REFERÊNCIA – Pedido de Esclarecimento ao Edital do **Pregão Eletrônico nº. 031/2014**, Processo Administrativo **nº 014304/2014,** cujo objeto é o contratação de empresa especializada para a prestação de serviços de manutenção preventiva e corretiva de 04 (quatro) elevadores eletromecânicos de passageiros com fornecimento de peças e materiais para atender ao Tribunal de Justiça do Amazonas, conforme especificações e condições definidas no Termo de Referência (Anexo IV) do edital.

À empresa **THYSSENKRUPP ELEVADORES S. A**

RESPOSTA AO PEDIDO DE IMPUGNAÇÃO DO EDITAL DO PREGÃO ELETRÔNICO Nº. 031/2014

Considerando o pedido de esclarecimentos da empresa **THYSSENKRUPP ELEVADORES S. A**, a pregoeira do certame apresenta a resposta ao pedido, conforme segue:

QUESTIONAMENTO:

1. DO ICMS

(...) requer-se o esclarecimento acerca da condição da contratante frente ao Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços: se contribuinte ou não, para que possa ser devidamente avaliado o valor que se fará constar da proposta da empresa interessada.

RESPOSTA: Após consulta à Divisão de Orçamento e Finanças deste Poder, informa-se o que se segue:

O Tribunal de Justiça do Amazonas é consumidor final não contribuinte do ICMS, posto que, de um lado, os entes políticos, bem como suas autarquias e fundações encontram-se amparados pela imunidade recíproca prevista no art. 150, inciso VI, alínea "a", c/c § 2º, da Constituição Federal; de outro, considera-se: a) contribuinte, aquele que realiza, com habitualidade ou em volume que caracteriza intuito comercial operações e prestações sujeitas ao ICMS. conforme previsto no artigo 4º da Lei Complementar 87/1996; e b) consumidor final, o adquirente da mercadoria ou bem, para uso ou consumo próprio ou integração no ativo imobilizado.

Assim, a Administração Pública e no caso específico o Tribunal de Justiça, quando realiza licitação para a aquisição de mercadorias ou serviços de terceiros está agindo como consumidor e não como contribuinte.

QUESTIONAMENTO:

2. DA POSSIBILIDADE DE SUBCONTRATAÇAO PARCIAL DOS SERVIÇOS

Verifica-se que há **divergência** entre o disposto no edital, consoante redações que seguem, de itens constantes do termo de referência e da minuta de contrato, conforme exposto:

> **TERMO DE REFERENCIA**
> É vedada 8 CONTRATADA transferir a outrem, no todo ou em parte, os serviços objetos desta Licitação
>
> **MINUTA CONTRATUAL**:
> **zz)** Não transferir a outrem, no todo ou em parte, a execução dos serviços, sem prévia e expressa anuncia do CONTRATANTE;
>
> **CLÁUSULA VIGÉSIMA SEXTA - DA CESSÃ O OU TRANSFERENCIA**
> **26.1.** O presente Contrato não poderá ser objeto de subcontratação total ou parcial, ficando a CONTRATADA inteiramente responsável pelo cumprimento das obrigações, bem como dos requisitos técnicos e legais pertinentes.

Diante disso, visando garantir a regularidade do processo de contratação e a segurança jurídica necessária as licitantes interessadas, requer sejam os itens supramencionados devidamente **esclarecidos e retificados,** tornando clara e adequada a estipulação acerca da possibilidade de subcontratação ou não da execução do objeto licitado.

RESPOSTA: Após consulta à Divisão de Contratos e Convênios deste Poder, informa-se o que se segue:

O objeto a ser licitado não pode ser subcontratado, conforme previsto no Termo de Referência e na Cláusula Vigésima Sexta da Minuta do Termo de Contrato. Portanto, retifica-se o item "zz" da "Cláusula Nona - Das Obrigações da Contratada" da Minuta do Termo de Contrato para suprimir a expressão "sem prévia e expressa anuência do CONTRATANTE". Com isso, o referido item terá a seguinte redação:

zz) Não transferir a outrem, no todo ou em parte, a execução dos serviços.

QUESTIONAMENTO:

3. DA (IN)APLICABILIDADE DO CDC A CONTRATAÇAO

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

> 21.5 - Nos termos dos artigos 3º e 39º inciso VIII da Lei nº. 8.078/90 - Código do Consumidor é vedado o fornecimento de qualquer produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes ou, se normas especificadas

> não existirem, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas ou outra entidade credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normatização e Qualidade Industrial.

(...) 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.
(...) Diante desses fundamentos, o requerimento e pela exclusão da previsão do item impugnado, com a retificação do edital no ponto.

RESPOSTA:

Acerca da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às contratações públicas, o Tribunal de Contas da União (TCU) nos Acórdãos nº 853/13 - Plenário, nº 1729/2008 - Plenário, nº 1670/2003 - Plenário, nº 5736/2011 - 1ª Câmara, entende pela possibilidade de aplicação do CDC às contratações realizadas pela Administração Pública, visando protegê-la contra eventual prejuízo pelo não cumprimento fiel do objeto contrato. Para tanto, fundamenta-se o TCU no art. 2º do CDC, segundo o qual consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Ainda no referido Acórdão nº 1729/2008-Plenário, o TCU salienta que é prevalente na Corte de Contas o entendimento de que é possível a aplicação do CDC à Administração Pública, enquanto consumidora de bens e serviços.

Diante do exposto, **será mantida a exigência prevista no item 21.5 do Edital.**

4. DA RESPONSABILIDADE CIVIL ILIMITADA

Verifica-se, da análise do ato convocatório, que o edital prevê cláusula de responsabilização civil ilimitada da contratada, senão vejamos:

> A CONTRATADA deverá fornecer as peças e materiais para manutenção corretiva dos equipamentos, mesmo nos casos de ocorrência de queda ou sobrecarga da tensão elétrica, excesso de umidade, poeira, gases e infiltração de água, dentre outros a serem julgados pela FISCALIZAÇAO, não sendo admitida pelo CONTRA TANTE a inserção dessas ocorrências nos casos previstos no item anterior, como justificativa para o não fornecimento das peças pela CONTRATADA.

(...) No caso em tela, a imposição de troca de peças sem custos para a Contratada é flagrantemente irregular, tendo em vista que determina a substituição das peças desgastadas em razão de ocorrências de casos fortuitos e força maior.

RESPOSTA:

Após consulta à Divisão de Engenharia deste Poder, comunica-se que permanecerá inalterada a exigência supramencionada, haja vista tratar-se de obrigação para o serviço de **manutenção corretiva** que deverá ser realizada independente do fato gerador da demanda. No que concerne à **manutenção preventiva** a garantia das peças e serviços prestados observará à legislação pertinente à matéria, bem como às práticas de mercado.

Manaus, 23 de outubro de 2014.

Marlúcia Araújo dos Santos
Pregoeira