

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 27 de outubro de 2023, às 9h.

DAS ALEGAÇÕES DA IMPUGNANTE

A empresa impugnante alega que há itens em desconformidade com as leis e princípios que regem o certame, os quais devem ser alterados e aclarados.

Relativamente sobre a restrição às cooperativas para o serviço de transporte:

Informa a impugnante que, como as demais cooperativas DE TRANSPORTE, não faz a intermediação de mão de obra, mas, sim, transporte, com veículos dos seus próprios cooperados e quilometragem sendo a base de remuneração do contrato, ou seja, métricas que não deixam dúvida de que o contrato não é de intermediação de mão de obra. De outro lado, conforme se verifica no item 1 do edital o serviço licitado não é de terceirização de mão de obra exclusiva, mas sim, precisamente, “PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS CONTINUADOS DE TRANSPORTE COM FORNECIMENTO DE VEÍCULOS COM MOTORISTAS”. Adverte-se, portanto, desde logo, que apenas se os veículos fossem da frota própria do órgão público licitante, então, apenas nesse caso, haveria intermediação de mão de obra exclusiva.

Segue suas razões, informando que é essencial considerar que, pela razão acima (não se tem motorista para frota do órgão público) o edital não é por posto de empregado e o serviço tem impulso por demanda e aferição quilômetros rodados, até porque o edital é repleto de informações, várias, sobre essa questão de controle de quilometragem. Destaca partes do Edital e seus anexos, com o intuito de corroborar suas alegações de que não é caso de terceirização de mão de obra e não há qualquer motivo de fato e nem de direito para proibir cooperativas de transporte. Informa que o Edital possui pontos conflitantes dentro de seu texto e nenhuma vedação poderia haver, repita-se, sobre cooperativas de transporte, ainda mais, quando o serviço a ser executado tem essas características, não sendo a frota de veículos do órgão e a base de remuneração ser pela quilometragem, e não por posto terceirizado, como ocorreria com postos de vigilância ou recepção.

Alega que o Edital não pode restringir a participação de cooperativas, em afronta à Lei Federal n.º 14.133/2021 e também à Lei Federal n.º 12.690/2012, que em seu artigo 10, § 2º, estabelece que “A COOPERATIVA DE TRABALHO NÃO PODERÁ SER IMPEDIDA DE PARTICIPAR de procedimentos de licitação pública que tenham por escopo os mesmos serviços, operações e atividades previstas em seu objeto social”.

Anexa, ainda, acórdão do TCU sobre o tema, sob n.º 1.795/2005, bem como a súmula 222 do mesmo Tribunal.

Do Pedido:

Requer seja acolhida a impugnação para que o Edital seja corrigido e republicado, com a redação inteiramente ajustada quanto aos itens aqui tratados, para que sejam excluídas as cláusulas que inviabilizam as cooperativas de transporte.

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.

Cabe ressaltar que os serviços a serem contratados pelo SAMAE, no presente certame, **não são caracterizados como locação pura e simples de veículos**, como alega a impugnante. A contratação em tela é de PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS CONTINUADOS DE TRANSPORTE, em que a contratada deverá fornecer os veículos e os motoristas, sendo que ambos ficarão à disposição do SAMAE pelo tempo estipulado nas condições de execução do contrato, ou seja, os motoristas receberão ordens para a execução dos serviços diretamente da Contratante e não por intermédio da Contratada e estarão à disposição da Contratante para realizar serviços contínuos, nas suas dependências, durante toda a jornada de trabalho, caracterizando a dedicação exclusiva de mão de obra. Os funcionários que vierem a prestar serviços para a Autarquia, nesta contratação, devem, portanto, possuir vínculo empregatício/subordinação com a pessoa jurídica contratada (prestadora do serviço). Pelo exposto, a presente contratação não faz referência alguma à prestação de SERVIÇOS POR DEMANDA.

Ainda, a alegação de que o pagamento será por quilômetro rodado, caracterizando, portanto, não ser serviço com cessão de mão obra, não assiste razão à impugnante, tendo em vista que o faturamento mensal será composto pelo **valor total de cada motorista**, apurado na planilha de custos e formação de preços, conforme a proposta final da licitante vencedora, acrescido do **custo da quilometragem efetivamente rodada**, que será resultado do valor do quilômetro rodado multiplicado pela quantidade de quilômetros rodados. Portanto, haverá pagamento mensal do custo fixo de cada motorista e os demais custos incidentes serão pagos pela quilometragem efetivamente percorrida.

Relativamente à proibição, 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.º 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 n.º 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 n.º 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 DOTERMO 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.

Estabelece o subitem 1.5 do Edital:

1.5. O objeto desta contratação é **enquadrado como continuado, com dedicação de mão de obra exclusiva**, em razão da consecução de sua finalidade pública, permanente e contínua, para que os servidores possam exercer suas atividades diárias, sendo a vigência plurianual mais vantajosa, pois há maior concorrência entre os interessados, com a expectativa de melhores preços, tendo em vista que há maior segurança das empresas na vigência do contrato pelo mesmo prazo da vida útil estipulada para utilização dos veículos, ou seja, de 05 (cinco) anos, em vez de um contrato de apenas 12 (doze) meses. (Grifo nosso)

Por seu turno, a Lei Federal n.º 14.133, de 1º de abril de 2021, no inciso XVI de seu art. 6º, esclarece que:

XVI - **serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra**: aqueles cujo modelo de execução contratual exige, entre outros requisitos, que:

- a) os empregados do contratado fiquem à disposição nas dependências do contratante para a prestação dos serviços;
- b) o contratado não compartilhe os recursos humanos e materiais disponíveis de uma contratação para execução simultânea de outros contratos;

c) o contratado possibilite a fiscalização pelo contratante quanto à distribuição, controle e supervisão dos recursos humanos alocados aos seus contratos; (Grifo nosso)

Destarte, em decorrência do objeto da presente licitação ser a contratação de empresa para **prestação de serviços continuados de transporte**, com fornecimento de veículos e 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 cooperativas, 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. (Agravo 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, o Pregoeiro manifesta-se no sentido de dar conhecimento à impugnação, em vista da presença de regularidade formal e, no mérito, negar-lhe provimento.

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

Caxias do Sul, 26 de outubro de 2023.

Mateus Bortolini,
Pregoeiro.