



SEÇÃO JUDICIÁRIA DE RONDÔNIA

DECISÃO - 11196663**REFERÊNCIA:** Pregão Eletrônico n. 11/2020**PROCESSO:** 0001177-53.2020.4.01.8012**INTERESSADO:** Centro de Integração Empresa Escola – CIEE**EMENTA:** Pedido de Impugnação.

Trata-se de impugnação ao Edital do Pregão Eletrônico n. 11/2020 (11074514), interposta pelo Centro de Integração Empresa Escola – CIEE, pessoa jurídica, inscrita no CNPJ sob o n. 61.600.839/0001- 55, querendo o recebimento, análise e admissão da peça apresentada, disposta no documento 11196573, para que o ato convocatório seja alterado, retirando-se a proibição de participação das entidades sem fins lucrativos, de forma a garantir a ampla participação no certame de todas as interessadas que estejam aptas a atender as exigências do edital.

A competência para receber, analisar e decidir as impugnações é do pregoeiro designado para o certame, auxiliado pela unidade técnica, se necessário, que deverá julgá-los no prazo de 2 (dois) dias úteis, a contar do recebimento, conforme disposto no item 141 do referido edital e no artigo 24, § 1º, do Decreto 10.024/2019.

A impugnação se deu mediante petição digital encaminhada aos endereços eletrônicos selit.ro@trfl.jus.br e sara.lago@trfl.jus.br, no dia 08/09/2020, e recebida pela pregoeira no dia 09/09/2020, dentro do prazo de até 3 (três) dias úteis antes da data fixada para a abertura da sessão pública, dia 16/09/2020, sendo, portanto, **tempestiva**, nos termos do item 139 do Edital e no artigo 24, *caput*, do Decreto 10.024/2019.

I – DA IMPUGNAÇÃO

Por intermédio da impugnação em exame, a impugnante alega, em síntese, que o Edital traz em seu item 14, letra "o" que não poderão participar da licitação as *"instituições sem fins lucrativos (parágrafo único do art. 12 da Instrução Normativa/ SEGES nº 05/2017)"*. Continua ainda afirmando 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"*.

II – DA ANÁLISE

Primeiramente, cumpre salientar que o presente certame rege-se pelas normas pertinentes aos pregões eletrônicos, notadamente a Lei n. 10.520/2012 e o Decreto n. 10.024/2019, além das disposições gerais estabelecidas na Lei n. 8.666/1993.

Em resposta ao pedido de impugnação apresentado, esta Pregoeira ressalta que a impossibilidade de participação de empresas sem fins lucrativos não se impõe como de caráter restritivo – em ser poder discricionário – tendo em vista ser uma imposição legal de acordo com a IN/SEGES 5/2017:

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. 13. Não será admitida a contratação de cooperativa ou de instituição sem fins lucrativos cujo estatuto e objetos sociais não prevejam ou não estejam de acordo com o objeto contratado.

Ademais, o Acórdão n. 7459/2010-2ª Câmara, TC-019.843/2009-0 corrobora com o entendimento que ao ser aplicada a restrição à participação de empresas sem fins lucrativos, o critério excepcional será que haja compatibilidade entre o objeto da licitação e a finalidade de atuação da entidade.

"O fundamental, então, seria verificar "as condições de atendimento do objeto prestado pela entidade sem fins lucrativos, sem implicar em desvio de finalidade, ou seja, sem que sejam desobedecidos os objetivos estatutários da entidade, devendo haver compatibilidade entre o objeto da licitação e a finalidade de atuação da entidade" (grifo nosso). (Acórdão TCU n. 7459/2010)

Dessa maneira, entendemos que a inclusão da seguinte ressalva na letra "o", do item 14, do Edital – que dispõe acerca da proibição imposta pela IN 05/2017 – ampliará a competitividade em busca da proposta mais vantajosa, coadunando-se com artigo 3º da Lei n. 8.666/93, qual seja:

"É admissível a participação de organizações sociais, qualificadas na forma dos arts. 5º a 7º da Lei 9.637/1998, desde que os serviços objeto desta licitação se insiram entre as atividades previstas no contrato de gestão firmado entre o Poder Público e a organização social (Acórdão nº 1.406/2017- TCU-Plenário), mediante apresentação do Contrato de Gestão e dos respectivos atos constitutivos."

Destaca-se que o item objeto da impugnação sob exame não será excluído do instrumento editalício, todavia, será incluído dispositivo que disporá sobre os os termos quanto às condições para admissibilidade da participação de organizações sociais, qualificadas na forma dos artigos 5º ao 7º da Lei n. 9.637/1998.

III – DA DECISÃO

Diante dessas considerações, conheço a presente impugnação, por sua tempestividade, para, no mérito, julgá-la PARCIALMENTE PROCEDENTE, em face da pertinência das alegações, o que ensejará alterações no Edital do Pregão Eletrônico n. 11/2020.

Por oportuno, informo que a decisão será registrada no sítio eletrônico da Seção Judiciária de Rondônia, para fins de transparência e publicidade.

Porto Velho, 11 de setembro de 2020.

SARA REGINA DA SILVA LAGO

Pregoeira



Documento assinado eletronicamente por **Sara Regina da Silva Lago, Supervisor(a) de Seção**, em 11/09/2020, às 19:18 (horário de Brasília), conforme art. 1º, § 2º, III, "b", da Lei 11.419/2006.

A autenticidade do documento pode ser conferida no site <http://portal.trf1.jus.br/portaltf1/servicos/verifica-processo.htm> informando o código verificador **11196663** e o código CRC **C65AA03F**.



Av. Presidente Dutra, 2203 - Bairro Centro - CEP 76805-902 - Porto Velho - RO - www.trf1.jus.br/sjro/

0001177-53.2020.4.01.8012

11196663v9



AO ILUSTRÍSSIMO PREGOEIRO DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DE DO ESTADO DE RONDÔNIA

REF: Edital Pregão Eletrônico nº 11/2020

CENTRO DE INTEGRAÇÃO EMPRESA ESCOLA – CIEE, associação civil de direito privado, sem fins lucrativos e de fins não econômicos, que atua como Agente de Integração, inscrita no CNPJ/MF sob n.º 61.600.839/0001-55, com sede na Rua Tabapuã, 540, Itaim Bibi, CEP 04533-001, São Paulo/SP, por seu representante abaixo assinado, vem, à presença de Vossa Senhoria apresentar, tempestivamente,

IMPUGNAÇÃO

ao Edital referenciado, pelas razões a seguir expostas:

I – DA POSSIBILIDADE DA APRESENTAÇÃO DE IMPUGNAÇÃO

O Edital é passível de Impugnação pelos Licitantes, no prazo de 03 (três) dias úteis da data designada para o Certame, com base no artigo 41, § 2º da Lei nº 8.666/93 e do item 139 do Edital em comento.

II – DOS MOTIVOS DA IMPUGNAÇÃO

- Da proibição da participação das instituições sem fins lucrativos:

Considerando que a Impugnação ao Edital visa combater eventuais irregularidades, ilegalidades ou abusos que possam viciar o processo licitatório, resultando, por vezes, até na anulação do certame, o CIEE, nesta oportunidade, apresenta os motivos de seu inconformismo com o Edital do certame em epígrafe.

O objeto da presente licitação é a contratação de pessoa jurídica para prestação de serviço continuado de agente de integração, com vistas a operacionalizar o programa de estágio da Seção Judiciária de Rondônia, por intermédio da intermediação e gerenciamento de 105 vagas de estágio remunerado, distribuídas na Sede da Seção Judiciária de Rondônia, em Porto Velho, e nas Subseções Judiciárias de Ji-Paraná e Vilhena, e na unidade avançada de atendimento de Guajará-Mirim, conforme condições e exigências estabelecidas no edital e seus anexos.

Entretanto, o item 14 alínea “o”. traz a seguinte proibição:

Seção IV- DA PARTICIPAÇÃO NO PREGÃO

14- Não poderão participar desta licitação os interessados: (...)

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

Vejamos, pois, o que reza o parágrafo único do art. 12 da Instrução Normativa/SEGES nº 05/2017:

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 e m presário, de sociedade empresária ou de consórcio de empresa.

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.

Diferentemente de licitações exclusivas para micro e empresas de pequeno porte, não existe qualquer legislação pátria - a despeito da proibição constante no parágrafo único do art. 12 da Instrução Normativa/SEGES nº 05/2017- que determine que a Administração Pública deve realizar licitações exclusivas para contratação de empresário, de sociedade empresária ou de consórcio de empresa.

Ademais o artigo § 1º do 3º da Lei nº 8.666/93, de 21 de junho de 1993, preconiza que:

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato;(grifo nosso)

Como podemos notar da leitura do inc. I do § 1º do art. 3º da Lei nº 8.666/93 acima transcrito, a norma é bastante abrangente em seu dispositivo, usando nada mais que sete verbos, no infinitivo e conjugados (admitir, prever, incluir, tolerar, comprometer, restringir e frustrar), para coibir quaisquer atividades que tenham por meta direta ou indireta afetar o caráter competitivo do certame licitatório.

O § 1º abriga proibição expressa ao Administrador de prever ou tolerar, nos editais, cláusulas ou condições que de qualquer forma comprometam o caráter competitivo do certame. Toshio Mukai extrai dessa disposição o princípio da competitividade que:

"Tão essencial na matéria que, se num procedimento licitatório, por obra de conluio, faltar a competição (ou oposição) entre os concorrentes, falecerá a própria licitação, inexistirá o instituto mesmo". (Cf. O Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Administrativos, Ed. Saraiva, SP, 1998, p. 16).

Ora, deve o procedimento possibilitar a disputa e o confronto entre os licitantes, para que a seleção aperfeiçoe-se da melhor forma possível, o que se traduz na seleção mais vantajosa para a Administração Pública:

"Fácil é verificar que, sem a competição, estaria comprometido o próprio princípio da igualdade, já que alguns se beneficiariam à custa do prejuízo de outros", como bem anota José dos Santos Carvalho Filho (CARVALHO FILHO, 2010, p. 227-228).

Mister faz-se ponderar que a disputa apresenta-se como fundamental ao procedimento licitatório, sendo que a ausência de competitividade acarreta a revogação do certame convocatório. Neste sentido, cabe trazer a lume o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, no que concerne ao tema, consoante é extraído do aresto coligido:



Ementa: Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. Administrativo. Licitação. Modalidade de pregão eletrônico. Revogação. Ausência de competitividade. Possibilidade. Devido processo legal. Observância. Recurso desprovido. [...] 5. A revogação do certame é ato administrativo, exigindo, portanto, a devida fundamentação e motivação (justo motivo para seu desfazimento), assim como o cumprimento das disposições legais. 6. O art. 49 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos prevê a possibilidade de revogação do procedimento licitatório, em caso de interesse público, "decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta". Por sua vez, o art. 18, caput, do Decreto 3.555/2000, o qual regulamenta a modalidade de licitação denominada pregão, dispõe que "a autoridade competente para determinar a contratação poderá revogar a licitação em face de razões de interesse público, derivadas de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de qualquer pessoa, mediante ato escrito e fundamentado". 7. No caso em exame, o Governador do Estado do Paraná revogou o pregão eletrônico, de forma fundamentada e com supedâneo nos referidos dispositivos legais e em parecer da Assessoria Jurídica da Casa Civil, entendendo pela ausência de competitividade no certame, na medida em que houve a participação efetiva de apenas uma empresa, o que impossibilitou a Administração Pública de analisar a melhor oferta e dar cumprimento ao princípio da proposta mais vantajosa. 8. A participação de um único licitante no procedimento licitatório configura falta de competitividade, o que autoriza a revogação do certame. Isso, porque uma das finalidades da licitação é a obtenção da melhor proposta, com mais vantagens e prestações menos onerosas para a Administração, em uma relação de custo-benefício, de modo que deve ser garantida, para tanto, a participação do maior número de competidores possíveis. 9. "Falta de competitividade que se vislumbra pela só participação de duas empresas, com ofertas em valor bem aproximado ao limite máximo estabelecido" (RMS 23.402/PR, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe de 2.4.2008). [...] 11. Recurso ordinário desprovido. (Superior Tribunal de Justiça – Primeira Turma/ RMS 23.360/PR/ Relatora: Ministra Denise Arruda/ Julgado em 17.12.2008).

Neste sentido citamos deliberação do TCU:

Observe rigorosamente as disposições contidas no art. 37, caput, da Constituição Federal de 1988 c/c o art. 3º da Lei 8.666/1993, obedecendo aos princípios constitucionais da publicidade, da igualdade, da isonomia e da impessoalidade, de modo a impedir restrições à competitividade.

O Tribunal de Contas da União por diversas vezes já se manifestou no sentido de que é vedada qualquer restrição ao caráter competitivo do certame, salvo se imprescindível à certeza da boa execução do objeto e desde que devidamente fundamentada no processo licitatório. Vejamos parte do Acórdão 2847/2019 – Plenário:



15. 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.”

16. Estabelecida, assim, a viabilidade jurídica de uma associação participar de licitação quando o objeto licitado se enquadrar dentre os objetivos para os quais a entidade foi constituída, impõe-se, a fim de solucionar o ponto controvertido destes autos, empreender exame cotejando o estatuto da Abradecont e o objeto do Pregão Eletrônico nº 4/2019.

Qualquer restrição constante do edital de licitação deve ter como fundamento razões aptas a justificarem que a finalidade e o interesse público reclamam por tal exigência de forma irremediável. Sem tal justificativa a restrição deve ser tomada por ilegal.

Inclusive, apenas para demonstrar a importância do princípio, lembramos que a restrição da competição configura-se como crime previsto no artigo 90 da Lei 8.666/93:

Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação: Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Além disso, pelo Princípio da Vantajosidade e Economicidade, verifica-se como sendo obrigação da Administração Pública a congregação do maior número possível de concorrentes, viabilizando agregar preço e qualidade aos serviços, como aspectos que interagem e se complementam, promovendo, desta forma, maior competitividade entre os participantes e opções para o órgão licitante em adequar suas possibilidades e necessidades junto ao serviço licitado.

Nesse ínterim, faz-se mister assinalar que o legislador, mediante o artigo 3º, § 1º, inc. I, da Lei nº 8.666/93, prescreve, também, a observância do princípio da competitividade, por considerá-lo, sem dúvida, essencial em certames da espécie de que se cogita, porquanto se faltar a competição entre os que deles participam, a própria licitação perderá sua razão de ser, que é a de conseguir para o Poder Público a proposta que lhe seja mais vantajosa.

Assim, qualquer exigência no edital deve ser aplicada em conformidade com os princípios de razoabilidade e

proporcionalidade, inerentes à Administração Pública, buscando seu único fim, qual seja, a participação ampla das interessadas nos processos licitatórios promovidos pela Administração Pública, e não restringir esta participação. Afinal, somente desta forma estar-se-á assegurando uma conduta justa e ílibada da Administração na prática de seus atos.

A maioria esmagadora dos editais de licitação para contratação de agentes de integração, permite a ampla participação de interessados cujo ramo de atividade seja compatível com o objeto da licitação. Vejamos, pois, edital recente da Superintendência Regional da Polícia Federal no Acre, cujo objeto é similar ao do presente edital:

4. DA PARTICIPAÇÃO NO PREGÃO.

4.1. Poderão participar deste Pregão interessados cujo ramo de atividade seja compatível com o objeto desta licitação, e que estejam com Credenciamento regular no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – SICAF, conforme disposto no art. 9º da IN SEGES/MP nº 3, de 2018, incluindo entidades sem fins lucrativos.

4.1.1 Os licitantes deverão utilizar o certificado digital para acesso ao Sistema.

4.2. Não poderão participar desta licitação os interessados:

4.2.1 Proibidos de participar de licitações e celebrar contratos administrativos, na forma da legislação vigente;

4.2.2 Que não atendam às condições deste Edital e seu(s) anexo(s);

4.2.3 Estrangeiros que não tenham representação legal no Brasil com poderes expressos para receber citação e responder administrativa ou judicialmente;

4.2.4 Que se enquadrem nas vedações previstas no artigo 9º da Lei nº 8.666, de 1993;

4.2.5 que estejam sob falência, concurso de credores ou insolvência, em processo de dissolução ou liquidação;

4.2.6. Entidades empresariais que estejam reunidas em consórcio;

4.2.7 Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público - OSCIP, atuando nessa condição (Acórdão nº 746/2014-TCU-Plenário);

4.2.8 É admissível a participação de organizações sociais, qualificadas na forma dos arts. 5º a 7º da Lei 9.637/1998, desde que os serviços objeto desta licitação se insiram entre as atividades previstas no contrato de gestão firmado entre o Poder Público e a organização social (Acórdão nº 1.406/2017-TCU-Plenário),

Vê-se, acima, que apenas as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, atuando nessa condição, tem a sua participação vetada em processos licitatórios, segundo entendimento do Tribunal de Contas da União - Acórdão 746/2014 - Plenário, vejamos porque:

A OSCIP é pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, instituída por iniciativa de particulares, para desempenhar pelo menos uma das finalidades previstas no art. 3º, da Lei 9.790/1999, que venha a ser qualificada como tal perante o Ministério da Justiça.

Uma vez qualificada como OSCIP, a entidade privada se torna apta a celebrar termo de parceria com o Poder Público, destinado à formação de vínculo de cooperação entre as partes, para fomento e a execução das atividades previstas no art. 3º, da Lei 9.790/1999 (art. 9º da Lei 9.790/1999), através da colaboração público-privada instrumentalizada no termo de parceria. A legislação não prevê outro instrumento para estabelecimento de vínculo entre o Poder Público e a OSCIP que não o termo de parceria.



Os objetivos sociais da OSCIP, previstos no art. 3º da Lei 9.790/1999, **não possuem cunho mercantil**, mas social. São os seguintes: promoção de assistência social; promoção da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico; promoção gratuita da educação; promoção gratuita da saúde; promoção da segurança alimentar e nutricional; defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável; promoção do voluntariado; promoção do desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza; experimentação, não lucrativa, de novos modelos sócio-produtivos e de sistemas alternativos de produção, comércio, emprego e crédito; promoção de direitos estabelecidos, construção de novos direitos e assessoria jurídica gratuita de interesse suplementar; promoção da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e de outros valores universais; estudos e pesquisas para desenvolvimento, disponibilização e implementação de tecnologias voltadas à mobilidade de pessoas; e estudos e pesquisas, desenvolvimento de tecnologias alternativas, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos que digam respeito às atividades acima.

Para favorecer a execução dessas atividades, a legislação conferiu à OSCIP isenção de impostos e de contribuição tributária; e o termo de parceria a agracia com recursos e bens de origem pública (art. 4º, “b”, da Lei 9.790/1999).

Nesse contexto, a participação da OSCIP em concorrência promovida pela Administração Pública, para prestação de serviço com cunho evidentemente mercantil, tal qual a *“prestação de serviços técnicos especializados de implantação, operacionalização, desenvolvimento/transposição /adaptação de cursos e materiais didáticos nas versões on-line”*, questão tratada no TC 021.605/2012-2 e que deu origem ao estudo de que trata o Acórdão 746/2014-Plenário, referido pelo consulente, desvirtuaria a qualificação atribuída pelo Ministério da Justiça e o termo de parceria firmado.

Desvirtuaria, também, a isenção de impostos e a alocação de recursos e bens públicos com que foi agraciada, pois, em vez de favorecerem a execução de atividades de relevante interesse social, como se pretendia, acabariam conferindo facilidade para que o ente privado vencesse o certame e viesse a ser contratado pelo Poder Público para prestação de serviços com caráter mercantil.

Por essas razões, esta Corte, acertadamente, firmou o entendimento de que *“é vedado às Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP, atuando nessa condição, participarem de processos licitatórios promovidos pela Administração Pública Federal”* (item 9.1 do Acórdão 746/2014-Plenário).

De acordo com a linha de raciocínio aqui adotada, o impedimento à participação em licitações não decorre da percepção de privilégios não “equalizados”, conforme aduzido pela unidade instrutiva (item 22 da instrução transcrita no relatório), mas da incompatibilidade entre as obras, compras e serviços de que tratam os arts. 7º a 15 da Lei 8.666/1993, cuja contratação se pretende, com as licitações promovidas sob a égide da Lei das Licitações, e os objetivos institucionais da OSCIP, consignados no termo de parceria, em razão dos quais foram conferidos os privilégios. Decorre, também, da inexistência de previsão legal de celebração de contrato para estabelecimento ou ampliação de vínculo entre a OSCIP e o Poder Público.

Importante destacar que a Advocacia Geral da União em seu Parecer nº 140/2019/FAS/CJU-AC/CGU/AGU, de 12 de julho de 2019, se manifestou no seguinte sentido:

Então, no que concerne à participação de instituições sem fins lucrativos em certames licitatórios, com base na linha de raciocínio sedimentada pelo TCU e pela jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, é de que **não há vedação genérica à participação de entidades sem fins lucrativos em licitações, o que se exigirá, contudo, é que a Administração comprove, no caso concreto, na fase de habilitação, se a licitante, na qualidade de associação sem fins lucrativos, preenche as condições de atendimento do objeto da licitação.** Em outros termos, 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.

Por fim, apenas com o condão de enriquecer o debate temos observado que alguns órgãos da Administração Pública direta, indireta e fundacional inserem no edital a vedação da participação das entidades sem fins lucrativos sob o argumento de se utilizarem da minuta padrão desenvolvida pela AGU.

Ocorre que a minuta padrão traz algumas notas explicativas, vejamos:

NOTAS EXPLICATIVAS

Os itens deste modelo de Edital, destacados em vermelho itálico, devem ser preenchidos ou adotados pelo órgão ou entidade pública licitante, de acordo com as peculiaridades do objeto da licitação e critérios de oportunidade e conveniência, cuidando-se para que sejam reproduzidas as mesmas definições nos demais instrumentos da licitação, para que não conflitem.

Trata-se de modelo de edital e nos termos do art. 35 da Instrução Normativa SEGES/MP n. 5/2017 ***o referido modelo deverá ser utilizado no que couber***. Para as alterações, deve ser apresentada justificativa, nos termos do art. 35, §1º da referida IN. Eventuais sugestões de alteração de texto do referido modelo de edital poderão ser encaminhadas ao e-mail: ComissoPermanentedeModelosdeLicitaeseContratos-CPMLCAGU@agu.gov.br. O registro das atualizações feitas ("Nota de Atualização") em cada versão pode ser obtido na página principal dos modelos de licitações e contratos no sítio eletrônico da AGU.

Alguns itens receberam notas explicativas destacadas para compreensão do agente ou setor responsável pela elaboração das minutas referentes à licitação, que deverão ser suprimidas quando da finalização do documento.

Os Órgãos Assessorados deverão manter as notas de rodapé dos modelos utilizados para a elaboração das minutas e demais anexos, a fim de que os Órgãos Consultivos, ao examinarem os documentos, estejam certos de que dos modelos são os corretos. A versão final do texto, após aprovada pelo órgão consultivo, deverá excluir a referida nota.

Sistema de Cores: Para facilitar o ajuste do edital ao tipo de contratação, algumas cláusulas foram

destacadas com cores distintas, devendo ser removidas ou mantidas em cada caso da seguinte forma:

- Se não for permitida a participação de cooperativas, exclua todas as disposições destacadas em verde. Se for permitida a participação de cooperativas, elas devem ser mantidas.
 - Se não for utilizado o sistema de registro de preços, exclua todas as disposições destacadas em azul. Se for adotado o SRP, mantenha tais cláusulas.
 - Se não for exigida a subcontratação obrigatória de ME e EPP, prevista no artigo 7º do Decreto n. 8.538/2015, exclua todas as disposições destacadas em cinza. Se for exigida subcontratação de ME e EPP, com fundamento no referido dispositivo, mantenha tais previsões.
- As demais cláusulas facultativas estão em vermelho, devendo ser consideradas individualmente.

Assim, considerando a nota explicativa abaixo vemos que a inclusão da cláusula de vedação de instituições sem fins lucrativos não é absoluta, e no presente caso, conforme dito acima, restringe a competição no certame:

4. DA PARTICIPAÇÃO NO PREGÃO.

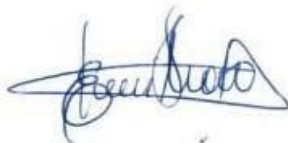
Poderão participar deste Pregão interessados cujo ramo de atividade seja compatível com o objeto desta licitação, e que estejam com Credenciamento regular no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – SICAF, conforme disposto no art. 9º da IN SEGES/MP nº 3, de 2018.

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

Nota Explicativa: Nos termos do art. 12, parágrafo único da IN SEGES/MP nº 5/2017, a vedação à participação de entidades sem fins lucrativos ocorre nos "processos licitatórios destinados à contratação de empresário, de sociedade empresária ou de consórcio de empresa", **devendo a Administração fazer o enquadramento a partir do objeto a ser contratado e adotar ou não a cláusula acima**. Caso se opte por não adotar a vedação do subitem 4.2.8, deve também ser feita a supressão do 4.2.8.1, que a excepciona, já que perderia o seu propósito.

Diante de todo o exposto, de acordo com o contido na legislação vigente e, considerando que as normas das licitações públicas devem ser interpretadas em favor da ampliação da disputa entre os interessados, desde que não comprometam o interesse da Administração, a finalidade e a segurança da contratação e a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, no sentido de ampliar o universo de licitantes, incentivar a competitividade do certame e selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública, sem afastar-se dos princípios dispostos no art. 3º, § 1º da Lei nº 8.666/93, este impugnant REQUER o recebimento, análise e admissão da presente peça, para que o ato convocatório seja alterado, retirando-se a proibição de participação das entidades sem fins lucrativos, de forma a garantir a ampla participação no certame de todas as interessadas que estejam aptas a atender as exigências do edital.

São Paulo/SP, 08 de setembro de 2020.



Elenilson Santos Arara

Supervisor da Central Nacional de
Licitações

CENTRO DE INTEGRAÇÃO EMPRESA
ESCOLA – CIEE