

JULGAMENTO IMPUGNAÇÃO

REFERÊNCIA: Concorrência nº 03/2016.

ASSUNTO: Julgamento de Impugnação ao Edital

ÓRGÃO LICITANTE: Câmara Municipal de Para de Minas/MG

IMPUGNANTE: Thyssenkrupp Elevadores S.A

A Câmara Municipal de Pará de Minas, pessoa jurídica de direito público interno, com sede Avenida Presidente Vargas, nº 1935, bairro Senador Valadares no Município de Pará de Minas/MG, por intermédio da Presidente da Comissão de Licitação e em razão da IMPUGNAÇÃO ao Edital de Concorrência nº 03/2016 em epígrafe, proposta por Thyssenkrupp Elevadores S.A, inscrita no CNPJ nº 90.347.840/0030-53, com sede na Avenida Doutor Paulo Japiassu Coelho, 721, Bairro Cascatinha, CEP 36.033-310, Juiz de Fora/MG, por intermédio de seu representante legal, Sr. Marco Túlio Rocha, vem apresentar as suas razões, para, ao final decidir, como segue:

I – RELATÓRIO

Trata-se de impugnação proposta pela empresa Thyssenkrupp Elevadores S.A, na data de 29 de dezembro de 2016, em face do Edital nº 03/2016, modalidade concorrência tipo “menor preço global”, deflagrado pela Câmara Municipal de Pará de Minas/MG, para contratação de empresa especializada para:

a) fornecimento de equipamentos, instalação e implantação de circulação vertical mecanizada através de 03 (três) Elevadores, sendo 01 (um) Elevador de Emergência e 02 (dois) Elevadores Sociais, incluindo a prestação de serviços, projeto executivo, treinamento, aplicativos computacionais necessários à operação.

a) manutenção preventiva e corretiva do objeto da licitação, durante o prazo de garantia assistida de peças, componentes, outros materiais e serviços dos Elevadores pelo período de 12 (doze) meses, tudo conforme Especificação Técnica constante do Termo de Referência, Anexo I deste Edital, no edifício sede da Câmara Municipal de Pará de Minas localizada na Avenida Presidente Vargas, 1.935, bairro Senador Valadares.

Em sua petição, a impugnante aponta, em síntese, as seguintes irregularidades:

A – Da omissão no que tange a responsabilidade por intervenção de terceiros contratados pela Contratante durante o período da contratação e posterior garantia dos equipamentos/serviços, à execução de quaisquer serviços nos equipamentos que compõe o objeto do certame.

B – Que não há especificação sobre o percentual para emissão de notas fiscais de serviços e materiais.

C- Da omissão quanto a admissibilidade de faturamento do material com o CNPJ da matriz.

Diante disso, requer o acolhimento da impugnação, promovendo-se a reforma das irregularidades apontadas.

É o relatório.

II – DA TEMPESTIVIDADE.

Inicialmente, registro que a impugnação do interessado merece ser analisada e processada, considerando que a presente impugnação foi protocolada em 29/12/2016, e que a data de abertura das propostas está programada para 05/01/2017, verifica-se sua tempestividade, à luz do que dispõe o art. 41, § 1º, da Lei Federal nº 8.666/1993 – Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

III- DAS ALEGAÇÕES DA IMPUGNANTE:

01. Da Responsabilidade por Intervenção de Terceiros Contratados pela Administração Licitante.

Alega a empresa impugnante que a Câmara Municipal de Pará de Minas é silente no que tange a responsabilidade por intervenção de terceiros contratados pela Contratante, durante o período da contratação e posterior garantia dos equipamentos/serviços, à execução de quaisquer serviços nos equipamentos que compõem o objeto do certame.

No que diz respeito ao período de contratação e garantia, a impugnante não possui qualquer razão, eis que as normas editalícias, bem como as cláusulas da minuta do contrato que acompanha o edital são cristalinas no sentido de impedir a participação de terceiros estranhos àquele que vier a obter êxito no certame.

Primeiramente vale esclarecer que o edital será julgado pelo critério global, ou seja, os proponentes terão que propor suas condições para os três itens licitados, sob pena de desclassificação, conforme se detecta no preâmbulo do edital:

PREÂMBULO

Alínea A - Identificação do órgão licitante:

ORGÃO LICITANTE: Câmara Municipal de Pará de Minas.
SETOR RESPONSÁVEL: Presidência.

Alínea B – Local para a prática dos atos relacionados à licitação:

SEDE DO ORGÃO LICITANTE: Avenida Presidente Vargas, nº 1935, bairro Senador Valadares no Município de Pará de Minas/MG.

Alínea C – Detalhes sobre a natureza da licitação:

- c.1) MODALIDADE: Concorrência.
- c.2) TIPO: menor preço.
- c.3) JULGAMENTO: global.
- c.4) EXECUÇÃO: empreitada por preço unitário.

Dentre outros fatores a serem observados, a subcontratação total ou parcial do objeto licitado, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação devem estar previstas no edital e no contrato, o que configuraria a participação de terceiros. Ocorre que não se encontra previsão editalícia para tanto e na minuta do contrato está vedada tal possibilidade, conforme cláusula 10, veja-se:

“10. CESSÃO DO CONTRATO E SUBCONTRATAÇÃO

1.1 A CONTRATADA não poderá, a título algum, ceder o objeto do presente Contrato.

1.2.A CONTRATADA não poderá subcontratar a execução de serviços específicos da instalação dos Elevadores.

1.3.Não se considera subcontratação a aquisição de materiais ou a locação de equipamentos.

1.4.A CONTRATADA será responsável, nos exatos termos previstos neste Contrato – particularmente nas duas cláusulas anteriores – por serviço, material, equipamento ou profissional alocado à instalação dos 03 (três) Elevadores.”

Desta feita, a empresa não poderá subcontratar outra empresa conforme dito pela impugnante, vez que ao contrário alegado pela mesma, a execução de todo o serviço será feito pela empresa contratada, durante a execução do contrato.

Portanto, não cabe ao órgão público descrever de maneira detalhada conforme sugerido pela empresa impugnante sobre a não possibilidade de subcontratação quando se tratar de serviço de engenharia e outros, tendo em vista que somente precisaria estar disposto no edital, caso fosse permitido, o que não ficou disposto, vez que está vedada. Neste sentido, verifica-se a decisão do Tribunal de Contas da União:

“Acórdão TCU nº 3378/2012-Plenário: A subcontratação parcial de obra, serviço ou fornecimento de bens só deve ser implementada quando houver sido prevista no edital da licitação e no respectivo contrato. É possível admiti-la sem que estejam presentes tais requisitos, em caráter

excepcional, quando restar demonstrada a ocorrência de fato superveniente que a torne conveniente para a Administração.”

Além do mais, nos termos da Lei de Licitações e Contratos, constitui motivo para rescisão do contrato a subcontratação não permitida no edital:

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato: (...)

VI - a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato; (grifamos)

Sobre a alegação da impugnante, no que se refere a argumentação quanto a necessidade de dispor no edital sobre a execução do serviço no período posterior a garantia dos equipamentos, tal premissa não procede, por não ser objeto da presente licitação, eis que certamente será realizado novo procedimento para execução do serviço, caso seja necessário.

02. Da Omissão Quanto a Admissibilidade de Faturamento do Material com CNPJ da Matriz

A empresa impugnante argumentou quanto a este tópico, em síntese, que não foi disposto no edital a impossibilidade ou possibilidade a respeito da troca de CNPJ quando houver a participação de filial e no decorrer da execução contratual houver faturamento pela matriz, considerando tratar-se da mesma pessoa jurídica.

Como exposto na impugnação, de fato, a alteração em exame não provoca repercussão no campo da personalidade contratual, tampouco caracteriza subcontratação, visto que a pessoa contratada não se modifica. Os CNPJ's diferenciados da matriz e da filial possuem, na verdade, uma finalidade tributária, não se trata de pessoas jurídicas distintas, mais apenas de estabelecimentos diversos para fins tributários. A pessoa jurídica continua sendo uma só. Corroborando com este entendimento a empresa impugnante referiu-se sobre o Acórdão do Tribunal de Contas da União nº. 3.056/2008, o qual tratou com proficiência o assunto, destacando em resumo que matriz e filial não são pessoas jurídicas distintas e que a filial pratica atos que tem validade no campo jurídico e obrigam a organização como um todo.

Portanto, entende-se possível ser objeto pactuado por uma filial executado pela matriz, eis que juridicamente são partes de um mesmo estabelecimento, embora o ordinário traduz que o contratado execute o contrato pela unidade empresarial que participou do certame.

Desta forma, tanto a matriz, quanto a filial, podem participar de licitação e uma ou outra podem executar o objeto, haja vista tratar-se da mesma pessoa

jurídica. Atente-se, todavia, para a regularidade fiscal da empresa que executará o objeto do contrato, a fim de verificar a cumprimento dos requisitos de habilitação.

Da mesma forma, também o Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou sobre o tema, conforme se verifica da ementa do julgado abaixo:

“MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. HABILITAÇÃO SOMENTE DA MATRIZ. REALIZAÇÃO DO CONTRATO POR FILIAL. IMPOSSIBILIDADE. ARTIGO 29, II E III, DA LEI DE LICITAÇÕES MATÉRIA FISCAL. DOMICÍLIO TRIBUTÁRIO. ARTIGO 127, II, CTN. I - Constatado que a filial da empresa ora interessada é que cumprirá o objeto do certame licitatório, é de se exigir a comprovação de sua regularidade fiscal, não bastando somente a da matriz, o que inviabiliza sua contratação pelo Estado. Entendimento do artigo 29, incisos II e III, da Lei de Licitações, uma vez que a questão nele disposta é de natureza fiscal. II - O domicílio tributário das pessoas jurídicas de direito privado, em relação aos atos ou fatos que dão origem à obrigação, é o de cada estabelecimento - artigo 127, II, do Código Tributário Nacional. III - Recurso improvido.” (STJ, REsp 900.604/RN, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/03/2007, DJ 16/04/2007 p. 178 – grifou-se)

Dos precedentes jurisprudenciais colacionados depreende-se, pois, a importância da comprovação da regularidade fiscal tanto da matriz como da filial que executar o contrato. Por isso, sendo a filial a executora, deverá ser verificada também a sua regularidade fiscal, e não somente a da matriz. Em suma, com base nas considerações retro expostas, entende-se pela possibilidade de substituição do CNPJ da matriz pelo da filial da empresa contratada, por meio de alteração contratual fundada no inciso I do art. 58 da Lei nº 8.666/93. Nesses casos, porém, incumbirá sempre à Administração analisar se tal alteração repercutirá também na esfera tributária, implicando eventualmente a necessidade de revisão dos valores ajustados, bem como proceder à verificação da regularidade fiscal tanto da matriz quanto da filial antes de efetuar cada pagamento.

No mesmo sentido é a obra de Marçal Justen Filho¹:

“... se o sujeito se sagrar vencedor e vier a ser contratado, deverá necessariamente executar a prestação contratual por meio da unidade empresarial cuja regularidade fiscal foi comprovada na licitação. Se, porventura, o sujeito pretender executar a prestação por meio de outra unidade empresarial, deverá comunicar previamente essa circunstância à Administração, comprovando que a unidade substituta se encontra em situação regular”.

As regras editalícias coíbem a mesclagem de documentação de empresas associadas, fundidas, incorporadas ou separadas e no que tange a documentação da matriz e filial, as regras são claras considerando aceitas mediante prévia comunicação e a devida regularidade fiscal durante a execução do contrato poderá haver a substituição do CNPJ da unidade executora. Veja a regra do edital:

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Dialética: 15ª edição, pág. 483

“2.8 – Não será permitida a mesclagem de documentos, mesmo que se refiram a documentos entre:

- a) empresas associadas;
- b) empresas fundidas, incorporadas ou separadas.

2.8.1 – Entre matriz e filial, em se tratando de filial , os documentos de habilitação jurídica e regularidade fiscal deverão estar em nome da filial , exceto aqueles que pela própria natureza são emitidos somente em nome da matriz.

2.8.1.1 – Durante a execução contratual , considerando que matriz e filial são a mesma pessoa jurídica, havendo prévia comunicação e a devida comprovação de regularidade fiscal poderá haver substituição do CNPJ da unidade executora” .

Por fim, atesto ser possível a participação de outra unidade empresarial da mesma pessoa jurídica durante a execução do certame, desde que a unidade executora mantenha, como a licitante, durante toda a execução contratual, sua regularidade fiscal.

03. Dos Percentuais de Faturamento.

Alega a impugnante ser irregular a não especificação na dotação orçamentária sobre o percentual para materiais e percentual de serviço.

Quanto a este apontamento calha salientar que a instalação dos elevadores é classificada pelas normas de contabilidade pública como obras e instalações. Verifica-se que no item do edital que descreve a dotação orçamentária esta está prevista na Lei 4.320/64 para despesas desta natureza, assim independe se será emitida nota fiscal de material ou de serviços será empenhada como medições de um único objeto que é a aquisição dos elevadores.

O licitante neste caso deve-se ater à sua eventual proposta, posto que conforme se verifica no Anexo VI – Modelo de Proposta Comercial, o próprio licitante deverá efetuar a divisão entre materiais e serviços diante de suas condições.

- a) 01.01.01.031.0001-3.001 PROSEGUIMENTO DA CONSTRUÇÃO DA SEDE DA CÂMARA MUNICIPAL -44.90.51.00-01 Obras e Instalações (referente aos elevadores instalados)

No entanto , apenas como efeito de norteamto , informamos que do preço balizado , obtido da média ponderada dos orçamentos colhidos e acostados ao processo licitatório , no montante de R\$ 513.466,60 (quinhentos e treze mil, quatrocentos e sessenta e seis reais e sessenta centavos), data-base julho de 2016, são estimados R\$ 342.311,07 (trezentos e quarenta e dois mil trezentos e onze reais e sete centavos) para materiais e R\$ 171.155,53 (cento e setenta e um mil , cento e cinqüenta e cinco reais e cinqüenta e três centavos) para serviços .

Já a dotação para eventuais serviços de manutenção, conservação, reparos e consertos dos elevadores serão classificados como outros serviços de terceiros – pessoa jurídica e materiais de consumo (se houver a substituição e/ou troca de materiais) durante o período de manutenção e este só acontecerá após a entrega e instalação definitiva.

b) 01.01.01.031.0003-4021 MANUTENÇÃO CONSERVAÇÃO, REPAROS, CONSERTOS, ADAPTAÇÕES DA SEDE DA CÂMARA - 33.90.30.00.52 e 33.90.39.00.54 (referente aos serviços de materiais utilizados na manutenção preventiva e corretiva após a instalação dos elevadores conforme objeto).

Não cabe a impugnante querer classificar despesas contábeis do ente público, sendo que tal fato é feito estritamente baseado em normas específicas vinculantes.

IV – DA DECISÃO.

Diante das razões e fundamentos jurídicos expostos, a impugnação deve ser integralmente rejeitada, posto que o edital permanecerá com seus exatos termos.

É a decisão.

Pará de Minas /MG, 02 de janeiro de 2017.

Danielle Souza Alves
Presidente Comissão de Licitação.