

RESPOSTA AO PEDIDO DE IMPUGNAÇÃO



SOLICITANTE: DB3 SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES S.A

OBJETO: REGISTRO DE PREÇO VISANDO EVENTUAL E FUTURA AQUISIÇÃO DE EQUIPAMENTOS PARA VÍDEO MONITORAMENTO POR CÂMERAS, E SERVIÇOS DE INSTALAÇÃO E ASSISTÊNCIA TÉCNICA PREVENTIVA E CORRETIVA DOS EQUIPAMENTOS, PARA SUPRIR AS NECESSIDADES DA SECRETARIA DE SAÚDE DO MUNICÍPIO DE CARIRÉ-CE, CONFORME ESPECIFICAÇÕES DO TERMO DE REFERÊNCIA ANEXO AO EDITAL.

TOMADA DE PREÇOS Nº 006/2024/SMS-PE

1 – DA SOLICITAÇÃO:

A empresa **DB3 SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES S.A.** apresentou peça impugnatória a empresa acima mencionada, onde dissente basicamente dos seguintes mandamentos editalícios:

- a) Que a vedação a subcontratação total configura ilegalidade, visto que há a possibilidade de subcontratação total pelo termo da “última milha”, indicando resoluções do ANATEL, sendo qualquer prestadora de serviços de telecomunicações, mantida a responsabilidade da prestadora das obrigações de qualidade aos seus consumidores.

Diante de sua contrariedade, entende por legítimas as solicitações acima, impetrando peça impugnatória para que, em defesa de seu juízo busque a procedência da impugnação e procedendo a adequação do referido edital.

2 – DAS RAZÕES DE JUSTIFICAÇÃO:

2.1. – DA SUBCONTRATAÇÃO:

Antes de entrar no ponto questionado, é importante deixar claro que após publicado o edital, as licitantes poderão solicitar o esclarecimento de dúvidas ou impugnar esse instrumento. No primeiro caso, a manifestação do particular objetiva obter a elucidação de alguma disciplina do edital que não tenha restado clara. Nessa hipótese, não há, necessariamente, o apontamento de uma ilegalidade, mas a dificuldade de compreensão de determinada cláusula ou condição do edital, que será aplicada no curso da licitação ou do contrato. No segundo caso, a manifestação tem por finalidade contestar os termos do Edital por considerar ilegais suas cláusulas, solicitando alterações no sentido de adequá-las aos limites da Lei.

A subcontratação total em contratações públicas é expressamente vedada tanto pela legislação quanto pela jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU). Esta proibição está fundamentada em princípios de eficiência, responsabilidade e capacidade técnica, que são essenciais para a gestão de contratos administrativos.

De acordo com o **Acórdão 6189/2019** da Segunda Câmara do TCU, "é vedada a subcontratação integral em contratos administrativos, sendo possível a subcontratação parcial quando não se mostrar viável,

sob a ótica técnico-econômica, a execução integral do objeto por parte do contratado e desde que tenha havido autorização formal do contratante" (Acórdão 6189/2019-Segunda Câmara). Este entendimento é reforçado pelo **Acórdão 14193/2018** da Primeira Câmara, que destaca que a subcontratação deve ser tratada como exceção e só é admitida de forma parcial, com a devida justificação e autorização (Acórdão 14193/2018-Primeira Câmara).

A Lei 14.133/2021, que regula as licitações e contratos administrativos, também estabelece limitações claras à subcontratação. O artigo 122 da referida lei permite a subcontratação a terceiros de partes da obra, serviço ou fornecimento, até o limite autorizado pela Administração, proibindo expressamente a subcontratação total do objeto (Lei 14.133/2021, art. 122).

Essas restrições têm como objetivo evitar que a empresa contratada atue apenas como intermediária entre a Administração e a empresa efetivamente executora, o que poderia comprometer a qualidade e a eficiência do serviço prestado. Além disso, a responsabilidade legal e contratual permanece com o contratado, que deve assegurar que o subcontratado atenda aos requisitos de qualificação técnica necessários para a execução do objeto (Lei 14.133/2021, art. 122, § 1º).

Portanto, a subcontratação total é incompatível com os princípios que regem as contratações públicas, sendo permitida apenas a subcontratação parcial, desde que devidamente justificada e autorizada, para garantir que os objetivos do contrato sejam atingidos de maneira eficaz e responsável.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro²¹ aponta que a discricionariedade administrativa pode resultar:

"1) de disposição expressa em lei conferindo à Administração a possibilidade do seu exercício; 2) da insuficiência da lei em prever todas as situações possíveis; 3) da previsão de determinada competência pela lei, sendo ausente à previsão da conduta a ser adotada, que é o que ocorre muitas vezes no exercício do Poder de Polícia; e 4) do uso pela lei dos chamados conceitos indeterminados (e.g. bem comum, urgência, moralidade pública)".

No mesmo sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello²² diz que a discricionariedade pode decorrer:

"1) da hipótese da norma, quando esta define os motivos para a prática do ato de forma insuficiente ou se omite; 2) do comando da norma, quando esta possibilite ao administrador público a adoção de condutas variadas; e ainda 3) da finalidade da norma, pois muitas vezes esta é definida através de expressões que contêm conceitos indeterminados, plurissignificativos".

Logo, estamos diante de uma clara situação de discricionariedade administrativa quanto a um ponto de execução contratual, que no entender dos gestores envolvidos trará maior eficiência e segurança jurídica no decorrer da execução do objeto do certame.

Destarte, vale ressaltar a supremacia do interesse público sobre o particular, uma vez que conforme planejamento das contratações públicas se produziu o termo de referência devidamente aprovado pelas autoridades competentes, que categoricamente satisfazem a necessidade administrativa, ora licitada, assim satisfazendo o interesse da coletividade acima de um particular específico.

Vale trazer à baila o dizer do mestre Marçal Justen Filho, "o critério da supremacia do interesse público não permite resolver de modo satisfatório os conflitos...", isso porque no âmbito das relações jurídicas

travadas na sociedade no dia-a-dia vai sempre surgir confrontos entre os interesses de toda ordem, dentre estes, o interesse público com o interesse privado, então, segundo a doutrina clássica, há de prevalecer o interesse público, ou seja, aquele que atende o maior contingente de pessoas.

Assim, há entendimentos emitidos pelo Tribunal de Contas da União, e posicionando sobre matéria semelhante a Corte de Contas assim tem decidido:

“Acórdão 112/2013-Plenário, TC 038/520/2012-5, relator Ministro José Múcio Monteiro, 30.1.201

A exigência do emprego de cartão contendo microprocessador com chip, como ferramenta de controle na prestação de serviços de abastecimento com fornecimento de combustíveis, afigura-se razoável e não merece ser considerada restritiva ao caráter competitivo do certame. “Na verdade, a tecnologia exigida dos licitantes tem como finalidade ampliar a segurança das transações, permitir o controle total do abastecimento dos veículos e dificultar a clonagem de cartões magnéticos, além de seguir procedimento utilizado com sucesso por bancos e operadoras de cartões de crédito”.

GRUPO II - CLASSE VII - Plenário TC-010.211/2014-4 “Contratação de empresa para fornecimento de vales, em forma de cartão com chip de segurança” ... Trata-se da primeira vez nesta autarquia em que a exigência de chip para esse tipo de benefício surgiu em nossos editais de licitação. A linha de raciocínio da impugnante é razoável, contudo as experiências recentes demonstraram ser necessária a ampliação da segurança na concessão de benefícios aos colaboradores. ... Destarte, a opção pela tecnologia de cartões com chip de segurança dificulta fraudes por clonagem, e parece ser uma tendência irreversível na ampliação da segurança em transações que envolvam pagamentos, como por exemplo os cartões bancários e de crédito. O fato é que as fraudes evoluem na mesma medida que as tecnologias, e tanto a administração como o mercado devem-se preparar para as inovações. 21. A fundamentação adotada pelo Coren-SP para justificar a opção de fornecimento de cartões com chip é plenamente aceitável, pois teria como finalidade ampliar a segurança das transações, permitir maior controle da utilização dos vales e dificultar a clonagem de cartões magnéticos, além de seguir procedimento utilizado com sucesso por bancos e operadoras de cartões de crédito, o que preservaria, em última instância, o interesse público, em virtude da sujeição a riscos e prejuízos a que a Administração está submetida, devendo agir preventivamente às fraudes, garantindo sempre a melhor técnica. 26. Analisando os elementos apresentados pelo representante, bem como as considerações expendidas nesta instrução, verifica-se que, previamente à concessão da cautelar pleiteada, deve ser realizada a oitiva prévia do Conselho Regional de Enfermagem de São Paulo, bem assim da licitante vencedora, Sodexo Pass do Brasil Serviços e Comércio S.A., para que apresentem informações imprescindíveis à confirmação da existência dos pressupostos acima mencionados, em especial que comprovem objetivamente, por meio da demonstração da existência de quantidade razoável de fornecedores no mercado aptos a fornecer a tecnologia exigida, que a exigência de fornecimento de cartão alimentação exclusivamente dotado de chip de segurança, inserida no item 1.1 do edital do Pregão Eletrônico 10/2014, não restringe o caráter competitivo do certame e nem fere a lisura do procedimento licitatório, não se mostrando, portanto, excessiva e desarrazoada, como alegado pela empresa Planinvesti Administração e Serviços Ltda. na representação em análise

Acórdão 1228/2014 Plenário – em seu Informativo de Licitações e Contratos nº 197, assim definiu:

Na contratação de empresa para fornecimento de vale alimentação por meio de cartão magnético, é aceitável a exigência de cartão equipado com chip de segurança. O uso dessa tecnologia se insere na esfera de discricionariedade do contratante, cabendo às

empresas atuantes no setor a evolução de sua tecnologia com vistas a oferecer as soluções condizentes com esse instrumento de segurança. Representação formulada por sociedade empresária apontara supostas irregularidades ocorridas em pregão eletrônico conduzido pelo Conselho Regional de Enfermagem de São Paulo (Coren/SP), com a finalidade de contratar empresa para fornecimento de vales, em forma de cartão com chip de segurança, destinados a pagamento de alimentação para os seus colaboradores. A representante alegara a ocorrência de restrição ao caráter competitivo do certame, por considerar excessiva e desarrazoada a exigência de que os cartões eletrônicos sejam dotados especificamente de chips de leitura, pois, no seu entender, a tecnologia seria nova no segmento e encareceria significativamente a prestação dos serviços, não sendo essencial para a execução do objeto licitado. Em sede de oitiva, o Coren/SP justificara que a exigência decorreu da necessidade de aumento da segurança do meio de pagamento ante a constatação de grande número de fraudes e clonagens ocorridas com o uso da tecnologia de cartões com tarja magnética, o que levava muitos dos operadores desse mercado a substituí-los por cartões eletrônicos com chip, já há algum tempo. O relator, ao acolher as justificativas do Coren/SP, ressaltou que a opção escolhida insere-se na esfera de discricionariedade da entidade, não sendo razoável que o Tribunal determine a adoção de providências que possam obrigá-la a utilizar tecnologia que lhe venha causar prejuízos futuros, sob a justificativa de simplesmente ampliar a competitividade do certame. Em relação ao caso concreto, o relator assinalou que a busca da maior competitividade deve ser avaliada com ponderação, não sendo indicativo de restrição à participação no procedimento licitatório o fato de que três empresas mostraram-se interessadas na contratação. Por fim, afirmou que "cabe às empresas atuantes no setor a evolução de sua tecnologia com vistas a oferecer as soluções condizentes com essas novas e irreversíveis exigências, em vez de buscar junto ao Tribunal tutela a atuação mercadológica defasada". O Colegiado, acompanhando o voto da relatoria, decidiu julgar improcedente a representação e arquivar os autos. Acórdão 1228/2014 Plenário, TC 010.211/2014-4, relator Ministro Substituto Augusto Sherman Cavalcanti, 14.5.2014."

O que se depreende dos Acórdãos acima citados é que, assim como defendido por este Órgão, a exigência de vedação a subcontratação não fere o princípio da isonomia, assim como também não malfeire a determinação de observância do caráter competitivo do certame, mas permitem uma maior segurança e controle sobre a contratação almejada.

3 – CONCLUSÃO:

Considerando a importância das questões suscitadas, a supremacia do Interesse Público, bem como dos princípios basilares da Administração Pública que são a legalidade, a moralidade, a igualdade, o tratamento isonômico, e a economicidade, o Pregoeiro aprecia a presente impugnação, como tempestiva, para no mérito, negar-lhe provimento, visto que não assiste razão para a empresa DB3 SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES S.A.

Dê ciência à empresa, após divulgue-se esta decisão no Flanelógrafo da Prefeitura Municipal de Cariré-CE, bem como no site <http://www.tcm.ce.gov.br/licitacoes> para surtir seus efeitos.

Cariré-CE, 01 de Outubro de 2024.


RAILA AGUIAR PORTELA
SECRETÁRIA DE SAÚDE