



Prefeitura Municipal de Maricá	
Processo Número	11013/2024
Data do Início	06/05/2024
Folha	25
Rubrica	<i>[assinatura]</i>

Processo nº 11013/2024

PARECER GPG N.º 318/PGM/2024
PREGÃO ELETRÔNICO N.º 06/2024
ANÁLISE DE LEGALIDADE (RECURSO).

Data: 16/05/2024

I - Relatório


Trata-se o presente de recurso administrativo impetrado no curso do pregão eletrônico nº 06/2024 contra decisão do pregoeiro.

Em suma, a recorrente aduz os seguintes argumentos:

- a) Que a proposta classificada e declarada vencedora é proveniente de uma instituição sem fins lucrativos, o que feriria o preceito de isonomia;
- b) Que a proposta apresentada é inexequível.

É o que cabe relatar.



Prefeitura Municipal de Maricá	
Processo Número	11013/2024
Data do Início	06/05/2024
Folha	26
Rubrica	

II - Dos Fatos Apresentados Pela Recorrente

a) Da participação de instituição sem fins lucrativos

Tem-se que a matéria em análise já fora objeto de apreciação por esta Procuradoria, no curso do parecer nº 793/PGM/2022 e do parecer nº 133/PGM/2024, ao afirmar que “há duas previsões que poderiam impedir a contratação e participação de instituições sem fins lucrativos, quais sejam: 1) quando se tratar de instituição sem fins lucrativos como Oscip, participantes sob esta condição; e, 2) entidades sem fins lucrativos cujos estatutos e objetivos sociais não tenham nexos com os serviços a serem prestados”.


Sobre o tema, é sabido que a Instrução Normativa nº 05/2017 do Ministério do Desenvolvimento, Planejamento e Gestão veda “a participação de instituições sem fins lucrativos em processos destinados à contratação de empresário, de sociedade empresária ou de consórcio de empresa”, considerando-se que tais entidades gozam de benefícios fiscais e previdenciários específicos, condição que reduz seus custos operacionais em relação às pessoas jurídicas ou físicas, legal e regularmente tributadas (art. 12).

Todavia, o Tribunal de Contas da União possui entendimento consolidado acerca da possibilidade de instituições em fins lucrativos poderem participar de licitações, desde que o seu objeto se harmonize ao da licitação e não se figurarem na condição de OSCIPs no certame, o que resta nitidamente demonstrado pelos precedentes abaixo:

Precedente 1:

“Em processo de representação formulada ao TCU, questionou-se a possibilidade jurídica da participação em pregão eletrônico - promovido pela 1ª Circunscrição Judiciária Militar visando à contratação de serviços continuados de apoio administrativo - de associação civil sem fins lucrativos, que fora vencedora e habilitada do certame. O questionamento teve por base o conteúdo do art. 53, *caput*, do Código Civil, segundo o qual as associações são



Prefeitura Municipal de Maricá	
Processo Número	11013/2024
Data do Início	06/05/2024
Folha	27
Rubrica	

constituídas "pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos". Tanto a unidade técnica quanto o Ministério Público de Contas concluíram pela procedência parcial da representação, sob o argumento de que **o mencionado dispositivo não proíbe incondicionalmente a participação de entidades civis sem fins lucrativos em licitações, mas sua contratação pelo Poder Público somente é admitida quando o objeto da avença estiver em conformidade com os objetivos estatutários específicos da contratada, conforme a jurisprudência do TCU.** Em seu voto, o relator destacou que, de fato, não se deve conferir interpretação literal e restritiva à expressão "para fins não econômicos" contida no art. 53 do Código Civil, haja vista que o art. 54, inciso IV, do mesmo código dispõe que o estatuto das associações deverá obrigatoriamente indicar "as fontes de recursos para sua manutenção". Além disso, continuou o relator, a Lei 8.666/1993, em seu art. 24, inciso XX, permite a contratação direta, por dispensa de licitação, "de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgãos ou entidades da Administração Pública, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão-de-obra, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado", donde concluiu que "as disposições do art. 53 do Código Civil não vedam a que Administração Pública contrate associação civil sem fins lucrativos". O relator ponderou, no entanto, que, se as normas de regência e a jurisprudência do TCU 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."** Retomando o caso concreto, o condutor do processo deixou assente que as disposições estatutárias da associação em tela, embora invocadas por esta e pelo órgão fiscalizado como fundamento para a contratação questionada, "possuem conteúdo demasiadamente aberto, o que, em tese, permitiria adequar sua finalidade institucional a praticamente



Prefeitura Municipal de Maricá	
Processo Número	11013/2024
Data do Início	06/05/2024
Folha	28
Rubrica	<i>mf</i>

*qualquer objeto de terceirização de serviços pretendidos pela Administração", tornando assim inócua a exigência de nexos específicos entre o objetivo institucional da associação civil e o objeto do contrato administrativo. Ressaltou ainda que esse nexo específico 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". **Nos termos da proposta do relator, "tendo em vista que os objetivos genéricos consignados no estatuto da associação 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"**, o Plenário decidiu considerar parcialmente procedente a representação e fixar prazo para que o órgão "anule o ato administrativo que habilitou irregularmente a associação no aludido pregão, bem como os demais atos dele porventura decorrentes" (Acórdão 2847 – Plenário – Rel. Raiundo Carreiro).*

Precedente 2:

Consulta formulada ao TCU versou sobre a possibilidade de organizações sociais (OSs) participarem de certames licitatórios realizados sob a égide da Lei 8.666/1993. A dúvida do consulente decorreria do teor do Acórdão 746/2014 Plenário, que considerou não haver amparo legal para a participação, em licitações promovidas pela Administração Pública Federal, de organizações da sociedade civil de interesse público (Oscips), mas silenciou quanto à de OSs. **Em seu voto, o relator destacou que, no caso das Oscips, "o impedimento à participação em licitações não decorre da percepção de privilégios não equalizados", conforme aduzido pela unidade instrutiva,**



Prefeitura Municipal de Maricá	
Processo Número	11013/2024
Data do Início	06/05/2024
Folha	29
Rubrica	<i>[assinatura]</i>

mas da incompatibilidade entre as obras, as compras e os serviços de que tratam os arts. 7º a 15 da Lei 8.666/1993 e os objetivos institucionais da Oscip, consignados no termo de parceria, em razão dos quais foram conferidos os privilégios. Decorreria também, segundo ele, da inexistência de previsão legal de celebração de contrato para estabelecimento ou ampliação de vínculo entre a Oscip e o Poder Público. Por sua vez, o vínculo de cooperação entre o Poder Público e a OS é estabelecido por meio de contrato de gestão, que discrimina atribuições, responsabilidades e obrigações para o atingimento das metas coletivas de interesse comum nele previstas. De acordo com o relator, a partir da qualificação formal como OS e da celebração do contrato de gestão, a entidade privada estaria habilitada a celebrar contratos administrativos com o Poder Público, para execução de atividades previstas no contrato de gestão, conforme dispõe o art. 24, inciso XXIV, da Lei 8.666/1993. Assim, não obstante a possibilidade de competição entre interessados em prestar o serviço ao Estado, a esfera do governo que qualificou a OS teria a faculdade de contratá-la diretamente, sem competição com os demais interessados. E concluiu: *"Ora, se é lícito contratar OS para prestar serviços de natureza mercantil, sem que sua proposta tenha sido submetida à disputa com os demais interessados, quanto mais legítimo seria como resultado de um procedimento competitivo público"*. Ao final, o relator propôs e o Plenário decidiu: *"9.1. conhecer da consulta para responder ao consulente que, ao contrário do que ocorre com as organizações da sociedade civil de interesse público - OSCIPs, inexistente vedação legal, explícita ou implícita, à participação de organizações sociais qualificadas na forma dos arts. 5º a 7º da Lei 9.637/98, em procedimentos licitatórios realizados pelo Poder Público, sob a égide da Lei 8.666/1993, desde que o intuito do procedimento licitatório seja contratação de entidade privada para prestação de serviços que se insiram entre as atividades previstas no contrato de gestão firmado entre o Poder Público e a organização social; 9.2. deixar assente que a organização social, que venha a participar de certame licitatório, deve fazer constar, da documentação de habilitação encaminhada à comissão de licitação, cópia do*



Prefeitura Municipal de Maricá	
Processo Número	11013/2024
Data do Início	06/05/2024
Folha	30
Rubrica	

contrato de gestão firmado com o Poder Público, a fim de comprovar cabalmente que os serviços objetos da licitação estão entre as atividades previstas no respectivo contrato de gestão."

Como se não bastasse, o Tribunal de Contas da União aborda expressamente em seus julgados que a vedação à participação de instituições sem fins lucrativos em licitações que não se figurem como OSCIPS na licitação e possuam compatibilidade com o objeto licitatório contrariaria os mandamentos constitucionais e legais, consoante abaixo transcrito:

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

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

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

9.3.3. **ampliar a competitividade em certames públicos e, por conseguinte, a seleção de propostas mais vantajosas para a Administração Pública, em que o objeto também possa ser atendido por instituições sem fins lucrativos, tendo em vista que inexistente norma legal que discipline, de forma indistinta, vedação de participação em processos licitatórios a essas entidades**” (Acórdão nº 2.426/2020 – Plenário).



Prefeitura Municipal de Maricá	
Processo Número	11013/2024
Data do Início	06/05/2024
Folha	31
Rubrica	<i>A</i>

Tendo ciência dos aspectos ora elucidados, verifica-se o entendimento assente nos precedentes citados, no sentido de ser admitida, em regra, a possibilidade de participação de organizações sem fins lucrativos nas licitações, desde que haja nexo do objeto licitatório com os constantes nos estatutos e objetivos sociais, bem como a instituição sem fins lucrativos não participe do certame na condição de Oscip. Tais aspectos devem ser certificados pelo órgão de licitações, consubstanciados pela demonstração do estatuto nos autos recursais, e demonstração de que a entidade não figura em circunstância vedada pela jurisprudência pátria.

b) Da inexecuibilidade

Consoante lições de Ronny Charles Lopes de Torres, “consideram-se preços manifestamente inexequíveis aqueles comprovadamente insuficientes para a cobertura dos custos decorrentes da contratação pretendida” (TORRES. Ronny Charles Lopes de. Leis de Licitações Públicas Comentadas – 13. Ed. – São Paulo: Editora Juspivm, 2022. p. 355).

Nos termos do artigo 59, inciso III, da lei 14.133/21, a proposta inexequível deve ser desclassificada. De todo modo, o §2º do mesmo dispositivo aduz que “a Administração poderá realizar diligências para aferir a exequibilidade das propostas ou exigir dos licitantes que ela seja demonstrada”, caso contrário também se procederá à desclassificação da proposta apresentada (art. 59, IV).

Para efeitos didáticos, transcrevemos abaixo os dispositivos:


“Art. 59. Serão desclassificadas as propostas que:

(...)

III - apresentarem preços inexequíveis ou permanecerem acima do orçamento estimado para a contratação;

IV - não tiverem sua exequibilidade demonstrada, quando exigido pela Administração;



Prefeitura Municipal de Maricá	
Processo Número	11013/2024
Data do Início	06/05/2024
Folha	32
Rubrica	

(...)

§ 2º A Administração poderá realizar diligências para aferir a exequibilidade das propostas ou exigir dos licitantes que ela seja demonstrada, conforme disposto no inciso IV do *caput* deste artigo.

Ademais, cumpre-nos destacar que o artigo 187 da lei 14.133/21 aduz que “os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão aplicar os regulamentos editados pela União para execução desta Lei”. Como se não bastasse, o artigo 8º do Decreto Municipal nº 922/2022 preceitua que “para as licitações realizadas mediante os critérios de julgamento menor preço ou maior desconto, será observada a disciplina constante nos capítulos II e seguintes da Instrução Normativa SEGES/ME nº 73, de 30 de setembro de 2022”.

Dessa forma, o artigo 34 da Instrução Normativa SEGES/ME nº 73, de 30 de setembro de 2022 assim dispõe:

“Art. 34. No caso de bens e serviços em geral, é indício de inexequibilidade das propostas valores inferiores a 50% (cinquenta por cento) do valor orçado pela Administração.

Parágrafo único. A inexequibilidade, na hipótese de que trata o caput, só será considerada após diligência do agente de contratação ou da comissão de contratação, quando o substituir, que comprove:

I - que o custo do licitante ultrapassa o valor da proposta; e

II - inexistirem custos de oportunidade capazes de justificar o vulto da oferta”.

Logo, e não obstante o elucidado pelos órgãos competentes, a legalidade da decisão pela inexequibilidade condiciona-se à demonstração pelo pregoeiro, com o devido auxílio do órgão requisitante, no sentido de que os seguintes requisitos foram plenamente observados no curso licitatório, quais sejam:



Prefeitura Municipal de Maricá	
Processo Número	11013/2024
Data do Início	06/05/2024
Folha	33
Rubrica	<i>ap</i>

- Os valores das propostas sejam inferiores a 50% (cinquenta por cento) do valor orçado pela Administração;
- Que seja comprovada diligência a assegurar que o custo do licitante ultrapassa o valor da proposta;
- Que inexistem custos de oportunidade capazes de justificar o vulto da oferta;
- Foram realizadas diligências para aferir a exequibilidade das propostas, requerendo-se a demonstração pelo licitante, sem que se obtivesse êxito.

Reitere-se ainda que o artigo 168, parágrafo único, da lei 14.133/21 especifica que o órgão de assessoramento jurídico possui o escopo de auxílio, com vistas a dirimir dúvida e subsidiar com informações necessárias. Dessa forma, importa-nos elucidar a matéria de cunho jurídico para a fundada decisão do órgão competente, aspecto ressaltado no presente ato enunciativo, não sendo transferida a esta Especializada o cunho decisório dos agentes devidamente atribuídos.

III - CONCLUSÃO

Desta forma, em relação aos questionamentos apresentados, cabe à autoridade competente proferir a decisão quanto ao pedido, devidamente justificada e fundamentada, **sendo a presente manifestação de caráter orientador e opinativo.**

Este é o entendimento. À CPL,

Villy Teixeira Silva

Assessor

Mat. 106.264

Fabrício Monteiro Porto

Procurador-Geral do Município