

Sr. Pregoeiro, em resposta a seus questionamentos, segue as informações:

1) Na DECLARAÇÃO DE CONTRATOS FIRMADOS consta o início do contrato com a PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO GABRIEL em 09/06/2017, enquanto o atestado de capacidade técnica informa que o início foi em 26/06/2017. Desta forma, solicitamos a JUSTIFICATIVA quanto a esta divergência.

Resposta: A data de 09/06/2017 é a data de assinatura do contrato, a Ordem de inicio se deu em 26/06/2017, 14 dias de diferença, na realidade não é divergência e sim questão de data de assinatura do instrumento e data do efetivo inicio. Trata-se de documento firmado por órgão público, com fé de ofício. Convenhamos Sr. Pregoeiro a questão é totalmente irrelevante para o processo, tanto por ser 14 dias de diferença quanto por colocar em situação de suspeição um documento firmado por signatário em exercício de função pública. O contrato referenciado foi objeto de diligência e foi devidamente encaminhado conforme comprovação abaixo.

2) Quanto aos ATESTADOS DE CAPACIDADE TÉCNICA, solicitamos o encaminhamento das NOTAS FISCAIS e das GFIP's referentes ao início do serviço e no mês anterior a geração dos atestados referentes ao contratos das empresas:

- a) ROTA SISTEMAS E SERVIÇOS INTEGRADOS (Atestado de 13/01/2017)
- b) SESIPA IMOBILIÁRIA – 3 Condomínios (Atestado de 04/01/2017)
- c) SESIPA IMOBILIÁRIA – 3 Condomínios (Atestado de 14/07/2017)
- d) SESIPA IMOBILIÁRIA – 22 Condomínios (Atestado de 11/09/2017)
- e) CASARÃO IMÓVEIS (Atestado de 12/09/2017)
- f) PREFEITURA MUNICIPAL DE PORTO ALEGRE (Atestado de 25/09/2017)

Resposta: Disponibilizamos em 15/08/2018 todos os contratos que deram suporte aos atestados apresentados. Tal diligência se deu na fase de habilitação para fins de comprovação da veracidade dos mesmos. Todos os dados de contato como telefones, nomes de responsáveis e endereços dos clientes foram fornecidos para, querendo a administração, confirmar a emissão dos atestados bem como dos serviços prestados. A recorrente PODERAL atinge seu intuito de tumultuar o processo com leviandade levantando suspeitas sobre a emissão dos atestados e do cumprimento dos serviços. Pois bem Sr. Pregoeiro, trata-se de um processo administrativo previsto em lei e como tal deve ser tratado. Não pode uma empresa licitante ser submetida a tal descabimento, por diligência na fase de habilitação foi solicitado todos os contratos referente aos atestados apresentados, todos foram imediatamente enviados, agora por mera imposição recursal, sem o menor suporte legal ou probatório impinge a licitante vencedora de forma transparente, novamente, comprovar os documentos apresentados, desta vez por outras vias, a apresentação de documentos fiscais relativos a clientes pessoas jurídicas de direito privado. A situação nos coloca em verdadeiro tribunal, acusados de algo ao qual, a despeito da lei, devemos provar nossos atos. Vejamos algumas situações que nos remete a fatos similares. Em resposta a questionamento sobre o Edital 10/2014 do Ministério da Justiça, Coordenação de Procedimentos Licitatórios, assim se pronunciou:

...“Diante desta exigência, importa frisar que nos contratos celebrados entre pessoas jurídicas de DIREITO PRIVADO, existe a previsão contratual da confidencialidade das informações

contidas, uma vez que estes poderão revelar o “know-how” e a expertise das partes contratantes. Com isso, tal obrigação deve ser cumprida pelas partes contratantes em atenção ao Princípio do “pacta sunt servanda” e em estrito cumprimento aos Princípios da Boa-fé e Probidade, tipificados no ordenamento jurídico no art. 422 do Código Civil. De fato, O DEVER DE NÃO DIVULGAR QUALQUER INFORMAÇÃO RELATIVA AOS CONTRATOS CELEBRADOS COM AS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO, TRANSMUTA-SE EM UMA OBRIGAÇÃO NEGATIVA DESTA PARTICIPANTE NOS TERMOS DO ART. 390 E 391, AMBOS DO CÓDIGO CIVIL², CUJO DESCUMPRIMENTO ENSEJA A APLICAÇÃO DE MULTA CONTRATUAL E INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS, RESULTANDO, AINDA, NA RESOLUÇÃO DO CONTRATO³. ALÉM DISSO, TAL DESCUMPRIMENTO PODE VIR A SER TIPIFICADO COMO CRIME DE CONCORRÊNCIA DESLEAL, NOS TERMOS DO ART. 195 DA LEI 9.279/964. Nesse contexto, resta incontestado que a exigência de prestar informações relacionadas aos contratos celebrados com pessoa jurídica de direito privado, viola diretamente o ordenamento jurídico nacional, sujeitando o infrator à aplicação de sanções nas esferas cível e penal.

Dessa maneira, apenas se considera adequada à exigência de itens relacionados à qualificação técnica que não caracterizem ou resultem em qualquer restrição à competitividade no processo licitatório, SENDO EVIDENTE QUE IMPOR A APRESENTAÇÃO DE CONTRATOS CELEBRADOS NA ESFERA PRIVADA COMO CONDIÇÃO DE VALIDADE DOS ATESTADOS APRESENTADOS, LIMITA DE FORMA DIRETA A CONCORRÊNCIA ENTRE OS PARTICIPANTES, UMA VEZ QUE PARTE DOS CONCORRENTES ESTARÁ LEGALMENTE IMPOSSIBILITADA DE APRESENTÁ-LOS, SOB PENA DE VIOLAÇÃO DOS DISPOSITIVOS SUPRAMENCIONADOS, o que fulmina diretamente os princípios básicos que regem o procedimento administrativo de licitação, notadamente os Princípios da Legalidade, Impessoalidade, Igualdade e Eficiência, aos quais todos os entes da Administração Pública Direta e Indireta estão vinculados.

Além disso, esta é uma exigência rechaçada pelo TCU. Sobre a matéria, corrobora decisão contida no Acórdão 2024/2007-Plenário, que reconheceu como indevida a exigência de que os atestados técnicos sejam acompanhados de cópias dos respectivos contratos – uma das razões que motivou a recomendação de anulação do procedimento licitatório analisados nos autos. Ademais, não se vislumbra finalidade qualquer que possa justificar a Administração Pública buscar conhecer o teor dos contratos formalizados pelas licitantes, sobretudo no presente certame. Sobre isso, vale lembrar que a resguarda da confidencialidade de dados, documentos e informações, é vista pela legislação, no âmbito do Poder Público Federal.

Nesta linha, observa-se, que até mesmo o poder público, cuja atuação é condicionada ao princípio da publicidade, se agasalha ao sigilo sempre que for necessária a execução de rotinas que envolvam informações e documentos confidenciais. Assim, expor publicamente os acordos privados firmados pelas concorrentes em potencial, fere sensivelmente os princípios comerciais que curva-se as obrigações contratuais. Nesse sentido, destaca-se que os atestados de capacidade técnica são emitidos por pessoas legalmente responsáveis e representantes legais das empresas, o que assegura a veracidade necessária para a comprovação deste quesito técnico, estando inclusive estes representantes sujeitos a responsabilidade criminal, caso não sejam verídicas as informações fornecidas.

Assim, entendemos que a apresentação APENAS dos Atestados supre a exigência do edital, vez que atenderá a necessidade desta Administração Pública e cumprirá as normas e condições da legislação vigente, de modo que A COMPROVAÇÃO DA QUALIFICAÇÃO TÉCNICA SEJA LIMITADA À APRESENTAÇÃO SOMENTE DOS ATESTADOS, EXCLUINDO SUA VINCULAÇÃO AOS RESPECTIVOS

CONTRATOS, NOTAS FISCAIS e quaisquer documentos relativos à Contrato de clientes PRIVADOS.”

Lamentavelmente, ainda é possível observar a reiterada prática das entidades governamentais de fazer exigências que extrapolam os ditames legais, justificadas pelo descabido argumento de se resguardar o ente licitante de eventual fraude documental ou de ampliar a segurança da futura contratação.

Contudo, tais premissas, além de serem insubsistentes, possuem efeito contrário, uma vez que, ao tornar a participação na licitação em algo praticamente inviável - tamanha a burocracia imposta -, apenas se desestimula o interesse de diversas empresas idôneas de acudirem aos certames licitatórios.

Em primeiro lugar, não se pode partir do pressuposto simplista de que as empresas que participam de licitações irão apresentar documentos falsos, razão pela qual se justificaria a inserção de exigências adicionais burocráticas e sem previsão legal apenas para garantir a veracidade das informações apresentadas pelos proponentes.

A Administração Pública possui os meios adequados e próprios para certificar a idoneidade das empresas, não sendo concebível obrigar que o interessado em participar de uma licitação, a cada edital, tenha que cumprir particularidades e requisitos que extrapolam aquilo que já se encontra determinado em norma.

Um clássico exemplo de requisito que ultrapassa os limites legais para fins de participação em licitações é o das exigências quanto à qualificação técnica, mais notadamente o atestado de capacidade técnica, documento este comprobatório da experiência do licitante na execução de serviços/fornecimentos compatíveis com o objeto a ser licitado em características, quantidades e prazos.

Em muitas oportunidades, não é incomum observar exigências absurdas, como a da cópia do contrato que deu origem aos serviços/fornecimentos atestados, firma reconhecida daquele que assinou o atestado e, até mesmo, as cópias autenticadas das notas fiscais/faturas alusivas, tudo para se comprovar a veracidade do conteúdo firmado no atestado de capacidade técnica apresentado pelo licitante.

Em suma, o interessado em uma determinada licitação, ainda que detenha uma grande quantidade de atestados de capacidade técnica obtida ao longo dos anos, o que já seria plenamente suficiente para cumprir os requisitos legais exigíveis e demonstrar sua experiência, será obrigado a atender requisitos desnecessários para comprovar o que já estaria comprovado de acordo com a norma. Com efeito, além de tais requisitos ilegais demandarem custos adicionais e desnecessários, implicarão, na maior parte dos casos, na inviabilidade ou na desistência da participação diante das dificuldades criadas ao atendimento de tais requisitos em tempo hábil.

Para se fazer uma análise adequada da legalidade ou não de tais exigências, deve-se verificar o que diz a Lei nº 8.666/93 sobre os requisitos de qualificação técnica para a fase de habilitação, dentre os quais encontra-se inserido o atestado de capacidade técnica:

“Art. 30 - A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;

II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização, do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

III - comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação;

IV - prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso.”

Pelo exposto, nota-se que a norma federal claramente limitou as exigências quanto à qualificação técnica dos licitantes, proibindo a fixação de requisitos não dispostos nela expressamente e desnecessários aos fins da licitação e da execução do objeto licitado.

Por isso, ao incluir no rol de documentação de habilitação comprovação que não aquela expressamente disposta na lei, o agente público afronta o Princípio da Legalidade (art. 3º da Lei nº 8.666/93 e art. 37 da Constituição da República).

É inadmissível que se demande aos licitantes exigência de qualificação técnica não prevista em Lei. Demandar como obrigatória a juntada de cópias autenticadas de contratos ou notas fiscais para comprovação daquilo que já foi previamente atestado por uma entidade pública ou privada não possui qualquer fundamento, revelando uma insegurança injustificada do Administrador Público.

É dever do ente responsável pela licitação demandar aos participantes apenas os documentos e requisitos permitidos em lei.

Vale a pena verificar o disposto no § 1º, do artigo 3º, da Lei nº 8.666/93:

“§ 1º - É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar nos atos de convocação, cláusulas que comprometam restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato”

Não há, neste caso, como se alegar que tal exigência surgiria da necessidade de se dar maior confiabilidade ao atestado apresentado pelo licitante, baseada na existência de uma suposta facilidade em se obter uma declaração de capacidade técnica sem que tenha existido efetivamente a prestação de serviço ou fornecimento.

Entretanto, isso não faz qualquer sentido na medida em que a lei não faculta ao Administrador impor exigências técnicas de acordo com sua conveniência e sem previsão normativa.

A própria Lei nº 8.666/93 proíbe, expressamente, no § 5º de seu artigo 30 a exigência de quaisquer comprovações de atividade ou de aptidão técnica que não se encontrem nela previstas:

“Parágrafo Quinto do artigo 30 - É vedada a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta lei, que inibam a participação na licitação.”

A lei não faculta ao Administrador escolher as exigências técnicas de habilitação de acordo com sua conveniência. Enfim, ou se cumpre o que está previsto na norma ou então o instrumento convocatório estará em rota de iminente anulação por ilegalidade.

Evidentemente que, caso a Comissão de Licitação ou o Pregoeiro responsável tenham dúvidas acerca das informações contidas em determinado documento juntado pelo licitante em sua documentação de habilitação, deverá promover diligência perante o responsável pela emissão dos atestados, utilizando-se para isso da prerrogativa disponibilizada pelo § 5º, do artigo 43, da Lei nº 8.666/93. Segundo tal comando normativo, em qualquer fase da licitação, é autorizada a promoção de diligências destinadas a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedando-se, evidentemente, a inclusão posterior de documento ou informação que já deveria constar originariamente dos documentos apresentados pelo licitante.

Na diligência, poderá o condutor da licitação solicitar, por exemplo, do emissor do atestado de capacidade técnica, o encaminhamento de documentos adicionais para fins de esclarecer se houve de fato a prestação daquilo que foi declarado como executado. Não pode, no entanto, obrigar o licitante a obter ou juntar tais documentos como condição de habilitação no certame.

Se há alguma dúvida quanto ao conteúdo de algum documento apresentado na licitação é dever e responsabilidade exclusiva do ente licitante buscar, junto às autoridades competentes ou aos entes privados emissores, os devidos esclarecimentos.

Já se viu caso, por exemplo, em que o órgão promotor da licitação exigiu, na fase de habilitação, o atestado de capacidade técnica dos participantes e, após a abertura dos envelopes, demandou a apresentação, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, o envio das cópias de contratos, notas fiscais e, ainda, declaração dos entes emissores dos atestados para comprovar a veracidade dos mesmos.

Enfim, embora não tenha exigido do licitante, na fase de habilitação, documentos não requeridos em lei, durante o curso do procedimento assim o fez e o mais grave: sem previsão no edital de tal prazo de 48 (quarenta e oito) horas fixado como limite para cumprimento da diligência (e, ainda que existisse, a mesma seria ilegal).

No exemplo dado, o licitante, apesar de ser empresa idônea e de ter apresentado documentos legítimos, foi forçada pelo ente licitante a recorrer aos órgãos públicos emissores dos atestados de capacidade técnica para obter, às pressas, os documentos comprobatórios exigidos. Pior ainda, viu sua solicitação naufragar diante da recusa das entidades em fornecer documentos em tão curto prazo.

Por tudo isso, a diligência esclarecedora prevista em lei deve ser realizada e buscada pelo órgão responsável pelo procedimento licitatório. Nada justifica impor tal ônus ao licitante, ainda mais se este apresentou toda a documentação exigida pelo edital e em conformidade com as normas.

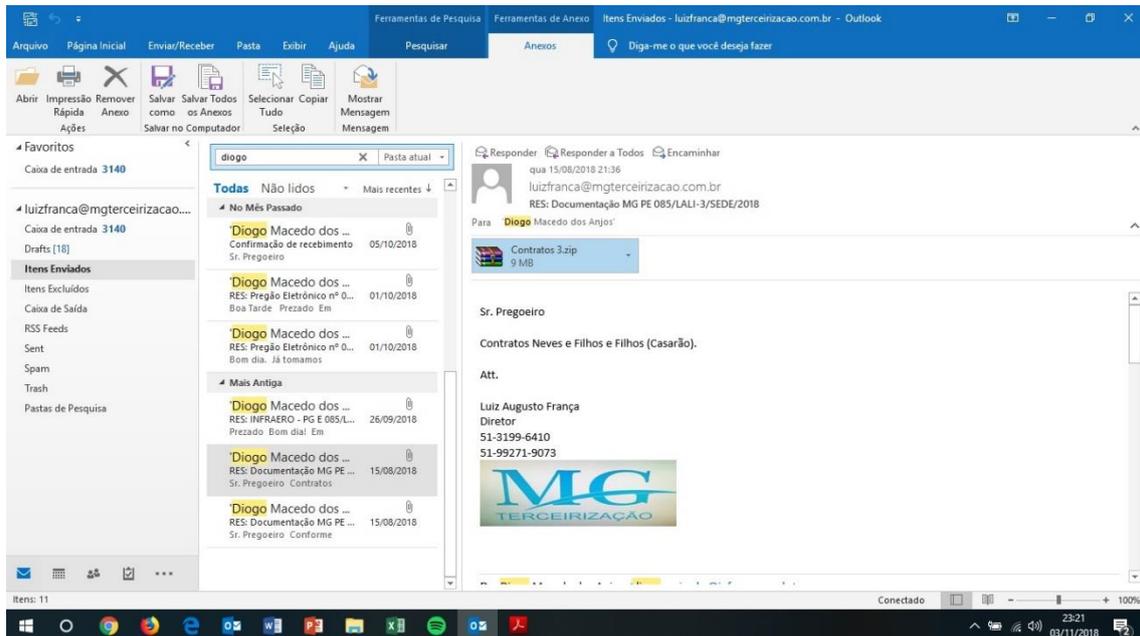
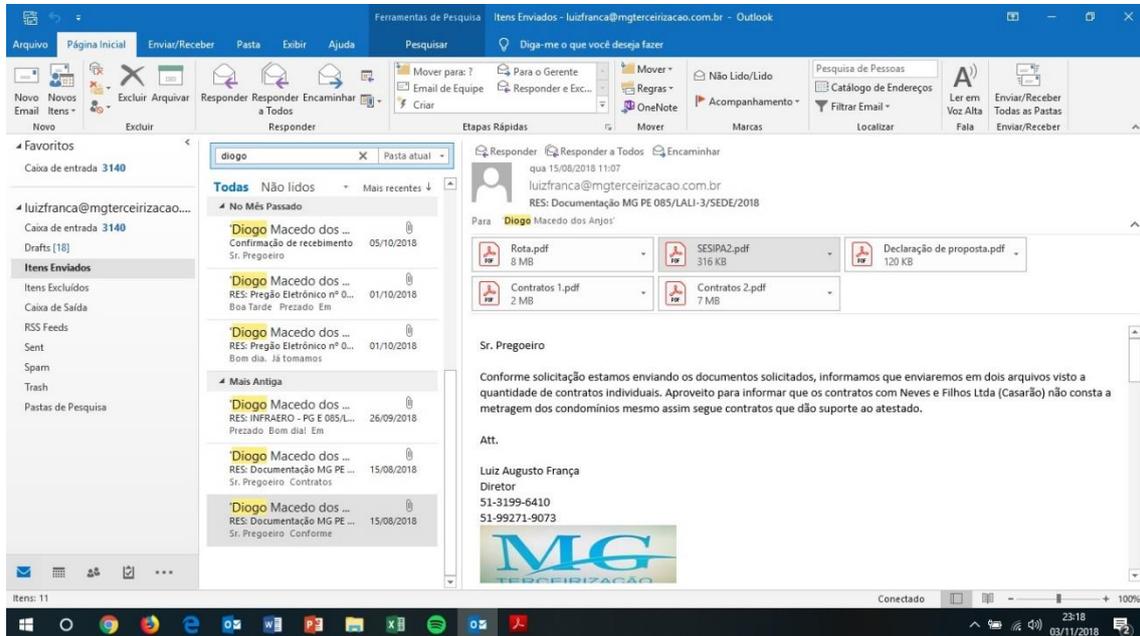
Se há, realmente, a necessidade de esclarecimento da veracidade das informações, cabe ao condutor da licitação tomar as providências nesse sentido, e, sempre que possível, evitar a paralisação do certame licitatório. Isso porque, ainda que habilitado ou classificado, caso, posteriormente, comprovada a falsidade do documento apresentado, o pretense licitante e todos os envolvidos na fraude serão alvos de penalidades duríssimas (cíveis e criminais) e, caso

firmada a contratação, com a rescisão imediata do ajuste e devolução dos recursos financeiros que eventualmente tenham recebido.

Obviamente em se tratando de comprovação não há como não tratar de ônus da prova. Primeiramente, com o intuito de zelar pela pureza conceitual, é satisfatório distinguir ônus, obrigação e faculdade. A obrigação impõe um dever à pessoa, tendo como consequência de sua não realização uma sanção direta, como no caso do art. 267, II, do Código de Processo Civil. Já o ônus não tem como consequência uma sanção direta pelo seu descumprimento, e sim indireta. Quando não cumprido, há a sujeição quanto aos prejuízos que daí pode advir. Também não se deve confundir o ônus com a faculdade. Esta dá margem a uma discricionariedade do sujeito, sem que se comine a ele uma sanção, mesmo que indireta. Se optar por realizar a faculdade, ele busca aumentar suas chances de ver a questão decidida a seu favor; se não a realiza, não sofre penalização, apenas deixa de receber um benefício. É exemplo de faculdade o chamamento ao processo, constante no art. 77 do CPC. O ônus da prova é a determinação que a parte tem de demonstrar por meio de provas a veracidade e os fundamentos de suas alegações, sob pena de arcar com a sucumbência. A atribuição do ônus da prova no processo administrativo é de relevância clara, visto que é com base nas provas que o julgador deve decidir. Não pode ele simplesmente levar em conta a sua consciência, pois isto fere diretamente o princípio da motivação elencado no art. 2º da lei n.º 9.784/99. É o ensinamento de Fabiana Del Padre Tomé: O critério do livre convencimento, considerado em sua acepção técnica, confere liberdade total a quem decide, permitindo que este julgue até mesmo contra as provas dos autos. Não é esse, entretanto, o sistema adotado pelo direito positivo brasileiro, quer na esfera judicial, quer na administrativa. O critério eleito é o da persuasão racional, que não impõe valores tarifados na apreciação de provas, conferindo certa margem de liberdade para decidir, mas exige que esta se dê em consonância com o conjunto probatório constante no processo (TOMÉ, 2005, p. 238). **A regra básica é que o ônus da prova cabe a quem alegou.** É o que dispõe o art. 333, I, do CPC e o art. 36 da Lei de Processo Administrativo. Mesmo que esta lei abra uma pequena brecha à regra em seu art. 37, dispondo que a Administração deverá prover de ofício os documentos probatórios que estejam em seu poder, no início do artigo se vê a necessidade de o interessado provocar o órgão para que este obtenha o documento. Porém, a busca da verdade no processo não pode ser sem limites e absoluta. Deve ela obedecer à legalidade e se fazer dentro dos parâmetros processuais. Assim, com vistas a limitar a atuação inquisitiva da Administração Pública é que a Lei n.º 9.784/99 exige a motivação nas decisões (art. 2.º) e veda a prova ilícita (art. 30), dentre outros. Ou seja, “intervém as regras de direito, colocando um ponto final no procedimento da busca da verdade, limitando-o mediante a imposição de prazos e condições à revisão da decisão proferida” (TOMÉ, Op. cit., p. 195). Qual a relação do princípio da verdade material com a atribuição do ônus da prova é a pergunta que deve ser esclarecida. Afinal, se o interessado não tiver condições de realizar ampla apresentação probatória, deve a Administração se substituir no lugar dele e realizar todos os atos necessários? A resposta não é simples nem pacífica. A atribuição do ônus da prova a quem é autor do pedido é uma relação lógica, que acerta no sentido de impedir que o sujeito passivo tenha que provar todos os seus atos simplesmente por ter havido uma alegação de outrem. Porém, esta não é a única forma de distribuição do ônus probandi, apesar de ser a principal.

Por derradeiro, após as questões legais, importante salientar que o contrato com a Prefeitura de Porto Alegre é público, e certamente é de fácil acesso no Portal da Transparência do órgão. Repetimos, impor a licitante vencedora, verdadeira devassa fiscal na busca de notas e documentos trabalhistas de períodos diversos, contratos encerrados há mais de três anos, em tempo recorde, está certamente, como explicitamos acima, exorbitando todo e qualquer poder

da administração no que tange a diligência, mesmo sendo uma obrigação da administração, há que se ter limitações. A recorrente cabe o ônus da prova, meras acusações desprovidas do devido conjunto probatório não são o suficiente para submeter uma empresa idônea a tal situação vexatória de ter que provar sua atividade junto a instituições privadas. Abaixo print da tela do envio de todos os contratos na fase de habilitação.



3) Em resposta ao recurso administrativo, bem como pela ausência de informação na contrarrazão, solicitamos a comprovação da área externa, por meio de contratos e anexos relacionados, referente ao serviço prestado à empresa SESIPA IMOBILIÁRIA – Condomínios Sul América, Bento Gonçalves e Charrua.

A empresa PODERAL informou por meio de seus documentos que o Condomínio Sul América não tem área externa, e a resposta ao mesmo não foi dada na contrarrazão e seus anexos.

Resposta: Data vênia, não procede a afirmação de que não houve informação na contrarrazão apresentada, todos os itens abordados pela recorrente foram atacados e comprovados, veja parte da contrarrazão neste caso:

“A recorrente apresenta fotos da fachada do Prédio Cond. Sul América, e tão somente de uma entrada, este prédio engloba toda a quadra da Av. Borges de Medeiros, que vai da Rua dos Andradas até a Av. Senador Salgado Filho, a planta apresentada corresponde a menos da metade da edificação, a cópia da escritura apresentada é referente a compra pela SULACAP, de unidades nos 17 pavimentos e não de todo o condomínio.”

O contrato referente ao atestado foi enviado juntamente com os demais, mas para que não paire mais dúvidas de nossa probidade e idoneidade segue o contrato com as metragens.

Por fim, anexamos Ata de decisão de recurso do PE 05/2018, Superintendência da Polícia Federal no RS, datada de 12/06/2018, com todas as diligências feitas pelo Pregoeiro sobre os atestados, que são os mesmos, inclusive visitando cada cliente e por fim a sede da empresa, comprovando a veracidade das informações prestadas.

São Leopoldo, RS, 04 de novembro de 2018.


LUIZ AUGUSTO FRANÇA
Diretor

01.278.154/0001-02
MG TERCEIRIZAÇÃO DE
SERVIÇOS LTDA - ME
Rua Florêncio Câmara, 354 - Sala A
Centro - CEP 93020-670
SÃO LEOPOLDO - RS