

Pregão Eletrônico

■ Visualização de Recursos, Contrarrazões e Decisões

CONTRARRAZÃO :

ILUSTRÍSSIMO SENHOR(A) PREGOEIRO(A) DA COMPANHIA DE SA-NEAMENTO MUNICIPAL – CESAMA

CONTRARRAZOES EM RECURSO ADMINISTRATIVO

Pregão Eletrônico Nº 129/21

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO HUMANO – INSTITUTO BEM BRASIL, pessoa jurídica de direito privado, inscrito no CNPJ/MF sob o número 10.427.965/0001-19, estabelecida na Avenida Ibirapuera, nº 2033, Conj. 81, Edifício Edel Trade Center – Bairro: Moema/Indianópolis – CEP: 04.029-100 – Cidade de São Paulo – São Paulo, representado neste ato seu procurador infra-assinado, vem respeitosamente, com fulcro no art. XVIII do artigo 4º, da Lei 10.520 de 17 de julho de 2002, apresentar a inclusa CONTRARRAZÕES AO RECURSO ADMINISTRATIVO, em face dos recursos interpostos por RMX CONSERVADORA EIRELLI, inconformada da decisão assertiva que declarou a BEM BRASIL como vencedora do certame, pelos fatos e fundamentos que passa a expor:

1. DA TEMPESTIVIDADE

Considerando preceito contido no art. 4º, inciso XVIII da Lei 10.520/02, após declarado o vencedor, para qualquer licitante que manifestar-se imediatamente sobre o interesse de recorrer lhe é concedido o prazo de 3(três) dias corridos para apresentação de recursos. Em mesmo sentido, o Edital do Pregão Eletrônico nº 129/21 em seu item 10.1.1, disciplina que haverá prazo para apresentação de contrarrazões por sistema eletrônico, em outros 3 (três) dias, que começarão a contar do término do prazo do recorrendo.

Sendo assim, uma vez que o prazo para as Recorrentes impetrarem seus recursos tinha prazo final até o dia 10/06/2022, encerra-se o prazo para contrarrazões em 15/06/2022.

Portanto, é tempestiva a presente contrarrazão e merece ser acolhida.

2. DO BREVE RESUMO DOS FATOS

Trata-se de Pregão Eletrônico nº 129/2021, cujo objeto é a escolha da proposta mais vantajosa para contratação de empresa especializada na prestação serviços de atendimento, de natureza continuada, na Agência de Atendimento da Cesama ou em outro lugar designado pela empresa, com dedicação de mão de obra exclusiva, nas modalidades presencial e via plataforma digital, abrangendo recebimento de demandas, orientação e esclarecimento de dúvidas, registro, análise e resolução das solicitações dos usuários, conforme legislação em vigor, conforme condições, quantidades e exigências estabelecidas em Edital e seus anexos.

Antes de adentrarmos para o robusto acervo jurídico que fundamenta a participação da BEM BRASIL no certame, cumpre-nos primeiro evidenciar que repudiamos a conduta da recorrente, em trazer para ao bojo de um recurso expressões como “empresários que basicamente matam um leão por dia para empreender e sustentar suas empresas”. Não há espaços no ambiente público para demagogia, há de se enfrentar as questões sob o aspecto estritamente técnico e legal, tal qual seguiu o pregoeiro em sua decisão de habilitação. Entendemos que pela falta de argumentação técnica, veio a licitante a apelar para a narrativa, o que por óbvio não prosperou, e nem poderia ser diferente em um ambiente democrático.

O Instituto Interamericano de Desenvolvimento Humano – BEM BRASIL sagrou-se vencedor do certame. Assim, inconformada com o resultado, registrou interesse em recorrer a empresa RMX CONSERVADORA EIRELLI. Sem prejuízo das colocações demagógicas, a recorrente se ateve a dois fundamentos em sua peça recursal: 1 – A participação da BEM BRASIL e seu Regime Tributário como atentatório ao princípio da Isonomia, e 2- A Qualificação Técnica quanto à uma suposta ausência nas certidões de regularidade da empresária e do Responsável Técnico junto ao Conselho Regional de Administração do Estado de São Paulo (CRA-SP).

Tão simplórios são tais fundamentos que em apertada síntese seria possível refutar am-bos os argumentos. Quando ao item 1, suficiente seria se ater a leitura do Capítulo 3 do Instrumento Convocatório, sequer questionado em sede de impugnação, e amplamente aceito pelos licitantes, do qual não prevê nenhuma vedação a instituições sem fins lucrativos em participa-rem do certame; quanto ao item 2, já foi averiguada por esta Douta Comissão que a BEM BRASIL possui regularidade junto ao CRA-SP e com responsável técnico devidamente habilitado, mas ainda sim suficiente também seria observar o item 6.2.2 do Edital do qual estabelece que “ no caso de não constar no SICAF quaisquer documentos exigidos no item 6.1, o licitante deverá complementar a documentação exigida”, não sendo, portanto, a mera não apresentação de documentação como causa de inabilitação sumária do certame.

Mesmo diante destes fatos, faz-se importante elucidar de forma mais categorizada as questões de fato e de direito que justificam a manutenção da BEM BRASIL como vencedora do certame em comento.

3. DO MÉRITO

Entende a Recorrente, que pelas razões expostas deve a Recorrida ser inabilitada. As pretensões da Recorrente para reformar a v. decisão que declarou a Recorrida vencedora do certame, são totalmente desprovidas de amparo legal, considerando inclusive que em nenhum momento levanta qualquer dispositivo legal que contrarie a

participação de uma instituição sem fins lucrativos no certame – pelo contrário, a recorrente nas raras vezes em que cita a norma, o faz de forma até favorável a BEM BRASIL.

Quanto à participação no certame, o Edital n.º 129/21 dedicou o seu Capítulo 3 para prever a participação no certame, prevendo um rol extenso de limitações, dentre elas nenhuma que afaste o ingresso de instituição sem fins lucrativos no certame. Foi oportunizado tempo para impugnações e nenhum dos recorrentes opôs qualquer óbice quanto aos critérios de participação.

Em sendo este o cenário, com fulcro apenas no Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório que rege as licitações, em não havendo vedação para participação da BEM BRASIL no certame, se esta apresenta a proposta mais vantajosa, por certo cumpre ao pregoeiro reconhecê-la como vencedora do certame. Vejamos a fundamentação normativa deste princípio presente na Lei n.º 8.666/93:

“Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.”

“Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”.

“Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam: [...] XI – a vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor.”

Ora, postas as regras em edital, amplamente aceitas por todos os participantes, não há sentido normativo para contestar intempestivamente os critérios de participação. Admitir isso sim incorrer-se-ia em ilegalidade e insegurança jurídica. A decisão de habilitação da BEM BRASIL é assertiva desde a sua gênese, mas seguiremos demonstrando as razões que fundamentam a participação da BEM BRASIL no certame.

3.1. Da Participação de Entidades Sem Fins Lucrativos

Enveredando em sentido contrário ao que a Recorrente afirmou, a doutrina e a jurisprudência são fartas em afirmar que tal vedação não existe, e que é sim lícito para instituições sem fins lucrativos auferirem lucro, desde que esteja relacionado com o seu fim estatutário. Em caráter incipiente, trazemos à baila o entendimento de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal sobre o tema:

“[...] Veja-se que as associações podem (e, por que não dizer, devem) ter ganho financeiro. No entanto, eventual lucro obtido no exercício da atividade econômica associativa será reaplicado na própria entidade, vedando-se a partilha entre os associados. Logo, a lei não veda o lucro nas associações, mas a sua divisão entre os associados. Equivale a dizer: o que não há nas associações é a perseguição de lucro para a partilha entre os associados.” (Curso de Direito Civil, Parte Geral e LINDB, 11ª edição, Editora JusPodivm, 2013, p. 414)

E neste mesmo sentido já se posicionou o ilustríssimo professor Marçal Justen Filho sobre o tema. Cabe a leitura de sua obra corroborando o que foi acima explicitado:

As entidades sem fins lucrativos podem atuar no mercado, até auferindo ganhos com sua atuação. A vedação inerente à sua natureza é quanto a impossibilidade de distribuição de lucros aos seus associados e remuneração dos membros da diretoria. Nada impede, contudo, que estas entidades busquem lucro eventual como instrumento de melhor realização dos fins sociais. (JUSTEN FILHO, MARÇAL. Comentários a Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 11ª Ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 253)

Há agora a necessidade de demonstrar a paridade entre a doutrina e o Estatuto Social do Instituto Bem Brasil, o qual em seus arts. 32 e 85, determina que a aplicação de seus recursos e eventuais resultados operacionais devem ser direcionados integralmente no desenvolvimento de seus objetivos institucionais, sendo expressamente vedada a distribuição de lucro entre seus membros e/ou associados – estando uníssono com o que preleciona a doutrina e a legislação. In verbis:

Art. 32 – Não receber seus diretores, conselheiros, associados, instituidores, benfeitores ou equivalentes, remuneração, vantagens ou benefícios, direta ou indiretamente, por qualquer forma de título, em razão da competência, funções ou atividades que lhes sejam atribuídas pelos respectivos atos constitutivos.”

Art. 85 – O Instituto BEM BRASIL aplica suas rendas, recursos e eventuais resultados operacionais na manutenção e no desenvolvimento dos seus objetivos institucionais, integralmente no território nacional, sendo proibido, em qualquer hipótese, a distribuição de lucros; excessos financeiros; bens ou de parcela do patrimônio líquido, inclusive em caso de desligamento ou morte de seus associados ou membro da instituição.

Citando agora o Egrégio Tribunal de Contas da União, o qual já determinou ser possível que podem pessoas jurídicas como o Instituto Bem Brasil participar de certames licitatórios. Para tanto, trazemos à baila ensinamento do Acórdão n.º 7.459/2010 – 2ª Câmara:

“Outro fator importante a corroborar para a tese de que não se deve promover a vedação genérica de participação de entidades sem fins lucrativos em licitações, porquanto viável, é o que reza o art. 24 da Lei de Licitações, que em seu inciso XX permite a contratação direta de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos, e de comprovada idoneidade, por órgãos ou entidades da Administração Pública, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão de obra, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado. Dessa forma, como bem salientou a Ilustre Representante do MP/TCU, o dispositivo legal assegura a habilitação de licitantes que atuem sem objetivo de lucro nos certames promovidos pela Administração Pública. Destarte, devem ser verificadas 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.

Assim, ao adotar como razões de decidir, no essencial, os argumentos trazidos pela Nobre Representante do Parquet especializado, Voto por que este Colegiado adote o Acórdão que submeto à sua elevada apreciação.” [Grifo nosso]

Ainda, importante registrar que a Instrução Normativa n.º 05, de 26 de maio de 2017, da qual foi citada pela própria Recorrente, norma esta que dispõe 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, em seu artigo 13º, estabelece que não será admitida a contratação de instituição sem fins lucrativos cujo estatuto e objetos sociais não prevejam ou não estejam de acordo com o objeto contratado. Portanto, mesmo em decorrência da sua natureza jurídica de associação civil, desde que os objetos sociais estejam de acordo com o objeto do pregão, podem ser contratadas estas Instituições pela Administração Pública.

Recentemente o Tribunal de Contas da União, por meio do Acórdão nº 2.426/2020, novamente reiterou a possibilidade de participação de instituições sem fins lucrativos em processos licitatórios, pondo termo de uma vez por todas a qualquer dúvida. É oportuna a leitura:

9.3. determinar à Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia (SEDGGD/ME), com fundamento no art. 250, inciso II, do Regimento Interno/TCU, c/c o art. 4º, inciso I, da Resolução – TCU 315/2020, que adote providências para modificar o parágrafo único do art. 12 da IN 5-Seges/MP, de 26/5/2017, e informe ao TCU, no prazo de 15 (quinze) dias, os encaminhamentos realizados, visando a:

9.3.1. restringir a participação em licitações públicas somente às instituições sem fins lucrativos qualificadas como Oscip, participantes sob esta condição;

9.3.2. harmonizar o dispositivo com preceitos constitucionais e legais estabelecidos (art. 5º, caput; e art. 3º, caput, da Lei 8.666/1993) e com entendimentos jurisprudenciais do TCU: Acórdãos 746/2014, 1.406/2017 e 2.847/2019, todos do Plenário desta Corte de Contas; e

9.3.3. ampliar a competitividade em certames públicos e, por conseguinte, a seleção de propostas mais vantajosas para a Administração Pública, em que o objeto também possa ser atendido por instituições sem fins lucrativos, tendo em vista que inexistente norma legal que discipline, de forma indistinta, vedação de participação em processos licitatórios a essas entidades;” (Grifamos.)

Corroborando com o acima exposto, percebe-se com clareza solar que trata-se exatamente do caso da BEM BRASIL, que é instituição sem fins lucrativos – mas que ao mesmo tempo também não é OSCIP.

3.1.2 Do (Não) Prejuízo à Isonomia do Certame

Constitui-se como basilar o princípio da ampla concorrência no certame, conforme aduz o § 1º, do art. 3º, da Lei nº 8.666/93 que ressalta ser vedado aos agentes públicos admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, 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

Desta forma, é forçoso e absurdo dizer que a BEM BRASIL estaria com alguma vantagem indevida frente aos demais licitantes por ser apenas instituição sem fins lucrativos – como afirmou erradamente o recorrente. Em breve consulta ao Portal da Transparência do Governo Federal, percebemos que do ranking das maiores vencedoras em licitações, na categoria “Serviços”, nenhuma delas é associação sem fins lucrativos:

Fonte: <https://www.portaltransparencia.gov.br/licitacoes>

Noutro giro, são diversas as formatações de pessoas jurídicas que poderiam, e que efetivamente participaram do presente processo licitatório - cada uma com regime jurídico e tributário divergente. Poderiam participar EIRELI's, Empresas de Pequeno Porte, Microempresas, demais aderentes ao Simples Nacional, e outros tantos casos que possuem vantagem direta ou indireta, mas que a sua mera participação não implicaria em atentado ao princípio da isonomia.

Até mesmo o próprio instrumento convocatório prevê, por exemplo, “direito de preferência” às microempresas e empresas de pequeno porte, quando trata desses e outros requisitos de desempate em seu item 9.12. Estes critérios de participação e desempate do certame não perpetuam um ambiente de insegurança. Pelo contrário, fomentam a competição com o intuito de alcançar a proposta mais vantajosa para a Administração, tal qual estabelece a legislação vigente.

Por derradeiro, juntamos recente julgado do Tribunal Regional Federal da 1ª Região sob nº 1021964-51.2020.4.01.3400, em processo do qual a BEM BRASIL faz parte, do qual decidiu pela participação de instituições como BEM BRASIL em certames, fundamentando com a jurisprudência mais atual. É oportuna a leitura da Decisão do Exmo. Desembargador JIRAIR ARAM MEGUERIAN:

DECISÃO

Trata-se de recurso de apelação interposto por INSTITUTO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO HUMANO - BEM BRASIL em face de sentença proferida pelo MM. Juiz Federal da 22ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária do Distrito Federal (id. 55047414), que denegou a segurança pleiteada em face de ato do Sr. Pregoeiro Oficial do DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES - DNIT, com o objetivo de determinar a suspensão da Decisão nº 030/2020 do Processo Administrativo nº 50600.011139/2014, obrigando a autoridade coatora a permitir a participação da parte impetrante em procedimento licitatório.

2. Consignou o Ilustre juízo de primeiro grau que “[...] No caso dos autos, o ato atacado e indicado como coator não emerge de ato ilícito (ilegal) ou praticado com abuso de poder, haja vista a possibilidade de o pregoeiro analisar os recursos interpostos e modificar o seu entendimento. Entendimento contrário tornaria inócua a fase recursal no procedimento licitatório. A ausência de ato coator, cuja existência é requisito essencial para o manejo da ação mandamental, impõe o indeferimento da inicial [...]” (sentença de id. 55047414).

3. Irresignada, a parte autora apelou (id. 55050517), apresentado requerimento de atribuição de efeito suspensivo e sustentando, em síntese, que a) após primeira decisão que habilitou a apelante no Pregão Eletrônico nº 393/2020, sobreveio decisão que excluiu a mesma da disputa sob o argumento de que, por se tratar de associação sem fins lucrativos, não poderia ter participado da licitação; b) trata-se de decisão manifestamente ilegal; c) o próprio Sr. Pregoeiro Oficial reconheceu a qualificação jurídica, econômico-financeira e regularidade fiscal trabalhista da parte apelante, sendo que a sua exclusão decorreu de recurso de terceiro e foi fundamentada unicamente na alegação genérica de se tratar de associação sem fins lucrativos; d) o edital previa expressamente hipótese que permite a participação da parte apelante na licitação, razão pela qual também há violação ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório; e e) a parte autora possui outros contratos celebrados com o DNIT.

4. Processo pautado para a sessão de julgamento a ser realizada no dia 28/09/2020, a parte apelada apresentou questão de ordem, requerendo a retirada de pauta a fim de ser dada oportunidade para o oferecimento de contrarrazões (id. 73511055). Já a parte apelante, reiterou o requerimento de tutela antecipada de urgência (id. 75660556).

Autos conclusos, decido.

5. A princípio, parece assistir razão aos recorrentes.

6. Depreende-se dos autos que a parte apelante participou e foi inicialmente considerada habilitada no procedimento de pregão eletrônico nº 393/2019 (processo nº 50600011139201914), realizado pelo DNIT para a contratação de empresa para a prestação de serviços de apoio técnico administrativo especializado, em caráter subsidiário, tendo sido concluído que “Quanto à Habilitação Jurídica, Qualificação Econômico-Financeira e Regularidade Fiscal e Trabalhista da licitante, constatou-se o atendimento de todos os requisitos estabelecidos no edital” (fl. 6 do id. 55047404).

7. Após análise de recurso interposto por terceiro, o Sr. Pregoeiro Oficial declarou a inabilitação da parte apelante, sob o fundamento de que a mesma seria uma entidade sem fins lucrativos que, por conta desse enquadramento, auferia incentivos fiscais e, por consequência, não estaria em condição isonômica em relação aos demais participantes (id. 55047406). Abaixo, seguem trechos das razões que justificaram a decisão de exclusão:

"34. Assim, por serem as licitações ações intrínsecas ao exercício de atividades econômicas, não vislumbro espaço para que associações participem de procedimentos licitatórios, pois, como visto, essas entidades não se prestam para o exercício dessas atividades.

[...]

36. As associações estão sujeitas a condições tributárias diferentes das sociedades empresárias. Em geral, as primeiras gozam de benefícios fiscais e previdenciários não extensíveis às segundas.

37. Assim, quando as associações exercem atividades econômicas há uma quebra das condições de competir com as sociedades empresárias que foram constituídas para esse fim. Vislumbra-se, pois, uma violação ao princípio da livre concorrência previsto no art. 170, inciso IV, da Constituição Federal".

8. Ainda, justificou-se a inabilitação com base no item 4.2.8 do Edital 393/2019, que estabelece a impossibilidade de participar da licitação objeto da controvérsia instituições sem fins lucrativos.

9. O MM. Juiz a quo fundamentou a denegação da segurança afirmando que inexistia ato coator, posto que a legislação não impede que seja modificado o entendimento quanto à habilitação de determinado participante de licitação após análise dos recursos administrativos.

10. Ocorre que o caráter abusivo e ilegal apontado pela impetrante não consiste na alteração de sua anterior condição de habilitada, e sim em alegada violação aos princípios da legalidade e da vinculação ao edital trazido pelos fundamentos da decisão de inabilitação.

11. No caso, a princípio, não vislumbro qualquer vedação, seja na Constituição da República, seja nas Leis 8.666/1993 e 10.520/2002, à participação de entidades sem fins lucrativos em procedimento licitatório.

12. Trata-se de matéria já enfrentada pelos Tribunais Regionais Federais, os quais entendem que o único requisito exigível à entidade reside na pertinência do objeto licitado com as finalidades associativas, hipótese em que, aparentemente, se encontra a parte apelante, cujo objeto social prevê a atividade de "prestação de serviços executadas junto ao setor público ou privado", incluindo "apoio administrativo" (id.55047407).

13. Nesse sentido, veja-se a jurisprudência:

"Administrativo. Anulação de licitação. Legitimidade da participação de entidade sem fins lucrativos na promoção e comercialização de objetos artísticos típico da região Nordeste no aeroporto de Natal. Abuso de poder caracterizado. Remessa oficial improvida" (Remessa Ex Offício – 495452-RN (2009.84.00.005045-8), Desembargador Federal Lazaro Guimarães, TRF5 - Quarta Turma, DJE - Data: 07/04/2011).

"ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. ASSOCIAÇÃO CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. AUSÊNCIA DE VEDAÇÃO PARA PARTICIPAR DE CERTAMES LICITATÓRIOS. FINS SOCIAIS COMPATÍVEIS COM O OBJETO DO PREGÃO ELETRÔNICO. CAPACIDADE TÉCNICA COMPROVADA. 1. Não há vedação legal genérica para a participação de entidades sem fins lucrativos em certames licitatórios. 2. Considerando que o objeto social da impetrante tem relação com o serviço a ser contratado por meio do pregão eletrônico e que os atestados de capacidade técnica apresentados pela ABRADECONT são hábeis a comprovar sua habilitação técnica, não se deve inabilitar a impetrante por tais fundamentos. 3. Remessa necessária desprovida" (Reexame Necessário - 0002565-74.2014.4.02.5101, EDNA CARVALHO KLEEMANN, TRF2 - 7ª TURMA ESPECIALIZADA, j. em 27/02/2015) (negritei).

"DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. FIOCRUZ. LICITAÇÃO. ENTIDADE SEM FINS LUCRATIVOS. POSSIBILIDADE. ESPECIFICIDADE TÉCNICA EXIGIDA EM EDITAL NÃO ATENDIDA PELA FUNDAÇÃO HABILITADA. VINCULAÇÃO. FALTA DE DOCUMENTAÇÃO SUPRIDA PELO LEILOEIRO. VIOLAÇÃO ART. 3º, § 1º, I, DA LEI Nº 8.666/93. 1. A FIOCRUZ pretende a reforma da sentença que concedeu a segurança e julgou procedente o pedido para anular o ato de habilitação da Fundação Bêncãos do Senhor - FBS, determinando a continuidade do pregão. 2. Este Colegiado firmou orientação no sentido de que a participação de entidade sem fins lucrativos em licitação, por si só, não ofende o princípio da isonomia. 3. Diante das circunstâncias relatadas nos autos, não se mostra discriminatória a exclusão de participante que, apesar das condições e preço favoráveis, não demonstre a capacitação técnica e empresarial para o correto resultado almejado pela instituição pública no seu edital, se opondo à finalidade da Lei nº 8.666/93. 4. Participação do pregoeiro, que dispensou a FBS da apresentação de documento exigido aos demais participantes, promovendo, por si, a complementação da informação por meio de consulta digital. 5. Consoante a previsão editalícia, a anexação de documentação pelo meio digital seria possível, na forma do disposto nos itens 7.16 e 9.4, e deveria ser providenciada pelo interessado, não havendo autorização para que sua ausência fosse suprida pelo pregoeiro. 6. A conduta do profissional designado pela FI-OCRUZ viola o art. 3º, § 1º, I, da Lei nº 8.666/93, que proíbe a adoção de ações que comprometam o caráter competitivo da licitação, promovendo o tratamento não isonômico entre os participantes. 7. Diante da ilegalidade praticada pela Administração Pública, está evidenciada a violação ao direito líquido e certo do impetrante à participação em licitação regular e em condições isonômicas. 8. Sentença mantida. 9. Remessa necessária conhecida e desprovida. 10. Apelação conhecida e desprovida" (Apelação / Reexame Necessário - Recursos 0002943-30.2014.4.02.5101, JOSÉ ANTONIO NEIVA, TRF2 - 7ª TURMA ESPECIALIZADA., j. em 12/07/2019) (negritei).

14. Assim, a mencionada vedação no item 4.2.8 do Edital 393/2019, aparentemente, não possui amparo legal.

15. Inclusive, consta dos autos que a impetrante celebrou contrato de prestação de serviços de copeiragem com fornecimento de material com o próprio DNIT em março de 2020 (id. 55050524).

16. Considerando a probabilidade do direito e o risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, decorrente da inabilitação, cabe, pelo menos, por ora, estabelecer decisão deferitória de antecipação da tutela.

Pelo exposto, DEFIRO o pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal, determinando que a impetrante não seja inabilitada no pregão eletrônico nº 393/2019 por ser entidade sem fins lucrativos, se outra razão não houver para inabilitá-la. Diante da manifestação de id. 73511055, retire-se de pauta e intime-se o DEPARTAMENTO

NACIONAL DE INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES – DNIT para que, caso queira, apresente contrarrazões no prazo de legal, em virtude da ausência de intimação na instância de origem.

Brasília/DF, data da assinatura eletrônica.

JIRAIR ARAM MEGUERIAN

Desembargador(a) Federal Relator(a)

Num

Por todos esses motivos, é notório que não há nenhuma vedação para a participação do Instituto BEM BRASIL no certame quer seja de ordem legal, doutrinária ou jurisprudencial, sendo plenamente legítima a decisão que declarou este instituto como vencedor do Pregão. E neste cotejo reforçamos que a BEM BRASIL possui aproximadamente 44 contratos com a Administração Federal vigentes, todos sob a égide normativa até aqui mencionada. Juntaremos algumas Decisões para reiterar os motivos que fundamentam a participação da BEM BRASIL.

De início, apresentamos julgado da Justiça Federal do Piauí, no âmbito do Pregão nº 02/2016 a qual reconheceu, inclusive com anuência do Excelentíssimo Juiz de Direito Daniel Santos Rocha Sobral – Juiz Federal Diretor do Foro do Piauí- a possibilidade de participação da BEM BRASIL no certame, vejamos:

DECISÃO DA AUT. COMPETENTE:

Excelentíssimo Senhor Doutor Juiz Federal Diretor do Foro da Seção Judiciária do Piauí

Em atendimento ao vosso comando, esta Assessoria Jurídica, após analisar o quanto alegado pelo Recorrente, assim como pelo Recorrido, e, especialmente, o quanto sustentado pela Comissão responsável pelo Pregão Eletrônico em epígrafe, entende, em comunhão com o quanto definido e decidido pela Comissão, que não procedem as assertivas aventadas pela empresa recorrente, porquanto, conforme exposto nas contrarrazões, bem como na decisão da citada Comissão, não há qualquer óbice para que Instituições sem fins lucrativos participem de licitações uma vez verificado no correspondente estatuto a previsão para os serviços reclamados, o que restou sobejamente demonstrado, tudo em conformidade com a orientação externada pelo Tribunal de Contas da União.

A reforçar a viabilidade ora estudada, também foi anexada documentação comprobatória de idêntica contratação pela Justiça Federal de Santa Catarina, o que bem evidencia a regularidade da pretensa contratação.

Ainda, em conformidade com o exposto pelo colega Francisco Costa, o eventual "aproveitamento" dos funcionários que então estejam desempenhando as funções declinadas no Contrato não configura terceirização ou colocação de mão-de-obra, devendo, contudo, como exposto na IN 02/2008 do MPOG (art.5º, parágrafo único), haver "incorporação" ao respectivo quadro funcional, se for o caso, registre-se; ou seja, o temor inicial de possível desvirtuamento da vedação contida na IN retromencionada restou superada após conversa informal com o colega Francisco Costa.

Ante o exposto, sem maiores delongas, opina esta Assessoria Jurídica pela validação da decisão tomada pela Comissão, negando-se, pois, provimento ao Recurso atravessado pela Recorrente.

Respeitosamente,

Malcon Robert Lima Gomes

Supervisor da ASJUR, em exercício.

Despacho

Acolho o Parecer SJPIASJUR1954718, no sentido de negar provimento ao recurso apresentado pela empresa ATHOS SERVIÇOS E MANUTENÇÃO LTDA (doc. 1885017), validando, dessa forma, a decisão da Comissão responsável pelo Pregão Eletrônico n. 02/2016 (Ata SJPISECAD1870363).

Comunique-se à interessada.

À SECAD, para os devidos fins.

DANIEL SANTOS ROCHA SOBRAL

Juiz Federal Diretor do Foro

Perceba, Douta Pregoeiro, inclusive que a decisão exarada faz menção a uma contratação ocorrida na Justiça Federal de Santa Catarina, a qual foi juntada nos autos deste pregão discutido, relatando haver idêntica situação, e corroborando a regularidade da contratação.

Passemos agora para outro órgão, o Ministério das Relações Exteriores – MRE, o qual proferiu decisão no âmbito do Pregão nº 022/2017, Processo Administrativo nº Processo Administrativo n.º09013.000203/2017-88 através do Ilustre Pregoeiro Felipe Macedo Couto em assertiva decisão sobre a possibilidade de participação da BEM BRASIL no certame expressa na parte final de sua decisão:

[...]

"Quanto à alegada impossibilidade de participação de entidade sem fins lucrativos no certame, adotou-se o entendimento do Tribunal de Contas da União, conforme o acórdão 1021/2007 - Plenário, segundo o qual é vedada a participação de entidades sem fins lucrativos em certames cujo objeto não esteja contemplado em seus estatutos ou documentos de constituição. No caso da Recorrida, o objeto do pregão está contemplado tanto no documento constitutivo quanto na inscrição no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas, motivo pelo qual não procede a alegação de quebra de isonomia.

Opina-se, portanto, pelo não provimento ao recurso."

Em outra decisão corolária à ampla participação no procedimento licitatório, se manifestou o INSS/BH, outro ente da Administração Pública Federal submetido à IN nº 05/2017/SEGEP/MP, sobre a participação da BEM BRASIL, enquanto entidade sem fins lucrativos, no âmbito do Pregão Eletrônico nº 06/2017, Processo Administrativo nº 35663.000152/2017-40, que assim decidiu:

[...]

6.2 Acerca da possibilidade de participação de entidades sem fins lucrativos em certames licitatórios, valer-me-ei parcialmente das palavras da própria RECORRENTE "à luz da jurisprudência pátria, constata-se que não é vedada a participação de entidades sem fins lucrativos em certames licitatórios". Desta forma, se o objeto social da entidade sem fins lucrativos é compatível com o objeto do edital, se a lei, a jurisprudência e o edital não vedaram a participação de tais entidades no certame licitatório, certamente não será este Pregoeiro que o fará.

Até mesmo a própria Polícia Rodoviária Federal do Piauí, em decisão recentemente proferida no âmbito do Pregão Eletrônico nº 04/2020, Processo SEI nº 08668.005339/2019-89 concluiu categoricamente sobre a possibilidade de participação da BEM BRASIL em certames licitatórios, prestigiando a ampla participação e a isonomia, decidindo pela sua habilitação com os seguintes dizeres:

[...]

Assim, passaremos a analisar os seguintes pontos:

1) Quanto à habilitação da empresa recorrida:

A habilitação é a fase da licitação pública em que se busca verificar as condições de qualificação daqueles que pretendem contratar com a Administração Pública, devendo os interessados atender a todas as exigências que a esse respeito sejam formuladas no instrumento convocatório.

Quanto às alegações de que a empresa recorrida não poderia participar do certame licitatório, por tratar-se de cooperativa, ressalta-se que tal afirmação não merece prosperar.

Da análise do CNAE (Classificação Nacional de Atividades Econômicas) da empresa, constata-se tratar de atividades de associações de defesa de direitos sociais, não estando vedada a participação do pregão, nos termos do item 4.2 e seguintes do edital.

Dando prosseguimento, a Administração averiguou a documentação original registrada, devidamente solicitada pelo pregoeiro, concluindo pela veracidade dos documentos apresentados pela Recorrida, ratificando as informações já registradas por intermédio do SICAF, em conformidade com os princípios e normas de regência.

Ressalta-se ainda que a empresa recorrida apresentou qualificação econômico-financeira e atestados de capacitação técnica condizentes com os preceitos editalícios.

Desta forma, conclui-se pela manutenção da habilitação da empresa INSTITUTO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO HUMANO -BE, CNPJ: 10.427.695/0001-19

Poderíamos relatar uma quantidade expressiva de entes da Administração Pública Federal que não só admitiram a participação da BEM BRASIL em processo licitatório, como também firmaram contratos, atuando conforme preleciona a melhor doutrina e jurisprudência. No entanto, a intenção aqui é tão logo demonstrar que o Ilustríssimo Pregoeiro da COMPANHIA DE SANEAMENTO MUNICIPAL – CESAMA atuou com a sapiência e assertividade que o caso requer, indo em mesmo sentido dos demais órgãos da Administração Federal, vinculada às regras do instrumento convocatório e conforme determina a legislação vigente e a jurisprudência já demonstradas anteriormente

3.2 DA TERRITORIALIDADE E DA DESNECESSIDADE DA CONDIÇÃO DE ASSOCIADO

A Recorrente em um dado momento infere que seria necessário que apenas os associados à BEM BRASIL pudessem executar as atividades de um futuro contrato. Contudo, tal forçosa afirmação não poderia ser mais falaciosa, já que a BEM BRASIL, como demonstrado em linhas anteriores, pode operar na condição de EMPREGADOR, sendo perfeitamente compreensível possuir de um lado empregados e de outro, associados – estas duas figuras não se confundem, não há qualquer vinculação ou obrigatoriedade exigida por parte da BEM BRASIL para admissão de qualquer pessoa em seus quadros de funcionário. Neste particular, traçando um paralelo com a legislação trabalhista vigente, conforme preleciona art. 2º, § 1º da CLT, as Associações Cíveis podem sim atuar como empregadoras e em regime de subordinação, ao contrário do que tentou inferir a Recorrente, sendo perfeitamente factível que a BEM BRASIL possua funcionários celetistas.

Cumpra ainda ressaltar que não há impedimento territorial concebível que impeça que uma licitante como a BEM BRASIL, com sede em São Paulo, possa atuar em outros estados da Federação. Afinal, uma das finalidades do próprio Pregão Eletrônico é aumentar a participação, e, por conseguinte, a competitividade do certame. Tal qual a Recorrente provavelmente possua funcionários fora do Estado de Minas Gerais, assim também possui a BEM BRASIL atuação em outros Estados, não sendo este fator podendo ser invocado como critério discriminatório e excludente.

3.3 DA QUALIFICAÇÃO TÉCNICA

Insiste a Recorrente de que a BEM BRASIL não teria apresentado a Certidão de Registro do Licitante e do seu responsável técnico no CRA (Conselho Regional de Administração) do Estado de origem, documentação que se referente à Qualificação Técnica. Primeiramente, cumpre evidenciar que este seria um caso de complementação de documentação, da qual é prevista no item 6.2. do instrumento convocatório, senão vejamos:

6.2.2 No caso de não constar no SICAF quaisquer documentos exigidos no item 6.1, o licitante deverá complementar a documentação exigida.

Nesta senda, este não é caso de inabilitação necessária, devendo o Exmo. Pregoeiro em respeito ao princípio da razoabilidade, proceder com o saneamento e requisitar a documentação ao licitante – como de fato o fez. Cabe a leitura do dispositivo 14.5 do Edital sobre o caso em comento:

14.5 É facultado ao(a) Pregoeiro(a), em qualquer fase do certame, promover as diligências que entender necessárias, adotando medidas de saneamento destinadas a esclarecer informações, corrigir impropriedades meramente formais na proposta, documentação de habilitação ou complementar a instrução do processo.

Agiu o Ilustre Pregoeiro de forma uníssona a mais recente jurisprudência do Tribunal de Contas da União, vejamos trecho do Acórdão nº 1.211/2021 que trata sobre o tema:

“O pregoeiro, durante as fases de julgamento das propostas e/ou habilitação, deve sanear eventuais erros ou falhas que não alterem a substância das propostas, dos documentos e sua validade jurídica, mediante decisão fundamentada, registrada em ata e acessível aos licitantes, nos termos dos arts. 8º, inciso XII, alínea “h”; 17, inciso VI; e 47 do Decreto 10.024/2019; sendo que a vedação à inclusão de novo documento, não alcança documento ausente, comprobatório de condição atendida pelo licitante quando apresentou sua proposta, que não foi juntado com os demais comprovantes de habilitação e/ou da proposta, por equívoco ou falha, o qual deverá ser solicitado e avaliado pelo pregoeiro”. (Grifamos) (TCU, Acórdão nº 1.211/2021, do Plenário, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, j. em 26.05.2021)

Assim, no dia 07/06/2022, às 15:04:14, conforme Ata da Sessão, o Sr. Pregoeiro confirmou a regularidade da certidão junto à BEM BRASIL, que retornou com a documentação por canal oficial estabelecido. Em que pese a documentação estar disponível para quem quiser verificar, ainda sim a BEM BRASIL irá juntar também como anexo a esta peça recursal as certidões em discussão, pondo termo de vez às tergiversações do Recorrente que sequer dignou-se a verificar no instrumento convocatório como se dão os processos de diligência e saneamento.

4. DOS PEDIDOS

Ante todo o exposto, em conformidade os princípios que regem a Administração Pública, a BEM BRASIL requer ao Doutro Pregoeiro que negue provimentos aos recursos interpostos, mantendo-se na íntegra a decisão da sessão pública do Pregão nº 129/21, que declarou a BEM BRASIL como vencedora do certame.

Em ato contínuo, determinar o resultado do Pregão 129/21, ser adjudicado e homologa do a Recorrida pela Autoridade Superior da COMPANHIA DE SANEAMENTO MUNICI-PAL – CESAMA por ser questão com amparo na

norma e no instrumento convocatório.

Termos em que pede e espera deferimento

São Paulo – SP, 15 de Junho de 2022

Antônio Cláudio da Silva do Nascimento
Representante Legal - CNPJ/MF nº.10.427.965/0001-19

Fechar