

O pregoeiro da Universidade Federal dos Vales do Jequitinhonha e Mucuri, nomeado por meio da Portaria PROAD nº 71, de 21 de maio de 2020, vem, nos termos do que dispõe o inciso II do art. 17 do Decreto 10.024/2019, apreciar a Impugnação ao Edital do Pregão Eletrônico n.º 0021/2020 apresentada pela TARGET ENGENHARIA E CONSULTORIA LTDA, nos termos a seguir descritos:

1. RELATÓRIO

Trata o presente processo do Pregão Eletrônico nº 021/2020, para 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. Em 24/08/2020, a ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS - ABNT, apresentou impugnação ao edital em razão dos tópicos relacionados no item 03 deste documento.

2. DA ANÁLISE DAS RAZÕES DE IMPUGNAÇÃO E REQUERIMENTOS:

Preliminarmente, cumpre ressaltar que o Edital de Pregão Eletrônico 021/2020 tinha a sua abertura prevista para as 09h do dia 27/08/2020, e a presente impugnação foi encaminhada através de e-mail no dia 21/08/2020. Em decorrência disso, o pedido foi TEMPESTIVO.

Recebida a impugnação, no que se refere à matéria técnica, o pregoeiro decidiu por realizar consulta ao setor responsável pela elaboração do edital. Após recebidas todas as informações necessárias, encaminhadas pelo setores envolvido, passamos as respostas das alegações apresentadas pelo impugnante.

3. DO EXAME DO PLEITO

3.1 ACERCA DA POSSIBILIDADE DE INSTITUIÇÕES SEM FINS LUCRATIVOS PARTICIPAREM DO PREGÃO

A Impugnante apresenta como fundamentação a possibilidade de se aplicar a vedação de participação no certame de instituições sem fins lucrativos, tendo em vista o que previa a legislação: **“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)”**.

Isso porque, referida vedação está amparada, na Instrução Normativa/SEGES nº 05/2017, que dispõe 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”**.

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”**.

A Impugnante apresenta como fundamento que a retificação do ato convocatório, excluindo a vedação a participar do certame as instituições sem fins lucrativos fere os princípios da legalidade, isonomia e igualdade.

Assim, passamos a expor:

Foi realizada a retificação do edital publicado, tendo em vista que se analisou a impossibilidade de aplicação da vedação a participação de certame licitatório por parte de instituições sem fins lucrativos, tendo em vista que o processo licitatório não se destina a contratação de empresário, de sociedade empresária ou de consórcio de empresa.

Manifesto, ainda, que o objeto da contratação é a prestação de serviço 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.

A expressão “empresa” não restringe a participação de outras entidades, sendo que a vedação em participar encontra respaldo no item 4.2 do edital do certame.

O artigo 3º da Lei nº. 8666/93 estabelece dentre outros princípios da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, além de ser necessário observar a competitividade no processo licitatório.

Em uma pesquisa realizada obteve-se que (...) a luz das decisões do Tribunal de Contas da União, constata-se que não é vedada a participação de entidades sem fins lucrativos em certames licitatórios. Elas podem ser contratadas pela Administração desde que: a) exista nexo entre as finalidades da associação/organização e o objeto do certame; b) não se trate de contratação de cooperativa de mão-de-obra, o que, ao que parece, assemelha-se a contratação de associação. (...) (<https://cleitonmoreira.jusbrasil.com.br/artigos/114388352/entidades-sem-fins-lucrativos-e-possibilidade-ou-nao-de-participacao-em-certames-licitatorios>)

Assim, a Administração deve observar necessariamente apenas que o objeto do edital esteja relacionado com o objeto social da entidade e que esteja previsto no seu ato constitutivo, conforme entendimento do pregoeiro ao acolher a impugnação apresentada anteriormente e retificar o edital com a exclusão da vedação de participação de entidades sem fins lucrativos.

Corrobora-se sobre o assunto acórdão do Plenário do Tribunal de Contas da União, senão vejamos:

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. (ACÓRDÃO 2847/2019 - PLENÁRIO. Relator RAIMUNDO CARREIRO. Processo 015.361/2019-5. Data da sessão: 27/11/2019)

(...)

Conforme dispõe o art. 53 do Código Civil, as associações são constituídas pela união de pessoas que se organizam para fim não econômico, que pode ser literário, esportivo, acadêmico, religioso, de assistência social, beneficente, artístico, educacional, entre outros.

Para melhor compreensão do aludido conceito, considero relevante esclarecer que, muito embora a legislação tenha vedado a criação de associações para a busca de objetivos econômicos, não há, na verdade, óbice para que entidades dessa natureza obtenham receitas e, como consequência, auferam lucro, o qual é, por óbvio, essencial para a manutenção das atividades inerentes ao funcionamento da entidade.

Sobre o tema, convém destacar a lição de CRISTIANO CHAVES DE FARIAS E NELSON ROSENVALD:

“[...] Veja-se que as associações podem (e, por que não dizer, devem) ter ganho financeiro. No entanto, eventual lucro obtido no exercício da atividade econômica associativa será reaplicado na própria entidade, vedando-se a partilha entre os associados. Logo, a lei não veda o lucro nas associações, mas a sua divisão entre os associados. Equivale a dizer: o que não há nas associações é a persecução de lucro para a partilha entre os associados.” (Curso de Direito Civil, Parte Geral e LINDB, 11ª edição, Editora JusPodivm, 2013, p. 414)

Com base nesse ensinamento, é possível concluir que o simples fato de uma entidade ter sido constituída como uma associação sem fins lucrativos não é motivo suficiente para impedi-la de realizar atividades econômicas. Cumpre ressaltar, no entanto, que o exercício de tais atividades deve estar estritamente atrelado ao atingimento das finalidades e objetivos estatutários da entidade, sob pena de se incorrer em desvio de finalidade.

Sendo assim, pode-se concluir que as disposições do Código Civil que versam sobre a constituição e o funcionamento das associações, a priori, não configuram impedimento para que tais pessoas jurídicas firmem contratos potencialmente lucrativos com a Administração Pública.

Igualmente, não existe na Lei nº 8.666/93 vedação, implícita ou explícita, à participação de entidades sem fins lucrativos em certame licitatório realizado pelo Poder Público, desde que o intuito do procedimento seja a contratação de entidade privada para a prestação de serviços alinhados aos objetivos para os quais a entidade foi criada. Nessa mesma linha de entendimento já se manifestou este TCU, que, ao se debruçar sobre questão assemelhada ao objeto destes autos, proferiu o Acórdão nº 7459/2010-2ª Câmara, cuja ementa dispõe:

“NÃO DEVE HAVER VEDAÇÃO GENÉRICA DE PARTICIPAÇÃO EM LICITAÇÕES DE ENTIDADES SEM FINS LUCRATIVOS, DESDE QUE HAJA NEXO ENTRE OS SERVIÇOS A SEREM PRESTADOS COM OS ESTATUTOS E OBJETIVOS SOCIAIS DA ENTIDADE PRESTADORA DOS SERVIÇOS”;

Destaco, ainda, que a impugnante apresentou decisão em grau de recurso em outro processo licitatório que participava juntamente com a ABNT, sendo que o pregoeiro entendeu pela não participação da referida associação, colacionando em sua decisão parte do acórdão acima citado. No entanto, o caso julgado no referido acórdão demonstrou desvio de finalidade da associação, o que determinou a procedência e exclusão do certame da entidade sem fins lucrativos.

Diante disso, observa-se que a simples classificação como associação não pode ser óbice de participação de processo licitatório, como bem entendeu o TCU, sendo que deve-se confirmar o nexo entre os serviços a serem prestados com o estatuto e objetivos sociais da associação prestadora de serviços.

(...) 6. Tanto a unidade técnica quanto o Ministério Público de Contas, instado por este Relator a opinar no processo, concluem pela procedência parcial da representação. Segundo os pareceres, 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. Segundo os pareceres, tal hipótese não se materializa no caso concreto. Daí a procedência parcial da representação. (...)

(...)

9. 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. O próprio art. 54, inciso IV, da mesma Lei 10.406/2002, dispõe que o estatuto das associações deverá obrigatoriamente indicar “as fontes de recursos para sua manutenção”. Ademais, 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”.

10. É certo, assim, que as disposições do art. 53 do Código Civil não vedam a que Administração Pública contrate associação civil sem fins lucrativos. Logo, nesse ponto, a representação não procede.

11. 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 confirmem 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.

13. 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. (...)

15. 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.

(ACÓRDÃO 2847/2019 - PLENÁRIO. Relator RAIMUNDO CARREIRO. Processo 015.361/2019-5. Data da sessão: 27/11/2019)

Verifica-se pelos trechos do ACÓRDÃO 2847/2019 - PLENÁRIO do Tribunal de Contas da União, que o reconhecimento da impossibilidade de participação de entidade sem fins lucrativos se deu pelo estatuto da entidade sem fins lucrativos não permitir estabelecer o necessário e preciso vínculo com o objeto da contratação, sob pena de desvio de finalidade da referida associação, e não simplesmente o fato de a licitante ser considerada como uma associação sem fins lucrativos.

Ressalta-se, ainda, a necessidade de ocorrer a competitividade no processo licitatório, de forma que a participação de uma única licitante impossibilita a Administração Pública de analisar a melhor oferta e dar cumprimento ao princípio da proposta mais vantajosa.

Salienta-se, ainda, que em uma pesquisa no sítio do Compras Governamentais verificou-se a participação da impugnante e da Associação sem fins lucrativos, sendo que esta por ser uma entidade sem fins lucrativos não impossibilitou a participação, e nem tão pouco a impugnante ofertar um preço menor e que foi aceito pela Administração, com a consequente adjudicação do item e homologação do certame.

4. DECISÃO

Desta feita, vedar a participação de entidade sem fins lucrativos que tenha em seu objeto a relação com o objeto a ser contratado restringiria, indevidamente, a competição, uma vez que não há previsão legal.

Ante o exposto, manifesto pelo não acolhimento da impugnação.

Em 01/09/2020

Andersen Mateus Nascimento
Pregoeiro oficial da UFVJM
Portaria PROAD nº 71, de 21 de maio de 2020