



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
Universidade Da Integração Internacional Da Lusofonia Afro-Brasileira – UNILAB
Coordenação De Infraestrutura E Desenvolvimento

RESPOSTA DE IMPUGNAÇÃO

Processo nº 23282.003346/2019-64

Pregão nº 18/2019

Referência – Trata-se de resposta ao pedido de impugnação ao Edital do Pregão Eletrônico nº 18/2019, que tem por objeto a contratação de serviços comuns de engenharia necessários ao fornecimento, montagem e instalação de plataformas elevatórias de passageiros, conforme condições e especificações constantes no instrumento convocatório, solicitado pela empresa THYSSENKRUPP ELEVADORES S.A, inscrita sob o CNPJ nº 90.347.840/0011-90. Considerando o pedido de impugnação, o pregoeiro do certame, apresenta a resposta ao pedido, conforme segue:

I – DOS PONTOS QUESTIONADOS

Segue alegações da empresa impugnante:

ILMO. SENHOR PREGOEIRO,
PREGÃO ELETRÔNICO Nº 18/2019,
UNIVERSIDADE DA INTEGRAÇÃO INTERNACIONAL DA LUSOFONIA AFRO-BRASILEIRA
– UNILAB.

THYSSENKRUPP ELEVADORES S. A., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 90.347.840/0011-90, com endereço na Rua Monsenhor Carneiro da Cunha, nº. 2750, bairro Eng. Luciano Cavalcante, CEP 60811-290, Fortaleza/CE, através de seu representante legal (procuração anexa), vem, respeitosamente, perante Vossa Senhoria, com base no disposto no art. 41 da Lei Federal nº 8.666/93, apresentar **IMPUGNAÇÃO AO EDITAL DE LICITAÇÃO**, cumulada com **PEDIDO DE ESCLARECIMENTOS**, pelos fundamentos fáticos e jurídicos a seguir expostos:

DOS FUNDAMENTOS DA IMPUGNAÇÃO

DA SUBCONTRATAÇÃO DO SERVIÇO DE MONTAGEM

Verifica-se do ato convocatório que o mesmo admite a subcontratação de parcelas determinadas do objeto, quais sejam:

12. DA SUBCONTRATAÇÃO

12.1.1. É vedada a sub-rogação completa ou da parcela principal da obrigação;

12.1.1.1. A parcela principal da solução é referentes aos serviços de maior volume e que representam o maior custo da contratação, a saber:

12.1.1.1.3. Montagem e instalação das plataformas.

12.1.1.2. As parcelas que podem ser subcontratadas são referentes aos serviços de menor volume e que representam menor custo em relação à parcela principal, a saber:

12.1.1.2.1. Transporte dos materiais/equipamentos até os locais de execução dos serviços;

12.1.1.2.2. Realização de testes de funcionamento das plataformas;

12.1.1.2.3. Manutenção preventiva e corretiva no período de garantia.

Ocorre que no rol de possibilidades de subcontratação deve ser incluída a montagem do(s) equipamento(s).

Salienta-se que a responsabilidade técnica permanecerá da contratada, bem como que o responsável técnico indicado acompanhará e fiscalizará os serviços. A subcontratação, nesse caso, envolve apenas a parcela da mão-de-obra operacional dos serviços, em nada implicando sobre o resultado final a que a licitante se comprometeu.

Pelo exposto, requer a impugnante que seja acrescido ao rol de possibilidades de subcontratação a parcela referente à mão-de-obra da montagem do(s) equipamento(s).

DA RESPONSABILIDADE POR INTERVENÇÃO DE TERCEIROS

Em análise ao ato convocatório, verifica-se que este é silente no que tange à responsabilidade por intervenção de terceiros contratados pela Contratante durante o período da contratação objeto desta licitação e posterior período de vigência da garantia dos serviços/peças.

Nesse toar, expressa previsão nesse sentido se mostra indispensável à segurança jurídica dos contratantes, à vista da responsabilidade técnica da contratada sobre os equipamentos que compõe o contrato.

Quando da prestação de serviços de fornecimento/instalação ou manutenção de equipamentos de transporte vertical, o registro de Anotação de Responsabilidade Técnica - ART junto ao CREA atribui à empresa contratada a total responsabilidade técnica sobre os equipamentos. Assim, a proibição de que terceiros interfiram nos elevadores é imprescindível, haja vista que não pode ser a contratada responsabilizada por eventuais danos ou acidentes que venham a ocorrer em virtude de serviços realizados ou peças trocadas por terceiros alheios à contratação.

Ocorre que a intervenção de terceiros nos equipamentos configura hipótese de exclusão de responsabilidade da empresa sobre os mesmos, visto que não pode sujeitar-se aos fatos decorrentes de atos sobre os quais não possui qualquer gerência ou previsão.

Nessa situação, é inviável a responsabilização administrativa, civil ou penal sobre incidentes envolvendo os equipamentos em que houvesse um terceiro interveniente realizando qualquer tipo de serviço.

Salienta-se, porque relevante, o que exposto *in* Licitações E Contratos - Orientações e Jurisprudência do Tribunal De Contas Da União, 2010 (p. 741):

Direitos e Responsabilidades das Partes

É obrigação da Administração contratante, dentre outras específicas para execução do objeto contratado:

- permitir acesso dos empregados do contratado ao local de fornecimento do material, execução da obra ou prestação dos serviços;
- impedir que terceiros estranhos ao contrato forneçam o objeto licitado, executem a obra ou prestem os serviços, ressalvados os casos de subcontratação admitidos no ato convocatório e no contrato;

Destarte, a fim de evitar questionamentos futuros acerca do apontamento, inclusive litígios na via judicial, requer-se a inclusão de obrigação à contratante, **coibindo a contratação/permissão de outra empresa para efetuar qualquer tipo de serviço relacionado à engenharia dos equipamentos licitados, bem como a retirada ou colocação de peças sem a expressa autorização da contratada.**

DA APLICAÇÃO DE MULTAS PERCENTUAIS

O Edital disciplina a sujeição da contratada a multas de até 15% (quinze por cento) sobre o valor do contrato, em caso de inexecução total ou parcial do objeto, consoante trecho disposto a seguir:

19.2.2.3. 0,1% (um décimo por cento) até 15% (quinze por cento) sobre o valor adjudicado, em caso de inexecução total da obrigação assumida;

Todavia, a referida multa foge às regras de proporcionalidade e razoabilidade, uma vez que o percentual aplicado sobre o valor total da parcela é excessivo e altamente oneroso.

No caso em tela, a penalidade adequada seria a **previsão de multa em patamar máximo de 10% (dez por cento) sobre o valor da parcela inadimplida**, evitando assim, ofensa aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, bem como visando garantir a segurança jurídica das partes.

A respeito da proporcionalidade das sanções, leciona com propriedade Marçal Justen Filho:

“é pacífico que o sancionamento ao infrator deve ser compatível com a gravidade e a reprobabilidade da infração. (...) é dever do aplicador dimensionar a extensão e a intensidade da sanção aos pressupostos de antijuridicidade apurados”.¹

O TCU, sobre o tema, dispôs:

Estipule, em atenção aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, penalidades específicas e proporcionais a gravidade dos eventuais descumprimentos contratuais; Acórdão 1453/2009 Plenário

No mesmo sentido, verificamos que o mesmo item do Edital traz a previsão de aplicação de multa percentual **por dia**, conforme disposto abaixo:

19.2.2.4. 0,2% a 3,2% por dia sobre o valor mensal do contrato, conforme detalhamento constante das tabelas 1 e 2, abaixo; e

No entanto, a respectiva **multa por dia não possui uma definição de limites**, a teor da disposição do item supramencionado, o que configura flagrante ilegalidade.

Nos termos em que redigido, o item abre a possibilidade de aplicação ilimitada de multa à contratada, previsão que foge às regras de proporcionalidade e razoabilidade.

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

¹ Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 9ª ed., p. 569.

DA OMISSÃO QUANTO À ADMISSIBILIDADE DE FATURAMENTO DO MATERIAL COM CNPJ DA MATRIZ

O ato convocatório não dispôs sobre a possibilidade ou vedação de faturamento do material com o CNPJ da matriz quando da participação de filial da empresa no certame.

Esclarece-se que, embora o serviço seja prestado pela filial, quem efetivamente fabricará os equipamentos é a matriz, de sorte que não há razão para que haja impedimento de faturamento da nota fiscal emitida pela matriz quando a filial contratou com o órgão público em questão.

Destaca-se que matriz e filial referem-se à mesma empresa, sendo que a primeira produz e fornece o objeto do certame, devendo faturar o equipamento, enquanto a segunda realizará a entrega e instalação do bem fabricado.

Acerca do tema, o TCU *in* Licitações e Contratos – Orientações e Jurisprudência do TCU² apresenta jurisprudência sobre o caso em questão, assim encerrando a discussão:

(...) Conceitua-se matriz aquele estabelecimento chamado sede ou principal que tem a primazia na direção e ao qual estão subordinados todos os demais, chamados de filiais, sucursais ou agências.

10. Como filial conceitua-se aquele estabelecimento que representa a direção principal, contudo, sem alçada de poder deliberativo e/ou executivo. A filial pratica atos que tem validade no campo jurídico e obrigam a organização como um todo, porque este estabelecimento possui poder de representação ou mandato da matriz; por esta razão, a filial deve adotar a mesma firma ou denominação do estabelecimento principal. Sua criação e extinção somente são realizadas e efetivadas através de alteração contratual ou estatutária, registradas no Órgão competente.

Art. 10. As Entidades domiciliadas no Brasil, inclusive as pessoas jurídicas por equiparação, estão obrigadas a inscreverem no CNPJ, antes de iniciarem suas atividades, todos os seus estabelecimentos localizados no Brasil ou no exterior.

§ 1º Para efeitos de CNPJ, estabelecimento é o local, privado ou público, edificado ou não, móvel ou imóvel, próprio ou de terceiro, em que a Entidade exerça, em caráter temporário ou permanente, suas atividades, inclusive as Unidades auxiliares constantes do Anexo V, bem como onde se encontrem armazenadas mercadorias.

12. Conclui-se que o CNPJ específico para a filial decorre somente da obrigatoriedade da citada Instrução Normativa, que impõe à todas as empresas a inscrição do CNPJ de seus estabelecimentos. O número do Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica - CNPJ é composto de oito algarismos, separado por uma barra do número de ordem do estabelecimento e, por fim, após o hífen, dois dígitos de controle. Desta maneira, o número do CNPJ da matriz e da filial são iguais até a barra separadora. Em seguida, faz-se a diferenciação entre os estabelecimentos: /0001 é sempre para a matriz; /0002 para a primeira filial; /0003 para a segunda filial e assim por diante. Os demais dígitos são os chamados de dígitos verificadores, específico para cada estabelecimento.

(...)

20. Pelo exposto, tanto a matriz, quanto à filial, podem participar de licitação e uma ou outra pode realizar o fornecimento, haja vista tratar-se da mesma pessoa jurídica. Atente-se, todavia, para a regularidade fiscal da empresa que fornecerá o objeto do contrato, a

² Licitações e Contratos – Orientações e Jurisprudência do TCU. 4ª edição. Brasília, 2010, p. 461

fim de verificar a cumprimento dos requisitos de habilitação”. (Acórdão 3056/2008 – Plenário. Rel. Min. Benjamin Zymler. DOU de 12/12/2008).

A decisão citada vai ao encontro da tese ora defendida, tendo em vista que aceita o fornecimento do objeto da licitação tanto pela matriz quanto pela filial, tendo em vista tratar-se da mesma pessoa jurídica.

Há que ser salientado que, para a participação da filial, já é imprescindível a comprovação da sua qualificação mediante a apresentação de uma série de documentos, os quais, muitos, em razão da sua natureza, são emitidos no CNPJ da matriz.

O TCU, nesse sentido, proferiu a **decisão TCU nº 679/1997 – Plenário**, dispondo que:

m) evite inabilitar participantes de processos licitatórios em razão somente de diferenças entre números de registro de CGC das respectivas matriz e filiais, nos comprovantes pertinentes ao CND, ao FGTS, INSS e Relação de Empregados, quando a empresa interessada comprovar a centralização do recolhimento de contribuições, tendo em vista a legalidade desse procedimento;

Outrossim, o TCU, no **Acórdão 1.923/2003, Primeira Câmara**, orienta que o contrato deve ser firmado com a vencedora da licitação. Excepcionalmente, quando necessária a execução pela matriz, ela poderá participar do certame, caso haja previsão contratual:

3. Não obstante, pode ser admitida a entrega de bens por filial/matriz, quando essa condição estiver prevista nos atos convocatórios e nos contratos, desde que:

a – a empresa participante da licitação, na situação de líder, comprove, documentalmente, estar em condições de assumir os compromissos em nome dos demais, inclusive para assinar os respectivos contratos;

b – as filiais/matriz envolvidas estejam habilitadas no SICAF;

c – constem dos contratos os quantitativos a serem fornecidos por cada filial/matriz, conforme o objeto adjudicado a cada um, e mediante notas de empenho específicas.

Depreende-se do exposto o reconhecimento de que matriz e filiais integram a mesma pessoa jurídica, tanto o é, que estas comprovarão a sua qualificação à licitação com base nos documentos expedidos sob o CNPJ daquela.

Dessa forma, poderia ser emitida nota fiscal com o CNPJ da matriz, não obstante o contrato seja firmado pela filial, para que a contratada possa cumprir os pressupostos legais que regem a matéria tributária, sem prejuízo da Lei n. 8.666/93.

Ademais, não existe previsão legal que exija a emissão da nota fiscal, exclusivamente, com o CNPJ que constou na proposta de preços. Logo, fazer tal exigência acarretaria em ofensa às prescrições licitatórias e tributárias.

Isso porque o princípio da legalidade é elemento basilar do regime jurídico-administrativo, considerado a *“diretriz básica da conduta dos agentes da Administração”*³. Assim, não pode o administrador furtar-se ao cumprimento da lei, pois sua liberdade de ação deverá ser balizada inexoravelmente por texto legal.

³ FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de direito administrativo*. 19ª. Ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pag.17.

Aliás, pertinente trazer à baila os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello⁴, o qual define com clareza que “o princípio da legalidade, no Brasil, significa que a Administração nada pode fazer senão o que a lei determina”.

Verifica-se que a liberdade administrativa diferencia-se da civil por ser positiva, ou seja, a lei define claramente os limites da atuação do administrador, enquanto a segunda é negativa, sendo legal todas as ações que não contrariem a lei.

Do ponto de vista licitatório, o artigo 29 da Lei nº. 8.666/93 possibilita, ao participante da licitação, que comprove sua regularidade fiscal com documentação **do domicílio ou da sede**.

Portanto, cabe à proponente a alternativa na apresentação de um ou outro, ou seja, tem a licitante a prerrogativa, autorizada em lei, de apresentar **documentação da sua filial ou da matriz**.

Vale salientar, novamente, que **matriz e filial não são pessoas jurídicas distintas**, pois representam estabelecimentos diferentes pertencentes à mesma pessoa jurídica (TCU, Acórdão n. 3.056/2008 - Plenário).

Outrossim, temos também que a omissão quanto à possibilidade de **faturamento dos equipamentos/serviços em CNPJs distintos, mas da mesma pessoa jurídica**, acarretam menor interesse no pleito do objeto licitado, prejudicando o princípio da concorrência, tão caro à licitação.

Diante do exposto, sem prejuízo da Lei 8.666/93, requer seja admitido o faturamento dos materiais pelo CNPJ da matriz-fábrica e a instalação e prestação de serviços pelo CNPJ da filial, já que constituem a mesma pessoa jurídica, inexistindo qualquer prejuízo de ordem técnica ou contábil nessa providência.

DO PEDIDO

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.

Fortaleza/CE, 27 de agosto de 2019.

Representante legal

ThyssenKrupp Elevadores S.A.

II - DA ANÁLISE DOS PONTOS QUESTIONADOS

A fim de subsidiar a tomada de decisão deste Pregoeiro, foi encaminhada a impugnação apresentada para a área técnica demandante dos serviços para manifestação, que apresentou os argumentos que seguem:

“Considerando a licitação cujo objeto é a contratação de serviços comuns de engenharia necessários ao fornecimento, montagem e instalação de plataformas elevatórias de passageiros, bem como o pedido de impugnação enviado pela empresa THYSSENKRUPP ELEVADORES S.

⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 93.

A. para o Item 01 do Pregão Eletrônico nº 18/2019, informamos que, relativamente ao fundamento:

1) Conforme Acórdão nº 1.748/2009 – TCU Plenário, nos termos do art. 72 da Lei nº 8.666/93, deve ser fixado, no edital, o percentual máximo para subcontratação, e, conforme Acórdão nº 3.144/2011- TCU Plenário, é ilícita a inserção, em editais, de autorização que permita a subcontratação do principal de objeto licitado. Ainda, segundo o Decreto nº 8538/2015, é vedada a sub-rogação completa ou da parcela principal da contratação.

No Termo de Referência (Anexo I do Edital), foram definidas a parcela principal da solução e as parcelas de menor relevância em relação à mesma, de forma que os serviços de montagem e instalação das plataformas, representando a parte mais volumosa da contratação, não poderá ser subcontratada;

2) Conforme os itens 10.1 e 10.2 do Termo de Referência (Anexo I do Edital), caberá à Administração a obrigação de acompanhar, fiscalizar e avaliar os serviços objeto da contratação, os quais deverão ser prestados sob responsabilidade exclusiva da contratada. Ainda, conforme o item 12.3, em qualquer hipótese de subcontratação, permanece a responsabilidade integral da Contratada pela perfeita execução contratual.

A contratação dos serviços se faz necessária justamente pelo fato de a instituição não possuir contrato com empresa especializada para realização de serviços dessa natureza e/ou por não possuir, em seu quadro de pessoal, servidor/equipe própria, tampouco materiais para realizar tais serviços. Ainda que não exista dispositivo legal que vede expressamente a coexistência de contratos administrativos com o mesmo objeto, a prática pressupõe a falta de planejamento interno do órgão público, que deve programar suas despesas para o atendimento global de suas demandas, e prejuízo ao erário público, considerando os custos envolvidos na formalização e fiscalização dos contratos administrativos e a possibilidade pagamento em duplicidade por serviço já realizado, o que afrontaria diretamente o princípio da eficiência. Sendo assim, não existe previsão para contratação de outra empresa para realizar qualquer intervenção nos equipamentos da presente contratação.

Sendo assim, a responsabilidade pelos serviços caberá à contratada e a obrigação de impedir que terceiros intervenham na execução do objeto contratado decorre do próprio dever de fiscalização, que somente poderá ocorrer com a devida anuência por escrito da contratante.

3) Em relação à multa contratual, cumpre preliminarmente analisar que a função das penalidades constantes dos instrumentos convocatórios existe justamente para resguardar os interesses públicos de eventuais prejuízos provenientes de desobediência ou inexecução contratual, em conformidade com o disposto no art. 86 da Lei nº 8.666/93.

Ademais, consoante disposto no Acórdão nº 669/2008 – TCU Plenário, cumpre esclarecer que os percentuais deverão ser graduados conforme o potencial lesivo da conduta. Assim, sobre a necessidade de limites para aplicação de multa, importa dizer que o Edital e seus anexos não deixaram de obedecer à Lei nº 8.666/93, não violando os critérios da proporcionalidade e da razoabilidade.

4) Preliminarmente, cumpre destacar que o objeto da contratação é a prestação de serviços, e não a aquisição de materiais. Obviamente, vinculada à execução dos serviços, por se tratar de serviço de engenharia, ocorrerá o fornecimento de materiais/equipamentos, entretanto, não é previsto, durante o contrato, o faturamento de notas fiscais de fornecimento de material.

Cumpre salientar que, conforme disposto no item 5.1.1 do Anexo II do Termo de Referência (Anexo I ao Edital), os preços a serem ofertados pela licitante devem incluir todos os custos necessários para a realização dos serviços. Assim, possíveis impostos e encargos advindos da fabricação/fornecimento de materiais vinculados à execução contratual deverão estar inclusos/embutidos nos custos estimados pela empresa para a completa execução os serviços.

Considerando o disposto acima, opinamos pelo INDEFERIMENTO do pedido de impugnação da empresa THYSSENKRUPP ELEVADORES S. A.

Redenção/CE, 26 de agosto de 2019.

Lucas Daniel de Mont'alverne Monteiro
Engenheiro Mecânico / CREA 57592-D

III - DA DECISÃO

Considerando os questionamentos da THYSSENKRUPP ELEVADORES S. A. e a análise do setor técnico demandante, verifica-se que não há qualquer irregularidade.

Diante do exposto, decido ser improcedente a impugnação apresentada pela empresa THYSSENKRUPP ELEVADORES S. A., mantendo inalteradas as disposições do Edital do Pregão Eletrônico nº 18/2019.

Redenção-CE, 27 de agosto de 2019.

Marcondes Chaves de Souza
PREGOEIRO
SIAPE: 2151271