

Pregão Eletrônico

■ Visualização de Recursos, Contrarrazões e Decisões

RECURSO :

AO
MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
SECRETARIA DE EDUCAÇÃO PROFISSIONAL E TECNOLÓGICA
INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E TECNOLOGIA DO AMAZONAS
REFERENTE AO PREGÃO ELETRÔNICO Nº 132020

"NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, NÃO HÁ LIBERDADE, NEM VONTADE PESSOAL. ENQUANTO NA ADMINISTRAÇÃO PARTICULAR É LÍCITO FAZER TUDO QUE A LEI NÃO PROÍBE, NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SÓ É PERMITIDO FAZER O QUE A LEI AUTORIZA. A LEI PARA O PARTICULAR SIGNIFICA "PODE FAZER ASSIM"; PARA O ADMINISTRADOR PÚBLICO SIGNIFICA "DEVE SER ASSIM" (HERY LOPES MEIRELES, IN DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO, 13ª EDIÇÃO, EDITORA RT).

ABILITY NEGOCIOS EIRELI, EMPRESA, JÁ DEVIDAMENTE QUALIFICADA NO PREGÃO ELETRÔNICO EM EPÍGRAFE NESTE ATO REPRESENTADA POR SEU TITULAR INFRA-ASSINADO, VEM, PERANTE VOSSA SENHORIA, TEMPESTIVAMENTE INTERPOR RECURSO ADMINISTRATIVO EM FACE DA R. DECISÃO QUE DECLAROU VENCEDORA DO CERTAME LICITATÓRIO DO PREGÃO EM EPÍGRAFE A EMPRESA VENCEDORA DO CERTAME LICITATÓRIO EM EPÍGRAFE DAQUI PORDIANTE DENOMINADA SIMPLEMENTE RECORRIDA, O QUE FAZ COM FULCRO NA LEI 10.520/2002, NO EDITAL, TERMO DE REFERÊNCIA E TODA LEGISLAÇÃO QUE REGE OS PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS EM COMENTO E NAS RAZÕES QUE SE ANEXAM. REQUERENDO DESDE LOGO O SEU CONHECIMENTO E PROCESSAMENTO COM AS CAUTELAS DA LEI.

PARA SER PRÉVIO:
DECISÕES DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, RELATIVAS À APLICAÇÃO DE NORMAS GERAIS DE LICITAÇÃO, SOBRE AS QUAIS CABE PRIVATIVAMENTE À UNIÃO LEGISLAR, DEVEM SER ACATADAS PELOS ADMINISTRADORES DOS PODERES DA UNIÃO, DOS ESTADOS, DO DISTRITO FEDERAL E DOS MUNICÍPIOS. SÚMULA 222

VERIFICADA A ILEGALIDADE DE ATOS ADMINISTRATIVOS, CABE DETERMINAR A ADOÇÃO DAS PROVIDÊNCIAS NECESSÁRIAS AO EXATO CUMPRIMENTO DA LEI, NA FORMA DO ART. 45, CAPUT, DA LEI Nº 8.443/1992. ACÓRDÃO 78/2010 PLENÁRIO (SUMÁRIO)

DAS RAZÕES RECURSO ADMINISTRATIVO

TRATA-SE DE RECURSO ADMINISTRATIVO QUE VISA REFORMAR, IN TOTUM, A DECISÃO QUE JULGOU COMO VENCEDORA DO CERTAME EM APREÇO A EMPRESA RECORRIDA.

CONFORME SERÁ DEMONSTRADO, A RECORRIDA NÃO ATENDE AS EXIGÊNCIAS DO EDITAL E DE TODA A LEGISLAÇÃO QUE REGE A MATÉRIA, MOTIVO PELO QUAL DEVE SER DESCLASSIFICADA PELAS SEGUINTE RAZÕES:

DA PROPOSTA DA RECORRIDA:

Empresa DECLAROU ser SIMPLES NACIONAL (01/01/2011), declarando em seus contratos firmados R\$ 2.440.320,44.

ORGÃO: DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTE
CONTRATO ASSINADO EM 19/02/2018 A 18/02/2019
OBJETO: PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE LIMPEZA, CONSERVAÇÃO E HIGIENIZAÇÃO, SERVIÇO DE COPEIRAGEM, SERVIÇO DE GARÇOM E SERVIÇO DE JARDINAGEM.
A EMPRESA DEVERIA TER SE EXCLUIDO SIMPLES NACIONAL

A lei Complementar 123/06 é bem clara quando diz em seu Inciso XII do Artigo 17 quanto a proibição de empresas prestadoras de Serviços Contínuos de Cessão ou Locação de Mão-de-obra , vejamos o que diz:

Art. 17. Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou a empresa de pequeno porte

I - [...]

XII - que realize cessão ou locação de mão-de-obra (grifo nosso)

Por outro lado as Atividades de Vigilância Patrimonial, Limpeza e Conservação que também é uma prestação de Serviços Contínuos de Cessão ou Locação de Mão-de-obra, ficarão de fora desta proibição, ou seja, podem ser optantes do Simples Nacional, conforme diz o parágrafo 1º desse mesmo artigo, vejamos:

§ 1º As vedações relativas a exercício de atividades previstas no caput deste artigo não se aplicam às pessoas jurídicas que se dediquem exclusivamente às atividades referidas nos §§ 5º-B a 5º-E do art. 18 desta Lei Complementar, ou as exerçam em conjunto com outras atividades que não tenham sido objeto de vedação no caput deste artigo.

O parágrafo 5º C, Inciso VI do Artigo 18, diz textualmente a que estas atividades podem sim ser optantes do Simples nacional, vejamos

5º-C. Sem prejuízo do disposto no § 1º do art. 17 desta Lei Complementar, as atividades de prestação de serviços

seguintes serão tributadas na forma do Anexo IV desta Lei Complementar, hipótese em que não estará incluída no Simples Nacional a contribuição prevista no inciso VI do caput do art. 13 desta Lei Complementar, devendo ela ser recolhida segundo a legislação prevista para os demais contribuintes ou responsáveis:

I – [...]

VI – serviço de vigilância, limpeza ou conservação.

Logo nos primeiros anos do Estatuto das Micros e Pequenas Empresas (Lei Complementar 123) houveram muitas dúvidas à respeito da possibilidade das empresas prestadoras de serviços de Cessão de Mão-de-obra, mesmo sendo uma Microempresa ou Empresa de Pequeno Porte poder ou não participar destas licitações.

Estas dúvidas que existiam foram sanados através de diversos Acórdãos e Decisões do Tribunal de Conta da União – TCU, no qual destaco os Acórdãos: Acórdão n.º 2798/2010-Plenário e o Acórdão n.º 2798/2010-Plenário, conforme o que se segue:

A condição de optante não impede a empresa de participar de licitação cujo objeto envolva cessão de mão de obra. Representação formulada ao Tribunal noticiou possíveis irregularidades no âmbito de pregão eletrônico destinado à contratação da prestação de serviços de copeiragem, com fornecimento de materiais/produtos destinados ao atendimento dos diversos órgãos que compõem a Administração Central da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) – Brasília/DF. A representante intentou o expediente perante o TCU em razão, basicamente, de decisão da pregoeira da ECT, que, a partir de recurso administrativo de outra licitante, reformou sua decisão inicial, na qual havia declarado vencedora do certame a representante. Em razão do recurso, a pregoeira entendeu ser devida a inabilitação da representante. Ao examinar a matéria, o relator destacou que o deslinde da questão envolvia a análise da possibilidade de participação de empresa optante pelo Simples Nacional em licitações de cessão e locação de mão de obra, ante a vedação expressa contida no art. 17 da Lei Complementar 123, de 2006 – LC 123/2006, que estabelece tal regime diferenciado de tributação. Inicialmente, destacou o relator que os serviços licitados, copeiragem, estariam enquadrados na referida vedação e, portanto, não poderia a representante desfrutar dos benefícios do regime de tributação do Simples. No entanto, isso “não constitui óbice à participação em licitação pública, pois, consoante destacou a unidade técnica, a Lei Complementar nº 123/2006 não faz qualquer proibição nesse sentido, tampouco a Lei de Licitações”. Desse modo, “inexistindo vedação legal, o caminho a ser trilhado por empresa optante pelo Simples Nacional que eventualmente passe a executar serviços para Administração, mas que se enquadre nas hipóteses vedadas pela lei, seria, como sugerido pela unidade técnica, a comunicação, obrigatória, à Receita Federal da situação ensejadora da exclusão do regime diferenciado, sob pena das sanções previstas na legislação tributária”, providência essa já adotada pela representante em licitação anterior, promovida pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios – MPDFT, na qual se sagrara vencedora. Todavia, considerando os argumentos apresentados pelos responsáveis da ECT, baseados em entendimentos do próprio TCU, o relator deixou de imputar-lhes sanções, votando tão somente pela expedição de determinação à entidade para adoção de providências com vistas à anulação do ato irregular (inabilitação da representante), bem como pela expedição de recomendação corretiva, de que, em licitações futuras, “faça incluir, nos editais, disposição no sentido de obrigar a contratada a apresentar cópia do ofício, com comprovante de entrega e recebimento, comunicando a assinatura do contrato de prestação de serviços mediante cessão de mão de obra (situação que gera vedação à opção pelo Simples Nacional) à Receita Federal do Brasil, no prazo previsto no art. 30, § 1º, inc. II, da Lei Complementar nº 123, de 2006”. O Plenário acolheu o voto do relator. Acórdão n.º 2798/2010-Plenário, TC-025.664/2010-7, rel. Min. José Jorge, 20.10.2010.

Nas licitações cujo objeto envolva cessão de mão de obra, a empresa optante será excluída de tal regime a partir do mês subsequente ao da contratação.

Ainda na representação oferecida ao Tribunal noticiando possíveis irregularidades no âmbito de pregão eletrônico destinado à contratação da prestação de serviços de copeiragem, com fornecimento de materiais/produtos destinados ao atendimento dos diversos órgãos que compõem a Administração Central da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) – Brasília/DF, outra questão fundamental seria a data de início dos efeitos da exclusão do regime do Simples Nacional. Para o relator, com base nos arts. 28, 29 e 30 da LC 123/2006, são duas as formas pelas quais se materializa a exclusão do Simples Nacional, com consequências distintas, conforme explicitado pela unidade técnica: “no caso de opção pela exclusão, a data de vigência dos efeitos se dá a partir de 1º de janeiro do ano-calendário subsequente. Já no caso de incidência das vedações, a empresa é excluída a partir do mês seguinte à ocorrência da situação impeditiva”. Na espécie, a representante “solicitou sua exclusão do Simples Nacional via ‘opção’, o que, consequentemente, só gera efeitos a partir de 31/12/2010, permanecendo a empresa até lá no regime diferenciado, não obstante já tenha incorrido na vedação prevista na lei desde o momento em que começou a prestar serviços para o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios”. Contudo, para o relator, a situação não constituiria “motivo para penalizar a empresa, tolhendo-a de participar ou contratar com a Administração”. O que ocorrera, no caso concreto, foi o equívoco quanto ao enquadramento da exclusão da representante, que não deveria ter sido por “opção”, com efeitos a partir de 1º janeiro do ano-calendário subsequente (2011, no caso), mas sim pelo fato de ela incidir em vedação desde 1º de julho de 2010, data de assinatura do contrato com o MPDFT. Todavia, para o relator, a despeito do erro de enquadramento, a representante, na licitação examinada, não contou com privilégios tributários, conforme declarado pela própria ECT, uma vez que na sua proposta não fora utilizada a tributação pelo regime do Simples Nacional. Assim sendo, votou pela expedição de recomendação corretiva à entidade, de que, em licitações futuras, “faça incluir, nos editais, disposição no sentido de que a licitante, optante pelo Simples Nacional, que venha a ser contratada, não poderá beneficiar-se da condição de optante e estará sujeita à exclusão obrigatória do Simples Nacional a contar do mês seguinte ao da contratação, em consequência do que dispõem o art. 17, inciso XII, o art. 30, inciso II, e o art. 31, inciso II, da Lei Complementar nº 123”. O Plenário acolheu o voto do relator. Acórdão n.º 2798/2010-Plenário, TC-025.664/2010-7, rel. Min. José Jorge, 20.10.2010.

CONCLUSÃO:

Conforme jurisprudências do TCU podem afirmar que, qualquer Microempresa ou Empresa de Pequeno Porte optante ou não do Simples Nacional poderão participar de licitações cujo objeto é Cessão ou locação de Mão-de-obra que não seja Vigilância Patrimonial ou Limpeza e Conservação, porém os preços apresentados não poderão receber os benefícios do Simples nacional.

E Ainda, Se a empresa vencedora for Optante do Simples Nacional a mesma é obrigada a fazer comunicação junto a Receita Federal e consequentemente perderá os benefícios do Simples Nacional.

DO PEDIDO

A EMPRESA ORA RECORRENTE, ABILITY NEGÓCIOS EIRELI, REQUER A DESCLASSIFICAÇÃO DA RECORRIDA, UMA VEZ QUE NÃO CUMPRIU OS REQUISITOS LEGAIS, VEZ QUE NÃO ATENDEU ÀS EXIGÊNCIAS DO EDITAL, DA LEGISLAÇÃO VIGENTE E DEMONSTROU O DESCUMPRIMENTO INTEGRAL DAS NORMAS DA CLT MENCIONADOS, OS VALORES FORAM APLICADOS ERRONEAMENTE EM SUAS PALNILHAS DE CUSTOS.

DAÍ QUE, INOBSERVADAS AS REGRAS ATRAVÉS DO PREGOEIRO E SUA EQUIPE, TEM O DIREITO DE RETIFICAR O ATO ADMINISTRATIVO DALI ADVINDO, NÃO SENDO O MESMO POSTO NOS TRILHOS DA LEGALIDADE, CONSTITUI-SE CLARA INFRAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

ASSIM ANTE TODO O EXPOSTO, REQUER A PETICIONÁRIA, QUE SEJA RECEBIDO O PRESENTE RECURSO, INTIMANDO OS DEMAIS LICITANTES PARA QUERENDO IMPUGNÁ-LO NO PRAZO DE LEI, E, APÓS, SE NÃO EXERCIDO O JUÍZO DE RETRATAÇÃO, QUE SEJA INFORMADO E ENCAMINHADO À AUTORIDADE SUPERIOR PARA JULGAMENTO, A FIM DE REFORMAR A DECISÃO E DESCLASSIFICAR A EMPRESA RECORRIDA E CONSEQUENTEMENTE, ADITANDO À FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO OS MOTIVOS FÁTICOS E JURÍDICOS ALINHAVADOS NESTA PEÇA RECURSAL.

DE TUDO, PEDE-SE E ESPERA DEFERIMENTO.

MANAUS, 08 DE AGOSTO DE 2020.

ABILITY NEGOCIOS EIRELI

AMÓS BRAGA
TITULAR

Fechar