

RESPOSTA À IMPUGNAÇÃO AO EDITAL DO PREGÃO ELETRÔNICO N.º 002/2023

OBJETO: CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS CONTINUADOS DE TRANSPORTE COM FORNECIMENTO DE VEÍCULOS COM MOTORISTAS, DEVIDAMENTE HABILITADOS, PARA TRANSPORTE DE SERVIDORES DO SAMA E EM SERVIÇO, DOCUMENTOS, FERRAMENTAS, MATERIAIS, EQUIPAMENTOS E PEQUENAS CARGAS, A FIM DE ATENDER À DEMANDA EM DESLOCAMENTOS, CONFORME CONDIÇÕES E EXIGÊNCIAS ESTABELECIDAS NO TERMO DE REFERÊNCIA – ANEXO I DO EDITAL, NO MUNICÍPIO DE CAXIAS DO SUL – RS.

Trata o expediente de impugnação ao Edital do Pregão Presencial n.º 002/2023, com abertura para dia 19 de outubro de 2023, às 9h.

DAS ALEGAÇÕES DA IMPUGNANTE

A empresa impugnante alega que há irregularidades nas exigências contidas no subitem 3.3.1 do Edital da Licitação e subitem 4.6 do Termo de Referência – Anexo I do Edital.

Relativamente ao subitem 4.6 do Termo de Referência – Anexo I do Edital:

A exigência imposta para a assinatura do contrato se mostra desarrazoada, visto que a assinatura do contrato é pré-requisito para que a contratada possa realizar os investimentos necessários para a execução do objeto, devendo a Administração se abster de estabelecer exigências que frustrem o caráter competitivo do certame. O item impugnado está afrontando a todos os princípios constitucionais que prezam pela eficiência, isonomia, competitividade (ampla concorrência), razoabilidade, finalidade e moralidade.

Traz em suas razões, trechos da legislação, mais especificamente da Lei Federal n.º 8.666, de 21 de junho de 1993 e alterações e do Decreto Federal n.º 10.024, de 20 de setembro de 2019, bem como decisões do STF e STJ, acerca do caráter competitivo de uma licitação. Ainda, menciona a Constituição Federal, que preconiza a livre concorrência, acórdãos do TCU, bem como traz outros excertos de publicações.

Informa, ainda que a Administração Pública possui mecanismos para a redução dos custos dos serviços licitados com exigências que ampliem a disputa, sendo uma delas a possibilidade de a licitante vencedora ter um prazo razoável para a execução do objeto contratual. Assim, deve a Administração sempre optar pela isonomia e não estabelecer critérios que limitem a maior competitividade do certame.

As exigências descritas no subitem 4.6 limitam o número de participantes, devendo ser suprimidas por medida de direito, visto que a licitante vencedora terá que, após a assinatura do contrato, investir para a obtenção de tais recursos.

Assim, requer a reformulação para que seja decotada as exigências restritivas, primando sempre pela competitividade do certame quanto à necessidade para a assinatura do contrato de apresentar a comprovação de vínculo dos profissionais previamente para a execução do objeto, assim como as suas Carteiras de Habilitação, Cópias dos Certificados de Registro e Licenciamento dos Veículos.

Relativamente à vedação de participação de cooperativas no certame, subitem 3.3.1 do Edital:

A impugnante relata que o Termo de Conciliação Judicial, firmado entre a União Federal e o Ministério Público do Trabalho, através da Ação Civil Pública n.º 01082-2002-020-10-00-0, estabelece a vedação de participação de cooperativas quando se caracteriza cessão de mão de obra subordinada.

De acordo com os serviços descritos no Termo de Conciliação, verifica-se a existência de subordinação entre os profissionais alocados para a execução dos serviços e a cooperativa.

Relaciona, na impugnação, os itens e subitens do Edital e seus Anexos que comprovam que a participação de cooperativas no certame deve ser vedada, por força de sua própria natureza jurídica não atender aos intes do Edital, quando a responsabilidade trabalhista e previdenciária, pois a relação jurídica estabelecida entre o associado e a sociedade cooperativa é de natureza civil, portanto, não havendo caracterização de relação de emprego.

Menciona o Acórdão n.º 975/2005 – Segunda Câmara – TCU, que define que se ficarem patentes que as atividades ocorrem, no mais das vezes, na presença de vínculo de subordinação entre o trabalhador e o fornecedor de serviços, fica autorizada a vedação à participação de cooperativas de trabalho.

No mesmo sentido, os Acórdãos n.º 1815/2003 – Plenário – CTU e n.º 307/2004 – Plenário – TCU, culminaram com a publicação da Súmula n.º 281, que *veda a participação de cooperativas em licitações quando, pela natureza do serviço ou pelo modo como é usulamente executado, no mercado em geral, houver necessidade de subordinação jurídica entre o obreiro e o contratado, bem como de pessoalidade e habitualidade.*

Informa que a razão para essa vedação encontra respaldo no art. 3º da Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT, e que a não vedação viola o pilar basilar do Direito do Trabalho.

Ainda, arrazoa que nas contratações cujo objeto envolva o exercício de atividade que demanda a existência de vínculos de emprego/subordinação dos profissionais com a pessoa jurídica contratada, como é o caso da licitação em questão, o Ministério Público do Trabalho e a justiça brasileira tendem a desconstituir a cooperativa, diante do princípio da primazia da realizada, sendo a Administração Pública, posteriormente, condenada ao pagamento das verbas trabalhistas suprimidas.

Por fim, alega que a restrição à participação de cooperativas no presente certame é a medida que se impõe, visto que a necessidade de mão de obra na contratação exige a existência de vínculo trabalhista, de modo a resguardar a Administração Pública quanto ao desrespeito às normas trabalhistas e previdenciárias.

Do Pedido:

Requer, a impugnante, que sejam retiradas do certame as exigências relativas ao subitem 4.6 quanto à necessidade, para assinatura do contrato, de apresentar a comprovação de vínculo dos profissionais previamente para a execução do objeto, assim como suas carteiras de habilitação, cópia dos certificados de registro e licenciamento dos veículos e cópias de apólice veicular, por medida de lícita justiça, bem como a manifestação expressa quanto à incompatibilidade da participação de cooperativas no certame, tendo em vista a natureza jurídicas destas estar em desconformidade com a legislação, por medida de direito.

DA ANÁLISE POR PARTE DO PREGOEIRO/AGENTE DE CONTRATAÇÃO

A impugnação foi apresentada tempestivamente, em observância aos termos da Lei Federal nº 14.133, de 1º de abril de 2021 e ao regramento contido no ato convocatório.

Inicialmente, cumpre esclarecer que o Edital do Pregão Eletrônico n.º 002/2023 foi analisado e aprovado pela Assessoria Jurídica do SAMAE, nos termos da legislação atinente à matéria.

Primeiramente, cumpre-se designar que a análise e a manifestação serão efetuadas considerando a vinculação ao instrumento convocatório e o princípio da isonomia, posto que o Edital é o princípio básico de toda licitação.

No tocante à impugnante mencionar a Lei Federal n.º 8.666, de 21 de junho de 1993 e alterações em sua impugnação, a análise e a manifestação considerará a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Lei Federal nº 14.133, de 1º de abril de 2021, posto ser este o regramento do Edital em questão.

A exigência contida no subitem 4.6 do Termo de Referência – Anexo I do Edital, após análise do demandante dos serviços, se mostrou, para o caso em tela, desarrazoada, sendo que o Edital e seus Anexos serão reformulados, oportunamente, a fim de não haver afronta aos princípios constitucionais.

Relativamente à permissão, constante do Edital, para participação de cooperativas, a Lei Federal n.º 12.690, de 19 de julho de 2012, que dispõe sobre a organização e o funcionamento das cooperativas de trabalho [...], em seu art. 5º, assim determina: “A Cooperativa de Trabalho não pode ser utilizada para intermediação de mão de obra subordinada.” Assim, é possível dizer que, como regra, é permitida a participação de cooperativas em licitações. A exceção fica por conta das contratações cujo objeto envolva **o exercício de atividade que demande a existência de vínculos de emprego/subordinação desses profissionais com a pessoa jurídica contratada (cooperativa), bem como dispensam os elementos da habitualidade e pessoalidade.** (grifo nosso)

Ainda, o Acórdão n.º 2260/2017 – Primeira Câmara – TCU diz que:

A administração pública não pode se valer da contratação de cooperativas de trabalho nos casos em que há risco de lesão a direitos trabalhistas, tendo em vista os princípios da moralidade, da legalidade e da economicidade, bem como a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho, insculpidos nos arts. 1º, incisos III e IV, e 5º, *caput*, da Constituição Federal.

[...]

9.2.1 permissão à participação de cooperativas de trabalho no certame, em afronta aos arts. 4º, inciso II, e 5º, da Lei 12.690/2012, à Súmula 281 do TCU, ao Termo de Conciliação Judicial entre a União e o Ministério Público do Trabalho, de 5/6/2003, e ao art. 4º da Instrução Normativa 2/2008 SLTI/MPOG;

[...]

A Secretaria de Gestão e Inovação, através do Comunicado n.º 04/2023 – Participação de sociedades cooperativas nas licitações para contratação de serviços continuados, com dedicação exclusiva de mão de obra, torna público, para amplo conhecimento dos órgãos e entidades integrantes do Sistema de Serviços Gerais (Sisg), o Parecer n. 00002/2023/DECOR/CGU/AGU do Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos da Consultoria-Geral da União, da Advocacia-Geral da União (Decor/CGU/AGU), em que ratifica a manutenção dos critérios estabelecidos no Termo de Conciliação firmado entre a AGU e o MPT nos autos da Ação Civil Pública nº 01082-2002-020-10-00-0, para a participação de sociedades cooperativas nas licitações para contratação de serviços continuados, com dedicação exclusiva de mão de obra, sob a égide da Nova Lei de Licitações e Contratos, a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, conforme Ementa abaixo:

EMENTA: LICITAÇÕES E CONTRATOS. SOCIEDADES COOPERATIVAS. POSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO EM LICITAÇÕES. TERCEIRIZAÇÃO. CONTRATAÇÃO DE COOPERATIVAS PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS COM DEDICAÇÃO EXCLUSIVA DE MÃO DE OBRA. ALTERAÇÃO LEGISLATIVA. SUPERVENIÊNCIA DA LEI N. 14.133/2021. EXISTÊNCIA DE TERMO DE CONCILIAÇÃO JUDICIAL NOS AUTOS DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA TRABALHISTA. ANÁLISE SOBRE A NECESSIDADE DE REVISÃO/REVOGAÇÃO DO TERMO DE CONCILIAÇÃO.

I - O art. 16 da Lei nº 14.133/2021 deve ser interpretado sistematicamente, e acordo com o arcabouço jurídico que envolve a matéria das Cooperativas, não prejudicando a validade do Termo de Conciliação firmado entre o Ministério Público do Trabalho - MPT e a Advocacia Geral da União - AGU.

II – Mesmo para as licitações sob a égide da Lei nº 14.133/2021, legítimo o entendimento de que a União deve se abster de celebrar contratos administrativos com cooperativas de trabalho nas hipóteses em que a execução dos serviços terceirizados, por sua própria natureza, demande vínculo de emprego dos trabalhadores em relação à contratada.

Em decorrência do objeto da licitação ser a contratação de empresa para prestação de serviços continuados de transporte com fornecimento de veículos com motoristas, devidamente habilitados, com dedicação de mão de obra exclusiva, em razão da consecução de sua finalidade pública, permanente e contínua, o que caracteriza cessão de mão de obra subordinada, é vedada a participação de cooperativa, nos termos das decisões abaixo colacionadas:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. PARTICIPAÇÃO DE SOCIEDADE COOPERATIVA. IMPEDIMENTO. POSSIBILIDADE. CONDIÇÃO.

Não se revela abusiva ou injusta cláusula que veda participação de sociedade cooperativa em certame licitatório, presente risco potencial de grave lesão aos cofres públicos. HIPÓTESE DE PROVIMENTO PELO RELATOR. (Agravado de Instrumento Nº 70045370707, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Estado do RS, Relator: Mara Larsen Chechi, Julgado em 07/10/2011)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PREGÃO PRESENCIAL 084/2014. SERVIÇO TERCEIRIZADO DE PORTARIA PARA O MUNICÍPIO DE CANOAS. PARTICIPAÇÃO DE COOPERATIVA VEDADA. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. É lícito vedar a participação de cooperativas de mão em licitações de mão de obra, diante da natureza da prestação dos serviços envolvidos, que abrangem situação de subordinação. Precedentes do STF. RECURSO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO. DECISÃO MONOCRÁTICA. (agravo de Instrumento Nº 70062835251,

Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Estado do RS,
Relator: Denise Oliveira Cesar, Julgado em 26/01/2015)

A permissão à participação de cooperativas em licitações que envolvam terceirização de serviços com subordinação, pessoalidade e habitualidade afronta os arts. 4º, inciso II, e 5º da Lei 12.690/2012, a Súmula TCU 281, o Termo de Conciliação Judicial entre a União e o Ministério Público do Trabalho, de 5/6/2003, e o art. 4º da IN-SLTI/MPOG 2/2008. A aparente economicidade dos valores ofertados pelo licitante nesses casos não compensa o risco de relevante prejuízo financeiro para a Administração Pública advindo de eventuais ações trabalhistas. (Acórdão 2260/2017 Primeira Câmara (Representação, Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues)

SÚMULA Nº 281:

É vedada a participação de cooperativas em licitação quando, pela natureza do serviço ou pelo modo como é usualmente executado no mercado em geral, houver necessidade de subordinação jurídica entre o obreiro e o contratado, bem como de pessoalidade e habitualidade. A restrição é para prevenir a Administração contratante de eventual responsabilização subsidiária trabalhista, nos termos da Súmula 331 do TST, sendo restrição justificada e essencial para resguardar o erário e o interesse público.

Além disso: Lei 12690/12: Art. 5º A Cooperativa de Trabalho não pode ser utilizada para intermediação de mão de obra subordinada. Assim, se o objeto da licitação requer a utilização de mão de obra em regime de subordinação, não pode ser aceita cooperativa em licitação. (atividade que demande a existência de vínculo de emprego/subordinação dos profissionais alocados para a execução do objeto com a pessoa jurídica contratada – cooperativa – é recomendável que o edital vede, expressamente, a participação de cooperativa.) Em vista disto, foi firmado um Termo de Conciliação Judicial entre a União Federal e o Ministério Público do Trabalho, ocorrido na Ação Civil Pública nº 01082-2002-020-10-00-0, no qual restou firmado que a União Federal se compromete apenas a não mais contratar cooperativas que atuem em atividades como serviços de limpeza, conservação e manutenção de prédios, equipamentos, veículos e instalações, entre outros. Os casos de vedação mencionados pressupõem subordinação entre profissionais alocados para a execução dos serviços e a eventual cooperativa que seria contratada pela Administração. (O QUE GERA MUITAS RECLAMAÇÕES TRABALHISTAS) O TCU em consonância com o acordo judicial firmado, não impede de forma absoluta a participação de cooperativas em procedimentos licitatórios, limitando esse impedimento às cooperativas que exerçam certas atividades. Essa foi a orientação consolidada pela Súmula 281 do TCU SÚMULA Nº 281 – TCU.

DA DECISÃO

Ante as considerações apresentadas, analisando as razões da impugnante, a Pregoeira manifesta-se no sentido de dar conhecimento à impugnação, em vista da presença de regularidade formal e, no mérito, dar-lhe provimento, sugerindo a alteração do Edital, a fim de garantir a isonomia, a legalidade e a ampla competitividade do certame.

À consideração superior, para que revise e, a seu critério, mantenha ou mude a decisão.

Caxias do Sul, 10 de outubro de 2023.

Maria Raquel de Sá Boz,
Pregoeira.