

**ITI**Instituto Nacional de
Tecnologia da Informação

**PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA – CASA CIVIL
SCN – Quadra 2 Bloco E - 70712-905 – Brasília/DF**

RESPOSTA À IMPUGNAÇÃO DO PREGÃO ELETRÔNICO Nº 08/2020

Processo nº 00100.005602/2019-43, referente ao Edital do Pregão Eletrônico nº 08/2020, cujo objeto é contratação de empresa especializada para a execução indireta de serviços de apoio operacional e especializado, sem emprego de material, de forma contínua, conforme condições, quantidades e exigências estabelecidas no Edital e seus anexos.

Trata o presente da análise da **IMPUGNAÇÃO** apresentada pelo Instituto Brasileiro de Políticas Públicas, CNPJ nº 09.611.589/0001-39, por meio eletrônico, ao Pregão em referência, informando o que se segue:

1. DA TEMPESTIVIDADE DA IMPUGNAÇÃO

De acordo com o subitem 22.1 do Edital: “Até 03 (três) dias úteis antes da data designada para a abertura da sessão pública, qualquer pessoa poderá impugnar este Edital”.

A abertura da sessão pública estava prevista para 13/11/2020, as 9h30. A impugnação foi encaminhada, em 10/11/2020, às 11h50, para o endereço eletrônico colic@iti.gov.br, portando, de forma TEMPESTIVA.

2. DOS ARGUMENTOS DA IMPUGNANTE

Intenta, a Impugnante, averbar o instrumento impugnatório ao Edital do Pregão em apreço, aduzindo, para tanto, que:

- a previsão contida no subitem 4.2.8. de impedimento de pessoas sem fins lucrativos participarem do certame, fere o princípio da concorrência e da vantajosidade;
- exigências desnecessárias e sem critério técnico se apresentam em total inconformidade com o propósito constitucional, uma vez que a ideia do legislador é ampliar o poder de participação de todos os interessados;
- o art. 3º, § 1º, inciso I, traz a vedação aos agentes públicos de inserir cláusulas ou condições no ato de convocação que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo;
- a Administração deve incentivar a disputa e não restringir;
- o Tribunal de Contas da União, em decisão recente, publicada em 18/09/2020, por meio do Acórdão nº 2426/2020 Plenário, consolidou entendimento de que inexistente vedação legal ou constitucional da participação de pessoas sem fins lucrativos em processo licitatório;
- o Parecer nº 140/2019/FAZ/CJU-AC/CGU/AGU, de 12/07/2019, concluiu 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.

Por fim, requer seja a impugnação recebida e julgada procedente para que seja retirada a proibição de participação de pessoas sem fins lucrativos na forma do Acórdão nº 2.426/2020, Plenário do TCU.

3. DA ANÁLISE

Em face de ter o impugnante citado vários Acórdãos do TCU, relacionados à proibição de participação de entidades sem fins lucrativos em certames licitatórios, este Pregoeiro buscou apoio jurídico à Procuradoria Federal Especializada deste ITI para embasar sua decisão.

Após análise, a douta Procuradoria, por meio do Parecer n. 01092/2020/NLC/ETRLIC/PGF/AGU, manifestou-se com os seguintes entendimentos:

3.1. DA OBEDIÊNCIA A ATO NORMATIVO VÁLIDO E EFICAZ

12. A previsão editalícia impugnada não é fruto de decisão discricionária do Gestor da entidade promotora do certame, no caso o Instituto Nacional de Tecnologia da Informação, mas de obediência ao comando emanado de órgão hierarquicamente superior, a saber: o então Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão.

13. Certo é que, a Instrução Normativa prevê uma condição de habilitação para participação nos **certames de toda a Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional**, logo o conteúdo do **item 4.2.8 do edital** se revela em acatamento ao regra infralegal editada com respaldo no Poder Regulamentador conferido à Administração Pública.

(...)

15. Vale lembrar que milita a presunção de legitimidade do ato infralegal, que **até a presente data permanece válido e eficaz**, conforme se depreende de consulta realizada no site do Portal de Compras do Governo Federal (link: <https://www.gov.br/compras/pt-br/aceso-a-informacao/legislacao/instrucoes-normativas/instrucaonormativa-no-5-de-26-de-maio-de-2017-atualizada-aceso-em-20/11/2020>).

16. Logo, evidenciada a validade atual da norma infralegal contida no parágrafo único, do art. 12, da IN 05/2017, que apenas foi reproduzida literalmente no item impugnado, não se recomenda ao gestor público o afastamento de tal regra, **haja vista que a competência para sua invalidação pertence ao órgão hierarquicamente superior que, estribado no arcabouço legal nela mesma indicado, exerceu o poder regulamentador**.

3.2 DA SUPOSTA AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA CONCORRÊNCIA E DA VANTAJOSIDADE

17. De outra banda, a questão da suposta afronta aos princípios da concorrência e da vantajosidade levantada pela Impugnante, **não mereceu acolhida por parte do Poder Judiciário em caso análogo**, que prestigiou a previsão contida no parágrafo único, do art. 12, da IN 05/2017.

18. Reporto-me **aos autos do processo nº 5064524-48.2020.4.02.5101**, referente ao Mandado de Segurança impetrado pelo Instituto Brasileiro de Administração Pública e Apoio Universitário do Rio de Janeiro - IBAP-RJ contra a Fundação Biblioteca Nacional - FBN, exatamente por conta do item

4.2.8 do edital norteador de certame da FBN, que vedava a participação de entidades sem fins lucrativos no procedimento licitatório, com respaldo no multi citado art. 12, parágrafo único, da Instrução Normativa SEGES/MP nº 05/2017.

19. Na recente data de 21/09/2020, o douto Juiz Federal Carlos Guilherme Francovich Lugones prolatou decisão indeferindo o pedido de liminar formulado pelo IBAP-RJ e afirmando que o dispositivo atacado não viola qualquer preceito da Lei Maior ou de hierarquia ordinária, ...

(...)

20. **Verifica-se, então, que o argumento apresentado pela Impugnante, similar ao analisado pelo Poder Judiciário nos autos do Mandado de Segurança nº 5064524-48.2020.4.02.5101, não merece pronta acolhida nem revela interpretação pacificada sobre a matéria, como pretendeu demonstrar o Instituto Brasileiro de Políticas Públicas - IBRAPP em sua peça de impugnação (SEI 0455902).**

21. *Ao contrário da alegação de afronta a princípios constitucionais que balizam os procedimentos licitatórios, a norma infralegal já informa textualmente o que visa proteger com a vedação imposta, trazendo como bem jurídico a ser tutelado o princípio da isonomia entre os participantes. Ao assim proceder, o Poder Executivo, por meio de Órgão integrante de sua estrutura, partiu do pressuposto de que a condição privilegiada das entidades sem fins lucrativos torna a competição desigual, desequilibra a balança e compromete substancialmente o mercado concorrencial.*

22. *Quando se fala em competitividade, a preocupação deve ir muito além do elemento quantitativo, que se limita a avaliar o número de participantes no certame. A competitividade promovida pela Administração deve ser plena e não protocolar. Quando o Executivo trouxe a aludida vedação, teve como propósito assegurar uma concorrência simétrica, cujo vitorioso se destacasse pela sua performance negocial e não em razão de benefícios tributários e fiscais que, por si só, viabilizariam a oferta de preços mais vantajosos para a Administração.*

23. *Como aduzido anteriormente, a norma combatida revela expressamente o bem jurídico que pretendeu defender ao dispor daquela maneira. Como um dos mandamentos nucleares do procedimento licitatório, o princípio da isonomia, expressamente previsto na norma infralegal como móvel para a sua edição, encontra assento no art. 3º da Lei nº 8.666/1993, que, implicitamente, busca assegurar a plena, a ampla e a efetiva competitividade entre os licitantes.*

24. *A isonomia também é lembrada pelo Constituinte. O art. 37, inciso XXI, da CRFB/88 impõe a igualdade de condições entre os licitantes como critério imprescindível para um adequado procedimento licitatório. Nesse mesmo prumo, preocupa-se a Lei Maior em garantir um sistema concorrencial justo e equilibrado (art. 170, IV). ...*

(...)

25. *Por fim, buscando o afastamento de qualquer alegação de violação à isonomia material, destaca-se que nada de socialmente relevante estaria*

relacionado ao objeto a ser contratado. Em verdade, a associação, ora Impugnante, visa explorar um segmento da mesma forma como as demais empresas que concorreram com ela no certame o farão, operando como mera intermediadora de mão de obra para a execução do serviço licitado. E em assim sendo, a função extrafiscal que recai sobre as entidades dessa natureza tornar-se-ia no caso concreto um claro e indesejado privilégio odioso, capaz de comprometer a isonomia e a competitividade tão perseguida pela Administração. Logo, não se recomenda o acatamento da Impugnação contra o item 4.2.8 do Edital do Pregão Eletrônico nº 08/2020 do ITI.

4. DA DECISÃO

Com base no Parecer n. 01092/2020/NLC/ETRLIC/PGF/AGU, emitido pela douta Procuradoria deste ITI, que firmou o entendimento de que o conteúdo do item 4.2.8 do edital se revela em acatamento à regra infralegal editada, que não há afronta aos princípios da concorrência e da vantajosidade, logo, não se recomenda o acatamento da impugnação contra o item 4.2.8 do Edital, este Pregoeiro decide por conhecer a peça impugnatória, apresentada pelo Instituto Brasileiro de Políticas Públicas, para no mérito NEGAR-LHE PROVIMENTO, nos termos da legislação vigente.

Republica-se o Pregão Eletrônico nº 06/2020 com nova data de abertura da sessão pública, mantendo-se inalterados o Edital e seus anexos.

Brasília/DF, 23 de novembro de 2020.

Ornel Costa de Azevedo
Pregoeiro COLIC/CGPOA