**PREGÃO ELETRÔNICO Nº 01/2011**

**PROCESSO ADMINISTRATIVO N.º 08204.000833/2011-57**.

**JULGAMENTO DE RECURSO**

Trata-se da contratação de empresa especializada na prestação de serviço de copeiragem com vistas a atender as necessidades da Academia Nacional de Polícia.

2. O objeto da licitação foi licitado por meio de item único, com menor preço global.

3. Inconformada com a decisão do Pregoeiro, no que diz respeito à aceitação da proposta de preços e habilitação da empresa da empresa SATURNY COMÉRCIO E SERVIÇOS DE MATERIAIS E EQUIPAMENTOS PROFISSIONAIS E INDUSTRIALIZADOS LTDA-ME, CNPJ: 09.072.538/0001-86, doravante denominada Recorrida, a empresa WORLD SERVICE SERVIÇOS TÉCNICOS LTDA, CNPJ: 04.386.852/0001-10, doravante denominada Recorrente, impetrou, tempestivamente, recurso administrativo cuja cópia segue anexada aos autos, bem como está disponível para visualização no sistema comprasnet, insurgindo-se contra a decisão do pregoeiro, com fulcro nas disposições contidas no art. 26 do Decreto nº 5.450, de 31/05/2005.

4. Conquanto a modalidade de licitação pregão, na forma eletrônica, realiza-se por meio de disputa efetuada à distância em sessão pública, por meio de sistema que promova a comunicação via Internet, no caso, o portal eletrônico de compras do Governo Federal – *Comprasnet*, foi acatada pelo pregoeiro a intenção de recurso manifestada pela RECORRENTE, tendo-se estabelecido, no mesmo portal eletrônico, as datas limite para registro de Recurso (pela recorrente), Contra-Razão (pela recorrida) e Decisão (por parte do pregoeiro), nos termos do estabelecido no Item 13 do edital e conforme o art. 26 do Decreto nº 5.450, de 31/05/2006.

5. Tanto a Recorrente quanto a Recorrida apresentaram, tempestivamente, seus argumentos, registrados por meio eletrônico, conforme a regra expressa.

6. Embora em seu registro de intenção de recurso a Recorrente tenha questionado apenas a planilha de custos da RECORRIDA, no tocante aos encargos sociais e tributos, em suas razões além do questionamento referido, também colocou em dúvida os atestados de capacidade técnica apresentadas pela empresa Recorrida.

7. Em resumo alega a RECORRENTE que a proposta apresentada pela empresa Recorrida deixou de consignar em seus custos os valores correspondentes ao SESC, SENAI, INCRA e SEBRAE, além de apresentar percentuais de tributos diferentes do que determina a legislação em vigor e que os atestados de capacidade técnica apresentados pela Recorrida não se apresentam compatíveis com o objeto licitado.

8. Em face dos argumentos apresentados requer à imediata inabilitação/desclassificação da empresa RECORRIDA, e que seja feita diligência nos atestados de capacidade técnica citados, a fim de sanar qualquer dúvida sobre os mesmos e que caso não seja esse o entendimento requer que o recurso seja encaminhado a Autoridade Superior.

9. Por sua vez, a empresa RECORRIDA alega em suas contra-razões que a RECORRENTE extrapolou o registro de intenção de recurso, solicitando que o Pregoeiro deixe de conhecer as razões recursais no que pertine aos atestados de capacidade técnica da Recorrida.

10. Acerca dos questionamentos sobre a planilha de custos apresentados pela RECORRENTE, a empresa Recorrida alega que as empresas que gozam dos benefícios da LC nº 123/2006, ao serem contratadas para obras ou serviços que extrapolem tal legislação, deverão, após a contratação, buscar seu desenquadramento perante o órgão fazendário. Ressaltando que tais empresas não estão impedidas de participar das licitações cujo objeto seja a prestação de serviços vedados pela Lei Complementar, mas se acaso forem contratadas, deverão buscar a modificação de seu regime tributário.

11. Em face das contra-razões apresentadas requer que o Pregoeiro não conheça das razões do recurso que se referem aos seus atestados de capacidade técnica, pois conforme a mesma, o tema não foi objeto do registro da intenção de recurso e, portanto, houve decadência e que julgue como desprovido o recurso interposto, considerando-se, em especial, que a planilha de custos apresentada por ela foi elaborada de acordo com o seu regime diferenciado de tributação, atendendo, portanto, à legislação e à decisão do TCU. Acrescenta a Recorrida que, se acaso a mesma for contratada, deverá, no prazo legal, buscar seu desenquadramento junto ao Órgão competente.

**É O RELATÓRIO**

**I. DO EXAME DO MÉRITO**

12. Estabelece o art. 14 do Decreto nº 5.450/2005 que para a habilitação dos licitantes será exigida, exclusivamente, a documentação relativa: “*I -...: II - à qualificação técnica;”.*

13. Estabeleceu o edital em seu subitem 11.3.4 que para fins de habilitação deveria ser apresentado “*Atestado(s) de Capacidade Técnica, fornecido por pessoa jurídica de direito público ou privado, devidamente registrado no Conselho Regional de Administração – CRA comprovando que a empresa licitante tenha prestado ou esteja prestando, a contento, serviço de mesma natureza e compatível com o objeto previsto neste edital.”*

14. Subsidiariamente, estabelece a Lei nº 8.666/93, em seu Art. 30, inciso II, que a documentação relativa á qualificação técnica limitar-se-á à: “*II – comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;*”.

15. Diligenciou o pregoeiro no sentido de verificar junto aos expedidores dos atestados de capacidade técnica a autenticidade dos mesmos, sendo confirmada tanto a veracidade como os fornecimentos satisfatórios.

16. Em segundo, note-se que juntamente com aqueles atestados foram apresentados os devidos Registros de Comprovação de Aptidão – RCA expedidos pelo Conselho Regional de Administração do Distrito Federal.

17. Estabeleceu o edital em seu subitem 4.12: “*Não será admitido que o recolhimento dos encargos sociais (tais como: INSS, SESI ou SEC, SENAI ou SENAC, INCRA, Salário Educação, FGTS, Seguro Acidente Trabalho/SAT/INSS, SEBRAE, Férias, 13º salário e outros), informados nas planilhas sejam calculados em percentuais inferiores aos estabelecidos na legislação.*

18. A planilha de custos e formação de preços encaminhada pela RECORRIDA foi objeto de solicitação de ajuste para a devida adequação ao seu Regime Tributário vigente, qual seja SIMPLES NACIONAL, portanto obedecendo ao texto legal do art. 3º, II da Lei Complementar 123/2006 e pela Instrução Normativa 02/2008 do MPOG.

19. Ao mencionar que houve vantagem indevida pela escolha do regime tributário pela RECORRIDA não lhe assiste razão, não somente pela quantidade de empresas melhor qualificadas ao final da fase de lances, inclusive empresas não optante pelo simples, mas também pela diferença mínima comparada às propostas dos licitantes subseqüentes.

20. Por outro lado, cabe trazer à baila o caráter instrumental da planilha de custos e formação de preços, preconizado pela Instrução Normativa 02/2008 MPOG. Esse instrumento visa, basicamente, subsidiar a Administração com informações sobre a composição do preço a ser contratado de modo a aferir sua exeqüibilidade. Sendo ainda a peça fundamental para auxiliar no processo de repactuação, no reajustamento de preços e na análise do reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos.

21. Cabe esclarecer que o processo de disputa na obtenção do melhor preço ocorreu de forma isonômica. Registra-se que o inconformismo da RECORRENTE em relação ao resultado é natural, contudo o objetivo de se cotejar várias propostas, é que a escolha do vencedor do certame, seja aquele que reúna as melhores condições objetivas para a prestação de serviço que atenda ao interesse público.

22. Conforme análise da planilha de custos e formação de preços da empresa Recorrida verifica-se que a mesma atendeu ao estipulado no supracitado subitem do edital, na medida em que foram cotados corretamente todos os valores relativos aos encargos previdenciários e FGTS, submódulo 4.1, bem como os valores relativos aos tributos, módulo 5, obedeceram a legislação pertinente.

23. Verifica-se, através da análise das atas do pregão, que a condição de optante pelo simples nacional, por parte da empresa Recorrida, não comprometeu a competitividade da licitação, preservando-se, portanto, o princípio da isonomia.

24. A Lei Complementar nº 123/2006, trouxe benefícios as microempresas e empresas de pequeno porte, instituindo o Simples Nacional, e principalmente, objetivando reduzir a desigualdade das mesmas com as demais no mercado comercial, acarretando com isso, uma concorrência legal entre as empresas em geral, ao tratar os desiguais na medida de sua desigualdade. Neste diapasão, esta Lei Complementar tem amparo Constitucional, em seus artigos 170, inciso I, e 179, in verbis;

[...]

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. [(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc06.htm#art1)

[...]

Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

[...]

25. A aceitação e habilitação da empresa RECORRIDA, somente ocorreu em face da inabilitação de outras licitantes, que haviam ofertado valores menores que os da referida empresa em suas respectivas propostas.

26. Destarte, há jurisprudência no Colendo Tribunal de Contas da União em que corrobora tal entendimento:

*“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”.*

No mesmo *writ* há pormenores considerações que se seguem:

*“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”.*

27. Assim, a RECORRIDA, após a assinatura do contrato, deverá apresentar cópia dos ofícios, com comprovantes de entrega e recebimento, comunicando a assinatura do contrato de prestação de serviços mediante cessão de mão de obra (situação que gera vedação a opção por tal regime tributário) às respectivas Secretarias Federal, Estadual, Distrital e/ou Municipal, no prazo previsto no inciso II do § 1º do artigo 30 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 e alterações.

**II- CONCLUSÃO**

27. Por todo o exposto, **decido** considerar **improcedente** o recurso administrativo impetrado pela empresa WORLD SERVICE SERVIÇOS TÉCNICOS LTDA, negando-lhe provimento e mantendo a decisão que aceitou a proposta de preços e habilitou a empresa SATURNY COMÉRCIO E SERVIÇOS DE MATERIAIS E EQUIPAMENTOS PROFISSIONAIS E INDUSTRIALIZADOS LTDA-ME, relativamente ao Pregão Eletrônico nº 01/2011-ANP/DGP/DPF.

28. Submeta-se, por conseguinte, o assunto à consideração da autoridade competente em respeito ao § 4º, do art. 109, da Lei de Licitações, para, após deliberação, se for o caso, promover a pertinente Adjudicação e Homologação.

Brasília/DF, 31 de agosto de 2011.

**HUGO DE OLIVEIRA ARRUDA**

Pregoeiro da ANP/DPF

Acolho na íntegra os argumentos expendidos pelo senhor Pregoeiro, os quais, adoto como razões de decidir. Destarte, mantenho como vencedora do item 01 do certame a empresa SATURNY COMÉRCIO E SERVIÇOS DE MATERIAIS E EQUIPAMENTOS PROFISSIONAIS E INDUSTRIALIZADOS LTDA-ME **CNPJ: 09.072.538/0001-86**.

**DISNEY ROSSETI**

Delegado de Polícia Federal

Diretor da ANP/DGP/DPF