

GOVERNO DO DISTRITO FEDERAL

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

Pregoeiros e Equipe de Apoio da Coordenação de Licitações e Contratos da Superintendência de Administração e Finanças

JULGAMENTO DE RECURSOS ADMINISTRATIVOS**Processo:** 00197-00004957/2019-84**Pregão Eletrônico nº 09/2020**

Objeto: 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).

Recorrentes: (1) LOTUS DF SERVICOS E LOGISTICA EIRELI; (2) ABILITY NEGÓCIOS EIRELI; (3) DEFENDER CONSERVAÇÃO E LIMPEZA EIRELI**Recorrida:** INSTITUTO BRASILEIRO DE POLITICAS PUBLICAS - IBRAPP**1. DOS FATOS****1.1. Da Sessão Pública Virtual do Pregão**

1.1.1. A sessão inaugural do Pregão Eletrônico nº 09/2020 foi aberta às 10h do dia 18 de agosto de 2020, com início da fase de lances. Essa etapa perdurou até o dia 04 de setembro, quando a licitante **Instituto Brasileiro de Políticas Públicas (IBRAPP)** foi habilitada e declarada vencedora, conforme a Ata da Sessão Pública juntada em 46612118 e o resultado provisório 46612887.

1.2. Da habilitação e classificação do IBRAPP

1.2.1. Os documentos de habilitação juntados em 46440488 foram considerados suficientes para o atendimento das exigências do edital. A licitante foi habilitada.

1.2.2. A análise da proposta comercial (46440885) foi realizada com o auxílio da Comissão de Análise de Planilhas da Adasa (CAPP), designada pela Portaria n. 200, de 14 de agosto de 2018. Apontados equívocos no preenchimento das planilhas de formação de preços (notificação 46441365), foi oportunizado ao IBRAPP apresentar nova planilha, corrigidas as inconsistências.

1.2.3. Essa etapa de correção das planilhas está prevista no item 9.3 do Termo de Referência, que reproduz entendimento do Tribunal de Contas da União:

"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 1.811/2014 – Plenário)

1.2.4. Na data de reabertura do pregão (04/09), o IBRAPP apresentou a versão final da sua proposta comercial, que contemplava todos os ajustes recomendados pela CAPP e pelo pregoeiro (planilha final em 46604311). Aceita a proposta, o **INSTITUTO BRASILEIRO DE POLITICAS PUBLICAS - IBRAPP** foi **declarado provisoriamente o vencedor do Pregão Eletrônico nº 09/2020** (46612887).

1.3. Da abertura do prazo recursal

1.3.1. Foi aberto prazo de intenção de recursos, na esteira do item 12 do edital e do art. 44 do Decreto nº 10.024/2019.

1.3.2. Na oportunidade, cinco licitantes registraram intenção de recurso, mas apenas três apresentaram suas razões (46966663). O licitante VISAN SERVIÇOS TÉCNICOS, por não ter apresentado as razões recursais no prazo legal de 3 dias úteis, teve precluso seu direito de recorrer. O licitante R2 RADIOFUSÃO E TELECOMUNICAÇÃO manifestou-se expressamente pela desistência do recurso.

1.3.3. Os licitantes (1) LOTUS DF SERVICOS E LOGISTICA EIRELI; (2) ABILITY NEGÓCIOS EIRELI; (3) DEFENDER CONSERVAÇÃO E LIMPEZA EIRELI efetivamente apresentaram suas razões, cujos argumentos serão apresentados a seguir.

2. DA COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DOS RECURSOS

2.1. É do pregoeiro a competência para receber, examinar e decidir os recursos administrativos, conforme disciplinado no art. 17, VII do Decreto nº 10.024/2019 (recepcionado no Distrito Federal pelo Decreto Distrital nº 40.205/2019).

2.2. No caso de o pregoeiro não dar provimento aos recursos, mantendo, portanto, sua decisão inicial, a matéria deve ser submetida à Diretoria Colegiada (art. 13, IV do Decreto nº 10.024/2019).

3. DAS RAZÕES RECURSAIS**3.1. Do recurso apresentado por LOTUS DF SERVICOS E LOGISTICA EIRELI**

3.1.1. Nas razões apresentadas em 46966777, a primeira recorrente aduz que a participação do IBRAPP viola o princípio constitucional da isonomia, porque:

A Recorrida, INSTITUTO BRASILEIRO DE POLITICAS PUBLICAS, conforme consta em seu Estatuto Consolidado, é uma Associação sem fins lucrativos, a qual goza, por força da legislação pertinente, de algumas benesses ofertadas pelo Poder Público em razão das atividades por ela desempenhadas. Assim, verifica-se, desde logo, conforme a Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais, inserida pela Recorrida no compasnet que o INSTITUTO BRASILEIRO DE POLITICAS PUBLICAS é isento do pagamento do Imposto de Renda Pessoa Jurídica (...).

Tal isenção decorre do disposto no §1º, do Art. 15 da Lei n. 9.532, de 10 de dezembro de 1997, o qual isenta, ainda, a Recorrida da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido-CSLL. Assim, as imunidades tributárias que a Recorrida goza em relação às demais licitantes lhe confere vantagem indevida frente aos demais concorrentes (...).

De modo inverso, as demais licitantes são obrigadas a pagar tais tributos o que, por lógica, acaba por trazer percentuais maiores em relação aos custos indiretos, inviabilizando uma concorrência saudável e legítima com a Recorrida. (...).

3.1.2. No que tange ao preenchimento das planilhas de formação de custos, a recorrente alega:

Ainda, em relação ao tópico custos indiretos (módulo 6) das planilhas de formação de preços em que a Recorrida cota os percentuais de 0,57%, 0,57%, 0,65% e 0,60%, respectivamente, para motorista de veículo pesado, recepcionista, auxiliar de manutenção predial e encarregado verifica-se que são insuficientes até mesmo para custear as próprias despesas administrativas decorrentes da execução do contrato, comprometendo sua exequibilidade. Ademais, verifica-se que a Recorrida deixou de cotar o valor de R\$ 32,67 (dez reais e sessenta e três centavos), a título de plano odontológico do profissional motorista de veículo pesado, previsto na CCT/2020 da categoria, inviabilizando sua proposta.

3.1.3. Pede, ao final, seja conferido efeito suspensivo ao recurso e que, no mérito, lhe seja dado provimento para reformar a decisão que habilitou e declarou vencedora o IBRAPP.

3.2. **Do recurso apresentado por ABILITY NEGÓCIOS EIRELI**

3.2.1. Conforme argumenta em 46966870, a licitante declarada vencedora deveria ser inabilitada e desclassificada porque:

A Planilha de Composição de Custos apresentada pela empresa vencedora do certame licitacional (*sic*) encontra-se completamente em desacordo com a Instruções Normativas SEGES/MP nº 05, de 26 de maio de 2017.

Portanto, o vício insanável constatado na Planilha de Custos e de Formação de Preços da empresa RECORRIDA diz respeito ao NÃO PROVISIONAMENTO, motivo pelo qual a proposta da RECORRIDA deve ser desclassificada do certame, por não cumprir a legislação em vigor e por não respeitar os percentuais dispostos no Módulo 3 da Planilha de Composição de Custos do Termo de Referência.

De pronto, urge destacar que não merece a recorrida ser classificada no processo licitatório, mormente a apresentação de planilha com custos negativos, o que demonstra a total incapacidade de cobrir os custos dos elementos essenciais da execução dos serviços. Denota-se das planilhas de custo apresentadas pela recorrida para os postos OBJETO do Edital, que estas contemplam as taxas devidas, colocando as demais licitantes em desigualdades e condições competitivas.

Com efeito, a recorrente não logrou êxito em comprovar a exequibilidade dos preços ofertados, visto que para execução dos serviços de OBJETO do Edital merece desembolsar o percentual desenvolvido na IN 05/17 sobre o valor total salário do posto relacionado no Termo de Referência do Edital consubstanciado pela IN 05/17 em relação a mão de obra exigida para execução dos serviços.

3.2.2. A recorrente ainda traz à baila a redação dos art. 37, XXI da Constituição e art. 3º, 44 e 48 da Lei 8.666/93, além de excertos jurisprudenciais e citações doutrinárias acerca do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, isonomia e legalidade.

3.3. **Do recurso apresentado por DEFENDER CONSERVAÇÃO E LIMPEZA EIRELI**

3.3.1. No bojo do recurso apresentado pela DEFENDER (46966968) argumenta-se que:

Merece reforma a decisão de habilitou o INSTITUTO BRASILEIRO DE POLÍTICAS PÚBLICAS-IBRAPP, CNPJ/CPF: 09.611.589/0001-39, uma vez que se trata de entidade sem fins lucrativos, conforme DEMONSTRADO NA ATA DE ASSEMBÉIA ORDINÁRIA realizada em 16 de dezembro de 2019 e Estatuto Social Consolidado, juntado aos autos, cujo objetivos sociais não têm nexos com os serviços a serem prestados e cuja forma de atuação caracteriza mera intermediação de mão de obra, sendo certo que a presente contratação demanda execução dos serviços em estado de subordinação, quer em relação ao tomador, ou em relação ao fornecedor dos serviços, constituindo elemento essencial ao desenvolvimento e à prestação dos serviços terceirizados.

Além disto, em afronta a legislação vigente, haja vista que deixou de compor os custos referente ao COFINS, alegando ser beneficiária de isenção tributária, o que não é verdade.

Por fim, tratando-se de entidade sem fins lucrativos, a Recorrida é imune a uma gama de tributos e sua habilitação, na forma que se deu, caracteriza clara afronta ao princípio da isonomia e aos arts. 150 e 173 da Constituição Federal, além de ter afrontado os princípios constitucionais da proporcionalidade e razoabilidade, conforme a seguir restará demonstrado.

Ora, se a recorrida alega a desobrigatoriedade de pagamentos de tributos por se tratar de organização sem fins lucrativos, por que a planilha de custos da recorrida foi aceita com a inclusão dos percentuais de 0,50% de lucro para todos os cargos a serem contratados. É no mínimo contraditório, para não dizer vergonhoso.

(...)

O INSTITUTO BRASILEIRO DE POLÍTICAS PÚBLICAS-IBRAPP, por sua vez é uma Associação Civil sem fins lucrativos, seus representantes não são proprietários mas sim ELEITOS, o que não possibilita uma continuidade de gestão, imagine que o ATUAL Presidente da Associação não seja eleito para a próxima gestão? Qual é o RESPALDO que o órgão que contrata com essa associação tem de garantia que a nova diretoria não fará uma gestão temerária dos FUNCIONÁRIOS, quiça dos recursos?

(...)

O artigo 53 do Código Civil prevê que: "Constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizam para fins não econômicos", é perceptível que o INSTITUTO BRASILEIRO DE POLÍTICAS PÚBLICAS-IBRAPP tem clara finalidade ECONÔMICA, como podemos inferir pelo seu Balanço Patrimonial a INEXISTÊNCIA DE ATIVIDADE FILANTROPICA, bem como pela relação de contratos firmados, ambos anexados ao processo. Há que se chamar atenção para o fato de que a Recorrida, além de contar os percentuais de custos indiretos e lucro, contrariando a premissa de que seria entidade sem fins lucrativos, conforme consta do seu estatuto social, a recorrida deixou de cotar corretamente a alíquota referente ao PIS e deixou de cotar o percentual referente ao COFINS cuja alíquota foi "zerada" na planilha de custos, ferindo, inclusive o princípio da isonomia do processo.

(...)

Além dessas questões cumpre esclarecer que o Balanço Patrimonial entregue na presente licitação NÃO POSSUI VALIDADE, porque em se tratando de assuntos patrimoniais, o balanço patrimonial deveria ser assinado pelo Conselho Fiscal e não somente pelo presidente, conforme legislação que rege a matéria.

Portanto, ao deixar de cotar tais exações fiscais, sejam elas PIS e COFINS, a Recorrida além de afrontar ao princípio da isonomia e aos arts. 150 e 173 da Constituição Federal – privilegiando-a em detrimento das demais concorrentes ao permitir que explore atividade de cunho puramente econômico sem o pagamento dos impostos devidos, pode colocar a Administração em risco em razão de possível atuação pelo seu não recolhimento, e aos gestores por afronta ao caput do art. 10 e incisos VII e X da Lei de Improbidade Administrativa.

3.3.2. Prossegue, argumentando descumprimento ao art. 15 da Lei 9.532/97 e que a vedação à participação de cooperativas se estenderia também às associações:

Para que uma Associação seja considerada imune, nos termos da Legislação Tributária e do entendimento jurisprudencial pacífico, é necessário que efetue locação de mão-de-obra aos seus associados e para suas atividades exclusivas. Por óbvio que a Administração Pública, e em especial, no caso concreto, a ADASA, não são associados da Recorrida.

(...)

E mais, conforme consta do Edital e seus anexos, relativos ao pregão 09/2020, a presente contratação demanda execução dos serviços em estado de subordinação, quer em relação ao tomador, ou em relação ao fornecedor dos serviços, constituindo elemento essencial ao desenvolvimento e à prestação dos serviços terceirizados; razão pela qual é vedado a participação de Cooperativas ou instituições do gênero. Ora, por este raciocínio, se vedada a participação de Cooperativas em razão da ausência de subordinação, também é vedada a participação de entidades como a Recorrida por sua natureza jurídica.

3.3.3. Sobre a natureza jurídica do IBRAPP e a repercussão do seu regime tributário em relação ao princípio da isonomia, alega:

Veja que o Estatuto da Recorrida possui objeto extremamente alargado, com a previsão de prestação de serviços nas mais diversas áreas da economia, o que demonstra o desvirtuamento do seu objetivo social. O princípio da primazia da realidade impõe o desprezo aos arranjos formais que mascaram a verdadeira natureza das coisas.

Não importa o arcabouço jurídico que se dê para a entidade, ou o nome utilizado em seu ato de constituição – se Estatuto, Contrato Social, etc., tais manobras não alteram sua natureza jurídica: a Recorrida atua como verdadeira empresa interposta, porém se utiliza de benefício fiscais que, cedo ou tarde, serão revistos pelas autoridades competentes (Fiscais, Administrativas, Trabalhistas), gerando ônus para a “associação” e para a Administração que a contratou.

Além disto, as imunidades fiscais e tributárias que a Recorrida (inevitavelmente) detêm em relação às demais licitantes, lhe confere vantagem indevida frente aos demais concorrentes, o que fere o princípio da igualdade que deve nortear as licitações.

(...)

Mais uma vez questionamos: por se tratar de organização sem fins lucrativos, por que a planilha de custos da recorrida foi aceita com a inclusão dos percentuais de lucro para todos os cargos à serem contratados? É no mínimo contraditório.

(...)

Cumpra frisar que os ATESTADOS DE CAPACIDADE TÉCNICA apresentados pelo INSTITUTO BRASILEIRO DE POLÍTICAS PÚBLICAS-IBRAPP deixam claro que a licitante, na verdade, atua como qualquer empresa prestadora de serviços terceirizados, se valendo dos benefícios concedidos às instituições sem fins lucrativos de forma a se sobressair nas licitações, o que prejudica a isonomia e o princípio da competitividade.

Ante o exposto, comprovadamente, pessoas jurídicas constituídas sob a forma de associações NÃO possuem condições jurídicas para participar de licitações públicas, na forma da lei, conforme demonstrado por esta recorrente.

3.3.4. Neste tocante, ainda argumenta que o Acórdão 7.459/2010 do TCU seria pela proibição de que entidades sem fins lucrativos participem de licitações. Entretanto, indica existir jurisprudência contrária, inclusive, mais recente (Acórdão nº 2847/2019). Procura ratificar seu posicionamento com indicação de dispositivos do Código Civil, da Lei 8.666/93, da Constituição Federal e da IN n. 05/2017.

3.3.5. A recorrente DEFENDER ainda se insurge contra a decisão do pregoeiro que a inabilitou. Acerca da matéria, alega que:

Outro fato importante à ressaltar é que a RECORRENTE foi INEVIDAMENTE desclassificada do certame por supostamente ter deixado cumprir com as regras editalícias, em especial ao item 12.6.2ºd”, bem como, em breve resumo, por, supostamente, inobservância dos valores e percentuais indicados na Convenção Coletiva da respectiva categoria, conforme foi exigido nos itens 14.2.47 do edital e 7.1.18,13.1, 13.9 e apêndice IV do termo de referência.

Ora, a administração não pode interferir na elaboração das planilhas de custos da licitante, em especial no que se refere aos percentuais de encargos sociais que não estejam diretamente ligados a obrigações trabalhistas. Sem contar que todas as planilhas de custos apresentadas pela recorrente estavam com as respectivas fundamentações e memória de cálculos de todos os percentuais de encargos utilizados na composição dos preços.

(...)

Outro fato importante é: Porque o pregoeiro aceitou e habilitou o INSTITUTO BRASILEIRO DE POLÍTICAS PÚBLICAS-IBRAPP sendo que o mesmo apresentou as planilhas de custos com todos os percentuais de encargos sociais diferentes daqueles exigido para a proposta da recorrente? Como explicar isso? Estranho. Não?

Além disso, diferentemente do que foi oportunizado ao INSTITUTO BRASILEIRO DE POLÍTICAS PÚBLICAS-IBRAPP, o douto pregoeiro se quer oportunizou a recorrente de se manifestar acerca dos apontamentos que embasaram, equivocadamente, a sua desclassificação

Isto porque, conforme previsão legal, erros nas planilhas de custos não são motivos para desclassificação sumária da proposta...

(...)

... conforme previsão legal, erros nas planilhas de custos não são motivos para desclassificação sumária da proposta, os quais poderiam ser sanados ou justificados em diligência, coisa que o douto pregoeiro não oportunizou esta recorrente de fazê-lo, inclusive no que se refere a comprovação da qualificação econômica financeira, para a qual houve um equívoco na análise dos valores apresentados, haja vista que os valores a serem considerados deveriam ser os valores contratuais anuais, os quais compõe o balanço patrimonial do exercício anterior e a depender dos contratos firmados no exercício vigente esses lançamentos não vão fazer parte, ainda, da composição do patrimônio líquido daquele exercício, devendo ser extraído as suas proporcionalidades.

Como se vê, Sr. Pregoeiro, a recorrente não poderia ter sido inabilitada antes de ter esgotado todas possibilidades de ajustes da proposta e/ou justificativas que amparassem a manutenção da sua planilha no certame.

3.3.6. Em conclusão, pede a desclassificação do IBRAPP e a revisão da decisão que inabilitou a recorrente.

4. DAS CONTRARRAZÕES

4.1. Contrarrrazões ao Recurso nº 1

4.1.1. Em sede de contrarrrazões ao primeiro recurso (47297362) o IBRAPP defende a possibilidade de que entidades sem fins lucrativos participem do pregão, haja vista não haver vedação na legislação nem no instrumento convocatório. Aduz que os argumentos do recurso deveriam ter sido alvo de impugnação ao edital, instrumento já precluso na atual fase do certame.

4.1.2. Pugna, ainda, pelo não conhecimento do recurso cuja conclusão, segundo o IBRAPP, não se depreende da fundamentação. Alega inépcia do recurso manejado.

4.1.3. Defende a exequibilidade da sua proposta comercial e a regularidade dos valores unitários cotados na planilha. Cita jurisprudência do TCU e de Tribunais de Justiça / TRFs e, ao final, pede pelo não conhecimento do recurso ou, alternativamente, pela sua denegação.

4.2. Contrarrazões ao Recurso nº 2

4.2.1. Nas contrarrazões apresentadas em 47297449 o IBRAPP também pede seja o recurso não conhecido, sob alegação de inépcia da peça apresentada pela ABILITY. Defende que as questões relativas à participação de associações sem fins lucrativas não poderia ser levantada em sede recursal, pois seriam próprias de impugnação ao edital (etapa já ultrapassada). Alega, ademais, que a fundamentação recursal é deficiente e, assim, prejudica o direito de defesa do IBRAPP.

4.2.2. No mérito, baseia-se em precedentes jurisprudenciais e doutrinários para infirmar as alegações recursais. Defende que sua planilha de custos respeitou as disposições do edital e que sua proposta é exequível, pois condiz com os valores praticados no mercado. Fala sobre a impossibilidade de ingerência da Administração na formação dos preços dos licitantes e argumenta que o edital não trazia percentuais mínimos para os *módulos* de formação do preço, de modo que não haveria motivos para a rejeição das planilhas.

4.2.3. Pede, ao fim, seja mantida a decisão recorrida.

4.3. Contrarrazões ao Recurso nº 3

4.3.1. A resposta ao terceiro recurso, apresentada em 47297546, ratifica os posicionamentos anteriores acerca da preclusão temporal do direito de alegar proibição de associações civis participarem do certame e da vinculação ao edital como barreira à inabilitação do IBRAPP.

4.3.2. No mérito, defende que os fins institucionais da associação estão relacionados ao objeto do certame e que as razões recursais seriam, portanto, infundadas. Defende a exequibilidade de sua proposta comercial que, segundo alega, traz valores condizentes com os preços de mercado e aduz sobre o correto apontamento dos seus preços unitários nas planilhas.

4.3.3.

5. DA ANÁLISE

5.1. DO RECEBIMENTO DOS RECURSOS / AUSÊNCIA DE PRECLUSÃO

5.1.1. Ponto comum às contrarrazões é a alegação de que todos os três recursos apresentados não poderiam questionar a participação na licitação de uma associação sem fins lucrativos - como é o IBRAPP - pois essa questão seria afeta à impugnação e, portanto, já estaria acobertada pela preclusão temporal.

5.1.2. Não assiste razão ao recorrido.

5.1.3. O edital não trouxe vedação genérica à participação de entidades sem fins lucrativos justamente porque o Tribunal de Contas da União reputa inválida tal proibição (Acórdão nº 7.459/2010). Para o TCU, a adequação ou não da participação de uma entidade sem fins econômicos deve ser examinada no caso concreto, principalmente pelo cotejo entre o objeto do pregão e os objetivos institucionais elencados no estatuto da entidade (Acórdão 2.847/2019-TCU Plenário).

5.1.4. Justamente por inexistir no edital vedação genérica da participação de entidades sem fins lucrativos, não havia inicialmente elemento que viabilizasse o questionamento "em tese" da questão, o que seria feita pela via da impugnação. A etapa recursal, por outro lado, mostra-se adequada ao debate dessa matéria, já que é apenas após a conclusão da fase de lances do pregão que os participantes foram identificados e, só agora, tiveram acesso aos atos constitutivos dos demais participantes. Na prática, anteriormente, não haveria como a participação do IBRAPP ser questionada, mormente porquanto a adequação dessa participação deve ser aferida com a análise do estatuto social, documento que os recorrentes só tiveram acesso com o término da etapa de lances.

5.1.5. Recebidos, portanto, os recursos.

5.2. DA HABILITAÇÃO DA LICITANTE IBRAPP / PARTICIPAÇÃO DE ASSOCIAÇÃO CIVIL SEM FINS ECONÔMICOS EM LICITAÇÕES PÚBLICAS / EXAME DOS OBJETIVOS INSTITUCIONAIS DA ASSOCIAÇÃO / ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA

5.2.1. O recurso nº 3 questiona a possibilidade de que uma associação civil sem fins econômicos - como é o IBRAPP - participe de uma licitação e, em sendo afirmativa a resposta, se essa participação ensejaria ou não quebra da isonomia entre os licitantes, haja vista a associação civil estar sujeita a um regime tributário menos gravoso do que estão sujeitas as sociedades empresárias. **Por se tratar de questão prejudicial em relação aos argumentos trazidos nos outros dois recursos (manejados por LOTUS DF e ABILITY), começaremos nosso exame pelo recurso nº 3 (DEFENDER) que, se provido, ensejará perda de objeto dos demais.**

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 entidade sem fins lucrativos e o objeto da licitação, poderão estas participarem dos certames públicos." (TCDF, 20.611/2019-e, destaque nosso)

5.2.3. A Instrução Normativa nº 05/2017-MPOG, recepcionada no Distrito Federal pelo Decreto 38.934/2018, trata de contratações públicas de serviços de mão de obra terceirizada e disciplina a participação de instituições sem fins lucrativos (i.e. associações civis constituídas sob a égide do art. 53 do Código Civil):

Art. 12. Quando da contratação de instituição sem fins lucrativos, o serviço contratado deverá ser executado obrigatoriamente pelos profissionais pertencentes aos quadros funcionais da instituição.

Parágrafo único. Considerando-se que as instituições sem fins lucrativos gozam de benefícios fiscais e previdenciários específicos, condição que reduz seus custos operacionais em relação às pessoas jurídicas ou físicas, legal e regularmente tributadas, não será permitida, em observância ao princípio da isonomia, a participação de instituições sem fins lucrativos em processos licitatórios destinados à contratação de empresário, de sociedade empresária ou de consórcio de empresa.

5.2.4. O dispositivo, ainda que restrinja o direito das associações, permite que elas (ou outras entidades similares) participem de licitações cujos objetos não sejam afetos à atividade empresarial, campo de atuação, via de regra, estranho à atuação "sem fins econômicos", própria das associações civis. Nos termos da Instrução Normativa, em tese, não poderiam coexistir em uma mesma licitação sociedades empresárias e entidades sem fins econômicos.

5.2.5. Perante os Tribunais de Conta do país, notadamente perante o TCU, a participação de associações civis em licitações é permitida, desde que seus objetivos institucionais estejam condizentes com o objeto do certame.

5.2.6. No **Acórdão nº 7.459/2010**, a 2ª Câmara do TCU deliberou sobre a possibilidade jurídica de que uma associação civil sem fins econômicos fosse contratada, por licitação, para prestar o serviço de fornecimento de mão de obra terceirizada. Na oportunidade, foi decidido que não pode haver no edital de licitação vedação genérica e universal à participação de associações civis em licitações. No entanto, a participação dessas entidades depende de que o objeto do certame esteja em consonância com suas finalidades institucionais. Vejamos:

"EMENTA: (...) **NÃO DEVE HAVER VEDAÇÃO GENÉRICA DE PARTICIPAÇÃO EM LICITAÇÕES DE ENTIDADES SEM FINS LUCRATIVOS, DESDE QUE HAJA NEXO ENTRE OS SERVIÇOS A SEREM PRESTADOS COM OS ESTATUTOS E OBJETIVOS SOCIAIS DA ENTIDADE PRESTADORA DOS SERVIÇOS.** (...)

Como bem ponderou a Unidade Técnica, **o exercício de atividade econômica pelas entidades sem fins lucrativos, embora não seja vedado na legislação, deve estar relacionado com o cumprimento de seus fins estatutários sob pena de desvio de finalidade.** (...) ponderamos por divergir do pressuposto genérico e uniforme de que os serviços de terceirização não poderiam ser desempenhados pelos membros de uma entidade sem fins lucrativos. A nosso ver, não se pode admitir aprioristicamente, sem exame da situação concreta, que as atividades acessórias da administração sempre exigiriam uma intermediação ou locação de mão de obra, apenas por inexistir um vínculo empregatício entre a entidade sem fins lucrativos e os agentes que a integram.

Embora uma atividade possa caracterizar-se como acessória e instrumental para um órgão da administração pública, esse aspecto não possui uma conexão direta com o cumprimento das finalidades estatutárias de uma entidade sem fins lucrativos que preencha os requisitos necessários à realização dos serviços. Dito de outra forma, **a regularidade da prestação de serviços de terceirização por uma entidade sem fins lucrativos é aferida pela forma em que esta atua para cumprimento de suas finalidades essenciais, e não necessariamente pelo caráter acessório ou complementar da atividade objeto da prestação do serviço.** (...)

Por sua vez, **o exame das condições técnicas e jurídicas apresentadas por entidades sem fins lucrativos, na fase de habilitação dos certames licitatórios para a prestação de serviços terceirizados**, segue, por analogia, basicamente os procedimentos definidos pelo TCU por ocasião de reiteradas análises do cumprimento dos requisitos para a situação do art. 24, inciso XIII, da Lei nº 8.666/93, **concernentes à efetiva existência de nexo entre o objeto a ser licitado e os objetivos estatutários da instituição sem fins lucrativos** (...).

Assim, não basta que a entidade ostente, nos seus estatutos, o requisito de ser constituída sem fins lucrativos; **deve ser verificado se, concretamente, a forma como a entidade vai executar os serviços do certame não implicará desvio de finalidade.** Entre outras hipóteses passíveis de ocorrer, **haverá desvio de finalidade se a entidade atuar em objeto incompatível com os seus objetivos estatutários ou como mera intermediadora ou locadora de mão de obra na prestação dos serviços.**

(...) **determinar que não habilitem, nos certames licitatórios para a contratação de serviços de terceirização ou semelhantes, entidades sem fins lucrativos cujos estatutos e objetivos sociais não tenham nexo com os serviços a serem prestados;**"

5.2.7. Pois bem: em um primeiro momento o pregoeiro da Adasa avaliou que o objeto do Pregão Eletrônico 09/2020 estaria contemplado no estatuto social da associação civil IBRAPP, como se verifica nas págs. 7-8 do documento 46440488:

"Art. 1º - O Instituto Brasileiro de Políticas Públicas - IBRAPP, pessoa jurídica de direito privado **constituída sob a forma de Associação sem fins econômicos, nos termos do inciso I do art. 44 e art. 53 a 61 do Código Civil** e que regerá por este ESTATUTO, e pelas normas legais pertinentes.

(...)

Art. 6º - O IBRAPP tem como objetos sociais, a promoção em favor do desenvolvimento institucional dos entes públicos de natureza Municipais, Estaduais ou Federais e de caráter privado, a saúde, a gestão, o ensino e educação, a cultura, a pesquisa, a colaboração, consultoria, coordenação, inclusão produtiva, sustentável e social, e execução de atividades visando:

(...)

II - Prestação de serviços de Apoio Administrativo, com contratação e locação de mão-de-obra especializada para prestação de serviços técnicos, operacionais e administrativos advindos de contratos oriundos de processos licitatórios, contratos de gestão e convênios, em diversos setores em favor da administração pública e/ou particular;

(...)

XII - Gestão de Pessoas, através de recrutamento, seleção e administração do capital humano especializado para a administração pública e/ou entidades privadas;

(destacamos)

5.2.8. Nos pareceu adequado concluir que as atividades listadas nos incisos II e XII do art. 6º do estatuto da associação IBRAPP eram suficientes para assegurar a possibilidade jurídica de sua participação no pregão. Todavia, nesta sede recursal, foi oportunizado ao pregoeiro fazer uma análise mais detalhada sobre a matéria. Vejamos.

5.2.9. A jurisprudência do TCU sobre o tema evoluiu desde a prolação do supracitado Acórdão 7.459/2010, tendo havido em 2019 uma decisão fundamental sobre a matéria. A bem da verdade, a tese geral que **"permite às associações participarem de licitações desde que o objeto do certame esteja contemplado no respectivo estatuto"** é apenas a ponta do *iceberg*. Sob esta premissa - aparentemente simplória - existe uma outra questão primordial para a correta solução do problema: **o pregoeiro deve examinar se as finalidades institucionais listadas nos estatutos das associações dizem respeito à finalidades ínsitas à entidades sem fins econômicos ou se, ao contrário, tratam-se de objetivos meramente comerciais e, portanto, fora do espectro de atuação da atividade associada.**

5.2.10. O recente **Acórdão 2.847/2019-TCU Plenário** (publicado no **Boletim Informativo 382/2019**) tratou de forma bastante sistematizada sobre a impossibilidade de contratação de associações civis para objeto comum do mercado empresarial, mormente quando a atividade listada no estatuto da associação será prestada sem nenhum elemento que diferencie sua prestação daquela que poderia ser executada por qualquer outro agente empresarial. Inclusive, o caso tratado no Acórdão era justamente o de fornecimento de mão de obra terceirizada. Vejamos:

"É com base no art. 4º, inciso XXI, do estatuto da Abradecont, que a 1ª CJM e a entidade civil sem fins lucrativos buscam demonstrar que os fins colimados pela instituição se amoldam ao objeto da licitação em questão.

Após analisar detidamente os autos, opino no sentido de que os termos contidos nos dispositivos retro citados são demasiado genéricos e serviriam para justificar a contratação da Abradecont em todo e qualquer tipo de ajuste que tenha como objetivo o fornecimento de mão de obra. A meu ver, ao inserir os termos "fomentação do setor terceirizado" e "busca do pleno emprego", a entidade buscou dar ares de legalidade a uma situação que, na realidade, consiste na mera intermediação de mão de obra, serviço que pode ser prestado por qualquer empresa constituída para esse fim.

Nesse sentido, observo que, assim como as demais entidades empresárias que atuam nesse setor, a Abradecont, ao firmar contrato com a Administração Pública, iria buscar no mercado de trabalho pessoas estranhas à própria associação, contratando-os exclusivamente

e unicamente para preencher as vagas previstas no edital, motivo pelo qual não vislumbro haver o alegado caráter de assistência social na atuação da entidade civil.

(...)

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”.**

Por conseguinte, assim como concluiu a unidade técnica, opino no sentido de que não poderia a Abradecont habilitar-se para participar do Pregão Eletrônico nº 4/2019, ante o claro desvio de finalidade havido na atuação da entidade. **Veja-se que admitir a participação dessa associação em competição com entidades empresárias acaba por frustrar o caráter competitivo da atividade econômica, haja vista os benefícios fiscais a que fazem jus as pessoas jurídicas sem fins lucrativos.**

(...) embora a jurisprudência do Tribunal de Contas da União considere que o art. 53 da Lei 10.406/2002 (Código Civil) não proíbe incondicionalmente a participação de sociedades civis sem fins lucrativos em licitações públicas, sua contratação pela Administração Pública é admitida apenas quando o objeto da avença estiver em conformidade com os objetivos estatutários específicos da contratada.

(...)

De um lado, é certo que não se deve conferir uma interpretação literal e restritiva ao termo “para fins não econômicos” contido no art. 53 do Código Civil, a ponto de vedar a contratação de associações civis sem fins lucrativos pela Administração Pública (...)

Entretanto, se as normas de regência e a jurisprudência deste Tribunal exigem que o objeto do contrato administrativo, nesses casos, não implique desvio de finalidade da associação sem fins lucrativos, é logicamente certo que o estatuto da contratada deva ter objetivos específicos, que lhe confirmam uma identidade institucional, uma singularidade de propósitos, condição sine qua non para que se estabeleça, com razoável precisão, o nexo que se exige entre objetivos institucionais e objeto contratual.

Pois bem, no caso vertente, conforme demonstrado, as disposições estatutárias da Abradecont, notadamente aquelas descritas no art. 4º, inciso XXI, embora invocadas pelo órgão fiscalizado e pela referida associação como fundamento para a contratação questionada, possuem conteúdo demasiadamente aberto, o que, em tese, permitiria adequar sua finalidade institucional a praticamente qualquer objeto de terceirização de serviços pretendidos pela Administração. Isso tornaria inócua a exigência de nexo específico entre o objetivo institucional da associação civil e o objeto do contrato administrativo.

Convém recordar que esse requisito – de nexo específico entre objetivos estatutários e objeto contratual – é necessário para estabelecer um *discrimen* mínimo entre as associações sem fins lucrativos e as sociedades empresariais, em relação às possibilidades de contratação com a Administração Pública. Do contrário, estar-se-iam criando condições não isonômicas entre ambas as espécies de licitantes, pois os primeiros, com menor carga tributária, ingressariam em uma ampla gama de certames em condições privilegiadas em relação aos últimos.

Também merece destaque o argumento do *Parquet* especializado no sentido de que, apesar de o estatuto da Abradecont mencionar, de forma genérica, os termos *terceirização* e *emprego*, “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”, o que configura “claro desvio de finalidade”.

Dessa forma, a representação é parcialmente procedente, tendo em vista que os objetivos genéricos consignados no estatuto da Abradecont não permitem estabelecer o necessário e preciso vínculo com o objeto da contratação, sob pena de desvio de finalidade da referida associação civil sem fins lucrativos.”

(destaques nossos)

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 de nexo 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 detidamente 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, **afirmando 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 semelhantes, 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)

5.2.12. Então, podemos concluir que não basta que o estatuto social da associação empregue na descrição de seus objetivos sociais expressões genéricas como “gestão de pessoas” e “prestação de serviços de Apoio Administrativo”. É necessário avaliar se os objetivos sociais previstos no estatuto abarcam um elemento diferenciador, um caractere especial, capaz de justificar que o contrato seja firmado com uma entidade sem fins lucrativos. É justamente esse algo “diferenciado”, “a mais”, o *discrimen* entre o serviço prestado pela associação e o serviço que poderia ser executado por qualquer sociedade empresarial. E essa característica própria deve estar dentro da gama de atuação que é considerada legítima a uma entidade sem fins econômicos.

5.2.13. O Código Civil, entretanto, não esclarece quais seriam as finalidades institucionais legítimas às associações. A lei se limita a restringir o acesso dessas entidades às atividades que teriam fins econômicos (art. 53 CC/02), permitindo-lhes atuar nas demais áreas. Com isso, a legislação acabou relegando às associações um amplo espaço de atuação que apenas encontra contornos na jurisprudência e na doutrina especializada.

5.2.14. O Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ), o Exmo. Sr. Nagib Slaibi Filho, no artigo “Da associação no novo Código Civil”, publicado na Revista da EMERJ, v. 7, n. 27, 2004, defende que “os associados se unem para alcançar fins culturais (como, por

exemplo, Associação Musical Santa Cecília), religiosos (Ordem Terceira da Penitência), piedosos (Associação São Vicente de Paulo), científicos ou literários, esportivo, ativos, morais etc."

5.2.15. Caio Mário da Silva Pereira, citado por José dos Santos Carvalho Filho, explica que "há distinção entre sociedades e associações. As sociedades seriam as pessoas jurídicas compostas de número mais reduzido de pessoas e alvejariam fim econômico. As associações, ao contrário, se constituiriam de maior número de pessoas e teriam em mira fins de caráter não econômico ou ideais, como os fins morais, literários, pios e artísticos, dentre outros da mesma natureza." (in CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação Civil Pública Comentários por Artigo Lei 7.347, de 24.07.85.* 2ª ed., Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1999)

5.2.16. Da mesma forma, Maria Helena Diniz ensina que associação "é uma pessoa jurídica de direito privado voltada à realização de finalidades culturais, sociais, pias, religiosas, recreativas etc., cuja existência legal surge com a inscrição do estatuto social, que a disciplina, no registro competente." (in DINIZ, Maria Helena. *Coordenação FIUZA, Ricardo. Novo Código Civil comentado.* São Paulo: Saraiva, 2002, p. 67.)

5.2.17. Percebe-se daí que, para a doutrina, normalmente essa prestação diferenciada tem fins recreativos, de inclusão social, desportivos, científicos, culturais, morais etc.

5.2.18. As palavras do Exmo. Sr. Subprocurador-Geral do Ministério Público de Contas da União, Dr. Paulo Soares Bugarin, são esclarecedoras acerca da aludida "característica diferenciadora" no serviço prestado por associações. Esse caractere distintivo é chamado pelo Sr. Subprocurador de "objetivo maior":

"Nas situações acima descritas, é nítida a existência de nexos entre o objeto da contratação e o fim almejado pelas respectivas entidades sem fins lucrativos. Como se pode notar, em todos os casos citados a terceirização da mão de obra não tem um fim em si mesmo, já que existe um "objetivo maior" capaz de justificar os ajustes firmados com o Poder Público. Na minha opinião, é justamente essa finalidade de maior relevo, a qual geralmente possui caráter assistencial, que justifica admitir-se a participação de entidades sem fins lucrativos, as quais gozam de isenções tributárias, em licitações públicas" (TCU - TC 015.361/2019-5)

5.2.19. Observa-se esse caractere distintivo, por exemplo, nos contratos firmados pelo Poder Público junto à entidades de promoção do trabalho de egressos do sistema prisional, quando a relação com a Administração Pública não é meramente comercial, havendo também um claro intuito social de reintegração desses trabalhadores ao mercado. Outro exemplo: no ano de 2009 o Superior Tribunal de Justiça contratou serviços de terceirização junto à entidade que tinha como objetivo a integração de deficientes auditivos no mercado de trabalho (processo STJ 9185/2009, DOU de 26/10/2009, Seção 3, pág. 73).

5.2.20. No caso do nosso Pregão 09/2020, não há esse critério diferenciador. O IBRAPP não se propõe a nada diferente do que um fornecimento comum de mão de obra. A rigor, o serviço objeto do Pregão 09 pode (e deve) ser contratado com qualquer sociedade empresária.

5.2.21. A mera inserção dos termos "apoio administrativo", "gestão de pessoas" ou "fornecimento de mão de obra" no estatuto social do IBRAPP (art. 6º) não transparece qual seria o elemento diferenciador do seu serviço. Esses objetivos, tal qual consta no estatuto, servem para justificar qualquer tipo de contratação de mão de obra terceirizada, sem deixar claro o motivo pelo qual uma entidade sem fins lucrativos deve executar o serviço. Nada impede, nesse caso, que o IBRAPP simplesmente recrute trabalhadores no mercado e os aloque na Adasa, ou seja, a associação estaria agindo exatamente como um agente empresarial. Dito em outras palavras: a simples atividade de fornecimento de mão de obra que pretende o IBRAPP não tem relação com finalidades normalmente praticadas por associações civis. A simples terceirização, sem nenhuma característica especial, não é nada mais que uma relação estritamente comercial entre a associação e a Adasa. Esse tipo de relação é própria da atividade empresária e, portanto, incompatível com a atuação de associação civil sem fins econômicos, como é o IBRAPP.

5.2.22. Nessa mesma linha de raciocínio seria defensável argumentarmos que o fornecimento de trabalhadores terceirizados, na forma como prevista no já citado estatuto social do IBRAPP, não é legítima a uma associação, por se tratar de serviço comum, usual e próprio do mercado empresarial. Não se vislumbra na atuação da entidade recorrida um elemento finalístico diferenciador, suficiente para justificar a contratação de uma entidade não empresária.

5.2.23. No bojo do já citado **Acórdão 2.847/2019-TCU Plenário**, o Exmo. Ministro Relator ainda alude para um fato que também se verifica no nosso caso concreto:

"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".

Por conseguinte, assim como concluiu a unidade técnica, opino no sentido de que não poderia a Abradecont habilitar-se para participar do Pregão Eletrônico nº 4/2019, ante o claro desvio de finalidade havido na atuação da entidade. Veja-se que admitir a participação dessa associação em competição com entidades empresárias acaba por frustrar o caráter competitivo da atividade econômica, haja vista os benefícios fiscais a que fazem jus as pessoas jurídicas sem fins lucrativos." (destaques nossos)

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 praticar os preços ofertados por uma associação civil sem fins econômicos. Configura-se nessa hipótese uma flagrante afronta ao princípio da isonomia.

5.2.25. 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 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.

5.2.26. 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.

5.3. **DA INABILITAÇÃO DA RECORRENTE 'DEFENDER'**

5.3.1. Em sede de recurso a licitante DEFENDER questiona sua *desclassificação* do certame, que reputa ter sido equivocada. Dentre os argumentos recursais, na sua maioria voltados à sua própria planilha de formação de custos, há expresso pedido de que seja instaurada diligência que lhe possibilite apresentar nova lista de contratos vigentes, já que na sua lista original a recorrente alega não ter considerado o valor remanescente dos contratos, excluindo os valores já executados, conforme lhe permite a Instrução Normativa MPOG 05/2017, no Anexo VII-E.

5.3.2. Vejamos as palavras da recorrente:

"... conforme previsão legal, erros nas planilhas de custos não são motivos para desclassificação sumária da proposta, os quais poderiam ser sanados ou justificados em diligência, coisa que o douto pregoeiro não oportunizou esta recorrente de fazê-lo, inclusive no que se refere a comprovação da qualificação econômica financeira, para a qual houve um equívoco na análise dos valores apresentados, haja vista que os valores a serem considerados deveriam ser os valores contratuais anuais, os quais compõe o balanço patrimonial do exercício anterior e a depender dos contratos firmados no exercício vigente esses lançamentos não vão fazer parte, ainda, da composição do patrimônio líquido daquele exercício, devendo ser extraído as suas proporcionalidades." (*erros gramaticais do original*)

5.4. Antes de mais nada, é relevante frisar que, ao contrário do alegado no recurso, não houve "equívoco na análise" pelo pregoeiro. O equívoco ocorreu na própria elaboração da lista, sob única responsabilidade da licitante. Nada obstante, em situação semelhante, a orientação do Tribunal de Contas da União é que seja instaurada diligência para permitir ao licitante apresentar nova lista de contratos, oportunizando-lhe se valer, dessa vez, da regra insculpida na nota de rodapé número 2 do Anexo VII-E da IN 05/2017: "*Nota 2: considera-se o valor remanescente do contrato, excluindo o já executado*".

5.5. Pois bem. Recentemente, no âmbito da **Tomada de Contas nº 004.780/2018-3 do Tribunal de Contas da União o Exmo. Sr. Ministro Walton Alencar Rodrigues** prolatou o **Acórdão 1.275/2018-Plenário**, que tratou da mesma questão enfrentada no nosso caso concreto. No processo do TCU, o pregoeiro havia inabilitado uma empresa cuja lista de contratos em vigor (exigido no edital e na IN 05/2017) considerou valores globais do contrato, ao invés de considerar apenas os valores remanescentes no exercício. O Exmo. Sr. Ministro Relator ponderou que, mesmo tratando-se de erro imputável à licitante, deveria o pregoeiro ter instaurado diligência que lhe possibilitasse corrigir a indicação equivocada de valores contratuais. Senão vejamos:

"13.2. O item 8.5.4.3 do edital exige:

Comprovação, por meio de declaração, da relação de compromissos assumidos, conforme modelo constante do Anexo III, de que 1/12 (um doze avos) do valor total dos contratos firmados com a Administração Pública e/ou com a iniciativa privada, vigentes na data da sessão pública de abertura deste Pregão não é superior ao Patrimônio Líquido do licitante, podendo este ser atualizado na forma já disciplinada neste Edital

13.3. A referida exigência repete a alínea "d" do item 11.1 do Anexo VII-A da Instrução Normativa 5, de 25/4/2017, do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. O Anexo III do Edital (peça 1, p. 83) traz o Modelo de Declaração dos Contratos Firmados com a iniciativa privada e a Administração Pública e simplesmente repete o modelo preconizado no Anexo VII-E da referida instrução normativa. Ele menciona expressamente a exigência de "Valor total do Contrato", colocando um asterisco (*) que indica, por meio de explicação no rodapé da página, "***Considera-se o valor remanescente do contrato, excluindo o já executado**".

(...)

13.5. A despeito da falha por parte da licitante, caberia ao Pregoeiro realizar diligências para sanar a irregularidade, tendo em vista o princípio do formalismo moderado que informa toda a atividade da Administração, uma vez que não se pode perder a essência do dispositivo, que, no caso, é a de dar razoável garantia à Administração de que a empresa a ser contratada possui capacidade de executar adequadamente o contrato.

(...)

13.7. Ainda, faltou a compreensão de que os valores informados de contratos não estão abatidos dos valores que já foram executados. Conclui-se, assim, que o montante informado é maior do que se deveria informar. Logo, não há indícios de que, ao cometer tais falhas, a Representante tenha agido de má-fé, uma vez que a menção aos valores integrais dos contratos prejudica a própria licitante, pois dificulta a demonstração de que 1/12 do total não é superior ao seu patrimônio líquido, o que não causa prejuízo algum a outras empresas licitantes.

(...)

13.12. O Pregoeiro deixou de realizar a diligência prevista no § 3º do art. 43 da Lei 8.666/1993, a fim de oportunizar correção das informações da Declaração dos Contratos Firmados com a iniciativa privada e a Administração Pública.

13.13. Nesse sentido, o TCU entende que o rigor formal no exame das propostas dos licitantes não pode ser exagerado ou absoluto, sob pena de desclassificação de propostas mais vantajosas, devendo as simples omissões ou irregularidades na documentação ou na proposta, desde que irrelevantes e não causem prejuízos à Administração ou aos concorrentes, serem sanadas mediante diligências (Acórdãos 2302/2012-TCU-Plenário – Revisor Ministro Walton Alencar Rodrigues; 1924/2011-TCU-Plenário- Relator Ministro Raimundo Carreiro).

13.14. Destarte, faz-se imperioso determinar à Ufam o retorno à fase de habilitação, de modo a conceder oportunidade à empresa Amazon Security Ltda. para que ajuste o anexo III de sua proposta, em face do que dispõe o § 3º do art. 43 da Lei 8.666/1993 e os Acórdãos 2302/2012-TCU-Plenário – Revisor Ministro Walton Alencar Rodrigues; 1924/2011-TCU-Plenário- Relator Ministro Raimundo Carreiro, uma vez que o erro no referido anexo não caracterizou burla ao certame ou a obtenção de vantagem indevida frente às outras licitantes.

(...)

De fato, a Amazon Security cometeu equívocos, passíveis de serem sanados mediante diligência, sendo injustificada sua desclassificação para contratação de proposta menos vantajosa. A realização da diligência prevista no §3º do art. 43 da Lei 8.666/1993 era dever da comissão de licitação, conforme remansosa jurisprudência deste Tribunal.

(...)

9.1. conhecer da representação e, no mérito, considerá-la procedente;

9.2. nos termos do art. 45 da Lei 8.443/1992, determinar o retorno à fase de habilitação do Pregão 1/2018, concedendo oportunidade à empresa Amazon Security Ltda. para ajustar o anexo III de sua proposta, mediante realização de diligência prevista no § 3º do art. 43 da Lei 8.666/1993;" (destaques nossos)

5.5.1. Ante o exposto, entendemos que a orientação traçada pelo citado Acórdão deve também ser aplicada à DEFENDER, eis tratarem-se os casos de situações quase idênticas, havendo que se prestigiar a jurisprudência (*bem recente, datada de 2018*) até mesmo como forma de padronizar as decisões dos agentes públicos, evitando-se casuísmos e julgamentos conflitantes nas diversas esferas de Poder.

6. DA PERDA DE OBJETO DOS RECURSOS N. 1 (LOTUS DF) E 2 (ABILITY)

6.1. Com o provimento do recurso manejado pela empresa DEFENDER (identificado aqui como recurso nº 3) e a consequente reforma da decisão que havia habilitado o IBRAPP, os argumentos despendidos nos outros recursos (pelas licitantes LOTUS DF e ABILITY) perderam seu objeto.

6.2. Conforme se verifica dos documentos 46966777 e 46966870 o objeto recursal é o julgamento da proposta comercial apresentada pelo IBRAPP. Com o reconhecimento de que essa associação não preenche os requisitos legais para participar do Pregão Eletrônico 09/2020 (em especial, por descumprir o item 3.1 do edital) e sua consequente exclusão do certame, torna-se despicinda a análise sobre sua planilha comercial.

6.3. Prejudicada a análise dos recursos apresentados pelas recorrentes LOTUS DF SERVICOS E LOGISTICA EIRELI e ABILITY NEGÓCIOS EIRELI, por perda dos respectivos objetos.

7. DA CONCLUSÃO E DO ENCAMINHAMENTO

7.1. Diante do exposto, e com fundamento no art. 17, VII do Decreto nº 10.024/2019 (recepcionado no Distrito Federal pelo Decreto Distrital nº 40.205/2019), o Pregoeiro:

A) conhece dos recursos apresentados por LOTUS DF SERVICOS E LOGISTICA EIRELI; ABILITY NEGÓCIOS EIRELI; DEFENDER CONSERVAÇÃO E LIMPEZA EIRELI;

B) julga **procedente** o recurso interposto por DEFENDER CONSERVAÇÃO E LIMPEZA EIRELI, para **reformular a decisão que habilitou e classificou a licitante INSTITUTO BRASILEIRO DE POLITICAS PUBLICAS - IBRAPP** que, a partir da próxima sessão pública do Pregão Eletrônico 09/2020 será **excluída do certame** por descumprimento dos requisitos de participação (item 3 do edital); **no que se refere à inabilitação da recorrente DEFENDER, será aplicada a tese despendida no Acórdão TCU 1275/2018 - Plenário, para possibilitar à licitante a apresentação de nova lista de contratos vigentes, escoimada dos equívocos atuais.**

C) declara prejudicados os recursos nº 1 e 2, já que o provimento do recurso nº 3 gerou a perda de objeto dos demais.

D) determina a publicação integral da decisão no sítio da Adasa na internet, em atendimento à regra do art. 2º, VII da Lei Distrital nº 5.453, de 26 de fevereiro de 2015.

Brasília, 22 de setembro de 2020.

EDUARDO LOBATO BOTELHO

Pregoeiro



Documento assinado eletronicamente por **EDUARDO LOBATO BOTELHO - Matr.0185049-0, Pregoeiro(a)**, em 22/09/2020, às 12:26, conforme art. 6º do Decreto nº 36.756, de 16 de setembro de 2015, publicado no Diário Oficial do Distrito Federal nº 180, quinta-feira, 17 de setembro de 2015.



A autenticidade do documento pode ser conferida no site:
http://sei.df.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0
verificador= **47560206** código CRC= **8C08D264**.

"Brasília - Patrimônio Cultural da Humanidade"

SAIN Estação Rodoferroviária de Brasília, S/N - Bairro Asa Norte - CEP 70631-900 - DF