ILMO. SR. PREGOEIRO DO PREGÃO ELETRÔNICO № 006/2022 TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE GOIÁS.

PROCESSO ELETRÔNICO N. 202200047000246 PREGÃO ELETRÔNICO N. 006/2022

ELEVADORES ATLAS SCHINDLER LTDA., pessoa jurídica de direito privado, regularmente inscrita no CNPJ/MF sob o nº 00.028.986/0001-08, com sede na Avenida do Estado, nº 6116, no Bairro Cambuci, na Capital do Estado de São Paulo vem, tempestivamente, por seu representante infra-assinado, ofertar sua IMPUGNAÇÃO em relação ao edital em epígrafe, pelos fundamentos fáticos e jurídicos a seguir expostos.



DA PRELIMINAR DE TEMPESTIVIDADE

Consoante à disciplina editalícia em sua cláusula 2.1, eventual pedido de impugnação deste instrumento convocatório poderá ser apresentado por qualquer pessoa até três dias úteis antes da abertura do certame agendada para o dia 11 de março de 2022, de sorte que o prazo fatal para a apresentação do presente pleito é o dia 8 de março de 2022.

Portanto, a apresentação do presente petitório nesta oportunidade é de todo tempestiva.

DAS MULTAS ACIMA DO RAZOÁVEL

Embora pareçam de todo razoáveis ao primeiro olhar, as penalidades de multa do presente certame licitatório como definidas no instrumento convocatório podem ultrapassar 10% (dez por cento) do valor contratado, de sorte que eventuais penalidades podem assumir valores altíssimos, em especial, caso o instrumento convocatório seja interpretado no sentido de permitir a cumulação indiscriminada de multas, razão pela qual os percentuais deverão ser revistos e limitações impostas.

- 24.5. Pela inexecução parcial ou total das condições pactuadas, garantida a prévia defesa, ficará a CONTRATADA sujeita às seguintes sanções:
- a) Advertência;
- b) Multa sobre o valor total do contrato, observados os seguintes limites:
- I 10% (dez por cento) sobre o valor do contrato ou instrumento equivalente, em caso de descumprimento total da obrigação, inclusive no caso de recusa do adjudicatário em assinar o Contrato ou retirar o instrumento equivalente, dentro de 10 (dez) dias contados da data de sua convocação;
- II 0,3% (três décimos por cento) ao dia, até o trigésimo dia de atraso, sobre o valor da parte do serviço não realizado;
- III 0,7% (sete décimos por cento) sobre o valor da parte do serviço não realizado, por cada dia subsequente ao trigésimo.



- c) Impedimento de licitar e contratar com a Administração Pública Estadual e descredenciamento do CADFOR pelo prazo de até 5 (cinco) anos.
- 24.5.1. A inexecução contratual também poderá dar causa à rescisão contratual, nos moldes da Lei n° 8.666/93."
- 24.6. A multa, aplicada após regular processo administrativo, será recolhida em favor do CONTRATANTE, no prazo máximo de 10 (dez) dias, a contar da data do recebimento da comunicação enviada pela autoridade competente, ou será descontada dos pagamentos devidos à CONTRATADA ou, ainda, quando estas não ocorrerem ou não forem suficientes, o saldo será inscrito na Dívida Ativa do Estado e cobrado judicialmente.
- 24.7. A critério da Administração poderão ser suspensas as penalidades, no todo ou em parte, quando o atraso no fornecimento dos itens ou da prestação dos serviços for devidamente justificado pela CONTRATADA e aceito pela Administração da CONTRATANTE, que fixará novo prazo, improrrogável, para a completa execução das obrigações assumidas.
- 24.8. As sanções aqui previstas são independentes entre si, podendo ser aplicadas isolada ou cumulativamente, sem prejuízo de outras medidas cabíveis e previstas na Lei n^2 8.666/93 e na Lei Estadual no 17.928/2012.
- 24.9. A aplicação de qualquer das penalidades previstas realizar-se-á em processo administrativo que assegurará o contraditório e a ampla defesa, com oportunidade de defesa prévia da interessada, no respectivo processo, no prazo de 5 (cinco) dias úteis, observando-se o procedimento previsto na Lei nº 8.666, de 1993 e, subsidiariamente, na Lei Estadual nº 13.800, de 2001.
- 24.10. A autoridade competente, na aplicação das sanções, levará em consideração a gravidade da conduta do infrator, o caráter educativo da pena, bem como o dano causado à Administração, observado o princípio da proporcionalidade.

Isto é, caso haja a eventual cumulação de multas, situação implícita no instrumento convocatório pela inexistência de previsão em sentido contrário, as penalidades podem assumir valores altíssimos em comparação com o valor contratado.

Assim, a aplicação de diversas penas pecuniárias na vertente hipótese, cumulada com a ausência de uma cáusula limitadora global, tende a possibilitar uma eventual interpretação no sentido de permitir a cumulação de penalidades indiscriminadamente.

A necessidade deste pleito se justifica na medida em que a previsão de multas tão altas tende a refletir negativamente no preco 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 superior a 30%

(trinta por cento), a Contratada estará "pagando para trabalhar", razão pela qual deve constar a previsão de limitação de multas a 10% (dez por cento) do valor contratado, inclusive nas hipóteses de cumulação das multas.

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)

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 como o ora combatida, a contratada sofrerá ônus similar a "pagar para trabalhar", já que a margem de seu lucro é inferior aos 20% (vinte por cento) no ramo de elevadores e escadas rolantes.

Isso porque, 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.

Diante disso, requer-se, com base nos Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade, <u>a limitação dos percentuais de multa</u>, limitado este percentual para <u>o máximo de 10% (dez por cento) do valor do contrato, prevendo-se expressamente sua limitação a este valor inclusive nos casos de cumulação de multas.</u>



PRAZO DE SOLUÇÃO

Referente à normalização de equipamentos paralisados, embora esta Administração tenha demonstrado sua preocupação em não impor obrigações impossíveis à Contratada, o instrumento convocatório ainda traz prazos que podem se mostrar exíguos demais, em especial, a depender da avaria a ser reparada. Veja-se:

A1.25. A manutenção corretiva visa reparar todos os defeitos, falhas ou irregularidades detectadas e não solucionadas na manutenção preventiva, restabelecendo o pleno funcionamento dos elevadores, devendo ser iniciada no prazo máximo de 06 (seis) horas após solicitação do fiscal da CONTRATANTE, salvo em casos de situações emergenciais.

A1.26. O prazo para manutenção corretiva também poderá estender-se a até 72 (setenta e duas) horas, mediante justificativa escrita da CONTRATADA, submetida à apreciação do fiscal da CONTRATANTE.

lsso porque, no que tange aos prazos de solução das avarias, <u>a depender</u> do problema a ser solucionado, em especial nos casos que se fizer necessária a <u>substituição de peças</u>, a cláusula impugnada acabará impondo à Contratada uma obrigação impossível de ser cumprida, pois os prazos acima referidos podem revelar-se completamente exíguos.

Assim, cabe ponderar que não se configura razoável estabelecer, antes de conhecer o problema, prazos máximos para solução das correções, antes de serem verificadas a natureza e a gravidade de cada defeito, bem como as peculiaridades da peça a ser substituída.

Isso porque alguns serviços – como por exemplo a troca de cabos, retirada de motor para embobinamento, eliminação de vazamento de máquina, dentre outros - necessitam de maior tempo para a correção, 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 impossível, na medida em que cada caso deve ser analisado isoladamente, e não tratado da forma genérica

como está no corpo do edital, pois no reparo incidem diversos fatores, tais como a eventual necessidade de perícia para descobrir a causa da avaria e etc ou a fabricação de peça sob medida – por exemplo.

Nesse contexto, no intuito de preservar a obtenção da proposta mais vantajosa para esta Administração, faz-se necessária a exclusão do referido prazo ou, em último caso, seja ele alterado para 20 (vinte) dias úteis, com a possibilidade de sua prorrogação, conforme justificativas a serem apresentadas pela Contratada, em cada caso.

Do contrário, todos os licitantes certamente apresentarão propostas com valores maiores do que o necessário, para fazer frente às penalizações que certamente ocorrerão.

DA RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELA RESCISÃO CONTRATUAL

O instrumento convocatório estabelece os direitos da Administração em caso de rescisão unilateral da avença, sem que, no entanto, preveja suas obrigações em caso de rescisão contratual sem culpa da contratada.

Deveras, é que nos casos de rescisão sem culpa do contratado, a Administração deverá ressarcir a empresa pelos prejuízos regularmente comprovados que houver sofrido, bem como deverá ao contratado (i) devolver a garantia; (ii) pagar os custos da desmobilização; e, (iii) pagar os valores devidos pela execução do contrato até a data da rescisão, como previsto no art. 79 §2 da Lei Federal nº 8.666/93; e, principalmente, por ser essa a medida mais adequada, em se pensando no Princípio da Razoabilidade, aplicável a toda a Administração Pública.

Tem-se ainda que esta exigência é decorrente da moralidade administrativa que deve nortear toda a atuação da Administração e seus agentes. Com efeito, veja-se que, caso não conste previsão alguma neste sentido, a Administração

poderá fazer com que a contratada incorra em prejuízos sem que tenha tido culpa ou ainda, trazer enriquecimento sem causa para a Administração, que eventualmente poderia rescindir o contrato sem pagar o custo dos serviços até ali executados.

Portanto, é fundamental que essas previsões constem no edital, afinal não há liberdade para decidir se o contratado será indenizado ou não, isso é, não se faculta que a Administração decrete a rescisão unilateral por sua conveniência e simplesmente se recuse a indenizar o particular.

Ressalta-se que caso haja rescisão unilateral injustificada por parte da Contratante sem que haja a recomposição de custos efetivamente incorridos e serviços prestados, o princípio da moralidade é violado, motivo pelo qual há necessidade de indicar nos termos do edital as penalidades que a Administração Pública pode vir a sofrer caso rescinda o contrato unilateralmente, e que a mera motivação da rescisão, a depender da causa, não elide de *per si* o dever da Administração de recompor os custos suportados pela contratada nas hipóteses de rescisão unilateral sem sua culpa.

RESPONSABILIDADE CIVIL

Ao alocar as responsabilidades, o instrumento convocatório em apreço estatui genericamente que é obrigação da Contratada:

9.1.3. Assumir inteira responsabilidade por danos ou desvios causados ao patrimônio do TCE-GO ou de terceiros, por ação ou omissão de seus empregados, durante a prestação dos serviços, mesmo que fora do exercício das atribuições previstas no contrato (como por exemplo, a avaria de equipamentos resultante do contato com água jogada indevidamente durante a rotina de limpeza nas dependências das unidades do TCE-GO);

Notadamente, a cláusula editalícia em apreço contraria frontalmente 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.

Com efeito, note que a lei 8.666/93 ao determinar a abrangência da

responsabilidade civil da empresa Contratada, ou seja, seu dever de reparar um dano causado se restringe à responsabilidade da empresa <u>apenas aos danos que ela causar</u> <u>diretamente:</u>

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

Assim, excluem-se do dever de reparar da Contratada os danos indiretos eventualmente sofridos pelo Órgão contratante, tais como lucros cessantes, de tal sorte que referida previsão deverá ser alterada do instrumento convocatório em apreço, para que se limite a eventual responsabilização da contratada e se garanta uma precificação mais justa para ambas as partes.

Portanto, a cláusula da minuta contratual em comento deve ser alterada para que conste a responsabilidade da contratada para os danos diretamente causados por ela ou seus prepostos como quer a Lei.

DAS EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE

O instrumento convocatório é omisso no que diz respeito às excludentes de responsabilidade tais como a intervenção de fatores externos, como por exemplo a umidade e oscilações elétricas além de atos de terceiros.

De fato, algumas situações, embora indesejadas, ocorrem mesmo assim, são imprevisíveis e não estão na esfera de controle das licitantes. Portanto, não é razoável exigir que alguém seja obrigado a prestar serviços quando fato de terceiro, alheio à sua vontade o impede que o faça.

Nesse mesmo diapasão, cabe ainda elidir a possibilidade da responsabilização da Contratante por atos como os de vandalismo, má utilização, ou infiltrações. Com efeito, não faz sentido algum que a Contratada seja responsabilizada

ou penalizada por estes motivos, que não são cobertos pela garantia técnica das empresas fornecedoras deste tipo de equipamento.

Por essas razões, é imprescindível que a previsão das excludentes de responsabilidade da Contratante para esses casos também estejam expressas no instrumento convocatório e na minuta contratual.

Isto posto, sugere-se a inserção da cláusula excludente de responsabilidade tal como é lançada de maneira padronizada em todos os contratos do estilo, nos termos que seguem:

Estão excluídos deste Contrato os serviços decorrentes de negligência, maus tratos, uso indevido ou abusivo, agente externo (por exemplo, umidade, poeira, gases, salinidade, variação de tensão elétrica, ferrugem, entre outros), caso fortuito ou força maior e ato ou omissão que não da CONTRATADA, bem como acabamentos e revestimentos em geral, bem como outros serviços não abrangidos neste contrato

PRAZO DE APRESENTAÇÃO DA GARANTIA

De acordo com o instrumento convocatório, a empresa vencedora do certame se obriga a manter durante toda a vigência do contrato garantia por uma das modalidades previstas no instrumento convocatório e pela Lei no valor equivalente a 5% (cinco por cento) do valor contratado.

Todavia, ao compulsar o instrumento convocatório esta licitante notou que a garantia deve ser apresentada no ato da assinatura do contrato, prazo demasiadamente exíguo:

22.1. Será exigida da CONTRATADA a apresentação ao TCE, no prazo máximo de 10 (dez) dias úteis, contado da data da assinatura do Contrato, comprovante de prestação de garantia correspondente a 5% (cinco por cento) do valor do contrato, com validade para todo o período de execução dos serviços, mediante a opção por uma dentre as seguintes modalidades: caução em dinheiro ou títulos da dívida pública, seguro-garantia ou fiança bancária, conforme dispõe o art. 56, caput e § 1º, da Lei nº 8.666/93.

Nesse sentido, as cláusulas nos contratos de fiança bancária têm previsto em regra o prazo de 50 (cinquenta) dias corridos para apresentação da garantia, sendo certo que somente após esse período é que incidira a norma de rescisão contratual. Ocorre que a determinação pode ser impossível de ser cumprida no prazo assinalado, especialmente se o resultado depender da atuação de terceiros alheios à relação contratual, como quando da contratação de seguro garantia ou fiança bancária, pois sua apresentação depende do tempo de processamento desse serviços pelas instituições financeiras e corretoras de seguro.

Com efeito, caso a licitante vencedora opte pela contratação de carta de fiança bancária, por exemplo, o prazo para apresentação da referida garantia dependerá em maior medida do tempo que a instituição financeira levará para gerar a carta de fiança bancária solicitada.

Assim, requer seja esclarecido: É possível que o prazo para apresentação da garantia seja de 30 (trinta) dias úteis ou 50 (cinquenta) dias corridos, independentemente de renovação?

<u>Caso negativo, requer seja esclarecida a possibilidade de que seja</u>
<u>recebido temporariamente qualquer documento comprobatório da contratação dos serviços junto à instituição seguradora ou financeira.</u>

Esta necessidade é ainda mais imperiosa na época de pandemia, em que está muito mais difícil proceder-se a quaisquer contratações deste estilo.

DOS REQUERIMENTOS

Por todo o exposto, requer seja a presente impugnação recebida e provida, para alterar-se o instrumento convocatório na forma postulada em cada tópico antecedente, em especial para que:

a) Seja inserida cláusula limitadora para que a somatória de penalidades pecuniárias não ultrapasse 10% (dez por cento) do valor do ajuste, inclusive e especialmente no caso de cumulação de multas;

b) Seja retirado o prazo de solução ou, em último caso, seja ele alterado para 20 (vinte) dias úteis, com a possibilidade de sua prorrogação, conforme justificativas a serem apresentadas pela Contratada, em cada caso;

c) Que seja previsto no instrumento convocatório os direitos da Contratada em casos de rescisão contratual em que ela não der causa;

d) Seja a responsabilidade da empresa Contratada limitada aos danos diretamente causados, nos termos da lei de regência;

e) Seja previsto no edital as excludentes de ilicitude para casos supervinientes aos quais a Contratada não deu azo, tais como a ocorrência de casos fortuitos e de força maior;

f) Seja esclarecida a dúvida desta licitante quanto à possibilidade da apresentação da garantia em 30 (trinta) dias úteis ou 50 (cinquenta) dias corridos, ou ainda, subsidiariamente, seja esclarecida a possibilidade da apresentação temporaria de qualquer documento comprobatório da contratação dos serviços junto à instituição seguradora ou financeira.

Termos em que, Pede deferimento. São Paulo, 7 de março de 2022.

ELEVADORES ATLAS SCHINDLER LTDA.
REPRES ENTANTE LEGAL: NOME

Gilson Brito Cardoso Consultor Técnico Comercia Elevadores Atlas Schindler S./

