



# Conselho Regional de Enfermagem

RESPOSTA À IMPUGNAÇÃO nº 1

Pregão Eletrônico nº 016/2015

**THYSSENKRUPP ELEVADORES S. A.**, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 90.347.840/0003-80, com endereço na Avenida Francisco Matarazzo, nº 1055 - bairro Agua Branca - CEP: 05001-000 - São Paulo/SP, através de seu representante legal, com base no disposto no art. 41 da Lei Federal nº 8.666/93, apresentou **IMPUGNAÇÃO AO EDITAL DE LICITAÇÃO** do Pregão Eletrônico nº 016/2015, solicitando dilação do prazo máximo tolerável para paralisação do equipamento em caso de necessidade de reposição de peças, inclusão de cláusula expressa proibindo contratação empresa estranha ao contrato de manutenção para realização de serviços relacionados à engenharia dos equipamentos licitados e retirada/colocação de peças sem expressa autorização da empresa contratada para o objeto deste pregão e retirada da cláusula 6.1 do Anexo III - Minuta do Contrato de Prestação de Serviços do Edital.

## 1. DAS ALEGAÇÕES DA EMPRESA

*“DO PRAZO DE NORMALIZAÇÃO DO FUNCIONAMENTO DOS EQUIPAMENTOS*

*A Impugnante pretende participar da referida licitação, cujo objeto é a “Contratação de empresa para prestação de serviços de manutenção preventiva e corretiva, com fornecimento de peças e insumos e componentes novos, originais ou similares, sem perda qualitativa, em duas escadas rolantes da marca Thyssenkrupp, modelo Velino, instaladas em 2009, utilizadas para transporte de pessoas entre o pavimento térreo e o primeiro andar do prédio do Coren-SP, conforme descrito no Anexo I (...).”.*

*O edital prevê que o PRAZO MÁXIMO PARA NORMALIZAÇÃO DO FUNCIONAMENTO DOS EQUIPAMENTOS será de 24 (vinte e quatro) horas, tempo exíguo a ser atendido pela empresa contratada, conforme se vê do item abaixo transcrito:*

*3.6. Em qualquer situação, o tempo máximo de paralisação tolerável do equipamento será de 24 (vinte e quatro) horas a partir do início do atendimento técnico.*

*Ocorre que em que pese a empresa fornecedora tenha em estoque as peças usualmente utilizadas na manutenção dos equipamentos, nem todos os componentes possuem condições de pronta reposição. Assim, por vezes os reparos necessários nos equipamentos de transporte vertical poderão demandar a requisição da peça junto ao fabricante, tornando inviável a reposição em 24 (vinte e quatro) horas para todos os componentes.*

*Diante disso, a ora Impugnante requer seja dilatado o prazo máximo para reposição de peças para 03 (três) dias úteis, de forma que a execução dos serviços não reste prejudicada; alternativamente, requer seja **EXPRESSAMENTE** admitida a reposição de determinados componentes em período superior, em virtude da possibilidade de atraso no fornecimento das peças.*



## Conselho Regional de Enfermagem

### DA RESPONSABILIDADE POR INTERVENÇÃO DE TERCEIROS

*O edital é silente no que tange à 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.*

*Esse item se mostra indispensável à segurança jurídica dos contratantes, à vista da responsabilidade técnica da Contratada sobre os equipamentos que compõe o contrato.*

*Ocorre que a intervenção de terceiros nos equipamentos configura hipótese de exclusão de responsabilidade da empresa sobre os mesmos, visto que não pode sujeitar-se aos fatos decorrentes de atos sobre os quais não possui qualquer gerência ou previsão.*

*Nessa situação, é inviável a responsabilização administrativa, civil ou penal sobre incidentes envolvendo os equipamentos em que houvesse um terceiro interveniente realizando qualquer tipo de serviço.*

*Salienta-se, porque relevante, o que exposto in Licitações E Contratos - Orientações e Jurisprudência do Tribunal De Contas Da União, 2010 (p. 741):*

#### *Direitos e Responsabilidades das Partes*

*É obrigação da Administração contratante, dentre outras específicas para execução do objeto contratado:*

- *permitir acesso dos empregados do contratado ao local de fornecimento do material, execução da obra ou prestação dos serviços;*
- *impedir que terceiros estranhos ao contrato forneçam o objeto licitado, executem a obra ou prestem os serviços, ressalvados os casos de subcontratação admitidos no ato convocatório e no contrato;*
- *prestar informações e esclarecimentos que venham a ser solicitados pelo contratado;*
- *solicitar reparação do objeto do contrato que esteja em desacordo com a especificação apresentada e aceita, ou que apresente defeito;*
- *fiscalizar e acompanhar a execução do objeto do contrato (essa fiscalização não exclui ou reduz a responsabilidade do contratado);*
- *efetuar pagamento no prazo previsto no contrato.*

*Destarte, a fim de evitar questionamentos futuros acerca do apontamento, inclusive litígios na via judicial, requer-se a inclusão de obrigação à Contratante, coibindo a contratação 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.*

### DA (IN)APLICABILIDADE DO CDC À CONTRATAÇÃO



## Conselho Regional de Enfermagem

Observa-se do item que segue a previsão de aplicabilidade das disposições do Código de Defesa do Consumidor (CDC) à contratação:

### 6. DA GARANTIA DOS SERVIÇOS E PRODUTOS

6.1. A Contratada deverá manter a garantia dos produtos e serviços durante toda a vigência contratual, sem prejuízo da garantia legal prevista na Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor) podendo, inclusive, oferecer garantia adicional. A Contratada deverá, ainda, responsabilizar-se pelos vícios e danos decorrentes do produto/serviço, de acordo com o mesmo dispositivo legal.

Ocorre que os contratos administrativos submetem-se ao regime jurídico administrativo, onde o ente público coloca-se numa posição privilegiada em relação aos particulares na relação jurídica.

Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, o contrato administrativo “é um tipo de avença travada entre a Administração e terceiros na qual, por força de lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas assujeitam-se a cambiáveis imposições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante do contratante privado”<sup>[1]</sup>.

Nos contratos administrativos, o órgão ou entidade estatal contratante coloca-se, na relação, com inegável superioridade jurídica, sempre como forma de proteger o interesse público, assim, neste tipo de regime jurídico não há como sustentar a aplicabilidade do CDC, diploma legal que tem como intuito proporcionar o equilíbrio entre as partes contratantes.

A garantia dos direitos previstos no CDC em favor do ente contratante é absolutamente desmedida, portanto, por se tratar de relação jurídica sob a esfera do direito administrativo, onde já existem vantagens jurídicas definidas em favor da administração.

Ademais, o artigo 2º da Lei nº 8.078/90 (CDC) define o consumidor como “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

Conforme definição legal, a única característica restritiva seria a aquisição ou utilização do bem como destinatário final, não sendo o bem ao qual se destina o objeto da licitação de atividade final do contratante, de sorte que não há como vislumbramos a figura do consumidor nesse caso.

Sobre o tema, traz-se a abalizada opinião de Marçal Justen Filho (2000, p. 573/574) em sentido contrário a pretensão da administração de aplicabilidade do CDC, verbis:

“alguém poderia defender a aplicação subsidiária do regime da Lei n.º 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), no tocante à responsabilidade por vício do produto ou de serviços. Isso é inviável, porquanto a administração é quem define a prestação a ser executada pelo particular, assim como as condições contratuais que disciplinarão a relação jurídica. Ainda que se pudesse caracterizar a administração como ‘consumidor’, não haveria espaço para incidência das regras do Código de Defesa do Consumidor, estenda toda a matéria subordinada às regras da lei de licitação do ato convocatório e do contrato”. (grifamos)



## Conselho Regional de Enfermagem

*Ou seja, questiona a existência ou não de vulnerabilidade da Administração na relação de consumo, pois possui prerrogativas que a coloca em condição de supremacia perante o fornecedor e portanto não a caracteriza como consumidora final conforme os princípios do CDC (art. 4º, I²).*

*Na mesma linha, alguns Tribunais de Justiça acompanham este entendimento:*

*Acórdão de 3 de abril de 2013 na Apelação Cível nº 20110111948137APC da 1ª Turma Cível do TJ do Distrito Federal e dos Territórios:*

*"Registre-se, inicialmente, que, no que se refere à divergência havida entre as partes, acerca da aplicação do Código de Defesa do Consumidor à relação jurídica em tela, filio-me ao entendimento dominante nesta Corte, bem como no Superior Tribunal de Justiça, no sentido da não aplicação do*

*CDC, presente o fato de se tratar de contrato firmado entre a Administração Pública, por intermédio de uma empresa pública, e o particular, atraindo a incidência das previsões constantes na Lei de Licitações e, subsidiariamente, no Código Civil.*

*A questão já foi analisada, inclusive, em agravo de instrumento manejado nos presentes autos, tendo esta Eg. Primeira Turma se manifestado acerca do tema, da seguinte forma:*

**AGRAVO DE INSTRUMENTO. CIVIL E ADMINISTRATIVO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL. LICITAÇÃO DE IMÓVEL. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS.**

**AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. TUTELA ANTECIPADA. PLAUSIBILIDADE DAS ALEGAÇÕES E PERIGO DA DEMORA. AUSÊNCIA.** 1. Na linha do entendimento do Superior Tribunal de Justiça, considera-se válida a capitalização mensal de juros, desde que expressa no contrato, a partir do cotejo entre o resultado do cálculo linear da taxa de juros mensal por doze e o percentual fixado ao ano 2. Inviável a aplicação do Código de Defesa do Consumidor em face de contrato celebrado entre particular e empresa pública, uma vez não se configurar relação entre fornecedor e consumidor. 3. Inexistindo plausibilidade nas alegações perpetradas, bem como ausente o perigo da demora, o indeferimento do pedido de tutela em antecipada configura medida que se impõe. 4. Negou-se provimento ao agravo de instrumento. (Acórdão n.555082, 20110020210113AGI

*Relator: FLAVIO ROSTIROLA, 1ª Turma Cível, Publicado no DJE: 14/12/2011. Pág.: 71).(g.n)"*

*Diante desses fundamentos, o requerimento é pela exclusão da previsão do item impugnado, com a retificação do edital no ponto."*

### 2. CONSIDERAÇÕES

Em consulta à área solicitante do objeto deste Pregão e à Assessoria Jurídica – AJUR, foram realizadas as seguintes considerações a cerca das alegações apresentadas:



# Conselho Regional de Enfermagem

## DO PRAZO DE NORMALIZAÇÃO DO FUNCIONAMENTO DOS EQUIPAMENTOS

No que tange ao prazo de manutenção, é certo que o funcionamento das escadas rolantes não pode sofrer paralisação, ainda mais pelos pretensos três dias úteis, o que seria sobremaneira exorbitante.

Dada a necessidade de utilização destas escadas pelos usuários, o prazo de 24 horas, como regra geral (salvo situações excepcionalíssimas, a ser avaliadas no caso concreto), é o mais razoável para atender as necessidades públicas.

## DA CONTRATAÇÃO DE TERCEIROS E SUA RESPONSABILIZAÇÃO

No que se refere à contratação de terceiros, a Lei 8.666/93, *ex vi* de seu art. 72, assim determina expressamente:

“ O contratado, na execução do contrato, **sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais**, poderá subcontratar partes da obra, serviço ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela Administração” (g.n.).

Vale dizer, a lei admitiu a possibilidade de subcontratação parcial do ajuste, delegando à Administração, a fixação de eventuais limites e percentuais e mantendo a responsabilidade na pessoa do contratado.

Mais adiante, a teor de seu art. 78, VI, preceitua o Estatuto federal Licitatório que:

“Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

(...) omissis

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 (grifo nosso).

Veja que o art. 78 diz que a subcontratação parcial ou total serão causas de rescisão contratual, uma vez que não estejam admitidas no contrato.

Neste diapasão, a rigor da lei, o edital e o contrato é que devem dispor acerca da possibilidade do vencedor do certame subcontratar e, ainda, acerca dos limites para tanto.

Segundo inteligência de Marcelo Alexandrino & Vicente Paulo:



## Conselho Regional de Enfermagem

“ A Lei nº 8.666/1993 prevê a possibilidade de subcontratação parcial, contanto que esta esteja prevista no edital e no contrato e que seja autorizada, em cada caso, pela Administração, que deve estabelecer os limites das partes do objeto do contrato cuja execução poderá ser subcontratada” (cf. Direito Administrativo Descomplicado, 16ª ed. Ver e atual., Editora Método, 2008, p. 461).

A jurisprudência do STJ assim deduz:

“2- A parcial cessão do objeto contratado, pela vencedora da licitação, é ato jurídico previsto no art. 72, da Lei 8.666/93, não se constituindo tal procedimento, por si só, desrespeito à natureza *intuito personae* dos contratos.

3- Na espécie, embora o Município busque a anulação de contrato de cessão praticado entre a original vencedora da licitação e a empresa recorrida, bem como de todos os atos dali decorrentes, não há qualquer ofensa à legislação federal, razão suficiente para a denegação do pedido” (REsp nº 468.189, 1ª T., rel. Min. José Delgado, j. em 18.03.2003, DJ de 12.05.2003)”.

O Tribunal de Contas da União, já proferiu entendimento no sentido da legalidade da subcontratação parcial prevista no edital e no contrato. O nobre relator, Ministro Paulo Affonso Martins de Oliveira, com o crivo do Pleno, determinou que o contrato fosse firmado nos exatos termos do artigo 72 da Lei 8666/93, vale dizer, concordou com a subcontratação, desde que observados a norma legal e os termos contratuais, ainda que realizada após a licitação (vide Decisão 128/94, Ata 8/94, Processo TC 012262/93-5, DOU de 28.3.94).

O Ministro- Relator Lincoln Magalhães Rocha, com voto aprovado em Plenário e invocando Hely Lopes Meirelles, assentou que a subcontratação é possível, se prevista no edital e no contrato e desde que trate de partes da obra e serviços técnicos realizados por empresas especializadas, **sob a responsabilidade integral do contratado** (Decisão sigilosa 207/96, publicada no DOU de 24.4.96).

**Todavia, em qualquer caso, com a subcontratação, não há transferência da responsabilidade da contratada ao terceiro. A contratada é a única responsável perante a Administração.**

Como lembra Leon Frejda Szklarowsky:

“ A subcontratação ou o cometimento a terceiros de partes da execução do objeto e de suas obrigações contratuais é, pois, perfeitamente lícita, desde que haja previsão desta faculdade



## Conselho Regional de Enfermagem

no edital e no contrato, até o quantitativo admitido pela contratante.

**A contratada responde perante a contratante pela execução total do objeto contratado e não há qualquer relação entre a contratante e a subcontratada, de modo que, também, pelos atos ou omissões desta, ela é plenamente responsável. A responsabilidade da contratante é plena, legal e contratual.**

<http://jus.com.br/pareceres/16256/subcontratacao-em-licitacao-publica> (g.n.).

### DA APLICAÇÃO DO CDC

Em tempo, quanto à aplicação do CDC nos contratos administrativos, embora a questão não seja pacífica, é perfeitamente aceita esta exegese.

Nesse prisma, assim decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na Apelação Cível nº 0030881-25.2005.8.26.0053:

“AÇÃO ORDINÁRIA Furto de equipamento médico em repartição pública – Empresa contratada para serviço de vigilância patrimonial Previsão contratual de responsabilidade civil em caso de danos causados em função da execução dos serviços Dever de ressarcir prejuízo decorrente de furto, independentemente das circunstâncias, por expressa previsão contratual Aplicação, ademais, da regra do artigo 14, § 1º, do CDC Recurso provido Sentença reformada”. (TJSP, Apelação Cível nº 0030881-25.2005.8.26.0053, Sétima Câmara de Direito Público, rel. Luiz Sérgio Fernandes de Souza, j.27/02/2012, p.01/03/2012).

O Tribunal de Justiça do Estado do Pará prolatou decisão na mesma linha, como se denota do seguinte trecho:

“Tenho que, a partir da combinação do artigo 2º com o inciso I do artigo 4º, ambos da Lei nº 8.078/1990, mitigou-se a aplicação da teoria finalista, chega-se, em situações excepcionais, a um novo conceito de consumidor, pautado na apreciação da vulnerabilidade, de modo que até mesmo uma pessoa jurídica possa ser classificada como consumidora, com a aplicação do art. 29 do CDC. Pode-se concluir que **é razoável a interpretação de que são aplicáveis as disposições do CDC aos contratos administrativos, em caráter subsidiário, desde que**



## Conselho Regional de Enfermagem

atendida a seguinte condição: o órgão ou entidade pública estiver em posição de vulnerabilidade técnica, científica, fática ou econômica perante o fornecedor, visto que a superioridade jurídica do ente público é presumida nos contratos administrativos". (TJPA, Terceira Câmara Cível, Apelação Cível e Reexame de Sentença nº 20073009633-3, rel. Des. Maria Rita Lima Xavier, j.03/09/2010, p.13/09/2010).

### 3. DECISÃO

Nego provimento à impugnação impetrada. A par das considerações em epígrafe, conclui-se que não há qualquer irregularidade no edital que implique na necessidade de sua alteração.

São Paulo, 08 de junho de 2015.

**ERIKA HITOMI MORIGUTI**  
Pregoeira