas, na mesma medida, também impediu o próprio Consórcio de participar, visto que caso restasse habilitada referida pessoa jurídica, estaria derrotado o Consórcio em ambos os itens.**

Mas tal fato, ou seja, a oferta por preços atrativos, é também procedimento corriqueiro no pregão, **visto que a própria lei é formulada neste sentido.**

Note-se que a transferência da fase de habilitação para o final do procedimento; o incentivo pela busca do melhor preço e a realização da fase de lances, determinações impostas por lei, são indicativos de que a vontade do legislador foi exatamente a de incentivar a maior disputa entre as

partes, de forma a exigir do licitante todo o esforço para alcançar a vitória, além da incerteza de se participar da fase de lances.

É exatamente por isso, ou seja, pela lei do Pregão incentivar a competição entre os licitantes, que a fase de habilitação foi lançada para o final do procedimento, apenas para se “habilitar” o vencedor. A desclassificação nesta fase, aliás, é fato corriqueiro, comum e verificado em quase a totalidade das licitações.

Neste sentido:

“A licitação destina-se – especialmente no caso do pregão – a selecionar a proposta que acarrete o menor desembolso possível para os cofres públicos. Logo, não há sentido em desclassificar proposta sob fundamento de ser muito reduzida. Ao ver do autor, a inexequibilidade deve ser arcada pelo licitante, que deverá executar a prestação nos exatos termos de sua oferta. A ausência de adimplemento à prestação conduzirá à resolução do contrato, com o sancionamento adequado”¹⁹. (destacamos)

Destarte, inexistente qualquer irregularidade no procedimento dotado pela Sra. Pregoeira no processamento do certame em comento. Todos os atos praticados no âmbito da licitação pautaram-se fielmente nas disposições da Lei nº. 10520/02, do Decreto nº. 3.555/00 e do instrumento convocatório.

Vale afirmar, nos exatos termos da anotação do nobre doutrinador, que à Administração Pública é **vantajosa** a participação de empresa que empurre para baixo os preços, exatamente porque força aos demais licitantes também baixarem seus preços de forma a vencer o certame.

Vale anotar que especificamente no pregão em comento, por trabalho da Ilma. Sra. Pregoeira, a Administração Pública fez a seguinte economia:

¹⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico. Dialética: p. 182.

ITEM	VALOR ESTIMADO	VALOR ACEITO	QUANTIDADE	DIFERENÇA
Item 01	R\$ 5.909,45	R\$ 5.694,00	49704	R\$ 10.708.726,80
Item 02	R\$ 5.887,98	R\$ 5.680,00	84846	R\$ 17.646.271,10
Item 03	R\$ 5.908,89	R\$ 5.680,00	52945	R\$ 12.118.581,10
TOTAIS				R\$ 40.473.579,00

Desta forma, por qualquer prisma que se veja, não há se falar pelas Recorrentes em qualquer nulidade no certame, e, **principalmente, por uma má condução dos trabalhos pela ilustre Sra. Pregoeira, responsável, repita-se, por uma economia de R\$ 40.473.579,00 aos cofres públicos!**

De outro lado, a tabela acima ainda revela uma verdade desconfortante à recorrente DALKA DO BRASIL, haja vista que: (i) seu preço foi, de longe, o mais elevado; (ii) a diferença entre sua proposta originária e o valor com o qual fechou o negócio foi a menor dos três itens, maximizando seu lucro; e (iii) diferentemente do Consórcio, não cedeu a qualquer pedido de desconto da Ilma. Sra. Pregoeira, sob a alegação de maior custo na logística.

A concorrente FORTLEV, no mesmo item 01, participou da fase de lances disputando com a DALKA DO BRASIL, todavia, **de forma surpreendente e inexplicável**, retirou-se muito cedo da disputa, quando havia concedido desconto de apenas 1% em sua proposta originária na fase de lances. Com oferta de R\$ 5.908,57 foi para R\$ 5.862,00.

Vale anotar que o que causa estranheza, obviamente, não é a desistência na fase de lances, faculdade de qualquer licitante. Na verdade, o que causa surpresa e torna difícil a compreensão é como uma empresa como a FORTLEV, extremamente preparada, comparece a **PREGÃO**, cuja característica principal é exatamente a fase de lances, com margem de negócio inferior a 1%?!?!?

Para finalizar, o que torna mais estranho é que no final do processo licitatório a DALKA DO BRASIL e a FORTLEV pleitearam registrar em ATA o interesse em exercer a “faculdade do artigo 11, inciso I do Decreto 7.892/2013”, **para somente os itens 02 e 03.** Ou seja, será incluído na respectiva ATA o registro dos licitantes que aceitarem disponibilizar os bens os serviços com preços iguais ao vencedor na sequência da classificação do certame.

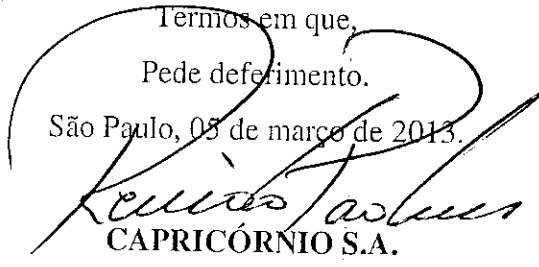
Como se vê pelos argumentos que norteiam os recursos e os que fundamentam a presente resposta, os procedimentos adotados no pregão em referência encontram-se, todos, lastreados pela legislação que trata da matéria, assim como pelo instrumento editalício; mas, não fosse suficiente, a narrativa histórica dos acontecimentos, capaz de reforçar o formalismo de argumentos legais, também é apta a comprovar, à saciedade, o grande aproveitamento em prol da administração pública do negócio celebrado, que resultou em uma economia significativa aos cofres públicos, de exatos R\$ 40.473.579,00.



Isto posto, por qualquer ângulo que se analise o procedimento licitatório em comento e a classificação, habilitação e consagração do Consórcio CAPRICÓRNIO/BAKOF como vencedor no certame em relação aos itens 02 e 03, não se vislumbram motivos plausíveis, tampouco qualquer irregularidade que seja, a demandar a reforma da r. decisão recorrida, tendo os atos realizados observado fielmente os estritos ditames legais e corolários administrativos pertinentes à espécie.

IV - CONCLUSÃO E REQUERIMENTO

Por todo o exposto, uma vez *(i.)* ausente qualquer irregularidade capaz de macular a higidez do certame em comento, o qual observou os estritos ditames legais e corolários administrativos pertinentes à espécie, bem como *(ii.)* inexistente qualquer irregularidade no tocante à formação, classificação e habilitação do Consórcio CAPRICÓRNIO/BAKOF, requer seja negado provimento aos Recursos Administrativos interpostos, mantendo-se intacta a r. decisão que declarou o Consórcio CAPRICÓRNIO/BAKOF vencedor do Pregão Presencial nº. 11/2013 desta Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e do Parnaíba.

Termos em que,
Pede deferimento.
São Paulo, 05 de março de 2013.

CAPRICÓRNIO S.A.
Líder do Consórcio