



Processo:	Data: 13/03/2019	Rubrica:	Folhas:
-----------	---------------------	----------	---------

Senhora Secretária,

Tendo em vista o pedido de recursos impetrados pela empresa: **ESPAÇO SERVIÇOS ESPECIALIZADOS LTDA, CNPJ 06.159.080/0001-09**, referente ao Pregão Presencial nº 002/2019 realizado em 25/02/2019, encaminhado para avaliação a análise sobre os fatos apresentados.

Vale ressaltar que o objeto deste pregão é a contratação de empresa especializada em prestação de Serviços técnicos contínuos Socioassistenciais e Administrativos, devidamente formalizado através do Processo Administrativo: 090000304/2018 e com embasamento legal nas Leis: 10.520/02, 8.666/93, Instrução Normativa nº 05 de 26 de maio de 2017 – do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão e demais decretos correlatos.

Em ato contínuo, vale destacar que os recursos apresentados possuem caráter legal, uma vez que foram formalizados no término do pregão, e possuem caráter tempestivo, tendo em vista os prazos abertos para colher as razões e contrarrazões.

A saber:

“Fica aberto o prazo recursal, podendo os que manifestaram a intenção, fazerem a juntada de memoriais no prazo de 03 (três) dias uteis, ou seja, até o dia 28/02/2019, ficando os demais desde logo intimados a apresentarem as contrarrazões em igual número de dias, que começarão a contar do término do prazo recursal, ou seja, do dia 01/03/2019 até 08/03/2019.”

- Texto retirado da ata do pregão 002/2019, realizado em 25/02/2019, pela Secretaria Municipal de Administração – SMA da Prefeitura de Niterói.

Sendo a análise introdutória já realizada, prossigo para análise do recurso:

Em primeira análise, a empresa faz menção ao **PREGÃO ELETRÔNICO 002/2019**, o que não condiz com a modalidade do pregão em tela. Certo de que houve erro material na elaboração da peça recursal, sigo para análise dos fatos apresentados.

Em segunda análise, a empresa colocou em questão o item 3.1 do edital, onde a mesma nos traz a seguinte informação:

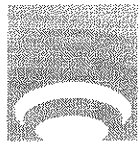
“3 - DAS CONDIÇÕES PARA PARTICIPAÇÃO

3.1 Poderão participar deste Pregão Presencial Empresas especializadas cujo objetivo social contenha atividades compatíveis com o fornecimento do objeto desta licitação, observada a necessária qualificação, e que satisfaçam às exigências deste edital, inclusive quanto à documentação constante deste instrumento e seus anexos.”

Onde a empresa **ESPAÇO SERVIÇOS ESPECIALIZADOS LTDA** alega que a empresa vencedora do certame (**ESPAÇO, CIDADANIA E OPORTUNIDADES SOCIAIS - ECOS**), não possui em seu estatuto a previsão necessária para o fornecimento do objeto em questão – conforme exigido pelo art. 3.1 do edital, além do previsto no art. 13 da IN 05 de 26/05/2017.

Como fundamento, a requisitante (**ESPAÇOS SERVIÇOS ESPECIALIZADOS LTDA - ESPAÇO**) aponta o disposto nos artigos 2º, 3º e 4º do estatuto da ECOS.

A saber:



Processo:	Data: 13/03/2019	Rubrica:	Folhas:
-----------	---------------------	----------	---------

Art. 2 – A ECOS tem por finalidade promover por todos os meios a cidadania efetiva das pessoas, especialmente aquelas com deficiência, e grupos em situações de desvantagens sociais, através de capacitação de recursos humanos, de atividades esportivas diversificadas em diferentes modalidades, promovendo a preparação, treinamento e **geração de oportunidades de trabalho através da alocação e agenciamento de postos de trabalho**; a realização de seminários, congressos, cursos, ciclo de debates e pesquisa, publicação e atividades sociais, desportivas e de lazer, culturais e de ensino em geral, sobretudo gestão de projetos e unidades educacionais, visando a plena integração desses cidadãos à sociedade; o desenvolvimentos de ações de engenharia e arquitetura, como meio de transformação social, ações científicas, ambientais, culturais, assessoria técnica educacional, jurídica e outras com o mesmo fim, visando também a integração internacional.

Art. 3 – No desenvolvimento de suas atividades, a ECOS presta serviços gratuitos, permanente e sem qualquer discriminação de gênero, etnia, cor, orientação sexual e religião ou deficiência.

Art. 4 - A ECOS dentro de suas finalidades poderá **firmar contratos e convênios para ações conjuntas, intercâmbios e alocação de mão-de-obra**, de pessoas especialmente aquelas com deficiência, com órgãos e entidades públicas ou privadas nacionais ou estrangeiras. Da mesma forma poderá se filiar ou integrar quadro de participantes de organizações ou entidades afins nacionais ou estrangeiras.

Sobre esta temática, é notório a dificuldade da comissão em encontrar a relação exata do objeto nos contratos sociais dos licitantes. Portanto, com o objetivo de evitar a restrição a competitividade do certame, foi aceito todos os licitantes que continham a previsão de fornecimento de mão-de-obra ou postos de trabalho, ou seja, de mesma natureza jurídica. Além disso, a devida comprovação de aptidão para atendimento do objeto pode ser conferido através da qualificação técnica.

O que vem de encontro ao contido no Acórdão 2893/2011 - Segunda Câmara:

“Acórdão 2893/2011 - Segunda Câmara

PROCESSO APARTADO DE RELATÓRIO DE AUDITORIA. TRANSFERÊNCIAS VOLUNTÁRIAS DA UNIÃO PARA O MUNICÍPIO DE QUIRINÓPOLIS/GO. NÃO PARCELAMENTO DO OBJETO LICITADO. INSUFICIÊNCIA DE DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA PARA LICITAR. **HOMOLOGAÇÃO DE LICITAÇÃO PARA EMPRESA DE RAMO DISTINTO DO OBJETO**. ATRASO INJUSTIFICADO DE OBRA CONVENIADA. AUDIÊNCIA. ACOLHIMENTO PARCIAL DAS JUSTIFICATIVAS DO PREFEITO. ACOLHIMENTO DAS JUSTIFICATIVAS DO DIRIGENTE DA ENTIDADE CONCEDENTE. EXPEDIÇÃO DE ALERTA. ARQUIVAMENTO

14. Vale destacar o terceiro julgado acima mencionado (Acórdão 7459/2010 - Segunda Câmara), que esclarece que **não há vedação completa à participação de entidades sem fins lucrativos em licitações. A objeção do TCU refere-se, especificamente, à ausência de nexo de causalidade entre o objeto da licitação e as áreas de atuação definidas como objetivo social seja de entidades com ou sem fins lucrativos.**

15. No âmbito do Poder Judiciário, foi encontrado precedente em que também enfatiza a importância da compatibilidade entre os referidos objetos. O TJ/SP decidiu não caracterizar restrição ao caráter competitivo do procedimento licitatório a previsão no edital da necessidade de haver correlação entre as atividades desempenhadas pela empresa - previstas no objeto social - com as atividades atinentes ao objeto que será contratado. Nesse sentido, decidiu o TJ/SP:

Tribunal de Justiça de São Paulo

Agravo de Instrumento nº 8787105700, Rel. Luis Cortez, j. em 17/02/2009.

“De outra parte, ao estabelecer que a proponente deve estar regularmente constituída e no seu objeto social exista previsão de execução de atividades compatíveis com o objeto do edital, a recomendação não estabelece exigência específica não prevista em lei, uma vez que atividade regular da empresa pressupõe atividade dentro do seu objeto social e a noção de compatibilidade é bastante ampla, sem



Processo:	Data: 13/03/2019	Rubrica:	Folhas:
-----------	---------------------	----------	---------

restringir a competitividade, eventual abuso na sua aplicação só poderá ser avaliado após julgamento das habilitações”.

16. *Percebe-se que esses entendimentos buscam resguardar o fiel cumprimento do objeto contratado, pois é evidente que uma empresa que se submete à licitação cujo objeto se relaciona a seu espectro de atividades terá – em princípio – melhores condições de atender à Administração que uma empresa que sequer fez menção, ainda que remota, em seu contrato social ao referido objeto.*

17. *Por óbvio, o caso concreto é que determinará a capacidade da empresa de atender ao objeto buscado pela contratante. Não se pode olvidar a existência de empresas estruturadas de maneira tal que são capazes de atuar nas mais diversas áreas comerciais e empresariais. Porém, a prudência e o zelo pela coisa pública obrigam o gestor a se prevenir contra o não cumprimento do contrato. Uma das formas de fazê-lo é verificando o ramo de atuação da licitante com o objeto licitado.*

18. *A relação entre o contrato social e a atividade efetivamente desempenhada pelas empresas privadas já mereceu comentário do Professor Marçal Justen Filho. O ilustre doutrinador ponderou que o contrato social não pode representar um estorvo para a atuação da respectiva pessoa jurídica. Isso porque não vigora no Brasil o princípio da especialidade da pessoa jurídica. Ou seja, entende que o contrato social não estabelece limites precisos para atuação da pessoa jurídica. Segundo ele, a fixação do objeto social visa precipuamente à fiscalização da atividade dos administradores da sociedade.*

19. Nessa perspectiva, defende que não é necessário que haja uma correlação exata entre os mencionados objetos. Mas, reconhece que as exigências de compatibilidade buscam assegurar a Administração de que aqueles que participarão do certame terão condições de cumprir o objeto. De todo modo, ressalta que essas exigências não podem impedir que os teoricamente aptos a licitar participem do certame. Nesse aspecto, cumpre mencionar lição contida em artigo do advogado Miguel Teixeira Filho:

2. O tratamento jurídico aplicável

A questão do objeto social da pessoa jurídica frente a uma contratação sujeita a licitação, no âmbito da administração pública, exige análise cuidadosa, uma vez que muitos equívocos são cometidos no momento de julgamento das habilitações.

Em absoluto, a descrição da atividade no contrato social não pode se constituir numa amarra para a prática dos atos pela pessoa jurídica.

Conforme MARÇAL JUSTEN FILHO (Comentários à Lei de Licitações, 9ª ed. Dialética, p. 303) no Direito Brasileiro não vigora o princípio da especialidade da pessoa jurídica, de tal modo que o contrato social não confere “poderes” para a pessoa jurídica praticar atos dentro de limites precisos. A pessoa jurídica tem personalidade jurídica ilimitada.

Lembra o administrativista que a fixação do objeto social destina-se, tão somente, a produzir efeitos de fiscalização da atividade dos administradores da sociedade.

Assim sendo, em princípio, ao menos para efeitos de fornecimento para a administração pública, ou a qualquer outra entidade de direito privado, nada impede que uma empresa cujo contrato social consigne que a atividade é, por exemplo, “compra e venda de materiais de construção”, comercialize, além de material de construção, gêneros alimentícios, no mesmo estabelecimento ou em uma filial.

O que pode ocorrer é que tal empresa, por não ter a atividade de venda de gêneros alimentícios inserida no rol de suas atividades no contrato social, tenha algum embaraço no que diz respeito ao seu cadastro nos órgãos fiscais, etc. Mas, em princípio, sob o ponto de vista do direito societário, nada impede que pratique a atividade. Há, neste particular, uma prevalência do exercício de fato da atividade sobre a forma contratual.

O que se precisa averiguar, antes de tudo, é se a natureza jurídica da pessoa jurídica permite a prática da atividade.

E o que se entende por natureza jurídica? Natureza jurídica da pessoa jurídica é a classificação que se faz para diferenciar as sociedades comerciais das sociedades civis, diferenciar estas das associações civis e das fundações, ou ainda, diferenciar as pessoas jurídicas com fins lucrativos das sem fins lucrativos etc.

Ou seja, não se pode admitir que uma sociedade civil (que é o gênero que se dedica exclusivamente a prestação de serviços) pretenda participar de um certame em que o objeto é o fornecimento de mercadorias (que exigiria a natureza jurídica de sociedade comercial, por exemplo).

Ainda há a questão do exercício da atividade ser privativo de determinada categoria profissional. Por exemplo, não se pode pretender contratar uma sociedade de contabilistas para prestar serviços de



Processo:	Data: 13/03/2019	Rubrica:	Folhas:
------------------	----------------------------	-----------------	----------------

assessoria jurídica, posto que tal atividade é privativa de advogados autônomos, inscritos na OAB, ou sociedade exclusivamente composta de advogados, também inscrita na OAB (conforme Lei Federal 8.906/94 – Estatuto da Advocacia e OAB).

Fora destas hipóteses, não se pode pretender invalidar, de modo automático, a prática de determinada atividade por uma sociedade comercial pelo simples fato que aquela atividade não está inserida especificadamente no rol de suas atividades constantes do contrato social.

Vale ainda referência aos ensinamentos de JUSTEN FILHO (ob. loc. cit), para quem o problema do objeto social compatível com a natureza da atividade prevista no contrato a ser firmado se relaciona com qualificação técnica, sendo que, se uma pessoa jurídica apresenta experiência adequada e suficiente para o desempenho de certa atividade, a ausência de previsão expressa desta mesma atividade em seu contrato social não poderia ser empecilho para sua habilitação.

Deve assim, os órgãos julgadores dos procedimentos de licitação, proceder com extrema cautela para não inabilitar indevidamente pessoas jurídicas que poderiam formular, até mesmo, propostas mais vantajosas à Administração.

A orientação do Superior Tribunal de Justiça é que "As regras do edital de procedimento licitatório devem ser interpretadas de modo que, sem causar qualquer prejuízo à administração e aos interessados no certame, possibilitem a participação do maior número possível de concorrentes, a fim de que seja possibilitado se encontrar, entre várias propostas, a mais vantajosa." (Mandado de Segurança 5.606-DF)

Obviamente, no exame de cada caso concreto não se pode deixar de considerar as exceções acima referidas, em que Lei específica restringe a atividade a determinadas categorias, ou ainda quando a natureza jurídica da pessoa jurídica é incompatível com a prestação do serviço ou fornecimento objeto do certame."

Estando este fato pacificado, prosseguimos a análise do próximo ponto questionado pela ESPAÇO:

3.2 – DOS ATESTADOS DE CAPACIDADE TÉCNICA APRESENTADOS PELA RECORRIDA:

A empresa requisitante (ESPAÇO) alega que a empresa recorrida (ECOS) não atendeu os requisitos do subitem 12.4.1, onde faz referência a comprovação de capacidade técnica e no contido do art. 30, inciso I e II da Lei de licitações.

A saber:

"12.4.1 Para fins de comprovação de qualificação técnica, deverão ser apresentados os seguintes documentos:

a) apresentação de atestado(s) de capacidade técnica, emitidos por pessoa jurídica de direito público ou privado, que comprovem aptidão pertinente e compatível com o objeto da licitação."

"Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;

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;"

Sendo assim, acrescento alguns comentários sobre a temática:

Conforme disposto no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal: "o processo licitatório somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis a garantia do cumprimento das obrigações."

O que vai de encontro ao contido no art. 30 da Lei de licitações, prevendo a possibilidade de ser exigido atestados com o objetivo de comprovar a aptidão para desempenho de atividade pertinente e **compatível** em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, bem como a qualificação da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos.



Processo:	Data: 13/03/2019	Rubrica:	Folhas:
-----------	---------------------	----------	---------

Vale destacar que o Tribunal de Contas da União orienta que em casos de licitação para serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra, devem ser exigidos atestados que **comprovem aptidão para gestão de mão de obra, ao invés da comprovação da boa execução de serviços idênticos.**

Destacou-se também a possibilidade de que situações excepcionais requeiram a comprovação de capacidade técnica específica do objeto em disputa. Nessas hipóteses, de acordo com o TCU, a consignação pública e expressa das razões que fundamentam a exigência torna-se requisito indispensável. A propósito, não se trata de entendimento recente, conforme é possível constatar nos seguintes acórdãos relacionados:

Deve-se ter em mente que este Tribunal tem precedentes no sentido de que a compatibilidade entre os serviços anteriores e o serviço licitado deve ser entendida como condição de **similaridade e não de igualdade.**

Acórdão 1.140/2005-Plenário.

"111. Nesse ponto, parece residir a principal discussão a ser enfrentada – que espécie de aptidão deve ser requerida para a execução de contratos de serviços de natureza continuada, em que esteja caracterizada cessão de mão de obra. (...)

114. O que importa é perceber que a habilidade das contratadas na gestão da mão de obra, nesses casos, é realmente muito mais relevante para a Administração do que a aptidão técnica para a execução dos serviços, inclusive porque estes apresentam normalmente pouca complexidade. Ou seja, nesses contratos, dada a natureza dos serviços, interessa à Administração certificar-se de que a contratada é capaz de recrutar e manter pessoal capacitado e honrar os compromissos trabalhistas, previdenciários e fiscais. É situação muito diversa de um contrato que envolva complexidade técnica, como uma obra, ou de um contrato de fornecimento de bens, em que a capacidade pode ser medida tomando-se como referência a dimensão do objeto – que serve muito bem o parâmetro de 50% usualmente adotado."

Acórdão 1.214/2013 – Plenário.

"1.7.1. nos certames para contratar serviços terceirizados, em regra, os atestados de capacidade técnica devem comprovar a habilidade da licitante em gestão de mão de obra, e não a aptidão relativa à atividade a ser contratada, como ocorrido no pregão eletrônico (...);

1.7.2. nos casos excepcionais que fujam a essa regra, devem ser apresentadas as justificativas fundamentadas para a exigência, ainda na fase interna da licitação, nos termos do art. 16, inciso I, da IN 02/08 STLI;"

Após o relatado acima, concluo que toda documentação apresentada - a caráter de qualificação técnica - foi atendida, especialmente o atestado emitido pela Prefeitura Municipal de Mesquita que além do atestado, foi arrolado nos autos o contrato que comprova a gestão de mão de obra.

3.3 – DA AUSÊNCIA DA COTAÇÃO DE ADICIONAL NOTURNO:

Neste ponto cabe ressaltar que o objeto deste pregão é a contratação de empresa especializada na **prestação de serviços** continuados de ocupações socioeducativas e administrativas para auxiliar os trabalhos desta SASDH, conforme instrução normativa nº 05, de 26 de Maio de 2017.

Sendo assim, o que deve ser discutido no âmbito desta administração são os detalhes da prestação dos serviços entre a empresa e esta Secretaria. **Os demais detalhes serão de cunho específico e restrito a empresa vencedora.**

Todavia, como são direitos previstos em Lei e a planilha de custos e formação de preços possui caráter acessório, subsidiário, numa licitação em que o critério de avaliação das propostas é o de menor valor



Processo:	Data: 13/03/2019	Rubrica:	Folhas:
-----------	---------------------	----------	---------

global. Recomendo que a empresa ofertante da melhor proposta possa corrigir a planilha apresentada durante o certame, no entanto, essa possibilidade não pode resultar em aumento do valor total já registrado que serviu como parâmetro comparativo entre os participantes, conforme já pacificado em acórdão TCU.

Acórdão 1.811/2014 – Plenário

“Erro no preenchimento da planilha de formação de preço do licitante não constitui motivo suficiente para a desclassificação da proposta, quando a planilha puder ser ajustada sem a necessidade de majoração do preço ofertado.”

Acórdão 2.546/2015 – Plenário

“A existência de erros materiais ou omissões nas planilhas de custos e preços das licitantes não enseja a desclassificação antecipada das respectivas propostas, devendo a Administração contratantes realizar diligências junto às licitantes para a devida correção das falhas, desde que não seja alterado o valor global proposto.”

Além disso, aos órgãos e entidades subordinados à disciplina das instruções normativas editadas pelo MPOG, a IN nº 02/2008 dispõe expressamente, em seu art. 29-A, §2º, que “erros no preenchimento da planilha não são motivo suficiente para a desclassificação da proposta, quando a Planilha puder ser ajustada sem a necessidade de majoração do preço ofertado, e desde que se comprove que este é suficiente para arcar com todos os custos da contratação”.

Face todo acima exposto, **sugiro o indeferimento do pedido de recurso.**

Em, 13/03/2019

Andrey de Miranda Esposito Saraiva
Coordenador de Patrimônio

Ciente e de acordo.

À SMA,

Solicitando prosseguimento do certame, face o citado acima.

Em, 13/03/2019

Flavia Mariano

Secretária Municipal de Assistência Social e Direitos Humanos