

**Esclarecimento 08/09/2020 13:34:43**

PEDIDO DE ESCLARECIMENTO 03 - ALEGAÇÕES DO PEDIDO DE ESCLARECIMENTO. Questionamento I - INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO, ITEM 4 (4.5.8): DA PARTICIPAÇÃO NO PREGÃO. O item 4.5 dispõe o seguinte: 4.5. Como condição para participação no Pregão, o licitante assinalará "sim" ou "não" em campo próprio do sistema eletrônico, relativo às seguintes declarações: A indagação do 4.5.8 refere-se à reserva de cargos a pessoas com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social, conforme disposto no art. 93 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Outra observação é que, nos termos do item editalício 7.26.3, é condição de desempate a o preenchimento das disposições do art. 93 da Lei nº 8.213/1991. A partir disso concluímos que a resposta "NÃO" ao item 4.5.8 não impede a participação de empresa interessada em concorrer no certame em referência. Está correto o nosso entendimento? Questionamento II - INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO, SUBITEM 9.11. 1.5; E TERMO DE REFERÊNCIA, ITEM 22.6.1.2: QUALIFICAÇÃO TÉCNICA. Eis como estabelece o subitem acima mencionado: "9.11.1.5. O licitante disponibilizará todas as informações necessárias à comprovação da legitimidade dos atestados apresentados, apresentando, dentre outros documentos, cópia do contrato que deu suporte à contratação, endereço atual da contratante e local em que foram prestados os serviços, consoante o disposto no item 10.10 do Anexo VII-A da IN SEGES/MP n. 5/2017.". O item 22.6.1.2 do Termo de Referência possui redação semelhante. O Edital traz a exigência de apresentação de cópia de contrato para comprovação de legitimidade de atestados. Ocorre que tal exigência não se alinha com os ditames legais e recentes entendimentos jurisprudenciais. A solicitação do órgão é decorrente de uma interpretação equivocada do item 10, 10, Anexo VII-A, da IN 5/2017, que resulta na condição de apresentação dos contratos vinculados aos atestados de capacidade técnica como condição para habilitação e não como objeto de possíveis diligências. O TCU já se manifestou acertadamente quanto à questão e recentemente proferiu o Acórdão 12754/2019 - TCU - 1ª Câmara, em anexo, trazendo o entendimento de que a previsão contida naquele item não tem caráter habilitatório ou classificatório, mas se destina APENAS aos casos que em haja necessidade de se realizar diligências posteriores a fim de comprovar a veracidade dos atestados já apresentados. O TCU entende, ainda, que o Pregoeiro ou a Comissão de Licitação responsável pelos certames devem se eximir de exigir em edital que o licitante apresente os documentos de habilitação técnica acompanhados de outros documentos, como, por exemplo, cópias dos contratos que deram suporte à contratação. Ademais, fundamentando nosso argumento, embora o Acórdão acima não tenha deixado qualquer dúvida, ao observarmos o artigo 30 da Lei 8.666/93, em seu parágrafo 3º, sabemos que não há qualquer precedente que nos traga o entendimento de que a aptidão técnica das licitantes se dará por meio da vinculação das cópias de contratos anteriormente firmados, conforme exigido pelo Edital. Sendo assim, por total falta de autorização legal, podemos afirmar que esse órgão não deve condicionar a habilitação técnica dos licitantes à apresentação das cópias dos respectivos contratos de prestação de serviços. Encontramos respaldo a respeito do até aqui alegado em outras jurisprudências do Tribunal de Contas da União, conforme abaixo: "As exigências relativas à capacidade técnica guardam amparo constitucional e não constituem, por si só, restrição indevida ao caráter competitivo de licitações conduzidas pelo Poder Público. Tais exigências, sejam elas de caráter técnico-profissional ou técnico-operacional, não podem ser desarrazoadas a ponto de comprometer o caráter competitivo do certame, devendo tão somente constituir garantia mínima suficiente de que o futuro contratado detém capacidade de cumprir com as obrigações contratuais. Tais exigências devem ser sempre devidamente fundamentadas, de forma que fiquem demonstradas inequivocamente sua imprescindibilidade e pertinência em relação ao objeto licitado." (Acórdão 1.942/2009, Plenário, rel. Min. André Luís de Carvalho). Vale ressaltar, ademais, que a exigência aqui mencionada é extremamente rechaçada pelo Tribunal de Contas em diversas oportunidades, conforme outro Acórdão, 2024/2007 - PLENÁRIO, onde houve o reconhecimento de que a exigência de acompanhamento de cópia dos contratos aos atestados de capacidade técnica é indevida. Em outro entendimento, Acórdão 1224/2015 - Plenário - TCU, num caso concreto, onde também foram exigidos outros documentos além dos atestados de capacidade técnica, observou a relatora que a empresa comprovando ter a capacidade mínima exigida pelo certame, através de atestado que forneça informações necessárias que fundamentem o atendimento dos critérios técnicos exigidos pelo termo de referência, preenche os critérios legalmente exigidos. Ainda, reforçou o fato de que "a exigência de apresentação de atestados de capacidade técnica juntamente com as notas fiscais e/ou contratos prevista no edital do pregão eletrônico (...) não encontra amparo no art. 30 da Lei 8.666/1993 e na jurisprudência desta Corte". (Acórdão 1224/2015-Plenário, TC 003.763/2015-3, relatora Ministra Ana Arraes, 20.5.2015). Sendo assim, solicitamos que esse i. órgão acate nosso pleito, uma vez que somente assim estar-se-á de fato estabelecendo critérios legítimos e legais para a qualificação técnica das empresas interessadas em participar do certame, não somente ampliando a competição como garantindo a isonomia entre as proponentes e a possibilidade de melhor contratação pela Administração Pública. Questionamento III - TERMO DE REFERÊNCIA, ITEM 6.10: DO PRAZO DE SUBSTITUIÇÃO DE PROFISSIONAL Vejamos como dispõe o item 6.10.5: "6.10.5. O MJSP poderá a qualquer tempo, caso os profissionais indicados não apresentarem desempenho satisfatório em relação aos níveis de serviço, ou que eventualmente mantenham comportamento inadequado ao ambiente de trabalho, solicitar sua substituição, que deverá ocorrer no prazo máximo de 48 (quarenta e oito) horas, sob pena de incidência de evento de glosa conforme a subseção 11.11 - Níveis Mínimos de Serviço". (grifamos) Como se vê, o Edital estabelece prazo de apenas 48 horas para substituição de profissionais, no caso narrado. No entanto, não resta dúvida que tal prazo é inexequível, bem como não se mostra adequado à alta qualificação profissional que o edital exige. A fim de se respeitar a razoabilidade e a boa fé objetiva do presente certame - visto que do contrário, as licitantes incorrerão em grave e desproporcionado risco de penalidades contratuais -, faz-se necessária a dilação de tal prazo dentro de parâmetros revestidos de razoabilidade e proporcionalidade. A necessidade de revisão de tal prazo é real e visa tornar mais seguro o contrato, evitando aplicação de penalidade que se mostrariam injustas. Portanto, não prever prazo igual ou superior a 05 (cinco) dias úteis, contados da solicitação de substituição de profissional significa aumentar abrupta e desnecessariamente os riscos de penalidades para o particular quando da contratação dos serviços. Desta feita, considerando que o prazo atualmente previsto no Instrumento Convocatório é ínfimo e inatingível, essa licitante vem requerer prazo não inferior a 05 (cinco) dias úteis para que ocorra a substituição em referência. Questionamento IV - TERMO DE REFERÊNCIA, SUBITEM 19: SANÇÕES ADMINISTRATIVAS É notório que em qualquer contratação pública existe a possibilidade de inexecuções, parcial ou total, e a Administração Pública deve estabelecer parâmetros para penalizar a Contratada por tais fatos. No entanto, devem ser pautadas na razoabilidade e proporcionalidade. Ademais, é incontroverso que a aplicação de penalidades de grande monta é um fator a mais no desequilíbrio econômico do contrato com o consequente enriquecimento sem causa da parte Contratante, o que fere não só equilíbrio econômico-financeiro, mas afeta também a comutatividade do contrato e não condiz com o princípio da razoabilidade, norte da função administrativa estatal. A imposição de penalidade dentro do montante de 15% ou mais, por exemplo, sobre o montante do valor do negócio, ou parcela do valor da contratação, mostra-se extremamente

excessiva. Verificase no referido item do Termo de Referência, que a Administração estabelece critério demasiadamente oneroso e não razoável. Frisa-se que tal imposição extrapola o limite de 10% sobre o valor do fornecimento não realizado, teto máximo estabelecido tanto pelo Decreto nº 22.626/33 como pela Medida Provisória nº 2.172/01 e aplicável a todas as modalidades de contratação, inclusive aquelas firmadas entre particulares e a Administração Pública. Por todo o exposto, requer a adequação da penalidade elencada no edital em epígrafe e seus anexos, para que as multas observem o limite máximo de 10% (dez por cento) sobre da parcela contratual inadimplida. Questionamento V - TERMO DE REFERÊNCIA, ITEM 22.18: DOS CRITÉRIOS DE SELEÇÃO DO FORNECEDOR Eis como estabelece o mencionado item: "22.18. Para fins de comprovação, somente serão aceitos os atestados referentes a serviços realizados pela LICITANTE em sua personalidade jurídica própria. Dessa forma, não serão aceitos atestados em nomes de empresas que pertençam ao seu grupo empresarial para demonstração de sua capacidade técnica". Não se mostra razoável a vedação de apresentação de Atestados de capacidade técnica emitidos por pessoas jurídicas integrantes do mesmo grupo empresarial, a considerar que não raro empresas de Tecnologia da Informação (TI) pertencem a Grupos Econômicos voltados às Telecomunicações ou a outros serviços afins, sendo certo que prestam serviços a estas empresas, que apesar de pertencerem ao mesmo Grupo Econômico, possuem personalidades jurídicas, patrimônios e atividades econômicas distintas. O Tribunal de Contas da União já se pronunciou sobre tema a favor da validade de atestados emitidas por empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico, notadamente diante da ausência de vedação em lei e no Edital, conforme julgado abaixo transcrito: "Acórdão nº 451/2010 - TCU - Plenário "Considerando tratar-se de representação, com pedido de medida cautelar, formulada por Evermobile Ltda., com fundamento no art. 113, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, acerca de supostas irregularidades na condução do pregão Eletrônico nº 158/7855-2009, promovido pela Caixa Econômica Federal, para contratação de empresa especializada para fornecimento de solução integrada de processamento de cartões de crédito (...) Considerando que, em relação à alegação de que o atestado de capacidade técnica não poderia ter sido emitido por empresa do mesmo grupo econômico, tendo sido observado que não há vedação na Lei de Licitações e que controlada e controladora conservam personalidade e patrimônio distintos. (...) Os Ministros do Tribunal de Contas da União ACORDAM, por unanimidade, com fundamento nos arts. 1º, inciso II e 43, inciso I, da Lei nº 8.433, de 16 de julho de 1992, c/c os arts. 17, inciso IV; 143, inciso III; 237, inciso VII, do Regimento Interno / TCU, nos termos dos pareceres exarados nos autos, em conhecer da presente representação, para, no mérito, considerá-la improcedente (...)" "A afirmação da Alive de inviabilidade do atestado de capacidade técnica por ter sido emitido por empresa do mesmo grupo econômico não prospera. Em primeiro lugar, porque não há vedação na Lei nº 8.666/93. Em segundo lugar, porque o art. 266 da Lei 6.404/76 estabelece que as sociedades (controladora e controlada) conservam a personalidade e patrimônios distintos, além de ser um princípio da contabilidade: o princípio da entidade. Assim, não se misturam transações de uma empresa com as de outra. Mesmo que ambas sejam do mesmo grupo econômico, respeita-se a individualidade de cada uma (TCU - Ata nº 33/2012 - Plenário. Data da Sessão: 22/8/2012 - Ordinária. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2241-33/12-P). Portanto, em observância ao Princípio da Legalidade, por meio do qual à Administração só é lícito admitir ou exigir o que estiver taxativamente previsto em Lei, não merece prosperar tal exigência, sob pena de afronta aos Princípios da Isonomia e da Ampla Competitividade no certame. Assim, a fim de se respeitar a razoabilidade e a boa fé objetiva do presente certame, faz-se necessária a exclusão das exigências acima combatidas por serem despiciendas e fugirem aos parâmetros revestidos de razoabilidade e proporcionalidade. Portanto, pugna-se pela exclusão das exigências insculpidas no item 22.18", tendo em vista o fomento da mais ampla competitividade no certame com consequente obtenção de economicidade, sendo certo que tal ato de modo algum tornará vulnerável a contratação que se pretende. Questionamento VI - TERMO DE REFERÊNCIA, ITEM 8.43 E DISPOSIÇÕES CORRELATAS: DAS OBRIGAÇÕES DA CONTRATADA Com base no princípio da livre iniciativa, no princípio da razoabilidade, bem como no princípio da ampla competitividade do certame, solicitamos, que a aparente obrigatoriedade de adoção de vínculo empregatício entre contratada e seus funcionários, sejam revistas e a fim de possibilitar que a relação profissional estabelecida entre a contratada e seus funcionários possam adotar outras formas que não apenas a celetista, igualmente aceitas pelo nosso ordenamento jurídico. Isto porque, a mencionada exigência enseja uma indevida interferência do órgão licitante na gestão de pessoal da contratada, que passa ter sua liberdade despropositadamente restringida ao exercer tal tarefa de notório viés gerencial, bem como ensejam consequências de caráter patrimonial. O art. 30, § 1º, inciso I, da Lei n. 8.666/1993 não impõe a obrigatoriedade da adoção, pela contratada, de regime celetista, tão só por ter adotado o termo "em seu quadro permanente", eis que tal requisito pode ser atendido por outras formas de prestação de serviço admitidas no ordenamento jurídico. O Tribunal de Contas da União é pacífico em relação à mácula de tal exigência, conforme claramente se percebe no trecho do Acórdão que abaixo destacamos. Importante consignar que no mesmo sentido dessa decisão, há inúmeras outras. "(...) Todavia, há que se atentar para o fato de que a Lei nº 8.666/1993 não define o que seja "quadro permanente". Assim, essa expressão poderia ser compreendida como o conjunto de pessoas ligadas à empresa de modo permanente, sem natureza eventual, por meio de vínculos de natureza trabalhista e/ou societária. Esse conceito, entretanto, reclama certa ampliação nas hipóteses em que a autonomia no exercício da profissão descaracteriza o vínculo empregatício sem afastar a qualificação do sujeito como integrante do quadro permanente, como é o caso dos profissionais da área de engenharia. A exigência de que as empresas concorrentes possuam vínculo empregatício, por meio de carteira de trabalho assinada, com o profissional técnico qualificado mostra-se, ao meu ver, excessiva e limitadora à participação de eventuais interessados no certame, uma vez que o essencial, para a Administração, é que o profissional esteja em condições de efetivamente desempenhar seus serviços no momento da execução de um possível contrato. (...)". (Acórdão 80/2010 Plenário). Assim, solicitamos que seja firmado o entendimento de não exigência de vínculo empregatício, nos termos da jurisprudência do TCU, excluindo-se a exigência do mencionado item do Edital e outras a ela correlatas.

**Fechar**