

**ILMO. SENHOR PREGOEIRO DO INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO, CIENCIA E
TECNOLOGIA DO RIO GRANDE DO SUL – CAMPUS FARROUPILHA**

Lic. TKE 017460

**Ref. Pregão Eletrônico nº 30/2022
Processo Administrativo n.º 23364.000112/2022-51**

TK ELEVADORES BRASIL LTDA, pessoa jurídica de direito privado inscrita no CNPJ nº 90.347.840/0044-58, com endereço Rua Marechal Floriano 1413, LJ TERREA, Bairro Centro, CEP 95020-372, 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 20. GARANTIA DA EXECUÇÃO abaixo transcrito.

20.1 A Contratada apresentará, no prazo máximo de 10 (dez) dias úteis, prorrogáveis por igual período, a critério do Contratante, contado da assinatura do contrato, comprovante de prestação de garantia, podendo optar por caução em dinheiro ou títulos da dívida pública, seguro-garantia ou fiança bancária, em valor correspondente a 5 % (cinco por cento) do valor total do contrato, com validade durante a execução do contrato e 90 (noventa) dias após término da vigência contratual, devendo ser renovada a cada prorrogação.

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

DS
al

11/13

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 inexecúvel 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 (20. 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:

ii) Multa de:

(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;

(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;

(3) 0,1% (um décimo por cento) até 15% (quinze por cento) sobre o valor adjudicado, em caso de inexecução total da obrigação assumida;

(4) 0,2% a 3,2% por dia sobre o valor mensal do contrato, conforme detalhamento constante das tabelas 1 e 2, abaixo; e

(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 basilares 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 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 11.22 do Termo de Referência, *in verbis*:

11.22. Assegurar à CONTRATANTE, em conformidade com o previsto no subitem 6.1, "a" e "b", do Anexo VII – F da Instrução Normativa SEGES/MP nº 5, de 25/05/2017:

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 OBRIGATORIEDADE 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.



4. DA EXCLUSIVIDADE DE PARTICIPAÇÃO DE ME E EPP NO CERTAME

O edital reserva exclusivamente o certame para microempresas e empresas de pequeno porte, como mostra a redação que se colaciona no item 4 subitens 4.1.1 e 4.1.2, conforme segue:

4.1.2 Para os grupos 1 e 2 a participação é exclusiva a microempresa e empresas de pequeno porte, nos termos do art.48 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

Diante disso, a TK ELEVADORES BRASIL LTDA, ora impugnante, se encontra impedida de participar da Licitação nos grupos 01 e 02 do Pregão Eletrônico ora em comento, pelo fato de não se enquadrar como ME/EPP.

Destaca-se que o objeto da licitação em referência corresponde a segmento do mercado em que as marcas tradicionais, em sua maioria, não são microempresas ou empresas de pequeno porte. Destarte, as mesmas são somente revendedoras de produtos diversos, adquirindo os mesmos das grandes empresas e agregando custos diversos, tributos, transportes e lucros, durante toda a cadeia comercial até a finalização da venda, **desencadeando a onerosidade excessiva.**

Nesse contexto, a manutenção da exclusividade de participação de ME/EPP pode levar até mesmo à frustração do certame, tendo em vista que se corre o risco de não conseguir fornecer as peças necessárias ao melhor funcionamento e prolongamento da vida útil dos equipamentos pelo preço estimado de referência.

Insta mencionar que a restrição à participação de outras empresas, prevista na Lei Complementar nº 123/2006, não é absoluta, sendo determinado à Administração Pública que deixe de aplicar o mesmo **caso isso importe em prejuízo à esfera pública**, nos seguintes termos:

Art. 49. Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando:

III - o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado;

Uníssono à Lei Complementar nº 123/2006, os dispositivos legais do Decreto nº 8.538/2015, regulamentador do *tratamento favorecido, diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações públicas de bens, serviços e obras, no âmbito da administração pública federal*, os quais foram transcritos abaixo, para melhor entendimento:

Art. 6º Os órgãos e as entidades contratantes deverão realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens ou lotes de licitação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).

Em sequência, o art. 10 dita:

Art. 10. Não se aplica o disposto nos art. 6º ao art. 8º quando:

II – o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e as empresas de pequeno porte **não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou ao complexo do objeto a ser contratado, justificadamente;**

Depreende-se do que explanado que a Lei Complementar nº 123/2006 visa ampliar a participação das ME/EPP nas licitações, todavia, não deseja impor a sua presença elevando a hipossuficiência econômica das mesmas acima do interesse público. Imprescindível, portanto, sopesar os princípios pertinentes ao presente certame e tão caros às licitações, como o da competitividade, da economicidade e da eficiência, buscando-se a perfectibilização do comando legal vislumbrado no artigo 3º da Lei nº 8.666/93, que visa à escolha da “proposta mais vantajosa para a Administração”.

Assim sendo, deve ser **eliminada do edital a condição de participação exclusiva das microempresas e empresas de pequeno porte para os Grupos 01 e 02**, tendo em vista que tal exigência viola os princípios da competitividade, economicidade, eficiência e legalidade, pois acarretará a contratação do objeto licitado com empresa que não poderá, conforme demonstrado, oferecer a **proposta mais vantajosa** à Administração Pública.

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.

Caxias do Sul/RS, 21 de Novembro de 2022.

DocuSigned by:

70EC7A579B734DF...

Representante legal
TK Elevadores Brasil LTDA