



Atlas Schindler

ILMO. SR. PREGOEIRO DO PREGÃO ELETRÔNICO N. 035/2019 DO O BANCO DO ESTADO DO PARÁ S.A.

PREGÃO ELETRÔNICO Nº 035/2019

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 COM PEDIDO DE ESCLARECIMENTOS** em relação ao edital em epígrafe, pelos fundamentos fáticos e jurídicos a seguir expostos.



Atlas Schindler

DA PRELIMINAR DE TEMPESTIVIDADE

Consoante à disciplina editalícia, consoante ao item 5.1, eventual pedido de impugnação deste instrumento convocatório poderá ser apresentado por qualquer pessoa até as 16 (dezesesseis) horas do 5º (quinto) dia útil antes da data fixada para a ocorrência do certame, ou seja, até o dia 16 de dezembro.

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

AUSÊNCIA DE PREVISÃO DE CORREÇÃO NOS PAGAMENTOS FEITOS EM ATRASO À CONTRATADA

Ao disciplinar a forma dos pagamentos devidos à contratada, o instrumento convocatório se omite no que diz respeito à ocorrência de atrasos de pagamentos sem culpa da Contratada.

Assim, é de se notar que esta omissão é contrária ao que determina a Lei 13.303/16 *in verbis* transcrita:

Art. 69. São cláusulas necessárias nos contratos disciplinados por esta Lei:

[*omissis*]

III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, a data-base e a periodicidade do reajustamento de preços e **os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;**

Além disso, cabe destacar também o artigo 89 do regulamento de Licitações e Contratos desta Administração. Veja-se:

3 – Quando da ocorrência de eventuais atrasos de pagamento provocados exclusivamente pelo BANPARÁ, o valor devido deve ser acrescido de atualização



Atlas Schindler

financeira, que deve ser definida em contrato.

Sendo assim, requer a alteração do instrumento convocatório para que preveja a base da correção monetária omitida, nos termos da legislação em vigor, para a hipótese da Contratante atrasar os pagamentos devidos à Contratada sem que ocorra culpa da última.

PEDIDO DE ESCLARECIMENTO: DAS MULTAS ACIMA DO RAZOÁVEL

Embora pareçam de todo razoáveis ao primeiro olhar, cabe esclarecer se as penalidades de multa do presente certame licitatório como definidas no instrumento convocatório podem ultrapassar 10% (dez por cento) do valor contratado.

Isto é, se considermos a possibilidade de cumulação de multas, **eventuais penalidades podem assumir valores altíssimos em comparação com o valor contratado.**

13.4 A CONTRATADA, para além de hipóteses previstas no presente contrato e no Termo de Referência, estará sujeita à multa:

a) De mora, por atrasos não justificados no prazo de execução de 0,2% (dois décimos por cento) do valor da parcela do objeto contratual em atraso, por dia de atraso, limitada a 5% (cinco por cento) do valor do contrato.

b) Compensatória, pelo descumprimento total do contrato, no montante de até 5% (cinco por cento) do valor do contrato.

b.1) se houver inadimplemento parcial do contrato, o percentual de até 5% deve ser apurado em razão da obrigação inadimplida.

Sendo assim, cabe esclarecer: É possível que eventuais penalidades cumuladas ultrapassem os limites elencados nas alíneas a e b supratranscritas? Caso afirmativo, em que casos há essa possibilidade?



Atlas Schindler

A necessidade deste esclarecimento se justifica na medida em que, a previsão de multas tão altas tende a refletir negativamente no preço final que será ofertado à Contratante, na medida em que estes percentuais já invadem a esfera do lucro da Contratada, de sorte que na hipótese de aplicação de multa em patamar superior a 10%, a Contratada estará “pagando para trabalhar”, razão pela qual deve constar a previsão de limitação de multas a 10% 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 dos elevadores.

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.**



Atlas Schindler

Diante disso, caso seja possível que as penalidades ultrapassem o patamar dos 10% (dez por cento), requer-se, com base no Princípio da Razoabilidade e da Proporcionalidade, **a limitação dos percentuais de multa em todos os casos, limitado este percentual para 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.**

PEDIDO DE ESCLARECIMENTO: LESÃO AOS DIREITOS AUTORAIS DA CONTRATADA – PROPRIEDADE INTELECTUAL

No instrumento convocatório há uma exigência que soa um tanto desarrazoada e ahque carece esclarecimento, pois pode eventualmente lesar a propriedade intelectual da contratada, como se transcreve:

13.3 Por ocasião da entrega definitiva dos elevadores, a CONTRATADA deverá apresentar, em 2 (duas) vias, manuais de instrução para montagem, operação e manutenção dos equipamentos, constituídos, no mínimo, com as seguintes informações:

- dados e características do equipamento;
- descrição funcional;
- instruções para recebimento, manuseio, armazenagem e montagem;
- instruções para operação e manutenção, contendo o programa preventivo a ser desenvolvido, bem como as atividades específicas e suas respectivas periodicidades;
- lista completa de todas as ferramentas especiais e peças sobressalentes;
- catálogos de todos os componentes;
- certificados de ensaios de tipo e de rotina;
- desenhos e documentos de fabricação.

Com efeito, ao fornecer os equipamentos para suas clientes, a ora petionária também fornece o manual do usuário, que possui todas as informações necessárias aos donos dos equipamentos recém adquiridos.



Atlas Schindler

Cabe esclarecer que existe uma linha muito tênue, vez que, existem alguns manuais nos quais se encontram os segredos industriais e a expertise de mais de cem anos da peticionária na criação e montagem de suas tecnologias e de seus componentes, conhecidos como manuais ou folhetos técnicos, razão pela qual se justifica a presente dúvida.

Assim o que se pretende esclarecer neste pleito é se essa Administração considerará suficiente a **entrega do manual do usuário**, dos quais constam exatamente as informações sobre utilização e manutenção dos equipamentos.

Ao revés, caso se entenda pela obrigatoriedade de entrega do material técnico do equipamento, requer seja considerado impugnado o presente edital, na medida em que esta Administração está a licitar os equipamentos e a manutenção, **apenas**. E é a isso que o preço estimado da contratação se refere.

Se o objeto da contratação pública buscar também a aquisição da propriedade intelectual da contratada acerca de seus equipamentos, é evidente que o orçamento em apreço é insuficiente.

Isso porque tanto esta Impugnante como qualquer outra empresa do meio trabalham com o desenvolvimento de tecnologia, e o “know-how” dos equipamentos de cada uma delas é o que as torna competitivas entre si.

Assim, caso a exigência supra seja mantida, o que não se admite nem por hipótese, a Administração dos Correios estará a adquirir, apenas pelo preço dos equipamentos, toda a expertise técnica da contratada, que no caso da Atlas Schindler, trata-se de mais de cem anos de evolução.

Pior do que isso: em razão da ampla publicidade dos processos licitatórios, **os segredos industriais da contratada estarão disponíveis para a consulta**



Atlas Schindler

de qualquer pessoa, inclusive das empresas concorrentes. Neste sentido, seria até mesmo “barato” para uma empresa do ramo deixar de participar deste certame, somente para ganhar conhecimento técnico acerca dos equipamentos da sua concorrente que for contratada.

E este é um ponto que certamente será impugnado por todas as empresas do ramo que desenvolvem a tecnologia que vendem em seus equipamentos, a demonstrar o amplo acerto do direito invocado.

Caso não sejam acatadas as sugestões aqui encerradas, haverá grave lesão ao Princípio da Legalidade e Moralidade, eis que a Administração estará a demandar a entrega de algo pelo quê não pagou, locupletando-se ilicitamente ao arrepio da Lei.

PEDIDO DE ESCLARECIMENTO: RESPONSABILIDADE CIVIL

Ao alocar as responsabilidades, o instrumento convocatório atribui à Contratada a responsabilidade por todos os danos decorrentes de sua culpa ou dolo na execução contratual:

6.3 A CONTRATADA é responsável pelos danos causados direta ou indiretamente ao BANPARÁ ou a terceiros em razão da execução do contrato, não excluindo ou reduzindo essa responsabilidade a fiscalização ou o acompanhamento pelo BANPARÁ.

13 OBRIGAÇÕES DA CONTRATADA

[*omissis*]

c) Será responsável por quaisquer **danos causados diretamente** ao BANPARÁ ou a terceiros, decorrentes de sua culpa ou dolo na execução do objeto licitado.

Assim, cumpre esclarecer: A responsabilidade da empresa Contratada, contrariará a lei 13.303/16?



Atlas Schindler

Ora, a contrariedade ao diploma aplicável à vertente hipótese, em última análise, afasta esta Administração da trilha da obtenção da melhor proposta, finalidade ulterior deste e de todos os certames licitatórios.

Com efeito a lei de regência determina que a responsabilidade civil da empresa contratada, ou seja, seu dever de reparar um dado causado, estará restrita **tão somente aos danos que ela diretamente causar:**

Art. 76. O contratado é obrigado a reparar, corrigir, remover, reconstruir ou substituir, às suas expensas, no total ou em parte, o objeto do contrato em que se verificarem vícios, defeitos ou incorreções resultantes da execução ou de materiais empregados, e responderá por danos causados diretamente a terceiros ou à empresa pública ou sociedade de economia mista, independentemente da comprovação de sua culpa ou dolo na execução do contrato.

Cabe destacar ainda que, a incidência de dolo ou culpa da Contratada em eventual infortúnio que possa sobrevir, em nada se confunde com os danos indiretos abarcados pela redação do comando editalício.

Por expressa disposição legal, excluem-se do dever de reparar da Contratada os danos indiretos eventualmente sofridos pelo Órgão contratante e por terceiros, tais como lucros cessantes, de tal sorte que referida previsão deverá estar igualmente inserida no instrumento convocatório.

Portanto, requer seja reformada referida cláusula da minuta contratual para que se exclua toda hipótese de responsabilização ilegalmente prevista nela, a teor dos comandos legais supra invocados, ou esclarecido o fato de que a Contratada será responsável apenas pelos danos diretamente causados, nos termos da Lei.



Atlas Schindler

DA RESPONSABILIDADE POR ATOS DE TERCEIROS

O instrumento convocatório é omissivo no que diz respeito às excludentes de responsabilidade tais como casos fortuitos, decorrentes da intervenção de fatores externos como as condições climáticas, e atos de terceiros, como vandalismo.

Ora, essa omissão se faz desarrazoada, e contraria as disposições expressas do Código Civil Brasileiro.

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 a sua vontade, por exemplo, o impede que o faça.

Um ótimo exemplo que ilustra bem essa situação é a famigerada greve dos caminhoneiros, que prejudicou a continuidade da execução de inúmeros serviços públicos e privados pelo país ou, ainda, a atuação de vândalos que venham a depredar o equipamento.

Assim, cabe ainda elidir a possibilidade da responsabilização da Contratante por atos como os de vandalismo ou má utilização. Com efeito, não faz sentido algum que a Contratada seja responsabilizada ou penalizada por estes motivos.

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

Isto posto, sugere-se a inserção da referida cláusula nos termos que se seguem:



Atlas Schindler

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

IMPOSSIBILIDADE DE RETENÇÃO DE CRÉDITOS

O instrumento convocatório versa a respeito da retenção de pagamentos para o desconto de eventuais multas aplicadas. Leia-se.

8.5 É permitido ao BANPARÁ descontar dos créditos da CONTRATADA qualquer valor relativo à multa, ressarcimentos e indenizações, sempre observado o contraditório e a ampla defesa.

Acontece que, quando a Contratada opta pela utilização do seguro fiança como garantia da contratação, ela está dividindo o risco da contratação com a empresa seguradora, o que indiscutivelmente reduz o custo da contratação como um todo.

Todavia, quando o instrumento convocatório se propõe a descontar eventuais valores devidos à Contratante diretamente dos créditos da Contratada em detrimento da garantia prestada, **está inutilizando a modalidade de seguro fiança, onerando a empresa contratada além do devido, e em última análise elevando o preço da contratação. Vez que além de arcar com o custo do “seguro” a Contratada deverá arcar também com os riscos que em tese, foram assumidos pela seguradora.**

Cumpra demonstrar ainda o que dispõe a lei 13.303/16 a respeito do benefício de ordem:

Art. 82. Os contratos devem conter cláusulas com sanções administrativas a serem aplicadas em decorrência de atraso injustificado na execução do contrato, sujeitando o contratado a multa de mora, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato.

[omissis]



Atlas Schindler

§ 2º A multa, aplicada após regular processo administrativo, **será descontada da garantia do respectivo contratado.**

§ 3º **Se a multa for de valor superior ao valor da garantia prestada**, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, a qual será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela empresa pública ou pela sociedade de economia mista ou, ainda, quando for o caso, cobrada judicialmente.

Portanto, é imperiosa a reforma do instrumento convocatório em apreço no sentido de que os valores devidos por eventuais multas decorrentes do presente contrato somente serão descontados dos pagamentos devidos à contratada no caso de eles serem superiores ao valor da garantia prestada, em claro atendimento ao Princípio da Economicidade.

PEDIDO DE ESCLARECIMENTO: DA CESSÃO DE SALA COM ACESSO RESTRITO

Esta Licitante pretende esclarecer se é possível a cessão de uma sala de acesso restrito, ainda que pequena, para que possa guardar os materiais necessários à execução do Contrato.

Esta cessão não importaria em grande ônus para esta Administração, mas traria um imenso benefício à esta Licitante, refletindo positivamente no preço final da contratação.

PEDIDO DE ESCLARECIMENTO: EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS EM DOIS CNPJs

Cabe esclarecer que essa licitante, e provavelmente outras tantas, emite faturas em dois CNPJs, uma de sua matriz, referente aos equipamentos, e outro de sua filial, que instalará os equipamentos, **mas ambos da mesma empresa licitante**, ou seja, com a mesma raiz de CNPJ, embora o contrato e a habilitação sejam feitos em regra somente em uma delas, geralmente no estabelecimento da matriz ou do estabelecimento localizado mais próximo da prestação de serviços.



Atlas Schindler

Além disso, registre-se que, em consequência da caracterização do fato gerador do ICMS, quando a Elevadores Atlas Schindler dá saída de peças ou materiais de seu estabelecimento, ela emite Notas Fiscais de Saída de Mercadoria (remessa), sendo uma das vias entregues a cada cliente, efetuando o recolhimento do tributo (ICMS) para o Fisco Estadual, relativamente à parcela de materiais enviada para a obra.

A Nota Fiscal de Venda efetiva do Equipamento apenas será emitida quando da entrega da peça para substituição, ocasião em que será recolhido ao Fisco eventual diferença em relação aos valores já pagos quando das remessas parciais.

Além dessa nota relativa aos materiais aplicados (Equipamentos) e que constitui fato gerador do ICMS, esta Licitante emitirá também uma Nota Fiscal-Fatura de Serviços, relativamente aos serviços de assistência técnica do elevador (fato gerador do ISS), nos termos do item 14.01 e 14.02 da Lista de Serviços anexa à Lei Complementar nº 116/03.

A título meramente exemplificativo, o Banco do Brasil publicou recentemente o Edital da licitação eletrônica 2019/00670 (7421), que sobre os requisitos da emissão de Notas Fiscais, versava:

- e) Ser emitida ao menos 2 (dois) documentos fiscais, quando o serviço for prestado em várias unidades do CONTRATANTE, sendo um para as unidades localizadas no mesmo município de emissão do documento fiscal (emitido contra CNPJ de unidade do Banco do Brasil localizada no município de emissão do documento fiscal); e outro documento fiscal relacionado aos serviços prestados em outros municípios (emitido contra CNPJ de unidade regional do Banco do Brasil localizada em município diverso da emissão do documento fiscal).
- f) Ser emitida para itens ou serviços do contrato pela matriz ou pela filial desde que sejam efetivamente a mesma pessoa jurídica (CNPJ de mesma raiz - 8 primeiros números).



Atlas Schindler

Assim, requer que seja esclarecido quanto a aderência desse procedimento à regra do instrumento convocatório. Esclarecendo-se acerca da possibilidade de emissão de notas fiscais em dois CNPJs sendo eles da mesma empresa.

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:

- a) Sejam prevista a recomposição monetária e os encargos moratórios aos quais esta Administração estará sujeita em caso de atraso nos pagamentos em que a Contratada não der causa;
- b) Sejam esclarecida a possibilidade da incidência de limitadas as penalidades pecuniárias superiores a 10% (dez por cento) do valor do ajuste, inclusive em caso de cumulação de multas, considerando-se o edital impugnado em caso da possibilidade;
- c) Seja esclarecida a dúvida desta Licitante quanto a iminente ofensa à sua propriedade intelectual legalmente protegida;
- d) Seja esclarecida a dúvida desta licitante quanto a responsabilidade civil a que ela se submeterá, caso o entendimento desta Administração contrarie o texto de lei, considerando-se o instrumento convocatório impugnado para que, seja excluído o dever de indenizar da contratada os eventuais danos indiretos, consoante ao regramento aplicável.



Atlas Schindler

- e) Seja afastada qualquer responsabilização da Contratada em função de atos e fatos decorrentes de agentes externos;
- f) Seja excluída a possibilidade de desconto dos valores devidos à Contratada,
- g) Seja esclarecida a dúvida desta Licitante sobre a possibilidade da cessão de sala de acesso exclusivo;
- h) Seja esclarecida a dúvida desta Licitante quanto a possibilidade da emissão de notas fiscais em 2 (dois) CNPJs diferentes da mesma empresa.

Termos em que,
Pede deferimento.
Belém, 16 de dezembro de 2019.

**ELEVADORES ATLAS SCHINDLER LTDA.
BRUNO SILVA DE CARVALHO**

CPF: 600.027.643-50