

Quadro informativo

Pregão Eletrônico N° 13/2023 ([Lei 14.133/2021](#))

UASG 390004 - COORD.GERAL DE RECURSOS LOGÍSTICOS

[Avisos \(4\)](#)[Impugnações \(3\)](#)[Esclarecimentos \(1\)](#)18/12/2023
14:59

DAS ALEGAÇÕES DA IMPUGNANTE

A empresa encaminhou seu pedido via e-mail (7872263), conforme abaixo transscrito, em síntese:

1. DAS MULTAS CONTRATUAIS – DOSIMETRIA NOS PERCENTUAIS
O ato convocatório (9. DAS INFRAÇÕES ADMINISTRATIVAS E SANÇÕES) disciplina a sujeição da contratada a multas que, em geral tem como base de cálculo o valor global do contrato.

O valor correspondente as multas estão estabelecidas no Edital até o percentual de 10% (Dez por cento) sobre o valor total do contrato.

Assim regula o Edital:

d) Multa:

I - Moratória de 0,5% (cinco décimos por cento) por dia de atraso injustificado

sobre o valor da parcela inadimplida, até o limite de 05 (cinco) dias; II - Moratória de 0,07% (sete centésimos por cento) por dia de atraso injustificado

sobre o valor total do contrato, até o máximo de 2% (dois por cento), pela inobservância do prazo fixado para apresentação, suplementação ou reposição da garantia.

III - O atraso superior a 25 (vinte e cinco) dias autoriza a Administração a promover a extinção do contrato por descumprimento ou cumprimento irregular de suas cláusulas, conforme dispõe o inciso I do art. 137 da Lei n. 14.133, de 2021.

IV - Compensatória, para as infrações descritas nas alíneas “e” a “h” do subitem 12.1, de 3% a 5% do valor do Contrato.

V - Compensatória, para a inexecução total do contrato prevista na alínea “c” do subitem 12.1, de 5% a 10% do valor do Contrato.

Todavia, usar o valor global como referência para a aplicação de multas se mostra atentatório aos basilares princípios da proporcionalidade e razoabilidade, uma vez que o percentual aplicado sobre o valor total do contrato é excessivo e altamente oneroso frente a tipificação definida no contrato.

Nos casos em tela, o percentual máximo de sanção a título de multa, seria num patamar máximo de 10% (dez por cento) sobre o valor da parcela inadimplida, evitando-se assim, desproporcionalidade na aplicação da medida e insegurança jurídica para as empresas licitantes.

(...)

Assim, requer seja retificado o Edital no que tange à imposição das multas, alterando seu patamar máximo ao limite de 10% sobre o valor da parcela inadimplida, para garantia da segurança jurídica das licitantes.

2. DA AFRONTA AO DIREITO DE PROPRIEDADE INTELECTUAL.

O ato convocatório prevê exigência no sentido de assegurar à Contratante o

direito de propriedade intelectual sobre os produtos desenvolvidos pelas licitantes, entre outros direitos autorais, conforme disposto no item 13.23 do Termo de Referência, in verbis:

13.23. Ceder ao Contratante todos os direitos patrimoniais relativos ao objeto contratado, o qual poderá ser livremente utilizado e/ou alterado em outras ocasiões, sem necessidade de nova autorização do Contratado.

13.23.1. Considerando que o projeto contratado se refere a obra imaterial de caráter tecnológico, insuscetível de privilégio, a cessão dos direitos a que se refere o subitem acima inclui o fornecimento de todos os dados, documentos e elementos de informação pertinentes à tecnologia de concepção, desenvolvimento, fixação em suporte físico de qualquer natureza e aplicação da obra.

Entretanto, senhores julgadores, verifica-se que a exigência, para uma empresa como a impugnante, bem como, provavelmente, as demais fabricantes do setor, não pode ser atendida na forma exigida pelo edital, sob pena de quebra de sigilo de segredo industrial.

Importante ressaltar, que a tecnologia desenvolvida pelo impugnante envolve altíssimos investimentos, tanto em maquinário quanto em recursos humanos, pois os serviços de natureza intelectual destacam-se como aqueles em que a arte e a racionalidade humana são essenciais para a sua satisfatória execução.

(...)

Portanto, na contratação de serviço de manutenção, não se pode condicionar a transferência do Know-how, que é justamente o conhecimento técnico para a prestação dos serviços, não devendo ceder à administração pública os direitos patrimoniais sobre produtos e soluções gerados durante a execução do contrato.

Por fim, nesse ponto a regra editalícia merece modificação para que não seja afrontado o direito de propriedade intelectual e/ou o segredo industrial das licitantes.

DOS PEDIDOS DA IMPUGNANTE

Requer a Impugnante:

Ante o exposto, requer seja conhecida e acolhida a presente Impugnação, em todos os seus termos, para que Vossa Senhoria se digne retificar o edital nos itens impugnados, com a finalidade de preservar a integridade e harmonia lógica do certame, dentro da legislação aplicável as contratações realizadas pelos entes públicos.

DA ANÁLISE TÉCNICA

Após apreciação dos fundamentos elencados na impugnação, passamos a análise do mérito.

No que concerne às MULTAS CONTRATUAIS - DOSIMETRIA NOS PERCENTUAIS, inicialmente a empresa alega que o ato convocatório (9. DAS INFRAÇÕES ADMINISTRATIVAS E SANÇÕES) disciplina a sujeição da contratada a multas que, em geral tem como base de cálculo o valor global do contrato. Posteriormente, cita trecho 12.2 da minuta de contrato para informar que o valor correspondente às multas estão estabelecidas no edital até o percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor total do contrato.

Com relação à aplicação de multas e dosimetria nos percentuais, cabe informar que tanto o item 9 do edital quanto o item 12.2 da minuta contratual (anexo ao edital) são reproduções, ipsius litteris, dos modelos de Edital e de Termo de Contrato elaborado e aprovado pela Câmara Nacional

de Modelos de Licitações e Contratos da Consultoria-Geral da União.

De toda sorte, cumpre informar que o percentual máximo de multa e a base de cálculo estão de acordo com o estipulado no art. 156 da Lei nº 14.133/21, conforme abaixo:

Art. 156. Serão aplicadas ao responsável pelas infrações administrativas previstas nesta Lei as seguintes sanções:

(...)

II - multa;

(...)

§ 3º A sanção prevista no inciso II do caput deste artigo, calculada na forma do edital ou do contrato, não poderá ser inferior a 0,5% (cinco décimos por cento) nem superior a 30% (trinta por cento) do valor do contrato licitado ou celebrado com contratação direta e será aplicada ao responsável por qualquer das infrações administrativas previstas no art. 155 desta Lei.

Logo, entendemos que a redação não deve ser alterada, de modo que não se aplica tal impugnação.

Quanto ao item 2 da impugnação, por se tratar de assunto eminentemente técnico, este Pregoeiro solicitou subsídios formais aos responsáveis pela elaboração do Termo de Referência. Destarte, aquele setor demandante dos serviços manifestou-se, (via e-mail - 7872263), conforme abaixo exposto:

Item 2. Da Afronta ao direito de propriedade intelectual

Sobre esse ponto cabe informar que o item 13.23 do Termo de Referência é a reprodução, ipsis litteris, do modelo de Termo de contrato elaborado e aprovado pela Câmara Nacional de Modelos de Licitações e Contratos da Consultoria-Geral da União. Logo, entendemos que a redação não deve ser alterada.

Cabe esclarecer que os direitos patrimoniais são os dados básicos que serão disponibilizados para o órgão, como por exemplo, o projeto executivo, “as built”, manuais de operação e manutenção, entre outros, dados e características técnicas do equipamento, diagramas de ligação, catálogos técnicos, data book dos ensaios realizados, ou seja, são todos os serviços previstos de entrega orientado pelo projeto básico, anexo ao termo de referência. Portanto não cabe impugnação deste termo.

DA DECISÃO

Pelo exposto, na forma da alínea "a", inciso III, do art. 14 do Decreto 11.246/2022 e corroborado no Parecer Técnico da DIVISÃO DE ENGENHARIA deste Ministério dos Transportes, decide o Pregoeiro NEGAR PROVIMENTO à Impugnação interposta pela empresa TK ELEVADORES BRASIL LTDA.

18/12/2023
14:58

A empresa encaminhou seu pedido via e-mail (7862444), conforme abaixo transscrito, em síntese:

DOCUMENTAÇÃO DO SUBCONTRATADO

1. O termo de referência, no seu item 4.5, prevê como obrigação da contratada a comprovação da capacidade técnica do subcontratado, que será avaliada.

2. Esse ponto merece impugnação ou esclarecimento, pois o tema é relevante

e impacta a precificação do objeto a ser contratado. É normal a utilização de mão de obra terceirizada para a execução de parte do serviço, o que traz inúmeras vantagens para todos os envolvidos.

3. Contudo, exigir a comprovação da capacidade técnica do subcontratado não se mostra coerente ou mesmo necessária, na medida em que a responsável técnica será sempre a parte contratada, jamais algum subcontratado.

4. Nesse sentido, a subcontratação não gera a cessão do objeto do contrato, mas, sim, a execução, por terceiros, de determinados serviços, sempre sob a supervisão e responsabilidade da parte contratada, permanecendo o vínculo direto e imediato entre a parte contratada e a administração, não havendo que se falar, pois, de demonstração de capacidade técnica.

5. Ademais, o instrumento convocatório não esclarece qual documentação seria exigida para esse fim, trazendo dúvidas a respeito da efetiva possibilidade de subcontratação na prática.

6. Dessa maneira, mantendo-se essa previsão, haverá prejuízos, pois os interessados farão orçamento com equipe própria e/ou de custo mais elevado, onerando desnecessariamente a administração.

7. Assim, fica impugnada necessidade de comprovar a capacidade técnica de subcontratado, haja vista que o responsável será sempre a parte contratada, ou, ao menos, que se esclareça qual documentação será exigida para esse fim.

RESPONSABILIDADE CIVIL

8. Ao alocar as responsabilidades, o instrumento convocatório em apreço estatui no item 13.6 do termo de referência que a contratada deverá:

13.6. Responsabilizar-se pelos vícios e danos decorrentes da execução do objeto, de acordo com o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 1990), bem como por todo e qualquer dano causado à Administração ou terceiros, não reduzindo essa responsabilidade a fiscalização ou o acompanhamento da execução contratual pelo Contratante, que ficará autorizado a descontar dos pagamentos devidos ou da garantia, caso exigida no edital, o valor correspondente aos danos sofridos;

9. Entretanto, esta disposição contraria objetivamente a legislação aplicável ao caso, e em última análise, afasta esta Administração da trilha da obtenção da melhor proposta, finalidade ulterior deste e de todos os certames licitatórios.

10. Com efeito a lei de regência determina que a responsabilidade civil da empresa contratada, ou seja, seu dever de reparar um dano causado, estará restrita aos danos que ela diretamente causar:

Art. 70. O contratado é responsável pelos danos causados diretamente à Administração ou a terceiros, decorrentes de sua culpa ou dolo na execução do contrato, não excluindo ou reduzindo essa responsabilidade a fiscalização ou o acompanhamento pelo órgão interessado.

11. Assim, por expressa disposição legal, excluem-se do dever de reparar da Contratada os danos indiretos eventualmente sofridos pelo Órgão contratante e por terceiros, tais como lucros cessantes, de tal sorte que referida previsão deverá estar igualmente inserida no instrumento convocatório.

12. Ademais, não se está diante de uma relação de consumo, de modo que inaplicável o CDC à hipótese. Isso porque, nos termos do art. 2º da referida Lei, consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza um produto ou serviço como destinatário final. A disposição é bastante clara: consumidor é aquele que necessariamente adquire produto ou serviço como destinatário final, o que não é o caso deste órgão.

13. Não há como dizer que o órgão seja o destinatário final do objeto da licitação, pois os equipamentos a serem fornecidos servirão para implementar as atividades do órgão. Desse modo, necessária a retificação para a exclusão dos dispositivos da Lei n. 8.0178/90 do edital e anexos.

14. Portanto, fica impugnada a previsão de responsabilidade pelos danos indiretos e aplicação do CDC, merecendo retificação o instrumento

convocatório para a devida retificação.

GARANTIA DA CONTRATAÇÃO

15. Nos termos do item 4.9 do termo de referência, em caso de opção pelo seguro-garantia, a parte adjudicatária deverá apresentá-la até a data da assinatura do contrato.

16. O ponto aqui é relevante, pois o instrumento convocatório não estabelece prazo algum para a assinatura do contrato, após a homologação. Tendo em vista que há trâmites burocráticos que fogem do controle da contratada, que ingerência alguma terá sobre a seguradora, é normal e esperado que o processo leve alguns dias até a finalização.

17. Portanto, fica o presente ponto impugnado para afastar a exigência de apresentação do seguro até a data da assinatura do contrato, visando à concessão de um prazo mínimo de 10 dias, ou, ao menos, que se esclareça que o prazo de apresentação será o da minuta do contrato.

DO PREPOSTO A PERMANECER NO LOCAL DA OBRA

18. No item 13.2 do termo de referência consta que a contratada deve manter um preposto aceito pela administração no local do serviço para representá-lo na execução do contrato.

19. O item 6.7, por sua vez, estabelece que o preposto da contratada deverá ficar no local da execução do objeto durante um período parcial do dia.

20. Sabe-se que a figura de um preposto é normal e salutar, mas o instrumento convocatório é vago, trazendo dúvidas e podendo até mesmo aumentar o custo da proposta ou inviabilizá-la.

21. O instrumento convocatório não esclarece a periodicidade de permanência do preposto no local, nem esclarece se esse preposto será aquele responsável pelo contrato, o que merece ser esclarecido.

22. Ademais, como forma de impugnação, questiona-se a real necessidade de um preposto que ficará no local do projeto, isso porque essa pessoa que deverá ficar no local terá um papel pouco relevante se permanecer durante grande período e ser pouco demandado.

23. Por isso, muito mais adequado que um preposto seja indicado para ficar à disposição para esclarecimentos e acompanhamento, sempre que for necessário, mas que não fique obrigado a permanecer à disposição por período incerto.

24. Assim, fica impugnada obrigação de ser necessária a presença do preposto nos termos do item referido, ao menos devendo ser esclarecidos os pontos acima.

DA GUARDA DE MATERIAIS

25. Segundo o item 13.14, a contratada deve promover a guarda, manutenção e vigilância de materiais, ferramentas, e tudo o que for necessário para a execução do objeto.

26. O edital estabelece uma obrigação para a Contratada que não é razoável, referente à guarda do material no local da obra.

27. Ocorre que a Contratada não poderá responder pela guarda do equipamento que estiver alocado nas dependências da Contratante, até por tratar-se de uma hipótese de depósito necessário, como preceitua o Código Civil.

28. Portanto, o ponto deve ser alterado para que se exclua referida previsão. Alternativamente, para facilitar esta questão, esta Licitante pretende esclarecer se é possível a cessão de uma sala de acesso restrito, ainda que pequena, para que possa guardar os materiais necessários à execução do Contrato.

29. Esta cessão não importaria em grande ônus para este órgão, mas traria um imenso benefício à esta Licitante, refletindo positivamente no preço final da contratação.

DE EVENTUAL EQUÍVOCO NO DIMENSIONAMENTO DA PROPOSTA

30. Diz o item 13.20:

13.20. Arcar com o ônus decorrente de eventual equívoco no dimensionamento dos quantitativos de sua proposta, inclusive quanto aos custos variáveis decorrentes de fatores futuros e incertos, devendo complementá-los, caso o previsto inicialmente em sua proposta não seja satisfatório para o atendimento do objeto da contratação, exceto quando ocorrer algum dos eventos arrolados no art. 124, II, d, da Lei nº 14.133, de 2021;

31. O trecho acima tachado é incompatível com o disposto no dispositivo legal referido. Isso porque o dispositivo menciona que os contratos poderão ser alterados “para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato em caso de força maior, caso fortuito ou fato do princípio ou em decorrência de fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis, que inviabilizem a execução do contrato tal como pactuado, respeitada, em qualquer caso, a repartição objetiva de risco estabelecida no contrato”.

32. Há então uma contradição, pois o item 13.20 determina que a contratada arque com os ônus decorrentes do dimensionamento da proposta, inclusive quanto a custos decorrentes de fato futuros e incertos, contudo, essa hipótese é justamente aquela prevista na alínea ‘d’ do inciso II do art. 124 da Lei n. 14.133/21.

33. Assim, restará uma celeuma se, em tais casos, a contratada terá ou não que arcar com os custos referidos, trazendo insegurança jurídica e, consequentemente, inviabilizando ou majorando o preço da contratação, sem olivar da aparente ilegalidade de impor um custo que a lei não prevê.

34. Desse modo, fica o ponto impugnado para que o trecho destacado no item seja excluído ou, ao menos, que se esclareça o ponto.

DIREITOS PATRIMONIAIS SOBRE O OBJETO CONTRATADO

35. O item 13.23 estabelece que a contratada deverá ceder todos os direitos patrimoniais relativos ao objeto contratado. E o item 13.23.1 prossegue estabelecendo que o item anterior inclui o fornecimento de todos os dados, documentos e elementos de informação pertinentes à tecnologia de concepção, desenvolvimento, fixação em suporte físico de qualquer natureza e aplicação da obra.

36. Trata-se de uma cláusula ampla e genérica, que pode trazer graves consequências, inclusive com relação à propriedade intelectual, direitos autorais e transferência de tecnologia, como se vê a seguir.

37. Trata-se de exigências um tanto desarrazoadas que podem lesar a propriedade intelectual e direitos autorais da contratada, como se transcreve.

38. Este órgão está a licitar os equipamentos, apenas. E é a isso que o preço estimado da contratação se refere. Se o objeto da contratação pública buscar também a aquisição da propriedade intelectual da contratada acerca de seus equipamentos, é evidente que o orçamento em apreço é insuficiente.

39. Isso porque tanto esta Impugnante como qualquer outra empresa do meio trabalham com o desenvolvimento de tecnologia, e o “know-how” dos equipamentos de cada uma delas é o que as torna competitivas entre si.

40. Assim, caso a exigência supra seja mantida, o que não se admite nem por hipótese, este órgão estará a adquirir, apenas pelo preço dos equipamentos, toda a expertise técnica da contratada, que no caso da Atlas Schindler, trata-se de mais de cem anos de evolução.

41. Pior do que isso: em razão da ampla publicidade dos processos licitatórios, os segredos industriais da contratada estarão disponíveis para a consulta de qualquer pessoa, inclusive das empresas concorrentes. Neste sentido, seria até mesmo “barato” para uma empresa do ramo deixar de participar deste certame, somente para ganhar conhecimento técnico acerca dos equipamentos da sua concorrente que for contratada.

42. E este é um ponto que certamente será impugnado por todas as empresas do ramo que desenvolvem a tecnologia que vendem em seus equipamentos, a demonstrar o amplo acerto do direito invocado.

43. Assim, o termo de referência deverá ser alterado para que se retire essa exigência, ou que haja expressa limitação quanto ao alegado direito de

propriedade a ser transferido.

44. Por oportuno, caso assim não se entenda, cabe pedido de esclarecimento quanto à real intenção deste órgão, ou seja, o que se pretende exatamente? O esclarecimento é relevante porque em certas passagens verifica-se situação diversa da aqui prevista.

45. No item 3.2.1.5.1, por exemplo, este órgão pede documentação e especificações a respeito de hardware e software, mas frisando tratar-se de informações básicas. Portanto, bastante relevante o esclarecimento.

DAS MULTAS ACIMA DO RAZOÁVEL

46. Embora pareçam de todo razoáveis ao primeiro olhar, as penalidades de multa do presente certame licitatório como definidas no instrumento convocatório podem chegar 30% (trinta por cento) do valor contratado, no total, e eventuais penalidades podem assumir valores altíssimos, razão pela qual os percentuais deverão ser revistos e limitações impostas.

47. Ocorre que a previsão de multas tão altas tendem a refletir negativamente no preço final que será ofertado à Contratante, na medida em que estes percentuais já invadem a esfera o lucro da Contratada, de sorte que na hipótese de aplicação de multa em patamar muito elevado a Contratada estará “pagando para trabalhar”, razão pela qual deve constar a previsão de limitação de multas a 10% do valor contratado, inclusive nas hipóteses de cumulação das multas.

48. Com efeito, apenas para ilustrar a razão de ser deste pleito, veja-se a lição dada pelo SEBRAE, acerca da expectativa de lucro das empresas: Entenda e calcule corretamente a margem de lucro:

Há no mercado uma métrica de retorno a depender do tipo de setor em que se irá empreender. No varejo, por exemplo, há uma remuneração de cerca de 4% sobre o total das vendas. Para a atividade de serviços, se espera algo em torno de 20% sobre o total das vendas. Portanto, antes de começar a empreender entenda em que setor pretende atuar e quais são as métricas de remuneração aplicáveis. Talvez você chegue à conclusão de que ou está no ramo, produto ou serviço errado.

(site do Sebrae, acessado em 22 de janeiro de 2019, <http://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/artigos/entenda-e-calcule-corretamente-a-margem-de-lucro,f2bbca017749e410VgnVCM1000003b74010aRCRD>)

49. Embora esta explanação seja direcionada às novas empresas, é plenamente aplicável à presente hipótese a título de exemplo, pois permite a visualização clara do fato de que, caso ocorra a imposição de multas em percentual tão expressivo, a contratada sofrerá ônus similar a “pagar para trabalhar”.

50. Mesmo sabendo que para evitar as penalidades basta que a contratada cumpra com suas obrigações, é inconcebível a possibilidade de penalidades tão severas, pois penalidades tão rigorosas tendem a inviabilizar a própria contratação, já que reduzirá o universo de interessadas ou aumentará os preços.

51. Diante disso, requer-se, com base no Princípio da Razoabilidade e da Proporcionalidade, a limitação dos percentuais de multa em todos os casos, limitado este percentual para o máximo de 10% (dez por cento), prevendo-se expressamente sua limitação a este valor inclusive nos casos de cumulação de multas.

52. Ainda, que as multas sejam calculadas com base na parcela inadimplida do contrato, o que certamente vai ao encontro dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

PRAZO PARA FORNECIMENTO DO PROJETO E DE EXECUÇÃO DOS SERVIÇOS

53. Nos termos do item 5.12.1 do termo de referência, o prazo para fornecimento do projeto executivo é de 15 dias.

54. Ocorre que, considerando a quantidade de elevadores e o porte dessa obra, referido prazo não é razoável, considerando as complexidades técnicas

envolvidas, fazendo-se necessária a previsão de prazo maior, para que todas as etapas que envolvem o objeto sejam devidamente atendidas, com a cautela e perícia necessária.

55. Desse modo, fica impugnado o prazo referido, para que conste ao menos o prazo de 90 dias para o fornecimento do projeto executivo, adequado para a complexidade da contratação.

56. Ademais, o prazo estabelecido para execução dos serviços é de 720 dias, não havendo previsão para chegada de material e a conclusão de cada elevador, entendendo-se que essa gestão do prazo é realizada pela parte contratada, desde que o prazo de 720 dias seja atendido.

57. Contudo, há a informação no cronograma físico-financeiro quanto à ordem dos elevadores a ser seguida para a execução dos serviços, contudo não há maiores esclarecimentos sobre o ponto.

58. Assim faz-se necessário pedido de esclarecimentos para que o órgão informe se a quantidade de elevadores paralisados ocorrerá conforme a necessidade de execução da contratante.

POSSIBILIDADE DE EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS EM DOIS CNPJs

59. Cabe esclarecer que essa licitante, e provavelmente outras tantas, emite faturas em dois CNPJs, uma de sua matriz, referente aos equipamentos, e outro de sua filial, que instalará os equipamentos, mas ambos da mesma empresa licitante, ou seja, com a mesma raiz de CNPJ, embora o contrato e a habilitação sejam feitos em regra somente em uma delas, geralmente no estabelecimento da matriz ou do estabelecimento localizado mais próximo da prestação de serviços.

60. Além disso, registre-se que, em consequência da caracterização do fato gerador do ICMS, quando a Elevadores Atlas Schindler dá saída de peças ou materiais de seu estabelecimento, ela emite Notas Fiscais de Saída de Mercadoria (remessa), sendo uma das vias entregues a cada cliente, efetuando o recolhimento do tributo (ICMS) para o Fisco Estadual, relativamente à parcela de materiais enviada para a obra.

61. A Nota Fiscal de Venda efetiva do Equipamento apenas será emitida quando da entrega da peça para substituição, ocasião em que será recolhido ao Fisco eventual diferença em relação aos valores já pagos quando das remessas parciais.

62. Além dessa nota relativa aos materiais aplicados (Equipamentos) e que constitui fato gerador do ICMS, esta Licitante emitirá também uma Nota Fiscal-Fatura de Serviços, relativamente aos serviços de assistência técnica do elevador (fato gerador do ISS), nos termos do item 14.01 e 14.02 da Lista de Serviços anexa à Lei Complementar nº 116/03.

63. Ainda, essa Licitante emite suas notas fiscais levando em conta a proporção de 70% materiais e 30% serviços, para o caso de elevadores.

64. Como esse ponto não está claro, requer seja esclarecido quanto a aderência desse procedimento à regra do instrumento convocatório. Esclarecendo-se acerca da possibilidade de emissão de notas fiscais em dois CNPJs sendo eles da mesma empresa, e na proporção mencionada acima.

RETENÇÃO DE PAGAMENTOS E CRÉDITOS

65. O instrumento convocatório permite a retenção de pagamentos para o desconto de eventuais multas aplicadas ou eventuais prejuízos, inclusive antes de observados os princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal.

66. Ocorre ser ilegal a retenção de valores antes de ser possibilitada à contratada o direito ao contraditório e ampla defesa, o que se mostra bastante desarrazoados.

67. Portanto, requer seja elidida a previsão de descontos dos pagamentos devidos à contratada ANTES do exercício do contraditório e ampla defesa, procedendo-se às retificações necessárias.

DOS PEDIDOS DA IMPUGNANTE

Requer a Impugnante:

68. Ante o exposto, ficam impugnados todos os termos supra, sendo imperiosa a consequente retificação do instrumento convocatório. Alternativamente, requer-se o recebimento da presente manifestação como Pedido de Esclarecimentos, a fim de que sejam elucidados todos os pontos aqui levantados.

Após apreciação dos fundamentos elencados na impugnação, passamos a análise do mérito.

Por se tratar de assunto eminentemente técnico, este Pregoeiro solicitou subsídios formais aos responsáveis pela elaboração do Termo de Referência, DIVISÃO DE ENGENHARIA do Ministério dos Transportes. Destarte, aquele setor demandante dos serviços manifestou-se (via e-mail - 7872261) conforme abaixo exposto:

Subcontratação:**Item 4.5 do TR:**

Tal exigência se faz necessária pois serviria como um modo segurança do órgão e da própria contratada pela execução do serviço.

Sanando a dúvida de qual documento deve ser encaminhado, trata-se de uma declaração simples, feita por outra empresa ou órgão público que já tenha contratado a empresa antes com as características equivalentes do serviço a ser prestado.

Em acréscimo, este pregoeiro informa que a condição que consta no subitem 4.5 do Termo de Referência tem previsão expressa no art. 122 da Lei Nº 14.133/2021 e visa otimizar a implementação dos contratos, a promoção da competitividade além de evitar a subcontratação indiscriminada. Referido normativo estabelece que o contratado deve apresentar à Administração documentação que comprove a capacidade técnica do subcontratado, a qual será avaliada e juntada aos autos do processo correspondente garantindo que a seleção dos subcontratados seja supervisionada e aprovada pelo órgão contratante.

Responsabilidade civil

Em relação ao citado Código de Defesa do Consumidor (CDC), cumpre-se esclarecer que o Ministério dos Transportes integra a estrutura de uma pessoa jurídica (União Federal). Neste diapasão é pertinente o uso do CDC.

O art. 70 indicado pela licitante trata-se da lei 8.666/1993 e mesmo assim, não trata de danos indiretos.

De todo modo, o art. 120 da lei 14.133/2021 preconiza:

Art. 120. O contratado será responsável pelos danos causados diretamente à Administração ou a terceiros em razão da execução do contrato, e não excluirá nem reduzirá essa responsabilidade a fiscalização ou o acompanhamento pelo contratante.

Vale destacar que o referido item do TR (13.6) foi replicado do modelo de contrato elaborado e aprovado pela Câmara Nacional de Modelos de Licitações e Contratos da Consultoria-Geral da União, atualizado em maio de 2023.

Do exposto, não se aplica o pedido de impugnação.

Garantia da contratação:

Sobre esse ponto cabe informar que o item 4.9 do Termo de Referência é a reprodução, ipsis litteris, do modelo de Termo de Referência elaborado e aprovado pela Câmara Nacional de Modelos de Licitações e Contratos da Consultoria-Geral da União. Logo, entendemos que a redação não deve ser alterada e informamos que, em respeito ao princípio da legalidade, os prazos descritos na legislação vigente serão observados.

Preposto a Permanecer no Local da Obra

De fato, a interpretação pode ter gerado este tipo de dúvida. Assim, cumpre-se esclarecer que o “período parcial do dia” que consta no item 6.7 faz alusão para que a contratada mantenha disponível sempre que for solicitado pela Administração o acesso, comunicação, e disponibilidade ao profissional que foi por ela designado com tal função para parte do dia, não necessitando sua permanência na execução do serviço.

Da Guarda de Materiais

De fato, a interpretação pode ter gerado este tipo de dúvida. Mesmo não estando explícito no item 13.14 esta Administração poderá dispor de uma sala para guarda de materiais e/ou equipamentos desde que sejam de pequeno porte, condicionado o acesso restrito por meio da equipe de vigilância do órgão e/ou da equipe de fiscalização.

De Eventual Equívoco no Dimensionamento da Proposta

Sobre esse ponto cabe informar que o item 13.20 do Termo de Referência é a reprodução, ipsis litteris, do modelo de Termo de contrato elaborado e aprovado pela Câmara Nacional de Modelos de Licitações e Contratos da Consultoria-Geral da União. Logo, entendemos que a redação não deve ser alterada.

Direitos Patrimoniais sobre o Objeto Contratado

Sobre esse ponto cabe informar que o item 13.23 do Termo de Referência é a reprodução, ipsis litteris, do modelo de Termo de contrato elaborado e aprovado pela Câmara Nacional de Modelos de Licitações e Contratos da Consultoria-Geral da União. Logo, entendemos que a redação não deve ser alterada.

Cabe esclarecer que os direitos patrimoniais são os dados básicos que serão disponibilizados para o órgão, como por exemplo, o projeto executivo, “as built”, manuais de operação e manutenção, entre outros, dados e características técnicas do equipamento, diagramas de ligação, catálogos técnicos, data book dos ensaios realizados, ou seja, são todos os serviços previstos no projeto básico, anexo ao termo de referência.

Das Multas Acima do Razoável

O percentual máximo de multa e a base de cálculo estão de acordo com o estipulado no art. 156 da Lei nº 14.133/21, conforme abaixo:

Art. 156. Serão aplicadas ao responsável pelas infrações administrativas previstas nesta Lei as seguintes sanções:

(...)

II - multa;

(...)

§ 3º A sanção prevista no inciso II do caput deste artigo, calculada na forma do edital ou do contrato, não poderá ser inferior a 0,5% (cinco décimos por cento) nem superior a 30% (trinta por cento) do valor do contrato licitado ou celebrado com contratação direta e será aplicada ao responsável por qualquer das infrações administrativas previstas no art. 155 desta Lei.

Assim, os limites superiores das multas estabelecidos no TR (item 15.2.4) não ultrapassam 10% do valor contratual. Portanto não se aplica tal impugnação.

Prazo para Fornecimento do Projeto e de Execução dos Serviços

De fato, a interpretação pode ter gerado este tipo de dúvida. O prazo para apresentação do projeto executivo seria para elaboração de cada segmento: 15 dias para elétrica; 15 dias para civil e 15 dias para mecânica.

O item que versa sobre o prazo contratual (4.3) estabelece margem de prazo até que a execução esteja completa e dentro do planejamento estabelecido.

Possibilidade de Emissão de Notas Fiscais em dois CNPJ's

Não há óbice quanto a emissão de duas notas fiscais para dois CNPJ's distintos, sendo a mesma empresa, desde que a contratada esteja regular no SICAF (Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores).

Retenção de Pagamento e Créditos

Sobre esse ponto cabe informar que o item 7.1.1 do Termo de Referência é a reprodução, ipsis litteris, do modelo de Termo de Referência elaborado e aprovado pela Câmara Nacional de Modelos de Licitações e Contratos da Consultoria-Geral da União. Logo, entendemos que a redação não deve ser alterada.

DA DECISÃO

Pelo exposto, na forma da alínea "a", inciso III, do art. 14 do Decreto 11.246/2022 e corroborado no Parecer Técnico da DIVISÃO DE ENGENHARIA deste Ministério dos Transportes, decide o Pregoeiro NEGAR PROVIMENTO à Impugnação interposta pela empresa ELEVADORES ATLAS SCHINDLER LTDA.

04/12/2023
12:11

DAS ALEGAÇÕES DA IMPUGNANTE

A empresa encaminhou seu pedido via e-mail (7815854), conforme abaixo transcrito, em síntese:

8. Primordialmente, veja-se a exigência editalícia com relação aos serviços e materiais a serem disponibilizados pelas licitantes, previstos no item 8.37 do Termo de Referência:

8.37. Atestado(s) de Capacitação Técnica, operacionais, emitidos por empresas de direito público ou privado devidamente identificadas, em nome da licitante, onde comprove ter executado serviços compatíveis e pertinentes, em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, nos quais constem, referências às parcelas de maior relevância técnica, assim consideradas:

8.37.1 Execução de serviço de modernização total de elevadores, no mínimo em 7 (sete) unidades, com velocidades de operação acima de 2,0 metros/segundo, capacidade a capacidade de transporte em torno de 800 kg, com sistema de antecipação de chamadas e sistema de monitoramento dos elevadores por software;

9. Ou seja, observa-se que as exigências quanto à capacidade técnico-profissional a serem comprovadas pelo licitante, devem guardar relação com as parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação.

10. Isso quer dizer que não se pode exigir critérios que se revelem desnecessários, ou melhor, apenas pode-se exigir aquilo que é de fato necessário à execução do serviço a ser contratado, sob pena de afetar o princípio da competição.

11. A presente demanda tem como objetivo demonstrar a necessidade de alteração na redação do item 8.37.1 “Execução de serviço de modernização total de elevadores, no mínimo em 7 (sete) unidades, com velocidades de operação acima de 2,0 metros/segundo, capacidade a capacidade de transporte em torno de 800 kg, com sistema de antecipação de chamadas e sistema de monitoramento dos elevadores por software;” para a seguinte redação “Execução de serviço de modernização total de elevadores, no mínimo em 3 (três) unidades, com velocidades de operação acima de 2,0 metros/segundo, capacidade a capacidade de transporte em torno de 800 kg, com sistema de antecipação de chamadas e sistema de monitoramento dos elevadores por software;”

12. Esta solicitação está balizada em virtude da própria disposição das Edificações existentes e que funcionam com sistemas de transporte vertical totalmente separados e de forma independentes, tanto no Ed. Sede quanto no Ed. Anexo, comprovados pelo próprio Cronograma físico-financeiro, sugerido no edital, em suas etapas de execução demonstrando que o novo sistema não possuirá 07 elevadores em funcionamento simultâneo no novo Sistema de Antecipação de Chamadas. 13. No caso em tela e devido as exigências comprovadas de que serão aplicados o novo Sistema de Antecipação de Chamadas (item de maior relevância), em no máximo 06 (seis) elevadores por Edifício implica em uma recomendação de comprovação de execução de serviço, por edificação, para o quantitativo de 50% das unidades pertencentes ao mesmo sistema de antecipação de chamadas e que seriam 03 unidades no mínimo e não 07 unidades como descrito.

14. No Ed. Sede, os elevadores Sociais (total 06 unidades) e no Ed. Anexo, Ala “Leste” (total de 03 unidades) e Ala “Oeste” (total de 03 unidades), conforme item 3.2.8.2 – Termo de Referência, letra “e”, que ratifica a necessidade de sistemas independentes por Edificações e por Alas (Leste e Oeste).

15. Dessa forma, é evidente que qualquer exigência, seja ela qualitativa ou quantitativa que, de algum modo restrinja a competitividade das empresas participantes da licitação, deve ser rechaçada.

16. Portanto, tendo em vista todo o exposto, o Edital de licitação deve estabelecer tão somente o essencial, necessário e suficiente para a habilitação e execução contratual. Caso contrário, as cláusulas deverão ser rechaçadas.

DOS PEDIDOS DA IMPUGNANTE

Requer a Impugnante:

À luz de todo o exposto, requer à Vossa Senhoria:

(i) Sejam alteradas as cláusulas 8.37.1 do Edital, para que se adequem às exigências de capacidade técnica para o que de fato é o serviço contratado, seja realizado em sua plenitude e eficiência, garantido a competitividade e à ampla concorrência.

DA ANÁLISE TÉCNICA

Após apreciação dos fundamentos elencados na impugnação, passamos a análise do mérito.

Por se tratar de assunto eminentemente técnico, este Pregoeiro solicitou subsídios formais aos responsáveis pela elaboração do Termo de Referência. Destarte, aquele setor demandante dos serviços manifestou-se (via e-mail - 7815854) conforme abaixo exposto:

Em resposta ao pedido de impugnação e questionamentos elaborado pela empresa One Elevadores DF Ltda, acerca Pregão Eletrônico nº 13/2023, cujo Termo de Referência nº 57/2023 exige, por meio do item 8.37, Atestado(s) de Capacidade Técnica das empresas participantes, esse Ministério conclui que é pertinente a solicitação, uma vez que, embora a substituição dos elevadores contemple 15 equipamentos, serão utilizados sistemas de antecipação de chamadas em 3 unidades: 1 na ala leste do edifício Anexo para um conjunto de 3 elevadores; 1 na ala Oeste para um conjunto de outros 3 elevadores; e , 1 para o edifício Sede contemplando 6 elevadores, totalizando 3 unidades deste sistema.

Cumpre-nos esclarecer que esse órgão preza por todos os princípios administrativos que regem a Administração Pública, de sorte a acatar a sugestão proferida pela empresa a fim de aumentar a concorrência do certame, passando a ter a seguinte redação:

“8.37. Execução de serviço de modernização total de elevadores, no mínimo em 3 (três) unidades, com velocidades de operação acima de 2,0 metros/segundo, capacidade de transporte em torno de 800 kg, com sistema de antecipação de chamadas e sistema de monitoramento dos elevadores por software;”

DA DECISÃO

Diante do exposto, considerando a vedação expressa no art. 9º da Lei nº 14.133/21 e corroborado no Parecer Técnico da DIVISÃO DE ENGENHARIA deste Ministério dos Transportes, decide o Pregoeiro DAR PROVIMENTO à Impugnação interposta pela empresa ONE ELEVADORES DF LTDA. tendo o edital sido retificado e incluído nos mesmos veículos do texto original.

Visto que a impugnação fora acolhida, será definida e publicada nova data para a realização do certame, conforme determinado pelo item 10.5 do edital.