
RES: IMPUGNAÇÃO - PREGÃO ELETRÔNICO Nº 021/2020 - PROCESSO ADMINISTRATIVO n.º23086.004345/2020-97 - CONFIRMAÇÃO RECEBIMENTO

Cosme Santos <cosme.santos@target.com.br>

24 de agosto de 2020 11:14

Para: "andersen.nascimento@ufvjm.edu.br" <andersen.nascimento@ufvjm.edu.br>, "pregao@ufvjm.edu.br" <pregao@ufvjm.edu.br>

Prezados senhores bom dia,

Poderiam por gentileza posicionar o recebimento do e-mail, afim de caracterizar nosso envio.

Atenciosamente,

**Cosme dos Santos**

Gerente Comercial

 (11) 97549-3378 (11) 5525-5651 ou 5525-5656 | Ramal 116 [Av. das Nações Unidas, 18801, CEP 04795-000 - São Paulo](#)[E-mail do Cosme](#) [Visite o Portal Target](#) [Nossa História](#)HÁ 25 ANOS FACILITANDO O ACESSO
À INFORMAÇÃO TECNOLÓGICA

De: Cosme Santos <comercial@target.com.br>**Enviada em:** sexta-feira, 21 de agosto de 2020 18:35

Para: andersen.nascimento@ufvjm.edu.br; pregao@ufvjm.edu.br

Cc: Mauricio Paiva <mauricio.paiva@target.com.br>

Assunto: IMPUGNAÇÃO - PREGÃO ELETRÔNICO Nº 021/2020 - PROCESSO ADMINISTRATIVO n.º 23086.004345/2020-97

Prioridade: Alta

À

UNIVERSIDADE FEDERAL DOS VALES DO JEQUITINHONHA E MUCURI

Rodovia MGT 367 - Km 583, nº 5000, - Bairro Alto da Jacuba,

Diamantina - MG

CEP 39100-000

A/C.: Ilustríssimo senhor pregoeiro

e-mail: andersen.nascimento@ufvjm.edu.br

Departamento Licitação

PREGÃO ELETRÔNICO Nº 021/2020

(Processo Administrativo n.º 23086.004345/2020-97)

Ref.: Impugnação do edital PREGÃO ELETRÔNICO Nº 021/2020

Target Engenharia e Consultoria Ltda., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ (MF) n.º 00.000.028/0001-29, com sede na [Avenida das Nações Unidas, 18801 Conjunto 1501](#), Bairro Santo Amaro - CEP 04795-000, na cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, por seu representante legal infra assinado, tempestivamente, com fulcro no artigo 41 da Lei nº 8.666/93, vem, à presença de Vossa Senhoria, interpor **IMPUGNAÇÃO** ao Edital em referência, pelas razões que passa a expor abaixo e em anexo:

DOS FATOS

1. Atendendo à impugnação realizada pela Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT, o I. Pregoeiro, nas suas atribuições definidas pelo artigo 17 do Decreto 10.029/19, entendeu por bem **retificar o ato convocatório, excluindo a vedação a participar do certame as instituições sem fins lucrativos**, fundamentando sua decisão nos seguintes termos:

“3. DO EXAME DO PLEITO 3.1 ACERCA DA IMPOSSIBILIDADE DE INSTITUIÇÕES SEM FINS LUCRATIVOS PARTICIPAREM DO PREGÃO A Impugnante apresenta como fundamentação a impossibilidade de se aplicar a vedação de participação no certame de instituições sem fins lucrativos, tendo em vista que a referida proibição restringe o caráter competitivo do certame e somente poderia ser considerada caso a licitação fosse destinada exclusivamente à contratação de empresário, de sociedade empresária ou de consórcio de empresa. Revisando os autos, verifica-se um erro ao considerar a vedação a instituição sem fins lucrativos em participar do processo licitatório, sendo necessário apenas que o objeto do edital esteja relacionado com o objeto social da entidade e que esteja previsto no seu ato constitutivo. Acrescenta-se,

ainda, que a vedação prevista no parágrafo único, do artigo 12 da Instrução Normativa/SEGES nº 05/2017, não se aplica ao presente caso, visto que a licitação não foi destinada à contratação de empresário, de sociedade empresária ou de consórcio de empresa. 4. DECISÃO Após análise das alegações apresentadas, pelos motivos e razões acima expostos e levando-se em consideração que a Administração pode rever os seus atos de forma a dar ampla concorrência ao certame, decido pelo acolhimento da impugnação apresentada pela ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS - ABNT. Diante disto, o ato convocatório será retificado, excluindo tal proibição. A data da sessão será alterada em função da reabertura do prazo inicialmente estabelecido, conforme preceitua o § 4º, art. 21 da Lei 8.666/93 o chamamento dessa Instituição para o certame licitatório referenciado, a recorrente e outra licitante, dele vieram participar”.

2. Diante dessa decisão, o Edital foi republicado, contendo as seguintes alterações: **4.2. Não poderão participar desta licitação os interessados: [...] 4.2.7. organizações da Sociedade Civil de Interesse Público - OSCIP, atuando nessa condição (Acórdão nº 746/2014-TCU-Plenário); 4.2.8. sociedades cooperativas, considerando a vedação contida no art. 10 da Instrução Normativa SEGES/MP nº 5, de 2017, bem como o disposto no Termo de Conciliação firmado entre o Ministério Público do Trabalho e a AGU.**

3. Ocorre que, mencionada decisão e, conseqüentemente, as alterações no Edital em referência, não podem prosperar, primeiro e mais importante, por serem contrárias a Lei, depois, porque o I. Pregoeiro foi levado a erro pela ABNT, que lançou premissas inverídicas em sua impugnação, as quais não poderão prevalecer, conforme será comprovado abaixo:

II – DAS RAZÕES DO DEFERIMENTO DA IMPUGNAÇÃO

II.1 – DA ILEGALIDADE DO ATO DE EXCLUIR A VEDAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO DAS INSTITUIÇÕES SEM FINS LUCRATIVOS NO CERTAME.

4. O Edital Pregão Eletrônico 021/2020 até a decisão do I. Pregoeiro de excluir a vedação às instituições sem fins lucrativos, no que tange a participação dessas no certame, primava pela legalidade, pois seguia rigorosamente o disposto em nossa legislação pátria, já que previa: - **“4.2. Não poderão participar desta licitação os interessados: [...] 4.2.8 instituições sem fins lucrativos (parágrafo único do art. 12 da Instrução Normativa/SEGES nº 05/2017)”**.

5. Isso porque, referida vedação está amparada, como bem mencionado na oportunidade no Edital, na Instrução Normativa/SEGES nº 05/2017, que é clara ao dispor no parágrafo único do artigo 12 que **“Considerando-se que as instituições sem fins lucrativos gozam de benefícios fiscais e previdenciários específicos, condição que reduz seus custos operacionais em relação às pessoas jurídicas ou físicas, legal e regularmente tributadas, não será permitida, em observância ao princípio da isonomia, a participação de instituições sem fins lucrativos em processos licitatórios destinados à contratação de empresário, de sociedade empresária ou de consórcio de empresa”**.

6. Mencionada Instrução Normativa tem amparo legal nos artigos 37 e 150, ambos da nossa Constituição Federal – “**Art. 37.** A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]”; **Art. 150.** Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos”; e também no artigo 3º da Lei 8.666/93 – “**Art. 3.** A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos”.

7. Com isso em mente, não há dúvidas de que retirar a vedação à participação do certame de instituições sem fins lucrativos fere o Princípio da Isonomia - “princípio cuja observância vincula, incondicionalmente, todas as manifestações do Poder Público, deve ser considerado em sua precípua função de obstar discriminações e de extinguir privilégios sob duplo aspecto: a) o da igualdade na lei e b) o da igualdade perante a lei” (Palhares Moreira Reis) - já que irá tratar de forma igual os desiguais, o que é vedado.

8. Confira, que instituições sem fins lucrativos **gozam de várias isenções e benefícios fiscais**, tais como: IRPJ – Imposto de Renda Pessoa Jurídica, CSLL – Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, PIS – Programa de Integração Social, e COFINS – Contribuição para Financiamento da Seguridade Social, o que reduz seus custos operacionais em relação às pessoas jurídicas ou físicas, legal e regularmente tributadas, o que é vedado por Lei e serviu, inclusive, de justificativa para que nosso ordenamento jurídico vedasse a participação dessas instituições (sem fins lucrativos) nos certames licitatórios, já que, repita-se, fere, incondicionalmente, o Princípio da Isonomia.

9. Importante consignar, que com relação ao Princípio da Isonomia, o Tribunal de Contas se manifestou no Acórdão 021.605/2012-2, que vale transcrever parte do julgado, uma vez que demonstra, inequivocamente, ainda que de forma análoga, **que não se pode tratar desiguais de forma igual**, até porque, para isso seria necessário a elaboração de todo um arcabouço normativo que possibilitasse tratamento isonômico. Confira: “102. Nesse ponto, cumpre resgatar a máxima do princípio da isonomia, disciplinado no inciso II do art. 150 da Constituição Federal, **que proíbe ao legislador instituir tratamento desigual entre aqueles que se encontrem em situação equivalente, ou seja, aqueles que se encontrem nas mesmas condições devem receber igual tratamento, da mesma forma que os desiguais devem receber tratamento desigual, na medida de suas desigualdades**. 103. A correta aplicação desse princípio, em se permitindo a participação de OSCIP em certames licitatórios, criaria um impasse insanável em termos administrativos, uma vez que exigiria do Edital a prévia especificação de condições compensatórias diante da mera hipótese de que uma OSCIP viesse a participar como licitante. Não agindo dessa forma, teria que fazer alterações editalícias sempre que isso acontecesse, com prejuízos para a tempestividade e eficiência administrativa do certame, sob pena de torná-lo passível de impugnação. 104. Seriam necessárias, portanto, modificações nos procedimentos usualmente adotados por toda a administração pública para licitações que tivessem objeto de alguma forma relacionado com toda a extensa gama de serviços para os quais fosse permitida a participação de OSCIP. Modificações que, registre-se,

carecem de normatização. 105. Seria necessário, dessa maneira, a elaboração de todo um arcabouço normativo que possibilitasse tratamento isonômico à participação de OSCIP em licitações sob a égide da Lei 8.666/1993, envolvendo a definição de procedimentos de equalização das condições de participação entre as entidades qualificadas como OSCIP e as empresas privadas. No entanto, conforme já salientado, não é nesse sentido que vem sendo buscado o aprimoramento das normas que regem a atuação dessas entidades. 106. Conclui-se, então, não ser possível garantir, para quaisquer efeitos práticos, um tratamento efetivamente isonômico entre empresas privadas e OSCIP nas contratações realizadas com base na Lei das Licitações”.

10. Com efeito, ainda que no referido Acórdão a matéria julgada é referente a OSCIP, necessário registrar que há peculiaridades entre OSCIP e Instituições sem Fins Lucrativos (possuem as mesmas isenções), para comprovar que a interpretação no presente caso deve ser a mesma adotada no julgado em referência, senão vejamos: “25. Outra peculiaridade das entidades sem fins lucrativos, que também deve justificar uma forma diferenciada de contratação dessas entidades, refere-se às isenções fiscais. As benesses fiscais e tributárias, aliás, consistem no cerne de uma das principais questões relativas à participação das OSCIP em licitações, em função da necessidade de observância ao princípio da isonomia nas contratações públicas, a ser discorrido mais adiante. 26. As sociedades sem fins lucrativos fazem jus a isenções do pagamento de Imposto de Renda, nos termos do art. 150, inciso VI, alínea ‘c’, da Constituição Federal e arts. 9º e 14 da Lei 5.172/1966. Podem, adicionalmente, consoante o art. 13, inciso VI, e § 2º, incisos II e III, da Lei 9.249/1995, e o art. 365, II, do Regulamento de Imposto de Renda (RIR), auferir doações de pessoas jurídicas que, por sua vez, passam a ter direito a dedução no Imposto de Renda, até o limite de 2% sobre o lucro operacional das doações efetuadas às entidades. 27. Ainda, nos termos do art. 195, § 7º, da Constituição Federal, a imunidade de tributos alcança as entidades de educação e assistência social sem fins lucrativos no que tange aos impostos sobre renda, patrimônio e serviços, a exemplo do Imposto sobre Serviços (ISS), Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotores (IPVA) e Imposto Territorial Rural. 28. O grande diferencial das OSCIP em relação às demais entidades sem fins lucrativos imunes de impostos e contribuições segundo a Constituição Federal é a permissão legal de remuneração dos seus dirigentes e para os que a ela prestem serviços específicos, respeitados os valores praticados pelo mercado, na região correspondente a sua área de atuação, conforme art. 4º, VI, da Lei 9.790/1999”. Portanto, não há qualquer óbice no paralelo entre entidades sem fins lucrativos e OSCIP, devendo a vedação a participar do certame ser a mesma, como bem definido em Lei, já que elas têm tratamento diferenciado e, portanto, levam vantagem sobre as demais empresas (Acórdão 021.605/2012-2).

11. Nesse passo, importante trazer à baila o entendimento lavrado no Acórdão 002.993/2007-5 do Tribunal de Contas da União, já que, para se respeitar o Princípio da Isonomia perante Instituições sem fins lucrativos, se faz necessário equalizar as isenções ou mesmo a perda das imunidades, diante de cada caso. Observe: “39. No tocante à participação das entidades sem fins lucrativos em licitações públicas, como no caso do IBDCON, conforme já exposto nas Instruções do presente processo e no despacho proferido pelo Relator, de fato a questão é polêmica. 40. No âmbito do Tribunal, em algumas oportunidades já foi analisada a participação de entidades sem fins lucrativos em licitações, sem, contudo, chegar-se a um entendimento pacífico acerca da necessidade ou não de equalização de suas propostas ante as imunidades/isenções que lhes são conferidas. Há situações em que a questão da equalização é tratada no sentido apenas de que as propostas devem ser apresentadas com a correta incidência das alíquotas de tributos conforme suas prerrogativas legais, havendo, ainda, casos em que o entendimento é de que é incabível exigir dessas entidades a total incidência nas propostas por elas apresentadas dos tributos, uma vez que estaria restringindo prerrogativas legais

a elas conferidas, a exemplo dos TC-019.037/2002-1, TC-015.042/2004-0 e TC-011.968/1996-6. 41. Entendemos que para o deslinde dessa questão necessário se faz o exame das situações e dos requisitos a que se condicionam as entidades para a obtenção de tais benefícios fiscais, de modo a avaliar se o exercício de atividade econômica implica a perda das imunidades e das isenções a que têm direito. 42. Considerando que cada entidade tem suas peculiaridades definidas em razão da finalidade a que se destina, e considerando, ainda, a polêmica que envolve a questão, entendemos que essas particularidades devam ser examinadas em cada situação em concreto quando da efetiva participação da entidade em determinada licitação, o que não é o caso ora em exame, haja vista a conclusão de que o objeto do Edital do Pregão Eletrônico AA nº 50/2006 não se insere dentre as finalidades descritas no art. 5º do Estatuto do IBDCON, devendo a entidade, por essa razão, ser impedida de participar da mencionada licitação”.

12. Com essas premissas, resta indiscutível que a participação no certame de instituições sem fins lucrativos, fere (i) o Princípio da Legalidade, já que sua participação está vedada pela legislação pátria (Art. 37 e 150 da CF; art. 3º da Lei 8.666/93 e Art. 12 da Instrução Normativa/SEGES 5/2017); fere (ii) o Princípio da Isonomia, já que elas tem tratamento diferenciado, por ser isenta do pagamento de impostos, o que lhe deixa em vantagem frente aos demais participantes do certame, e, fere (iii) o Princípio da Igualdade – pois, de acordo com Helly Lopes (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002) esse princípio é **“um impeditivo da discriminação entre os participantes do certame, quer através de cláusulas que, no edital ou convite, favoreçam uns em detrimento de outros, quer mediante julgamento faccioso, que desiguale os iguais ou iguale os desiguais”**.

13. Portanto, manter a decisão de excluir a vedação a participar do certame instituições sem fins lucrativos e a modificação realizada no Edital, fere, indiscutivelmente, nossa legislação pátria, especificamente os artigos 37 e 150 da nossa Constituição Federal, artigo 3º da Lei 8.666/93 e artigo 12 da Instrução Normativa/SEGES nº 05/2017, já que irá privilegiar essas instituições em desfavor das demais, o que repita-se, é vedado por Lei, razão pela qual, deve ser novamente retificado o Edital em debate, para retornar a vedação de participação no certame de instituições sem fins lucrativos.

II.1 – DA NECESSIDADE DE CORREÇÃO DAS FALACIOSAS PREMISSAS INDICADAS PELA ABNT PARA LEVAR O I. PREGOEIRO A ERRO.

14. A ABNT para convencer o I. Pregoeiro a retificar o Edital em debate e excluir a vedação de participação no certame de instituições sem fins lucrativos, afirmou que: (a) *“tal proibição restringe o caráter competitivo e somente poderia ser considerada caso a licitação fosse destinada exclusivamente à contratação de empresário, de sociedade empresária ou de consórcio de empresas”*; e (b) *“apenas as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, atuando nessa condição, tem a sua participação vetada em processos licitatórios”* sic.

15. Com essas premissas o I. Pregoeiro entendeu por bem que *“Revisando os autos, verifica-se um erro ao considerar a vedação a instituição sem fins lucrativos em participar do processo licitatório, sendo necessário apenas que o objeto do edital esteja relacionado com o objeto social da entidade e que esteja previsto no seu ato constitutivo. Acrescenta-se, ainda, que a vedação prevista no parágrafo único, do artigo 12 da Instrução Normativa/SEGES nº 05/2017, não se aplica ao presente caso, visto que a licitação não foi destinada à contratação*

de empresário, de sociedade empresária ou de consórcio de empresa”, retificando o Edital para constar **4.2. Não poderão participar desta licitação os interessados: [...] 4.2.7. organizações da Sociedade Civil de Interesse Público - OSCIP, atuando nessa condição (Acórdão nº 746/2014-TCU-Plenário); 4.2.8. sociedades cooperativas, considerando a vedação contida no art. 10 da Instrução Normativa SEGES/MP nº 5, de 2017, bem como o disposto no Termo de Conciliação firmado entre o Ministério Público do Trabalho e a AGU.**

16. Com a devida “vênia”, essas afirmações da ABNT são falaciosas e, como dito, levaram o l. Pregoeiro a erro. Primeiro, porque conforme amplamente demonstrado acima, a exclusão dessa vedação fere nosso ordenamento jurídico e, portanto, **é ilegal**, já que irá tratar desiguais de forma igual, ofendendo vários princípios constitucionais, em especial, o **da isonomia, legalidade e igualdade**.

17. Depois, o caráter competitivo somente não poderá ser restringido, se for legal e se mantida a isonomia na licitação, o que não é o caso em apreço. Para esse tópico, vale todos os termos descritos acima, já que comprovam de forma cristalina que o principal princípio a ser observado pela Administração Pública é o da Isonomia. Tanto isso é verdade, que esse princípio vem em destaque na Lei, sendo seguido dos demais, o que demonstra, indiscutivelmente, sua primazia sobre os outros.

18. Além disso, pela interpretação do inciso I, do § 1º, do artigo 3º, da Lei 8666/93, não há dúvidas, já que taxativo, de que há vedação aos agentes públicos de “*admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo*”.

19. No caso em tela, incluir ou tolerar no edital instituições sem fins lucrativos, frustra, indiscutivelmente, o caráter competitivo da licitação, considerando que esse tipo de organização (sem fins lucrativos) goza de benefícios fiscais em relação aos demais participantes, o que gera uma condição de competição desleal, pelo simples fato dos custos dessa organização com pagamento de impostos ser significativamente menor do que os suportados pelas empresas que não fazem jus a tais benefícios.

20. Confira, para que não se tenha dúvidas, que a presente impugnação segue a ordem de preferência sistemática da Lei - Art. 3. *A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia (1), a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade (2), da impessoalidade (3), da moralidade (4), da igualdade (5), da publicidade (6), da probidade administrativa (7), da vinculação ao instrumento convocatório (8), do julgamento objetivo (9) e dos que lhes são correlatos*’- comprovando claramente a prioridade do Princípio da Isonomia.

21. Não bastasse, “a seleção da proposta mais vantajosa para a administração” vem somente depois do Princípio da Isonomia e isso se faz necessário, pois, sem isonomia o ato é nulo, até porque, injusto, já que, repita-se a exaustão, as instituições sem fins lucrativos levam vantagens sobre os demais participantes do certame, posto que possuem isenções de vários

impostos, não podendo assim, licitar em pé de igualdade com os demais, visto que sempre levarão vantagens.

22. E mais, afirmar que a vedação “*somente poderia ser considerada caso a licitação fosse destinada exclusivamente à contratação de empresário, de sociedade empresária ou de consórcio de empresas*” é uma aberração jurídica.

23. Como se sabe, “*Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços*” (art. 966 do CC). Sociedade empresária por sua vez, é uma aglutinação de esforços de diversos agentes, interessados nos lucros que uma atividade econômica promete propiciar, ou seja, “*celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados*” (art. 981 do CC). O consórcio empresarial nada mais é do que a união de várias empresas com a finalidade de realizar um empreendimento ou participar de negociações.

24. Assim, apenas pelos conceitos descritos em nossa legislação pátria já resta límpida a equivocadíssima premissa apresentada pela ABNT e, conseqüentemente, a decisão do I. Pregoeiro, já que não se pode considerar que a vedação de instituições sem fins lucrativos “*somente poderia ser considerada caso a licitação fosse destinada exclusivamente à contratação de empresário, de sociedade empresária ou de consórcio de empresas*”.

25. Com o devido respeito, o próprio objeto da licitação diz respeito a contratação de empresa em sentido amplo, senão vejamos: “*1.1 O objeto da presente licitação é a escolha da proposta mais vantajosa para a contratação de empresa prestadora de serviços de acesso, via web, às coleções das Normas Técnicas Brasileiras (NBR's) da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) e das Normas Técnicas da Associação Mercosul de Normalização (AMN) para atender a demanda da Superintendência do Sistema de Bibliotecas/UFVJM, conforme condições, quantidades e exigências estabelecidas neste Edital e seus anexos*”, o que por si só comprova o equívoco da decisão que excluiu a vedação em debate.

26. Essa premissa, utilizada pela ABNT para convencer o I. Pregoeiro, s.m.j. é falaciosa e beira a má-fé, já que completamente contrária a todos os conceitos jurídicos e, principalmente a nossa legislação, como amplamente demonstrado, inclusive, pelos Acórdãos do Pleno do Tribunal de Contas da União, acima transcritos em parte.

27. Não bastasse, a ABNT conseguiu convencer o I. Pregoeiro que somente as “*Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, atuando nessa condição, tem a sua participação vetada em processos licitatórios*” sic.

28. Novamente com o devido respeito, essa afirmativa vai de encontro com os mais recentes julgados do Tribunal de Contas, já que tanto as OSCIP quanto as Instituições sem Fins Lucrativos têm benefícios legais (isenções de impostos), sendo certo que “*O grande diferencial das OSCIP em relação às demais entidades sem fins lucrativos imunes de impostos e contribuições segundo a Constituição Federal é a permissão legal de remuneração dos seus dirigentes*” (Acórdão 021.605/2012-2), devendo, portanto, serem tratadas de forma diferenciada, já que a participação delas nas licitações fere, como exaustivamente comprovado, o Princípio da Isonomia. Vale aqui, reforço na

leitura dos Acórdãos acima mencionados, para pacificar de uma vez por todas que a exclusão da vedação de participação no certame de instituições sem fins lucrativos ofende nossa legislação e, portanto, **é nula e ilegal**.

29. Não se pode deixar de tecer comentários sobre a afirmação do I. Pregoeiro de que “*verifica-se um erro ao considerar a vedação a instituição sem fins lucrativos em participar do processo licitatório, sendo necessário apenas que o objeto do edital esteja relacionado com o objeto social da entidade e que esteja previsto no seu ato constitutivo*”, já que essa declaração, além de não ser pacífica, depende da análise de cada caso concreto, sem falar que **tem que haver licitação em que a entidade participe em igualdade de condições com outros possíveis interessados**. (Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Palestra ‘As Organizações Sociais e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (Leis nºs 9.637/98 e 9.790/99).

30. Para um melhor entendimento, confira o que diz o I. Ministro Marcos Vinícios Vilaça: “2. *Protesta-se contra a habilitação do Instituto Brasileiro de Conhecimento – IBDCON, entidade sem fins lucrativos, vencedora do certame. As empresas alegam, basicamente, afronta ao princípio da isonomia, ante os privilégios tributários do Instituto, e incompatibilidade do objeto social do IBDCON com o da licitação. 3. Em relação ao primeiro aspecto, mencionei, no despacho em que determinei a suspensão cautelar do certame, que a questão se insere em perspectiva mais ampla, e não somente pela presença de regime tributário diferenciado. É que, no meu modo de ver, a participação de Oscips em licitações objetivando a prestação de serviços à Administração desvirtua os delineamentos traçados pelo ordenamento jurídico para este tipo de entidade. [...] 6. A atuação de uma Oscip volta-se, portanto, para o atendimento do interesse público, mediante serviços de cunho social, e não para o fornecimento de bens e serviços para a Administração Pública. Sua área de atuação é incompatível, no meu entendimento, com os serviços de que nos fala os arts. 6º, II, e 13 da Lei n.º 8.666/93: “Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se: II - Serviço - toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais; Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a: I - estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos; II - pareceres, perícias e avaliações em geral; III - assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias; IV - fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços; V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas; VI - treinamento e aperfeiçoamento de pessoal; VII - restauração de obras de arte e bens de valor histórico.” 7. Os objetivos relacionados no art. 5º do Estatuto do IBDCON podem ser enquadrados entre os previstos na Lei n.º 9.790/99, até pela forma como se encontram redigidos, de forma bem aberta, como por exemplo: - identificar demandas e soluções para a sociedade civil, governo e iniciativa privada; - estimular e participar de demandas articuladas por agentes; - desenvolver ações para o desenvolvimento tecnológico, através do apoio, difusão e realização de programas técnicos e operacionais voltados à tecnologia da informação; - prestar serviços especializados de desenvolvimento e integração de sistemas, de planos de tecnologia da informação e de reengenharia tecnológica; - desenvolver campanhas de sensibilização e arrecadação de recursos; - realizar cursos, seminários e eventos assemelhados; - promover o voluntariado; - assessorar gestores públicos na consolidação, no financiamento, no refinanciamento e na administração de dívidas e créditos; - e outros. 8. **Ocorre que, além da obrigatoriedade de os objetivos sociais da Oscip estarem conformes às finalidades relacionadas no art. 3º da Lei n.º 9.790/99, as atividades desenvolvidas em concreto pela entidade também devem condizer com os limites e contornos dados pela Lei, que relaciona objetivos de interesse social, em complementação à atuação do Estado. É evidente que a prestação de serviços de programação de sistemas informatizados, objeto do certame em análise, é compatível com a Lei n.º***

8.666/93; mas nada tem a ver com o relacionado no art. 3º da Lei n.º 9.790/99. 9. No entanto, reconheço que a questão não é pacífica. Parece haver, inclusive, certa tendência a se aceitar que elas possam participar de licitações na Administração Pública, desde que a atividade a ser contratada esteja prevista no Estatuto: “Não é que elas não possam ser contratadas. Eventualmente elas podem, se a prestação de serviços e o fornecimento de bens estiver prevista dentre seus objetivos institucionais. Só que, em se tratando de contrato, está sujeito à licitação. Se a Administração Pública aceita contratar Oscip para fornecimento de bens e serviços, tem que haver licitação em que a entidade participe em igualdade de condições com outros possíveis interessados.” (Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Palestra ‘As Organizações Sociais e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (Leis nºs 9.637/98 e 9.790/99)’, proferida no seminário ‘O Ministério Público e a Fiscalização das Entidades Não Governamentais de Interesse Público’, retirada do site do Ministério Público do Estado de São Paulo).” 10. Mas o desfecho da questão posta à apreciação do Tribunal prescinde dessa investigação. A incompatibilidade do objeto licitado com as finalidades institucionais do IBDCON é suficiente para resolvê-la. 11. Como já mencionei acima, entre os objetivos relacionados no art. 5º do Estatuto da entidade, fazem-se notar dois que poderiam, a princípio, dar suporte à contratação do IBDCON: “desenvolver ações para o desenvolvimento tecnológico, através do apoio, difusão e realização de programas técnicos e operacionais voltados à tecnologia da informação” e “prestar serviços especializados de desenvolvimento e integração de sistemas, de planos de tecnologia da informação e de reengenharia tecnológica”. Contudo, a presença desses dois objetivos no estatuto não implica que o IBDCON seja, como assinala a Unidade Técnica, uma entidade especializada na locação de mão-de-obra, mesmo em se tratando de serviços na área da tecnologia da informação. 12. Devo reconhecer que a Analista examinou a matéria com precisão nos parágrafos 32 a 38 da instrução, me poupando de tecer comentários adicionais. Acolho as considerações da 5ª Secex e as incorporo às minhas razões de decidir” (TC-002.993/2007-5 (c/ 1 volume e 1 anexo). Apenso: TC-003.830/2007-4).

31. No caso em debate, não houve qualquer dispositivo no Edital que iguale as instituições sem fins lucrativos aos demais participantes da licitação, portanto, a não vedação pura e simples, ofende os Princípios da Legalidade, Isonomia e Igualdade e viola os dispositivos legais relativos ao caso em tela.

32. Com efeito, ainda que não guardem relação com o objeto aqui impugnado, os objetivos da ABNT, bem descritos em seu Estatuto Social, não são compatíveis com o objeto da licitação, senão vejamos: *a) Elaborar as Normas Técnicas Brasileiras como Foro Nacional de Normalização e outros documentos técnicos; b) Representar o Brasil nos foros sub-regionais, regionais e internacionais de normalização técnica, incentivando a participação da sociedade brasileira; e c) Atuar como organismo de avaliação da conformidade, executando serviços de auditoria, inspeção e verificação com vistas à concessão de marcas de conformidade e certificados.*

33. Assim, não há dúvidas de que, se fosse pacífica a afirmação de que é possível a participação de OSCIP e Instituições sem fins lucrativos em licitações, ainda assim a ABNT não poderia participar do certame, já que seus objetivos sociais não são compatíveis com o objeto da licitação, devendo, por essa razão, ser imediatamente declarada inabilitada a participar do processo licitatório em referência.

34. Portanto, é indiscutível que todas as premissas que levaram o I. Pregoeiro a retificar o Edital, excluindo a vedação de instituições sem fins lucrativos de participar do certame, são falaciosas, contrárias a legislação pertinente, ferem Princípios Constitucionais, sendo, por consequência, ilegal a retificação do

Edital, devendo, assim, o mesmo ser reformado, para que retorne à vedação anterior, qual seja - **“4.2. Não poderão participar desta licitação os interessados: [...] 4.2.8 instituições sem fins lucrativos (parágrafo único do art. 12 da Instrução Normativa/SEGES nº 05/2017)”**.

III – DO PEDIDO

35. Sendo assim, com fundamento nas razões precedentemente aduzidas e, considerando que as normas das licitações públicas devem respeitar as Leis (artigos 37 e 150 da nossa Constituição Federal, artigo 3º da Lei 8.666/93, artigo 12 da Instrução Normativa/SEGES nº 05/2017 e artigo 2º do Decreto 10.024/19) e os Princípios Constitucionais, em especial, o da Legalidade, Isonomia, Igualdade, nos termos da Jurisprudência do Tribunal de Contas da União, requer-se o recebimento, análise e **admissão da presente impugnação, para que o ato convocatório seja alterado, para constar a proibição de participação de entidades sem fins lucrativos, de forma a garantir a isonomia de todos os participantes do certame,** como determina a Lei de regência.

36. Outrossim, lastreada nas razões da presente impugnação, requer-se que no caso dessa Comissão de Licitação não reconsiderar sua decisão, faça esta impugnação subir, devidamente informando à autoridade superior, em conformidade com o § 4º, do art. 109, da Lei nº 8666/93, observando-se ainda o disposto no § 3º do mesmo artigo.

Nestes Termos

P. Deferimento

São Paulo, 21 de agosto de 2020.

Mauricio Ferraz de Paiva

Presidente

Fato novo relacionado à impugnação do edital PREGÃO ELETRÔNICO Nº 021/2020 - Processo Administrativo n.º23086.004345/2020-97

Mauricio Paiva <mauricio.paiva@target.com.br>

25 de agosto de 2020 18:56

Para: "andersen.nascimento@ufvjm.edu.br" <andersen.nascimento@ufvjm.edu.br>, "pregao@ufvjm.edu.br"

<pregao@ufvjm.edu.br>

Cc: Cosme Santos <cosme.santos@target.com.br>

À

UNIVERSIDADE FEDERAL DOS VALES DO JEQUITINHONHA E MUCURI

Rodovia MGT 367 - Km 583, nº 5000, - Bairro Alto da Jacuba,

Diamantina - MG

CEP 39100-000

A/C.: Ilustríssimo senhor pregoeiro

e-mail: andersen.nascimento@ufvjm.edu.br

Departamento Licitação

PREGÃO ELETRÔNICO Nº 021/2020

(Processo Administrativo n.º23086.004345/2020-97)

Ref.: Fato novo relacionado à impugnação do edital PREGÃO ELETRÔNICO Nº 021/2020

Target Engenharia e Consultoria Ltda., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ (MF) n.º 00.000.028/0001-29, com sede na [Avenida das Nações Unidas, 18801 Conjunto 1501](#), Bairro Santo Amaro - CEP 04795-000, na cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, por seu representante legal infra assinado, vem, através desta mensagem por e-mail, dar ciência à vossa senhoria de importante precedente (anexo), datado de hoje, 25 de agosto de 2020, para sua análise quanto à impugnação do edital PREGÃO ELETRÔNICO Nº 021/2020.

Trata-se da decisão Nº 89 /2020 do pregoeiro, referente ao RECURSO ADMINISTRATIVO do Processo: 50600.009441/2018-13 do PREGÃO ELETRÔNICO Nº 259/2020-00 do MINISTÉRIO DA INFRAESTRUTURA - DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES, com OBJETO: CONTRATAÇÃO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE DISPONIBILIZAÇÃO DE ACESSO AO ACERVO VIA WEB DE NORMAS TÉCNICAS BRASILEIRAS (NBR), MERCOSUL (NM) E ISO, tendo conclusão de sua análise o seguinte:

“Ante o exposto, por entender que pessoas jurídicas constituídas sob a forma de associações NÃO possuem condições jurídicas para participar de licitações públicas, na forma do item 4.2.8 do Edital, art. 12 da IN 05/2017 e acórdão 2847/2019 - TCU/Plenário, manifesto-me no sentido de dar

provimento ao recurso administrativo interposto pela recorrente Target Engenharia e Consultoria Ltda.”

Sendo o que tínhamos para o momento e com nossos votos de grande estima e consideração.

Mauricio Ferraz de Paiva

Presidente da Target Engenharia e Consultoria Ltda.



Decisão do Pregoeiro - 89-2020 - PREGAO ELETRONICO N 2592020-00.pdf

117K

➤ Pregão Eletrônico

▪ Visualização de Recursos, Contrarrazões e Decisões

DECISÃO DO PREGOEIRO: PROCEDE

MINISTÉRIO DA INFRAESTRUTURA

DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES

COORDENAÇÃO DE LICITAÇÕES DE SERVIÇOS ADMINISTRATIVOS E AQUISIÇÕES DE BENS E CONTRATOS

PREGOEIRO(A)

DECISÃO Nº 89 /2020 DE RECURSO ADMINISTRATIVO

Processo: 50600.009441/2018-13

REFERÊNCIA: PREGÃO ELETRÔNICO Nº 259/2020-00

OBJETO: CONTRATAÇÃO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE DISPONIBILIZAÇÃO DE ACESSO AO ACERVO VIA WEB DE NORMAS TÉCNICAS BRASILEIRAS (NBR), MERCOSUL (NM) E ISO.

RECORRENTE: TARGET ENGENHARIA E CONSULTORIA LTDA.

RECORRIDA: PREGOEIRO

Trata-se de RECURSO interposto pela empresa TARGET ENGENHARIA E CONSULTORIA LTDA., com fulcro no artigo 44 do Decreto nº 10.024/2019 e artigo 109, inciso I, alínea "b", da Lei nº 8.666/93, por meio de seu representante legal, tempestivamente, em face da decisão de habilitação da empresa ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS - ABNT, no Pregão Eletrônico nº 259/2020-00.

Em tempo, informamos que esta Pregoeira foi designado pelo Diretor Executivo com base na Portaria nº 6.770, de 7 de outubro de 2019, publicada no D.O.U. nº 195 de 8 de outubro de 2019, para realizar as licitações no Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – DNIT.

Que cumpridas às formalidades legais, registra-se que foi comunicada a interposição de Recurso Administrativo, conforme comprovam os documentos acostados ao Processo de Licitação.

I - DAS PRELIMINARES

Em sede de admissibilidade, foram preenchidos os pressupostos de legitimidade, fundamentação, pedido de provimento ao recurso, reconsideração das exigências, tempestividade, e interesse processual, conforme comprovam os documentos colacionados ao Processo de Licitação já identificado, pelo que se passa à análise de sua alegação.

II - DAS ALEGAÇÕES DA RECORRENTE

A empresa ora recorrente informa que a participação da empresa habilitada fere o princípio da legalidade, por ser esta associação civil sem fins lucrativos.

Pontua que por ser associação sem fins lucrativos, a licitante possui várias isenções e benefícios fiscais, aduz que tal fato causa tratamento desigual entre as licitantes.

Salienta que a empresa ABNIT não poderia se quer ter participado do pregão ora em comento, uma vez que o objeto do seu estatuto social, não está inserido no objeto da contratação.

III - DO PEDIDO DA RECORRENTE

Requer a Recorrente:

A inabilitação da empresa ABNIT.

IV - DAS ALEGAÇÕES EM SEDE DE CONTRARRAZÕES

A empresa ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS – ABNT apresentou suas contrarrrazões alegando preliminarmente que o item 4.2.8 do edital do pregão 259/2020-00, restringe a competitividade do certame.

Informa que as empresas sem fins lucrativos gozam de benefícios fiscais e previdenciários específicos, que tal condição reduz seus custos operacionais em relação às pessoas jurídicas ou físicas.

Pontua que tal proibição restringe o caráter competitivo do certame e somente poderia ser considerada caso a licitação fosse destinada exclusivamente à contratação de empresário, de sociedade empresária ou de consórcio de empresa. Contudo não há qualquer fundamentação legal ou Editalícia que justifique tal impedimento.

Salienta que a Advocacia Geral da União já se manifestou sobre o caso em seu Parecer nº 140/2019/FAS/CJU-AC/CGU/AGU, de 12 de julho de 2019, 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, informando 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, deve-se analisar 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.

Discorre que a ABNT é uma associação civil sem fins lucrativos, fundada em 28 de setembro de 1940 e considerada de utilidade pública pela Lei 4.150, de 21 de novembro de 1962. No ano de 1992, recebeu do Governo Federal através da Resolução nº 7 do Conmetro (Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial), de 24 de agosto de 1992, o título de Único Foro Nacional de Normalização, frisando que a ABNT é considerada como órgão de utilidade pública e, enquanto não visar lucros, aplicando integralmente na manutenção de sua administração, instalações, laboratórios e serviços.

Requer que seja provida as contrarrrazões afim de que seja mantida a sua habilitação.

V - DA ANÁLISE

Imperioso ressaltar que todos os julgados da administração pública estão embasados nos princípios insculpidos no art. 3º, da Lei nº 8.666/93, conforme segue:

Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (Grifo nosso).

Ressalta-se que tal disposição é corroborada pelo Disposto no art. 2º, do Decreto nº 10.024/2019:

Art. 3º. O Pregão, na forma eletrônica, é condicionado aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, do desenvolvimento sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade e aos que lhes são correlatos.

§ 1º O princípio do desenvolvimento sustentável será observado nas etapas do processo de contratação, em suas dimensões econômica, social, ambiental e cultural, no mínimo, com base nos planos de gestão de logística

sustentável dos órgãos e das entidades.

§ 2º As normas disciplinadoras da licitação serão interpretadas em favor da ampliação da disputa entre os interessados, resguardados o interesse da administração, o princípio da isonomia, a finalidade e a segurança da contratação.

Feita as considerações supra destacadas, passa-se a análise do mérito do recurso

Há que se reconhecer o recurso impetrado, antes aos seus argumentos fáticos.

Preliminarmente é necessário destacar o item do edital tido como violado, n verbis:

4.2. Não poderão participar desta licitação os interessados:

(...)

4.2.8 instituições sem fins lucrativos (parágrafo único do art. 12 da Instrução Normativa/SEGES nº 05/2017)

Observa-se que há no presente edital uma impossibilidade da participação de associações sem fins lucrativos no certame.

Inicialmente, esta pregoeira entendeu pela possibilidade de habilitação no certame da ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS – ABNT, considerando que a licitante teria atendido às exigências de regularidade jurídica, fiscal, qualificação econômico-financeira e capacidade técnica operacional.

Dúvida existia quanto a possibilidade de participação desta entidade sem fins lucrativos no certame, tendo a pregoeira tido o entendimento inicial de que NÃO haveria impedimento desde que o objeto da licitação estivesse previsto no estatuto da ABNT.

Entendeu-se que de fato havia correlação entre as atividades constantes do estatuto com o objeto do edital em comento o que, em tese, permitiria a participação, conforme havia entendimento do TCU no Acórdão nº 7.459/2010. Nessa oportunidade, o TCU entendeu que não deve haver vedação genérica de participação em licitações de entidades sem fins lucrativos, desde que haja nexos entre os serviços a serem prestados com os estatutos e objetivos sociais da entidade prestadora dos serviços:

9.1. Conhecer do Pedido de Reexame para, no mérito, dar-lhe provimento parcial, alterando a redação ao subitem 1.4.1.1 do Acórdão nº 5.555/2009-2ª Câmara, dirigido à Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), e que, doravante, em caráter normativo, aos Órgãos e Entidades da Administração Pública Federal Direta, Autárquica e Fundacional, que passa a ter o seguinte teor:

9.1.1. 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;

Contudo, este não é mais o entendimento recente do Tribunal de Contas da União, com base no artigo 12 da Instrução Normativa nº 05/2017 e tendo em vista o item 4.2.8 da Minuta de Edital padrão da AGU (aprovado pela Consultoria-Geral da União), que é o modelo utilizado pelo DNIT e aprovado pela Diretoria Colegiada da Autarquia.

Além disso, tal acórdão do TCU resultou numa burla por parte das associações que simplesmente passaram a incluir tal previsão nos respectivos Estatutos Sociais por meio de simples assembleia de modo a se adaptarem a situação posta pelo TCU, o que no meu entendimento não altera nada quanto ao impedimento de participação na licitação.

Passo a análise pontual das considerações de acórdão com todo o ordenamento jurídico, edital e jurisprudência.

Consoante o art. 53 do Código Civil, “constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos, “Esse dispositivo deve ser interpretado em conjunto com os arts. 966 e 981 do Código Civil, os quais conceituam “empresário” e “sociedade empresária”, respectivamente:

“Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.”.

“Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados. ”

Ou seja, se a pessoa jurídica possui fins econômicos, consistente na busca pela consecução de resultados

financeiros, mediante a produção ou circulação de bens e serviços, ela deve constituir-se sob a forma de sociedade empresária e não sob a forma de associação.

Por outro lado, as licitações públicas buscam a seleção de proposta mais vantajosa para a administração pública daqueles que, em essência, se disponham a executar obras, prestar serviços ou vender produtos. Nesses termos, assim dispõe o inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal: "ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública..."

A Lei 8.666/1993, por sua vez, também dispõe de forma semelhante:

"Art. 2º As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei." (grifou-se).

Dessas disposições, o que se depreende é que as licitações são o instrumento pelo qual a administração pública vai ao mercado para contratar agentes do campo econômico, de forma a satisfazer as necessidades de seu funcionamento e prestar os serviços públicos a seu cargo.

Assim, por serem as licitações ações intrínsecas ao exercício de atividades econômicas, não vislumbro espaço para que associações participem de procedimentos licitatórios, pois, como visto, essas entidades não se prestam para o exercício dessas atividades.

Veja-se que a distinção entre sociedades e associações não é uma mera formalidade restrita ao campo da nomenclatura ou ao mero estabelecimento de critérios para a classificação das pessoas jurídicas de direito privado. Essas duas espécies de pessoas jurídicas estão sujeitas a regimes jurídicos diversos com as consequências daí advindas.

As associações estão sujeitas a condições tributárias diferentes das sociedades empresárias. Em geral, as primeiras gozam de benefícios fiscais e previdenciários não extensíveis às segundas.

Assim, quando as associações exercem atividades econômicas há uma quebra das condições de competir com as sociedades empresárias que foram constituídas para esse fim. Vislumbra-se, pois, uma violação ao princípio da livre concorrência previsto no art. 170, inciso IV, da Constituição Federal.

Especificamente no campo das licitações públicas, ocorre violação ao já mencionado inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal, o qual estabelece que as contratações devem ocorrer "mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a os concorrentes.

No mesmo sentido, dispõe o art. 3º da Lei 8.666/1993, o qual estabelece que "a licitação se destina a garantir a observância do princípio da isonomia".

Não por outra razão, o item 4.2.8 do Edital 259/2020 veda a participação das instituições sem fins lucrativos, como as associações e instituições sem fins lucrativos, tudo com base no parágrafo único do art. 12 da Instrução Normativa SEGES/MP nº 05/2017.

Destaca-se que o artigo 12 da Instrução Normativa 5/2017-MPOG, que dispõe sobre as regras e diretrizes do procedimento de contratação de serviços sob o regime de execução indireta no âmbito da administração pública federal, estabelece que:

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

Parágrafo único: "Considerando-se que as instituições sem fins lucrativos gozam de benefícios fiscais e previdenciários específicos, condição que reduz seus custos operacionais em relação às pessoas jurídicas ou físicas, legal e regularmente tributadas, não será permitida, em observância ao princípio da isonomia, a participação de instituições sem fins lucrativos em processos licitatórios destinados à contratação de empresário, de sociedade empresária ou de consórcio de empresa." (art. 12, parágrafo único).

Por certo, o fato de as associações não se organizarem para fins econômicos e não terem, portanto, atividade lucrativa, não as impede que busquem receitas para o seu funcionamento.

Nesse sentido, o art. 54, inciso IV, da Lei 10.406/2002, dispõe que o estatuto das associações deverá obrigatoriamente indicar "as fontes de recursos para sua manutenção".

Entretanto, nessa busca de fonte de recursos, não pode ser transmutada a natureza da associação – organização sem fins econômicos – e tampouco a caracterização de ação violadora do princípio da livre concorrência e da isonomia, em especial, nesse último caso, na atuação em licitações públicas.

Nessa linha de viabilização de sustento das associações, a legislação permite que, em determinadas situações, a administração pública contrate essas associações, não por licitação, ante a incompatibilidade jurídica para tanto, mas mediante contratações diretas. Como exemplo, cite-se o art. 24 da Lei 8.666/1993, o qual permite, em determinadas hipóteses, a contratação de associações sem licitação prévia:

"XX - na contratação 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." (grifou-se).

"XXVII - na contratação da coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis, em áreas com sistema de coleta seletiva de lixo, efetuados por associações ou cooperativas formadas exclusivamente por pessoas físicas de baixa renda reconhecidas pelo poder público como catadores de materiais recicláveis, com o uso de equipamentos compatíveis com as normas técnicas, ambientais e de saúde pública. " (grifou-se).

Nesses casos, trata-se de atividades em que, de forma evidente, as receitas auferidas pelas associações destinam-se à manutenção de suas atividades, quais sejam, o sustento de seus associados em condições de vulnerabilidade social. Ou seja, não há que falar que essas entidades tenham se organizado para fins econômicos, ante a nitidez do caráter assistencial das receitas a serem auferidas com a contratação.

Por essa razão, no recente ACÓRDÃO Nº 2847/2019 – TCU – Plenário, o Tribunal entendeu que pela possibilidade participação, desde que não haja desvio de finalidade da referida associação civil sem fins lucrativos, vejamos:

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO. 1ª CIRCUNSCRIÇÃO JUDICIÁRIA MILITAR. CONTRATAÇÃO DE ASSOCIAÇÃO CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DEFESA DO CONSUMIDOR E DO TRABALHADOR - ABRADECONT) PARA TERCEIRIZAÇÃO DE MÃO DE OBRA. EXEGESE DO ART. 53 DA LEI 10.406/2002 (CÓDIGO CIVIL). POSSIBILIDADE DE CONTRATAÇÃO, PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, DE SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS, DESDE QUE HAJA EVIDENTE CORRELAÇÃO ENTRE OS OBJETIVOS ESTATUTÁRIOS DA CONTRATADA E O OBJETO DO CONTRATO. HIPÓTESE QUE NÃO SE APLICA AO CASO CONCRETO, SOB PENA DE DESVIO DE FINALIDADE DA ASSOCIAÇÃO CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. CONHECIMENTO. REPRESENTAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. DETERMINAÇÃO. CIÊNCIA.

(...)

9.1 nos termos do art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993, conhecer da presente representação, para, no mérito, considerá-la 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; (...) 9.3 nos termos do art. 250, inciso II, do Regimento Interno deste Tribunal (RITCU), determinar à Primeira Circunscrição Judiciária Militar da Justiça Militar (1ª CJM) que, no prazo de 15 (quinze) dias, a contar da ciência, anule o ato administrativo que habilitou irregularmente a Associação Brasileira de Defesa do Consumidor e Trabalhador (Abradecont) no Pregão Eletrônico 4/2019, bem como os demais atos dele porventura decorrentes;

Assim, incorporando à minha decisão as razões expostas pela unidade técnica do TCU e pelo MP junto ao TCU, entendo pela impossibilidade de participação no certame da empresa ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS – ABNT.

24. 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.

25. Ante os elementos que compõem os autos e por considerar adequada a análise empreendida pela unidade técnica, este representante do Ministério Público de Contas manifesta-se a favor da aprovação da proposta de encaminhamento contida na instrução de peça 67, p. 14-15, a qual foi endossada pelo corpo diretivo da Selog nos pronunciamentos de peças 68 e 69.

Ante o exposto, por entender que pessoas jurídicas constituídas sob a forma de associações NÃO possuem condições jurídicas para participar de licitações públicas, na forma do item 4.2.8 do Edital, art. 12 da IN 05/2017 e acórdão 2847/2019 - TCU/Plenário, manifesto-me no sentido de dar provimento ao recurso administrativo interposto pela recorrente Target Engenharia e Consultoria Ltda.

Frisa-se que a Administração não pode descumprir as normas e condições estabelecidas no edital do certame, conforme estabelece o artigo 41 da Lei nº 8.666/1993:

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

Em regra, o edital não pode ser modificado após sua publicação. O edital é a lei interna da licitação e vincula inteiramente a Administração e os proponentes, não podendo haver posteriormente nova interpretação em prejuízo ao já estabelecido no instrumento convocatório.

Ademais, o artigo 24 do Decreto nº 10.024/2019 prevê que o interessado poderá impugnar os termos do edital em caso de possível ilegalidade, o que não ocorreu pela recorrida quanto ao impedimento de participação constante do item 4.2.8 do Edital. Ou seja, a licitante concordou em participar conforme as condições estabelecidas, não podendo se insurgir posteriormente quanto às exigências editalícias.

Art. 24. Qualquer pessoa poderá impugnar os termos do edital do pregão, por meio eletrônico, na forma prevista no edital, até três dias úteis anteriores à data fixada para abertura da sessão pública.

Não por outra razão, o edital trouxe previsão idêntica ao estabelecido no referido Decreto:

23.1 Até 03 (três) dias úteis antes da data designada para a abertura da sessão pública, qualquer pessoa poderá impugnar este Edital.

Nesse sentido, manter a habilitação da ABNT contraria a vinculação ao instrumento convocatório, a isonomia, legalidade e a moralidade do certame podendo ocasionar a anulação do certame caso aceita pela Administração.

Sendo assim, dá-se provimento ao recurso impetrado.

VI - DA DECISÃO

Isto posto, com fulcro no art. 64, da Lei 9.784/99, sem nada mais evocar, CONHEÇO do recurso interposto pela empresa TARGET ENGENHARIA E CONSULTORIA LTDA, no processo licitatório referente ao Edital PREGÃO ELETRÔNICO nº 259/2020-00, e no mérito DOU-LHE PROVIMENTO.

Brasília/DF, 25 de agosto de 2020.

ROSÂNGELA BEZERRA DOS SANTOS

Pregoeira

Fechar