

Senhores(as),

A seguir, resposta à impugnação referente à **Concorrência nº 03/18**:

Insurge-se a impugnante, em suma, contra as seguintes disposições do instrumento convocatório: documentação da filial, composição do BDI e planilha orçamentária, prazo para apresentação da garantia, limitação à subcontratação, substituição de empregados, obras civis, manutenção gratuita, prazo para atendimento de chamadas, prazo de solução, prazo de execução, cronograma físico-financeiro, apresentação da ART, atraso no pagamento, sanções de multa e questões técnicas referentes à garantia dos serviços, tensão e potência.

Em instrução ao feito, a Diretoria de Materiais propôs os esclarecimentos de fls. 223/236, bem como o Núcleo de Gestão de Contratos manifestou-se acerca das questões técnicas às fls. 237/251.

É a apertada síntese do ocorrido. Passo a decidir.

Primeiramente, observo que a impugnação deu-se dentro do prazo legal para sua interposição, sendo, portanto, tempestiva.

No mérito, entretanto, entendo que razão não assiste à impugnante, não havendo razões para a reforma do instrumento convocatório.

Isto porque, consoante instruções fundamentadas da Diretoria de Materiais e Núcleo de Gestão de Contratos, às quais este Departamento acolhe na íntegra, as disposições combatidas estão em consonância com as regras de regência. Senão, vejamos:

QUESTIONAMENTO 1:

“III - Da documentação da filial

O Edital, no subitem 4.3.4, dispõe que:

4.3.4- Se o licitante for a matriz, todos os documentos deverão estar em nome da matriz, e se for a filial, todos os documentos deverão estar em nome da filial, exceto aqueles documentos que, pela própria natureza, comprovadamente, forem emitidos somente em nome da matriz

Todavia, a empresa, sempre que contratada para modernizar, fornecer e instalar elevadores e escadas rolantes, por questões de natureza fiscal (ICMS/ISS), é obrigada a faturar o fornecimento dos equipamentos pelo CNPJ de sua fábrica, Filial situada em Londrina, e a prestação dos serviços de modernização dos equipamentos, pelo CNPJ da Filial situada no local de prestação de serviços.

Para que isso seja possível em contratos celebrados com o Poder Público, os Editais de licitação costumam exigir que ambos os estabelecimentos envolvidos na contratação comprovem sua regularidade fiscal. Como exemplo, traz-se à baila resposta a questionamento formulado pela Hewlett Packard Brasil (HP), no âmbito do Pregão Eletrônico AA nº 16/2008, do BNDES, no seguinte sentido:

“Não é vedado, todavia, que o objeto do certame seja executado de forma fracionada (por mais de um estabelecimento, matriz/sede e/ou filial), cabendo, neste caso, à empresa licitante, informar tal opção no momento previsto no subitem 4.11 do Edital, e demonstrar que o(s) estabelecimento(s) indicado(s) atende(m) aos requisitos de regularidade fiscal, tal qual atende aquele que, cadastrado no SICAF, participa do pregão.”

Dessa forma, requer que o referido dispositivo seja modificado para que conste que:

- a) para efeito de faturamento, a Contratada deverá/poderá incluir, em sua proposta, o número dos 2 (dois) CNPJ's envolvidos no objeto da presente licitação (Fornecimento - CNPJ da filial de Londrina; e modernização - CNPJ da filial de São Paulo), no caso da empresa.
- b) para efeito de habilitação, esse r. Tribunal exigirá a comprovação da regularidade fiscal dos dois estabelecimentos envolvidos na contratação (filial de Londrina e filial de São Paulo)."

RESPOSTA:

Requer a impetrante o aceite de mais de um CNPJ para fins habilitatórios, sustentando, para tanto, que esta é sua realidade por razões fiscais. Ocorre que, a licitação, assim como a contratação, tem caráter individual. Nos termos do Edital, e em consonância com as decisões desta E. Corte, a exemplo do TC-000350/006/07, a documentação de habilitação apresentada pelo licitante deverá corresponder ao estabelecimento com o qual será lavrada a contratação no caso de se sair vencedor do certame, nas exatas condições estabelecidas nos itens 4.3.4 e 4.3.4. "a" do instrumento convocatório. Com efeito, os empenhos para efeito de pagamento estarão vinculados ao mesmo CNPJ da empresa habilitada.

Assim não há razão de se exigir habilitação de dois estabelecimentos, exceto nas hipóteses descritas nos itens 4.3.4 e 4.3.4. "a" do instrumento convocatório.

QUESTIONAMENTO 2:

"IV - Da Composição do BDI e da Planilha Orçamentária

No subitem 7.2 do Edital há referência ao BDI (Benefício e Despesas Indiretas).

A Lei nº 8.666/93, no artigo 3º, faz expressa menção ao princípio da legalidade, dispondo que a licitação será processada e julgada em estrita conformidade com ele e outros princípios fundamentais.

Sendo assim, a exigência de encaminhamento da composição do BDI prevista no Edital não tem amparo legal.

Essa exigência vem sendo feita em casos de terceirização de mão-de-obra, ou seja, de serviços de limpeza e vigilância, face ao disposto no acórdão 2.369/2011 do TCU, mas não encontra lugar, nas licitações de serviço de modernização e manutenção de elevadores.

Saliente-se que, ao fixar o valor estimado do serviço, a Administração Pública adotou todas as providências necessárias à realização da licitação, nada mais havendo a fazer, a não ser cumprir o disposto na Instrução Normativa nº 02, de 11.10.2010, da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, que, no seu art. 46 dispõe expressamente que:

Art. 46. Os editais não poderão conter cláusulas que excedam às exigências contidas nos arts. 28 a 31 da Lei nº 8.666, de 1993, salvo quando os assuntos estiverem previstos em legislação específica.

Importante destacar, também, que o próprio TCU não está exigindo da Licitantes a apresentação da composição analítica do percentual dos Benefícios e Despesas Indiretas – BDI, conforme pode ser verificado no Edital do Pregão Eletrônico nº 92/2014, com sessão pública realizada em 08/12/2014.

Ou seja, o próprio Tribunal de Contas da União possui entendimento contrário ao estabelecido no presente Edital.

Sendo assim, a Impugnante requer que sejam excluídos os itens apontados, assim como qualquer outro que possua redação semelhante.”

RESPOSTA:

Requer a impugnante que sejam excluídos os apontamentos referentes ao BDI, por entender que transbordam dos limites fixados em lei.

Em que pese seu entendimento, a proposta Comercial do licitante deverá ser apresentada nos moldes do Anexo III do Edital, que inclui a apresentação do valor em R\$ do BDI, e não a composição deste item, como entendeu a impugnante.

QUESTIONAMENTO 3:

“V - Do Prazo para Apresentação de Garantia

De acordo com o subitem 8.3, alínea “e”, do Edital a Contratada deverá apresentar:

“e) Prestação de Caução em Garantia. Este Tribunal de Contas exigirá da CONTRATADA garantia no valor correspondente a 5% (cinco por cento) do valor total do contrato, que deverá ser efetivada antes da assinatura, podendo ser prestada por uma das seguintes modalidades (a não prestação de garantia equivale à recusa injustificada para a celebração do contrato, caracterizando descumprimento total da obrigação assumida, sujeitando a adjudicatária às penalidades legalmente estabelecidas”

Cumpre informar que a estipulação acima pode revelar-se inexecutável, a depender do tipo de garantia a ser escolhida pela Contratada.

Com efeito, caso a Contratada opte pela fiança bancária, por exemplo, o prazo para apresentação da referida garantia não dependerá dela, mas, sim, da instituição financeira.

Cabe ponderar, assim, que não se configura razoável estabelecer prazos fixos para o atendimento de exigências que não dependam das partes contratantes.

Nesse contexto, faz-se necessário que seja excluído o referido prazo ou, em último caso, seja ele alterado para 07 (sete) dias ÚTEIS, com a possibilidade de sua prorrogação, caso necessário, conforme justificativas a serem apresentadas pela Contratada.”

RESPOSTA:

Em suma, a Impugnante alega que o prazo de 5 dias úteis para apresentação da caução em garantia é insuficiente.

De fato, o Edital previu o prazo de 5 (cinco) dias úteis para apresentação de garantia, nos termos dos itens 8.1 c/c 8.3, “e”.

Porém, este prazo é padrão de todos os Editais da Casa e, o item 8.1 prevê hipótese de prorrogação caso haja justificativa para tanto.

Neste sentido, não há razão para alterações.

QUESTIONAMENTO 4:

“VI - Da Limitação à Subcontratação

O subitem 8.4 do Edital estabelece sobre:

8.4- Subcontratação

8.4.1- Para a execução dos serviços de reforma civil, elétrica e montagens mecânicas secundárias, será permitida subcontratação;

8.4.2- A proposta de subcontratação, no ato da execução, deverá ser apresentada por escrito, e somente após a aprovação da Comissão de

Fiscalização os serviços a serem realizados pela subcontratada poderão ser iniciados;

8.4.3- Este Tribunal de Contas não reconhecerá qualquer vínculo com empresas subcontratadas, sendo que qualquer contato porventura necessário, de natureza técnica, administrativa, financeira ou jurídica que decorra dos trabalhos realizados será mantido exclusivamente com a CONTRATADA, que responderá por seu pessoal técnico e operacional e, também, por prejuízos e danos que eventualmente estas causarem. (destaque não é original)

Com a devida venia, essa não é a realidade das empresas do ramo de elevadores, que geralmente subcontratam alguns serviços, com vistas a melhor atender sua atividade-fim.

Atento a essa necessidade, o legislador ordinário previu, no art. 72 da Lei nº 8.666/93, expressamente, a possibilidade da contratada subcontratar parte da obra, serviço ou fornecimento, condicionando-a, todavia, aos limites estabelecidos pela Administração Pública.

Analisando o referido dispositivo legal, Marçal Justen Filho[1] esclarece que:

"A escolha da Administração deve ser orientada pelos princípios que regem a atividade privada. Se, na iniciativa privada, prevalece a subcontratação na execução de certas prestações, o ato convocatório deverá albergar permissão para que idênticos procedimentos sejam adotados na execução do contrato administrativo. Assim se impõe porque, estabelecendo regras diversas das práticas entre os particulares, a Administração reduziria a competitividade do certame. É óbvio que se pressupõe, em todas as hipóteses, que a Administração comprove se as práticas usuais adotadas pela iniciativa privada são adequadas para satisfazer ao interesse público."

[1] Comentários a Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 5ª edição, pág. 533.

Conforme salientado pelo ilustre Doutrinador, a limitação à subcontratação impede a Administração de obter a proposta mais vantajosa, eis que compromete, em muito, o caráter competitivo a que está sujeito o procedimento licitatório (art. 3º, §1º, I, da Lei nº 8666/93).

Dessa maneira, não deve esse Tribunal condicionar à sua prévia autorização a subcontratação de parte do serviço licitado, sem apresentar justificativa plausível para o ato.

Saliente-se, ademais, que, na subcontratação, não ocorre a cessão do objeto do contrato, mas, sim, a execução por terceiros de alguns serviços não relacionados à atividade-fim da contratada, permanecendo, portanto, inalterável o vínculo direto e imediato entre esta e a Administração Pública.

Nesse sentido, Diógenes Gasparini[2] assim se manifesta:

“O contratado, por exemplo, subcontrata com um terceiro (escolhido sem qualquer interferência da contratante) a execução das fundações e dos sistemas hidráulico e elétrico de um edifício público. Embora seja assim, continua respondendo, perante a contratante, pela execução do objeto do contrato como um todo. Desse modo, a Administração Pública contratante não se relaciona, nem tem por que, com o subcontratado. Qualquer problema surgido, relacionado com os objetos das subcontratações, é solucionado entre o contratado e o subcontratado (...).”

(O destaque não é do original)

Sendo assim, da análise do objeto da presente licitação, verifica-se que eventuais serviços a serem realizados, nos elevadores, podem ser subcontratados, sem que isso acarrete qualquer prejuízo à Administração

[2] Direito Administrativo, Editora Saraiva, 7ª edição, 2002, p. 564.

Pública, pois a responsabilidade técnica-operacional pela execução dos serviços subcontratados recai, exclusivamente, sobre a empresa contratada.

Ademais, a ora Impugnante tem notória especialização no ramo em que atua, sendo plenamente capacitada a fornecer e prestar assistência técnica em diversos tipos de elevadores. Todavia, nas diversas licitações através das quais foi contratada para prestar manutenção técnica, utilizou-se da prerrogativa do aludido artigo 72 da Lei nº 8.666/93, e subcontratou alguns serviços, responsabilizando-se integralmente por tal subcontratação, e executando, de maneira plenamente satisfatória, o objeto licitado.

Oportuno salientar a judiciosa posição de Hely Lopes Meirelles a respeito da possibilidade de subcontratação de parte da execução do contrato licitatório a terceiros:

“Modernamente, a complexidade das grandes obras e a diversificação de instalações e equipamentos dos serviços públicos exigem a participação de diferentes técnicos e especialistas, o que fica subentendido nos contratos desse tipo; o que se veda é o transpasse de encargos contratuais a terceiros, com liberação do contrato original, sem prévia anuência da Administração (Lei 8.666, art. 78, VI).”[3]

Acrescente-se, ainda, que essa licitação não possui motivo lógico, jurídico e operacional que justifique a limitação à subcontratação; ou seja, a presente licitação não trata de serviços que só possam ser executados pela pessoa do contratado, como nas hipóteses previstas no artigo 25, incisos II e III, da Lei nº 8.666/93.

[3] Licitação e Contrato Administrativo, Malheiros Editores, 11ª edição, 1996, p. 189.

Dessa maneira, não deve esse Tribunal condicionar a subcontratação de parte do serviço licitado à sua prévia aprovação, sem apresentar justificativa plausível para o ato.

Nesse sentido, confira-se o entendimento de Hely Lopes Meirelles^[4]:

“Tratando-se de motivo vinculado pela lei, o agente da Administração, ao praticar o ato, fica na obrigação de justificar a existência do motivo, sem o quê o ato será inválido ou, pelo menos, invalidável, por ausência da motivação. Quando, porém, o motivo não for exigido para a perfeição do ato, fica o agente com a faculdade discricionária de praticá-lo sem motivação, mas, se o fizer, vincula-se aos motivos aduzidos, sujeitando-se à obrigação de demonstrar sua efetiva ocorrência.”

(O destaque não é do original)

Outrossim, ressalte-se que a subcontratação de determinados serviços não implica em queda da qualidade do serviço, já que tais serviços são executados por empresas credenciadas e treinadas pelos fabricantes, possuidoras, portanto, de todo conhecimento necessário acerca da tecnologia aplicada.

Registre-se que a subcontratação de parcela dos serviços em questão poderá se mostrar indispensável para que a Contratada consiga executar todo o objeto contratado e, por isso, a exigência de submeter a subcontratação à prévia aprovação do Contratante, como previsto no Edital, poderá atrasar a execução dos serviços.

Diante disso, requer a Impugnante a alteração do Edital e de seus Anexos, para que se permita a subcontratação de alguns serviços próprios da indústria de elevadores, na execução do objeto licitatório, sem a prévia aprovação do Contratante.”

^[4] Direito Administrativo Brasileiro, Malheiros Editores, 17ª edição, 1992, p. 136 e 137.

RESPOSTA:

Requer a impugnante a alteração do Edital e de seus Anexos visando à “subcontratação de alguns serviços próprios da indústria de elevadores, na execução do objeto licitatório, sem a prévia aprovação do Contratante.”

Não obstante, do que preceitua a Lei nº. 8.666/93, a subcontratação, admitida no instrumento convocatório e contratual, ocorre quando o contratado pela Administração transfere à execução de partes do objeto a terceiro por ele contratado.

Cuida, portanto, de relação jurídica autônoma em relação àquela firmada com a Administração, a qual vincula apenas o contratado e o subcontratado, cabendo, todavia, à Administração contratante adotar cautelas - como, autorizar sua formação no caso concreto - tendentes a garantir o resultado almejado, assegurando, assim, a satisfação do interesse público indisponível envolto na contratação.

Disso decorre, ainda, que o cumprimento das obrigações advindas do contrato administrativo permanece sob exclusiva responsabilidade do contratado, que responderá integralmente por essas obrigações perante a Administração.

Neste sentido, não há razão para alterações.

QUESTIONAMENTO 5:

“VII - Da Substituição de Empregados

Estabelece o Anexo II do Edital, fls. 16, que a Contratada deverá substituir, de imediato, a qualquer tempo e por determinação do Contratante, os empregados de sua equipe de trabalho que não atenderem às exigências do Contrato.

Esclarece, todavia, a licitante que seus empregados são cuidadosamente selecionados e treinados para bem realizar suas tarefas.

Sendo assim, não é razoável que o Contratante exija a substituição imediata de um empregado, sem, ao menos, apresentar uma justificativa.

Acresce notar que, infelizmente como é público e notório, existe uma enorme escassez de mão-de-obra qualificada no país.

Dessa maneira, poderá, eventualmente, ser difícil a substituição imediata de um empregado, acarretando atraso na execução do serviço, em prejuízo da Administração Pública.

Por essa razão, requer a Impugnante seja estabelecido um prazo razoável para substituição de qualquer empregado, após ser esclarecida (no interesse de todos) a razão do pedido de sua substituição.”

RESPOSTA:

Insurge-se a impetrante quanto à determinação de imediata substituição de empregados quando assim solicitado pela contratada. Neste sentido, cumpre-nos esclarecer que a substituição de empregados pela Contratada será sempre justificativa por parte do Contratante e existe para garantir o bom andamento dos serviços e às exigências contratuais, observando-se sempre a razoabilidade do caso concreto.

Portanto, não há razão para alterações.

QUESTIONAMENTO 6:

“VIII - Das Obras Cíveis

O Anexo II estabelece, no seu primeiro parágrafo, que dentre os serviços licitados haverá a realização de adequações cíveis necessárias.

As empresas do ramo de elevadores não possuem “know how” para execução de obras cíveis.

Tais serviços devem ser executados por empresas do ramo da construção civil, que têm inscrição própria no CREA.

Dessa forma, as obrigações da Contratada devem ser única e exclusivamente relativas aos serviços de modernização, fornecimento, instalação e substituição dos elevadores, que são as parcelas de maior relevância técnica.

Por essa razão, os dispositivos que tratam de sua responsabilidade pela realização de obras e adequações cíveis devem ser excluídos.”

RESPOSTA:

Sob esse enfoque, aduz a impetrante que as obrigações da contratada devem se ater exclusivamente aos serviços de modernização, fornecimento, instalação e substituição dos elevadores, que são as parcelas de maior relevância técnica, excluindo-se as obras cíveis das quais não detém o know how.

Consoante já colocado, a subcontratação, admitida no instrumento convocatório e contratual, ocorre quando o contratado pela Administração transfere à execução de partes do objeto a terceiro por ele contratado.

Cuida, portanto, de relação jurídica autônoma em relação àquela firmada com a Administração, a qual vincula apenas o contratado e o subcontratado, cabendo, todavia, à Administração contratante adotar cautelas - como, autorizar sua formação no caso concreto - tendentes a garantir o resultado almejado, assegurando, assim, a satisfação do interesse público indisponível envolto na contratação.

Disso decorre, ainda, que o cumprimento das obrigações advindas do contrato administrativo permanece sob exclusiva responsabilidade do contratado, que responderá integralmente por essas obrigações perante a Administração.

Sendo assim, não há razão para alterações.

QUESTIONAMENTO 7:

“IX – Da Impossibilidade da Prestação de Serviço de Manutenção Gratuita

Estabelece o subitem 4.4 do Anexo II que a:

4.4 Contratada assumirá a manutenção preditiva e corretiva dos carros atuais (2 carros) durante o período de execução dos trabalhos de modernização do sistema de elevadores, a ser iniciada a partir do desmonte do primeiro carro. Manutenção preventiva, no mínimo, de uma verificação mensal, e as corretivas em decorrência dos chamados, sendo os atendimentos nos prazos abaixo (o destaque não é do original)

Todavia, os serviços de manutenção corretiva e preventiva não estão incluídos na garantia do serviço de modernização. A garantia oferecida pela Contratada abrange, apenas, a correção dos defeitos de fabricação e de instalação.

Por isso mesmo, é importantíssimo que o Edital passe a dispor que (a) a obrigação da cobertura de peças NÃO abrange os componentes eventualmente danificados por negligência, mau trato, uso indevido ou abusivo dos equipamentos, assim como atos de terceiros (vandalismo), caso fortuito e força maior, circunstâncias essas impossíveis de serem previstas, pelas licitantes, no momento da formulação de suas propostas; e (b) a manutenção preventiva e corretiva, no prazo de vigência do contrato, deverá ser remunerada.”

RESPOSTA:

Neste ponto, requer a impetrante “que o Edital passe a dispor que (a) a obrigação da cobertura de peças NÃO abrange os componentes eventualmente danificados por negligência, mau trato, uso indevido ou abusivo dos equipamentos, assim como atos de terceiros (vandalismo), caso fortuito e força maior, circunstâncias essas impossíveis de serem previstas, pelas licitantes, no momento da formulação de suas propostas; e (b) a manutenção preventiva e corretiva, no prazo de vigência do contrato, deverá ser remunerada.”

Ocorre que, nos moldes de contratações anteriores de serviços similares, a manutenção preventiva e corretiva recai sobre a responsável pela modernização dos elevadores, cuja remuneração está prevista no item 4.4, da Planilha de Serviços e Custos Estimados.

Ademais, estabelece o item 4.4, do Memorial Descritivo que as peças não estão inclusas no escopo da presente contratação, com exceção daquelas danificadas em decorrência da modernização do sistema de elevadores.

QUESTIONAMENTO 8:

“X - Do Prazo para Atendimento de Chamadas

O subitem 4.4 do Anexo II dispõe sobre o:

“Atendimento de emergência (24h) – atendimento em no máximo 30 (trinta) minutos;” (o destaque não é do original)

A empresa possui plena consciência de que o atendimento a tais chamados deve ocorrer, no menor tempo possível.

Todavia, o atendimento às chamadas não pode ser encarado como um recorde a ser atingido pela Contratada, a qual deverá se preocupar, principalmente, em realizar o serviço com segurança, tomando todas as cautelas de estilo.

O temor da Contratada em ser apenada por eventual não cumprimento dos prazos estabelecidos, poderá, inclusive, prejudicar a resolução do problema e causar algum acidente de trânsito, no trajeto percorrido até os locais de atendimento.

Por essa razão, é aconselhável, no caso de usuário retido no elevador, que seja acionado o Corpo de Bombeiros, que goza de privilégio de trânsito.

Desse modo, pugna-se pela exclusão do dispositivo em questão e dos demais do Edital e de seus anexos que tiverem redação semelhante.”

RESPOSTA:

O Impugnante pleiteia pela exclusão do item 4.4 do Memorial Descritivo que prevê o prazo máximo de atendimento de 30 minutos para os casos de atendimento de emergência (24h) e de 2 horas para chamados de manutenção.

Veja-se; as hipóteses contempladas no dispositivo cuja exclusão a Impugnante requer são gravíssimas e, portanto, o prazo de solução deve ser condizente com a situação.

Nada impede que em situações pontuais o Corpo de Bombeiros seja acionado e em qualquer situação será observado o princípio da razoabilidade; porém, não é adequado, diante da possibilidade da ocorrência de situações mais graves que o Memorial Descritivo seja omissos.

QUESTIONAMENTO 9:

“XI - Do Prazo de Solução

O subitem 4.4 do Termo de Referência estabelece que os:

“Elevadores deverão estar em funcionamento, no caso de substituição de peças, operacionais em no máximo 3 (três) dias a partir da comunicação do Contratante.” (o destaque não é do original)

Cumpra informar que o prazo acima referido pode revelar-se completamente exíguo, dependendo do problema a ser solucionado ou da peça a ser substituída.

Cabe ponderar, assim, que não se configura razoável estabelecer, de antemão, prazos máximos para solução das correções e fornecimento de peças, antes de serem verificadas a natureza e a gravidade de cada defeito, bem como as peculiaridades da peça a ser fornecida.

Isso porque alguns serviços - troca de cabos, retirada de motor para embobinamento, eliminação de vazamento de máquina, entre outros - necessitam de maior tempo para a correção do equipamento, podendo demandar, inclusive, a requisição das peças de sua fábrica situada em Londrina.

Com efeito, dependendo da gravidade do problema ou da especificação do componente a ser substituído, o prazo fixado pode revelar-se demasiadamente insuficiente, na medida em que deverão ser examinados diversos fatores, em cada caso, tais como a necessidade de perícia, a disponibilidade ou não da peça em estoque, fabricação, expedição, transporte etc.

Nesse contexto, no intuito de preservar a obtenção da proposta mais vantajosa pelo Tribunal, faz-se necessário que seja excluído o referido prazo ou, em último caso, seja ele alterado para 5 (cinco) dias ÚTEIS, com a possibilidade de sua prorrogação, conforme justificativas a serem apresentadas pela Contratada, em cada caso.”

RESPOSTA:

Neste ponto, a impugnação dirige-se aos prazos para a solução de problemas do subitem 4.4 do Memorial Descritivo.

Nos termos, da impugnação quanto ao prazo de atendimento das chamadas, o prazo de solução também deve ser condizente com a situação. E, aqui, igualmente, não há impedimento de que em situações pontuais seja observado o princípio da razoabilidade; porém, não é adequado, diante da possibilidade da ocorrência de situações mais graves que o Memorial Descritivo seja omissor.

QUESTIONAMENTO 10:

“XII - Do Prazo de Execução

O Anexo II, fls. 28, do Edital estipula que:

“O prazo para a realização dos serviços é de 380 (trezentos e oitenta) dias corridos, conforme Cronograma Físico-Financeiro dos Serviços

constante no Memorial Descritivo, contados a partir da data indicada na Autorização para o Início dos Serviços.” (o destaque não é do original)

Cabe ressaltar que o Edital estabeleceu, injustificadamente, período de tempo MUITO CURTO, para que a Contratada consiga executar todo o complexo objeto da presente licitação.

Com efeito, tal prazo não condiz com a complexidade do objeto deste certame, que requer a fabricação de inúmeros componentes, em conformidade com as características de diversos locais.

A título de curiosidade, vale ressaltar que um elevador tem, em média, mais de 20.000 (vinte mil) peças.

Data venia, não é conveniente que a Administração Pública restrinja o caráter competitivo do certame e, assim, deixe de obter a proposta mais vantajosa, sem justo motivo, em razão da fixação de prazo extremamente exíguo para a licitante vencedora executar os serviços.

Portanto, tal circunstância viola o disposto no art. 3º, §1º, I, da Lei nº 8666/93, que veda aos agentes públicos “admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo”.

Dessa maneira, a referida exigência infringe, também, o princípio da razoabilidade, tendo em vista que impõe restrição em medida superior àquela estritamente necessária ao atendimento do interesse público.

O princípio da razoabilidade deriva do princípio do devido processo legal substantivo e implica, simplesmente, na adequação entre o meio empregado e o fim a que se destina determinada medida imposta por

qualquer esfera do Poder, isto é, se afigura como limite à discricionariedade dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Com relação à Administração Pública Federal, sua vinculação ao referido princípio é expressa no art. 2º, parágrafo único, inciso VI, da Lei nº 9.784/99 (que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal), abaixo transcrito:

“Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

(...)

VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;”

(O destaque não é do original)

Desse modo, requer que seja alterado o prazo constante acima para, pelo menos, 480 (Quatrocentos e Oitenta) dias que é o tempo necessário para executar os serviços licitados.”

RESPOSTA:

Entende a impetrante que o prazo para a execução dos serviços é exíguo ante o objeto. Todavia, o prazo estabelecido no instrumento convocatório é condizente com o tempo-médio praticado no mercado para contratações similares.

QUESTIONAMENTO 11:

“XIII – Do cronograma físico-financeiro

A forma de pagamento prevista no cronograma físico-financeiro do Edital, fls. 29, merece reparo, conforme se passa a demonstrar abaixo.

O cronograma físico-financeiro proposto nos dispositivos mencionados acima poderá onerar demais a Contratada, que estará obrigada a adquirir e dispor antecipadamente de materiais e serviços, sem a contraprestação necessária nas primeiras etapas do contrato.

Saliente-se que ora impugnante, assim como as demais empresas do ramo, possui como prática a adoção do sistema denominado “just in time” - modelo de gestão da produção no qual os insumos são fornecidos no momento em que são processados.

Esse sistema veio substituir o “just in case”, em que grandes quantidades de materiais e produtos eram estocados, para ficarem disponíveis quando fossem necessários ao processo produtivo.

O principal objetivo do “just in time” é a diminuição dos estoques e a conseqüente redução de custos, possibilitando que o capital de giro não fique “empatado”.

A produção baseada no “just in time” é puxada (pull system), isto é, um produto só é fabricado quando for feito um pedido de compra por parte do cliente. Sendo assim, é ativada uma reação em cadeia para trás, que vai até a requisição dos insumos necessários à produção junto aos fornecedores.

Assim, para que a empresa possa modernizar elevadores, torna-se necessário um investimento inicial de, pelo menos, 40% (quarenta por

cento) do valor dos equipamentos, que sempre é arcado por quem encomenda os produtos.

Isso porque existem diversas fases onerosas do serviço, que precedem a fase de entrega e instalação dos equipamentos fabricados, sendo elas: (i) registro da ART no CREA; (ii) elaboração dos projetos de instalação; (iii) aprovação dos projetos nos órgãos municipais e/ou estaduais competentes, (iv) fabricação dos componentes; e (v) transporte e recebimento do material fabricado.

Com efeito, tão logo assine o contrato, a Contratada terá que mobilizar mão-de-obra e incorrer em inúmeros custos para a fabricação dos componentes, não sendo justo, nem razoável que fique sem receber durante tanto tempo o valor devido, a despeito de toda sua dedicação e empenho.

Dessa maneira, caso seja mantida a forma de pagamento ora impugnada, as licitantes que puderem participar do certame, nas referidas condições, serão forçadas a aumentar o valor de suas propostas, a fim de que sejam compensadas pelo grande período em que ficarão sem receber uma remuneração condizente pela fabricação dos elevadores.

É certo que o desequilíbrio contratual a que estará submetida a Contratada reduzirá o número de licitantes e, conseqüentemente, impedirá a Administração de obter a proposta mais vantajosa, violando, por conseguinte, o art. 3º, §1º, I, da Lei 8666/93.

Isto posto, requer que seja alterada a forma de pagamento ora impugnada, para que a contratada seja remunerada de maneira mais equânime, adotando-se, de preferência, o cronograma de pagamento abaixo sugerido:

DATA: 06/08/2018

[illegible]

RESPOSTA:

Combate a impetrante, ainda, o cronograma físico-financeiro previsto no instrumento convocatório.

Novamente razão não lhe assiste, vez que o cronograma físico-financeiro apresentado no Edital já contempla um adequado fluxo de caixa de execução do contrato pela Contratada e reflete as particularidades do serviço contratado.

QUESTIONAMENTO 12:

"XIV - Da Apresentação da ART referente ao Contrato

Estabelece o subitem 4.2.1 da Minuta do Contrato que:

“4.2 - A CONTRATADA deverá apresentar para a Comissão de Fiscalização, antes do início dos serviços e em até 10 dias corridos da publicação no Diário Oficial do Estado de São Paulo do extrato deste contrato, os seguintes documentos:

4.2.1- Cópia da Anotação de Responsabilidade Técnica - ART, com base no valor total do contrato;"

Todavia, por motivos alheios à vontade da Contratada, tal prazo pode se mostrar insuficiente, uma vez que o atendimento do mesmo depende do CREA.

O certo é que não se deve estabelecer prazos fixos para o atendimento de exigências que não dependam das partes contratantes.

Dessa forma, requer a empresa a exclusão de tal prazo, para que o mesmo possa ser flexibilizado, ou que, alternativamente, seja ele estendido para, no mínimo, 20 (vinte) dias úteis."

RESPOSTA:

A Impugnante alega que o prazo de 10 dias corridos a contar da publicação do extrato do contrato no Diário Oficial do Estado de São Paulo (Cláusula 4.2.1 da Minuta do Contrato) para apresentação da ART Junto ao CREA é insuficiente.

Neste ponto, é importante dizer que tais prazos são adotados como padrão em Editais que contenham tais exigências, motivo pelo qual devem ser mantidos.

Some-se a isto o fato de que desde a convocação para a assinatura do contrato ou, porque não dizer, desde a homologação do certame, a empresa tem conhecimento de que deverá cumprir com determinadas exigências, inclusive com a ora impugnada.

Por tais razões, entendo que não deve haver qualquer alteração neste aspecto.

QUESTIONAMENTO 13:

“XV - Do Atraso do Pagamento

De acordo com o subitem 9.15 da Minuta do Contrato:

“9.15- Havendo atraso nos pagamentos não decorrente de falhas no cumprimento das obrigações contratuais principais ou acessórias por parte da CONTRATADA, incidirá correção monetária sobre o valor devido na forma da legislação aplicável, bem como juros moratórios, a razão de 0,5% (meio por cento) ao mês, calculados “pró-rata tempore”, em relação ao atraso verificado.” (o destaque não é do original)

A referida disposição não fixa multa contratual, apenas se limitando a estabelecer a correção monetária e juros de mora dos valores pagos em atraso - o que não é suficiente, de acordo com o disposto no art. 40, inciso XIV, alínea “d” da Lei nº 8.666/93, in verbis:

“Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

(...)

XIV - condições de pagamento, prevendo:

(...)

c) critério de atualização financeira dos valores a serem pagos, desde a data final do período de adimplemento de cada parcela até a data do efetivo pagamento;

d) compensações financeiras E PENALIZAÇÕES, por eventuais atrasos, e descontos, por eventuais antecipações de pagamentos;”

(O destaque não é do original)

Da mesma forma, dispõe o art. 395 do Código Civil Brasileiro que:

“Art. 395. Responde o devedor pelos prejuízos a que sua mora der causa, MAIS JUROS, atualização dos valores monetários segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.”

(O destaque não é do original)

Em comentários sobre o art. 40, inciso XIV, alínea “d” da Lei nº 8.666/93, Marçal Justen Filho[5] assevera que:

“Não é cabível que o Estado pretenda, através da omissão de regras sobre conseqüências de inadimplemento, assegurar a si próprio regime excludente de sanções em caso de infração ao Direito. Aliás, há dispositivo constitucional explícito submetendo o Estado a responder por atos ilícitos (contratuais ou não)”.

Sendo assim, requer a impugnante a alteração do dispositivo para que sejam previstos, além da correção monetária, multa contratual de 2% do valor do débito e juros de mora de 1% ao mês, nos termos da legislação em vigor, para a hipótese do Contratante atrasar os pagamentos devidos à Contratada.”

RESPOSTA:

A Impugnante requer a alteração do item 9.15 da minuta do contrato para que seja previstos, além da correção monetária, multa contratual de 2% do valor do débito e juros de mora de 1% ao mês.

Neste ponto não assiste razão ao Contratante, visto que as compensações previstas no Edital atendem à legislação e à jurisprudência vigentes, o que não exclui a possibilidade, diante de um fato concreto e que lhe

[5] In, Comentários à Lei de Licitações e Contratos da Administrativos, 11ª edição, Dialética, São Paulo – 2005, p. 397.

acarrete prejuízo, de buscar a via judicial no exercício regular de seus direitos.

Portanto, não deve haver alteração deste item.

QUESTIONAMENTO 14:

“XVI - Das Sanções de Multa

O Item 10.2 da Cláusula Décima da Minuta do Contrato estabelece que:

10.2- Aplicam-se a este contrato as sanções estipuladas na Lei Federal nº 8.666/93 e na Resolução nº 5, de 1º de setembro de 1993, alterada pela Resolução nº 3/2008, do CONTRATANTE, que a CONTRATADA declara conhecer integralmente.

Já, o artigo 3º da Resolução nº 5 de 1993 dispõe que:

Artigo 3º - O atraso injustificado na execução do contrato de serviço, obra, ou na entrega de materiais, sem prejuízo do disposto no parágrafo primeiro do artigo 86 da Lei 8.666/93 e artigo 7º da Lei 10.520/02, sujeitará a CONTRATADA à multa de mora sobre o valor da obrigação não cumprida, a partir do primeiro dia útil seguinte ao término do prazo estipulado, na seguinte proporção:

- I - Multa de 10% (dez por cento) até o 30º (trigésimo) dia de atraso; e
- II - Multa de 15% (quinze por cento) a partir do 31º (trigésimo primeiro) dia de atraso até o 45º (quadragésimo quinto) dia de atraso.

Data venia, os dispositivos acima transcritos estipulam elevados percentuais de multa.

Saliente-se que a ora impugnante participa constantemente de licitações, sendo de praxe os editais estabelecerem as multas no patamar máximo

de 10% (dez por cento) do valor da parcela em atraso, para que não seja desvirtuado o seu caráter exclusivamente inibitório.

Por isso, a referida exigência viola o princípio da razoabilidade, tendo em vista que impõe sanção em medida superior àquela estritamente necessária ao atendimento do interesse público.

O princípio da razoabilidade deriva do princípio do devido processo legal substantivo e se resume, simplesmente, na adequação entre o meio empregado e o fim a que se destina determinada medida imposta por qualquer esfera do Poder, isto é, ele se afigura como limite à discricionariedade dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Com relação à Administração Pública Federal, sua vinculação ao referido princípio é expressa no art. 2º, parágrafo único, inciso VI, da Lei nº 9.784/99 (que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal).

Dessa forma, requer seja estabelecido que os percentuais de multa previstos na Minuta do Contrato, ainda que somados, nunca ultrapassem o patamar máximo de 10% (dez por cento) sobre o valor da obrigação descumprida.”

RESPOSTA:

A Impugnante entende que os percentuais de multa previstos na Resolução nº 05/93 do TCESP são elevados.

Neste ponto, o mais importante é frisar que a Resolução nº 05/93 é anexo a todos os contratos firmados por este Tribunal de Contas.

Ademais, para aplicação de sanções com base na Resolução nº 05/93, é preciso não apenas a configuração de situação de descumprimento

contratual, mas também, é obrigatório que tenha sido garantido à contratada o exercício da ampla defesa e do contraditório.

Ainda, é importante considerar que a Resolução TCESP nº 05/93 não será aplicada se a execução do contrato fluir adequadamente.

QUESTIONAMENTO 15:

“XVII – QUESTÕES TÉCNICAS

Existem algumas inconsistências as quais necessitaram de correção ou esclarecimentos a respeito, sendo elas:”

QUESTIONAMENTO 15.1:

“Subitem 5.2.5 do caderno de Concorrência – Garantia dos serviços: O edital cita que a garantia dos serviços deverá ser de 60 meses, todavia, não menciona ou não contempla custos para manutenção preventiva e corretiva durante este período. Sob essa condição os elevadores não poderão estar sob a manutenção de outra empresa e ainda estar na garantia de fornecimento.

Pergunto: Devemos contemplar os custos da manutenção preventiva pelo período de 60 (sessenta) meses ?”

RESPOSTA:

A modernização do conjunto de elevadores propriamente dita constitui-se, basicamente, da implantação de equipamentos e materiais e sua garantia, conforme disposto no Memorial Descritivo será de 12 meses ou conforme padrão do fabricante.

Já os serviços advindos desta modernização, como as obras civis, consoante estabelece o artigo 618, do Código Civil e o Memorial Descritivo em discussão, terão garantia de 60 meses. Esta garantia se refere à solidez e segurança dos trabalhos empregados.

Quanto à manutenção preventiva e corretiva será objeto de novo certame licitatório após o período de 12 meses da garantia da modernização.

QUESTIONAMENTO 15.2:

“Subitem 3.1 do Anexo II – Grupo Motriz com tensão de 380V: O Edital pede conjunto de tração com motor elétrico trifásico de 380V, entretanto a tensão existente no edifício é 220V. Para as características existentes e aplicação dos equipamentos em questão não é comum a tensão de 380V, por isso necessitamos que seja esclarecido se foi apenas “erro” na edição do edital ou se haverá alteração na rede elétrica do edifício prevendo alteração na tensão para 380V.

Pergunto: Deverá realmente ser orçado com tensão de 380V ?”

RESPOSTA:

Sim, considerar alimentação elétrica de 380 V.

QUESTIONAMENTO 15.3:

“Potência de 30 CV: No mesmo item citado acima o edital pede que seja considerado potência de 30CV, todavia a potência das máquinas existentes é de 15CV, e se não haverá aumento de velocidade nem aumento de capacidade não há motivo para aumento da potência da máquina, pois nessa condição a máquina estaria superdimensionada para atender as características do edital e não traria nenhum benefício prático, mas apenas teria um custo maior.

Pergunto: Deverá realmente ser orçado com potência de 30 CV ?”

RESPOSTA:

Sim. Considerar equipamentos com potência de 30CV.

Postas as questões nestes termos, **INDEFIRO** o pedido de impugnação impetrado, dando-se continuidade à fase externa da licitação com a abertura da sessão pública no dia e hora previstos.

DGA, 10 de agosto de 2018.

**FLÁVIO ROBERTO SEMEONE
DIRETOR TÉCNICO DE DEPARTAMENTO
SUBSTITUTO**

Atenciosamente,

Seção de Licitações

Tribunal de Contas do Estado de São Paulo