

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) ABILITY NEGÓCIOS EIRELI; (2) INSTITUTO BRASILEIRO DE POLITICAS PUBLICAS - IBRAPP**Recorrida:** DEFENDER CONSERVAÇÃO E LIMPEZA EIRELI**1. DOS FATOS**

1.1. Na sessão pública complementar do Pregão Eletrônico nº 09/2020 (Ata 48185658) a licitante DEFENDER CONSERVAÇÃO E LIMPEZA EIRELI foi declarada habilitada (docs. 46090759, 47945905 e 48000120) e sua proposta comercial (48000319) foi aceita pelo pregoeiro, que declarou a empresa provisoriamente vencedora do certame (48185779). Nessa mesma oportunidade a licitante IBRAPP foi desclassificada, conforme decisão 47560206.

1.2. Foi aberto prazo para registro de intenção de recurso no sistema Comprasnet, de acordo com as regras do item 12 do edital e do art. 44 do Decreto nº 10.024/2019 (48001002).

1.3. As licitantes ABILITY NEGÓCIOS EIRELI, INSTITUTO BRASILEIRO DE POLITICAS PUBLICAS - IBRAPP e CARLAN SERVIÇOS DE APOIO ADMINISTRATIVO LTDA, manifestaram interesse de recorrer, mas apenas as duas primeiras apresentaram razões recursais, conforme se verifica em 48640674. Passado o prazo legal, está precluso o direito da licitante CARLAN apresentar recurso.

1.4. Razões recursais da ABILITY em 48640830, doravante designado Recurso nº 1.

1.5. Razões recursais do IBRAPP em 48640945, doravante designado Recurso nº 2.

1.6. A licitante CARLAN não apresentou razões recursais.

1.7. A empresa DEFENDER apresentou contrarrazões aos recursos 1 e 2, respectivamente em 48807046 e 48807051

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 será submetida à Diretoria Colegiada, última instância recursal administrativa (art. 13, IV do Decreto nº 10.024/2019).

3. DAS RAZÕES DOS RECURSOS**3.1. Recurso apresentado por ABILITY NEGÓCIOS EIRELI (Recurso nº 1)**

3.1.1. A recorrente aponta existirem erros de preenchimento na planilha de preços apresentada pela licitante declarada vencedora, DEFENDER (48000319).

3.1.2. Aduz que os percentuais indicados no submódulo 2.2 das planilhas deveriam refletir nos valores cotados no módulo 1 e submódulo 2.1, conforme ordena a IN 7/2018-MPOG.

3.1.3. Questiona, ainda, os valores indicados nos módulos "Provisão para Rescisão" que, segundo alega, destoam dos valores consignados nas Convenções Coletivas das categorias, notadamente em relação ao *aviso prévio indenizado* e à *multa do FGTS*.

3.1.4. A licitante ABILITY argumenta que a proposta de preços da DEFENDER seria inexequível e, portanto, deveria ser recusada sob pena de afronta aos princípios da isonomia, da legalidade e da vinculação ao instrumento convocatório.

3.1.5. Cita jurisprudência, doutrina e invoca o dispositivo dos art. 44 e 48 da Lei de Licitações como fundamento à recusa da proposta comercial da DEFENDER.

3.1.6. Conclui argumentando que *"no caso em tela, é possível inferir que REQUERIDA não cumpriu estritamente com o exigido do edital, uma vez que não cotou sua proposta conforme as exigibilidades das Instruções Normativas já citadas, a qual estampa de forma clara e nítida a inexecutabilidade dos preços ofertados para o Objeto Editalício, o que configura erro substancial e insuscetível de aproveitamento."*

3.2. Recurso apresentado por INSTITUTO BRASILEIRO DE POLITICAS PUBLICAS - IBRAPP (Recurso nº 2)

3.2.1. O IBRAPP argumenta que as associações civis sem fins econômicos (como ele próprio) podem participar de licitações públicas e cita jurisprudência do TCU. Alega que o pregoeiro teria agido com excesso de poder ao desclassificá-lo do certame. Para tanto, baseia-se nas regras do art. 11 do Decreto 5.450/05 (*legislação que, diga-se de passagem, está revogada*).

3.2.2. A Associação Civil recorrente ainda tece considerações sobre a conduta do pregoeiro: *"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 perpetua. Tudo, absolutamente tudo, sem qualquer direito ao contraditório e ampla defesa."*

3.2.3. Prossequindo no recurso, alega que sua desclassificação operou-se sem lastro em disposições do edital, e discorre sobre o princípio penal da 'presunção de inocência'.

3.2.4. Defende que seria possível que uma associação civil sem fins lucrativos participe do Pregão 09/2020, já que não haveria no edital vedação expressa. Cita o Acórdão 1.406/TCU. Diz, ainda, que nenhum licitante questionou a "ausência de proibição de participação de associações civis", e que a matéria estaria, agora, preclusa.

3.2.5. Diz que organizações sociais poderiam participar do pregão, o que denotaria equívoco na decisão que excluiu o IBRAPP do certame.

3.2.6. Assevera ainda que a empresa DEFENDER não poderia ter sido habilitada, já que havia descumprido a regra do item 12.6.2 'd' do TR e item 11.4 'c' do edital, no que se refere à qualificação econômico-financeira. Sobre isso, destaca o princípio da vinculação ao instrumento convocatório e aduz não haver possibilidade jurídica de juntada de nova "lista de contratos". Quanto à lista, os parágrafos 92 e ss. do recurso buscam refutar a validade das informações declaradas pela DEFENDER em 47945905.

3.2.7. Sobre a proposta comercial da licitante declarada vencedora, o IBRAPP argumenta haver erros de preenchimento das planilhas, conforme indicados nos parágrafos 103 a 123 do recurso. Pede seja a DEFENDER desclassificada e sua proposta comercial rejeitada.

4. DAS CONTRARRAZÕES

4.1. Em resposta (48807046) ao primeiro recurso apresentado, a licitante recorrida, DEFENDER, ratifica o atendimento aos requisitos de habilitação e a regularidade da sua planilha de preços em face à legislação e a convenção coletiva de trabalho de cada categoria.

4.2. Aduz, ainda, que "em relação ao preenchimento de planilhas de custos, o TCU, ao enfrentar situação similar, assinalou que os valores correspondentes aos encargos incorridos são meras estimativas apresentadas pela licitante, de forma que eventuais divergências entre o apresentado e o efetivamente ocorrido devem ser considerados como inerente aos riscos do negócio, impactando positivamente ou negativamente o lucro da contratada."

4.3. Fala sobre o critério de julgamento do pregão como sendo "menor valor global", o que, segundo argumenta, impede o exame unitário dos itens cotados nas planilhas.

4.4. Traz excertos jurisprudenciais e doutrinários e frisa que eventuais impropriedades no preço dar-se-á em prejuízo ao licitante, não à Administração. Conclui reforçando tratar-se de proposta comercial exequível, e pugna pelo indeferimento do recurso.

4.5. No que se refere ao Recurso nº 2, as contrarrrazões (48807051) repete os argumentos pelos quais entende ter atendido plenamente os requisitos de habilitação. Também refuta alegações de que sua proposta comercial teria erros insanáveis. Neste ponto, alega que "em se tratando o caso aqui presente, os custos apresentados pela recorrida estão de acordo com as exigências legais, bem como de acordo com a expertise e estratégia de mercado da recorrida e, ainda, em total adequação aos parâmetros definidos pelo Edital do Certame, inclusive com o modelo de planilha disponibilizado pela ADASA."

4.6. Questiona o interesse recursal do IBRAPP, alegando que "o recurso apresentado pela recorrente é meramente protelatório e descabido, haja vista que mesmo se algum armento estivesse correto, em nada mudaria a classificação da recorrente, uma vez que a sua classificação no certame é superior e posterior ao da recorrida e que, mesmo que houvesse suposto equívoco na planilhas da recorrida, o máximo que se admitiria seria uma suposta convocação para um ajuste necessário, o que não é o caso."

4.7. Explica, ainda que brevemente, a metodologia de cálculo do índice constante no Apêndice II do Termo de Referência. Nega, ademais, que tenha havido alteração da proposta quando do simples ajustamento das planilhas de preços.

5. ANÁLISE DOS RECURSOS

5.1. Da habilitação da licitante DEFENDER / Realização de diligência

5.1.1. Em licitações para a contratação de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra, a Instrução Normativa MPOG nº 05/2017 (recepcionada no DF pelo Decreto nº 38.934/2018) exige que os licitantes apresentem declaração de todos os contratos que têm vigentes com a iniciativa privada e com o Poder Público, sendo que o valor relativo a 1/12 (um doze avos) do valor dos contratos não pode ser superior ao Patrimônio Líquido da empresa. Trata-se de uma condição para habilitação econômico-financeira, que no Pregão Eletrônico Adasa 09/2020 está disciplinada nos itens 11.4 'c' do Edital e 12.6.2 'd' do Termo de Referência (44312993).

5.1.2. A fórmula de cálculo é a seguinte: **valor do patrimônio líquido dividido pelo valor dos contratos vigentes no exercício, multiplicado por 12 = valor maior que 1**. O edital de licitação, ao repetir regra da IN 05/2017, permite que no fator "valor dos contratos" seja considerado apenas os valores remanescentes do contrato, ou seja, os valores ainda não executados no exercício.

5.1.3. A licitante recorrida, DEFENDER, foi a empresa melhor classificada na fase de lances. A declaração de contratos vigentes inicialmente apresentada por ela levou em conta o valor total dos contratos - ao invés do valor remanescente no exercício - o que fez com que o índice resultante da aplicação da fórmula supra fosse 0,96 (inferior, portanto, a 1). A lista de contratos pode ser consultada na pág. 47 do documento 46090759.

5.1.4. Após uma primeira fase recursal, o pregoeiro se valeu da regra do item 11.6 do edital e instaurou diligência a fim de que a licitante DEFENDER corrigisse os valores apontados na declaração de contratos vigentes, deduzindo dos valores contratuais anuais as parcelas já executadas. Além da declaração de contratos, o pregoeiro solicitou cópia de todos os contratos e seus respectivos termos aditivos e apostilamentos, para fins de conferência da veracidade das declarações da DEFENDER.

5.1.5. Atendendo à diligência, a licitante apresentou a versão corrigida da "declaração de contratos firmados" (47945905) assim como as cópias dos contratos indicados na planilha e seus respectivos termos aditivos e apostilamentos (47951189, 47952197, 47954597, 47955172, 47955399, 47961109, 47972438 e 47972454).

5.1.6. Conforme os dados apresentados, um doze avos do total remanescente dos contratos perfaz R\$ 4.237.470,23 (quatro milhões, duzentos e trinta e sete mil quatrocentos e setenta reais e vinte e três centavos), valor substancialmente inferior ao patrimônio líquido da empresa que é de R\$ 14.257.329,68 (quatorze milhões, duzentos e cinquenta e sete mil trezentos e vinte e nove reais e sessenta e oito centavos) conforme pode-se ver no Balanço apresentado na pág. 31 do documento 46090759. Calculado na fórmula aritmética o índice da DEFENDER é de 3,36 (superior, portanto, a 1).

5.1.7. Ambos os recorrentes, ABILITY e IBRAPP, questionam a legalidade da diligência instaurada pelo pregoeiro. Alegam que a licitante deveria ter sido inabilitada sumariamente, sem a possibilidade de retificar as informações prestadas. Dentre os argumentos, destaca-se a tese de que o momento oportuno para apresentar documentos de habilitação, conforme regras do edital e do Decreto 10.024/19, é o momento do credenciamento da proposta no Comprasnet, não havendo possibilidade de substituí-los ou retificá-los a posteriori, sob pena de afronta à legislação e ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

5.1.8. Não assiste razão aos recorrentes. A abertura de diligência nesses casos segue orientação expressa do Tribunal de Contas da União. Isto porque, o TCU, ao examinar questão juridicamente idêntica, entendeu que nos casos em que a declaração de contratos vigentes não tiver levado em conta o valor remanescente dos contratos, o pregoeiro tem a obrigação de instaurar diligência para permitir ao licitante corrigir os dados originariamente apresentados. Vejamos o recente **Acórdão 1.275/2018-Plenário** prolatado no âmbito da **Tomada de Contas nº 004.780/2018-3**:

"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 (...)

13.5. 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)

5.1.9. O pregoeiro da Adasa seguiu estritamente a orientação jurisprudencial da egrégia Corte de Contas e realizou diligência que possibilitou à licitante apresentar planilha com os valores contratuais corrigidos, isto é, deduzindo-se dos valores totais anuais as parcelas já executadas no exercício.

5.1.10. Vale ressaltar as palavras do i. Relator, Ministro Walton Alencar Rodrigues, que no item 13.14 do Acórdão indica que a abertura de diligência verificadora não é mera faculdade do agente público, mas um dever. Trata-se, assim, de ato administrativo vinculado que, negligenciado pelo pregoeiro, pode ensejar desclassificação injusta da proposta mais vantajosa, prejuízo ao Erário e frustração dos objetivos legais das licitações (vide item 13.13 do Acórdão supra).

5.1.11. A pretensão recursal é contrária à orientação do TCU para casos semelhantes, motivo pelo qual entendemos que a decisão do pregoeiro deve ser mantida.

5.2. Dos questionamentos em relação à Lista de Contratos Vigentes apresentada pela DEFENDER (ANEXO VII-E da IN 05/2017 c/c APÊNDICE II DO TERMO DE REFERÊNCIA)

5.2.1. O Recurso nº 2 ainda questiona pontos específicos sobre o resultado da diligência relatada no tópico anterior. Vejamos:

5.2.2. No parágrafo 91 da peça recursal o IBRAPP diz:

"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".

5.2.2.1. Ao contrário do alegado, a DEFENDER apresentou cópia dos contratos e dos termos aditivos/apostilamentos, que foram devidamente juntados aos autos do processo 00197-00004957/2019-84.

5.2.2.2. Aqui há de se diferenciar o atendimento à diligência e o cumprimento do requisito de habilitação.

5.2.2.3. Para o atendimento da diligência foram exigidas cópias dos contratos, aditivos e apostilamentos. Enviadas ao pregoeiro, por e-mail, consideramos atendida a solicitação. Por outro lado, para atendimento do requisito de habilitação bastava a apresentação da "declaração de contratos vigentes" via Comprasnet, pois o edital não exige nada mais que isso. Ademais, no momento da sessão pública, o pregoeiro solicitou da DEFENDER apenas a apresentação da declaração de contratos (como comprova mensagem enviada no chat do Comprasnet durante a sessão, pág. 2 da Ata 48185658).

5.2.3. Passamos adiante.

5.2.4. No parágrafo 92 foi dito:

"Outrossim, da análise da Declaração de Contratos vigentes anexados destaca-se o Contrato nº 18/2020 com a FUNPRESP. A declaração aduz que, o contrato iniciou em 02/09/2020 e terminará em 02/09/2021. Curiosamente o Valor total REMANESCENTE do Contrato está R\$ 0,00 (zero reais)."

5.2.4.1. Não há nada de curioso. O contrato celebrado pela DEFENDER junto à FUNPRESP não foi computado pois foi firmado após a data de abertura do Pregão 09/22. A lista de contratos exigida pela IN 05/2017 refere-se aos contratos vigentes na data da apresentação da proposta. Idêntica exigência foi feita pelo item 11.4 'c' do edital, vejamos:

"c) Declaração do licitante, acompanhada da relação de compromissos assumidos, conforme modelo constante do AnexoVII-E da IN 05/2017-SEGES/MPDG, reproduzido no APÊNDICE II do Termo de Referência, de que um doze avos dos contratos firmados com a Administração Pública e/ou com a iniciativa privada vigentes na data apresentação da proposta não é superior ao patrimônio líquido do licitante..." (destacamos)

5.2.4.2. Isto significa que os contratos firmados posteriormente à data de apresentação da proposta no Pregão não serão considerados para fins de comprovação do requisito de habilitação econômico-financeira. No mais, ainda que esse contrato houvesse sido considerado, o índice da DEFENDER continuaria sendo superior a "1".

5.2.5. Já no parágrafo 96, o IBRAPP alegou:

"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."

5.2.5.1. O valor remanescente é o valor do contrato que ainda será executado até o final do ano. Em regra, os contratos têm duração de 12 meses (art. 57 da Lei 8.666/93) daí porque a Instrução Normativa consigna a razão 1/12, que significa o valor mensal durante um período anual. Para os contratos cuja vigência extrapola o ano de 2020, foram considerados os valores remanescentes para os próximos 4 meses (o que corresponde ao período de setembro a dezembro,

meses seguintes à data da abertura do Pregão Eletrônico 09/2020). Para os contratos cuja vigência termine antes de 31/12/20, foram considerados o número de meses entre setembro e o mês do fim da vigência.

5.2.5.2. O já mencionado **Acórdão 1.275/2018** corrobora essa metodologia de cálculo:

"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 (...) Quanto aos contratos não informados, o Contrato 2016/350 celebrado com o Basa totaliza R\$ 1.473.465,60 (peça 34, p. 5) e o contrato com o Banco do Brasil (Cesup SP) é de R\$ 21.940,59 mensal, sendo o contrato de 30 meses, o total é R\$ 27.658.217,70 (peça 35). O correto seria considerar o contrato anual, uma vez que a jurisprudência predominante é no sentido de que, na hipótese do inciso II do art. 57 da Lei 8.666/1993, os contratos de serviço de natureza continuada não devem ter prazo de vigência superior a 12 meses, como regra geral..." (destacamos)

5.2.5.3. A título de exemplo: o contrato CADE - Recepcionista (quinta linha da lista 47945905) tem o término da vigência em 24/10/2020. O valor remanescente dele, então, é 1/12 multiplicado por 2 (que representam os meses de setembro e outubro). Daí porque a DEFENDER indicou o valor mensal R\$ 22.514,30 e o valor remanescente de R\$ 45.028,60. Por outro lado, o contrato firmado junto ao DNIT (linha 14 do 47945905) com vigência de 24 meses, teve seu valor global dividido na razão 1/24 e o resultado multiplicado por 4 (setembro a dezembro).

5.2.5.4. Entendemos que a metodologia aplicada pela licitante DEFENDER está correta, já que segue a disciplina do item 11 e do Anexo VII-E da IN 05/2017.

5.3. Da proposta comercial da licitante DEFENDER

5.3.1. Ponto comum dos recursos é a alegação de que as planilhas de preço da DEFENDER (48000319) estariam em desacordo com o edital, com as convenções coletivas e com a IN 05/2017.

5.3.2. O **recurso nº 1** argumenta que a planilha de preços apresentada pela licitante vencedora não consignou os reflexos do percentuais de encargos previdenciários e FGTS (submódulo 2.2) sobre os valores indicados no módulo 1 "Composição da Remuneração" e nos respectivos encargos trabalhistas (férias, terço de férias, 13º salário).

5.3.3. Questiona, também, os valores e índices indicados no quadro "Provisão para Rescisão" (módulo 3). Aduz que a DEFENDER cotou o aviso prévio indenizado em percentual menor do que o permitido e, em relação à multa do FGTS, a recorrida cotou 0,23% enquanto a legislação exige 4%.

5.3.4. O **recurso nº 2** elenca (pág. 13 e ss.) uma série de alterações entre valores cotados na planilha de preços apresentada originariamente e na planilha readequada, apresentada na sessão pública complementar do pregão. O IBRAPP questiona valores cotados a título de vale alimentação, auxílio funeral e seguro de vida que alega estarem em desacordo com as CCTs das categorias profissionais contempladas.

5.3.5. Segundo o recorrente, alterações nos preços unitários das planilhas afrontam a regra do item 5.8 do edital, que veda alteração nas propostas de preço após a abertura do pregão.

5.3.6. A recorrente insurge-se, ainda, contra os valores unitários indicados nas tabelas resumo constantes ao final de cada planilha, que alega estarem em desacordo com os índices cotados nos módulos. Refuta o percentual de férias e adicional de férias em 11,11%, defendendo que o valor correto seria 12,10%. Tece considerações sobre parcelas rescisórias e índices de substituição de empregados, sempre arguindo erro nos percentuais. Sobre os vale alimentação e transporte, argumenta que a DEFENDER considerou 21 dias trabalhados no mês, ao invés de 22 dias.

5.3.7. Pois bem.

5.3.8. O critério eleito pelo edital para o julgamento das propostas comerciais, o chamado "tipo de licitação", é o **menor valor global (edital, item 15.3)**. Com isso, a definição da melhor proposta e sua aceitação dependem da avaliação sobre a exequibilidade do valor ofertado, como um todo, independentemente dos valores unitários de cada um dos diversos itens que compõem o objeto.

5.3.9. Nesse contexto, a planilha de preços exigida no edital é mero instrumento que possibilita à Administração entender a mensuração dos insumos fiscais e trabalhistas que resultaram na proposta comercial apresentada. Os valores unitários não sofrem um julgamento separado, o julgamento dar-se-á em face do valor global ofertado. É esse o entendimento exposto pelo TCU no **Acórdão 3.982/2015**:

"... quando se realiza licitação pelo menor preço global (...), interessa primordialmente para a Administração o valor global apresentado pelos licitantes. É com base nesses valores apresentados que a Administração analisará as propostas no tocante aos preços de acordo com os dispositivos legais pertinentes." (TCU, Acórdão 3982/2015 - 2a Turma, Relator Ministro BRUNO DANTAS, destacamos)

5.3.10. É esse o mesmo posicionamento adotado no **Acórdão 4.621/2009- da 2ª Turma** do TCU:

"Quando se realiza licitação pelo menor preço global, interessa primordialmente para a Administração o valor global apresentado pelos licitantes. É com base nesses valores apresentados que a Administração analisará as propostas no tocante aos preços de acordo com os dispositivos legais pertinentes (por exemplo, a exequibilidade dos valores ofertados, a compatibilidade com os preços de mercado e a prática ou não de valores abusivos)." (TCU, Acórdão 4.624, 2a Turma, Relator Ministro BENJAMIN ZYMLER, destacamos)

5.3.11. A proposta de preço vencedora, apresentada pela DEFENDER (48000319), foi de **R\$ 8.802.999,99 (oito milhões, oitocentos e dois mil novecentos e noventa e nove reais e noventa e nove centavos)**. Trata-se de valor que corresponde a aproximadamente 84,63% do valor de referência da contratação (R\$ 10.401.393,84). O desconto de 16% sobre o preço orçado encontra-se dentro do limite de exequibilidade presumida.

5.3.12. Outro fator que corrobora a exequibilidade da proposta vencedora é que as demais propostas melhores classificadas encontram-se com valores bastante próximos. As cinco licitantes melhores classificadas na fase de lance tiveram uma diferença de apenas 1% (um por cento) entre suas propostas:

COLOCAÇÃO	LICITANTE	PROPOSTA DE PREÇO (R\$)
1º	DEFENDER CONSERVACAO E LIMPEZA EIRELI	8.802.999,99
2º	INSTITUTO BRASILEIRO DE POLITICAS PUBLICAS	8.820.675,00
3º	CARLAN SERVICOS DE APOIO ADMINISTRATIVOS LTDA	8.825.000,00
4º	MAXIMA REFEICOES E SEGURANCA ELETRONICA LTDA	8.847.025,20

5º	VALLE SERVICOS EIRELI	8.880.950,00
----	-----------------------	--------------

5.3.13. Se considerarmos um **intervalo de 10% (dez por cento)** em relação ao preço declarado vencedor **temos propostas de 50 (cinquenta) empresas diferentes**. O grande número de licitantes que ofertaram valores similares, dentro de um reduzido intervalo de preço, é um forte indicativo de que a proposta vencedora é exequível. Ademais, a habilitação econômico-financeira serve como parâmetro de avaliação da saúde financeira do licitante, e o cotejo entre todos esses diferentes elementos dá ao pregoeiro uma segurança plausível sobre a viabilidade do preço ofertado.

5.3.14. Prosseguindo no exame dos recursos, entendemos que eventuais discrepâncias entre valores cotados nas planilhas de formação de preços e os valores indicados nas convenções coletivas, na legislação tributária ou trabalhista, não possibilitam ao pregoeiro recusar a proposta vencedora. É que a Administração Pública não pagará ao prestador de serviços os valores unitários das suas planilhas, mas sim o valor global da proposta. É ônus da empresa contratada adequar-se aos gastos trabalhistas, tributários, fornecimento de uniformes e insumos e etc, sempre em estrito cumprimento da legislação. Nesse sentido, a orientação do TCU nos **Acórdãos 963/2004, 5.687/2015 e 1.791/2006**:

"Inicialmente, cabe esclarecer que **alguns dos elementos integrantes da planilha de custos são variáveis, e dependem da característica e estrutura de custos de cada organização**. Outros são decorrentes de lei ou acordos coletivos, sendo responsabilidade da licitante informá-los corretamente. **Caso a planilha apresentada pelo licitante esteja dissonante do previsto em lei, e ainda assim, for considerada exequível e aceita pela Administração, caberá ao licitante suportar o ônus do seu erro.**" (Acórdão TCU nº 963/2004 – Plenário, destacamos)

"**Apesar das discrepâncias existentes, entende-se que as planilhas têm caráter instrumental, para que se possa analisar a regularidade dos preços ofertados, sendo risco do negócio as eventuais imprevisões na composição de custos**, que impactam positivamente ou negativamente o lucro da contratada" (Acórdão 5687/2015 - segunda câmara, Relator Ministro André de Carvalho, destacamos)

"**1º) o proponente continuará sujeito a cumprir a lei e os acordos firmados; sua declaração contida na planilha não tem a faculdade de afastar a incidência dessas obrigações; 2º) os valores globais propostos não poderão ser modificados; a proposta obriga o proponente, a quem cabe assumir as consequências de seus atos; e 3º) o procedimento previsto não fere a isonomia entre os licitantes [...]**" (Acórdão TCU nº 1.791/2006 – Plenário, destacamos)

5.3.15. A jurisprudência ainda aletra que eventuais erros de preenchimento das planilhas não ensejam rejeição à proposta que, se exequível, deve ser aceita pelo pregoeiro, e o ônus de quaisquer divergências será suportado exclusivamente pelo licitante ofertante.

5.3.16. Volvendo ao já citado **Acórdão TCU 4.621/09**, percebemos que o Exmo. Ministro Relator Benjamin Zymler ratifica que nas licitações pelo tipo "menor valor global" o que interessa ao contratante - no caso, Adasa - é o valor total do preço ofertado, pois é justamente esse o valor que será pago, independentemente de os gastos unitários das planilhas serem maiores ou menores do que aquilo que foi cotado. Vejamos as palavras do Exmo. Ministro:

"**Não é demais lembrar que a Administração não pagará diretamente pelos encargos trabalhistas indicados na planilha, pois são eles de responsabilidade da contratada. Não interessa para a contratante, por exemplo, se em determinado mês a contratada está tendo gastos adicionais porque muitos empregados estão em gozo de férias ou não. À contratante interessa que haja a prestação de serviços de acordo com o pactuado. Ou seja, a planilha de formação de custos de mão de obra constitui um útil ferramental para a análise do preço global ofertado, mas não constitui em indicativos de serviços unitários a serem pagos de acordo com a sua execução**, como quando ocorre com os serviços indicados no projeto básico de uma obra pública, os quais são pagos de acordo com o fornecimento de cada item unitário.

Aliás, nem poderia ser diferente, pois a contratação prevê um pagamento fixo mensal e os valores dos encargos trabalhistas indicados estão sujeitos a variações que escapam ao controle das partes contratantes (v. g., aviso prévio indenizado, auxílio doença, faltas legais, licença maternidade/paternidade, faltas legais, etc.). Desta forma, os valores correspondentes aos encargos são meras estimativas apresentadas pela licitante, de forma que eventuais divergências entre o apresentado e o efetivamente ocorrido devem ser considerados como inerentes aos riscos do negócio, impactando positivamente ou negativamente sobre o lucro da contratada.

(...)

Afirmo que **a falha pode ser considerada um erro formal** porque a sua ocorrência não teria trazido nenhuma consequência prática sobre o andamento da licitação. Primeiro, porque não se pode falar em qualquer benefício para a licitante, **pois o que interessa tanto para ela quanto para a Administração é o preço global contratado**. Nesse sentido, bastaria observar que a licitante poderia ter preenchido corretamente o campo férias e de forma correspondente ter ajustado o lucro proposto de forma a se obter o mesmo valor global da proposta. Segundo, porque o caráter instrumental da planilha de custos não foi prejudicado, pois a Administração pôde dela se utilizar para avaliar o preço proposto sob os vários aspectos legais.

Em suma, **penso que seria um formalismo exacerbado desclassificar uma empresa em tal situação, além de caracterizar a prática de ato antieconômico. Rememoro ainda que a obrigação da contratada em pagar os devidos encargos trabalhistas advém da norma legal (art. 71 da Lei 8.666/93), pouco importando para tanto o indicado na planilha de custos anexa aos editais de licitação.**

Raciocínio idêntico aplica-se quando a cotação de item da planilha apresenta valor maior do que o esperado. Ora, o efeito prático de tal erro, mantendo-se o mesmo preço global, seria que o lucro indicado na proposta deveria ser acrescido do equivalente financeiro à redução de valor do referido item da planilha.

Da mesma forma, na linha do antes exposto, em sendo essa proposta a mais vantajosa economicamente para a Administração e ainda compatível com os preços de mercado, não vislumbro motivos para desclassificá-la.

Dessa forma, concluindo o raciocínio, entendo que **eventuais falhas constantes das planilhas de custos unitários indicativos dos custos de formação de obra terceirizada devem ser adequadamente sopesadas de acordo com os objetivos instrumentais dessa planilha, de forma a não serem desclassificadas propostas mais vantajosas para a Administração** e cujos preços atendam aos requisitos legais." (destacamos)

5.3.17. O d. Relator, muito acertadamente, pontua que o pagamento dos direitos trabalhistas e das obrigações tributárias advém do imperativo da lei, não havendo como um eventual erro de preenchimento de planilha sobrepujar a legislação nacional. Ademais, no Acórdão esses equívocos de preenchimento dos preços unitários é tratado como **erro meramente formal**, ao contrário da tese defendida pela recorrente ABILITY, na pág. 2 do Recurso nº 1 (48640830).

5.3.18. Prevalece frente à Corte de Contas que, analisado o preço global, e em sendo ele exequível (como demonstrado alhures), não deve o pregoeiro recusar a oferta vencedora na licitação, mormente se essa recusa for baseada meramente nos custos unitários que, a rigor, sequer são alvo de julgamento nos certames processados sob a égide do valor global.

5.3.19. No 4º parágrafo do Acórdão supracitado, o i. Relator ainda tacha de "formalismo exacerbado" a rejeição da proposta mais vantajosa nos casos em que o preço global seja exequível, mas exista alguma discrepância em relação aos custos unitários. O Ministro ainda aduz sobre a prática de ato antieconômico pelo pregoeiro. O certo, outrossim, é que o julgamento das propostas comerciais nas licitações, ainda que objetivas, são lastreadas pelo formalismo moderado,

impedindo que pontos insignificantes possam gerar a contratação de outro licitante que não o detentor da melhor proposta. Sobre o assunto, o **Acórdão TCU 357/2015-Plenário**:

“No curso de procedimentos licitatórios, a Administração Pública deve pautar-se pelo princípio do **formalismo moderado**, que prescreve a adoção de formas simples e suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados, promovendo, assim, a prevalência do conteúdo sobre o formalismo extremo, respeitadas, ainda, as praxes essenciais à proteção das prerrogativas dos administrados.” (destacamos)

5.3.20. O citado **Acórdão 3.982/2015**, de Relatoria do Exmo. Ministro Bruno Dantas, traz uma explicação didática sobre o assunto. No caso concreto, o TCU estava analisando planilhas de formação de preços que continham inconsistências nos módulos relativos a: "Encargos sociais e trabalhistas, Custo de reposição do profissional ausente, Ausência por doença; Licença paternidade; Ausências legais; e Ausência por acidente de trabalho", basicamente os mesmos custos questionados pelas recorrentes ABILITY e IBRAPP em relação às planilhas da DEFENDER. Na oportunidade, o Tribunal decidiu:

8.2.8. No debate enfrentado no âmbito da Decisão 577/2001-TCU-Plenário, também levado em consideração quando do julgamento do acórdão supracitado, defende-se a tese de que, **evidentemente, espera-se não haver diferenças entre a informação posta na planilha e aquela exigida pela lei ou pelo acordo. Mas, se houver, só restam duas alternativas, cuja validade cabe discutir:**

a) **acata-se a proposta, mas o proponente tem que suportar o ônus do seu erro** (que resulta em uma oferta menos competitiva, se o valor informado for maior que o exigido, ou em uma redução da margem de lucro inicialmente esperada, na situação inversa); ou

b) **desclassifica-se a proposta sumariamente, o que não deixa de ser uma medida drástica, se considerarmos que a licitação não é um fim em si mesma, mas meio para a Administração selecionar a oferta que lhe for mais vantajosa**, dentro dos limites de atuação estabelecidos pelo legislador.

8.2.9. **Em suma, concluindo o raciocínio, entendeu-se, na análise feita no âmbito da supracitada decisão, que eventuais falhas constantes das planilhas de custos unitários indicativos dos custos de formação de serviços terceirizados devem ser adequadamente sopesadas de acordo com os objetivos instrumentais dessa planilha, de forma a não serem desclassificadas propostas mais vantajosas para a Administração e cujos preços atendam aos requisitos legais.**

8.2.10. No caso em tela, verificamos que nas propostas das empresas Adserv Empreendimentos e Serviços Ltda. e Criart Serviços de Terceirização de Mão de Obra Ltda., no que diz respeito aos itens Módulo 4: Encargos sociais e trabalhistas, Submódulo 4.5: Custo de reposição do profissional ausente, os itens 4.5 – B: Ausência por doença; 4.5 – C: Licença paternidade; 4.5 – D: Ausências legais; 4.5 – E: Ausência por acidente de trabalho, **esses itens foram orçados com valores menores que os constantes na planilha de referência elaborada pela Administração**, conforme já demonstrado acima.

(...)

8.2.13. **Em tendo apresentado ambas licitantes menores preços que a vencedora, não há outro entendimento que não o de que houve uma ofensa aos princípios da razoabilidade e da economicidade, pois proposta mais vantajosa e exequível foi desclassificada por um suposto erro que, além de poder ser caracterizado como formal, também não prejudicou a análise do preço global de acordo com as normas pertinentes.**

(...)

8.2.26. Ainda merece destacar que, **conquanto houvesse um erro de cotação de preços nas propostas desclassificadas** (Adserv Empreendimentos e Serviços Ltda. e Criart Serviços de Terceirização de Mão de Obra Ltda.), no que diz respeito ao Módulo 4: Encargos sociais e trabalhistas, Submódulo 4.5: Custo de reposição do profissional ausente, nos itens 4.5 – B: Ausência por doença; 4.5 – C: Licença paternidade; 4.5 – D: Ausências legais; 4.5 – E: Ausência por acidente de trabalho, **segundo análise sobre este assunto constante no Acórdão 4.621/2009-TCU-Segunda Câmara, ele deveria ter sido considerado como um mero erro formal, porque a sua ocorrência não teria trazido nenhuma consequência prática para o andamento da licitação.**

8.2.27. **Primeiro, porque não se pode falar em qualquer benefício para a licitante, pois o que interessa tanto para ela quanto para a Administração é o preço global contratado.** Nesse sentido, bastaria observar que a licitante poderia ter preenchido corretamente os campos supracitados e de forma correspondente ter ajustado o lucro proposto de forma a se obter o mesmo valor global da proposta.

8.2.28. **Segundo, porque o caráter instrumental da planilha de custos não foi prejudicado, pois a Administração pôde dela se utilizar para avaliar o preço proposto sob os vários aspectos legais.**

8.2.29. **Em suma, consideramos que seria um formalismo exacerbado desclassificar uma empresa em tal situação.**

8.2.30. **O relator do Acórdão 963/2004-TCU-Plenário chamou a atenção, ainda, para o fato de que a obrigação da contratada em pagar os devidos encargos trabalhistas advém da norma legal (art. 71 da Lei 8.666/93), pouco importando, para tanto, o indicado na planilha de custos anexa aos editais de licitação, pouco importando para a Administração os valores lá orçados, pois a Administração não pagará diretamente pelos encargos trabalhistas indicados na planilha, pois são eles de responsabilidade da contratada.**

8.2.31. Importante destacar que o art. 13 da IN SLTI/MPOG 2/2008 especifica que a Administração não se vincula às disposições contidas em **Acordos e Convenções Coletivas** que estabeleçam valores ou índices obrigatórios de encargos sociais ou previdenciários, bem como de preços para os insumos relacionados ao exercício da atividade.

(...)

9.2.13.6. **Na análise sobre este mesmo ponto da audiência do pregoeiro, itens 8.2.2 a 8.2.31 desta instrução, ficou demonstrado, em resumo, que a decisão de desclassificar a proposta da empresa Adserv Empreendimentos e Serviços Ltda. sob o fundamento de que as suas planilhas, no que diz respeito ao Módulo 4: Encargos sociais e trabalhistas, Submódulo 4.5: Custo de reposição do profissional ausente, nos itens 4.5 – B: Ausência por doença; 4.5 – C: Licença paternidade; 4.5 – D: Ausências legais; 4.5 – E: Ausência por acidente de trabalho revestiu-se de um formalismo exacerbado, além de caracterizar a prática de ato antieconômico, indo de encontro com as orientações jurisdicionais do TCU (Acórdão 963/2004-Plenário; 4.621/2009-TCU-Segunda Câmara e Decisão 577/2001-TCU-Plenário), com o art. 13 da IN SLTI/MPOG 2/2008 e as orientações constantes no Manual de Orientação para Preenchimento da Planilha de Custo e Formação de Preço, Anexo III da IN 2, de 30 de abril de 2008 alterado pela Portaria Normativa 7, de 9 de março de 2011, o MPOG/SLTI, página 36.** (destacamos)

5.3.21. À guisa de conclusão, não podemos deixar de esclarecer sobre a desnecessidade de detalhamento dos custos de encargos sociais e trabalhistas, ponto sobre o qual o Recurso nº 2 tratou em seu parágrafo 106. Para tanto, nos valem da tese adotada no **Acórdão 963/2004-Plenário TCU**:

"Sobre a **desnecessidade de detalhamento dos itens que compõem os encargos sociais e trabalhistas na planilha de preços utilizada como modelo no edital**, penso que a presumida omissão não traz problemas para o órgão contratante, pois, segundo explicado pela unidade técnica, o **contratado é obrigado a arcar com as conseqüências das imprecisões na composição dos seus custos.**

Inicialmente, cabe esclarecer que alguns dos elementos integrantes da planilha de custos são variáveis, e dependem da característica e estrutura de custos de cada organização. Outros são decorrentes de lei ou acordos coletivos, sendo responsabilidade da licitante informá-los corretamente. **Caso a planilha apresentada pelo licitante esteja dissonante do previsto em lei, e ainda assim, for considerada exequível e aceita pela Administração, caberá ao licitante suportar o ônus do seu erro**" (destacamos)

5.3.22. Portanto, ainda que houvessem erros pontuais na planilha de custos e formação de preços, esses erros não ensejam a desclassificação da proposta mais vantajosa à Administração, conforme entendimento da jurisprudência pátria. Os Acórdãos citados acima são apenas alguns de diversos outros, como as **Decisões nº 577/2001 e nº 111/2002; e Acórdão nº 1.028/2001**. Isso porque, as planilha de custos e formação de preços possuem caráter acessório numa licitação em que o critério de avaliação/julgamento da proposta é o de menor valor global. A planilha de preços é necessária para análise, pelo Administrador Público, da exequibilidade dos valores cotados nas propostas apresentadas, devendo ser aceita proposta global considerada exequível - mesmo que haja divergência entre planilha e legislação ou CCT. O que deve ser avaliado é se o valor global ofertado será suficiente para a cobertura de todos os custos da execução contratual.

5.3.23. Tampouco assiste razão às recorrentes quanto a este ponto.

5.4. **Da exclusão do IBRAPP do Pregão 09/2020**

5.4.1. O edital do pregão (45440571) disciplina as condições de participação no certame, sendo que o item 3.1 diz que "**poderão participar deste Pregão as empresas interessadas do ramo de atividade do objeto desta licitação**". Por meio da **decisão 47560206** o pregoeiro excluiu do certame a licitante IBRAPP, pois entendeu que o objeto do certame, na forma e nas condições especificadas no Termo de Referência, não pode ser executado por uma associação civil sem fins econômicos, como é o IBRAPP.

5.4.2. Antes de mais nada, é relevante pontuar que eventual procedência do recurso, com o retorno do IBRAPP ao Pregão, não trará alteração na adjudicação do objeto, que permanecerá à DEFENDER. Isso porque, a proposta comercial do IBRAPP é apenas a segunda melhor proposta, sendo a licitante DEFENDER a vencedora da etapa de lances (*a classificação pode ser visualizada na tabela do item 5.3.12, acima*).

5.4.3. Não obstante, entendemos haver aqui interesse recursal à Associação IBRAPP, já que um eventual resultado final na segunda colocação pode lhe ser proveitoso, notadamente nas hipóteses em que a lei permite a rescisão contratual e contratação direta da segunda colocada para o remanescente do serviço (por exemplo, art. 24, XI, art. 64, § 2º da Lei nº 8.666/93).

5.4.4. Passada essa questão preliminar, vamos ao mérito.

5.4.5. O IBRAPP dedica parte considerável do seu recurso para refutar uma suposta proibição de que entidades sem fins econômicos participem de licitações públicas. O assunto é colocado como sendo um ponto fundamental para reverter a decisão recorrida mas, em realidade, em nenhum momento o pregoeiro defendeu semelhante tese, muito pelo contrário, a possibilidade de que tais entidades participem de licitações foi reafirmada diversas vezes na decisão 47560206.

5.4.6. Na legislação não existe vedação à participação de associações civis em licitações. A princípio, não há motivo relevante ou fundamento jurídico para restringir às entidades sem fins lucrativos acesso aos contratos públicos. 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)

5.4.7. O entendimento do TCDF é corroborado pelo **Acórdão nº 7.459/2010 - 2ª Câmara do TCU**, que reconheceu 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.

5.4.8. A viabilidade jurídica de que entidades sem fins lucrativos participem de licitações públicas, todavia, não significa um salvo conduto que lhes permita participar de todo e qualquer certame, indiscriminadamente. Via de regra, a orientação é que sejam cumpridos dois pressupostos cumulativos:

(a) adequação entre o objeto do certame e os fins estatutários da entidade e

(b) verificação, em concreto, se a forma de atuação da Associação Civil implica desvio de finalidade

5.4.9. O mencionado **Acórdão 7.459/2010** trata destes requisitos nos seguintes termos:

"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.** (...) 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. (...) concernentes à efetiva existência de nexos 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 assemelhados, entidades sem fins lucrativos cujos estatutos e objetivos sociais não tenham nexos com os serviços a serem prestados;" (destaques nossos)

5.4.10. Em uma análise superficial, poderia-se dizer que o estatuto social da Associação Civil IBRAPP elege finalidades institucionais que estariam adequadas ao objeto do Pregão 09/2020 (terceirização de mão de obra), 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)

5.4.11. Prefacialmente, seria plausível entendermos que o requisito 'a' (*adequação entre o objeto do certame e os fins estatutários da entidade*) estaria atendido. Mas o que dizer do requisito 'b' (*verificação, em concreto, se a forma de atuação da Associação Civil implica desvio de finalidade*) ?

5.4.12. No nosso sentir, o segundo requisito quer dizer que 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.**

5.4.13. 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.

5.4.14. 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 Paula), científicos ou literários, esportivo ativos, morais etc.*"

5.4.15. 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)

5.4.16. 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.)

5.4.17. Percebe-se daí que, para a doutrina, as atividades das associações civis devem ter fins *recreativos, de inclusão social, desportivos, científicos, culturais, morais etc.*

5.4.18. O estatuto social do IBRAPP, ao eleger fins institucionais genéricos (art. 6, II e XII) incorre em desvio de finalidade e abuso de personalidade jurídica, já que a atividade de fornecimento de mão de obra pura e simples, tal como consta no estatuto, afasta-se do campo de atuação das entidades sem fins econômicos e avança sobre território próprio da atuação empresarial.

5.4.19. 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 Abradecont, 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 fiscalizador 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)

5.4.20. 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.

5.4.21. O Parecer jurídico 0342/2019 prolatado pela Advocacia Geral da União junto ao Ministério da Justiça e Segurança Pública 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, 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 possuam, 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 possuam, 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)

5.4.22. O acesso de entidades sem fins lucrativos aos contratos públicos depende, então, de que o objeto do contrato (e, óbvio, o estatuto da entidade) contemplem um elemento que distinga o serviço prestado do serviço que poderia ser prestado por uma sociedade empresária qualquer. Esse "elemento diferenciador" deve ser compatível com uma finalidade própria de uma entidade sem fins lucrativos. A título de exemplo, a Adasa mantém contrato com a FUNAP, que fornece à Agência serviços prestados por presidiários do sistema semi-aberto. O elemento "diferenciador" aqui seria justamente o apelo social e humanitário de reintegração dos apenados ao mercado de trabalho, notadamente porquanto o egresso do sistema prisional costuma ser vítima de discriminação. Finalidade social é algo inato às associações civis, como já vimos. O mesmo não ocorre quando a relação entre ente público e entidade civil encerre mera relação empresarial, como é o nosso caso concreto. No caso do Pregão 09/2020, não há critério diferenciador que justifique a participação no certame de uma associação civil não-empresária. 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.

5.4.23. 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 constam 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 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.

5.4.24. Para o Acórdão 7.459/2010: "haverá desvio de finalidade se a entidade atuar (...) como mera intermediadora ou locadora de mão de obra na prestação dos serviços." Ora, uma intermediação de mão de obra pura e simples é exatamente o que o Termo de Referência exige. Então, o fornecimento de trabalhadores terceirizados, na forma como prevista no 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 sua contratação.

5.4.25. Ainda sobre essa questão, a recorrente IBRAPP alega que o pregoeiro teria ido além da sua competência. Segundo aduz, o pregoeiro não teria competência para perquirir acerca da existência de desvio de finalidade e/ou abuso de personalidade jurídica da Associação Civil. Consta no Recurso nº 2 que, ao fazê-lo, o pregoeiro teria usurpado a competência da Polícia Civil, do Ministério Público e do Poder Judiciário. Nas palavras do IBRAPP:

"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 perpetua. Tudo, absolutamente tudo, sem qualquer direito ao contraditório e ampla defesa" (pág. 02, 48640945)

5.4.26. Prossegue, ainda, sustentando que a decisão de desclassificação foi prolatada sem o devido contraditório e sem oportunidade de ampla defesa:

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

5.4.27. Discordamos por completo dos argumentos.

5.4.28. A competência do pregoeiro para aferir a adequação das finalidades institucionais da Associação é corolário lógico da competência de verificar conformidades e de julgar, outorgadas pelo art. 17 do Decreto 10.024/19:

Art. 17. Caberá ao pregoeiro, em especial:

(...)

III - verificar a conformidade da proposta em relação aos requisitos estabelecidos no edital;

(...)

V - verificar e julgar as condições de habilitação;

(...)

VII - receber, examinar e decidir os recursos

5.4.29. Claro que o julgamento em crivo encerra, também, o exame sobre a viabilidade de participação do licitante no certame. Se o pregoeiro tem o poder de rejeitar proposta e de declarar inabilitação, certamente tem o direito de examinar a condição de participação do licitante, que é um pressuposto anterior mesmo à habilitação e à aceitação da proposta. A viabilidade jurídica de participação é questão prejudicial em relação aos demais julgamentos e, claro, o juízo de valor sobre as condições do item 3 do Edital inserem-se na competência legal supramencionada.

5.4.30. Diferentemente do entendimento defendido pelo IBRAPP, não é necessária ordem legal e muito menos sentença judicial para desclassificar um licitante. O sistema administrativo adotado no Brasil não confere às decisões do pregoeiro o poder de formar coisa julgada material, de forma que o Judiciário permanece apto para rever qualquer decisão administrativa.

5.4.31. O IBRAPP também argumenta nas páginas 2-3 do recurso que o pregoeiro a desclassificou do certame sem direito ao contraditório. A licitação processada na modalidade "pregão" tem uma fase recursal una, ao final da sessão pública, onde é concentrado o exercício do contraditório e da ampla defesa. Ou seja, o direito de recorrer das decisões prolatadas durante a sessão não preclui, e questões relativas a qualquer das etapas de julgamento podem ser alegadas e discutidas no momento da fase recursal. Afinal, é justamente o que estamos fazendo nessa oportunidade.

5.4.32. O parágrafo 67 do recurso 48807051 assevera que: "**o 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.**"

5.4.33. Diferente do que alegado no recurso, o **Acórdão 2.426/2020** não "tornou sem efeito" nenhum outro, e nem poderia fazê-lo, pois não é essa a função de Acórdão. A jurisprudência trazida à baila pela recorrente trata da validade ou invalidade de norma interna do TCU que repetia a regra do art. 12 da IN 05/2017, que impede a participação em um mesmo certame de sociedades empresárias e de entidades civis sem fins lucrativos.

5.4.34. O Acórdão em questão, não rechaça as teses disciplinadas nos Acórdãos 2.847/2019 e 7.459/2010, mas as ratifica, mesmo. Essa decisão, ou seja, o Acórdão 2.426/20 mencionado pelo IBRAPP, apenas reproduz o entendimento de que os editais de licitação não devem trazer regra genérica que impeça a participação de entidades sem fins lucrativos ou que impeça a coexistência de empresários e não-empresários na mesma licitação.

5.4.35. Na conclusão, o Exmo. Sr. Ministro Relator Vital do Rêgo ainda repisou que as vedações genéricas à participação de entidades sem fins lucrativos ou a vedação de coexistência de empresários e não-empresários tentaria contra preceitos constitucionais e legais e contra os entendimentos jurisprudenciais do TCU, sobretudo, no Acórdão 2.847/2019.

"De fato, o parágrafo único do art. 12 da IN 5/2017-Seges/MP, questionado na instrução inicial pela unidade técnica, tratava de reprodução literal de norma com a mesma finalidade que vigeu nesta Corte de Contas até 2018, quando foi substituída pela Portaria-TCU 444/2018, sem o vício existente na anterior.

A redação vigente na IN 5/2017-Seges/MP está em desacordo com preceitos constitucionais e legais (art. 5º, caput, da CF; e art. 3º, caput, da Lei 8.666/1993) e com entendimentos jurisprudenciais desta Corte (**Acórdão 2.847/2019-TCU-Plenário**, relatoria do Min. Raimundo Carreiro; 1.406/2017-TCU-Plenário, relatoria do Min. Walton Alencar Rodrigues; e Acórdão 746/2014-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro-Substituto Marcos Bemquerer)." (destacamos)

5.4.36. Na realidade o julgamento do Acórdão 2.426/2020 apenas ratifica a proibição de vedações genéricas e reafirma a aplicabilidade da tese estampada no Acórdão 2.847/2019, que exige a verificação da viabilidade de participação das associações conforme especificidades do caso concreto, principalmente em face do cotejo entre os objetos do pregão e do estatuto social da entidade sem fins econômicos, sem embargo do dever de verificação sobre eventuais desvios de finalidade, verificados quando os fins estatutários não são adequados aos fins institucionais inatos às entidades sem fins lucrativos.

5.4.37. Por fim, há no parágrafo 28 do Recurso nº 2 (48640945) uma série de perguntas ao pregoeiro. Vamos a elas:

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?

Há abuso da personalidade jurídica quando o estatuto da entidade elege objetivos institucionais que não são ínsitos às associações civis. O exercício de atividade puramente empresarial por associação civil, sem *discrimen* que caracterize fins legalmente inatos às entidades sem fins lucrativos caracteriza abuso de personalidade jurídica, conforme precedentes do TCU.

Ademais, fins associativos genéricos (*como os listados no art. 6º do Estatuto do IBRAPP*) são rechaçados pelo TCU, mormente quando designam atividades eminentemente empresariais, que podem (e devem) ser executadas com finalidade econômica, incompatível com a natureza jurídica das associações civis.

b) Se associações podem participar de licitações, conforme decisão do TCU, o que as impedem de ter contratos de valores elevados?

Não há impeditivo algum, apesar de ser indicativo de uma atuação fraudulenta.

c) Esse pregoeiro oportunizou contraditório e ampla defesa ao IBRAPP antes de firmar suas conclusões?

Não, e nem deveria tê-lo feito. Em licitações processadas na modalidade 'pregão' o contraditório é exercido *a posteriori*, na fase recursal e engloba questionamentos relativos a todas etapas anteriores do certame.

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?

Foi respeitado o julgamento objetivo. Não há que se falar em *juízo competente* na esfera administrativa. As decisões prolatadas pelo pregoeiro, como decisões administrativas, não têm o condão de produzir efeitos próprios da coisa julgada material, o que significa que qualquer decisão administrativa pode ser revista pelo Judiciário.

e) Pode esse pregoeiro fugir dos critérios objetivos de avaliação das propostas em conformidade com o Edital?

A redação confusa do quesito prejudica o entendimento, mas acreditamos que a resposta seja negativa.

f) Considerando o princípio do julgamento objetivo das propostas o recorrente apresentou a proposta mais vantajosa para administração pública?

Não. A proposta mais vantajosa foi apresentada pela licitante DEFENDER (R\$ 8.802.999,99, 48000319) a proposta do IBRAPP seria a segunda proposta mais vantajosa (R\$ 8.820.675,00, 46604311).

5.4.38. Ante o exposto, acreditamos que os pontos primordiais tenham sido abordados. Não existem elementos que permitam dar provimento a nenhuma das pretensões recursais.

6. DA CONCLUSÃO E ENCAMINHAMENTO À DIRETORIA COLEGIADA

6.1. 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 ABILITY NEGÓCIOS EIRELI; e pelo INSTITUTO BRASILEIRO DE POLITICAS PUBLICAS - IBRAPP;

B) no mérito, julga **IMPROCEDENTES OS RECURSOS**, mantendo a decisão que habilitou e declarou vencedora do certame a licitante DEFENDER CONSERVAÇÃO E LIMPEZA EIRELI e que desclassificou a associação civil sem fins lucrativos IBRAPP.

C) 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.

6.2. Nos termos do art. 13, IV do Decreto nº 10.024/2019 c/c arts. 82 e 85 do Regimento Interno da Adasa, a presente decisão deve ser remetida à Diretoria Colegiada para exame e prolação de decisão final, como última instância recursal.

6.3. Encaminhamos, portanto, à Diretoria Colegiada o presente *Julgamento de Recursos Administrativos* bem como o Relatório Final do Pregão Eletrônico 09/2020 (48882701).

Brasília, 13 de outubro de 2020.

EDUARDO LOBATO BOTELHO

Pregoeiro



Documento assinado eletronicamente por **EDUARDO LOBATO BOTELHO - Matr.0185049-0, Pregoeiro(a)**, em 13/10/2020, às 16:49, 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= **48816042** código CRC= **C8BDAC88**.

"Brasília - Patrimônio Cultural da Humanidade"

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