

RESPOSTA A IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

PROCESSO Nº: 620/2020

REFERÊNCIA: PREGÃO ELETRÔNICO Nº 006/2020

OBJETO: CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA PARA ADEQUAÇÃO DA INFRAESTRUTURA PREDIAL, FORNECIMENTO, INSTALAÇÃO E MANUTENÇÃO DE 01 (UMA) PLATAFORMA CABINADA NA SEDE DA EMAP.

I. DAS PRELIMINARES:

1. Impugnação interposta tempestivamente pela empresa THYSSENKRUPP ELEVADORES S.A.

II. DAS RAZÕES DA IMPUGNAÇÃO

2. A empresa impugnante contesta, especificamente, (A) Que o edital prevê que a contratada deverá apresentar garantia contratual em até 10(dez) dias úteis, a contar da assinatura do contrato, requerendo que o prazo seja “retificado” para 30(trinta) dias; (B) A impugnante entende que o ato convocatório foi silente em relação à responsabilidade por intervenção de terceiros no contrato, à vista da responsabilidade técnica sobre os equipamentos a serem adquiridos, requerendo que conste a proibição de contratação/permissão de outra empresa para efetuar qualquer tipo de serviço relacionado à engenharia dos equipamentos licitados, bem como a retirada ou colocação de peças sem a expressa autorização da contratada; (C) Entendeu a impugnante que o ato convocatório foi omissivo quanto à admissibilidade de faturamento do material com CNPJ da matriz. Estes foram os pontos atacados, os quais não merecem prosperar pelas seguintes razões:



A - DA GARANTIA CONTRATUAL

O prazo estabelecido no edital, de 10(dez) dias, para apresentação da garantia contratual é o prazo comum estipulado em todos os editais que empresa pública utiliza, que vão desde pequenas aquisições até obras de engenharia de grande vulto.

O que o dia a dia tem mostrado é que em raríssimas exceções este prazo não pode ser cumprido, oportunidade em que a contratada comunica os motivos e ao ensejo já solicita uma dilação de prazo para sua apresentação. Isso porque, a partir da homologação, a empresa que será contratada já poderá agilizar os trâmites necessários para a obtenção da garantia e, não sendo possível o seu cumprimento solicita ao setor responsável pela contratação, GECOC, a dilação de prazo para apresentação do documento.

Dessa forma, não há razão para aumento do prazo para apresentação da garantia contratual, conforme impugnação apresentada.

B - DA RESPONSABILIDADE POR INTERVENÇÃO DE TERCEIROS

Diversamente do entendimento do impugnante, o ato convocatório não foi silente em relação à responsabilidade por intervenção de terceiros na execução do objeto do contrato.

Muito claro está que o objeto da LRE nº 006/2020 - -EMAP é a contratação de empresa especializada para adequação da infraestrutura predial, fornecimento, instalação e manutenção de 01 (uma plataforma) cabinada para sua sede.

O item 04 do certame autoriza a subcontratação de 1 a 25% do valor total licitado, devendo a subcontratada indicar e qualificar na proposta de preços a descrição dos bens e serviços a serem fornecidos, havendo a menção no item 23 do termo de referência que a subcontratação será apenas em relação aos itens acessórios.

Ademais, o item 11.1.6 do contrato especifica que constitui motivo para a rescisão contratual a subcontratação total ou parcial **do seu objeto**, a associação do contratado com outrem, a cessão ou a transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação não admitidas no edital ou neste contrato. Oportuno esclarecer que apenas os serviços acessórios, na margem, constante no item 4 do edital, qual seja, de 1 a 25% poderão ser contratados por terceiros.



Por ser o fornecimento da plataforma cabinada, a instalação e a sua manutenção serviços considerados como essenciais, estes não poderão ser assumidos por terceiros, não havendo a menor possibilidade de uma empresa, que não a vencedora do contrato, a fornecer peças ou serviços para o equipamento, por serem estes serviços, considerados, repita-se, como principais e não acessórios.

Pelas razões aqui expostas, não prosperam os argumentos da impugnante.

3 – DA INEXISTENCIA DE OMISSÃO QUANTO À ADMISSIBILIDADE DE FATURAMENTO DO MATERIAL COM O CNPJ DA MATRIZ

Mais uma vez não assiste razão à Impugnante ao entender que o ato convocatório não dispôs sobre a possibilidade ou vedação de faturamento do material com o CNPJ da matriz quando da participação de filial da empresa no certame. O item 8.17 do edital é bem claro ao estabelecer que:

8.17 Todos os documentos deverão estar em nome da licitante. Se a licitante for matriz, os documentos deverão estar com o número do CNPJ da matriz. Se for filial, os documentos deverão estar com o número do CNPJ da filial, salvo aqueles que, por sua natureza, comprovadamente, são emitidos em nome da matriz.

Embora a diferenciação entre os estabelecimentos de uma mesma pessoa jurídica se restrinja, a rigor, ao campo do Direito Tributário/Fiscal, e que ganhou reforço com o Voto do Min. Sub. Marcos Bemquerer Costa, no Acórdão nº 1593/2019 – Plenário, ao esclarecer que, “Em termos práticos e guardando as devidas proporções, **da mesma forma que a distinção entre ‘matriz’ e ‘filial’ só tem sentido para fins tributários (responsabilidade tributária)**, a distinção entre a personalidade jurídica da sociedade empresária e a pessoa física do sócio administrador só tem relevância sob a ótica patrimonial (responsabilidade civil).”

E essa mesma lógica deve ser aplicada no âmbito dos contratos administrativos. Logo, quando um dos estabelecimentos que constituem a pessoa jurídica participa da etapa pré-contratual, todos os demais que a integram estão aptos a executar as obrigações contratuais. Todavia, para que seja legítima a execução do contrato por estabelecimento diverso daquele que participou da etapa pré-contratual, é necessário observar dois requisitos:



a) a regularidade fiscal deve ser comprovada em relação àquele que executou o contrato, tendo em vista que esse aspecto é analisado em relação a cada estabelecimento (justamente pela independência tributária existente);

b) além disso, apesar de matriz e filial comporem uma mesma pessoa jurídica, **a emissão da nota fiscal deve levar em conta o estabelecimento que efetivamente executa o contrato**, uma vez que tais aspectos são de natureza fiscal/tributária, campos em que há peculiaridades distintas para cada estabelecimento empresarial.

Assim, para que seja possível um outro estabelecimento da pessoa jurídica assumir a obrigação decorrente do ajuste, também esse estabelecimento deverá comprovar que sua situação fiscal é regular. Veja excerto referente ao Acórdão nº 3442/2013 – Plenário, TCU:

“40. Convém destacar que, no âmbito de qualquer licitação pública, a fase de habilitação implica apurar a idoneidade e a capacitação de um licitante para contratar com a Administração Pública. Essa apuração é realizada com base na documentação apresentada pela empresa que efetivamente irá executar o objeto licitado. Isso implica dizer que, se uma determinada empresa é organizada sob a forma de uma matriz e diversas filiais, existe uma regra de apresentação da documentação de habilitação. **Se for a própria matriz quem irá executar o objeto licitado, toda a documentação de habilitação a ser apresentada deverá ser expedida em nome da matriz. Por outro lado, se for uma das filiais quem irá efetivamente se obrigar perante a Administração, toda a documentação de habilitação deverá ser encaminhada em nome dessa filial.** Esse entendimento está presente no Relatório e Voto dos Acórdãos 1923/2003 – TCU – 1ª Câmara e 652/2007 – TCU – Plenário. Assim, os mencionados atestados não poderiam ser considerados.” (Destacamos.)

A orientação acima, parte do conhecimento, já no certame, relativamente ao estabelecimento que efetivamente executaria o objeto. Contudo, é possível que, celebrado o ajuste, por fatores supervenientes, a contratada venha propor a execução do objeto por uma de suas filiais. Na medida em que compreendem estabelecimentos distintos de uma mesma pessoa jurídica, nada impediria assim autorizar, **desde que se certifique em torno da manutenção da regularidade fiscal,**



que o estabelecimento cumpra as exigências que não tomam em consideração a pessoa jurídica como um todo e sim o estabelecimento em si.

No Acórdão nº 1963/2018 – Plenário, o TCU avaliou a questão sob a perspectiva da previsão editalícia específica sobre a necessidade de a nota fiscal ser emitida por estabelecimento com o mesmo CNPJ daquele que acudiu ao certame. E, ainda assim, o **Ministro Relator ressalta a inexistência de ilegalidade na substituição da matriz pela filial, apontando apenas que, no caso específico analisado, a questão ensejaria ofensa à vinculação ao instrumento convocatório:**

“REPRESENTAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO. CONTRATAÇÃO DE SISTEMA ERP SAP. METODOLOGIA DE IMPLANTAÇÃO CONTRÁRIA À RECOMENDAÇÃO DO FABRICANTE. IMPRECISÃO DO OBJETO. RESTRIÇÃO DA COMPETITIVIDADE. SESSÃO DE ABERTURA SEM PRÉVIA DECISÃO SOBRE IMPUGNAÇÃO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE. TROCA DE CNPJ DA ADJUDICATÁRIA COM O CNPJ DA CONTRATADA. VIOLAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. PROCEDÊNCIA PARCIAL. AUDIÊNCIA. CIÊNCIA.

(...)

[Voto]

38. Referente à troca de CNPJ na contratação do licitante vencedor (item 2.10), assim dispõe o edital do certame:

‘3.4 – O Licitante poderá participar do procedimento licitatório por intermédio de sua matriz/sede ou filial, desde que cumpra as condições exigidas para cadastramento no SICAF, em relação ao estabelecimento com o qual pretenda participar do certame, observado o disposto no item 9.7, da Minuta do Contrato, Anexo III do Edital.

3.4.1 – O CNPJ do estabelecimento que participar do certame, matriz/sede ou filial, deverá ser o mesmo a constar no contrato com a ELETROBRAS e nas Notas Fiscais/Faturas emitidas, quando do fornecimento ou execução dos serviços contratados. Dessa forma, não será admitida a emissão de Notas Fiscais/Faturas por CNPJ de estabelecimento diverso daquele participante da Licitação.’



39. Diante disso, não há dúvida de que a troca da empresa que efetivamente participou do certame (matriz) pela empresa efetivamente contratada (filial) foi irregular. **Todavia, há que se ter em conta que: (i) é permitida a execução do contrato com a filial em contrato assinado pela matriz, desde que comprovada a regularidade fiscal da executante (Acórdão 3.056/2008-TCU-Plenário, Relator Min. Benjamin Zymler); (ii) houve a comprovação da regularidade fiscal da filial e (iii) a contratação da filial resultou em economia de cerca de R\$ 4 milhões aos cofres públicos.**

40. Nesse contexto, julgo que **o Tribunal, no caso em questão, não deve se encerrar em uma interpretação por demais restritiva do sentido da norma ou mesmo do edital, podendo invocar, como razão para o tratamento dessa questão, o interesse público, a exemplo do brilhante Voto proferido pelo eminente Ministro Walton Alencar Rodrigues para o Acórdão 1.758/2003 – Plenário:**

‘Ressalto, preliminarmente, que o edital não constitui um fim em si mesmo. Trata-se de instrumento para a consecução das finalidades do certame licitatório, que são assegurar a contratação da proposta mais vantajosa e a igualdade de oportunidade de participação dos interessados, nos precisos termos do art. 3º, caput, da Lei 8.666/1993.

Assim, a interpretação e aplicação das regras nele estabelecidas deve sempre ter por norte o atingimento das finalidades da licitação, evitando-se o apego a formalismos exagerados, irrelevantes ou desarrazoados, que não contribuem para esse desiderato.’ (grifos nossos)

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. Tal verificação deverá ser feita quando da fase licitatória para apresentação dos documentos.

Ante o exposto esta GECOC decide por acatar a presente peça por tempestiva, para, no mérito indeferir a impugnação apresentada, mantendo-se inalteradas as cláusulas editalícias.

São Luis, 01 de setembro de 2020.



FLÁVIA ALEXSANDRA NOLETO DE MIRANDA CARVALHO
GERENTE DE COMPRAS E CONTRATOS
MAT:3115

