

Pregão Eletrônico

■ Visualização de Recursos, Contrarrazões e Decisões

RECURSO :

À AGÊNCIA REGULADORA DE ÁGUAS, ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO DISTRITO FEDERAL – ADASA

EDITAL DO PREGÃO ELETRÔNICO Nº 09/2020

Ilustríssimo Senhor Pregoeiro

O INSTITUTO BRASILEIRO DE POLÍTICAS PÚBLICAS - IBRAPP, já devidamente qualificado, nos autos do procedimento licitatório em epígrafe, por seu representante, vem, respeitosamente perante Vossa Excelência, apresentar

RECURSO ADMINISTRATIVO

Com fulcro no item 12.2, do Edital

Pelas razões de fato e direito a seguir:

I – PRELIMINARMENTE – QUESTÃO DE ORDEM. DESCONHECIMENTO DA DECISÃO DO ACÓRDÃO Nº 2426/2020 TCU PLENÁRIO PUBLICADO EM 18/09/2020. OFENSA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E ABUSO DE AUTORIDADE. SE O IBRAPP NÃO PUDESSE PARTICIPAR DE LICITAÇÕES O COMPRASNET NÃO PERMITIRIA O SEU CADASTRAMENTO, BEM COMO O TCU NÃO CHANCELARIA A PARTICIPAÇÃO DE ASSOCIAÇÕES SEM FINS LUCRATIVOS.

1. Antes de adentrar ao mérito recursal em si é fundamental e indispensável alguns apontamentos. De início destacaremos, em poucas linhas, o papel do Pregoeiro no certame, vejamos.

2. Com efeito, dispõe o art. 3º, inciso IV da Lei 10.520/2020:

Art. 3º A fase preparatória do pregão observará o seguinte:

[...]

IV - a autoridade competente designará, dentre os servidores do órgão ou entidade promotora da licitação, o pregoeiro e respectiva equipe de apoio, cuja atribuição inclui, dentre outras, o recebimento das propostas e lances, a análise de sua aceitabilidade e sua classificação, bem como a habilitação e a adjudicação do objeto do certame ao licitante vencedor.

3. Já o art. 11, do Decreto Lei 5.450/2005, dispõe que:

Art. 11. Caberá ao pregoeiro, em especial:

I - coordenar o processo licitatório;

II - receber, examinar e decidir as impugnações e consultas ao edital, apoiado pelo setor responsável pela sua elaboração;

III - conduzir a sessão pública na internet;

IV - verificar a conformidade da proposta com os requisitos estabelecidos no instrumento convocatório;

[...];

VI - verificar e julgar as condições de habilitação;

4. Das atribuições legais, destaca-se a análise da aceitabilidade e classificação da proposta do licitante.

5. Esse ponto merece grande destaque, primeiro pelo fato de que o recorrente foi nesse particular desclassificado do certame. Segundo, pelo fato de que esse ponto se revela de grande importância pois os poderes atribuídos ao pregoeiro para essa finalidade não são ilimitados.

6. Esclareço melhor.

7. Com efeito, compete ao pregoeiro praticar atos que sejam indispensáveis para a boa condução da licitação.

8. Ocorre que essa discricionariedade deve seguir limites legais, vale dizer, não cabe ao pregoeiro definir, a seu bel-prazer, como ocorrerá o desenvolvimento do trabalho. Deve, todavia, olhar as diretrizes legais e editalícias, sob pena de ultrapassar sua competência e cometer abuso, além de ferir os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e da legalidade.

9. Os critérios de análise das propostas devem ser objetivos e não subjetivos.

10. Como é cediço "em licitações deve ser aplicada a regra do julgamento objetivo, de forma que o exame sobre o cumprimento ou não das exigências de habilitação é feito sob a regra do "tudo ou nada". Nesse sentido é o posicionamento do pregoeiro que conduz o presente certame, vejamos:

1.8 Em licitações deve ser aplicada a regra do julgamento objetivo, de forma que o exame sobre o cumprimento ou não das exigências de habilitação é feito sob a regra do "tudo ou nada". Assim, o licitante DEFENDER, a rigor, não atendeu a regra do item 12.6.2 'd' do TR e item 11.4 'c' do edital e, portanto, não está habilitada.

1.9. O princípio do julgamento objetivo não permite ao pregoeiro relevar o desatendimento de regras do edital, sob pena de afrontar outros princípios basilares como o da vinculação ao instrumento convocatório, da impessoalidade e da legalidade. Podemos acrescentar, ademais, que nesse caso, ainda que o melhor lance comercial seja o da licitante DEFENDER, o certo é que sua proposta não é a mais vantajosa à Administração. Isso porque, a proposta mais vantajosa não é, necessariamente, a de menor valor; mas sim a proposta de menor valor que, simultaneamente, cumpre as qualificações jurídica, fiscal e econômico-financeira elencadas no edital .

11. Vejamos a jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 4ª região, quando a esse assunto: ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO. PROPOSTA APRESENTADA EM DESACORDO COM O EDITAL. PRINCÍPIOS DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO, DO JULGAMENTO OBJETIVO E DA ISONOMIA. ARTIGOS 3º E 41 DA LEI 8.666/93. 1. O Pregão Eletrônico, enquanto modalidade licitatória de contratação com a Administração Pública, deve ser regido pelos princípios que a orientam, com especial relevo para o da isonomia. Desse modo, assegura-se a igualdade de condições entre os particulares que dela participam, consagrando-se vencedora a proposta que melhor atende, de maneira objetiva, às exigências do edital. 2. Não há qualquer ilegalidade na desclassificação de empresa licitante que apresenta proposta e documentação em desacordo com as exigências do edital de Pregão Eletrônico, em atenção aos princípios da isonomia entre os licitantes, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo, bem como dos artigos 3º e 41 da Lei 8.666/93.(TRF-4 - AC: 50250454120164047200 SC 5025045-41.2016.4.04.7200, Relator: VIVIAN JOSETE PANTALEÃO CAMINHA, Data de Julgamento: 29/07/2020, QUARTA TURMA)

12. O princípio do julgamento objetivo da proposta significa que o administrador deve observar critérios objetivos definidos no ato convocatório para o julgamento das propostas. Logo, afasta a possibilidade de o julgador utilizar-se de fatores subjetivos ou de critérios não previstos no ato convocatório, mesmo que em benefício da própria Administração.

13. Como podemos observar, o princípio do julgamento objetivo é inafastável, não podendo ser mitigado nem mesmo para beneficiar a Administração Pública.

14. Infelizmente não foi isso que aconteceu no presente certame.

15. Ao analisar o recurso administrativo da licitante DEFENDER o senhor pregoeiro atacou a imagem do recorrente IBRAPP e descuidou-se, inobservou os limites que lhe são próprios, se afastou da parametrização e do se fio-condutor – o edital – e cometeu abuso de poder .

16. Como se fosse um delegado de polícia o senhor pregoeiro “noticiou crime”, imputando ao recorrente conduta reprovável. Como um promotor de justiça “ofereceu denúncia” descrevendo os “modus operandi”. E por fim, como um verdadeiro juiz de direito condenou o recorrente a sentença perpétua. Tudo, absolutamente tudo, sem qualquer direito ao contraditório e ampla defesa.

17. Vejamos o que esse douto pregoeiro afirmou de forma categórica, como se tivesse todas as provas de suas afirmações:

5.2.24. Dentre os documentos de habilitação o IBRAPP apresentou uma lista dos seus contratos vigentes. O documento indica que os contratos atualmente firmado pelos IBRAPP junto ao Poder Público, somados, perfazem a impressionante monta de R\$ 67.759.119,16 (sessenta e sete milhões, setecentos e cinquenta e nove mil cento e dezenove reais e dezesseis centavos) - vide pág. 157 do documento 46440488. Os indícios apontam, portanto, para um abuso de personalidade jurídica pelo IBRAPP que, transvestido de associação, tem firmado contratos milionários com diversos órgãos da Administração Pública, vencendo licitações em que compete em pé de desigualdade com empresários e sociedades empresárias cujo regime tributário não lhes permite pratica os preços ofertados por uma associação civil sem fins econômicos. Configura-se nessa hipótese uma flagrante afronta ao princípio da isonomia. O efeito prático das conclusões adotadas nessa decisão é que o IBRAPP não atende a exigência do item 3.1 do edital, pois o objeto social da licitante é incompatível com a execução do objeto proposto, já que a terceirização de mão de obra delineada no Termo de Referência encerra atividade de eminentemente empresarial, cuja prestação não se compatibiliza com os fins institucionais de uma associação civil constituída sob a égide do art. 53 e ss. Do Código Civil. Enfim, o recurso da DEFENDER merece provimento, neste tocante, para alterar a decisão do pregoeiro e inabilitar o Instituto Brasileiro de Políticas Públicas - IBRAPP que, conforme documentação apresentada, não atende às exigências para participar do Pregão Eletrônico 09/2020, Itens 5.2.25. 5.2.26.

18. Veja que o senhor pregoeiro não só desclassifica o recorrente, mas imputa conduta reprovável, criminosa. O senhor pregoeiro deveria, com base no princípio do julgamento objetivo, concluir pelo preenchimento dos requisitos imposto no edital, mas preferiu ir mais além e inobservou a sua competência para julgar.

19. Deveria o senhor pregoeiro se atentar nos limites dos regramentos impostos no edital, de modo a conferir se a proposta do recorrente atende ou não as condições exigidas.

20. Não poderia o senhor pregoeiro se transvestir de autoridade policial, promotor de justiça ou de juiz de direito e ultrapassar sua competência para empreender esforços em busca de máculas do recorrente, ainda mais sem oportunizar contraditório. Não é esse o papel do pregoeiro, sob pena de cometer flagrante abuso de autoridade ou de poder.

21. Nesse sentido a jurisprudência do Tribunal Regional da 1ª Região: ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. INABILITAÇÃO. EXIGÊNCIA NÃO PREVISTA EM EDITAL. BUSCA OFICIOSA DE INFORMAÇÕES. PRINCÍPIO DO JULGAMENTO OBJETIVO. MOTIVOS POSTERIORMENTE INVOCADOS. TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES. 1. [...] 6. O princípio do julgamento objetivo impede que a Comissão de Licitação se valha, para inabilitação de licitante, de instrumentos não previstos no edital, como é o caso da busca oficiosa de informações,

mediante consulta telefônica. 7. Em princípio, não valem para sustentar inabilitação de licitante, em face da teoria dos motivos determinantes, motivos não declinados na respectiva decisão. 8. Remessa oficial a que se nega provimento. (TRF-1 - REO: 27474 DF 2000.34.00.027474-3, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOÃO BATISTA MOREIRA, Data de Julgamento: 04/11/2009, QUINTA TURMA, Data de Publicação: 27/11/2009 e-DJF1 p.119)

22. Com efeito, inexistente procedimento administrativo ou judicial em trâmite, com decisão ou sentença condenatória em que, após todo contraditório, se apurou que o recorrente tenha burlado a lei ou os princípios da administração pública e tenha cometido abuso de personalidade jurídica como afirma o senhor pregoeiro.

23. Somente autoridade competente poderia fazer essa afirmação, e somente após o trânsito em julgado da decisão, observado o contraditório.

24. Até que se sobrevenha sentença transitada em julgada nesse sentido, deve prevalecer o princípio da presunção da inocência, conforme já consolidado entendimento jurisprudencial.

25. Vejamos como vem decidindo o Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROGRAMA MAIS MÉDICOS. AFASTAMENTO INDÍCIOS DE ENVOLVIMENTO EM PROCEDIMENTO CRIMINAL E NO CRM/AM. AUSÊNCIA DE DOCUMENTAÇÃO QUE COMPROVE A INSTAURAÇÃO DE PROCEDIMENTO INVESTIGATIVO, COM GARANTIA DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. SENTENÇA MANTIDA. 1. Hipótese em que o impetrante foi afastado provisoriamente do Programa Mais Médicos ao fundamento que estaria sendo investigado em procedimento criminal no Estado do Amazonas pelo exercício irregular da Medicina devido à ausência de revalidação de seu diploma no Brasil. 2. Viola o princípio constitucional da presunção de inocência o afastamento do médico do Programa Mais Médicos apenas por indícios da prática de algum ato impeditivo, sem que seja instaurado o respectivo procedimento administrativo, com a garantia do contraditório e da ampla defesa, cabendo sua observância, também, no âmbito administrativo, especialmente no caso em apreço, por envolver decisão administrativa de cunho sancionador. 3. Apelação e Remessa a que se nega provimento. (TRF-1 - AMS: 00331361720144013400, Relator: DESEMBARGADORA FEDERAL DANIELE MARANHÃO COSTA, Data de Julgamento: 12/12/2018, QUINTA TURMA, Data de Publicação: 18/02/2019)

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. REGISTRO DE CERTIFICADO DE CONCLUSÃO DO CURSO DE FORMAÇÃO DE VIGILANTES. INEXISTÊNCIA DE ANTECEDENTES CRIMINAIS. INQUÉRITO CRIMINAL/PROCESSO CRIMINAL SEM DECISÃO CONDENATÓRIA TRANSITADA EM JULGADO. ILEGITIMIDADE. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. AGRAVO RETIDO PREJUDICADO. SENTENÇA CONFIRMADA. I - Prejudicado o agravo retido, na espécie dos autos, posto que, com a prolação da sentença de mérito, resta prejudicado o referido recurso, na medida em que a decisão que deferiu a liminar já não mais subsiste, tendo sido integralmente substituída pela sentença de mérito proferida. Precedentes do STJ e desta Corte regional. II - Não obstante se reconheça a legitimidade da exigência de idoneidade moral para o exercício profissional de vigilante, eventual indiciamento do impetrante em Inquérito Policial ou o oferecimento de denúncia em Ação Penal ainda em curso, não tem o condão, por si só, de configurar a ausência daquele requisito, até que seja efetivamente considerado culpado, com o trânsito em julgado de eventual sentença condenatória, em observância ao princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF/88). III - Apelação e remessa oficial desprovidas. Sentença confirmada. (TRF-1 - AMS: 00067477920114013600, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, Data de Julgamento: 16/11/2016, QUINTA TURMA, Data de Publicação: 24/11/2016)

26. Como bem destacado acima e conforme item 5.2.24 da decisão que desclassificou o recorrente esse pregoeiro condenou o IBRRAPP com o afastamento do certame apenas com base em indícios.

27. Há, portanto, flagrante violação aos limites da competência desse douto pregoeiro que se afastou do critério objetivo do julgamento, e se inseriu em âmbito inapropriado para sua competência, proferindo decisão abusiva e ilegal pois afirmou ser o IBRRAPP violador da lei, sem qualquer garantia ao contraditório e ampla defesa.

28. Desse modo, é indispensável que esse pregoeiro esclareça:

- a) Uma associação devidamente cadastrada no Comprasnet, o qual tem seu objeto compatível com o objeto da licitação, como confessou o pregoeiro, está abusando de sua personalidade jurídica em que?
- b) Se associações podem participar de licitações, conforme decisão do TCU, o que as impedem de ter contratos de valores elevados?
- c) Esse pregoeiro oportunizou contraditório e ampla defesa ao IBRRAPP antes de firmar suas conclusões?
- d) Pode esse pregoeiro se afastar do critério do julgamento objetivo das propostas e adentrar em matéria que necessita de maior dilação probatória e juízo competente?
- e) Pode esse pregoeiro fugir dos critérios objetivos de avaliação das propostas em conformidade com o Edital?
- f) Considerando o princípio do julgamento objetivo das propostas o recorrente apresentou a proposta mais vantajosa para administração pública?

29. A análise das propostas deve respeitar os limites do edital, de forma a se apurar se o licitante observou as exigências contidas no instrumento convocatório, e para tanto não pode o senhor pregoeiro se desviar da sua função, invadindo competência de outra autoridade e levantar ilações, conjecturas e falsos sobre a idoneidade do recorrente.

30. Assim sendo, deve esse pregoeiro, revendo a decisão ora atacada, acolher a presente preliminar para tornar sem efeito o item 5.2.24. e 5.2.25, da decisão que desclassificou o recorrente, desentranhado imediatamente do presente procedimento, sob pena de responsabilização pessoal, por ofensa a imagem do recorrente.

II - DO MÉRITO RECURSAL

II.1 - DO OBJETO DO CERTAME.

31. Constitui objeto do certame a contratação de empresa especializada, em regime de empreitada por preços unitários, pelo prazo inicial de 12 (doze) meses, para a prestação dos serviços de natureza continuada de apoio administrativo, em caráter subsidiário, por diversas categorias laborais, em atividades meio, no âmbito da Adasa, conforme especificações definidas no Termo de Referência (Anexo I do Edital).

II.2 - DA PARTICIPAÇÃO

32. Poderão participar deste Pregão as empresas interessadas do ramo de atividade do objeto desta licitação que comprovem sua qualificação, na forma estabelecidas neste Edital e seus Anexos e que esteja credenciado perante o sistema eletrônico provido pela Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (SLTI), por meio do sítio www.comprasgovernamentais.gov.br.

33. De acordo com o item 3.2, do Edital, não poderão participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução do serviço e do fornecimento de bens a ele necessários:

3.2.1. Sociedades integrantes de um mesmo grupo econômico, assim entendidas aquelas que tenham diretores, sócios ou representantes legais comuns, ou que utilizem recursos materiais, tecnológicos ou humanos em comum.

3.2.2. Pessoa jurídica, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração do projeto básico ou termo de referência ou projeto executivo ou o qual ou da qual o autor do projeto seja dirigente, gerente, acionista ou detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital com direito a voto ou controlador, responsável técnico ou subcontratado;

3.2.3. Pessoa jurídica declarada inidônea para licitar ou contratar com a Administração Pública, direta ou indireta, Federal, Estadual, Municipal e Distrital, bem como o que esteja punido com suspensão do direito de licitar ou contratar com a Administração do Distrito Federal e/ou com a Adasa (Parecer nº 373/2018- PRCON/PGDF).

3.2.3.1. Considerando o disposto no art. 97, caput e parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993, será realizada pelo Pregoeiro consulta quanto à existência de registro impeditivo ao direito de participar em licitações ou celebrar contratos com a Administração Pública no módulo SICAF do sistema SIASG e nos endereços eletrônicos a seguir relacionados, sem prejuízo da verificação por outros meios, como o Portal da Transparência do DF, Portal de Situação de Pessoas Jurídicas do TCU e os cadastros CEIS e CNEP da CGU.

3.2.4. Pessoa jurídica impedida de licitar e contratar com a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, de que trata o art. 7º da Lei nº. 10.520/2002.

3.2.5. Sociedade estrangeira não autorizada a funcionar no País;

3.2.6. Pessoa jurídica que se encontre em processo de dissolução, recuperação judicial ou extrajudicial, falência, concordata, concurso de credores, liquidação, fusão, cisão, ou incorporação;

Consoante prescreve o Decreto Distrital nº. 32.751/2011, alterado pelo Decreto 37.843/2016, pessoa jurídica cujo dirigente, administrador, proprietário ou sócio com poder de direção seja cônjuge, companheiro ou parente, em linha reta ou colateral, por consanguinidade ou afinidade, até o segundo grau, de:

I - agente público com cargo em comissão ou função de confiança que esteja lotado na unidade responsável pela realização da seleção ou licitação promovida pelo órgão ou entidade da administração pública distrital; ou

II - agente público cuja posição no órgão ou entidade da administração pública distrital seja hierarquicamente superior ao chefe da unidade responsável pela realização da seleção ou licitação;

3.2.7.1. A vedação se aplica aos contratos pertinentes a obras, serviços e aquisição de bens, inclusive de serviços terceirizados, às parcerias com organizações da sociedade civil e à celebração de instrumentos de ajuste congêneres.

3.2.7.2. Entende-se por familiar o cônjuge, companheiro (a) ou parente em linha reta ou colateral, por consanguinidade ou afinidade, até o terceiro grau, inclusive.

3.2.7.3. As vedações deste item estendem-se às relações homoafetivas.

3.2.8. Direta ou indiretamente, o agente público ou dirigente da Adasa;

3.2.8.1. Considera-se participação indireta a existência de qualquer vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira ou trabalhista do autor do termo de referência ou projeto, pessoa física ou jurídica e do pregoeiro e de sua equipe de apoio com a licitante ou responsável pelo fornecimento de bens e serviços a estes necessários.

3.2.8.2. O autor do Termo de Referência, pessoa física ou jurídica.

3.2.9. Nos termos do Decreto n. 39.978/2019, fica vedada a contratação de pessoa jurídica na qual haja administrador ou sócio com poder de direção que tenham relação de parentesco com:

I - detentor de cargo em comissão ou função de confiança que atue na área responsável pela demanda ou pela contratação;

II - autoridade hierarquicamente superior no âmbito de cada órgão ou entidade

3.2.10. Não será admitida a participação de Cooperativas de Trabalho, considerando as restrições previstas no artigo 10 da IN 5/2017-SEGES/MPDG.

34. Analisando o conteúdo acima, o edital do certame, ao dispor sobre o procedimento de participação dos interessados destacou quem poderia e quem não poderia participar da disputa, de sorte que inexistente vedação de participação de pessoas sem fins lucrativas.

35. Vale dizer, o certame não proíbe a participação de instituições sem fins lucrativos, de modo que se a vontade do ente público fosse contrária consignaria, de forma expressa a vedação.

II.3 - AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO AO EDITAL. AUSÊNCIA DE PREVISÃO DE PROIBIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO DE PESSOAS SEM FINS LUCRATIVOS OU DE ORGANIZAÇÕES SOCIAIS. PRECLUSÃO TEMPORAL.

36. Com o efeito, o edital não trouxe previsão de proibição de participação de pessoas sem fins lucrativos muito menos de organizações sociais. Isso significa dizer que se o ente público entendesse pela ilegalidade da participação dessas pessoas jurídicas destacaria, de forma expressa, a participação desses entes privados.

37. Ocorre que, aos interessados foi dada oportunidade de se manifestarem sobre o procedimento e do edital. Conforme item 2.1 e ss, qualquer interessado poderia solicitar esclarecimentos e impugnar num todo ou em partes o edital, até 03 (três) dias úteis antes da data fixada para abertura da sessão pública, sob pena de preclusão, vejamos:

DA SOLICITAÇÃO DE ESCLARECIMENTOS E DA IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

2.1. Os pedidos de esclarecimentos referentes a este processo licitatório deverão ser enviados ao pregoeiro, até três dias úteis anteriores à data fixada para abertura da sessão pública, exclusivamente por meio eletrônico, no endereço pregao@adasa.df.gov.br.

2.2. Até três dias úteis antes da data fixada para abertura da sessão pública, qualquer pessoa poderá impugnar o ato convocatório deste pregão, na forma eletrônica, pelo endereço pregao@adasa.df.gov.br.

38. Desta forma, não tendo os interessados impugnado o edital no tempo e forma previstos no certame, operou-se os efeitos da preclusão temporal.

39. É sabido que o edital é a lei interna do certame. Assim, tanto os participantes quanto a Administração Pública estão vinculados aos termos nele consignados. A impugnação das matérias constantes no edital deveria ser efetivada após a ciência das normas do certame e não após divulgação de resultado incompatível com as expectativas do recorrente.

40. Nesse sentido a jurisprudência pátria:

APelação CÍVEL. CONCURSO PÚBLICO. CORPO DE BOMBEIRO MILITAR. TESTE DE APTIDÃO FÍSICA. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. NÃO IMPUGNAÇÃO DO EDITAL NO MOMENTO OPORTUNO. É incabível a dilação probatória em sede de mandato de segurança, não merecendo reparos a sentença que extinguiu o mandamus sem julgamento do mérito, porquanto ausente o pressuposto essencial de direito líquido e certo da impetrante. No edital trazido aos autos, inexistem quaisquer critérios diferenciados por sexo no tocante à realização dos testes físicos, ao contrário do que quer fazer crer a Recorrente. A Apelante deveria ter impugnado o edital no momento oportuno e não se insurgir contra o exame somente após haver sido reprovada por duas vezes no teste físico. RECURSO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO. (TJ-RJ - APL: 01718443520088190001 RIO DE JANEIRO CAPITAL 8 VARA FAZ PÚBLICA, Relator: ELISABETE FILIZZOLA ASSUNCAO, Data de Julgamento: 29/09/2009, SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 01/10/2009).

41. De igual modo, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. RECURSOS VOLUNTÁRIOS. LEGITIMIDADE E TEMPESTIVIDADE. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. EDITAL NÃO IMPUGNADO OPORTUNAMENTE. PRECLUSÃO. 1. A União é sujeito passivo no mandato de segurança, e, portanto, legitimada a recorrer quando figurar como autoridade coatora órgão do poder Legislativo Federal - Presidente da Comissão Permanente de Licitação da Secretaria Especial de Editoração e Publicações do Senado Federal. 2. Tendo em vista o litisconsórcio passivo necessário com a União e a interposição de embargos de declaração - que interrompem o prazo recursal - é de ter por tempestivo o recurso apelatório da empresa licitante. 3. Sendo o procedimento licitatório dividido em etapas (editância, habilitatória, julgadora e adjudicatória) e contendo cada qual os mecanismos respectivos de impugnação, opera-se a preclusão quando se discute matéria que deveria ser tratada a posteriori. 4. Desta forma, exigência editalícia não atacada oportunamente não poderá ser impugnada a posteriori. 5. Remessa oficial provida. Segurança denegada. 6. Recursos voluntários prejudicados. (TRF-1 - AMS: 26860 DF 2000.34.00.026860-4, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOAO BATISTA MOREIRA, Data de Julgamento: 24/02/2003, QUINTA TURMA, Data de Publicação: 10/06/2003 DJ p.130)

42. Logo, não tendo os licitantes apresentado impugnação ao instrumento convocatório no momento oportuno, não pode agora contestar as regras ali estabelecidas.

II.4 - DA PARTICIPAÇÃO DO RECORRENTE COMO ORGANIZAÇÃO SOCIAL. ACORDÃO 1.406 DO TCU.

43. Importante destacar que o recorrente participou na condição de Organização Social, com fundamento no Acórdão nº 1.406/2017- TCU-Plenário.

44. Com a pacificação da matéria, por meio do acórdão acima, é admissível a participação de organizações sociais, desde que os serviços objeto da licitação se insiram entre as atividades previstas no contrato de gestão firmado entre o Poder Público e a organização social, mediante apresentação do Contrato de Gestão e dos respectivos atos constitutivos.

45. Vejamos:

ACÓRDÃO Nº 1735/2017 - TCU - Plenário Os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, nestes autos de consulta formulada pelo Ministro de Estado da Educação, José Mendonça Bezerra Filho, a respeito da possibilidade de organizações sociais participarem de certames licitatórios, realizados sob a égide da Lei 8.666/1993; Considerando que, mediante o item 9.1 do Acórdão 1.406/2017-Plenário, esta Corte respondeu ao consulente que "(...) inexistente vedação legal, explícita ou implícita, à participação de organizações sociais qualificadas na forma dos arts. 5º a 7º da Lei 9.637/98, em procedimentos licitatórios realizados pelo Poder Público, sob a égide da Lei 8.666/1993, desde que o intuito do procedimento licitatório seja contratação de entidade privada para prestação de serviços que se insiram entre as atividades previstas no contrato de gestão firmado entre o Poder Público e a organização social"; Considerando, na mesma ocasião, na forma do item 9.2 do Acórdão 1.406/2017-Plenário, esta Corte deixou assente que "a organização social, que venha a participar de certame licitatório, deve fazer constar, da documentação de habilitação encaminhada à comissão de licitação, cópia do contrato de gestão firmado com o Poder Público, a fim de comprovar cabalmente que os serviços objetos da licitação estão entre as atividades previstas no respectivo contrato de gestão"; [...] Determinações/Recomendações/Orientações: não há. (TCU - CONSULTA (CONS): 01464520173, Relator: WALTON ALENCAR RODRIGUES, Data de Julgamento: 16/08/2017, Plenário)

46. Importante destacar que a jurisprudência do Tribunal de Contas é firme, no sentido de inexistir vedação legal de participação de pessoas sem fins lucrativos qualificadas como organizações em processos licitatórios.

47. Outrossim, conforme dito alhures as demais licitantes não apresentaram impugnação ao edital, não podendo em

sede de recurso a matéria ser invocada quando as partes tiverem oportunidade de praticar impugnação no tempo e modo devido.

48. Para efeito da análise da participação da organização social, deve a administração pública, na forma do acórdão 1.406, TCU, constatar, da documentação de habilitação encaminhada à comissão de licitação, cópia do contrato de gestão firmado com o Poder Público, a fim de comprovar cabalmente que os serviços objetos da licitação estão entre as atividades previstas no respectivo contrato de gestão.

49. A bem da verdade deve o senhor pregoeiro analisar a participação do recorrente na condição de organização social, e desse modo constatar o preenchimento dos requisitos firmados pelo TCU no acórdão nº 1.406 c/c com o edital.

50. Cumprida a exigência consolidada pelo TCU, não há que se falar em vedação às organizações sociais de participarem de processo licitatório sob pena de lesão a direito líquido e certo.

51. O Senhor pregoeiro desprezou a condição de participação do recorrente, ou seja, analisou a documentação apresentada sem considerar o interesse do recorrente de participar na condição de organização social.

52. Logo, a desclassificação do recorrente é desarrazoada, merecendo reforma nesse ponto para que seja reconhecido o seu direito em permanecer no presente certame.

II.4 - ACÓRDÃO Nº 2426/2020 TCU PLENÁRIO PUBLICADO EM 18/09/2020. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO DE INSTITUIÇÕES SEM FINS LUCRATIVOS DE PARTICIPAREM DE LICITAÇÃO.

53. A outro giro, cumpre destacar que o Tribunal de Contas da União em decisão recente, publicada em 18/09/2020, por meio do ACÓRDÃO Nº 2426/2020 TCU Plenário, consolidou entendimento de que inexistente vedação legal ou constitucional da participação de pessoas sem fins lucrativos em processo licitatório.

54. Para aquela Corte, a vedação à participação de instituições sem fins lucrativos em licitações públicas alcança somente as entidades qualificadas como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (Oscip), participantes nessa condição.

55. No acórdão o Tribunal de Contas da União, determinou providencias imediatas, no sentido de modificar o parágrafo único do art. 12 da IN 5-Seges/MP, de 26/5/2017.

56. E mais.

57. Restou assente a necessidade de se harmonizar o dispositivo com preceitos constitucionais e legais estabelecidos (art. 5º, caput; e art. 3º, caput, da Lei 8.666/1993) e com entendimentos jurisprudenciais do TCU: Acórdãos 746/2014, 1.406/2017 e 2.847/2019, todos do Plenário desta Corte de Contas.

58. Tudo conforme ementa do ACÓRDÃO Nº 2426/2020 TCU Plenário, conforme destacamos abaixo:

ACÓRDÃO Nº 2426/2020 TCU Plenário

1. Processo TC 019.507/2020-8.

1.1. Apenso: TC 020.255/2020-9.

2. Grupo I Classe de Assunto: VII Representação.

3. Interessados/Responsáveis: não há.

4. Órgão/Entidade: Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação (extinto).

5. Relator: Ministro Vital do Rêgo.

6. Representante do Ministério Público: não atuou.

7. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas (Selog).

8. Representação legal: Maria Marines da Silva Freitas e outros, representando Cide - Capacitação, Inserção e Desenvolvimento.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos que tratam de representação formulada pela empresa Cide Capacitação, Inserção e Desenvolvimento em face do Pregão 3/2020 promovido pelo Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações (MCTI), que tem por objeto a contratação de serviços de agente de integração para o desenvolvimento de atividade de recrutamento de estagiários;

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. conhecer da representação, satisfeitos os requisitos de admissibilidade constantes no art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993, c/c os arts. 235 e 237, inciso VII, do Regimento Interno deste Tribunal, e no art. 103, § 1º, da Resolução - TCU 259/2014;

9.2. no mérito, considerar a presente representação parcialmente procedente;

9.3. determinar à Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia (SEDGGD/ME), com fundamento no art. 250, inciso II, do Regimento Interno/TCU, c/c o art. 4º, inciso I, da Resolução TCU 315/2020, que adote providências para modificar o parágrafo único do art. 12 da IN 5-Seges/MP, de 26/5/2017, e informe ao TCU, no prazo de 15 (quinze) dias, os encaminhamentos realizados, visando a:

9.3.1. restringir a participação em licitações públicas somente às instituições sem fins lucrativos qualificadas como Oscip, participantes sob esta condição;

9.3.2. harmonizar o dispositivo com preceitos constitucionais e legais estabelecidos (art. 5º, caput; e art. 3º, caput, da Lei 8.666/1993) e com entendimentos jurisprudenciais do TCU: Acórdãos 746/2014, 1.406/2017 e 2.847/2019, todos do Plenário desta Corte de Contas; e

9.3.3. ampliar a competitividade em certames públicos e, por conseguinte, a seleção de propostas mais vantajosas

para a Administração Pública, em que o objeto também possa ser atendido por instituições sem fins lucrativos, tendo em vista que inexistente norma legal que discipline, de forma indistinta, vedação de participação em processos licitatórios a essas entidades;

9.4. dar ciência ao Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações (MCTI), com fundamento no art. 9º, inciso I, da Resolução TCU 315/2020, de que modificações editalícias que tendem a provocar o aumento do número de interessados a participar do certame, independente de afetação de propostas de licitantes que já detenham o conhecimento do instrumento convocatório, identificadas no Pregão Eletrônico 3/2020, devem ser divulgadas pela mesma forma que se deu o texto original, nos termos do art. 21, § 4º, da Lei 8.666/1993, e art. 22 do Decreto 10.024/2019, visando a preservar o princípio da competitividade nas licitações públicas, insculpido nas seguintes legislações: Lei 8.666/1993, art. 3º, § 1º, inciso I; e Decreto 10.024/2019, art. 2º, caput, para que sejam adotadas medidas internas com vistas à prevenção de ocorrências semelhantes;

9.5. encaminhar cópia do presente acórdão à Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia (SEDGGD/ME), ao Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações (MCTI) e aos representantes destes autos e do TC 020.255/2020-9; e

9.6. arquivar os presentes autos, nos termos do art. 169, inciso III, do Regimento Interno/TCU, sem prejuízo de que a Selog monitore as determinações ora realizadas.

59. Com visto acima, restou revogado ou sem efeito o disposto no parágrafo único do art. 12 da IN 5-Seges/MP, de 26/5/2017, tendo em vista a jurisprudência do TCU e, dessa forma, inexistente impedimento normativo para participação das pessoas sem fins lucrativos de participarem de licitações.

60. Tanto é verdade que na decisão que desclassificou o recorrente o senhor pregoeiro assentou:

5.2.2. Não existe na legislação sobre licitações vedação expressa à participação de associações civis. A princípio, não há motivo relevante ou fundamento jurídico para restringir às entidades sem fins lucrativos acesso às licitações processadas pela Administração Pública. Nessa mesma linha é a jurisprudência do Tribunal de Contas do Distrito Federal:

"Vê-se que, havendo pertinência entre os objetivos sociais das entidades sem fins lucrativos e o objeto da licitação, poderão estas participarem dos certames públicos." (TCDF, 20.611/2019-e, destaque nosso)

61. Partindo dessa premissa, percebe-se que o senhor pregoeiro delimita suas análises sobre a possibilidade de participação do recorrente considerando a pertinência, ou seja, o nexo entre os serviços a serem prestados com o estatuto e objetivos sociais da instituição.

62. Tanto é assim que o senhor pregoeiro destacou na decisão que desclassificou o recorrente, que num primeiro momento avaliou que o objeto do pregão eletrônico nº 09/2020 estaria contemplado no estatuto social do IBRAPP, conforme item 5.2.7.

63. Destacou ainda que atividades listadas nos incisos II e XII do art. 6º do estatuto do IBRAPP eram suficientes para assegurar a possibilidade jurídica de sua participação no pregão.

64. Contudo, decidiu o senhor pregoeiro em revogar sua decisão na fase recursal, e para tanto de utiliza do acórdão Acórdão 2.847/2019-TCU Plenário, publicado em março do corrente ano, pois segundo o senhor pregoeiro o acórdão tratou de forma bastante sistematizada sobre a impossibilidade de contratação de associações civis para objeto comum do mercado empresarial, vide item 5.2.10.

65. Pois bem. Duas coisas importantes precisam ser esclarecidas.

66. A primeira é que o recorrente participou na condição de organização social, amparado pelo acórdão nº 1.604 do TCU, e não propriamente dito como instituição sem fins lucrativos, portanto, deveria o senhor pregoeiro analisar o cumprimento das exigências do edital sob o crivo do acórdão nº 1.064 do TCU.

67. Segundo é o fato de que o TCU, por meio do ACÓRDÃO Nº 2426/2020 TCU Plenário, publicado em 18/09/2020, tornou sem efeito o Acórdão 2.847/2019, vale dizer, o fundamento na qual o senhor pregoeiro se utilizou se esvaziou, perdeu eficácia, quando o TCU determinou a harmonização do dispositivo com preceitos constitucionais e legais estabelecidos (art. 5º, caput; e art. 3º, caput, da Lei 8.666/1993) e com entendimentos jurisprudenciais do TCU: Acórdãos 746/2014, 1.406/2017 e 2.847/2019, todos do Plenário daquela Corte de modo a ampliar a competitividade em certames públicos e, por conseguinte, a seleção de propostas mais vantajosas para a Administração Pública, em que o objeto também possa ser atendido por instituições sem fins lucrativos, tendo em vista que inexistente norma legal que discipline, de forma indistinta, vedação de participação em processos licitatórios a essas entidades.

68. Desta forma, os fundamentos utilizados para desclassificar o recorrente, outrora insuficientes, agora inexistem, pois se esvaziaram com o novo posicionamento do TCU, que se posicionou no sentido de ampliar a competitividade, com a participação de pessoas sem fins lucrativos e como isso proporcionar a seleção de propostas mais vantajosas para a Administração Pública.

69. Importante, também, destacar que o senhor pregoeiro em sua fundamentação se utiliza além do Acórdão nº 2.847/2019, já revogado como dito acima, o Parecer Jurídico 0342/2019 da AGU, nesses termos:

5.2.11. Antes de passarmos à análise do Acórdão, é pertinente citar excerto do Parecer jurídico 0342/2019 prolatado pela Advocacia Geral da União junto ao Ministério da Justiça e Segurança Pública que coaduna com a tese do Tribunal de Contas da União:

"O raciocínio da 2ª Câmara do TCU reviu o Acórdão nº 5.555/2009, da mesma Câmara, para, por meio do Acórdão nº 7.459/2010-2ª Câmara, admitir que entidades sem fins lucrativos participassem de licitação, condicionando a

participação à existência denexo entre os serviços a serem prestados e os fins estatutários da entidade. Nesse diapasão, o que vedaria a participação de entidade sem fins lucrativos, seria a incompatibilidade entre suas finalidades/objeto e o objeto do certame, o que deve ser avaliado devidamente pelo pregoeiro do certame.

(...)

Então, no que concerne à participação de instituições sem fins lucrativos em certames licitatórios, com base na linha de raciocínio sedimentada pelo TCU, e pela jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, é de que não há vedação genérica à participação de entidades sem fins lucrativos em licitações, o que se exigirá, contudo, é que a Administração comprove, no caso concreto, na fase de habilitação, se a licitante, na qualidade de associação sem fins lucrativos, preenche as condições de atendimento do objeto da licitação. Em outros termos, se há compatibilidade entre o objeto da licitação e a finalidade meritória (atividade principal) de atuação da associação ou entidade, ou se apenas se trata de simples relação comercial entre o Poder Público e a pretensa contratada, em que se pode vislumbrar nitidamente o exercício de atividade empresarial, acobertada sob o manto e os benefícios de uma associação.

Portanto, em conclusão, orienta-se à Unidade responsável a proceder conforme orientação do TCU, consignada no Acórdão nº 1.633/2014 -Plenário, aferindo com cautela o objeto do certame e a finalidade precípua das licitantes realizando inabilitações caso o objeto do contrato e a forma de sua execução não possuírem, em caráter principal, qualquer finalidade meritória além da simples relação comercial entre o Poder Público e a contratada, mesmo que os serviços a serem prestados estejam previstos nos estatutos e objetivos sociais da entidade. Em outras palavras, firmado está o entendimento de que, nos certames licitatórios para a contratação de serviços de terceirização ou assemelhados, as entidades sem fins lucrativos, em especial aquelas constituídas sob a forma de Associação, não podem ser habilitadas pelo órgão contratante quando o objeto do contrato e a forma de sua execução não possuírem, em caráter principal, qualquer finalidade meritória além da simples relação comercial entre o Poder Público e a contratada, mesmo que os serviços a serem prestados estejam previstos nos estatutos e objetivos sociais da entidade, por caracterizar abuso de personalidade jurídica." (grifos nossos)

70. Compulsando o trecho do parecer inserido pelo senhor pregoeiro dois importantes fatores se destacam.

71. O primeiro fator que se destaca é o fato de o senhor pregoeiro ter relacionado o parecer jurídico com o Acórdão nº 2.847/2019, vale dizer, pretendeu o senhor pregoeiro atestar que o parecer da AGU corrobora com o entendimento do TCU, o que não é verdade.

72. Conforme dito acima, por meio do ACÓRDÃO Nº 2.426/2020, o Plenário do TCU consolidou entendimento de inexistir proibição de pessoas sem fins lucrativos de participarem de licitações. E mais, o TCU não só consignou a possibilidade de participação, como também ressaltou o benefício que a medida traria à ampliação da competitividade em certames licitatórios.

73. Desta forma, é fundamental destacar que o Parecer Jurídico 0342/2019 da AGU, afronta e não corrobora com o posicionamento do Tribunal de Contas da União, razão pela qual perdeu eficácia, esvaziado e sem aplicabilidade.

74. O segundo fator que merece destaque é fato do senhor pregoeiro pegar emprestado a narrativa do acórdão 2.847/2019 do TCU e do parecer jurídico da AGU e se apropriar do seu conteúdo, como se tivesse realizado a mesmas diligências, como se tivesse realizado contraditório e ampla defesa e ao final concluir pela desclassificação.

75. É importante destacar, que tanto a AGU como TCU detêm competência para apreciarem a matéria e expedirem parecer e acórdão, mas para tanto prescindem de processo administrativo voltado a apuração dos fatos, com a possibilidade de contraditório e ampla defesa, fato esse desprezado pelo senhor pregoeiro.

76. Importante destacar, também, de que a conclusão do parecer da AGU e do acórdão relacionados pelo senhor pregoeiro, apurou um caso específico e pontual, vale dizer não direcionou aplicação ampla a toda e qualquer instituição sem fins lucrativos.

77. Vejamos os destaques do Acórdão apresentado pelo pregoeiro:

"[...] Retornando ao caso concreto sob análise, reputo que a Abradencont, atual detentora de diversos contratos de fornecimento de mão de obra para a Administração Pública, os quais, somados, perfazem valor superior a R\$ 20 milhões (vide tabela resumo à peça 67, p. 12-13), parece atuar como qualquer entidade empresária do ramo. Ainda que os termos "terceirização" e "emprego" estejam dispostos em seu estatuto, a atividade de mera locação de mão de obra para o Poder Público não se coaduna com o espírito estatutário da entidade de "empreender a assistência social", "promover a defesa de direitos sociais" ou "defender direitos do consumidor e do trabalhador".

78. Portanto, a conclusão do recorte acima se aplica especificamente aquele caso concreto, pontual e específico, não podendo o senhor pregoeiro no caso em comento aplicar a matéria ali decidida, pois não houve o devido contraditório e muito menos foi apurado por órgão competente.

79. Logo, a decisão que desclassificou o recorrente deve ser revista para que permita o recorrente retornar ao presente certame e participar das demais fases.

II. 6 – DO RESULTADO QUE HABILITOU A LICITANTE DEFENDER. DESCUMPRIMENTO DOS REQUISITOS PREVISTOS NO EDITAL. AFRONTA AO PRINCÍPIO DO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO.

80. É cediço que a vinculação ao instrumento convocatório é garantia do administrador e dos administrados, não se trata, portanto, de meras formalidades, mas de condições que modelam a idoneidade do certame.

81. Nesse sentido, as regras traçadas para o procedimento devem ser fielmente observadas por todos, do contrário,

poderá haver privilégios, de tal sorte que, se a regra fixada não é respeitada, o procedimento se torna inválido e suscetível de correção na via administrativa ou judicial.

82. O princípio da vinculação tem extrema importância e não pode sofrer mitigação ou fragilidade por parte do administrador sem as cautelas legais necessárias a manter a lisura e o equilíbrio entre os licitantes.

83. Quer o princípio em destaque evitar as mudanças das regras do jogo de forma tendenciosa. A alteração de critérios, sem o devido cuidado, além de macular a idoneidade do certame, promove a incerteza dos interessados do que pretende a Administração.

84. Essa Comissão de Licitação, em flagrante violação ao edital e maculou todo o procedimento licitatório, pois descumpriu as regras do jogo de forma discricionária, violando, também à moralidade administrativa, à impessoalidade e à probidade administrativa.

85. A regra do item 5.1, dispõe que a licitante deverá encaminhar, exclusivamente por meio do sistema eletrônico, concomitantemente, os documentos de habilitação exigidos no edital, proposta de preço (conforme modelo em anexo) e as declarações anexas ao Edital e ao Termo de Referência devidamente preenchidas, até a data e horário marcados para abertura da sessão, quando, então, encerrar-se-á automaticamente a fase de recebimento desses documentos, devendo declarar em campo próprio no sistema.

86. Já o item 10.1, da lei de regência do certame, impõe que a licitante classificada em primeiro lugar deverá encaminhar a partir da solicitação do Pregoeiro, por meio da opção "Enviar Anexo" do sistema Comprasnet, preferencialmente em arquivo único, a proposta de preços adequada ao último lance ou valor negociado, e, se necessário, os documentos complementares à proposta e à habilitação, no prazo de duas horas, contado da solicitação do pregoeiro no sistema.

87. Destaca-se que o edital impõe que os documentos devem ser complementares, tanto é assim que é reforçado o comando no item 11.6.5, esclarecendo que havendo necessidade de envio de documentos de habilitação complementares, necessários à confirmação daqueles exigidos neste edital e já apresentados quando da inscrição da proposta, o licitante será convocado a encaminhá-los, via sistema, no prazo de duas horas contado a partir da solicitação do pregoeiro.

88. Pois bem.

89. O que se observa no presente caso é o fato da licitante DEFENDER não ter apresentado documentação complementar. Em verdade o que a licitante promoveu foi a alteração do documento apresentado inicialmente.

90. Conforme consignado em Ata a licitante DEFENDER deveria apresentar no prazo de 3 dias, nova lista e cópia dos contratos e dos termos aditivos sob pena de inabilitação.

91. A licitante ignorou a exigência do senhor pregoeiro e de forma discricionária apresentou apenas a nova lista de contratos, sem anexar as cópias dos contratos e termos aditivos. Portanto, patente que a licitante não atendeu à solicitação do senhor pregoeiro.

92. Outrossim, da análise da Declaração de Contratos vigentes anexados destaca-se o Contrato nº18/2020 com a FUNPRESP. A declaração aduz que, o contrato iniciou em 02/09/2020 e terminará em 02/09/2021.

93. Curiosamente o Valor total REMANESCENTE do Contrato está R\$ 0,00 (zero reais). O ANEXO VII-E MODELO DE DECLARAÇÃO DE CONTRATOS FIRMADOS COM A INICIATIVA PRIVADA E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA da IN 05/2017, traz a Nota 2 com a seguinte redação:

*Considera-se o valor remanescente do contrato, excluindo o já executado.

94. Portanto a licitante deveria excluir dos valores dos contratos, apenas o que já foi executado. Desta forma, é indispensável que seja esclarecido: como a DEFENDER pode ter executado todo o contrato que tem a vigência de 1 ano, iniciando em 02/09/2020?

95. O referido contrato foi publicado no sítio da FUNPRESP - <https://www.funpresp.com.br/wp-content/uploads/2020/09/Contrato-Defender-%C2%B0-18.2020.pdf>. O valor global anual da contratação é de R\$1.676.200,00. Isso nos traz outro questionamento, por qual motivo a DEFENDER não informou esse valor na sua Declaração de Contratos?

96. Outro detalhe que nos chama atenção no novo documento apresentado pela DEFENDER é que, todos os contratos apresentados na declaração POSSUEM OS VALORES CORRESPONDENTES EXATAMENTE AOS 4 MESES RESTANTES PARA O FIM DO ANO. PORÉM OS CONTRATOS POSSUEM, SEGUNDO A NOVA DECLARAÇÃO, DATAS DISTINTAS DE VIGÊNCIA.

97. Como já foi citado, a Nota 2 do O ANEXO VII-E MODELO DE DECLARAÇÃO DE CONTRATOS FIRMADOS COM A INICIATIVA PRIVADA E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA da IN 05/2017, diz que a licitante deverá considerar o valor remanescente do contrato, excluindo o já executado. Ou seja, não é para colocar o valor equivalente aos meses restante do ano corrente e sim o valor que ainda não foi executado do contrato.

98. Como exemplo, citaremos o Contrato nº12/2020 com a CAPES e o Contrato nº340/2020 com o DNIT. Vejamos:

- Contrato nº12/2020 – CAPES

Segundo a Declaração, o referido contrato tem vigência de 24/05/2020 a 24/05/2021. O valor mensal do contrato é de

R\$2.251.320,11, totalizando o valor anual de R\$27.015.584,32. Ora, se o contrato iniciou em maio, até a data da apresentação da Declaração (28/09/2020) foram executados 4 meses de contrato, restando 8 meses remanescentes, que totalizam o valor de R\$18.010.560,88. A empresa DEFENDER apresentou o valor referente a apenas 4 meses (R\$9.005.280,44)

• Contrato 340/2020 – DNIT

Segundo a Declaração, o referido contrato tem vigência de 27/05/2020 a 24/05/2022, ou seja, 24 meses de vigência. O valor mensal do contrato é de R\$2.186.373,26 totalizando o valor global da contratação de R\$52.472.958,24. Vejamos, contrato iniciou em maio, até a data da apresentação da Declaração (28/09/2020) foram executados 4 meses de contrato, restando 20 meses remanescentes, que totalizam o valor de R\$43.725.525,20. A empresa DEFENDER apresentou o valor de R\$8.745.493,04 referente a apenas 4 meses.

99. Logo, a Declaração de Contratos Vigentes apresentada pela licitante DEFENDER continua contendo erros da qual foi oportunizada a sanar, contudo não providenciou, razão pela qual não poderia ser aceita.

100. A outro giro, analisando a habilitação da DEFENDER, na pasta Qualificação Técnica, foram anexados atestados de capacidade técnica e os termos aditivos, porém os contratos não foram apresentados.

101. A lei aplicado ao caso, edital, dispõe no item 11.3.b.4, que o licitante deve disponibilizar todas as informações necessárias à comprovação da legitimidade dos atestados solicitados, apresentando, dentre outros documentos, cópia do contrato que deu suporte à contratação, endereço atual da contratante e local em que foram prestados os serviços.

102. Nesse sentido a licitante DEFENDER descumpriu as normas do edital ao enviar apenas os termos aditivos dos contratos.

103. NÃO BASTASSE AS OFENSAS AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO ACIMA A LICITANTE DEFENDER ANEXO NO COMPRASNET A SUA PROPOSTA INICIAL NO DIA 17/08/2020 ÀS 18:14H, SEM OBSERVAR AS EXIGÊNCIAS EDITALCIA.

104. A planilha encontrava-se de acordo com o modelo disponibilizado pela IN 02/2008. A licitante apresentou memória de cálculos a respeito dos percentuais utilizados para os encargos sociais trabalhistas e a memória de cálculo referente aos uniformes para os cargos de motorista de veículos pesados (R\$49,54 mensal), recepcionista (R\$106,74 mensal) e auxiliar de manutenção predial (R\$59,54 mensal).

105. No dia 27/08/2020 a DEFENDER, a pedido do senhor Pregoeiro, anexou a proposta preço adequada ao seu último lance. A planilha foi apresentada em outro formato, desta vez de acordo com o modelo disponibilizado pela IN 05/2017. Houve alterações em alguns percentuais apresentados na planilha inicial, destacamos:

- A Multa do FGTS do Aviso Prévio Sem justa Causa que era de 4,00%, passou para 0,05%.
- Custo de Reposição do Profissional ausente na cobertura de Ausências legais e ausências por doença, na planilha inicial foi cotado separadamente, sendo 0,42% para Ausência por Doença e 0,28% para Ausências Legais, totalizando o percentual de 0,70%. Já na planilha enviada no dia 27/08/2020 foi apresentado percentual de 0,56% para os dois itens.
- Custo de Reposição do Profissional ausente por Licença paternidade passou de 0,02% para 0,10%
- Custo de Reposição do Profissional ausente na cobertura de ausência por Acidente de Trabalho passou de 0,17% para 0,21%.

106. Na apresentação da planilha adequada, a DEFENDER não apresentou memória de cálculo referente aos percentuais utilizados para os encargos sociais trabalhistas.

107. Houve alterações também nos valores apresentados para os uniformes, vejamos:

- motorista de veículos pesados passou de R\$ 49,54/mês para R\$ 47,08/mês
- recepcionista passou de R\$ 106,74/mês para R\$ 91,82/mês
- auxiliar de manutenção predial passou de R\$ 59,54/mês para R\$ 46,77/mês.

108. No dia 29/09/2020 10:09:25, o senhor Pregoeiro solicitou o envio do anexo referente ao Item 1. Vejamos novamente quais os documentos solicitados pelo pregoeiro no dia 23/09/2020:

"Em face do provimento dos recursos, deverá ser oportunizado à licitante DEFENDER apresentar nova lista de contratos vigentes, com ajuste dos valores (para constar valores remanescentes, Anexo VII-E da IN 05/2017. É essa a orientação do TCU (Acórdão 1.275/2018). Prazo de 3 dias para apresentar nova lista e cópia dos contratos e dos termos aditivos, sob pena de inabilitação. Reagendado para: 29/09/2020 10:00."

109. No dia 29/09/2020 às 10:44:21 a DEFENDER anexou apenas a nova Declaração de Contratos Firmados e uma nova planilha de custos readequada ao seu último lance. Às 10:58:22 do mesmo dia, a proposta da empresa foi aceita e foi aberto o prazo para intenção de recurso. Porém, a nova planilha apresenta erros que não foram apontados pela comissão.

110. Passamos para análise desta nova planilha.

111. A planilha referente ao cargo de Secretário Executivo e Técnico em Secretariado tiveram aos valores da alimentação e do Seguro de vida alterados.

112. O valor diário apresentado para alimentação nesta última planilha, foi modificado para R\$ 33,62, sendo que a Convenção Coletiva de Trabalho DF000013/2020, utilizada pela empresa, determina o valor de R\$ 33,92. O valor referente ao Seguro de vida e Assistência Funeral também foi alterado, passou R\$ 2,50 (valor determina na Convenção) para R\$ 2,00. O curioso é que a planilha apresentada antes da abertura do Pregão continha os valores

corretos determinado na Convenção.

113. Quantos aos percentuais dos Encargos Sociais Trabalhista, a empresa manteve a alteração apresentada na planilha do dia 27/08/2020.

114. A DEFENDER também manteve a alteração feita no dia 27/08/2020 referente aos uniformes do motorista de veículos pesados e recepcionista. Porém o valor mensal do uniforme do auxiliar de manutenção predial sofreu nova alteração.

115. Na planilha inicial o valor do uniforme era R\$ 59,54/mês, na planilha enviada no dia 27/08/2020 era R\$ 46,77/mês e na última planilha apresentada passou para R\$ 47,34.

116. Na planilha inicial a empresa já havia informado qual os percentuais dos encargos sociais trabalhistas adotados pela empresa e o custo mensal de cada uniforme.

117. O edital no item 5.8 é claro com relação a essas alterações na proposta de preço.

5.8. Depois da abertura da sessão não serão admitidas alterações nas propostas apresentadas, ressalvadas apenas a redução do preço proposto e aquelas alterações destinadas a sanar evidentes erros formais.

118. Outro ponto observado a se destacar é que no final de Planilha de custos de cada cargo consta um resumo referente a Provisão para conta vinculada. Vejamos:

- 13º Salário (1/12 avos do salário) – 8,33%
- Férias e adicional de férias - (item 14 do Anexo XII da IN 05/2017 MPDG) (férias substituição e terço constitucional de férias titular) – 11,11%
- Multa do FGTS e contribuição social sobre o Aviso Prévio sobre o aviso prévio Trabalhado - 4,50%
- Incidência do Sub módulo 2.2 sobre férias, 13 (um terço) constitucional de férias e 13º (décimo terceiro) salário – 6,96%

119. Ora, se o quadro resumo diz que a Multa do FGTS e contribuição social sobre o Aviso Prévio Trabalhado é de 4,50%, qual a razão da empresa colocar na planilha de custos o percentual de Multa do FGTS e contribuição social sobre o Aviso prévio Indenizado de 0,18% e para a Multa do FGTS e contribuição social sobre o Aviso Prévio Trabalhado 0,05%, totalizando o percentual de 0,23%?

120. A empresa quando descreve o item Férias e adicional de férias menciona o item 14 do Anexo XII da IN 05/2017 MPDG, que diz:

ANEXO XII

CONTA-DEPÓSITO VINCULADA — BLOQUEADA PARA MOVIMENTAÇÃO

14. Os valores provisionados para atendimento do item 2 deste Anexo serão discriminados conforme tabela a seguir:

PARA O PAGAMENTO DE ENCARGOS TRABALHISTAS

PERCENTUAIS INCIDENTES SOBRE A REMUNERAÇÃO

13º (décimo terceiro) salário - 8,33% (oito vírgula trinta e três por cento)

Férias e 1/3 Constitucional - 12,10% (doze vírgula dez por cento)

Multa sobre FGTS e contribuição social sobre o aviso prévio indenizado e sobre o aviso prévio trabalhado - 5,00% (cinco por cento)

Subtotal - 25,43% (vinte e cinco vírgula quarenta e três por cento).

121. Desta forma, o percentual determinado pela IN 05/2017 referente a férias e adicional de férias é de 12,10% e não 11,11% cotado pela DEFENDER.

122. Vale ressaltar que o percentual que antes era de 5% (cinco por cento) da multa FGTS sobre o Aviso Prévio Indenizado e Multa do FGTS sobre o Aviso Prévio Trabalhado (Provisionamento da Conta Vinculada), passa a ser de 4% (quatro por cento), em razão da extinção da contribuição social de 10% (art. 12 da Lei nº 13.932, de 2019).

123. Outrossim, a empresa cotou 21 dias para o fornecimento de alimentação e transporte e não 22 dias

124. Nesse sentido, verifica-se que a licitante descumpriu as exigências do instrumento convocatório, ferindo assim a lei do certame, inclusive com a oportunidade de sanar as irregularidades, contudo, quedou-se inerte.

125. Segundo o artigo 3º da Lei nº 8.666 /93, deve-se garantir na licitação a observância dos princípios da isonomia, legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivo, buscando-se a seleção mais vantajosa para a Administração.

126. Dentre tais garantias, destaca-se a vinculação da Administração ao edital que regulamenta o certame licitatório, estando ambas as partes - Poder Público e licitante - vinculados à plena observância das regras do instrumento convocatório, o qual, por sinal, faz lei entre as partes.

127. A vinculação ao edital é princípio básico de toda licitação. Nem se compreenderia que a Administração fixasse no edital, a forma e o modo de participação dos licitantes e, no decorrer do procedimento ou na realização do julgamento, se afastasse do estabelecido.

128. Portanto, não pode o administrador, no caso essa Comissão de Licitação, inobservar e descumprir as regras previstas no edital de convocação, deixando de considerar o que nele se exige, como, ignorando, inclusive, a disposição do art. 41 da Lei nº 8.666/93, que assim dispõe:

"Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada."

129. Da mesma forma, a lei de licitação prevê em seu art. 48, inciso I, que serão desclassificadas as licitantes que não observarem as regras previstas no instrumento convocatório, nestes termos:

"Art. 48. Serão desclassificadas:

I - as propostas que não atendam às exigências do ato convocatório da licitação"

130. A jurisprudência pátria, na dicção do Superior Tribunal de Justiça, é firme no sentido da Administração Pública não poder se desvincular das regras previstas no Edital do Certame, ao passo que os licitantes não podem descumprir as exigências de participação, senão vejamos:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. CONCESSÃO DESERVIÇO DE RADIODIFUSÃO. VINCULAÇÃO AO EDITAL. EXIGÊNCIA DECERTIDÕES DE CARTÓRIOS DE PROTESTO DE TÍTULOS. NÃO CUMPRIMENTO. DECLARAÇÃO DE INABILITAÇÃO. SEGURANÇA CONCEDIDA. 1. Mandado de segurança impetrado contra ato que negou provimento a recurso administrativo interposto de decisão que, por sua vez, declarou a litisconsorte passiva habilitada no procedimento licitatório para concessão de serviço de radiodifusão em frequência modulada. 2. Nos termos do art. 41 da Lei 8.666/93, "A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada". 3. Edital de concorrência que determina que a habilitação dos proponentes está condicionada à apresentação de certidões das Justiças Estadual e Federal, quanto a feitos cíveis e criminais, e dos Cartórios de Protesto de Títulos, dos locais de residência e de exercício de atividade econômica de seus dirigentes nos últimos cinco anos. 4. No presente caso, a litisconsorte passiva não apresentou certidões de todos os Cartórios de Protesto de Títulos do município de residência de sua diretora, nem dos municípios de sua sede e filiais. 5. Segurança concedida para declarar a inabilitação da litisconsorte passiva e, conseqüentemente, sua exclusão do procedimento licitatório. (STJ - MS: 17361 DF 2011/0149830-3, Relator: Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Data de Julgamento: 27/06/2012, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 01/08/2012) (sem grifo no original)

131. No mesmo sentido, a jurisprudência do E. Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. PREGÃO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO EDITAL. 1. Houve ofensa ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, eis que estava expressamente previsto no Edital que a proposta de valores deveria ser feita pelo valor "mensal" e foi classificada empresa que apresentou valor "global". Logo, deve ser desclassificada a empresa que apresentou valor "global". 2. Apelações improvidas. (TRF-4 - APL: 50022421420184047000 PR 5002242-14.2018.4.04.7000, Relator: MARCOS JOSEGREI DA SILVA, Data de Julgamento: 24/07/2019, QUARTA TURMA)

132. De igual forma, E. Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO. DOCUMENTOS NÃO EXIGIDOS NO EDITAL. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO EDITAL. SENTENÇA MANTIDA. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL DESPROVIDAS. 1. Tratando-se de licitação, deve ser observado o princípio da vinculação ao edital, que obriga tanto a Administração Pública quanto os licitantes a sua estreita observância. 2. Não havendo no edital de licitação do Pregão Eletrônico n. 11/2012-DSEI/SESAI/MS/AP exigência para que a empresa licitante, ora impetrante, apresentasse cópias dos contratos e/ou notas fiscais das obras que estão ou foram executadas, constantes nos Atestados de Capacidade Técnica, está correta a sentença que determinou a anulação de ato da impetrada que desclassificou a impetrante em decorrência da não apresentação de documentos não exigidos no edital. 3. Sentença mantida. 4. Apelação e remessa oficial desprovidas. (TRF-1 - AC: 00060324820124013100, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL DANIEL PAES RIBEIRO, Data de Julgamento: 09/07/2018, SEXTA TURMA, Data de Publicação: 19/07/2018)

133. A recorrida DEFENDER não observou todas as regras expressa do procedimento, vale dizer, não observou estritamente as exigências editalícias, de modo que a permanência da licitante DEFENDER no certame implica na fragilização e ofensa ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, além de privilégio o que fere o princípio da igualdade e isonomia.

134. O edital é a lei interna da licitação, e, como tal, vincula aos seus termos tanto os licitantes como a Administração que o expediu.

135. Todas essas exigências, direcionam numa igualdade de oportunidades e de concorrência/competitividade, na idoneidade do procedimento e na sua lisura, de tal sorte que a inobservância das regras de participação e de condução macula a validade do certame, sacrificando o princípio da legalidade e da isonomia em total desconsideração à moralidade administrativa, à impessoalidade e à probidade administrativa.

III – DOS PEDIDOS

136. Em face do exposto e tudo mais que consta nos autos, requer, o recebimento do presente Recurso Administrativo, e ao final requer:

- O enfretamento da preliminar de questão de ordem arguida acima com o seu acolhimento, reformando a decisão que desclassificou o recorrente, oportunizando a continuação no certame e das demais fases com base no ACÓRDÃO Nº 2426/2020 TCU PLENÁRIO PUBLICADO EM 18/09/2020;
- Não acolhida a preliminar, no mérito seja dado provimento para reformar a decisão que desclassificou o recorrente oportunizando, a continuação no certame e das demais fases com fundamento no ACÓRDÃO Nº 2426/2020 TCU PLENÁRIO PUBLICADO EM 18/09/2020;
- Por fim, requer a desclassificação da licitante DEFENDER tendo em vista não cumprir integralmente as exigências do

editais, como preenchimento incorreto da planilha, inadequação de documentos, criação de documentos recentes para participar do certame, tudo conforme fundamentação acima.

137. Nestes termos, pede deferimento.

São Luís – MA, 06 de outubro de 2020.

RITA APARECIDA SALGADO

Presidente

Fechar