PROCESSO ADMINISTRATIVO
0259
ASSINADO ELETRONICAMENTE

PREGÃO ELETRÔNICO Nº 005/2024
Assunto: IMPUGNAÇÃO
Impugnante: DB3 SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES S.A.

DOS FATOS

Insurge-se a impugnante em face do Edital do Pregão Eletrônico nº 005/2024, questionando, em resumo, a vedação à subcontratação e o prazo para início da execução contratual, intentando, ainda, que sejam identificados os endereços exatos dos pontos licitados.

Diante dos argumentos colacionados pela impugnante, passamos às devidas considerações de mérito.

DA RESPOSTA

De início, é mister ressaltar que nossos posicionamentos acostam-se aos Princípios basilares da Administração Pública, notadamente aqueles afetos às licitações e contratos administrativos, em conformidade com o disposto no **art. 5º da Lei de Licitações**, *in verbis*:

> Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim

DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE
APONTE SUA CAMARA PARA O QRCODE AO LADO
PARA VERIFICAR AUTENTICIDADE DA ASSINATURA
INFORMANDO O CÓDIGO: 108-479-2050
PÁGINA: 1 DE 11 - PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO GONÇALO DO AMARANTE - CNPJ: 07.533.6

como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

Nesse sentido, nossa análise e entendimento estão pautados nas normas pátrias a reger a atuação pública.

a) Da Vedação à Subcontratação

Acerca do instituto da subcontratação, impera destacar, de pronto, que a previsão editalícia encontra-se em conformidade com o estatuto que rege o processo em tela, valendo, nesse espeque, destaque ao art. 122, § 2º, da Lei Nº 14.133/22, que dispõe que o edital poderá vedar a subcontratação.

A prerrogativa conferida aos entes públicos processantes de vedar a subcontratação não se faz sem razão de ser, deixando aos agentes públicos conhecedores dos elementos constitutivos do objeto, das peculiaridades técnicas e necessidades concretas, em cada caso, decidir a melhor forma de delimitar o serviço a fim de evitar intercorrências negativas na fase de execução, que podem causar prejuízo às finalidades públicas.

Superado o ponto, é necessário esclarecer que questões comerciais inerentes à prestação de serviços no âmbito privado não prevalecem diante da disciplina específica dos processos de contratação dos órgãos e entidades da Administração Pública, que são necessariamente pautadas pelo interesse público envolvido.

Nesse espeque, é imperioso destacar a essencialidade dos serviços licitados diante de um cenário de globalização e virtualização das práticas e processos, dependendo dos mesmos o desenvolvimento das atividades da Administração. Face a isso, o município não pode abrir mão de medidas de segurança para reduzir o tanto quanto possível os risco de falhas no cumprimento, ou falta de suporte necessário, etc.

DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE
APONTE SUA CAMARA PARA O QRCODE AO LADO
PARA VERIFICAR AUTENTICIDADE DA ASSINATURA
INFORMANDO O CÓDIGO: 108-479-2050
PÁGINA: 2 DE 11 - PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO GONÇALO DO AMARANTE - CNPJ: 07.533.6

Assim, ainda que o uso de serviços e recursos de terceiros possa ser viável no setor privado não se pode negar que trata do instituto da subcontratação, que no âmbito privado não possui qualquer vedação, motivo pelo qual é perfeitamente viável. Ao tratar do direito aplicado às contratações públicas, no entanto, a figura da subcontratação tem regras próprias, sendo, como exposto, além de vedada por completo a subcontratação total, possível a vedação de terceirização mesmo que parcial.

Nesse ínterim, cabe observar que a própria legalidade toma proporções e aplicações diversas quando falamos das diferentes esferas. Enquanto no setor privado é permitido fazer tudo que não é vedado em lei, no âmbito público apenas se pode fazer o que a lei permite, motivo pelo qual cabe aos agentes seguir às diretrizes da Lei Nº 14.133/21, que orienta a contratação em tela, notadamente no que diz respeito ao instituto da subcontratação, atentando à supremacia do interesse público sobre o privado.

Veja-se que, quanto à alegação de não constituir subcontratação, a exposição da impugnante é até mesmo contraditória, o que pode ser percebido do seguinte trecho de suas razões:

> Logo, a empresa vem pugnar pela revisão do citado dispositivo, visto que **a contratação com procedimento chamado "última milha" não é considerada subcontratação**, segundo os normativos vigentes da ANATEL.
> [...]
> Em suma, de acordo com as fundamentações apresentadas, o caso específico da **subcontratação da última milha não é considerado subcontratação total** do objeto[...]
> (grifo)

De início a interessada intenta afirmar que a prática por ela descrita não seria subcontratação, mas em sua conclusão, a mesma denomina a dinâmica econômica exatamente se "subcontratação da última milha"!

DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE
APONTE SUA CAMARA PARA O QRCODE AO LADO
PARA VERIFICAR AUTENTICIDADE DA ASSINATURA
INFORMANDO O CÓDIGO: 108-479-2050
PÁGINA: 3 DE 11 - PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO GONÇALO DO AMARANTE - CNPJ: 07.533.6

Inicia intentando negar a subcontratação, finaliza indicando que é subcontratação, mas não configura-se como total. Ocorre que o edital veda qualquer tipo de subcontratação, não apenas a total, até mesmo porque esta já é vedada em qualquer caso pela lei de regência. À Administração caberia permitir, em alguns casos, subcontratação de parte, o que no caso em tela não foi o adotado pelas pastas processantes, sendo no presente caso aplicado o permissivo do art. 122, § 2º, da Lei Nº 14.133/22, já invocado.

Veja-se que os normativos que a impugnante invoca falam sobre responsabilização das empresas que prestem serviços de comunicação ainda se utilizem de subcontratação. Em nenhum momento indica, nem se pode depreender dos seus termos, que a dinâmica de contratar recursos de terceiros para viabilizar a prestação dos serviços não seria subcontratação. O intento do regramento colacionado pela impugnante é que as prestadoras desse serviço ao consumidor final não se esquivem de seus compromissos alegando que seria exclusiva responsabilidade do terceiro subcontratado.

Importante atentar ao fato de que o uso de rede de terceiros nesse caso, e nos moldes delineados pela impugnante, é parte essencial, central, crucial da prestação dos serviços a serem contratados.

Além disso, a interposição de empresas acaba por representar, em regra, agregação de valor ao preço final do produto, o que prejudica a economicidade almejada nos procedimentos licitatórios.

A Supremacia do Interesse Público é base fundamental da atuação dos entes estatais, da qual derivam todas as demais normas que constituem o Direito Administrativo, pois o escopo maior do Poder Público é garantir a defesa de direitos plurais, e não singulares.

Nesse sentido, segundo Raquel de Carvalho:

DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE
APONTE SUA CAMARA PARA O QRCODE AO LADO
PARA VERIFICAR AUTENTICIDADE DA ASSINATURA
INFORMANDO O CÓDIGO: 108-479-2050
PÁGINA: 4 DE 11 - PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO GONÇALO DO AMARANTE - CNPJ: 07.533.6

> [...]com base na premissa de que a Administração não titulariza os interesses públicos primários, é lugar comum afirmar a indisponibilidade de tais interesses pelo agente encarregado de, na sua gestão, protegê-los. Quem detém apenas poderes instrumentais à consecução de um dado fim não possui, em princípio, a prerrogativa de deles abrir mão, donde resulta a idéia de indisponibilidade do interesse público[1]

Nesse sentido, é imperioso, ainda, destacar, como paradigma o entendimento adotado pelo Tribunal de Contas do Estado do Ceará, representado pelas exposições realizadas no trecho adiante destacado da Resolução Nº 3839/2022 (razões de voto):

> Após exame nas justificativas apresentadas, a unidade técnica se manifestou pela caracterização da subcontratação, conforme Relatório de Instrução nº 0118/2022:
>
> [...]
>
> Dessa forma, o Parquet Especializado, corroborando o entendimento consignado no Certificado nº 268/2020 (que examinou o pedido cautelar do presente processo) e na Resolução nº 3988/2020 (Processo nº 15428/2020-6), **entende que restou configurada a subcontratação indevida dos serviços contratados. Examinado o termo de referência, embora se reconheça que o objeto licitado tem natureza mais ampla que o fornecimento do sistema informatizado, conclui-se que a disponibilização do software é elemento essencial na execução contratual**, conforme pontuou a Diretoria de Fiscalização de Licitações e Contratos (Certificado nº 268/2020):
>
> [...]
>
> 19. Infere-se, com base no exposto, que **a disponibilização e operacionalização do sistema de gestão se configura como parte**

DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE
APONTE SUA CAMARA PARA O QRCODE AO LADO
PARA VERIFICAR AUTENTICIDADE DA ASSINATURA
INFORMANDO O CÓDIGO: 108-479-2050
PÁGINA: 5 DE 11 - PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO GONÇALO DO AMARANTE - CNPJ: 07.533.6

1 CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. Curso de Direito Administrativo. Editora Jus Podivrm. Salvador, 2008, pag. 72.

PROCESSO ADMINISTRATIVO 0264 ASSINADO ELETRONICAMENTE

> **substancial do objeto do certame licitatório em questão. Tanto o é que, se houver o comprometimento técnico do sistema, ocorrerá o prejuízo da finalidade da contratação**, que é a promoção de uma gestão eficiente, mediante a utilização de um sistema informatizado, de serviços de borracharia, manutenção preventiva e corretiva, na rede credenciada, para os veículos da Secretaria de Educação, Ciência e Tecnologia do Município de Caucaia
>
> [...]
>
> Destarte, **conclui-se pela irregularidade da subcontratação**, por descumprimento ao art. 72 da Lei nº 8.666/93, de modo que a presente Representação deve ser julgada procedente, com aplicação de multa de 3.000,00 (três mil reais) à Sra. Camila Bezerra Costa da Silva (ordenadora de despesas), com fundamento no art. 62, III da Lei nº 12.509/95 (LOTCE). (grifo)

Corroborando o entendimento posto, interessa destacar precedente do Tribunal de Contas da União:

> Nos termos do art. 72 da Lei nº 8.666/93, deve ser fixado, no edital, o percentual máximo para subcontratação, **quando houver cláusula editalícia de permissividade, devendo essa cláusula existir, apenas, em hipóteses excepcionais**, **quando a subcontratação for estritamente necessária**, devendo ser técnica e circunstancialmente justificados tanto a necessidade da subcontratação quanto o percentual máximo admitido. (Acórdão nº 1.748/2009, Plenário)

Assim, a subcontratação fere a disposição do instrumento convocatório, notadamente quando se faz a mesma sobre parte essencial do serviço, pois do que se infere da peça impugnatória. A interessada intenta utilizar-se de rede de terceiros, explorando as atividades desenvolvidas por este, sendo meramente empresa interposta.

DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE
APONTE SUA CAMARA PARA O QRCODE AO LADO
PARA VERIFICAR AUTENTICIDADE DA ASSINATURA
INFORMANDO O CÓDIGO: 108-479-2050
PÁGINA: 6 DE 11 - PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO GONÇALO DO AMARANTE - CNPJ: 07.533.6

Em resumo, a vedação à subcontratação se dá para evitar interrupções e intercorrências de caráter negativo na prestação dos serviços, que são essenciais às atividades da administração, e demanda por vezes, durante sua execução, revisão e correção presenciais na estrutura dedicada, pelo que, para preservação do interesse público, não há como admitir subcontratação, terceirizar elemento essencial, pelo que não há que se falar em alteração do instrumento convocatório.

b) Do Prazo para Início da Execução

A impugnante argumenta que o prazo de início de execução da forma como está disposto no edital, 05 (cinco) dias a partir da requisição, seria demasiadamente curto e representaria obstáculo operacional, sugerindo a alteração para prazo superior a 30 (trinta) dias.

Cumpre destacar que o edital foi estabelecido em conformidade com o que dispõe a Lei nº 14.133/21 que rege o certame. A elaboração dos requisitos que delineiam objeto licitado é inerente ao poder discricionário do ente licitante e está adstrito ao atendimento da necessidade da Administração Pública, e foram estabelecidos mediante planejamento que verificou a necessidade da administração e desenhou a solução da forma que melhor atendia ao interesse público levando em consideração todos os princípios que norteiam os atos administrativos.

Quanto aos fatos alegados, inicialmente ressaltamos que na falta de qualquer parâmetro pré-estabelecido na legislação quanto ao prazo questionado, cabe à Administração a fixação do lapso temporal. Na ausência de previsão legal, temos que deve ser fixado prazo razoável, pelo que estamos diante de conceito jurídico indeterminado, cabendo à Administração, no âmbito de sua discricionariedade, estabelecer o sentido e o alcance, guiado pelos princípios que regem sua atuação, pelo que firmou os prazos da maneira disposta no edital, em conformidade com sua competência e consolidação de entendimento.

DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE
APONTE SUA CAMARA PARA O QRCODE AO LADO
PARA VERIFICAR AUTENTICIDADE DA ASSINATURA
INFORMANDO O CÓDIGO: 108-479-2050
PÁGINA: 7 DE 11 - PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO GONÇALO DO AMARANTE - CNPJ: 07.533.6

PROCESSO ADMINISTRATIVO 0266 ASSINADO ELETRONICAMENTE

Interessante, ainda, colacionar texto de **Thêmis Limberger**, parafraseando **Eduardo García Enterría**, que faz a seguinte elucidação:

> "[...] a discricionariedade é essencialmente uma liberdade de eleição entre alternativas igualmente justas, ou seja, entre critérios extrajurídicos (de oportunidade, econômicos etc.), não previstos na lei, e conferidos ao critério subjetivo do administrador. Os conceitos jurídicos indeterminados constituem-se em um caso de aplicação da lei, já que se trata de subsumir em uma categoria legal." [2] (grifo)

A definição do prazo visa garantir a atenção da demanda pública em **tempo hábil** e de acordo com **interesse da Administração Pública** e características técnicas envolvidas.

Nesse sentido, reitere-se que os serviços são necessários à administração sem interrupções, sem solução de continuidade que comprometa a devida rotina do ente público, pelo que não há que se falar em impor ao ente contratante que espere mais de 30 dias para obtenção efetiva do objeto já contratado, isso, sim, seria desarrazoado e unicamente direcionado a atender o interesse do particular, valendo destacar que o prazo estabelecido em edital está em consonância com a experiência já vivenciada pelas pastas contratantes, pelo que entendido como razoável e pertinente.

Neste caso, inclusive, deve ser observado que se trata de registro de preços para futura e eventual contratação, sendo o objeto requerido por demanda, conforme se faça efetivamente necessário ao ente.

Exposto isso, deve ser considerado que, no presente caso, não há que se falar em dilação de prazo para satisfação de interesse privado da impugnante, pois deve ser privilegiado o interesse público.

DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE
APONTE SUA CAMARA PARA O QRCODE AO LADO
PARA VERIFICAR AUTENTICIDADE DA ASSINATURA
INFORMANDO O CÓDIGO: 108-479-2050
PÁGINA: 8 DE 11 - PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO GONÇALO DO AMARANTE - CNPJ: 07.533.6

[2] *LIMBERGER, Thêmis. Atos da Administração Lesivos ao Patrimônio Público: os princípios constitucionais da legalidade e moralidade. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 111.*

A execução contratual dentro dos padrões estabelecidos pela Administração é de planejamento da empresa, que ao submeter-se ao certame, assume o compromisso com as condições e qualificações assumidas na habilitação, e posteriormente, as responsabilidades, após vencer o certame, de cumprir com as obrigações assumidas com o contrato, tais como o pagamento de multa por eventuais atrasos.

Diante do exposto, considera a municipalidade que o prazo já estabelecido é justo e adequado para o adimplemento das obrigações contratuais, sendo as condições delineadas para bem atender a demanda, de ordem pública, e a competitividade privilegiada, mas dentre as empresas que possam atender o objeto da forma necessária ao ente.

c) <u>Dos Endereços</u>

No que se refere ao pedido de inclusão de informações referentes aos específicos endereços de cada ponto, interessa ser esclarecido que o presente certame cuida de registro de preços para futuras e eventuais contratações, pelo que conforme sejam confirmadas as demandas, os contratos serão direcionados aos respectivos endereços de interesse da administração.

Diante disso, a definição prévia dos endereços não se faz impositiva no presente caso, notadamente diante da possível alteração dos locais de funcionamento dos órgãos públicos que serão contemplados.

Nesse mote, interessa destacar o art. 6º do Lei Federal Nº 14.133/21:

> Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se:
>
> [...]
>
> XLV - sistema de registro de preços: conjunto de procedimentos para realização, mediante contratação direta ou licitação nas modalidades pregão ou concorrência, de registro formal de preços relativos a

DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE
APONTE SUA CAMARA PARA O QRCODE AO LADO
PARA VERIFICAR AUTENTICIDADE DA ASSINATURA
INFORMANDO O CÓDIGO: 108-479-2050
PÁGINA: 9 DE 11 - PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO GONÇALO DO AMARANTE - CNPJ: 07.533.6

> prestação de serviços, a obras e a aquisição e locação de bens **para contratações futuras**; (grifo)

Nesse diapasão, urge mencionar a definição do professor **Jacoby Fernandes** sobre o tema, senão vejamos:

> Sistema de Registro de Preços é um procedimento especial de licitação que se efetiva por meio de uma concorrência ou pregão sui generis, selecionando a proposta mais vantajosa, com observância do princípio da isonomia, para **eventual e futura contratação pela Administração**. [3] (grifo)

Assim, a indicação dos endereços exatos de prestação do serviço não se faz compatível com a natureza do sistema de contratação adotado. A delimitação da área que deve ser coberta pelo futuro contratado para contemplação do objeto, sim, é pertinente, e já consta do edital, sendo possível aos interessados identificar a necessária mobilidade dentro do município, as facilidades e dificuldades, etc.

Veja-se que o dispositivo invocado pela impugnante, inclusive, dispõe sobre identificação do local, e não do exato endereço, e se refere a licitações para serviços de manutenção e assistência técnica, que, apesar de se inserirem no bojo da execução do futuro contrato em tela, não representam o objeto em si em sua totalidade.

Estando feitas as devidas indicações de locais, e tendo por premissa tratar de sistema de registro de preços para futuras e eventuais contratações e, ainda, que os equipamentos municipais, inclusive, por vezes são locados, sendo realocada a unidade a outro imóvel na mesma área, não há que se falar em qualquer falha de especificação no instrumento convocatório em tablado, contendo todos os elementos necessários e suficientes para elaboração das propostas, sendo adotada a mesma praxe de outros

DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE
APONTE SUA CAMARA PARA O QRCODE AO LADO
PARA VERIFICAR AUTENTICIDADE DA ASSINATURA
INFORMANDO O CÓDIGO: 108-479-2050
PÁGINA: 10 DE 11 - PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO GONÇALO DO AMARANTE - CNPJ: 07.533.

[3] FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico. V. 7. São Paulo: Fórum, 2015.

PROCESSO ADMINISTRATIVO
0269
ASSINADO ELETRONICAMENTE

certame já realizados nesta municipalidade para o objeto em tablado, nos quais se obteve total êxito, inclusive em relação à competitividade.

DA DECISÃO

Face ao exposto, julgamos **IMPROCEDENTE** a impugnação, com manutenção das disposições editalícias nos termos em que se encontram.

São Gonçalo do Amarante - CE, 13 de setembro de 2024.

HELAYNE FRANQUELE SOARES ROCHA
PREGOEIRO(A)

DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE
APONTE SUA CAMARA PARA O QRCODE AO LADO
PARA VERIFICAR AUTENTICIDADE DA ASSINATURA
INFORMANDO O CÓDIGO: 108-479-2050
PÁGINA: 11 DE 11 - PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO GONÇALO DO AMARANTE - CNPJ: 07.533.6