

DA PRELIMINAR

Diante dos fundamentos apresentados pela recorrente verifica-se que trata-se de matéria analisada e proferida decisão por parte da Administração em fase de impugnação do edital.

DOS FATOS

A recorrida, em fase de impugnação do edital, apresentou sua impugnação pleiteando retificação do ato convocatório, excluindo a vedação a participar do certame as instituições sem fins lucrativos, tendo em vista que esta 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.

Assim foi feita uma nova publicação do edital permitindo a participação das entidades sem fins lucrativos, sendo que com isso foi apresentada impugnação pela recorrente sob o fundamento de que a participação de entidades sem fins lucrativos fere os princípios da legalidade, isonomia e igualdade.

Analisando os fundamentos apresentados, o pregoeiro entendeu pela possibilidade de participação de entidades sem fins lucrativos no certame, julgando improcedente a impugnação apresentada.

Diante disso, a sessão pública se iniciou no dia 15 de setembro de 2020, tendo a participação de duas licitantes, a saber, ASSOCIACAO BRASILEIRA DE NORMAS TECNICAS ABNT (recorrida) e TARGET ENGENHARIA E CONSULTORIA LTDA. (recorrente).

Constata-se que a licitante ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS - ABNT foi habilitada e declarada vencedora, o que ensejou a interposição do presente recurso sob o fundamento de que a licitante vencedora por ser Associação Civil sem fins Lucrativos, não poderia participar desta licitação, conforme disposto no parágrafo único do art. 12 da Instrução Normativa/SEGES nº 05/2017.

A recorrida apresentou suas contrarrazões aduzindo pela sua participação em atendimento a ampla concorrência no processo licitatório.

É o relatório.

DO MÉRITO

Constata-se que o fundamento do recurso apresentado pela recorrente tem como base os fatos apresentados em sede de impugnação do edital, de forma que o entendimento do pregoeiro foi pela possibilidade de participação de entidades sem fins lucrativos, desde que exista nexo causal entre a sua finalidade e o objeto do certame.

Notadamente, o objeto do certame 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.

Como bem salientou a recorrente a Administração Pública deve-se pautar pelo princípio da legalidade, sendo que durante o processo licitatório observa-se o princípio de vinculação ao instrumento convocatório, além de observar os princípios da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, da ampla concorrência e outros correlatos, nos termos do artigo 3º da Lei nº 8666/93.

A recorrente citou em seu recurso as disposições do Código Civil quanto as associações, no entanto, a referida legislação dispõe sobre a proibição de que associações sejam constituídas com a finalidade precípua de executar uma atividade econômica ligada diretamente à ideia de distribuição de lucro entre seus integrantes. Nada impede, dessa forma, que elas venham a colher resultados positivos como decorrência do exercício dos fins sociais a que se destinam, sendo que esse “lucro” deve ser revertido para o exercício da finalidade da entidade.

Reafirma-se que indispensável é que o objeto do contrato seja condizente com o objeto social da associação, o qual se encontra previsto necessariamente em seu ato constitutivo.

Nesse sentido, (...) 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>)

Corroborar-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."

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

Assim, a simples classificação como associação não pode ser óbice de participação de processo licitatório, e, consequentemente, ser questionada sua habilitação e em caso de ter ofertado o melhor preço ser declarada vencedora, devendo ter relação entre os serviços a serem prestados com o estatuto e objetivos sociais da associação prestadora de serviços.

.O Tribunal de Contas da União assim manifestou:

(...) 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 confirmam uma identidade institucional, uma singularidade de propósitos, condição *sinequa 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)

Acrescenta-se, ainda, que a sessão pública contou com a participação de apenas duas licitantes, ou seja, caso fosse aplicada a vedação de participação de entidade sem fins lucrativos haveria a participação de apenas uma única licitante, o que teria afastado do certame seu caráter competitivo.

Portanto, a participação e, conseqüente, habilitação de entidade sem fins lucrativos, não fere o princípio da legalidade, pois não há vedação legal desde que a referida entidade tenha em seu objeto a relação com o objeto a ser contratado.

Ante o exposto, conheço do recurso interposto pela Empresa TARGET ENGENHARIA E CONSULTORIA LTDA e, no mérito, nego-lhe provimento, mantendo a ASSOCIACAO BRASILEIRA DE NORMAS TECNICAS ABNT habilitada e declarada como vencedora do certame.