

FUNDAÇÃO DE SAÚDE PÚBLICA DE SÃO SEBASTIÃO

Lei Complementar nº 168/2013 e alterações

S.SEBAS+IA⊕



De: Diretoria Administrativa – Pregoeiro Gabriel Cassiano

Para: Diretoria Presidência

Data: 12 de dezembro de 2022

Assunto: Recurso interposto por CIENTÍFICALAB PRODUTOS LABORATORIAIS E SISTEMAS LTDA

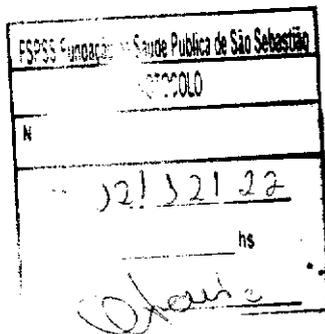
930
147/22
L

PREGÃO PRESENCIAL Nº: 19/2022

PROCESSO Nº: 147/2022

OBJETO: CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA PARA A COLETA DA AMOSTRAS BIOLÓGICAS E REALIZAÇÃO DE EXAMES LABORATORIAIS DE ANÁLISES CLÍNICAS DE NATUREZA CONTINUADA.

CONTRARRAZÕES AO RECURSO: ASSOCIAÇÃO FUNDO DE INCENTIVO À PESQUISA – AFIP PROTOCOLOU TEMPESTIVAMENTE EM 08 DE DEZEMBRO DE 2022.



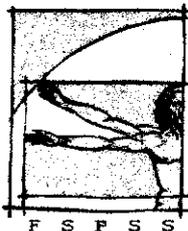
Insigne Diretor Presidente,

Trata o presente de recurso da licitante CIENTÍFICALAB PRODUTOS LABORATORIAIS E SISTEMAS LTDA contra os atos do Pregoeiro que habilitou a empresa ASSOCIAÇÃO FUNDO DE INCENTIVO À PESQUISA – AFIP.

DAS RAZÕES E DO PEDIDO

A Recorrente CIENTÍFICALAB PRODUTOS LABORATORIAIS E SISTEMAS LTDA, apresentou suas razões recursais cujo conteúdo segue entelado abaixo, em suas principais partes:

“6. A Associação Fundo de Incentivo à Pesquisa - AFIP é uma associação civil sem fins econômicos e lucrativos, qualificada como Organização Social, declarada de utilidade pública por Decretos e detentora de Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social (CEBAS). É o que se verifica a partir de uma simples leitura de seu estatuto social” (negrito do original).



FUNDAÇÃO DE SAÚDE PÚBLICA DE SÃO SEBASTIÃO

Lei Complementar nº 168/2013 e alterações

S. SEBASTIÃO



BRASIL

939
11/11/22

“10. Na medida em que a Recorrida possui isenções fiscais e imunidade tributária, possui custos operacionais menores, o que implica na possibilidade de oferecer propostas em valores muito menores que os das demais empresas participantes de licitações. Nota-se que não compete em condições iguais com outras empresas em procedimentos licitatórios e, sendo assim, claramente é vedada a presença desta em certames, sob pena de violação ao princípio da isonomia” (negrito do original).

“12. Sob esse racional, a Administração Pública Federal já editou ato que proíbe a participação de instituições sem fins lucrativos que gozam de benefícios fiscais e previdenciários de participarem de licitações, sob pena de malferimento à isonomia. É o que dispõe o art. 12, parágrafo único da Instrução Normativa nº 5, de 26 de maio de 2017:

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” (negrito do original).

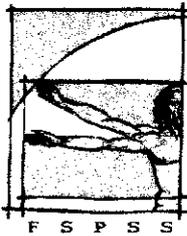
“Diante de tal fato, é evidente que as OSCIP, quando participantes de torneios licitatórios, teriam condições de ofertar um preço menor que o de seus concorrentes, beneficiando-se de uma isenção não concedida para que elas atuassem em regime de contratação com o Poder Público” (grifo e negrito do original).

“15. Oportuno destacar que a AFIP foi inabilitada em certame promovido recentemente pelo Município de Caieiras/SP, em razão da sua condição de associação social sem fins lucrativos que goza de benefícios, como demonstra o documento anexo (Doc. 01)”.

“17. Diante todo o exposto e comprovado acima, requer-se a revisão da decisão que habilitou a Recorrida, decretando-se a inabilitação da Associação Fundo de Incentivo à Pesquisa - AFIP, a fim de que o certame permaneça sob a mais estrita legalidade”.

DAS CONTRARRAZÕES

Em sua defesa, a Recorrida ASSOCIAÇÃO FUNDO DE INCENTIVO À PESQUISA – AFIP, apresentou suas contrarrazões ao recurso interposto, ao que será reproduzido as principais partes do seu teor:



FUNDAÇÃO DE SAÚDE PÚBLICA DE SÃO SEBASTIÃO

Lei Complementar nº 168/2013 e alterações

932
149/22
L



“Quanto à parte textual constituir-se em uma associação civil sem fins econômicos e lucrativos, qualificada como Organização Social, declarada de utilidade pública por Decretos e detentora de Certificado de Entidade Beneficente e Assistência Social (CEBAS), tudo isto é verdade, contudo deve-se compreender a aplicação no mundo jurídico e social, em especial a diferenciação entre Organização Social (OS) e Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) e ter em mentes que apesar da Recorrida ter o título de OS como requisito à contratualização na forma de Contrato de Gestão (o que definitivamente não é o caso), aqui o instrumento final a ser assinado será um contrato administrativo comum e não um Contrato de Gestão, razão pela qual esse título é inexpressivo para a disputa, menos ainda serve de empecilho para contratações de outro cunho - repete-se porque no caso concreto o instrumento a ser assinado é um contrato administrativo comum” (grifo e negrito propositais).

“[...] Neste sentido, tem-se o claro entendimento de Marçal Justen Filho¹, ao observar que:

(...) não se pode afastar a obrigatoriedade da licitação sob o argumento de que o contrato envolve uma ‘fundação’ ou uma ‘associação’, sujeitos dotados de natureza jurídica de direito privado. A natureza jurídica do sujeito é irrelevante. Para os fins da determinação da obrigatoriedade da licitação, o fundamental reside na existência de um vínculo de controle (mesmo que indireto) em favor de entidade integrante da Administração Pública” (grifo e negrito do original).

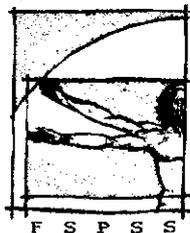
“[...] ademais há preferência para a participação do Terceiro Setor devido à filantropia nos termos dos artigos 24 e 25 da Lei Federal nº 8.080/1990 (Lei do SUS), vejamos a transcrição das referidas normas abaixo:

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

[...]

Art. 25. Na hipótese do artigo anterior, as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos terão preferência para participar do Sistema Único de Saúde (SUS)” (grifo e negrito do original).

“Vale salientar que o conteúdo da IN nº 5 de 2017, artigo 12, parágrafo único, tanto esbarra em ilegalidade, que fez com que a Secretaria de Gestão do Governo Federal emitisse uma orientação publicada em 08/01/2021, atualizado em 08/07/22, com a seguinte redação: A Secretaria de Gestão orienta os órgãos e entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, quando da realização de processos licitatórios destinados à contratação de empresário, de sociedade empresária ou de consórcio de empresas que incluam em seus editais a possibilidade de participação de instituições sem fins lucrativos nos



FUNDAÇÃO DE SAÚDE PÚBLICA DE SÃO SEBASTIÃO

Lei Complementar nº 168/2013 e alterações

233
14/2/22
L



processos licitatórios para a contratação de serviços sob regime de execução indireta, excetuadas aquelas qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), até que se proceda a alteração da Instrução Normativa nº 5, de 26 de maio de 2017” (grifo e negrito propositais).

“A Recorrida AFIP é uma associação civil sem fins lucrativos que não tem o título de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), logo, quando existe convocação própria (o que não é o caso do edital), sequer tem qualificação/título para firmar um Termo de Parceria. Lembrando que esta licitação tem como instrumento final a ser assinado um contrato administrativo comum, portanto nem um Termo de Parceria e nem um Contrato de Gestão” (grifo e negrito propositais).

DO ENTENDIMENTO

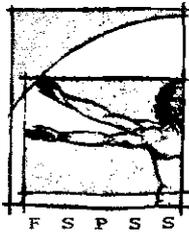
A Recorrente alega, em suas razões, que a participação da Recorrida no certame em epígrafe fere a isonomia do procedimento licitatório, sob o entendimento de que esta é uma entidade favorecida por benefícios fiscais que não alcançam empresas privadas.

Por conseguinte, considera que o pregoeiro errou ao declarar habilitada a Recorrida e, assim, requer a retificação da decisão.

Traz, ainda, entre os fundamentos para as alegações, a definição da natureza da Recorrida, estabelecida em seu estatuto social, e recorre à disposição contida no art. 12, parágrafo único, da Instrução Normativa nº 05/2017 da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia (SEDGGD/ME).

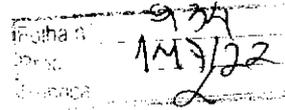
Conhecido é que o Código Civil em seu art. 53, *caput*, define como associação o ente formado pela união de pessoas que se organizam para fins não econômicos.

Fundamental, entretanto, perceber que o referido dispositivo legal, não teve como objetivo impossibilitar que as associações logrem resultado econômico positivo, já que, se assim fosse, a sua própria existência seria impossível, uma vez que não haveria recursos que assegurassem o seu funcionamento. Portanto, desde que destinado para o exercício da finalidade da entidade, a obtenção de lucro por esta é legítima.



FUNDAÇÃO DE SAÚDE PÚBLICA DE SÃO SEBASTIÃO

Lei Complementar nº 168/2013 e alterações



Em razão desta realidade é que o estatuto social da Recorrida prevê o seguinte:

*“Artigo 7º - A AFIP pode, de acordo com suas necessidades, **criar e manter atividades meio, como instrumento de captação de recursos e de suporte financeiro à promoção de suas finalidades institucionais**” (grifo e negrito propositais).*

“Artigo 9º - Dentro de suas possibilidades e especialidades a AFIP pode firmar contratos ou convênios com outras instituições congêneres ou afins, públicas ou privadas, nacionais ou estrangeiras, para o melhor desenvolvimento de suas finalidades institucionais”.

No que tange às eventuais isenções tributárias de que disponha a Recorrida, frise-se que tais benefícios decorrem obrigatoriamente de imposição legal, não cabendo à Administração, que obedece ao princípio da legalidade, contraditar tal condição.

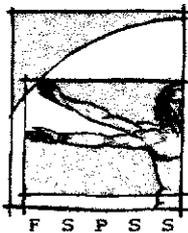
Quanto à participação de associações em certames licitatórios, recentemente o TCU proferiu o Acórdão nº 2.426/2020 – Plenário, que inclusive determina a modificação da IN nº 05/2017 da SEGES para limitar a restrição somente às instituições sem fins lucrativos qualificadas como OSCIP. Vejamos:

“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” (negrito propositual).



FUNDAÇÃO DE SAÚDE PÚBLICA DE SÃO SEBASTIÃO

Lei Complementar nº 168/2013 e alterações

S. SEBAS+IÁ ⊕



B R A S I L

Percebe-se, assim, que o entendimento do Tribunal de Contas da União é o de que a referida restrição deve ser limitada somente às entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – Oscips.

Diante disto, para complementação à presente deliberação, foi realizada consulta à relação de todas as Entidades Qualificadas como OSCIP do Ministério da Justiça e Segurança Pública (<http://portal.mj.gov.br/SistemaOscip/resultadoconsulta.asp>) e não foi obtido resultado correspondente ao CNPJ ou à Razão Social da Recorrida.

Desta forma, resta clara a admissibilidade da contratação de associações pela Administração, sob a condição de que seus estatutos e objetivos sociais guardem consonância com o objeto licitado, conforme entendimento proferido no Acórdão nº 7.459/2010 - 2ª Câmara do TCU:

“9.1. conhecer do Pedido de Reexame para, no mérito, dar-lhe provimento parcial, alterando a redação ao subitem 1.4.1.1 do Acórdão nº 5.555/2009-2ª Câmara, dirigido à Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), e que, doravante, em caráter normativo, aos Órgãos e Entidades da Administração Pública Federal Direta, Autárquica e Fundacional, que passa a ter o seguinte teor:

*9.1.1. **determinar que não habilitem, nos certames licitatórios para a contratação de serviços de terceirização ou assemelhados, entidades sem fins lucrativos cujos estatutos e objetivos sociais não tenham nexos com os serviços a serem prestados**” (grifo e negrito propositais).*

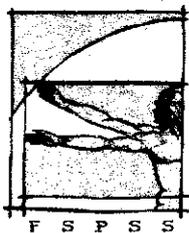
Por meio da verificação do estatuto social da Recorrida, observa-se o atendimento à condição supra:

“Artigo 3º - A AFIP tem por finalidade desenvolver ações de fomento à pesquisa científica e ao ensino, nos campos da Psicofarmacologia, Psicobiologia, Medicina Diagnóstica, Exercício Físico e Esporte, e outras áreas afins, atividade de atendimento hospitalar, com ou sem internação, bem como prestar assistência à saúde da população, por meio de serviços ambulatoriais e de medicina diagnóstica, e desenvolver atividades de assistência social.

Artigo 4º - Para atendimento das finalidades de que trata o artigo anterior a AFIP envida esforços, dentro de suas possibilidades e especialidades, no sentido de:

[...]

IV – manter serviços ambulatoriais, unidades de saúde e outros serviços assistenciais na área da saúde que possam favorecer a população;



FUNDAÇÃO DE SAÚDE PÚBLICA DE SÃO SEBASTIÃO

Lei Complementar nº 168/2013 e alterações

S. SEBAS+IÁ ⊕



B R A S I L

Processo nº 936
117/22
L

V – manter serviços de medicina laboratorial e diagnóstica; (grifo e negrito propositais)”.

Em face de todo o exposto acima, entendo que possa ser mantida a decisão do pregoeiro em habilitar a Recorrida.

Ainda assim, considerando que tal matéria foi reclamada em âmbito recursal, e utilizando-se do permissivo do item 15.2 do Edital, a Autoridade Superior poderá promover as diligências que entenda ser necessárias:

“15.2. É facultado ao Pregoeiro ou a autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou complementar a instrução do processo”.

E por todos os motivos descritos, em observância ao Princípio da Autotutela, bem como em obediência ao subitem 9.5.2 do Edital de Pregão Presencial nº 19/2022, encaminhe-se o presente, devidamente fundamentado, para análise e providências.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, entendo, salvo melhor juízo, ser possível indeferir o recurso interposto pela licitante CIENTÍFICALAB PRODUTOS LABORATORIAIS E SISTEMAS LTDA, mantendo todos os atos praticados no certame, sem prejuízo de anterior e eventual exercício de controle de legalidade e oportunidade e/ou promoção de diligências.

Sendo o que havia para constar, aguardando análise e manifestação.

Atenciosamente,

GABRIEL CASSIANO FELÍCIO DE SOUZA

Pregoeiro

Fundação de Saúde Pública de São Sebastião