9749/2018 - 23/11/2018

thyssenkrupp

ILMO. SENHOR PRESIDENTE DA COMISSÃO DE LICITAÇÕES,
CONCORRÊNCIA SESC/SE Nº 18/0013,
SERVIÇO SOCIAL DO COMÉRCIO – SESC/SE.

603.2

THYSSENKRUPP ELEVADORES S. A., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 90.347.840/0020-80, com endereço na Rua Campo do Brito, nº. 295, bairro São José, CEP 49020-380, Aracajú/SE, através de seu representante legal 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 EXCLUSIVIDADE DE PARTICIPAÇÃO DE MICRO E PEQUENAS EMPRESAS

Dispõe o edital que a participação no certame seria exclusiva à Microempresas e Empresas de Pequeno Porte. No entanto, abre a possibilidade para a participação de empresas que não se enquadrem nessas categorias, conforme segue:

> *3.1. Somente poderão participar desta licitação microempresas ou empresas de pequeno porte cujo objeto social especifique atividade pertinente e compatível com o objeto da presente licitação e estejam legalmente estabelecidas no País.*
> *3.1.1. Não será adotada a regra de exclusividade do item 3.1 se não houver comparecido, no mínimo, três concorrentes enquadrados como*

microempresas ou empresas de pequeno porte, quando será admitida a participação de outras empresas.
3.1.2. Pela mesma forma, também será afastada a regra de exclusividade se se revelar prejudicial aos interesses do SESC, assim configurado na hipótese de comparecer pretendente não enquadrado como ME ou EPP e com oferta mais vantajosa.

O edital informa que se uma empresa de grande porte apresentar proposta mais vantajosa, pode ser afastada a regra da exclusividade. No entanto, se a licitação se mostra exclusiva para micro e pequenas empresas, a empresa de grande porte nem sequer poderia apresentar envelope com proposta.

Dessa forma, diante da ausência de clareza das disposições editalícias, requer a Impugnante que seja esclarecido se é permitida a participação de empresas de grande porte na presente licitação.

DA GARANTIA CONTRATUAL

O edital prevê que a contratada deverá apresentar garantia contratual em até 05 (cinco) dias úteis, a contar da assinatura do contrato, conforme cláusulas abaixo transcritas:

16. DA GARANTIA CONTRATUAL
16.1. A Contratada deverá apresentar ao Contratante, no prazo de 05 (cinco) dias úteis, contado da data de assinatura do contrato,comprovante de prestação de garantia, em qualquer das modalidades previstas no art. 27 da Resolução SESC nº 1.252/2012 (caução em dinheiro, fiança bancária ou seguro garantia), equivalente a 5% (cinco por cento) do valor anual do contrato, a ser restituída ou liberada após a execução satisfatória dos serviços e entrega e recebimento do objeto.

Contudo, a apresentação da garantia neste curto espaço de tempo pode se mostrar inexequível dependendo da modalidade escolhida pela licitante vencedora.

Exemplificativamente, caso a vencedora opte pela modalidade de seguro garantia, forma usualmente escolhida pelas empresas participantes, a

contratada dependerá da assinatura do contrato para encaminhamento da garantia junto à seguradora.

Conclui-se, assim, que é evidentemente inexequível a obrigação de apresentação da garantia no prazo de estipulado, visto que o contrato assinado é, muitas vezes, condição para obtenção da respectiva garantia.

Dessa forma, para que a obrigação se torne viável, bem como a contratação fique devidamente garantida, é razoável a **concessão do prazo de 30 (trinta) dias** a contar da assinatura do instrumento contratual para apresentação da garantia, independentemente da modalidade escolhida pela parte contratada.

Sendo assim, a ora Impugnante requer seja retificado o ato convocatório, para que conste tempo hábil para apresentação de garantia contratual, tornando a obrigação exequível e permitindo a participação do maior número de empresas interessadas no certame.

DO PRAZO DE RESTABELECIMENTO DO FUNCIONAMENTO

O edital prevê que o **prazo máximo para conserto do equipamento** será de 48 (quarenta e oito) horas, tempo exíguo a ser atendido pela empresa contratada, conforme se vê do item abaixo transcrito:

> *5.4. De posse do levantamento que trata o item 5.2, o contratante expedirá o Pedido ao Fornecedor – PAF, indicando o prazo de execução dos serviços, que não poderá ser superior a 48h ou 02 dias corridos.*

Ocorre que, em que pese a empresa fornecedora tenha em estoque as peças usualmente utilizadas na manutenção dos equipamentos, nem todos os componentes possuem condições de pronta reposição. Assim, por vezes os reparos necessários nos equipamentos de transporte vertical

poderão demandar a requisição da peça junto ao fabricante, tornando inviável a reposição no prazo fixado pelo edital para todos os componentes.

Diante disso, a ora Impugnante requer seja **dilatado o prazo máximo para reposição de peças para 03 dias úteis**, bem como que **seja admitida a reposição de determinados componentes em período superior**, mediante justificativa técnica por parte da licitante vencedora.

DA APLICAÇÃO DE MULTAS PERCENTUAIS

O item 18 do edital disciplina a sujeição da contratada a multas de até 20% (vinte por cento) sobre o valor do contrato, em caso de inexecução total ou parcial do objeto, consoante trecho disposto a seguir:

> *18.1. Pela inexecução total ou parcial do contrato a ser celebrado, o contratado estará sujeito, com a garantia da defesa prévia e recurso a ela inerente, às seguintes penalidades:*
>
> *b) multa, de até 20% (vinte por cento) do valor contratado ou da obrigação não cumprida, sem prejuízo das pardas e danos;*

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**

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

DO REAJUSTE DOS PREÇOS CONTRATADOS

Verifica-se que não há cláusula disciplinando o **reajuste dos preços contratados**, disposição imprescindível para evitar a onerosidade excessiva em decorrência do tempo de duração do contrato, uma vez que a legislação em vigor prevê a possibilidade de prorrogação da contratação.

A **Lei Federal nº 8.666/93** estabelece, dentre as normas de observância obrigatória, as **cláusulas de reajuste de preços**, consoante se extrai dos seguintes comandos legais:

> *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, o dia e a hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:*
> *(...)*
> *XI –* ***critério de reajuste****,* ***que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela****; [Grifado]*
>
> *Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:*
> *(...)*
> *III- o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e* ***periodicidade do reajustamento de preços****, os critérios da atualização*

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

monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento; [Grifado]

Na lição do professor Hely Lopes Meirelles, o reajustamento *"é **conduta contratual autorizada por lei para corrigir os efeitos ruinosos da inflação**. Não é decorrência da imprevisão das partes; ao contrário, é previsão de uma realidade existente, diante da qual o legislador pátrio institucionalizou o reajustamento dos valores contratuais".*[2]

Consoante Celso Antônio Bandeira de Mello, as cláusulas de reajuste de preço *"pretendem acautelar os riscos derivados das altas que, nos tempos atuais, assumem caráter de normalidade. Portanto, fica explícito no ajuste o **propósito de garantir com previdência a equação econômico-financeira**, à medida que se renega a imutabilidade de um valor fixo e se acolhe, como um dado interno à própria avenca, a atualização do preço".*[3]

Portanto, a cláusula prevendo o **reajuste de preços, sua periodicidade e índice aplicável**, é impositiva para **manutenção do equilíbrio econômico-financeiro** do contrato, considerando a possibilidade de que a contratação tenha sua duração prorrogada.

Diante desses fundamentos, **requer seja retificado o edital, com a inclusão da necessária cláusula de reajuste de preços no instrumento contratual**, objetivando a preservação do equilíbrio econômico-financeiro da contratação.

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

[2] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 25ª edição. São Paulo: Malheiros, 2000.
[3] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009.

integridade e harmonia lógica do certame, dentro da legislação aplicável as contratações realizadas pelos entes públicos.

Aracajú/SE, 21 de novembro de 2018.

Elenilson S Paes
THYSSENKRUPP ELEVADORES S/A
Gestor de Serviços
Unidade Sergipe

Representante legal
ThyssenKrupp Elevadores S.A.