

ILMO. SENHOR PREGOEIRO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO -
UFMA

Lic. TKE 017532

Ref. Pregão Eletrônico nº 48/2022

TK ELEVADORES BRASIL LTDA, pessoa jurídica de direito privado inscrita no CNPJ sob o nº 90.347.840/0048-81, com endereço Av. São Luís Rei de Franca nº 19, SI 06, CEP 65076-730, através de seu representante legal (procuração anexa), vem, respeitosamente, perante Vossa Senhoria, apresentar **IMPUGNAÇÃO AO EDITAL DE LICITAÇÃO**, pelos fundamentos fáticos e jurídicos a seguir expostos.

I. DAS RAZÕES DE IMPUGNAÇÃO

1. DA GARANTIA CONTRATUAL

O edital prevê que a contratada deverá apresentar garantia contratual no prazo máximo de 10 (dez) dias corridos contados da assinatura do contrato, conforme cláusula 18 – GARANTIA DA EXECUÇÃO abaixo transcrita.

18.1. O adjudicatário prestará garantia de execução do contrato, nos moldes do art. 56 da Lei nº 8.666, de 1993, com validade durante a execução do contrato e por 90 (noventa) dias após o término da vigência contratual, em valor correspondente a 5% (cinco por cento) do valor total do contrato.

18.2. No prazo máximo de 10 (dez) dias úteis, prorrogáveis por igual período, a critério do contratante, contados da assinatura do contrato, a contratada deverá apresentar comprovante de prestação de garantia, podendo optar por caução em dinheiro ou títulos da dívida pública, seguro garantia ou fiança bancária.

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.

2. DAS MULTAS CONTRATUAIS – DOSIMETRIA NOS PERCENTUAIS

O Edital (19. Das Sanções Administrativas) disciplina a sujeição da contratada a multas que, em geral tem como base de cálculo o valor global do contrato.

A soma do valor correspondente a todas as multas está estabelecida na minuta de contrato até o percentual de 15% (Quinze por cento) sobre o valor total do contrato.

Assim regula a minuta do contrato:

19.2.2.1. 0,1% (um décimo por cento) até 0,2% (dois décimos por cento) por dia sobre o valor adjudicado em caso de atraso na execução dos serviços, limitada a incidência a 15 (quinze) dias. Após o décimo quinto dia e a critério da Administração, no caso de execução com atraso, poderá ocorrer a não aceitação do objeto, de forma a configurar, nessa hipótese, inexecução total da obrigação assumida, sem prejuízo da rescisão unilateral da avença;

19.2.2.2. 0,1% (um décimo por cento) até 10% (dez por cento) sobre o valor adjudicado, em caso de atraso na execução do objeto, por período superior ao previsto no subitem acima, ou de inexecução parcial da obrigação assumida;

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;

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

19.2.2.5. 0,07% (sete centésimos por cento) do valor do contrato por dia de atraso na apresentação da garantia (seja para reforço ou por ocasião de prorrogação), observado o máximo de 2% (dois por cento).

O atraso superior a 25 (vinte e cinco) dias autorizará a Administração CONTRATANTE a promover a rescisão do contrato;

Todavia, usar o valor global como referência para a aplicação de multas se mostra atentatório aos basílares princípios da proporcionalidade e razoabilidade, uma vez que o percentual aplicado sobre o valor total do contrato é excessivo e altamente oneroso frente a tipificação definida no contrato.

Nos casos em tela, o percentual máximo de sanção a título de multa, seria num **patamar máximo de 10% (dez por cento) sobre o valor da parcela inadimplida**, evitando-se assim, desproporcionalidade na aplicação da medida e insegurança jurídica para as empresas licitantes.

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.

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.

3. DA DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA

Analizando o teor do edital epigrafado, pode-se notar é omissa em relação a dotação orçamentária para a contratação fornecimento e instalação de equipamento.

Para tanto, solicita-se esclarecimentos acerca da natureza da despesa que contemple o objeto licitado.

Como prevê a Lei de Licitações (Lei Federal nº 8.666/93) estabelece no inciso III, parágrafo 2º, artigo 7º, que as obras e serviços somente poderão ser licitados quando houve **previsão de recursos orçamentários, in verbis**:

“Art. 7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte seqüência:

(...)

§ 2º As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando:
III - houver **previsão de recursos orçamentários** que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem

executadas no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma;"

Além disso, sem a competente previsão orçamentária, a licitante interessada não tem ciência da forma como será realizada a **emissão de notas fiscais (percentual de fornecimento de equipamentos x percentual de prestação de serviços)**.

Dessa forma, para que o edital se mantenha no plano da legalidade, além de permitir um correto faturamento do preço e emissão de notas fiscais pela empresa contratada, importante se faz, desde logo, a discriminação da dotação orçamentária completa, com a especificação do elemento de despesa previsto para o fornecimento de material.

Nessa situação, requer-se a retificação do edital para que conste do edital as alterações ora apontadas, como medida de resguardo da maior e melhor concorrência e regularidade do certame.

4. DA AFRONTA AO DIREITO DE PROPRIEDADE INTELECTUAL.

O ato convocatório prevê exigência no sentido de assegurar à Contratante o direito de propriedade intelectual sobre os produtos desenvolvidos pelas licitantes, entre outros direitos autorais, conforme disposto no item 12.2.1 do Termo de Referência, *in verbis*:

11.22.1. O direito de propriedade intelectual dos produtos desenvolvidos, inclusive sobre as eventuais adequações e atualizações que vierem a ser realizadas, logo após o recebimento de cada parcela, de forma permanente, permitindo à Contratante distribuir, alterar e utilizar os mesmos sem limitações;

11.22.2. Os direitos autorais da solução, do projeto, de suas especificações técnicas, da documentação produzida e congêneres, e de todos os demais produtos gerados na execução do contrato, inclusive aqueles produzidos por terceiros subcontratados, ficando proibida a sua utilização sem que exista

autorização expressa da Contratante, sob pena de multa, sem prejuízo das sanções civis e penais cabíveis.

Entretanto, senhores julgadores, verifica-se que a exigência, para uma empresa como a impugnante, bem como, provavelmente, as demais fabricantes do setor, não pode ser atendida na forma exigida pelo edital, sob pena de quebra de sigilo de segredo industrial.

Importante ressaltar, que a tecnologia desenvolvida pelo impugnante envolve altíssimos investimentos, tanto em maquinário quanto em recursos humanos, pois os serviços de natureza intelectual destacam-se como aqueles em que a arte e a racionalidade humana são essenciais para a sua satisfatória execução.

Portanto, deve-se levar em consideração a experiência e a perenidade desta impugnante quanto a prestação de serviços do ramo de elevadores, o que pode ser visto como estabilidade no mercado, significando, em tese, satisfação do mercado com

o produto ofertado. Empresas que prestam serviços de qualidade duvidosa ou insatisfatória tendem a fechar suas portas e não cumprir com os contratos firmados.

Outrossim, não faz parte do objeto do contrato o desenvolvimento de produtos, mas tão somente a **MANUTENÇÃO** e **ASSISTÊNCIA TÉCNICA** em **ELEVADORES**. Não há desenvolvimento de soluções específicas para desenvolver um software, por exemplo. Caso assim fosse, o contratante estaria pagando para desenvolver um sistema e não se utilizar de um produto já desenvolvido e aplicado para milhares de outros clientes da contratada.

Quando o edital se utiliza da Instrução Normativa SEGES/MP nº 5, de 25/05/2017, deve dar a esta norma a devida interpretação, pois trata-se de um texto que visa padronizar e orientar a administração e, como instrumento orientador, deve ser aplicado a casos específicos e não a toda e qualquer contratação.

A Lei de Propriedade Industrial garante proteção contra a divulgação, exploração ou utilização de informações ou dados confidenciais utilizáveis na indústria, comércio ou prestação de serviços, obtidos em razão da relação contratual, mesmo após o término do contrato.

No presente caso, o resultado do serviço obtido com o desenvolvimento dos trabalhos da contratada não possui qualquer relação com o objeto do contrato de prestação de serviço em si e, além disso, para sua feitura, não se utilizou a contratada de recursos pontuais, meios, dados, materiais, instalações ou equipamentos do contratante.

Todos os equipamentos que estarão envolvidos em eventual contratação, fazem parte da expertise da contratada, desvinculada do que constará acordado entre as partes. O que está sendo licitado é prestação de serviço de manutenção de elevadores por empresa especializada e não algum desenvolvimento tecnológico.

Quanto a Instrução Normativa Nº 5, de 26 de maio de 2017, no primeiro parágrafo, consta a expressão “**NO QUE COUBER**”, com isso o Legislador deixou evidente que as regras ali contidas só devem ser reproduzidas e exigidas em casos específicos.

Art. 1º As contratações de serviços para a realização de tarefas executivas sob o regime de execução indireta, por órgãos ou entidades da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, observarão, no que couber...”

Já no Art. 14. Os serviços considerados comuns são aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo ato convocatório, por meio de especificações usuais do mercado. Parágrafo único. Independentemente de sua complexidade, os serviços podem ser enquadrados na condição de serviços comuns, desde que atendam aos requisitos dispostos no caput deste artigo. E o ANEXO VII-F da INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 5, DE 26 DE MAIO DE 2017, quando trata da minuta do contrato, não menciona a **OBRIGATORIADADE** de serem utilizados modelos de minutas padronizados convocatórios e contratos da Advocacia-Geral União, MAS menciona a palavra **PREFERENCIALMENTE**, não engessando a Administração.

Inobstante, o item 6.1 da referida Instrução Normativa dispõe que é cabível se fazer constar cláusula/condição específica quanto a questão de propriedade intelectual, mas apenas dependendo da natureza do serviço.

“6. Direitos e obrigações: 6.1. Cláusula que contemple, a depender da natureza do serviço, os seguintes direitos à contratante: a) o direito de propriedade intelectual dos produtos desenvolvidos, inclusive sobre as eventuais adequações e atualizações que vierem a ser realizadas, logo após o recebimento de cada parcela, de forma permanente, permitindo à contratante distribuir, alterar e utilizar estes sem limitações; e b) os direitos autorais da solução, do projeto, de suas especificações técnicas, da documentação produzida e congêneres, e de todos os demais produtos gerados na execução do contrato, inclusive aqueles produzidos por terceiros subcontratados, ficando proibida a sua utilização sem que exista autorização expressa da contratante, sob pena de multa, sem prejuízo das sanções civis e penais cabíveis”.

Portanto, na contratação de serviço de manutenção, não se pode condicionar a transferência do Know-how, que é justamente o conhecimento técnico para a prestação dos serviços, não devendo ceder à administração pública os direitos patrimoniais sobre produtos e soluções gerados durante a execução do contrato.

Por fim, nesse ponto a regra editalícia merece modificação para que não seja afrontado o direito de propriedade intelectual e/ou o segredo industrial das licitantes.

Pelo exposto, requer esta impugnante, se dignem Vossas Senhorias, em acolher as presentes argumentações para determinar as modificações no texto do edital e consequentes pontos nos respectivos anexos, em especial o Termo de Referência, designando nova data para realização do certame.

II. 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.

Termos em que pede e espera deferimento.

São Luís/MA, 01 de Dezembro de 2022.

DocuSigned by:


Marcio Moreno Serejo
Representante legal
TK Elevadores Brasil LTDA