



RESPOSTA - IMPUGNAÇÃO
PREGÃO ELETRÔNICO Nº 005/2020

A empresa SUPER ESTÁGIO LTDA-EP, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob nº 11.320.576/0001-52, apresentou impugnação ao **Edital do Pregão Eletrônico nº 005/2020, com fundamento nos parágrafos primeiro e segundo do artigo 41 da Lei nº 8.666/93 e item do Edital do Pregão Eletrônico nº 005/2020**. Processo nº 202000047000184, que visa a contratação, de Agetne de Integração, público ou privado, para recrutar, selecionar e administrar o Programa de Estágio, não obrigatório junto às instituições de ensino, de estudantes de nível superior e médio, para preenchimento de até 129 (cento e vinte e nove) bolsas de estágio existentes no Tribunal de Contas do Estado de Goiás, sendo 120 (cento e vinte) de alunos universitários e 09 (nove) de alunos do Ensino Médio, em conformidade com as disposições constantes da Lei nº 11.788/2008 e da Resolução TCE nº 001/2008.

A autora da impugnação aponta em suas razões impropriedades constantes nas especificações do Edital e Termo de Referência – Anexo I, razão pela qual propõe a retificação do item 4, *“uma vez que não proibiram a participação das instituições lucrativas, transgredindo, portanto, o princípio constitucional de igualdade.”*

Foi evocado o princípio da igualdade, onde a empresa alega: *“Mais especificamente no âmbito das licitações, em que o objetivo da Administração é a obtenção de uma obra, serviço, compra, alienação, locação ou prestação de serviço público, o princípio da igualdade visa assegurar que todos os administrados possam se candidatar, em igualdade de condições, para o fornecimento de seus serviços, sem o estabelecimento por parte da Administração de qualquer preferência ou privilégio a um ou a outro.”*

Alega ainda, que no *“referido Edital foi inserido no certame as instituições sem fins lucrativos, as quais gozam de benefícios fiscais e previdenciários específicos e que, por tais razões, obviamente terão condições mais vantajosas de que as empresas privadas, constitui violação do princípio da igualdade, criando favorecimento às instituições sem fins lucrativos em detrimento das demais empresas que poderiam ser outros possíveis vencedores, plenamente capazes de desenvolver as atividades elencadas no objeto do edital com qualidade igual ou superior às companhias favorecidas pelo Edital no atuais termos.”*



Tribunal de Contas do Estado de Goiás
Pregoeiro e Equipe de Apoio

Sucinta que *“por razões óbvias, permitir a participação das entidades sem fins lucrativos nos procedimentos licitatórios, aniquilaria a concorrência justa com os demais licitantes.”*

Afirma que as instituições sem fins lucrativos não devem participar de processos licitatórios, tendo em vista que contam com proteções estatísticas demasiadamente robustas. A permissão da participação das instituições que percebem isenções fiscais e previdenciária, fere o princípio da isonomia, que se define pela igualdade de possibilidade a todos os licitantes.

A referida licitante faz alusão a Instrução Normativa nº 005/2017, do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão do Governo Federal, mais específico em seu parágrafo único do artigo 12, prevê que as instituições sem fins lucrativos gozam de benefícios fiscais e previdenciários específicos, condições que reduzem seus custos operacionais em relação às pessoas jurídicas ou físicas, legal e regularmente tributadas, razão pela qual 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.

Salientou ainda o julgado do Tribunal Pleno do TCU, Acórdão nº 1.406/2017, em que coloca que é *“admissível a participação de organizações sociais, qualificadas na forma dos artigos 5º a 7º da Lei nº 9.637/98, desde que os serviços objeto da presente licitação se insiram entre as atividades previstas no contrato de gestão firmado entre o Poder Público e a organização Social, mediante apresentação do Contrato de Gestão e dos respectivos atos constitutivos. Assim, somente quando há contrato de gestão firmado entre as instituições sem fim lucrativo a Administração Pública, elas podem participar das licitações. Afora isso, é vedada expressamente a participação de instituições sem fins lucrativos nos processos licitatórios com fins mercantis.”*

Por fim, requereu o conhecimento do presente feito, julgando totalmente procedente para retificar o referido Edital, excluindo da participação deste processo licitatório as instituições sem fins lucrativos, conforme as considerações acima despendidas e, em seguida, dar continuidade no procedimento licitatório.

Após análise preliminar e verificada a tempestividade da medida, este Pregoeiro remeteu os autos a Gerência de Administração e ao Serviço de Acompanhamento de Contratos, para que apresentassem os esclarecimentos técnicos necessários.



Tribunal de Contas do Estado de Goiás
Pregoeiro e Equipe de Apoio

De toda sorte, independentemente da análise da tempestividade ou intempestividade da impugnação ao edital, seja ela sob qualquer dos aspectos aqui narrados, poderá ainda o Administrador Público receber e conhecer dos termos dos pedidos apresentados contra ato convocatório, se não pela tempestividades, mas pelo interesse público e em atenção, especialmente, ao princípio da moralidade administrativa.

Cumpra registrar que esta Corte de Contas, quando da elaboração de seus processos licitatórios, alinha-se ao cumprimento dos princípios norteadores da Administração Pública, elucidados no art. 37, caput, da Constituição Federal de 1988 e art. 3º da Lei nº 8.666/93, especialmente, no que se refere à legalidade do referido ato administrativo e respeito ao Princípio da ampla competitividade e obtenção da proposta mais vantajosa à Administração, primando pela garantia da excelência e eficiência da qualidade dos produtos e dos serviços a serem prestados.

Naturalmente, levando-se a natureza e a complexidade do objeto, os procedimentos licitatórios ficam sujeitos a possíveis correções e ajustes, razão pela qual o legislador franqueou aos interessados a possibilidade de impugnação e da utilização das vias recursais próprias, dando à Administração a possibilidade de analisar e corrigir falhas.

Por essas razões, pelo interesse público e pelo princípio da motivação, conheço da impugnação já que é sempre preferível que a Administração Pública se esforce para assegurar a legalidade do certame licitatório, não ignorando eventuais falhas que possam existir no edital. Sob esse aspecto, passo a analisar a peça de impugnação ofertada.

Os autos foram submetidos aos setores acima elencados, o qual negaram a existência da impropriedade a ser sanada, com resposta através do Memorando nº 066/2020 – Serviço de Acompanhamento de Contratos, conforme segue:

“Senhor(a) Pregoeiro(a),

*Em resposta à impugnação ao Edital do Pregão Eletrônico nº 005/2020, que tem por objeto a contratação de Agente de Integração para recrutar, selecionar e administrar o Programa de Estágio, não obrigatório, junto às instituições de ensino, de estudantes de nível superior e médio, apresentada pela empresa SUPER ESTÁGIOS LTDA-EPP, manifestamos pela **IMPROCEDÊNCIA** das alegações aduzidas pela empresa, pelos motivos a seguir expostos.*

A referida empresa apresentou pedido de retificação do item 4 do Edital, a fim de incluir, nas condições de participação, a proibição da participação das instituições sem fins lucrativos.

Segundo afirma a impugnante, tal alteração seria necessária a fim de atender o princípio constitucional da igualdade, alegando que permitir a participação desse tipo de pessoa jurídica fere o princípio da isonomia, que se define pela igualdade de possibilidade a todos os licitantes.

A empresa fundamenta seu pedido no fato de que, em observância ao princípio da



Tribunal de Contas do Estado de Goiás Pregoeiro e Equipe de Apoio

igualdade, o Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão do Governo Federal publicou a Instrução Normativa nº 05/2017, a qual dispôs no seu art. 12, parágrafo único, 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, razão pela qual 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.

Alega ainda que na minuta padrão disponibilizada pela Advocacia Geral da União (AGU), consta a vedação da participação de entidades sem fins lucrativos nos processos licitatórios, na forma do art. 12, parágrafo único da Instrução Normativa 05/2017.

Por fim, alega ainda que o Acórdão nº 1.406/2017, julgado pelo Plenário do TCU é claro no sentido que 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, mediante apresentação do Contrato de Gestão e dos respectivos atos constitutivos, concluindo que, afora isso, é vedada expressamente a participação de instituições sem fins lucrativos nos processos licitatórios com fins mercantis.

A nosso ver, os argumentos apresentados pela empresa não merecem prosperar, motivos que apresentaremos a seguir.

Primeiramente, os fundamentos mencionados pela empresa não vinculam este Tribunal em sua atividade administrativa. As Instruções Normativas Ministeriais não têm o condão de vincular órgãos externos ao próprio Ministérios que as editam. Isso porque tais instruções são atos normativos expedidos por uma autoridade a seus subordinados, com base em competência estabelecida ou delegada, no sentido de disciplinar a execução de lei, decreto ou regulamento, sem, no entanto, transpor ou inovar em relação à norma que complementa, destinando-se a orientar setoriais, seccionais ou unidades descentralizadas. Sob o ponto de vista da estrutura do ato, a Instrução Normativa se assemelha a uma portaria e não vincula órgãos alheios à estrutura de cada Ministério.

Quanto à suposta minuta-padrão da Advocacia Geral da União (AGU), não foi encontrado nenhum documento do tipo no link transcrito na impugnação. Todavia, além das minutas editadas pela AGU serem apenas indicativas, aplicando-se apenas quando couber, tais documentos não vinculam entidades externas à administração pública federal. Ademais, ainda que os entendimentos da AGU fossem vinculantes, não parece ser esse o seu entendimento atual, haja vista que tal entidade, por meio do 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.

Quanto ao acórdão mencionado do Tribunal de Contas da União, seu destinatário não são todas as instituições sem fins lucrativos e sim apenas as organizações sociais, que são aquelas que receberam uma qualificação para obterem determinados benefícios do Poder Público (dotações orçamentárias, isenções fiscais etc.), para a realização de seus fins, que devem ser necessariamente de interesse da comunidade. Tanto é que a conclusão do Acórdão é a de que "não existe vedação legal, explícita ou implícita, à participação de organizações sociais, qualificadas na forma na forma dos arts. 5º a 7º da Lei 9.637/98, em procedimentos licitatórios, promovidos pelo Poder Público, sob a égide da Lei 8.666/1993, desde que o intuito do procedimento licitatório seja a contratação de entidade privada para prestação de serviços que se insiram entre as atividades previstas no contrato de gestão firmado entre o Poder Público e a organização social".

Ademais, não há nenhuma vedação expressa na Lei nº 8.666/93 ou na Lei Estadual nº 17.928/2012 à participação de empresas sem fins lucrativos nas licitações. Pelo contrário, a lei federal de licitações estimula a contratação de tais entidades, até mesmo por dispensa de licitação, como se nota na redação dos incisos XIII e XX do art. 24 da Lei nº 8.666/93.

Por todo o exposto e salvo melhor juízo, entendemos não haver necessidade de alterações no Edital do Pregão Eletrônico nº 05/2020 e seus anexos."



DECISÃO

A Priori a impugnação apresentada pela SUPER ESTÁGIOS LTDA-EPP, **com fundamento nos parágrafos primeiro e segundo do artigo 41 da Lei nº 8.666/93**, encontra-se equivocada no referido artigo, tendo em vista que o presente certame será por meio de Pregão Eletrônico e não Pregão Presencial, devendo a empresa impugnante se ater a legislação específica para o caso em tela.

Não há nenhuma vedação expressa nas Leis nº 8.66/93 ou Decreto Estadual nº 17.928/12, a participação de empresa sem fins lucrativos nas licitações.

Este pregoeiro possui o mesmo entendimento do Serviço de Acompanhamento de Contratos, ou seja, os argumentos apresentados não vinculam esta Corte de Contas em sua atividade administrativa. As instruções normativas do Ministério do Planejamento não tem o condão de Vincular órgão externos aos próprios ministérios que as editam, tendo em vista que tais instrumentos são atos normativos expedidos por uma autoridade a seus subordinados, com base em competência estabelecida ou delegada.

É cediço que as minutas editadas pela AGU, são apenas indicativas, aplicando apenas quando couber, onde tais documentos não vinculam entidades externas à administração pública federal. Ainda que os entendimentos da AGU, fossem de natureza vinculante, não parece ser esse o seu entendimento atual, onde por meio do **Parecer nº 140/2019/FAZ/CJU-AC/CGU/AGU**, de 12 de julho de 2019, **manifestou que a participação de instituições sem fins lucrativos em certames licitatórios, com base na linha de raciocínio sedimentada pelo TCU e pela jurisprudência do TRF- 2º 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.



Tribunal de Contas do Estado de Goiás
Pregoeiro e Equipe de Apoio

Assim, o Acórdão nº 1.406/2017, apresentado pela empresa impugnante é claro ao colocar não existe vedação legal, explícita ou implícita, à participação de organizações sociais, qualificadas na forma dos arts. 5º a 7º da Lei 9.637/98, em procedimentos licitatórios promovidos pelo poder público, sob a égide da lei de licitações, desde que o intuito do procedimento seja a contratação de entidade privada para prestação de serviços que se insiram entres as atividades previstas no contrato de gestão firmado entre o Poder Público e a organização social.

Não obstante ao caso em tela, este pregoeiro informa que caso seja constatado antes da sessão pública ou no decorrer do procedimento licitatório que qualquer licitante venha a agir com dolo, má-fé e interpor qualquer peça com objetivo meramente protelatório com o intuito de procrastinar o certame, ficará sujeita à exclusão e penalidades, tendo em vista que estará ferindo os princípios da legalidade, razoabilidade e da isonomia.

Diante de todo o exposto e da pertinência dos argumentos lançados na presente peça, este Pregoeiro juntamente com a Equipe de apoio e Serviço Acompanhamento de Contrato, conheço da presente, eis que admissível, para, no mérito, julgar improcedente a impugnação apresentada pela empresa SUPER ESTÁGIOS LTDA-EPP, mantendo inalterado o Edital e seus anexos referentes ao Pregão Eletrônico nº 005/20.

Por fim, registre-se que a presente impugnação foi apreciada antes da realização da sessão pública.

Cópia desta decisão será enviada, via e-mail à impugnante, sendo ainda disponibilizada no sítio www.tce.go.gov.br. e na Plataforma do Licitações-e- Banco do Brasil. Cópia instruirá, ainda, o Processo Eletrônico 202000047000184, e maiores informações poderão ser obtidas pelo telefone (0xx62) 3228-2852 das 08:00h às 13:00h de segunda a sexta-feira.

É a Decisão .

Goiânia, 13 de abril de 2020.

Luis Carlos de Gouveia Coelho
Pregoeiro