



MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE
SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
COMISSÃO ESPECIAL DE LICITAÇÃO DOS PROGRAMAS ESTRUTURANTES E PROJETOS
PRIORITÁRIOS

Concorrência Pública nº 04/2020

Processo nº 20.0.000005513-2

Objeto: Contratação dos SERVIÇOS DO VERIFICADOR INDEPENDENTE, sendo eles de apoio à fiscalização, envolvendo o detalhamento das sistemáticas e procedimentos, bem como a aferição de indicadores de desempenho e qualidade da CONCESSIONÁRIA dos serviços de ILUMINAÇÃO PÚBLICA no MUNICÍPIO.

Questionamento 1:

Identificamos que dentre a Legislação aplicável, indicada no Edital, está o Código de Defesa do Consumidor, Lei Federal nº 8.078/1990. Desta forma, considerando que se trata de um contrato público, regido pela 8.666/93, gostaríamos de entender, qual seria o motivo da indicação da referida legislação, e como se dará a sua aplicação de maneira prática.

RESPOSTA:

Conforme Jair Batista da CUNHA, procurador do MPU junto ao TCU: “[é] perfeitamente possível ao órgão ou entidade pública contratante, a despeito de sua supremacia jurídica, presumida por lei, estar numa posição de vulnerabilidade técnica, científica, fática ou econômica perante o fornecedor. Imagine-se, a título de exemplo, a situação de uma pequena autarquia ou de uma pequena prefeitura do interior, ao contratar produtos ou serviços de alta tecnologia, com uma grande empresa multinacional.” (Revista TCU, Brasília, v. 32, n. 87, jan/mar/2001) Jair Batista da Cunha assevera ainda que: “(...) pode-se concluir que é razoável a interpretação de que são aplicáveis as disposições do Código de Defesa do Consumidor aos contratos administrativos, em caráter subsidiário, desde que atendidas as seguintes condições: a) o órgão ou entidade pública estiver em posição de vulnerabilidade técnica, científica, fática ou econômica perante o fornecedor, visto que a superioridade jurídica do ente público é presumida nos contratos administrativos; b) o órgão ou entidade pública estiver adquirindo o produto ou serviço na condição de destinatário final, ou seja, para o atendimento de uma necessidade própria e não para o desenvolvimento de uma atividade comercial.” (Revista TCU, Brasília, v. 32, n. 87, jan/mar/2001). Dessa forma, no presente caso, é evidente a vulnerabilidade técnica, científica e fática do Município de Porto Alegre em

face das empresas especializadas nos serviços de verificador independente. Nesse sentido, é o pensamento de José Ricardo Britto Seixas PEREIRA JUNIOR (Advogado da União em Sergipe (PU-SE) – Coordenador da Escola da AGU em Sergipe – Especialista em Direito Constitucional (UNIT)): “(...) o Código de Defesa do Consumidor é aplicável favoravelmente para o Poder Público, notadamente nas hipóteses em que o Poder Público encontra-se em uma situação de hipossuficiência [sic].” Além disso, tendo em vista o objeto do presente certame (contratação dos serviços de verificador independente de apoio à fiscalização envolvendo o detalhamento das sistemáticas e procedimentos, bem como a aferição de indicadores de desempenho e qualidade da CONCESSIONÁRIA dos serviços de ILUMINAÇÃO PÚBLICA no MUNICÍPIO), fica evidente a situação de hipossuficiência do Município. A interpretação restritiva do termo ‘todo consumidor’ expressa no art. 2º do CDC é oriunda da acepção finalista da teoria de proteção ao consumo. Trata-se de posicionamento teórico que vem sendo enfraquecido na jurisprudência hodierna. Dessa feita, é oportuna a menção ao seguinte excerto decisório, de lavra da Min. Nancy Andrighi, do egrégio Superior Tribunal de Justiça: “Em outras palavras, a teoria finalista vem sendo mitigada com fulcro no art. 4º, I, do CDC, fazendo a lei consumerista incidir sobre situações em que, apesar do produto ou serviço ser adquirido no curso do desenvolvimento de uma atividade empresarial, haja vulnerabilidade de uma parte frente à outra. Assim, o direito do consumidor pode ser considerado o direito do contratante hipossuficiente à tutela jurídica diferenciada, sendo irrelevante a distinção pessoa física/jurídica para fins de constatação da vulnerabilidade da parte e recebimento da proteção diferenciada” (Resp. 1132642, rel. Min. Nancy Andrighi, rel. para o Acórdão Min. Massami Uyeda, j.05/08/2010, p.18/11/2010) Sendo assim, a aplicação do CDC se dará de forma subsidiária.

Questionamento 2:

a) O item 8.2.3.3 do Edital, adota como cálculo para a pontuação final a avaliação proporcional de 60% (sessenta por cento) da nota técnica e 40% (quarenta por cento) da nota comercial;

b) O item 7.1.9 do Edital, menciona que os Envelopes 2 e 3, ora da proposta comercial e técnica, serão abertos somente após o resultado da fase de habilitação, contudo, sem previsão expressa da ordem de abertura dos envelopes.

Entendemos que a Comissão primeiro irá realizar a abertura do envelope correspondente a proposta técnica, e somente depois do julgamento deste, irá proceder com a abertura do envelope da proposta comercial. Seguindo essa dinâmica, entendemos que será dado tratamento isonômico, evitando qualquer tipo de preferência no julgamento das propostas técnicas que tiverem um menor preço comercial, está correto o nosso entendimento?

RESPOSTA:

Nos termos do subitem 3.4, os resultados de julgamento, exceto as comunicações feitas em sessão pública de todos os licitantes, serão divulgados no Diário Oficial do Município. Ainda, o item 7 do edital rege os procedimentos para a abertura dos envelopes, do qual destacamos os subitens 7.1.6, 7.1.9 e 7.2.2, *in verbis*:

“7.1.6. A COMISSÃO poderá suspender a sessão, se entender necessário, para exame dos documentos apresentados, ou dos recursos interpostos. Neste caso, deverá fixar dia, hora e local para comunicar o resultado da fase de habilitação. Ocorrendo esta hipótese, os envelopes contendo as propostas técnica e comercial (Envelopes nº 02 e 03) serão rubricados pelos interessados e pela COMISSÃO e ficarão sob a guarda desta, acondicionados em invólucro(s) devidamente fechado(s) à vista dos presentes, para serem abertos após o julgamento da habilitação, ou em data a ser marcada oportunamente mediante publicação no DOPA.”

“7.1.9. Os ENVELOPES 02 e 03 serão abertos posteriormente, em datas designadas pela COMISSÃO e publicadas previamente no Diário Oficial do Município de Porto Alegre (DOPA).”

“7.2.2. Caso não tenha sido julgada a habilitação durante a sessão, a COMISSÃO reunir-se-á posteriormente para a avaliação dos documentos, tornando público o resultado do julgamento desta fase por meio de publicação no DOPA, quando se dará a abertura do prazo para recurso.”

Registramos, por fim, que o julgamento da licitação obedecerá a critérios objetivos, sendo a nota final no certame atribuída com base no disposto pelo subitem 8.2.3.3 do Edital.

Questionamento 3:

De acordo com o item 8.2.1.2.12 e seus subitens do Edital, favor esclarecer se há pontuação mínima a ser alcançada pelas licitantes, no tocante aos projetos para o Plano Técnico (PT1), para que não sejam desclassificadas, haja vista o Edital ser omissivo sobre esse ponto.

RESPOSTA:

Não há pontuação mínima.

Questionamento 4:

No tocante às obrigações de confidencialidade correlatas ao objeto ora licitado, conforme disposto no item 10.1.11 da minuta de contrato (Anexo V), entendemos que:

- i) Serão mantidas em sigilo todas as informações confidenciais obtidas durante a prestação dos serviços, inclusive recomendações formuladas em sua execução ou resultante dos serviços;
- ii) A Contratada poderá manter consigo cópia das informações e documentos, mesmo daqueles considerados confidenciais, necessários à comprovação da relação contratual entre as partes e dos serviços prestados, e/ou que tenham sido utilizados para

consubstanciar eventuais serviços por ela prestados à Contratada em relação a este Projeto, mantendo-se, contudo, a confidencialidade das referidas informações;

iii) Não obstante, as Partes não terão obrigação de preservar o sigilo relativo à Informação que: (a) era de seu conhecimento anteriormente, não estando sujeita à obrigação de ser mantida em sigilo; (b) for revelada a terceiros por parte Reveladora da informação sem qualquer obrigação de sigilo; (c) estiver ou tornar-se publicamente disponível por meio diverso de revelação não autorizada pela parte Receptora da informação; e/ou (d) for total e independentemente desenvolvida pela parte Receptora da informação. Estão corretos os nossos entendimentos?

RESPOSTA:

Os entendimentos estão corretos. Registra-se, por oportuno, que o dever de sigilo também se aplica às pessoas vinculadas à contratada que detenham informação em razão da relação mantida consigo.

Questionamento 5:

Ainda no que tange ao item 10.1.11 da minuta de CONTRATO (Anexo V), entendemos, que as informações da Contratada, quando aplicável, receberão o mesmo tratamento de confidencialidade dedicado às informações da Contratante. Está correto tal entendimento?

RESPOSTA:

O entendimento está correto.

Questionamento 6:

Considerando que é conveniente e necessária a previsão de um prazo limite de observância às obrigações de confidencialidade, sugerimos que seja estipulado o prazo de 5 (cinco) anos para cumprimento de tais obrigações pelas Partes. Favor confirmar nosso entendimento.

RESPOSTA:

As regras de confidencialidade deverão atender, no que cabível, à Lei 12.527/2011, inclusive quanto aos prazos nela estabelecidos.

Questionamento 7:

Considerando a disposição contida no item 9.2 da minuta do contrato (Anexo V), acerca da propriedade intelectual dos produtos/serviços a serem gerados/prestados pela Contratada, entendemos que:

- i) A propriedade dos produtos e documentos gerados pela Contratada na execução deste Contrato serão de propriedade da Contratante;
- ii) Consoante a legislação aplicável, toda propriedade intelectual desenvolvida pela empresa vencedora anteriormente à celebração do contrato, mesmo que venha a ser relacionada ao projeto, constitui propriedade intelectual exclusiva da licitante vencedora;

iii) Toda a propriedade intelectual (incluindo, mas não se limitando a patentes, direitos autorais, metodologias, técnicas, "know-how" e programas de computador) desenvolvida pela Contratada anteriormente à celebração do contrato, relacionado ou não ao projeto, constitui propriedade exclusiva da Contratada.
Estão corretos tais entendimentos?

RESPOSTA:

Conforme item 6.4.1.1, do **Anexo IV - Projeto Básico**, letra "d) Frente IV - Painel de Controle":

"Os dados, informações e direitos referentes ao PRODUTO, documentação ou ferramenta que vierem a ser gerados pela CONTRATADA, em função da execução dos SERVIÇOS DO VERIFICADOR INDEPENDENTE, deverão ser transferidos ao CONTRATANTE."

Questionamento 8:

Tendo em vista as características do projeto objeto desta licitação e a sistemática de execução e recebimento dos serviços contratados, considerando a disposição contida no item 10.1.6 da minuta de contrato (Anexo V), entendese que o valor de toda e qualquer indenização eventualmente devida à Contratante, incluindo quaisquer perdas e danos, estará limitada ao valor global do contrato. Está correto tal entendimento?

RESPOSTA:

A resposta ao questionamento é negativa, justificando-se pelos próprios termos da subcláusula citada, uma vez que suficientemente clara, a qual vai transcrita:

"CLÁUSULA DÉCIMA – DAS OBRIGAÇÕES DA CONTRATADA

10.1 - São obrigações da CONTRATADA, sem prejuízo de demais disposições deste CONTRATO, seus ANEXOS e da legislação aplicável:

(...)

10.1.6 - Responsabilizar-se, nos termos da legislação aplicável, por quaisquer prejuízos causados a terceiros, por si ou seus administradores, empregados, prepostos, prestadores de serviços, terceirizados ou subcontratados ou qualquer outra pessoa física ou jurídica a ela vinculada, no exercício das atividades abrangidas pela prestação de serviços, não sendo assumida, pelo CONTRATANTE, qualquer espécie de responsabilidade dessa natureza;"