



Universidade Federal do Rio de Janeiro
Pró-Reitoria de Gestão e Governança
Coordenação Geral de Licitações

Decisão: Impugnação ao Edital do Pregão Eletrônico nº 10/2019

Processo nº: 23079.057676/2017-13

Impugnante: ELEVADORES ATLAS SCHINDLER LTDA.
CNPJ nº 00.028.986/0001-08

Data: 30 de maio de 2019

Ementa.

Impugnação. Tempestividade. Inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor ao contrato. Tempo de atendimento. Patamar das multas. Inviabilidade de apresentação do BDI. Do prazo para atendimento. Prazo de solução. Responsabilidade civil. Responsabilidade por atos de terceiros. Retenção de créditos. Prazo para apresentação da garantia. Insuficiência do valor orçado. Contratação de presos ou egressos do sistema prisional. Faturamento do material com o CNPJ da matriz. Guarda dos materiais. Realização de obras civis. Documentos de habilitação. Conhecimento. Dado parcial provimento.

RELATÓRIO

1. Trata-se de impugnação interposta contra os termos do Edital de Pregão Eletrônico nº 10/2019, cujo objeto é a Contratação de serviços comuns de engenharia, compreendendo o fornecimento e instalação de 3 (três) elevadores no Instituto de Física - CCMN, com prestação de Serviço de Manutenção Preventiva e Corretiva no Período de Garantia, Incluindo Elaboração de Projeto Executivo e Execução de Serviços Comuns de Engenharia Complementares para a Instalação,

conforme condições, quantidades e exigências estabelecidas no Edital e seus anexos.

2. A empresa impugnante, em apertada síntese, alega que a Minuta de Contrato, anexa ao Edital, prevê a incidência do Código de Defesa do Consumidor ao contrato, nos casos omissos, o que não estaria correto, pois a relação travada com a Administração é de direito público.

3. A impugnante alega também que as multas previstas no Edital estão acima do razoável, propondo que sejam incidentes somente sobre a parcela inexecutada ou atrasada do contrato, e não sobre sua totalidade, e/ou que conte no Edital a impossibilidade de cumulação de multas. Defende também o valor percentual máximo de 10%.

4. A impugnante alega que não deveria ser exigida a apresentação do BDI, por se tratar de estratégia mercadológica da empresa, ou que sua taxa seja reduzida na parcela relativa ao fornecimento.

5. A empresa acrescenta que o prazo para atendimento previsto (trinta minutos) mostra-se insuficiente, requerendo a possibilidade de sua prorrogação por mais 30 (trinta) minutos, ainda que necessário motivar a solicitação de prorrogação.

6. Quanto ao prazo de solução, a impugnante entende também ser exíguo o prazo previsto no Caderno de Diretrizes, anexo do Termo de Referência. Sustenta, neste sentido, que o prazo seja alterado de 3 (três) dias úteis para 20 (vinte) dias úteis, com a possibilidade de prorrogação.

7. A impugnante defende, ainda, que a responsabilidade civil estabelecida na Minuta de Contrato se baseou no Código de Defesa do Consumidor, e não na Lei 8.666/93, que disciplina a responsabilidade civil apenas pelos danos causados diretamente à Administração.

8. Outro aspecto mencionado pela impugnante é a responsabilidade por atos de terceiros, prevista na Matriz de Risco, que entende ser desarrazoada.

9. A impugnante alega, quanto ao subitem 18.7 do Edital, que deveria ser respeitado o benefício de ordem para desconto dos valores de eventuais multas, que deveriam ser descontados da garantia e, somente se forem superiores a esta, o remanescente poderia ser retido dos créditos da empresa.

10. Em seguida, a impugnante requer seja o prazo para apresentação da garantia estendido para 50 (cinquenta) dias corridos, que entende ser razoável.

11. A impugnante alega, ainda, que o valor estimado é insuficiente para a execução do contrato, requerendo sua ampliação.

12. Quanto à contratação de presos ou egressos do sistema prisional, prevista no Edital, a impugnante defende ser inaplicável ao presente certame, requerendo uma declaração da autoridade competente de que existem presos ou egressos do sistema prisional aptos ao cumprimento do objeto contratual. Além disso, entende que o percentual a ser aplicado para definir o número de presos/egressos deve ser de 0,3%, e não 3% como definido em Edital.

13. A impugnante requer o esclarecimento acerca da possibilidade de emissão de faturas de equipamentos no CNPJ da matriz e as de instalação dos equipamentos no CNPJ da filial.

14. Outro ponto levantado pela impugnante é que seja cedida uma sala à empresa vencedora da licitação para guarda de material e equipamentos necessários para execução dos serviços, o que diminuiria custos.

15. Quanto às obras civis, a impugnante entende que deveriam ser executadas e custeadas pela UFRJ, pois as empresas de elevadores não teriam o conhecimento suficiente para a execução, e a subcontratação destas obras encareceria muito o contrato.

16. Por fim, a impugnante alega que o documento de habilitação previsto no subitem 8.10 do Edital e item 10 do Termo de Referência refere-se às obras civis, não sendo aplicáveis ao presente caso.

É o relatório.

DECISÃO

I. DA TEMPESTIVIDADE

1. A presente impugnação foi recebida, por meio de correio eletrônico, na data de 06 de maio de 2019, após o expediente, porém, dentro do prazo legalmente estabelecido em edital, considerando a data de 09 de maio de 2019 para abertura da sessão pública, conforme abaixo transcrito:

“20.1 Até 02 (dois) dias úteis antes da data designada para a abertura da sessão pública, qualquer pessoa poderá impugnar este Edital”.

2. Assim, a impugnação considera-se interposta no dia 07/05/2019 e, de acordo com o entendimento firmado pelo Tribunal de Contas da União (Acórdão TCU nº 1/2007 – Plenário e Acórdão TCU nº 539/2007 – Plenário), as impugnações podem ser apresentadas, inclusive, no segundo dia útil anterior à abertura da sessão pública do pregão.

3. Portanto, encontra-se a presente impugnação perfeitamente tempestiva.

II. DA REGULARIDADE DO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO

4. Cumpre salientar que o presente edital é proveniente dos editais-padrão da AGU, que são elaborados após exaustivamente discutidos os conteúdos jurídicos a serem exigidos dos potenciais licitantes.

5. Cabe ressaltar que a Comissão Permanente de Atualização de Modelos de Editais da AGU foi constituída inicialmente como grupo de trabalho, por meio da Portaria AGU nº 495, de 10 de abril de 2008, com a finalidade elaborar manual de uniformização e padronização. Ao longo dos anos, o grupo de trabalho teve sua finalidade ampliada até culminar na Comissão Permanente de Atualização de Modelos de Editais e Listas de Verificação, por meio da Portaria CGU nº 18, de 26/08/2013, com a finalidade de promover a revisão periódica dos modelos e listas de verificação, bem como implementar novos modelos ainda não existentes, quando necessário.

6. Esta Coordenação, ao elaborar a minuta de edital, utilizou-se de modelos estabelecidos pela AGU, uma vez que o objeto da licitação em questão não possui minuta padrão específica. As alterações realizadas foram apontadas e justificadas no processo administrativo.

7. Por oportuno, é importante destacar, em observância ao artigo 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93, que a minuta de edital e seus anexos foram submetidos à análise jurídica da Procuradoria Federal – UFRJ. Algumas orientações e recomendações feitas pelo órgão jurídico foram atendidas e, para as que não foram atendidas, houve justificativa documentada nos autos do processo.

III – DA INAPLICABILIDADE DAS NORMAS DE RELAÇÃO DE CONSUMO AO CONTRATO

8. A impugnante alega que a Minuta de Contrato prevê a incidência do Código de Defesa do Consumidor ao contrato, nos casos omissos, o que não estaria correto, pois a relação travada com a Administração é de direito público.

9. Ocorre que esta cláusula do contrato está prevista no próprio modelo da AGU, que foi criado com base em grupo de estudos de pessoas qualificadas para fazê-lo, sendo certo que o Código de Defesa do Consumidor pode ser aplicado subsidiariamente aos contratos de direito público.

IV – DA APLICAÇÃO DE MULTAS

10. A impugnante alega que o Termo de Referência estabelece multas acima do razoável, requerendo sua diminuição para o limite de 10%, aplicável sobre o valor da parcela inadimplida, além de entender que não devem ser cumuladas as multas.

11. Cabe explicitar que os percentuais estabelecidos no Termo de Referência foram fixados com base no modelo padrão de Termo de Referência da AGU, os quais entendemos estarem de acordo com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, uma vez que somente será aplicado o percentual máximo a condutas muito graves, em caso de inexecução total da obrigação assumida.

12. Além disso, o próprio modelo da AGU traz a nota explicativa, quanto aos percentuais de multa, no sentido de que estes poderão ser alterados a critério da autoridade. Ora, a autoridade competente é quem deve fixar os valores percentuais, e assim o fez.

13. Neste sentido, foi consultado o Escritório Técnico da Universidade (ETU) para um posicionamento quanto a possível alteração dos percentuais, e esta decidiu pela manutenção dos valores no Termo de Referência.

14. Quanto à cumulação de multas, entendemos ser possível, desde que correspondam a fatos geradores diferentes.

V – DA INVIABILIDADE DA APRESENTAÇÃO DO BDI

15. A impugnante argumenta que não deveria ser exigida a apresentação do BDI, por se tratar de estratégia mercadológica da empresa, ou que sua taxa seja reduzida na parcela relativa ao fornecimento.

16. Quanto a este aspecto, o ETU informa que a exigência do detalhamento da taxa de BDI do licitante atende ao Acórdão nº 62/2007 TCU-Plenário e consta do modelo de Edital para contratação de serviços de engenharia disponibilizado pela Advocacia Geral da União para utilização pelos órgãos contratantes. Cabe aos licitantes determinar o percentual aplicável em suas propostas, considerando as particularidades de cada empresa, mas sempre respeitando as legislações e jurisprudências aplicáveis ao tema.

17. Sobre a alegação da impugnante acerca da aplicabilidade de BDI diferenciado entendemos como improcedente com base no Art. 9º § 1º, Decreto 7.983/2013, que caracteriza a necessidade de BDI reduzido apenas para “os itens de fornecimento de materiais e equipamentos de natureza específica que possam ser fornecidos por empresas com especialidades próprias e diversas e que representem percentual significativo do preço global da obra”, ressaltando que o objeto da contratação tratada no presente edital não representa obra civil, mas apenas serviços comuns de engenharia. Cabe citar ainda o parágrafo 2º do mesmo artigo que afasta a obrigatoriedade da aplicação de BDI reduzido para os casos de fornecimento de equipamentos, sistemas e materiais em que o contratado não atue como intermediário entre o fabricante e a administração pública.

VI – DO PRAZO PARA ATENDIMENTO

18. O tempo máximo para atendimento das solicitações, fixado no Caderno de Diretrizes (anexo I do Termo de Referência) é de 30 (trinta) minutos, o qual a impugnante alega ser exíguo.

19. Após consulta ao ETU, o mesmo entendeu pertinente ajustar o tempo para 30 (trinta) minutos, prorrogável por mais 30 (trinta) minutos, alterando o item 9.11 do Caderno de Diretrizes (anexo I do Termo de Referência).

VII – DO PRAZO DE SOLUÇÃO

20. A impugnante alega também ser insuficiente o prazo para solução do problema no equipamento, de três dias úteis, sugerindo alteração para vinte dias úteis.

21. Sobre o tema, o ETU atendeu parcialmente a sugestão, alterando o item 9.12 do Caderno de Diretrizes (anexo I do Termo de Referência), onde em caso de pane, o perfeito funcionamento do equipamento deverá ser restabelecido no prazo máximo de 03 (três) dias úteis, prorrogáveis por mesmo período, sendo que a prorrogação ocorrerá somente em casos extraordinários amplamente justificados, que serão analisados caso a caso.

VIII – DA RESPONSABILIDADE CIVIL

22. A impugnante defende que a responsabilidade civil estabelecida na Minuta de Contrato se baseou no Código de Defesa do Consumidor, e não na Lei 8.666/93.

23. Ocorre que, como já mencionado, a própria Minuta padrão da AGU prevê a aplicação subsidiária do Código de Defesa do Consumidor aos contratos administrativos, e não vemos óbice para sua aplicação.

IX - DA RESPONSABILIDADE POR ATOS DE TERCEIROS

24. A impugnante alega que a contratada não pode ser responsabilizada por atos de terceiros, que seriam imprevisíveis e alheios a sua vontade, razão pela qual requer a previsão de excludentes de responsabilidade no Edital.

25. Segundo o ETU, todos os itens da matriz de risco questionados pela impugnante se referem a situações consideradas previsíveis, como no caso de chuvas e eventos climáticos dentro de médias históricas, ou cuja responsabilidade objetiva poderia ser atribuída, direta ou indiretamente, à contratada, excluindo-se os eventos aos quais se aplicam a Teoria da Imprevisão. De qualquer forma, o ETU readequou a Matriz de Risco, objetivando dar maior clareza aos itens questionados.

X – DA IMPOSSIBILIDADE DE RETENÇÃO DE CRÉDITOS

26. A impugnante sustenta que deveria ser respeitado o benefício de ordem para desconto dos valores de eventuais multas, que deveriam ser descontados da garantia e, somente se forem superiores a esta, o remanescente poderia ser retido dos créditos da empresa.

27. Ocorre que a retenção de créditos está prevista no modelo de Termo de Referência elaborado pela AGU, e obedece a legislação pertinente.

XI - DO PRAZO PARA APRESENTAÇÃO DA GARANTIA

28. Quanto ao pedido para extensão do prazo para apresentação da garantia, entendemos que o prazo estabelecido no Termo de Referência é razoável, em conformidade ao modelo da AGU. Por esta razão, tal prazo será mantido.

XII – DA INSUFICIÊNCIA DO VALOR ORÇADO

29. A impugnante alega que o valor estimado seria insuficiente para a correta prestação dos serviços, razão pela qual requer sua revisão.

30. Ocorre que, conforme documentado nos autos do processo administrativo, foi feita pesquisa de mercado em consonância com o Art. 6º do Decreto 7.983/2013.

XIII – DA CONTRATAÇÃO DE PRESOS OU EGRESSOS DO SISTEMA PRISIONAL

31. A impugnante relata a impossibilidade de se contatarem presos ou egressos do sistema prisional para o presente objeto, que seria um serviço técnico e de engenharia.

32. O Decreto prevê, no art. 5º, § 4º, que a Administração Pública poderá deixar de exigir a contratação de preso ou egresso do sistema prisional quando, justificadamente, esta se mostrar inviável.

33. Entendemos que assiste razão à impugnante neste aspecto, e será suprimida tal exigência do Edital.

XIV – DA EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS

34. A impugnante alega que deveria estar prevista no Edital a possibilidade de emissão de notas fiscais referentes a dois CNPJ's, que seriam da mesma empresa, sendo um da matriz e o outro, da filial.

35. Com a finalidade de esclarecer a questão, devemos pôr em foco a qualidade de pessoa jurídica sob duas óticas, são elas:

36. A primeira, no que se refere às normas de Direito Civil, matriz e filial nada mais são do que estabelecimentos de uma mesma pessoa jurídica. Portanto, as filiais são um desdobramento da matriz, sendo que aquelas estão subordinadas a esta – conquanto possuam CNPJ distintos, trata-se de uma única pessoa jurídica.

37. Entretanto, para o Direito Tributário, filiais têm personalidade jurídica própria, constituindo, portanto, um domicílio apartado da matriz.

38. Dessa forma, no torneio licitatório, seja matriz ou filial, a regularidade fiscal deverá ser auferida de forma individual. Se a matriz participar do certame, a regularidade a ser comprovada deverá ser em relação ao seu estabelecimento. Sendo a filial participante, os documentos exigidos serão pertinentes ao seu estabelecimento, que são distintos do que seria apresentado se a licitante fosse a matriz.

39. Assim sendo, o CNPJ da empresa declarada vencedora do certame deverá ser o mesmo na formalização do termo de contrato e emissão da nota de empenho, para fins de liquidação das despesas.

40. Neste contexto, cita-se o Acórdão do TCU nº 3056/2008 – Plenário:

“Neste Contexto, de acordo com os comprovantes extraídos do sistema SIASG (Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais), de fls. 732/736, a empresa Fortemacaé Segurança Patrimonial Ltda. possui dois cadastros, da matriz e outro da filial, cada qual com o seu CNPJ. Como optou pela participação na licitação com o cadastro da matriz, (...), sagrando-se vencedora, o contrato decorrente tem que ser realizado com o cadastro desta, sob pena de burla ao Processo licitatório.

Não por outro motivo que, nos termos do Memo CCONT nº 222/2008, da Coordenação-Geral de Convênios, Contratos e Prestação de Contas do CEFET/MG, de fls. 741, é inicialmente impossível, tecnicamente, a contratação de empresa com CNPJ

diferente do já lançado no sistema quando da realização da licitação. De igual modo, o parecer técnico de fls. 746 é no sentido de que o sistema não disponibiliza a emissão de nota de empenho para CNPJ diferente do utilizado no Pregão eletrônico.'

E não poderia ser de outra forma, se assim não o fosse, estar-se-ia infringindo o art. 55, inciso XI, da Lei 8.666/1993, que dispõe sobre a vinculação da proposta do vencedor ao edital de licitação.

Como resta confirmado que toda a relação contratual tem como parte a matriz da empresa Fortemacaé Segurança Patrimonial Ltda, vencedora do Processo licitatório, não vejo óbice em aquiescer com a proposta da unidade técnica."

41. Percebe-se que o sistema SIASG (Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais) não permite que seja contratada empresa com CNPJ diverso do lançado na licitação, tampouco é possível a emissão de nota de empenho para empresa com CNPJ diferente do utilizado no pregão eletrônico.

42. Desta forma, não se mostra possível aceitar o faturamento dos materiais ou dos serviços com outro CNPJ, mas somente com aquele lançado no Comprasnet no pregão eletrônico.

XV – DA GUARDA DE MATERIAIS

43. A impugnante pede que seja verificada a possibilidade de cessão temporária de uma sala, com acesso exclusivo, para guarda de material e equipamentos necessários à execução do serviço.

44. À solicitação da impugnante, o ETU informa que a licitante deve observar o item 6.24 do Termo de Referência, onde diz que a contratada deverá: *"Promover a guarda, manutenção e vigilância de materiais, ferramentas, e tudo o que for necessário à execução dos serviços, durante a vigência do contrato"*.

XVI – DAS OBRAS CIVIS

45. Em relação às obras civis, a impugnante entende que deveriam ser executadas e custeadas pela UFRJ, pois as empresas de elevadores não teriam o conhecimento suficiente para a execução, e a subcontratação destas obras encareceria muito o contrato.

46. A área técnica esclarece que seus custos foram contemplados nas pesquisas de mercado, sendo permitida a subcontratação de tais serviços justamente pela possibilidade de não se enquadrarem no "know how" das empresas de fornecimento e instalação de elevadores interessadas no certame.

XVII – DOS DOCUMENTOS DE HABILITAÇÃO

47. A impugnante alega que o documento de habilitação previsto no subitem 8.10 do Edital e item 10 do Termo de Referência refere-se às obras civis, não sendo aplicáveis ao presente caso.

48. Ocorre que o presente objeto inclui obras civis e, caso estas sejam subcontratadas, os documentos a serem apresentados são os da empresa a ser subcontratada.

XVIII - DA CONCLUSÃO

49. Em face ao exposto, conheço a presente impugnação, dando parcial provimento, nos termos da fundamentação acima, encaminhando este julgamento para deliberação da autoridade superior.

50. Informo que, caso haja aprovação quanto ao presente julgamento, haverá a republicação do edital, com nova contagem de prazos, conforme estabelecido na legislação vigente.

Respeitosamente,

Thais de Oliveira Carvalho
Assistente em Administração

De acordo. Encaminhe-se ao Pró-Reitor de Gestão e Governança.

Rodrigo Figueiredo da Gama
Coordenador Geral de Licitações