



### Impugnação 12/02/2020 18:53:20

II – DOS MOTIVOS DA IMPUGNAÇÃO II.1 - Da proibição da participação das instituições sem fins lucrativos, item 4.2.8. do Edital. (...) O objeto da presente licitação é a escolha da proposta mais vantajosa para a contratação de empresa para atuar como Agente de Integração, para intermediar o recrutamento, a pré-seleção, o encaminhamento e acompanhamento de estudantes de nível superior e médio, para atuar como auxiliar no processo de aperfeiçoamento de estágio não obrigatório nas unidades do Ministério do Meio Ambiente em Brasília/DF. Entretanto o Edital em seu item 4.2 traz a seguinte proibição: Vejamos, pois, o que reza o parágrafo único do art. 12 da Instrução Normativa/SEGES nº 05/2017: 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: 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: 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: 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 3 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: 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. 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: 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 ilibada 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: 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: 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: 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: 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: II.2 - Da participação exclusiva de microempresas e empresas de pequeno porte, nos termos do art. 48 da Lei Complementar nº 123/2006: É notório que a restrição à participação de empresas que não se enquadrem na definição de microempresa e empresa de pequeno porte constante no Edital em comento, apesar de amparada pela Lei Complementar nº 123/2006, não é absoluta. O inciso I do artigo 48 daquela Lei prevê que a administração pública deverá realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais). Entretanto, e considerando que a aplicação da legislação deve ser feita de forma conjunta, existem naquela mesma Lei Complementar, mais especificamente em seu art. 49, algumas exceções que devem ser consideradas quando da realização dos processos licitatórios. Vejamos: Da leitura do art. 48, inciso I c/c o art. 49, incisos II e III da Lei Complementar nº 123/2006, verifica-se que além do valor da contratação, deverá o gestor público certificar-se da existência de no mínimo 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresa ou empresa de pequeno porte capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório e, também, se a contratação será vantajosa para a administração pública e não irá representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado. Vê-se, portanto, que aqueles três fatores, em conjunto, devem ser considerados quando da elaboração do estudo preliminar - que precede o Termo de Referência e, por consequência, o Edital -, ou seja, não apenas o preço da contratação deve ser considerado, pois ao deixar de observar os outros dois fatores haverá uma afronta ao princípio da competitividade. O que, em última análise, poderá causar prejuízos à administração pública. Em que pese o desejo do legislador, com a edição da Lei Complementar nº 123/2006, fosse o de aumentar a função social das contratações públicas com a ampliação da participação das ME/EPP nas licitações, não pode a administração pública, em momento algum, elevar a hipossuficiência econômica das mesmas acima do interesse público. Ao restringir a participação na licitação de outras empresas, tendo como parâmetro, s.m.j., apenas o valor da contratação, estaria a administração restringindo o caráter competitivo do certame. Dessa forma, é importante sopesar princípios que regem as licitações públicas como o da competitividade, da economicidade e da eficiência, com a finalidade última de buscar a "proposta mais vantajosa para a administração", conforme determina o artigo 3º da Lei 8666/93. Outrossim, a restrição aumenta percentualmente a possibilidade de licitação deserta. Ademais, não só a legislação em comento, em seus artigos 44 e 45, como em outras que regem as licitações públicas, a exemplo do Decreto nº 8.538/2015, existem dispositivos que contemplam o critério de desempate ficto, oportunizando equilíbrio na disputa com as demais empresas, não deixando, portanto, as microempresas e empresas de pequeno porte desamparadas. 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 impugnante 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, bem como da exclusividade para micro e empresas de pequeno porte, de forma a garantir a ampla participação no certame de todas as interessadas que estejam aptas a atender as exigências do edital.

**Fechar**

**Resposta 12/02/2020 18:53:20**

I - DO PEDIDO A impugnante contesta duas previsões contidas no instrumento convocatório. A primeira delas se refere à vedação à participação de instituições sem fins lucrativos na licitação, prevista no subitem 4.2.8 do Edital. Em sua primeira alegação, a impugnante faz referência ao artigo 12 da Instrução Normativa/SEGES nº 05/2017, apontando que a proibição, contida no artigo, para a participação de instituições sem fins lucrativos em processos licitatórios, é direcionada à contratação de empresário, de sociedade empresária ou de consórcio de empresa. A impugnante continua sua alegação afirmando que a previsão contida no subitem 4.2.8 restringe o caráter competitivo do certame. Por fim, aponta que a vedação para a participação de instituições sem fins lucrativos em licitações, contida na minuta padrão elaborada pela AGU, não é absoluta, e que conforme argumentos apresentados na peça impugnatória, não há motivação legal para a restrição apontada no subitem 4.2.8 do edital. A segunda previsão contestada pela impugnante, refere-se ao subitem 4.1.2 do Edital, o qual estabelece que a licitação será de participação exclusiva de microempresas e empresas de pequeno porte. A segunda alegação da impugnante aponta que a previsão contida inciso I, do artigo 48 da Lei Complementar nº 123/2006, o qual prevê a participação exclusiva de microempresa e empresas de pequeno porte, em itens de licitações cujo valor seja de até R\$ 80.000,00, não é absoluta. Continuando sua alegação, a impugnante afirma que a aplicação para a citada exclusividade deve ser feita de forma conjunta, em especial com o artigo 49 da Lei Complementar 123/2006. Por fim, afirma que a exclusividade apontada no subitem 4.1.2 do Edital restringe o caráter competitivo do certame, devendo-se sopesar princípios que regem as licitações públicas, como o da competitividade, da economicidade e da eficiência, com a finalidade última de buscar a proposta mais vantajosa para a administração, conforme determina o artigo 3º da Lei 8666/93. II - DA RESPOSTA AO PEDIDO DE IMPUGNAÇÃO PRIMEIRA ALEGAÇÃO DA IMPUGNANTE REFERENTE À PROIBIÇÃO DA PARTICIPAÇÃO DE INSTITUIÇÕES SEM FINS LUCRATIVOS Ante a análise da primeira alegação da impugnante, verifica-se que a definição da participação de instituições sem fins lucrativos em licitações trata-se de ato discricionário da Administração, que deverá ser avaliado de acordo com a compatibilidade entre o objeto da licitação e a finalidade de atuação das instituições sem fins lucrativos. Assim, cabe ao agente público, verificar caso a caso se existe nexos entre os serviços estabelecidos no objeto, com os estatutos e objetivos sociais das entidades, Posto isso, cabe transcrever passagem do Tribunal de Contas da União - TCU no Acórdão n.º 7459/2010-2ª Câmara, TC-019.843/2009-0: 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.º 7459/2010) Cumpre ressaltar que devido à sua natureza jurídica, as instituições sem fins lucrativos gozam de benefícios fiscais e previdenciários específicos, o que por conta dessa condição, a sua participação em determinados objetos afetaria a isonomia entre os licitantes. Por conta disso, o parágrafo único do artigo 12 da Instrução Normativa/SEGES nº 05/2017 trouxe a seguinte previsão: 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. Conforme se observa no supracitado normativo, existe a proibição para a participação em processos licitatórios de instituições sem fins lucrativos para a contratação de empresário, de sociedade empresária ou de consórcio de empresa. Vale dizer que o objeto da presente licitação não se encaixa em nenhuma das vedações contidas no parágrafo único do artigo 12 da Instrução Normativa/SEGES nº 05/2017, não existindo, portanto, qualquer proibição legal para a participação de instituições em fins lucrativos no Pregão eletrônico 02/2020. Dessa forma, será acolhida a primeira alegação da impugnante, devido à pertinência das alegações apresentada, devendo ser incluído no edital a possibilidade de participação de entidades sem fins lucrativos no edital do Pregão Eletrônico 02/2020. SEGUNDA ALEGAÇÃO DA IMPUGNANTE REFERENTE À EXCLUSIVIDADE DO CERTAME À MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE A Lei Complementar 123/2006, a qual institui o estatuto nacional da Microempresa e da empresa de pequeno porte, dispõe no seu inciso I, do artigo 48, que os itens, nos procedimentos licitatórios, cujo o valor de contratação seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), deverão ser destinados exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte. Segue transcrição do citado inciso: I - deverá realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais); Tal norma se trata de instrumento cogente, ao qual o agente público está vinculado a seguir o ato administrativo conforme os ditames da lei. Em sua natureza, tal dispositivo tem o condão político de estimular o crescimento das microempresas e empresas de pequeno porte, estando presente tal condição no inciso IX, do artigo 170, da Constituição Federal. Cumpre ressaltar que o valor estimado da contratação não é superior a R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), estando portanto dentro da margem prevista no inciso I, artigo 48, da Lei Complementar 123, a qual se destina a contratação exclusiva de microempresas e empresas de pequeno porte. A impugnante aponta em seu documento, que o regramento legal supracitado não pode ser visto de maneira absoluta, e cita o artigo 49 da Lei Complementar 123, o qual traz exceções à aplicação da exclusividade do certame a microempresas e empresas de pequeno porte, prevista inciso I, artigo 48, da Lei Complementar 123. Segue transcrição do artigo 49 da Lei Complementar 123 para melhor análise: Art. 49. Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando: I - (Revogado); II - não houver um mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório; III - o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado; IV - a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. IV - a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, excetuando-se as dispensas tratadas pelos incisos I e II do art. 24 da mesma Lei, nas quais a compra deverá ser feita preferencialmente de microempresas e empresas de pequeno porte, aplicando-se o disposto no inciso I do art. 48. (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014) Quanto ao inciso II do supracitado artigo, foram analisados pregões eletrônicos, utilizados na pesquisa de preços, com objeto similar ao pretendido neste processo, a serem executados em Brasília, e pode-se constatar a participação de no mínimo três fornecedores que se declararam microempresa ou empresa de pequeno porte. Quanto ao inciso III, a adoção legal à exclusividade do certame se mostra mais adequada, tendo em vista existirem fornecedores no mercado aptos à disputa para o objeto do Pregão Eletrônico 02/2020, garantindo a competitividade para o certame, e o cumprimento do inciso I, artigo 48, da Lei Complementar 123. O inciso IV não cabe análise para o caso em tela, tendo em vista que a contratação pretendida não se encaixa em dispensa

ou inexigibilidade. As alegações apresentadas pela impugnante não forma suficientes para modificação do edital no tocante à exclusividade do Pregão Eletrônico 02/2020, entendendo-se, pelos motivos expostos, pela manutenção da exclusividade do certame às microempresas e empresas de pequeno porte. III – DA DECISÃO Diante do exposto, conheço da impugnação, uma vez que presente os requisitos de admissibilidade, e no mérito, ACEITO, parcialmente, a impugnação interposta, em face da pertinência das alegações, o que ensejará alterações no Edital do Pregão Eletrônico nº 2/2020. A alteração do edital e a nova data de abertura do certame, será publicada e disponibilizada no Portal de Compras do Governo Federal: [www.comprasgovernamentais.gov.br](http://www.comprasgovernamentais.gov.br) – UASG: 440001.

**Fechar**