

À

BB TECNOLOGIA E SERVIÇOS S/A

Diretoria Administrativa e Financeira

Gerência de Suprimentos e Gestão de Contratos

Ilmo. Sr. Pregoeiro,

Referência: Licitação Eletrônica nº 2021/05

DINÂMICA FACILITY ADMINISTRAÇÃO PREDIAL LTDA., já devidamente qualificada na Licitação Eletrônica em epígrafe, vem, respeitosamente à presença de Vossa Senhoria, por intermédio de seu representante legal, com fundamento no artigo 59, §1º da Lei nº 13.303/2006 e item 9.1 do instrumento convocatório, interpor **RECURSO ADMINISTRATIVO** em face da decisão que declarou vencedora a empresa *Atlântico Engenharia Ltda.*, aduzindo, para tanto, as razões abaixo delineadas.

DA TEMPESTIVIDADE

A Lei nº 13.303/2006 prevê que “os recursos serão apresentados no prazo de 5 (cinco) dias úteis após a habilitação e contemplarão, além dos atos praticados nessa fase, aqueles praticados em decorrência do disposto nos incisos IV e V do caput do art. 51 desta Lei”. Corroborando tal entendimento, tem-se que o item 9.1 do edital possibilita a interposição de recurso administrativo, no prazo de 5 (cinco) dias úteis, após a declaração de vencedor da licitação.

Ante a declaração de vencedora da licitante Atlântico Engenharia Ltda., a Recorrente registou sua intenção de recurso no dia 26.01.2022, sendo o **presente recurso administrativo tempestivo.**

DOS FATOS

Trata-se de licitação eletrônica promovida pela BB Tecnologia e Serviços Ltda., por intermédio da Diretoria Administrativa e Financeira/Gerência de Suprimentos e Gestão de Contratos, com a finalidade de contratar “*empresa especializada para prestação de serviços de gestão, manutenção predial preditiva, preventiva, corretiva e sob demanda nos sistemas, equipamentos e instalações prediais de modo a atender as*

necessidades da Sede da BB TECNOLOGIA E SERVIÇOS S.A. em Brasília, localizada no Edifício Espaço 508 Norte – SEPN 508 – Lote 7, Asa Norte, Brasília/DF, nos termos e condições constantes desta Especificação Técnicas e seus anexos”.

Após a fase de lances, a empresa Atlântico Engenharia Ltda foi declarada vencedora do certame. Ocorre, no entanto, que a referida decisão merece ser reformada, haja vista que a **Recorrida utilizou-se de benefício tributário vedado** para a área referente ao objeto ora licitado.

A decisão recorrida merece ser integralmente reformada, conforme passa-se a demonstrar.

DO MÉRITO

⇒ DA UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE BENEFÍCIO FISCAL:

Conforme se pode observar da proposta comercial apresentada, a empresa Atlântico Engenharia, na qualidade de beneficiária da desoneração fiscal, cotou os encargos de INSS, por funcionário (em todos os postos), igual a zero e em contrapartida lançou o percentual de 4,5% sobre a receita bruta, fazendo incidir as benesses da Lei 12.546/2011:

B - ENCARGOS SOCIAIS INCIDENTE:	
GRUPO 1	
1.1. INSS	0,00%

C - TRIBUTOS	
DESCRIÇÃO	%
ISS	2,00%
PIS/Pasep	0,65%
Cofins	3,00%
CPRB	4,50%
TOTAL	10,15%

Percebe-se que mesmo a “proposta ajustada” da Recorrida contém os mesmos vícios acima identificados. Os vícios na planilha decorrem da forma de cotar os preços tratando-se de **hipótese excepcional**, criada por lei, que substitui a regra geral atinente à alíquota e à base de cálculo da contribuição previdenciária, a qual **NÃO ESTÁ COERENTE COM EMPRESAS QUE PRESTAM SERVIÇOS DE GESTÃO, MANUTENÇÃO PREDIAL PREDITIVA (etc), POR AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL NESSE SENTIDO.**

Com vista a elucidar essa questão, cumpre-nos destacar o art. 7º e 7º-A da referida lei, que tratam sobre o tema:

Art. 7º Até 31 de dezembro de 2023, poderão contribuir sobre o valor da receita bruta, excluídos as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos, em substituição às contribuições previstas nos incisos I e III do caput do art. 22 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991:

I - as empresas que prestam os serviços referidos nos §§ 4º e 5º do art. 14 da Lei nº 11.774, de 17 de setembro de 2008 ; (Incluído pela Lei nº 12.715, de 2012) (Produção de efeito e vigência)

(...)

III - as empresas de transporte rodoviário coletivo de passageiros, com itinerário fixo, municipal, intermunicipal em região metropolitana, intermunicipal, interestadual e internacional enquadradas nas classes 4921-3 e 4922-1 da CNAE 2.0

IV - as empresas do setor de **construção civil**, enquadradas nos grupos 412, 432, 433 e 439 da CNAE 2.0; (Incluído pela Lei nº 12.844, de 2013) (Vigência)

(...)

VII - as empresas de **construção de obras de infraestrutura**, enquadradas nos grupos 421, 422, 429 e 431 da CNAE 2.0 (...)

(...)

Art. 7º-A. A alíquota da contribuição sobre a receita bruta prevista no art. 7º será de 4,5% (quatro inteiros e cinco décimos por cento), exceto para as empresas de call center referidas no inciso I, que contribuirão à alíquota de 3% (três por cento), e para as empresas identificadas nos incisos III, V e VI, todos do caput do art. 7º, que contribuirão à alíquota de 2% (dois por cento)

Pela simples leitura dos artigos acima colacionados, restou demonstrado que **NÃO HÁ** permissão legal para que a recorrida adote a alíquota zerada, tal qual foi **ILEGALMENTE** adotado em sua proposta. Assim, a **proposta está inexecutável** e **não respeita a disposição infraconstitucional**, o que apenas em vistas do princípio da legalidade já deve acarretar a **desclassificação da Recorrida**.

O enquadramento tributário da empresa dependerá da análise de seu CNAE, bem como das atividades efetivamente prestadas. O objeto social da Recorrida contempla amplo elenco de atividades que incluem desde “CNAE 43.22-3-02: Instalação e manutenção de sistemas centrais de ar condicionado, de ventilação e refrigeração” até “CNAE 81.30-3-00 - Atividades paisagísticas” e a atividade econômica eleita como principal 43.21-5-00 - Instalação e manutenção elétrica.

Resta demonstrado que o CNAE da atividade principal desenvolvida pela Requerida NÃO se refere à construção civil, mas sim aos **SERVÇOS ESPECIALIZADOS PARA CONSTRUÇÃO**, os quais **NÃO ESTÃO ABRANGIDOS PELO BENEFÍCIO DA DESONERAÇÃO FISCAL**.

Em situação análoga, a Receita Federal do Brasil – RFB, na Solução de Consulta nº 296, analisou questão semelhante, referente à **consulta sobre interpretação da legislação tributária federal relativa à contribuição previdenciária substitutiva prevista no art. 7º, inciso I, da Lei nº 12.546**, de 14 de dezembro de 2011. No caso análogo, a empresa autodeclarava-se executora de serviços de TI e TIC, mas prestava, em sua essência, serviços de apoio administrativo.

Assim, a Receita Federal do Brasil esclareceu que “*cingindo-se a esse objeto, verifica-se que o contrato social da Consulente prevê a execução de serviços de tecnologia da informação (TI) e de tecnologia da informação e comunicação (TIC). Contudo, para que determinada empresa fique sujeita ao regime de tributação substitutivo consubstanciado no art. 7º, inciso I, da Lei nº 12.546, de 2011, **não basta a existência de previsão dos referidos serviços no contrato social. É necessária a sua efetiva execução**”.*

Já no caso em comento, a Recorrida utiliza-se de “subatividades”, as quais não integram o rol de atividades do objeto licitado, para habilitar-se ao benefício tributário. Nesse sentido, válido questionar **se a Recorrida efetivamente executa esse tipo de atividade e se, para este certame, é possível a utilização da lei de desoneração**.

Entretanto, o que chama mais atenção e deve ser discutido, é se participação no certame desta natureza, com a utilização do benefício da desoneração, **traz justiça e igualdade entre as participantes**.

Levando-se em consideração as atividades que serão prestadas no futuro contrato com o Banco do Brasil, bem como as empresas efetivamente especializadas em gestão, manutenção predial preditiva, preventiva (dentre outras), ter-se-á a incidência de alíquotas sob a forma da Lei 8.212/92, cuja contribuição social incide com o percentual de 20% sobre a folha de pagamento (art. 22, inciso I). Mas ao se admitir a participação de empresas com a utilização de alíquotas diferentes – exceto no caso de ME e EPP que relativizam o princípio da isonomia com amparo em lei – haverá empresas de mesmo **porte disputando com valores absolutamente diferentes (de forma contrária à Lei)**, o que frustra o caráter competitivo **e, em especial, a isonomia entre as licitantes**.

Sabe-se que o nicho de empresas que prestam serviços gestão, manutenção predial, etc, **não estão contempladas pelo benefício da desoneração da folha de pagamento** tendo que, obrigatoriamente, cotar o percentual de 20% a título de INSS, calculado sobre a remuneração de cada um dos pretensos postos de trabalho. Assim, no procedimento licitatório, a divergência de percentuais traz sensível alteração no valor das propostas, na medida em que a **oneração ordinária (20%) é bastante superior ao percentual de 4,5% sobre a receita.**

A consequência lógica dessa situação é que empresas que não possuem, em seu âmbito de atividade, as funções elencadas pela Lei 12.546/2011, **não concorreram de maneira igualitária**, o que traz desequilíbrio ao certame.

Para melhor elucidar a questão, vale apresentar trechos do Parecer nº 11/2016/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU, que trata do recolhimento de contribuição previdenciária sobre a receita bruta em licitações e contratos administrativos, uma vez que elucidam exatamente os erros cometidos pela Recorrida quanto à sua documentação:

“18. Por sua vez, os §§ 13 a 16 do artigo 9º da Lei nº (12.546/2011 introduzidos pela Lei nº 13.161/2015) explicam como é feita a opção pelo regime de desoneração da folha de pagamentos:

Art. 9º (...)

§ 13. A opção pela tributação substitutiva prevista nos arts. 7º e 8º será manifestada mediante o pagamento da contribuição incidente sobre a receita bruta relativa a janeiro de cada ano, ou à primeira competência subsequente para a qual haja receita bruta apurada, e será irretroativa para todo o ano calendário.

§ 14. Excepcionalmente, para o ano de 2015, a opção pela tributação substitutiva prevista nos arts. 7º e 8º será manifestada mediante o pagamento da contribuição incidente sobre a receita bruta relativa a novembro de 2015, ou à primeira competência subsequente para a qual haja receita bruta apurada, e será irretroativa para o restante do ano.

§ 15. A opção de que tratam os §§ 13 e 14, no caso de empresas que contribuem simultaneamente com as contribuições previstas nos arts. 7º e 8º, valerá para ambas as contribuições, e não será permitido à empresa fazer a opção apenas com relação a uma delas.

§ 16. Para as empresas relacionadas no inciso IV do caput do art. 7º, a opção dar-se-á por obra de construção civil e será manifestada mediante o pagamento da contribuição incidente sobre a receita bruta relativa à competência de cadastro no CEI ou à primeira competência subsequente para a qual haja receita bruta apurada para a obra, e será irretroativa até o seu encerramento.

(...)

36. De igual modo, a empresa que explora tanto atividades que se podem sujeitar à desoneração da folha de pagamentos, quanto atividades que não se podem sujeitar a este regime, mas que aufera 5% ou menos de sua receita bruta total nestas últimas atividades recolherá apenas a contribuição previdenciária sobre a receita bruta, como se todas as suas atividades se pudessem sujeitar ao regime de desoneração da folha de pagamentos. É o que preveem o §§ 5º e 6º do artigo 9º da Lei nº 12.546/2011 (introduzidos pela Lei nº 12.715/2012):

Art. 9º (...)

“§ 5º O disposto no § 1º aplica-se às empresas que se dediquem a outras atividades, além das previstas nos arts. 7º e 8º, **somente se a receita bruta decorrente de outras atividades for superior a 5% (cinco por cento) da receita bruta total.**

(...)

44. De acordo com a solução de Consulta nº 38/2012 da Disit/SRRF01, a contribuição previdenciária patronal das empresas que exploram concomitantemente, atividades que podem sujeitar-se a atividades que não podem sujeitar-se à desoneração da folha de pagamento será calculada da seguinte maneira:

a) em relação às atividades que podem sujeitar-se à desoneração da folha de pagamentos, mediante aplicação da alíquota prevista pela Lei nº 12.546/2011 sobre a receita bruta destas atividades;

b) em relação às atividades que não podem sujeitar-se à desoneração da folha de pagamentos, mediante aplicação de alíquota específica sobre o total de remunerações pagas, devidas ou creditadas aos empregados ou prestadores de serviços que exercem todas as atividades exploradas por estas empresas, suscetíveis ou não de aplicação do regime de desoneração da folha de pagamentos;

c) a alíquota específica mencionada na letra “b” é o produto que resulta da multiplicação da alíquota prevista pela Lei nº 8.212/1991 pelo quociente entre a receita bruta das atividades que não podem sujeitar-se à desoneração da folha de pagamentos (de um lado) e a receita bruta total (de outro).

(...)

51. Logo é certo que, para a Secretaria da Receita Federal do Brasil (órgão encarregado da arrecadação da contribuição previdenciária patronal), a base de cálculo de tal tributo, em relação às atividades que não podem sujeitar-se à desoneração da folha de pagamentos, seria o total de remunerações pagas, devidas ou creditadas aos empregados (ou prestadores de serviços) que exercem todas as atividades exploradas por estas empresas, pouco importando se tais atividades poderão sujeitar-se ou não à desoneração da folha de pagamentos.

52. Este posicionamento da Secretaria da Receita Federal do Brasil é de extrema relevância, uma vez que repercute sobre o preenchimento das planilhas de custos e formação de preços que acompanham as propostas dos licitantes ou que instruem os pedidos de revisão (5º do artigo 65 da Lei nº 8.666/1993) ou os pedidos de repactuação de preços formulados pelos contratados, nos casos em que tais licitantes ou contratados comprovadamente hajam optado pelo regime tributário conhecido como “desoneração da folha de pagamentos”, exerçam concomitantemente atividades sujeitas e não sujeitas a este regime tributário, e as obras ou serviços contratados pela administração estejam sujeitos a ele.

53. É QUE, NESTES CASOS, NÃO BASTARÁ AO LICITANTE OU CONTRATADO, NAS PLANILHAS DE CUSTOS E FORMAÇÃO DE PREÇOS, ZERAR (OU MESMO ELIMINAR DO MÓDULO 4) A RUBRICA RELATIVA À CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIARIA PATRONAL INCIDENTE SOBRE A REMUNERAÇÃO DEVIDA AO EMPREGADO (DENOMINADA DE “INSS” NO ANEXO III-A DA INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 02/2008 DA SLTI) E, EM CONTRAPARTIDA, INCLUIR NO MÓDULO 5 UMA RUBRICA RELATIVA À CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA INCIDENTE SOBRE A RECEITA BRUTA. NÃO SE PODE PERDER DE VISTA QUE SOBRE AS REMUNERAÇÕES DOS EMPREGADOS COLOCADOS À DISPOSIÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO, AINDA QUE NÃO EXERCAM ATIVIDADES SUJEITAS À DESONERAÇÃO DA FOLHA DE PAGAMENTOS, CONTINUA A INCIDIR A

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA PATRONAL DE QUE TRATA O ARTIGO 22 DA LEI Nº 8.212/1991.

54. É bem verdade que a alíquota desta contribuição previdenciária não será de 20%. Consoante se explicou, dividir-se-á a receita bruta das atividades que não podem sujeitar-se à desoneração da folha de pagamentos pela receita bruta total e, em seguida, multiplicar-se-á este quociente pela alíquota prevista pela Lei nº 8.212/1991, de modo a reduzi-la”

Logo, se uma empresa produzir tipos diferentes de produtos ou prestar diferentes tipos de serviços, sendo apenas alguns deles elencados na Lei, ela deverá proporcionalizar sua receita de acordo com os serviços/produtos enquadrados e não-enquadrados na Lei e recolher a contribuição previdenciária em duas guias: uma parcela sobre a receita e outra parcela sobre a folha.

Esta medida reduzirá o valor das contribuições previdenciárias a recolher, de acordo com o percentual resultante da razão entre a receita bruta de atividades não relacionadas aos serviços ou à fabricação dos produtos e a receita bruta total.

Nos meses em que não auferirem receita relativa às atividades abrangidas, as empresas deverão recolher as contribuições previstas nos incisos I e III do caput do art. 22 da Lei no 8.212, de 1991, sobre a totalidade da folha de pagamento, não sendo aplicada a proporcionalidade. Nos meses em que não auferirem receita relativa a atividades não abrangidas, as empresas deverão recolher a contribuição nelas prevista, não sendo aplicada a proporcionalização.

Aplica-se às empresas que se dediquem a outras atividades, além das previstas, somente se a receita bruta decorrente dessas outras atividades for superior a cinco por cento da receita bruta total. Conclui-se, portanto, que a licitante ATLÂNTICO ENGENHARIA LTDA não poderia, SOB HIPÓTESE ALGUMA, ter zerado o custo relativo ao INSS.

A referida ilegalidade acarreta na **inexequibilidade da proposta da Recorrida**, sendo **MEDIDA COGENTE A SUA DESCLASSIFICAÇÃO**, nos termos dos itens 6.3, 7.3.1 e 7.3.4 do instrumento convocatório.

É incontroverso que os atos administrativos relacionados a procedimentos para contratações públicas são VINCULATIVOS, tendo como parâmetro a Lei de regência e o próprio instrumento de convocação. Tanto é assim que o princípio balizador dos atos praticados pelos administradores públicos é o da VINCULAÇÃO AO EDITAL, descrito no artigo 31 da Lei nº 13.303/2016.

Logo, as licitantes não podem deixar de cumprir nenhuma das exigências previstas no instrumento convocatório, sendo este ponto de extrema preocupação para não gerar ônus em face do particular ou até mesmo do próprio Contratante. No caso em tela, cotação ilegal de benefício fiscal indevida pela Recorrida afeta diretamente os valores apresentados em sua proposta, já que sem os parâmetros corretos, o valor proposto é extremamente menor do que a das demais licitantes.

A isonomia entre as concorrentes é medida fundamental para que se concretize o julgamento objetivo da licitação, não podendo este Órgão deixar de analisar as propostas de acordo com os termos e condições exigidas no edital. Quando há violação aos princípios da isonomia e da vinculação ao edital, como no caso em tela, **o procedimento licitatório perde seu caráter competitivo e frustra seu objetivo.**

Nesse sentido, a jurisprudência é pacífica:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO EDITAL. ISONOMIA ENTRE OS LICITANTES. O princípio da vinculação ao edital restringe o próprio ato administrativo às regras editalícias, impondo a inabilitação da empresa que descumpriu as exigências estabelecidas no ato convocatório. **O afastamento dos requisitos estabelecidos no edital privilegia a agravante em detrimento dos demais interessados no certame, ferindo o princípio da isonomia dos concorrentes.**

(TRF-4 - AG: 50274586420144040000 5027458-64.2014.404.0000, Relator: VIVIAN JOSETE PANTALEÃO CAMINHA, Data de Julgamento: 10/02/2015, QUARTA TURMA)

REPRESENTAÇÃO. EDITAL DO PREGÃO ELETRÔNICO 5069/2010. REALIZAÇÃO DE INSPEÇÕES TÉCNICAS COM INFRAÇÃO AO DISPOSTO NO ART. 3º, DA LEI 8.666/93. **INOBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA IMPESSOALIDADE, DO JULGAMENTO OBJETIVO, DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO E DA ISONOMIA ENTRE OS LICITANTES.** AUDIÊNCIA. OITIVA. DILIGÊNCIA. RAZÕES DE JUSTIFICATIVAS INSUFICIENTES PARA AFASTAR A IRREGULARIDADE. CONHECIMENTO. REPRESENTAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. MULTA. COMUNICAÇÃO AOS INTERESSADOS. RELATÓRIO

(TCU - RP: 00880520121, Relator: AROLDO CEDRAZ, Data de Julgamento: 17/05/2017, Plenário)

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. EDITAL. INOBSERVÂNCIA À REGRA EXPRESSA. INABILITAÇÃO. PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. 1. A parte autora não atendeu às exigência do edital, de modo que admitir que permaneça no certame implicaria fragilização e ofensa ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, além de privilégio indevido a um dos concorrentes (com o afastamento de critério estabelecido objetivamente no edital e aplicado a todos), o que fere o princípio da igualdade. **2. A jurisprudência do eg. Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que o princípio da vinculação restringe o próprio ato administrativo às regras editalícias.**

impondo a desclassificação do licitante que descumprir as exigências previamente estabelecidas.

(TRF-4 - AC: 50055113720144047215 SC 5005511-37.2014.4.04.7215, Relator: SÉRGIO RENATO TEJADA GARCIA, Data de Julgamento: 24/04/2019, QUARTA TURMA)

Resta devidamente comprovado que a **proposta apresentada pela Recorrida é inexecutável**, haja vista que a Recorrida se utilizou indevidamente da desoneração da folha de pagamento, situação excepcional a qual esta não está enquadrada.

Portanto, a decisão que declarou a Recorrida vencedora deve ser reformada, determinando sua imediata desclassificação, nos termos dos itens 6.3, 7.3.1 e 7.3.4 do instrumento convocatório.

DOS PEDIDOS

Por todo o exposto, requer seja o presente recurso administrativo recebido, acolhido e provido, com a finalidade de reformar a decisão ora recorrida, com a finalidade de declarar desclassificada a empresa Atlântico Engenharia Ltda, haja vista a indevida utilização de benefício fiscal a qual, por consequência, acarreta na inexecutabilidade da proposta, além de evidenciar o descumprimento das normas editalícias, nos termos dos itens 6.3, 7.3.1 e 7.3.4.

Na hipótese, ainda que remota, de não ser reformada a decisão ora objurgada, requer que o presente recurso seja remetido à autoridade superior, como recurso hierárquico para melhor apreciação.

Termos em que pede deferimento.

Brasília, 01 de fevereiro de 2022.

DINÂMICA FACILITY ADMINISTRAÇÃO PREDIAL LTDA

Marcus Vynnicius Pedrosa Dinorah

Diretor Comercial