CHEFIA DE GABINETE

Trata-se de questionamento formulado pela Empresa CCI CONSTRUÇÕES LTDA., encaminhado ao e-mail institucional sap@sap.sp.gov.br, referente a CONCORRÊNCIA N° 02/2019, PROCESSO SAP 145442/2020 (antigo SAP/GS nº 849/2019), que trata da execução de serviços de operacionalização de quatro Unidades Prisionais sob a forma de gestão compartilhada com o Estado, em atendimento ao item 16.5 do Edital.

Na mensagem eletrônica encaminhada às 12:55h do dia 20 de fevereiro de 2020 a Empresa CCI CONSTRUÇÕES LTDA., fez o seguinte questionamento:

“1. Em razão da retificação do Edital da Concorrência nº 02/2019 - Processo SAP/GS nº 849/2019, republicado em 06 de fevereiro de 2020, entendemos que todos os esclarecimentos encaminhados a Secretaria da Administração Penitenciária do Estado de São Paulo e por esta l. Secretaria respondidos, por força do Edital de Concorrência supracitado, desde a publicação inicial do Edital, mantem-se validos. Pergunta-se, nosso entendimento está correto?”.

“2. Nos termos do item 16.5 do Edital de Concorrência, quanto ao procedimento para envio de esclarecimento relativos a licitação, pergunta-se: Qual o prazo máximo de envio de esclarecimentos?”.

“3. Da leitura do Edital Retificado, nota-se a inclusão da alínea ‘b’, item 5.1.4 - Qualificação Técnica, chamando atenção principalmente o seguinte trecho ‘qualificação técnico-profissional, mediante comprovação de que possui vínculo profissional com ao menos 03 (três) profissionais que tenham experiência prévia nas funções de direção, chefia e/ou coordenação em unidade prisional, que correspondam as de gerente operacional, chefe de plantão e chefe de portaria’. Inicialmente, vale pontuar que após a análise de representação formulada em face do Edital em referência, o Egrégio Tribunal de Contas do Estado de São Paulo - TCE/SP, por meio do Processo eTC-021789.989.19-1, analisou o Edital em questão e entendeu como legítima a atestação constante do Edital em questão. Neste sentido, e a fim de se manter a lisura do certame licitatório, imperioso relembrar que em diversas oportunidades o TCE/SP enalteceu os demais pontos abordados no Edital, sendo específico quando das alterações necessárias para o andamento do certame, não sendo a qualificação técnica um dos itens questionados. Neste sentido, pontua-se uma das passagens da decisão proferida pelo TCE/SP, em 11 de dezembro de 2019, ‘Desta forma, a despeito de não se revelar a opção da Administração a mais econômica, tendo em vista a análise sumaria de que se reveste esse rito, entendo que devam ser levadas em consideração duas premissas importantes que restaram demonstradas nestes autos. A primeira é que o Estado atendeu, em princípio, as formalidades inerentes a contratação, naquilo que se propõe, como a inclusão do orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários entre os Anexos do edital, cuja obrigatoriedade é condição necessária para o cumprimento da norma do art. 40, § 2º, II, da Lei 8.666/93, conforme apontou a Assessoria Especializada. (...)’. Ainda, rememora-se que quando da sessão de julgamento no TCE/SP, houve a solicitação de exclusão das cooperativas do Edital nº 02/2019, justamente em razão da complexidade do projeto, por entender que, para a execução deste, haveria necessidade de vasto know-how para atendimento de uma miríade de serviços prestados nas Unidades Prisionais. Desta forma, a injustificada redução das exigências de qualificação técnica evidentemente põe em risco a prestação de serviços que se quer com o mencionado Edital, uma vez que este apresenta elevado grau de complexidade e de riscos de segurança. Tanto é assim que, no Brasil, existe apenas um projeto similar ao aqui debatido, sendo uma Parceria Público-Privada, instalada no Estado de Minas Gerais, ou seja, o ineditismo de tais projetos, requer um amplo e vasto conhecimento neste nicho de mercado, justamente em razão disso, não há como considerar a qualificação técnica por meio de profissionais. Por estas razões, entende-se que a Comissão Julgadora da Licitação, somente admitirá atestados técnico-operacionais para comprovação das exigências de qualificação técnica. Pergunta-se, nosso entendimento esta correto?”.

“4. Em decorrência do disposto na alínea "c", item 5.1.4 – Qualificação Técnica do Edital, que versa sobre o certificado de visita técnica, que, em síntese, tem como objetivo ‘verificar as condições locais, avaliar a quantidade e a natureza dos trabalhos, materiais e equipamentos necessários a execução dos objetos da licitação (...)': entende-se que toda a estrutura física dos complexos prisionais relacionados no Edital Retificado nº 02/2019, esta completamente concluída e funcional, não havendo qualquer pendência relacionada a realização de obras ou a obras que supostamente ainda estejam em andamento. Pergunta-se, nosso entendimento esta correto?”.

“5. Em decorrência do objeto do Edital Retificado nº 02/2019, requer-se a disponibilização do projeto ‘as built', bem como as especificações técnicas de todos os equipamentos instalados nos complexos prisionais relacionados no referido Edital”.

“6. Como levantado em oportunidade anterior, da leitura do Anexo VI, o artigo 2°, determina a penalidade a ser aplicada em caso de descumprimento contratual, veja-se: ‘Artigo 2° - 0 descumprimento das obrigações previstas no edital, no contrato e na legislação aplicável, por atuação da contratada ou de seus funcionários, ensejará a aplicação de multa na seguinte conformidade: (...) Parágrafo Segundo - As seguintes infrações, comissivas ou omissivas, em razão de sua especial gravidade, ensejarão a incidência de multa fixada entre o mínimo de 200 UFESP's e o máximo de 100.000 UFESP's, observados os critérios dos incisos do paragrafo primeiro: I - permitir, promover, facilitar ou de qualquer modo contribuir, culposa ou dolosamente, por atuação da contratada ou de seus funcionários, para fuga ou tentativa de fuga de presos; I - permitir, promover, facilitar ou de qualquer modo contribuir, culposa ou dolosamente, por atuação da contratada ou de seus funcionários, para o ingresso ou tentativa de ingresso de entorpecentes elou de objetos ou substâncias proibidos’. Como de amplo conhecimento, o Poder de Polícia e a faculdade de que dispõe a Administração Pública para disciplinar e restringir, em favor do interesse público adequado, direitos e liberdades individuais, não tendo, portanto, a CONTRATADA, tal faculdade, (monopólio do Estado). Diante da impossibilidade legal de a CONTRATADA exercer o controle e fiscalização de diversas rotinas que podem gerar, por exemplo, o ingresso indevido de objetos não autorizado nas Unidades Prisionais - como no caso da revista de advogados e entidades religiosas, justamente em razão de o Poder de Polícia ser indelegável - não pode a CONTRATADA ser penalizada por ações ou omissões as quais não tenha dado causa, tampouco tenha concorrido. Assim, entende-se que a responsabilidade da CONTRATADA deve ser apurada no limite do dolo de sua ação, uma vez que responsável por possíveis atos cometidos, tendo como ser mensurada sua responsabilidade direta sobre tais ações. Ainda, entende-se que não será caracterizada culpa da Concessionária, em casos como, fuga de apenados em razão de apoio externo, causada pela ausência de efetivo de agentes do Estado; entrada de objetos não autorizados nas Unidades Prisionais, como já citado, em decorrência das revistas que deixam de ser realizadas em visitantes que possuem prerrogativas, que podem vir a facilitar a entrada de tais objetos; bem como as ocorrências relacionadas a ausência de efetivo de agentes do Estado, como exemplo anteriormente citado, que impactam diretamente na operação da futura CONTRATADA, dentre outros acontecimentos que poderão ocorrer, sem qualquer interferência da CONTRATADA, haja vista que, como demonstrado, esta não possui Poder de Polícia. Diante do anteriormente exposto, considerando que o Poder de Polícia e de responsabilidade do Estado, sendo indelegável, e cientes da ausência de responsabilidade da CONTRATADA neste sentido, entende-se que a redação correta dos incisos, será a que segue: ‘I - permitir, promover, facilitar ou de qualquer modo contribuir dolosamente, por atuação da contratada ou de seus funcionários, para fuga ou tentativa de fuga de presos’; ‘I - permitir, promover, facilitar ou de qualquer modo contribuir dolosamente, por atuação da contratada ou de seus funcionários, para o ingresso ou tentativa de ingresso de entorpecentes e/ou de objetos ou substâncias proibidos’. Pergunta-se, nosso entendimento esta correto?”.

“7. Considerando a ampla defesa garantida em caso de aplicação de penalidade, conforme pode-se observar, do item 12.2 do Edital nº 02/2019, do item 5.2.4.4 do Termo de Referência, do parágrafo primeiro, da cláusula décima quatorze do Contrato e do Anexo VI, entende-se que em caso de aplicação de penalidades decorrentes do contrato vinculado ao Edital nº 02/2019, será aplicada a Lei Estadual nº 10.177/98, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual. Pergunta-se, nosso entendimento esta correto?”.

“8. Em consonância com o que determina o parágrafo terceiro, cláusula décima quarta do Contrato, poderá a CONTRATANTE ‘descontar das faturas os valores correspondentes as multas que eventualmente forem aplicadas por descumprimento de cláusulas contratuais’. Em razão disso, considerando o direito ao contraditório e a ampla defesa, previsto na minuta do Contrato anexo ao Edital nº 02/2019, bem como no Anexo VI, e ainda garantido pelo Art. 5, inc. LV, da Constituição Federal, entende-se que o desconto e a aplicação de penalidade prevista no parágrafo terceiro, cláusula décima quarta do Contrato, supracitado, apenas serão efetivados quando findo o procedimento administrativo competente, em linha com o que determina a Lei Estadual nº 10.177/98. Pergunta-se, nosso entendimento esta correto?”.

“9. Considerando o direito ao contraditório e a ampla defesa, garantidos, entre outros, por meio do Art. 5, inc. LV, da Constituição Federal, entende-se que um suposto descumprimento contratual ensejara a abertura do competente procedimento administrativo, a fim de oportunizar as garantias ao contraditório e a ampla defesa anteriormente mencionados, bem como com o objetivo de identificar o alcance das responsabilidades entre CONTRATANTE e CONTRATADA. Neste sentido, considerando 0 tramite do procedimento administrativo disposto na Lei Estadual nº 10.177/98, entende-se que enquanto perdurar o procedimento administrativo citado, não haverá qualquer impacto no pagamento que deverá ser realizado pela CONTRATANTE a CONTRATADA, devendo este ser realizado independentemente de haver procedimento administrativo em andamento, devendo ser descontado e/ou cobrado o montante pela infração, somente quando findo o processo administrativo e comprovada a responsabilidade da CONTRATADA. Pergunta-se, nosso entendimento está correto?”.

“10. Da leitura da Clausula 12.1.1 do Edital nº 02/2019, vê-se a referência a advertência nos seguintes termos ‘Advertência por faltas leves, assim entendidas aquelas que não acarretem prejuízos significativos para a Unidade Contratante’. Frente a cláusula supracitada, questiona-se qual o entendimento da SAP em relação a falta leve? Sugerimos evidenciar”.

Segue esclarecimento:

QUESTÃO 01. As respostas apresentadas pela Administração aos pedidos de esclarecimentos anteriormente formulados permanecem válidas, salvo nos casos em que o item do Edital correspondente ao questionamento tiver sido retificado.

QUESTÃO 02. A lei não estabelece um prazo específico para a resposta aos pedidos de esclarecimentos, porém, nesses casos, será observado o princípio da razoabilidade, ou seja, as licitantes devem encaminhar os questionamentos em tempo razoável para serem respondidos pela Administração.

QUESTÃO 03. A qualificação técnica foi questionada junto ao TCE e o julgamento ocorreu em 06/11/2019, quando julgou parcialmente procedentes as representações, determinando que a Administração, querendo dar seguimento do certame adote as medidas corretivas pertinentes para dar cumprimento à lei, especialmente para:

a) Adequar a exigência de qualificação técnica;

b) ........

No Edital republicado, a qualificação técnica poderá ser comprovada pelo atendimento dos requisitos descritos no item 5.1.4.1, alíneas A ou B, alternativamente.

Portanto, a Comissão Julgadora da Licitação admitirá tanto os atestados técnico-operacionais como atestados de qualificação técnico-profissionais, de modo a atender as exigências estabelecidas pelo E. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.

Tal medida atende à preocupação manifestada pela Corte de Contas do Estado de São Paulo de viabilizar o ingresso de novos entrantes no mercado sem restringir a competição exclusivamente às empresas que já possuam tal experiência, ao mesmo tempo em que confere à Administração a segurança de que os potenciais licitantes que jamais tenham atuado no setor terão, ao menos, 03 (três) profissionais com experiência relevante na gestão de estabelecimentos prisionais.

Com isto permite-se a ampliação da competitividade do certame, exigida pela Lei nº 8.666/93 sem prejuízo da qualidade da prestação do serviço, haja vista a sensibilidade e as peculiaridades inerentes ao serviço de gestão prisional compartilhada.

QUESTÃO 04. A estrutura física dos complexos relacionados no Edital Retificado nº 02/2019 está parcialmente concluída e funcional, onde Gália I e II conta com TRP emitido, Registro está em fase final de testes e acabamentos de forma a possibilitar a emissão do Termo de Recebimento Provisório e as obras do CDP de Aguaí em fase final de execução.

Ressaltamos que quando da efetiva celebração da(s) contratação(ções) a estrutura física dos estabelecimentos prisionais de que trata o Edital Retificado nº 02/2019 deverá estar concluída e funcional.

QUESTÃO 05. O ‘as built’ e informações técnicas necessárias serão disponibilizados à Contratada quando da assinatura do contrato de gestão compartilhada.

QUESTÃO 06. Questionamento similar foi respondido em 09/10/2019 – DOE de 10/10/2019 – Questão 04, conforme segue:

“A multa de que trata os incisos I e II, do artigo 2º, Parágrafo Segundo, da Resolução SAP 131/2019 somente será aplicada quando a contratada permitir, promover, facilitar ou de qualquer modo contribuir, culposa ou dolosamente, por sua atuação ou de seus funcionários, para a fuga ou tentativa de fuga de presos, bem como, para o ingresso ou tentativa de ingresso de entorpecentes e/ou de objetos ou substâncias proibidos”.

“A penalidade somente será aplicada após o exercício do contraditório e da ampla defesa, sendo a dosimetria da pena fixada em atenção aos parâmetros mínimos e máximos previstos na Resolução, com observância dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, de acordo com os critérios previstos nos incisos do §1º do artigo 2º da Resolução SAP 131/2019. Caso inexista culpa ou dolo da Contratada não haverá a aplicação de penalidade.”

QUESTÃO 07. Questionamento similar foi respondido em 09/10/2019 – DOE de 10/10/2019 – Questão 08, conforme segue:

“A Cláusula Décima Quarta da minuta de contrato diz respeito ao desconto de multas já aplicadas, sendo a aplicação de qualquer multa administrativa cabível apenas após a conclusão de processo administrativo sancionatório, no qual assegurada à contratada a oportunidade de exercício do contraditório e ampla defesa, com observância da legislação aplicável à espécie, em especial, a Lei nº 8.666/1993 e a Lei Estadual nº 10.177/1998. A Administração poderá se valer, após a regular aplicação de multa pecuniária, de qualquer meio de satisfação do débito, caso não satisfeito espontaneamente pela contratada.”

QUESTÃO 08. A dúvida já foi respondida nos esclarecimentos prestados ao questionamento anterior (questão 07). Portanto, qualquer multa somente será aplicada após a conclusão do procedimento sancionatório, garantido o direito ao contraditório e ampla defesa. A aplicação do disposto no mencionado parágrafo terceiro da cláusula décima quarta depende de decisão final no correspondente procedimento sancionatório.

QUESTÃO 09. As respostas aos questionamentos 07 e 08 já esclarecem a dúvida formulada. Eventuais multas somente serão aplicadas após a conclusão do procedimento sancionatório, garantido o direito ao contraditório e ampla defesa. Somente quando finalizado o procedimento, se for o caso, poderá vir a ser descontada a multa do pagamento da empresa.

QUESTÃO 10. As sanções previstas seguem um sistema gradual, da mais leve (advertência) a mais severa (declaração de inidoneidade), e não são vinculadas a fatos determinados, estando dentro do Poder Discricionário da Administração estabelecer a punição de acordo com a proporcionalidade da conduta infratora, sempre, após o devido processo legal, onde será garantido o contraditório e a ampla defesa.

Comissão Julgadora de Licitação.