

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DA PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO CARLOS

PREGÃO ELETRÔNICO Nº 150/2021

PROCESSO Nº 13600/2021

CONVIDA REFEIÇÕES LTDA., pessoa jurídica de Direito Privado, inscrita no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas do Ministério da Fazenda sob o número 05.599.283/0001-53, estabelecida à Av. Jabaquara, 2958, conj. 43, Mirandópolis, no município de São Paulo, estado de São Paulo, CEP: 04640-500, telefone: (11) 5085-8005, e-mail: licitacoes.licita@denadai.com.br, vem mui respeitosamente, através de seu representante legal, o **Sr. Eduardo Camilo de Aguiar**, portador da cédula de identidade nº 40.346.004-9, inscrito no CPF nº 356.136.418-70, infra-assinado, **RAZÕES DE RECURSO**, pelos motivos de direito e fato a seguir expostos.

Trata-se de licitação a qual tem por objeto:

“1. DO OBJETO

1.1. O objeto deste Pregão Eletrônico é **CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA SERVIÇOS DE AUXILIARES DE ALIMENTAÇÃO PARA ATENDER A NECESSIDADE DA SECRETARIA MUNICIPAL DE EDUCAÇÃO DO MUNICÍPIO DE SÃO CARLOS**, conforme especificações deste instrumento convocatório e seus anexos.”

Após fase de lances, restou vencedora a empresa MV SERVICOS LTDA – ME. Ocorre que após análise dos documentos de habilitação da empresa vencedora, foi possível constatar o não atendimento das exigências contidas no Edital de Licitação.

Notadamente é possível verificar que a empresa vencedora não possui em seu contrato social objeto vinculado a objeto do certame, como é possível verificar, em nenhum momento é mencionado o fornecimento de alimentação, ou mão de obra, ou

qualquer situação que pudesse ser linkada com objeto do pregão, o qual é **CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA SERVIÇOS DE AUXILIARES DE ALIMENTAÇÃO.**

Mesma situação é verificada em seus CNAES, obtido na RFB:

“CÓDIGO E DESCRIÇÃO DAS ATIVIDADES ECONÔMICAS SECUNDÁRIAS

47.61-0-01 - Comércio varejista de livros (Dispensada *)

81.11-7-00 - Serviços combinados para apoio a edifícios, exceto condomínios prediais

81.21-4-00 - Limpeza em prédios e em domicílios

82.11-3-00 - Serviços combinados de escritório e apoio administrativo (Dispensada *)

85.11-2-00 - Educação infantil - creche

85.12-1-00 - Educação infantil - pré-escola

85.92-9-99 - Ensino de arte e cultura não especificado anteriormente (Dispensada *)

85.99-6-04 - Treinamento em desenvolvimento profissional e gerencial (Dispensada *)

85.99-6-99 - Outras atividades de ensino não especificadas anteriormente

87.11-5-05 - Condomínios residenciais para idosos e deficientes físicos

93.13-1-00 - Atividades de condicionamento físico

96.09-2-99 - Outras atividades de serviços pessoais não especificadas anteriormente”

Tal situação impede sua habilitação, haja vista que o edital é claro no objeto do certame.

Mesma situação é vista nos atestados apresentados, visto a expressa solicitação do Edital:

“8.5.1. Atestado(s) fornecido(s) por pessoa jurídica de direito público ou privado, em nome da empresa, que comprovem a aptidão para desempenho de atividade **pertinente e compatível com o objeto da licitação.**”

Porem foram apresentados atestados de limpeza, cuidador e digitador, nada relacionado com alimentação, sendo afronta ao edital. Considerando o objeto do Edital que traz especificidades na contratação da mão de obra, não é possível a apresentação de

atestados de mão de obra genéricos, que não guardem pertinência e compatibilidade com objeto do certame.

Mesma situação refere-se à inexequibilidade dos preços ofertados pela licitante vencedora. Após análise da planilha de custos apresentada, notamos que a mesma não contempla todos os custos.

A empresa utilizou o Simples Nacional em sua proposta. Porém não poderia fazer isso. Ocorre que no fornecimento de mão de obra é vedado a utilização do simples nacional na composição de custos, haja vista que a empresa será obrigada ao descredenciamento do simples quando da contratação.

Tal exigência encontra amparo na Lei Complementar nº 123/2006, que trás a seguinte disposição em seu artigo 17:

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

(...)

XII - que realize cessão ou locação de mão-de-obra;”

Resta claro que os serviços pretendidos se encaixam em cessão de mão de obra, sendo vedado a utilização do regime do simples nacional.

Em relação a participação de empresas optantes pelo regime tributário do

Simples Nacional, frise-se que a empresas optantes pelo Simples Nacional não estão impedidas de participar da licitação, contudo não podem se beneficiar dos benefícios tributários desse regime tanto durante a fase licitatória quanto na fase de execução do contrato administrativo.

O Acórdão Nº 797/2011 – TCU – Plenário, analisou denúncia de que uma empresa venceu licitação para copeiragem e recepção cotando alíquotas tributárias do Simples, o que lhe teria concedido vantagem sobre as concorrentes. Em análise, entendeu o TCU pela possibilidade de participação mas sem possibilidade de fruição do benefício do Simples Nacional, in verbis:

“A condição de optante pelo Simples Nacional não impede empresa de participar de licitação cujo objeto envolva a cessão de mão de obra, mas a licitante que venha a ser contratada não poderá beneficiar-se daquela condição.

Representação apontou possíveis irregularidades na condução do Pregão Eletrônico nº 24/2011, promovido pela Companhia Energética de Alagoas (CEAL), visando à contratação de serviços especializados em recepção. A autora da representação destacou que a empresa Veja Comércio e Serviços Ltda. – ME, por recolher impostos e contribuições na forma do Simples Nacional, só poderia “participar de licitação cujo objeto seja pertinente ao descrito na Lei Complementar n. 123/2006, sob pena de desvirtuar diversos princípios do direito, dentre eles, o da legalidade e o da igualdade”. O relator considerou serem duas as questões abordadas no processo: a) apresentação pela citada empresa de proposta de preços utilizando-se dos benefícios decorrentes da sua opção pelo Simples Nacional; b) ausência de previsão no edital do certame de que a empresa proponente não poderia estar beneficiada pelo sistema de tributação do Simples Nacional, tendo em vista o disposto no art. 17, inciso XII, da Lei Complementar nº 123/2006. Observou, quanto à primeira dessas questões, que a empresa Vega Ltda. – ME enviou planilhas retificadas, já cotadas “com base na tributação pelo Lucro Presumido e com o mesmo valor unitário proposto inicialmente no contrato assinado, mantendo-se, assim, como a proposta mais vantajosa para a CEAL”. A despeito disso, considerou necessário expedir determinação à CEAL impondo a formalização desses ajustes e sua exclusão do referido sistema de tributação. Em relação à segunda questão enunciada, ressaltou que a jurisprudência deste Tribunal aponta no sentido de que “a condição de optante pelo Simples Nacional não impede a empresa de participar de licitação cujo objeto envolva a cessão de mão de obra (Acórdão nº 2.798/2010 – Plenário)”. Mas a licitante que venha a ser contratada, “não poderá beneficiar-se da condição de optante e estará sujeita à exclusão do Simples

Nacional (...)"'. O Tribunal, ao endossar proposta do relator, decidiu: I) informar à CEAL sobre a necessidade de "incluir nos editais de suas licitações disposição no sentido de que, em ocorrendo as hipóteses de que tratam os arts. 17, inciso XII, e 30, inciso II, da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, seja vedada à licitante, optante pelo Simples Nacional, a utilização dos benefícios tributários do regime tributário diferenciado na proposta de preços e na execução contratual (com relação ao recolhimento de tributos), ressaltando que, em caso de contratação, estará sujeita à exclusão obrigatória desse regime tributário diferenciado a contar do mês seguinte ao da assinatura do contrato, nos termos do art. 31, inciso II, da referida lei complementar, conforme já decidido neste Tribunal no Acórdão nº 797/2011 – Plenário"; II) determinar à CEAL que regularize o contrato firmado com a empresa vencedora do Pregão Eletrônico nº 24/2011, de modo a ajustá-lo à orientação acima transcrita. Acórdão n.º 341/2012-Plenário, TC-033.936/2011-0, rel. Min. Raimundo Carreiro, 15.2.2012."

No mesmo sentido, é o que dispõe a Orientação Normativa AGU Nº 53, de 25 de abril de 2014:

"A EMPRESA QUE REALIZE CESSÃO OU LOCAÇÃO DE MÃO DE OBRA, OPTANTE PELO SIMPLES NACIONAL, QUE PARTICIPE DE LICITAÇÃO CUJO OBJETO NÃO ESTEJA PREVISTO NO DISPOSTO NO § 1º DO ART. 17 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 123, DE 2006, DEVERÁ APRESENTAR PLANILHA DE FORMAÇÃO DE CUSTOS SEM CONTEMPLAR OS BENEFÍCIOS DO REGIME TRIBUTÁRIO DIFERENCIADO."

O Comitê Gestor do Simples Nacional **define "cessão ou locação de mão-de-obra" como sendo a colocação à disposição da empresa contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de trabalhadores que realizem serviços contínuos relacionados ou não com sua atividade fim, quaisquer que sejam a natureza e a forma de contratação.** Por colocação à disposição da empresa

contratante entende-se a cessão do trabalhador, em caráter não eventual, respeitados os limites do contrato (Resolução CGSN nº 58, de 27 de abril de 2009)

Assim, as empresas que prestam serviços à Administração Pública, na modalidade de execução indireta das atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares, conforme estabelecido no Decreto 2.271/1997, exercem a atividade econômica genérica de cessão ou locação de mão de obra. É por isso que as despesas da União com contratos de prestação de serviços terceirizados são registrados na rubrica 33903700 – locação de mão de obra, do SIAFI.

Baseado nisso, o TCU emitiu o Acórdão nº 2.798/2010 – Plenário. Ali ficou entendido de que determinada empresa optante do Simples pode participar de licitações cujo objeto seja a prestação de serviços vedados pela LC 123/2006, desde que comprovada a não utilização do regime tributário diferenciado na proposta de preços e que, caso venha a ser contratada, comunique o FISCO para ser excluída do Simples e passe a recolher os tributos pelo regime comum.

Ou seja: a empresa hoje é optante do Simples porque presta serviços apenas de limpeza. Decide concorrer numa licitação para auxiliares de alimentação. Na sua proposta, não pode usar as alíquotas do Simples. E se for contratada, deve informar à Receita e deixar de adotar o Simples, não apenas para aquele contrato, mas para todas as suas atividades, inclusive as de limpeza que já vinha prestando em outros eventuais contratos.

Veja-se que a LC 123/2006 é taxativa. As disposições do art. 30, II c/c com art. 31, II determinam a exclusão do Simples, obrigatoriamente, quando as ME ou EPP incorrerem em qualquer das situações de vedação e os efeitos passam a valer a partir do mês seguinte da ocorrência da situação impeditiva.

Por causa disso, o TCU criou um regulamento interno para suas áreas administrativas:

"Assim, na constatação de qualquer situação impeditiva de opção pelo Simples Nacional pelas microempresas ou empresas de

pequeno porte contratadas pelas unidades gestoras executoras do TCU, as mesmas deverão ser consideradas excluídas do Simples Nacional, estando sujeitas às retenções de todos os tributos devidos. A situação de impedimento de opção pelo Simples Nacional deverá ser comunicada à Secretaria da Receita Federal do Brasil e à microempresa ou empresa de pequeno porte contratada, mediante ofício.”

De forma análoga, no Acórdão Nº 797/2011 – TCU – Plenário, ficou determinado à entidade o seguinte:

“1. incluir nos editais de suas licitações disposição no sentido de que, em ocorrendo as hipóteses de vedação de opção pelo Simples Nacional (arts. 17, XII, e 30, II, da LC 123/2006), seja vedada à licitante, optante pelo Simples Nacional, a utilização dos benefícios tributários desse regime na sua proposta de preços e na execução contratual (com relação ao recolhimento de tributos), ressaltando que, em caso de contratação, estará sujeita à exclusão obrigatória desse regime tributário diferenciado a contar do mês seguinte ao da assinatura do contrato, nos termos do art. 31, inciso II, da referida lei complementar; 2. no momento imediatamente anterior à assinatura de seus contratos, verifique se a licitante vencedora, que iniciará a prestação de serviços à entidade, não se enquadra em quaisquer das vedações previstas na LC 123/2006, tomando, se for o caso, as providências para que a Secretaria da Receita Federal do Brasil tenha imediata ciência da situação.”

Como bem assevera o TCU, não há impedimentos na participação, apenas na formulação do preço utilizando o benefício tributário do simples nacional. Isto posto, considerando a vedação imposta a LC 123/2006, não é possível aceitar a referida planilha de custos.

Ocorre que, na ocasião do ajuste da planilha o preço fica inexequível, haja vista a margem mencionada pela empresa vencedora em sua planilha.

Ainda, há diversos erros de cálculo que comprometem o valor ofertado, apenas a título de exemplo, os valores mais expressivos estão na carga tributária sobre o faturamento.

O valor do funcionário conforme planilha é de R\$ 2.854,93. Sendo assim, impostos como PIS, COFINS e ISS tem incidência sobre este valor e não sobre o custo do funcionário conforme demonstrado em sua planilha. Assim, 3,65% de PIS e COFINS tem o valor de R\$ 104,20 e não R\$ 50,54 como colocado na planilha. ISS tem custo de 2% que é igual a R\$ 57,09 e não R\$ 27,69. Nota-se que aqui não estamos falando de simples nacional, ou seja, não importa o regime o valor do imposto incide sobre o valor de venda e não sobre o custo.

Portanto os percentuais de impostos devem ser aplicados sobre o valor de venda, nesse caso R\$ 2.854,93. Apenas nestes 2 pontos a planilha fica desfalcada em R\$ 4.150,00/mês, valor 3 x superior aos R\$ 1.385,00/mês a título de lucro e despesas administrativas colocado na planilha da empresa vencedora.

Diante dessas condições resta impossível manter a habilitação da empresa MV SERVICOS LTDA – ME, sendo que deve ser inabilitada.

Ante o exposto, requeremos:

- a) A inabilitação da empresa MV SERVICOS LTDA – ME por não ter atendido ao Edital e ter enviado proposta contrariando a LC 123/2006.
- b) Caso está não seja a decisão tomada, que os autos sejam remetidos a autoridade hierarquicamente superior para manifestação e deliberação.

Termos em que p. deferimento,
São Paulo, 31 de janeiro de 2022.

Eduardo Camilo de Aguiar

Avenida Jabaquara, 2958 – Conj.43, Mirandópolis – São Paulo – SP – CEP: 04046-500 – Fone: 11-50855000 – CNPJ
05.599.283/0001-53 – IE 148.630.352.115 – CCM: 3.929.851-5