

JULGAMENTO DE IMPUGNAÇÃO

PROCESSO DE CONTRATAÇÃO Nº 002/2024

OBJETO: Contratação de empresa especializada para fornecer serviços de operação logística em um Centro de Distribuição, com o propósito de centralizar o recebimento, armazenamento e distribuição dos estoques e também a operação distribuição interna dos almoxarifados e farmácias das unidades hospitalares e demais unidades de saúde do Complexo de Saúde São Bernardo do Campo.

Por determinação do art.10 do regulamento de compras do Complexo de Saúde de São Bernardo do Campo, este Departamento jurídico vem em razão da IMPUGNAÇÃO contra o edital/Ato Convocatório, apresentado por QUICK DELIVERY BRASÍLIA ENTREGAS RÁPIDAS DE ENCOMENDAS LTDA., inscrita no CNPJ sob nº 08.296.144/0001-49, apresentar as suas razões, para ao final, decidir como segue:

I – RELATÓRIO:

Trata-se de análise e julgamento da impugnação administrativa em epígrafe, objetivando (i) sanar eventuais contradições entre as disposições 11.7 do Ato Convocatório e 20.6 e 25.1.2 da Minuta Contratual, (ii) eventual falta de clareza na forma e a partir de que momento ocorrerá os pagamentos, e, (iii) eventual previsão de multas abusivas.

II – DA TEMPESTIVIDADE:

Destaca-se que a impugnação foi recebida no dia 10 de janeiro de 2024.

Ato contínuo, foi solicitada a manifestação da área técnica para então dar subsídios ao presente julgamento, motivo pelo qual o processo encontra-se suspenso desde 10/01/2024.

Portanto, dentro dos ditames impostos pelo Capítulo 7.1 – Da Impugnação ao Ato Convocatório/Minuta Contratual, conforme segue:



JULGAMENTO DE IMPUGNAÇÃO

7. DAS IMPUGNAÇÕES E RECURSOS

7.1. DA IMPUGNAÇÃO AO ATO CONVOCATÓRIO/MINUTA CONTRATUAL:

7.1.1. A empresa poderá impugnar os termos do presente documento até 02 (dois) dias antes da data máxima para resposta (apresentação de propostas), devendo a impugnação ser encaminhada para a autoridade máxima da unidade, que analisará a aplicação do efeito suspensivo, ou não, do processo.

7.1.1.1. Eventual interposição de impugnação não incidirá, automaticamente, efeito suspensivo ao presente Processo, salvo pedido expresso com respectivo deferimento pela CONTRATANTE.

7.1.2. Terão legitimidade para a apresentação das impugnações, os representantes legais da empresa e/ou aqueles indicados em procuração específica.

7.1.3. Eventuais impugnações deverão ser formalizados em papel timbrado da empresa e protocolados fisicamente no Departamento de Compras e Contratos da Fundação do ABC - Complexo de Saúde São Bernardo do Campo, nos prazos estipulados nas cláusulas 7.1.1 e serão encaminhadas pelo setor de compras ao Departamento jurídico, que na forma do art. 10 do regulamento de compras é competente para o seu julgamento.

7.1.4. As decisões em relação as impugnações serão realizadas publicadas no site da Fundação do ABC (www.fuabc.org.br), bem como serão enviadas para todas as empresas participantes do processo.

III – DO JULGAMENTO: DO REAJUSTE – CONTRADIÇÃO ENTRE AS DISPOSIÇÕES EDITALÍCIAS

Alega o impugnante que se faz necessária a retificação do Ato Convocatório para que sejam reformadas as disposições da cláusula 11.7 do Ato e 20.6 da Minuta Contratual, visto que as mesmas dispõem do pagamento com preço irrealizável.

Além disso, é invocada provável contradição nas disposições do Ato, visto que na cláusula 25.1.2 da Minuta Contratual está prevista a possibilidade de reajuste com base no índice IGP-M a cada período de 12 (doze) meses.

Sobre o tema se faz preciso elucidar que as menções de eventuais preços irrealizáveis estão preceituadas na cláusula 11.7 do Ato e 20.6 da Minuta Contratual, sendo:

“11.7. A CONTRATANTE compromete-se em pagar o preço irrealizável constante da proposta da CONTRATADA, desde que não ocorram atrasos e/ou paralisação dos repasses pela Prefeitura Municipal de São Bernardo do Campo para a CONTRATANTE, relativo ao custeio do objeto do Contrato de Gestão SS n° 001/2022.

20.6. A CONTRATANTE compromete-se em pagar o preço irrealizável constante da proposta da CONTRATADA, desde que não ocorram atrasos e/ou paralisação dos repasses pela Prefeitura Municipal de São Bernardo do Campo



JULGAMENTO DE IMPUGNAÇÃO

para a CONTRATANTE, relativo ao custeio do objeto do Contrato de Gestão SS n° 001/2022. “

Nesse sentido, acreditamos que houve um equívoco na interpretação da empresa ora impugnante, uma vez que em uma simples leitura literal é possível verificar que a menção de eventual pagamento com preço irrajustável, somente é aplicável em eventuais atrasos e/ou paralisações nos repasses realizados pela Prefeitura.

Como é de conhecimento geral, o Complexo de Saúde São Bernardo do Campo é uma Mantida da Fundação do ABC, sendo que todo o seu escopo e desenvolvimento de atividades é financiado pela Prefeitura de São Bernardo do Campo no bojo do Contrato de Gestão.

Nesse sentido, preceitua o §6º do artigo 51 do Regulamento de Compras e Contratação, sendo:

“§ 6º Os contratos firmados pelas Unidades da FUABC deverão conter cláusula de ciência ao contratado de que os serviços prestados são decorrentes da celebração de contrato de gestão entre a Fundação do ABC e o poder público, sendo a Unidade de saúde de propriedade do ente público contratante, bem como informando que a fonte de recurso para pagamento dos mesmos decorrerá do repasse do ente público contratante e, em razão de atraso dos repasses pelo poder público, a Fundação poderá suspender os pagamentos até que sejam reestabelecidos os repasses.” Grifo nossos.

Desta forma, as disposições das cláusulas supramencionadas apenas elucidam a empresa contratante que os pagamentos a serem realizados pela prestação de serviços advém dos repasses recebidos da prefeitura, bem como alertam que em eventuais atrasos e/ ou paralisações dos referidos repasses, o Complexo de Saúde se compromete a pagar o preço pactuado entre as partes, não sendo previsto nenhum tipo de pagamento indenizatório como por exemplo juros de mora.

Por fim, ressalta-se que as disposições que preveem eventuais reajuste e modificações nos preços pactuados, como às cláusulas 25.1.2 e 21.2 da Minuta Contratual se



JULGAMENTO DE IMPUGNAÇÃO

mantém, sendo que conforme elencados pela própria impugnante eventualmente os contratos em sua vigência podem demandar reajustes, repactuações (acréscimos e supressões), entre outros.

IV – DO JULGAMENTO: DO PAGAMENTO – FALTA DE CLAREZA DE QUE FORMA SERÁ PAGO E A PARTIR DE QUE MOMENTO

Alega o impugnante que o Ato Convocatório deve ser reformado visto que em sua atual forma de precificação não há como identificar a volumetria e quantidade dos serviços necessários para a implementação dos serviços a serem executados.

Além disso, solicita a impugnante que o Ato seja retificado afim de que seja especificado claramente a partir de que momento a contratada fará jus a remuneração pelos serviços prestados.

Sobre o tema, conforme elencado pelo departamento jurídico o ideal é o detalhamento da composição dos serviços no maior grau possível.

Todavia, dependo da pratica de mercado ou da motivação explicitada quanto a inviabilidade de pormenorização da precificação a mesma poderia não ser tão detalhada.

Vejamos abaixo julgado neste sentido:

“(...)elaborar orçamentos estimados em planilhas de quantitativos e de preços unitários quando do lançamento das licitações, a fim de balizar o julgamento das propostas com os preços vigentes no mercado e de possibilitar a seleção da proposta mais vantajosa, de acordo com o art. 2º do Regulamento de Licitações da entidade, **somente dispensando-a, motivadamente, naquelas contratações em que a natureza do seu objeto torne inviável ou desnecessário tal detalhamento;** (TCU, Acórdão nº 1.750/2014, Plenário, grifamos.)”

Nessa toada, diante da manifestação técnica verifica-se que a mesma alega que os prazos de pagamentos estão consoantes a implementação prevista na cláusula 16.2 da Minuta Contratual, sendo que a empresa Contratada deve ser adequar e remanejar seus valores para cumpri-la.



JULGAMENTO DE IMPUGNAÇÃO

Desta forma, sobre o tema, razão assiste a impugnante, sendo necessária a avaliação pela área competente da eventual necessidade de readequação na forma precificação.

V – DO JULGAMENTO: DA PREVISÃO DE MULTAS ABUSIVAS

Alega o impugnante que as multas previstas na cláusula 10.2 do Ato Convocatório e 19.2 da Minuta Contratual contem quantitativos abusivos não sendo possível atribuir corretas dosimetrias das penalidades em eventuais descumprimentos contratuais, bem como solicitada a retificação do quantitativo para o percentual de 2% sobre o valor total do contrato.

Sobre o tema, é preciso ressaltar que o Regulamento de Compras e Contratação não é tão específico determinando o percentual que deve ser utilizado, porém o mesmo preceitua que é preciso definir penalidades em caso de eventuais descumprimentos, bem como define que cada parte responderá pelas consequências de sua inexecução total ou parcial, conforme o §4º do artigo 51 e artigo 46 do referido Regulamento, sendo:

“§ 4º Os contratos firmados com a Fundação do ABC e suas Unidades deverão conter cláusulas que indiquem, necessariamente, o seu objeto, com a especificação da obra, serviço ou fornecimento, conforme o caso, o preço ajustado, o prazo de execução e do contrato, as garantias e penalidades em caso de descumprimento das obrigações, além de outras condições pertinentes à natureza da operação em questão, sem prejuízo de demais cláusulas necessárias para expressar os direitos e obrigações das partes contratantes.

Art. 46. O contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas deste instrumento, e cada parte responderá pelas consequências de sua inexecução total ou parcial. “Grifo nossos.

Posto isso, é entendimento pacífico de que a aplicação de sanção de multa deve ser compatível com a infração cometida, sendo que no Ato Convocatório em tela a Instituição



JULGAMENTO DE IMPUGNAÇÃO

em sua elaboração considerou a importância do serviço do escopo contratual, e, desta forma, considerou compatível a dosimetria de 10% em caso de descumprimento parcial calculada sobre o valor mensal e 20% em caso de descumprimento total calculada sobre o valor total do contrato.

Sobre o tema, MARÇAL JUSTEN FILHO ensina que: Ainda que se insista acerca da legalidade e da ausência de discricionariedade, é pacífico que o sancionamento ao infrator deve ser compatível com a gravidade e a reprovabilidade da infração. [...] Então, o instrumento jurídico fundamental para elaboração de uma teoria quanto às sanções atinentes à contratação administrativa reside na proporcionalidade. (Comentários à lei de licitações e contratos administrativos, 17ª ed., São Paulo: RT, 2016, p. 1.342-1.343)

Ainda, especificamente com relação à multa contratual, o art. 413 do Código Civil dispõe que “A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio”. Embora esse dispositivo legal tenha sido concebido no âmbito das relações contratuais privadas, ele revela a preocupação inequívoca do legislador com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito contratual.

Por fim, o artigo 55 do Regulamento de Compras e Contratação define que subsidiariamente é preciso observar o disposto na Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

Posto isso, a Nova Lei de Licitações, disciplina os parâmetros mínimo e máximo para fixação das multas previsto no § 3º do art. 156 da Lei nº 14.133/2021.

Nesses casos pode-se considerar que a Lei nº 14.133/2021 define a base de cálculo a ser considerada para cálculo da multa:

“Art. 156. (...).

§ 3º A sanção prevista no inciso II do caput deste artigo, calculada na forma do edital ou do contrato, não poderá ser inferior a 0,5% (cinco décimos por cento) nem superior a 30% (trinta por cento) do valor do contrato licitado ou



JULGAMENTO DE IMPUGNAÇÃO

celebrado com contratação direta e será aplicada ao responsável por qualquer das infrações administrativas previstas no art. 155 desta Lei.” Grifos nossos.

Diante de todo o exposto, não há o que se falar em reforma das disposições constantes no Ato Convocatório e na Minuta Contratual no que tange aos quantitativos de eventuais multas compensatórias.

VI – DECISÃO:

Diante do exposto, de forma preliminar, conheço da impugnação, e, no mérito, julgo **PARCIALMENTE PROCEDENTE**, por entender que (i) não há contradições entre as disposições 11.7 do Ato Convocatório e 20.6 e 25.1.2 da Minuta Contratual, (ii) é necessário a avaliação pela área competente da eventual necessidade de readequação da precificação, e, (iii) não há cláusulas abusivas nas disposições das cláusulas 10.2 do Ato Convocatório e 19.2 da Minuta Contratual.

Destaca-se, ainda, que a presente decisão se encontra embasada nos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, do julgamento objetivo, bem como com os ditames do Regulamento de Compras e Contratação de Serviços de Terceiros e Obras, além do Ato Convocatório do processo 002/2024, sendo, portanto, respeitadas as normas que regem a modalidade em comento.

É como decido.

São Bernardo do Campo, 05 de fevereiro de 2024.



Mariana Nascimento Sousa

Advogada