

**Resposta 21/06/2019 15:53:02**

Resposta ao pedido de Esclarecimento 02: Será permitida a participação de instituições sem fins lucrativos no presente certame. Tal permissão tem o escopo de ampliar a participação no processo licitatório. Ademais, tal questionamento já foi objeto de análise pela Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça e Segurança Pública, conforme ficou assentado no PARECER N.º 0342/2019/CONJUR-MJSP/CGU/AGU, no Âmbito do Processo Administrativo n.º 08000.016367/2018-94, o qual restou assim vergastado: DO QUESTIONAMENTO APRESENTADO NA NOTA TÉCNICA Nº. 20/2019/DILIC/COPLI 148. A dúvida jurídica levantada no item 8 da Nota Técnica n.º. 20/2019/DILIC/COPLI (8327014, SEI), diz respeito “a pertinência em manter a cláusula 4.2.8 ou a retirar-lá do Edital de licitação”. 149. Sustenta a Nota Técnica n.º. 20/2019/DILIC/COPLI (8327014, SEI) que “Tal questionamento tem o escopo de evitar uma possível impugnação do Edital por parte da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), ou no caso de a Associação sagrar-se vencedora do certame impedir a impetração de intenção de recursos e razões recursais alegando descumprimento do edital.” 150. A cláusula 4.2.8. tem a seguinte redação: “4.2. Não poderão participar desta licitação os interessados: 4.2.8. instituições sem fins lucrativos (parágrafo único do art. 12 da Instrução Normativa/SEGES nº 05/2017)” 151. Vejamos, então, se é possível ou não manter as “instituições sem fins lucrativos” como participantes da presente licitação. 152. Importante assinalar, de início, que em breve pesquisas a julgados do TCU pode-se concluir que a Instrução Normativa SEGES nº 05/2017 é fruto de diversas deliberações do Tribunal de Contas que, em seu mister, consolidou inúmeros entendimentos que configuraram a necessidade de atualização da então vigente IN/SLTI nº 02/2008. 153. Portanto, nada mais coerente do que fazer a interpretação dos artigos 12 e 13 da IN/SEGES nº 05/2017, sob a ótica da Corte de Contas. 154. Os artigos 12 e 13 da Instrução Normativa nº 05/2017 possuem a seguinte redação: 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.” (Grifo no original) 155. Imperioso ressaltar, desde já, que a Instrução Normativa SEGES/MPOG nº 5/2017, ao dispor sobre as regras e diretrizes do procedimento de contratação de serviços sob o regime de execução indireta no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, vincula a Administração Pública Federal, estando os seus servidores adstritos ao seu cumprimento. (Grifo no original) 156. As proibições contidas no item 4.2. (modelo da AGU) são aplicadas para qualquer espécie de entidade, bem como que, a princípio, qualquer pessoa jurídica pode participar da licitação, salvo se houver incompatibilidade entre a natureza/objeto da entidade e o objeto contratual. (...) 159. Vejamos o que diz a Súmula 250 do Tribunal de Contas da União: A contratação de instituição sem fins lucrativos, com dispensa de licitação, com fulcro no art. 24, inciso XIII, da Lei n.º 8.666/93, somente é admitida nas hipóteses em que houver nexos efetivo entre o mencionado dispositivo, a natureza da instituição e o objeto contratado, além de comprovada a compatibilidade com os preços de mercado. 161. O raciocínio da 2ª Câmara do TCU reviu o Acórdão nº 5.555/2009, da mesma Câmara, para, por meio do Acórdão nº 7.459/2010-2ª Câmara, admitir que entidades sem fins lucrativos participassem de licitação, condicionando a participação à existência de nexos entre os serviços a serem prestados e os fins estatutários da entidade. (Grifo no original) 162. Nesse diapasão, o que vedaria a participação de entidade sem fins lucrativos, seria a incompatibilidade entre suas finalidades/objeto e o objeto do certame, o que deve ser avaliado detidamente pelo pregoeiro do certame. (Grifo no original) 163. Com efeito, a respeito deste ponto, que representa um avanço na consolidação de uma linha decisória mais uniforme e coerente, restou consignado no citado Acórdão n. 1.633/2014 – Plenário do TCU: 1.7. Determinar, com fundamento no art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU (RITCU), ao Ministério das Comunicações, que, nos certames licitatórios para a contratação de serviços de terceirização ou assemelhados, não habilite entidades sem fins lucrativos quando o objeto do contrato e a forma de sua execução não possuírem, em caráter principal, qualquer finalidade meritória além da simples relação comercial entre o Poder Público e a contratada, mesmo que o serviços a serem prestados estejam previstos nos estatutos e objetivos sociais da entidade. (Grifo no original) (...) 168. 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, 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. (Grifo no original) 169. Portanto, em conclusão, orienta-se à Unidade responsável a proceder conforme orientação do TCU, consignada no Acórdão nº 1.633/2014 - Plenário, aferindo com cautela o objeto do certame e a finalidade precípua das licitantes, realizando inabilitações caso o objeto do contrato e a forma de sua execução não possuírem, em caráter principal, qualquer finalidade meritória além da simples relação comercial entre o Poder Público e a contratada, mesmo que os serviços a serem prestados estejam previstos nos estatutos e objetivos sociais da entidade. Em outras palavras, firmado está o entendimento de que, nos certames licitatórios para a contratação de serviços de terceirização ou assemelhados, as entidades sem fins lucrativos, em especial aquelas constituídas sob a forma de Associação, não podem ser habilitadas pelo órgão contratante quando o objeto do contrato e a forma de sua execução não possuírem, em caráter principal, qualquer finalidade meritória além da simples relação comercial entre o Poder Público e a contratada, mesmo que os serviços a serem prestados estejam previstos nos estatutos e objetivos sociais da entidade, por caracterizar abuso de personalidade jurídica. (Grifo no original) Assim, tendo em vista o parecer da CONSULTORIA JURÍDICA, alhures mencionado, que caberá ao pregoeiro na fase de habilitação, verificar se a licitante, na qualidade de instituição ou associação sem fins lucrativos, preenchem as condições de atendimento do objeto da licitação. Destarte, com fulcro no entendimento acima exarado, será permitida a participação das instituições sem fins lucrativos no presente Pregão Eletrônico.

**Fechar**

