



JULGAMENTO DE RECURSO

PREGÃO ELETRÔNICO SRP Nº 21/2021

Objeto: Registro de preços para eventual contratação da prestação de serviços de condução de veículos de representação, de serviços comuns e/ou especiais, em caráter permanente, para atendimento dos órgãos e entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional sediadas no Distrito Federal.

Tipo de Licitação: Menor preço

Processo Administrativo nº 19973.108317/2020-76

RECURSO Nº 1

Recorrente: G&E SERVIÇOS TERCEIRIZADOS LTDA, CNPJ Nº 08.744.139/0001-51.

Recorrida: ESSA SERVIÇOS ESPECIALIZADOS E FACILITIES EIRELI, CNPJ Nº. 17.004.212/0001-40

1. DAS PRELIMINARES

1.1. Dos Recursos

1.2. Trata-se de recurso administrativo interposto, tempestivamente, pela empresa G&E SERVIÇOS TERCEIRIZADOS LTDA., doravante denominada Recorrente, contra decisão da pregoeira que declarou a empresa ESSA SERVIÇOS ESPECIALIZADOS E FACILITIES EIRELI vencedora do Lote 15 do Pregão Eletrônico nº 21/2021.

1.2.1. A peça recursal (doc. SEI 19831596) foi anexada ao www.comprasgovernamentais.gov.br, tempestivamente, no dia 27/10/2021.

1.2.2. Todos os licitantes foram cientificados da existência de intenção de apresentar recurso, manifestada pela Recorrente na sessão pública.

1.3. Da admissibilidade

1.3.1. O critério de aceitabilidade do recurso exige a manifestação imediata e motivada da intenção de recorrer, tão logo seja declarado o vencedor do certame, conforme dispõe o artigo 44 do Decreto nº 10.024, de 20 de setembro de 2019:

Art. 44. Declarado o vencedor, qualquer licitante poderá, dentro do prazo concedido na sessão pública, de forma imediata, em campo próprio do sistema, manifestar sua intenção de recorrer.

1.3.2. Conforme registrado em ata, após a declaração do vencedor da licitação, a Recorrente manifestou imediata e motivadamente a intenção de recorrer contra a decisão da pregoeira que declarou a empresa vencedora do lote mencionado.

1.4. Assim, a peça recursal apresentada cumpre os requisitos de admissibilidade previstos na legislação, pelo que se passa à análise de suas alegações.

1.5. Importante registrar que, em 01/11/2021, a Recorrida apresentou suas contrarrazões (doc. SEI 19927277).

2. DAS ALEGAÇÕES DA RECORRENTE

2.1. A Recorrente impõe-se contra a decisão que declarou a empresa Recorrida vencedora do Lote 15 do Pregão Eletrônico nº 21/2021, tendo registrado em sua intenção de recurso na sessão pública, o seguinte motivo: *"Com base na lei 8.666/93 e art. 4º, inc. XVIII da Lei 10.520/0 e Acórdãos do TCU, manifestamos intenção de recurso por não concordamos com a classificação da proposta da empresa ESSA, visto que a mesma descumpriu obrigações referente a CCT da categoria, contrariando o disposto nos esclarecimentos liberados no processo. Tudo será minuciosamente provado na peça recursal"*

2.2. Visando melhor compreender os questionamentos trazidos pela Recorrente, faz-se necessário trazer à baila os pontos atacados em sua peça recursal:

[...]

2.2 Da falta de cotação do plano de saúde

[...]

constatou-se irregularidades na proposta apresentada que deverão resultar, conseqüentemente, na desclassificação da RECORRIDA do processo licitatório em análise, uma vez que apresentou cotação de preços em desacordo com as regras estabelecidas no instrumento convocatório, na lei e na convenção coletiva.

Tem-se que o edital da licitação em análise é claro em apontar que constitui obrigação das licitantes oferecer aos seus empregados, salários e benefícios compatíveis ao que dispõe a Convenção Coletiva de Trabalho, Dissídio ou Acordo do Sindicato ao qual a licitante ou os profissionais estejam vinculados, conforme dispõe o item 11.13, do Termo de Referência, do Edital:

"11.13. Responsabilizar-se pelo cumprimento das obrigações previstas em Acordo, Convenção, Dissídio Coletivo de Trabalho ou equivalentes das categorias abrangidas pelo contrato, por todas as obrigações trabalhistas, sociais, previdenciárias, tributárias e as demais previstas em legislação específica, cuja inadimplência não transfere a responsabilidade à CONTRATANTE."

E mais no item do edital é claro que os proponentes devem cotar TODOS os custos operacionais conforme item do edital:

6.3. Nos valores propostos estarão inclusos todos os custos operacionais, encargos previdenciários, trabalhistas, tributários, comerciais e quaisquer outros que incidam direta ou indiretamente na prestação dos serviços, apurados mediante o preenchimento do modelo de Planilha de Custos e Formação de Preços, conforme anexo deste Edital;

Dessa forma, seria dever da RECORRIDA inserir em sua planilha o custo referente ao plano de saúde, previsto na Cláusula Décima Primeira da CCT:

"CLÁUSULA DÉCIMA PRIMEIRA - PLANO DE SAÚDE

*As empresas repassarão a importância de R\$ 296,00 (duzentos e noventa e seis reais) a título de plano de saúde, mensalmente ao sindicato laboral ou a operadora que este indica, **unicamente por empregado efetivado e diretamente ativado na execução dos seus contratos de prestação de serviços, público ou privado**, limitado ao quantitativo de trabalhadores contratados pelos tomadores dos serviços, nas seguintes condições:*

Parágrafo Primeiro – O benefício será custeado pelo empregador e pelo trabalhador, sendo R\$ 173,07 (cento e setenta e três reais e sete centavos) custeados pelo empregador e R\$ 122,93 (cento e vinte e dois reais e noventa e três centavos) descontados do salário dos trabalhadores como coparticipação, mediante autorização por escrito, e repassado em conjunto com a parte do empregador ao SITTRATER/DF."

Dessa forma, a Convenção Coletiva informa que o benefício será custeado na forma de coparticipação, ou seja, provido pelo empregador e pelo empregado. O que gera assim, natureza trabalhista.

Verifica-se, que a i. Pregoeira bem sabe e deixou registrado nos esclarecimentos realizados a obrigatoriedade de ser observados as disposições contidas nos itens 11.13 e 18.12 do Termo de Referência, ao que diz respeito a cotação dos benefícios:

“Esclarecimento 22/09/2021 10:16:21

PEDIDO DE ESCLARECIMENTO 1:Pergunta 1 - Os benefícios PLANO SAÚDE e AUXÍLIO FUNERAL, as empresas que deixarem de cotar esses benefícios serão desclassificadas?

Resposta 22/09/2021 10:16:21

Em resposta ao pedido de esclarecimento referente à pergunta 1 informamos que 'não, desde que observadas as demais disposições estabelecidas no TR, especialmente os subitens 11.13 e 18.12 do Termo de Referência."

Assim, salienta o Termo de Referência:

“11.13. Responsabilizar-se pelo cumprimento das obrigações previstas em Acordo, Convenção, Dissídio Coletivo de Trabalho ou equivalentes das categorias abrangidas pelo contrato, por todas as obrigações trabalhistas, sociais, previdenciárias, tributárias e as demais previstas em legislação específica, cuja inadimplência não transfere a responsabilidade à CONTRATANTE;

18.12. A CONTRATANTE não se vincula às disposições contidas em Acordos, Dissídios ou Convenções Coletivas que tratem do pagamento de participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa CONTRATADA, de matéria não trabalhista, de obrigações e direitos que somente se aplicam aos contratos com a Administração Pública, ou que estabeleçam direitos não previstos em lei, tais como valores ou índices obrigatórios de encargos sociais ou previdenciários, bem como de preços para os insumos relacionados ao exercício da atividade, na forma disposta no artigo 6º da Instrução Normativa SEGES/MP nº 5, de 2017, observado o entendimento do Parecer nº 00004/2017/CPLC/PGF/AGU, aprovado em 23 de maio de 2017.”

Observa-se que a orientação da INSERÇÃO OU NÃO do custo na planilha de custo e formação de preços, ou seja, se o custo de obrigações e direito SE APLICAREM SOMENTE a Administração Pública o mesmo não deve ser considerado, só que, neste caso específico, o custo referente ao benefício do plano de saúde TEM COPARTICIPAÇÃO DO TRABALHADOR, logo, NÃO É CUSTO ÚNICO DA ADMINISTRAÇÃO, então o mesmo deve ser inserido na planilha de custo e formação de preço, por ser legítimo conforme a regra definida no Edital.

[...]

Veja, mesmo que haja a disposição da Instrução normativa que o órgão não arcará com os benefícios do plano de saúde, a ausência de cotação desse item que é relevante economicamente trará riscos altos para a Administração de possível descumprimento da convenção coletiva e riscos de ações judiciais nesse sentido em face da Administração como responsável solidária aos débitos da empresa relacionados a Súmula 331 do TST.

Portanto, a i. Pregoeira sinalizou que tais custos constavam na CCT de forma obrigatória, porém a RECORRIDA se recusou a atender à CCT, não adicionando em sua planilha de custos os benefícios obrigatórios.

Destaca-se, que sobre o assunto, mais esclarecimentos foram prestados por essa nobre Administração, confirmando o entendimento pleiteado:

Resposta 30/09/2021 10:21:08

Resposta: a licitante estará obrigada ao cumprimento das obrigações previstas em Acordo, Convenção, Dissídio Coletivo de Trabalho ou equivalentes das categorias abrangidas pelo contrato, como plano de saúde e seguro de vida, conforme item 11.13 do Edital; contudo, a licitante deve observar o disposto no artigo 6º da Instrução Normativa SEGES/MP nº 5, de 2017 e o entendimento do Parecer nº 00004/2017/CPLC/PGF/AGU, aprovado em 23 de maio de 2017, conforme disposto no item 18.13 do Termo de Referência: IN SEGES/MP 5/2017

Art. 6º A Administração não se vincula às disposições contidas em Acordos, Convenções ou Dissídios Coletivos de Trabalho que tratem de pagamento de participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa contratada, de matéria não trabalhista, ou que estabeleçam direitos não previstos em lei, tais

como valores ou índices obrigatórios de encargos sociais ou previdenciários, bem como de preços para os insumos relacionados ao exercício da atividade.

Parágrafo único. É vedado ao órgão e entidade vincular-se às disposições previstas nos Acordos, Convenções ou Dissídios Coletivos de Trabalho que tratem de obrigações e direitos que somente se aplicam aos contratos com a Administração Pública. (grifo nosso)

*Entende-se, portanto, que, caso a CCT à qual a empresa esteja vinculada determine que o plano de saúde e seguro de vida sejam **devidos somente aos empregados alocados em contratos de prestação de serviços, público ou privado, o pagamento desses benefícios pela Administração à contratada é ilegal.***

*Visto que a estimativa de custo apresentada na planilha modelo, Anexo III, foi referenciada pela CCT 2021/2021, firmada entre o Sindicato das Empresas de Asseio, Conservação, Trabalhos Temporários e Serviços Terceirizáveis do DF e Sindicato dos Trabalhadores Empresas de Transportes Terrestres de Passageiros Urbanos, Interestaduais, Especiais, Escolares, Turismo e de Carga do Distrito Federal (SITTRATER), **a qual estabelece, na cláusula décima primeira, que o benefício é limitado ao quantitativo de trabalhadores contratados pelos tomadores dos serviços, entende-se que ser vedado ao órgão contratante realizar o pagamento.***

Por essa razão, esses benefícios não foram previstos na planilha modelo: CLÁUSULA DÉCIMA PRIMEIRA - PLANO DE SAÚDE as empresas repassarão a importância de R\$ 296,00 (duzentos e noventa e seis reais) a título de plano de saúde, mensalmente ao sindicato laboral ou 'a operadora que este indica, unicamente por empregado efetivado e diretamente ativado na execução dos seus contratos de prestação de serviços, público ou privado, limitado ao quantitativo de trabalhadores contratados pelos tomadores dos serviços, nas seguintes condições. Sendo assim, para cotar o custo mensal com plano de saúde e seguro de vida, a licitante deve analisar o que está disposto na CCT à luz do art. 6º da IN SEGES/MP nº 5, de 2017 e Parecer nº00004/2017/CPLC/PGF/AGU."

[...]

Por último, insta acrescentar que a defesa dos interesses da classe, pelo sindicato, é plenamente justificada, no caso, haja vista que como é facultado ao empregado escolher pela sua integração ao auxílio saúde, não é lícito ao empregador impedir que o trabalhador possa ter acesso ao benefício.

*Noutras palavras: a integração ao benefício é direito subjetivo disponível do trabalhador, mas não é disponível ao empregador, que dele não pode se desvencilhar, na hipótese de o obreiro vir a ter a pretensão de fazer a opção por integrar ao plano beneficiário. **O empregador não pode privar o empregado de gozar desse benefício negociado entre os sindicatos representativos das categorias laboral e patronal.** Não podendo, portanto, a RECORRIDA deixar de prever tais custos em sua planilha de formação de preço.*

Ora, verifica-se na verdade uma tentativa da RECORRIDA de "mascarar" o preço de sua proposta, para então assim apresentar o menor preço em relação às demais licitantes; contudo, a RECORRIDA só consegue tal façanha ao não cotar em sua planilha de custos, gastos obrigatórios para a execução dos serviços licitados, fazendo com que dessa forma a proposta de preços ofertada não demonstre a realidade de todos os custos que a contratada terá que arcar ao executar os serviços licitados.

O risco de que tão logo se inicie a execução dos serviços a RECORRIDA, se permanecer como vencedora do presente certame, solicite a essa Administração reajuste/repactuação sobre o valor contrato, já que o valor proposto não considera todos os custos para a prestação dos serviços listados.

É certo que as irregularidades apresentadas pela RECORRIDA em sua proposta de preço, ao não prever em suas planilhas os custos citados acima poderão resultar em prejuízo considerável à Administração, já que o custo sobre tais questões influenciará e

aumentará o valor para a execução dos serviços contratados; logo, o valor proposto pela RECORRIDA não reflete e realidade dos fatos sobre o valor do serviços licitados, o que faz ainda com que as demais licitantes sejam prejudicadas, já que o valor da proposta da RECORRIDA foi inferior porque seu preço não levou em consideração todos os custos os quais terá que arcar, a proposta apresentada na verdade reflete em preço/valor inexequível.

A proposta vencedora deverá atender às exigências do edital e ofertar o menor preço para que seja consagrada vencedora do certame. O preço não deverá ser inexequível, sob pena de desclassificação, conforme estabelece o artigo 48, II da Lei n° 8.666/93:

[...]

Nesse diapasão, as regras inseridas no Edital estabelecem as exigências mínimas indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações por parte da futura contratada, não sendo lícita a contratação da RECORRIDA que não cumpriu as exigências do edital, quando tais irregularidades cometidas não são passíveis de correções.

Dessa forma, a RECORRENTE requer a desclassificação da proposta da ora RECORRIDA, por não atender as exigências do instrumento convocatório.

2.3 Do caráter vinculante dos esclarecimentos prestados pela Administração

De há muito que os esclarecimentos prestados pela Administração possuem caráter vinculante. Tal situação já foi, inclusive, reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça, assim:

“A resposta de consulta a respeito da cláusula de edital de concorrência pública é vinculante; desde que a regra assim explicitada tenha sido comunicada a todos os interessados, ela adere ao edital. Hipótese em que, havendo dissídio coletivo pendente de julgamento, a resposta à consulta deu conta a todos os licitantes de que os reajustes salariais dele decorrentes seriam repassados para o preço-base.” (REsp n° 198.665/RJ, rel. Min. Ari Pargendler, j. em 23/03/1999, DJ DE 03/05/1999).

9. Considerando a inexistência de previsão específica na Lei 8.666/93 e no Edital 2/2007 quanto à forma de utilização de atestados relativos a obras desenvolvidas em consórcios anteriores, tem-se que devem ser observados os esclarecimentos prestados pela Comissão de Licitação, conforme determinação constante do instrumento convocatório (item 17.2).

10. Quanto ao caráter vinculante dos esclarecimentos prestados, ressalta o doutrinador Marçal Justen Filho que "é prática usual, fomentada pelo próprio art. 40, inc. VIII, que a Administração forneça esclarecimentos sobre as regras editalícias. A resposta formulada administrativamente apresenta cunho vinculante para todos os envolvidos, sendo impossível invocar o princípio da vinculação ao edital para negar eficácia à resposta apresentada pela própria Administração". Acrescenta, ainda, que "a força vinculante da resposta ao pedido de esclarecimento envolve as hipóteses de interpretação do edital. Ou seja, aplica-se quando há diversas interpretações possíveis em face do ato convocatório. Se a Administração escolhe uma ou algumas dessas interpretações possíveis e exclui outras (ou todas as outras), haverá vinculação" ("Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos". 11ª ed., São Paulo: Dialética, 2005, pp. 402/403).

11. Sobre o assunto, já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que "a resposta de consulta a respeito de cláusula de edital de concorrência pública é vinculante; desde que a regra assim explicitada tenha sido comunicada a todos os interessados, ela adere ao edital" (REsp 198.665/RJ, 2ª Turma, Rel.Min. Ari Pargendler, DJ de 3.5.1999).

(...)

13. Verifica-se, portanto, ser ilegal o ato impugnado no presente mandado de segurança - que inabilitou o consórcio formado pelas impetrantes -, visto que não observou os esclarecimentos exaustivamente prestados pela Comissão de Licitação, que vincularam

tanto os licitantes como a própria Administração. É inviável que as regras para demonstração de qualificação técnica sejam alteradas no momento da apreciação do recurso administrativo interposto. Conforme já destacado, não há previsão específica no Edital 2/2007 sobre a utilização de atestados decorrentes de obras realizadas em consórcio, de modo que devem ser obedecidos os critérios indicados nas informações prestadas pela Comissão de Licitação, que, repita-se, consignaram que os atestados relativos a obras desenvolvidas anteriormente em consórcio serão considerados em sua totalidade para cada uma das empresas consorciadas, independentemente do percentual de sua participação no consórcio, desde que não haja discriminação expressa da responsabilidade de cada uma pela execução de partes distintas da obra.

14. Ressalte-se que não se está afirmando que essa seria a melhor forma de verificar a qualificação técnica dos licitantes, nem caberia tal providência ao Poder Judiciário. O que está sendo examinado é, tão-somente, a conformação entre o ato emanado do Sr. Ministro de Estado da Integração Nacional e os esclarecimentos prestados pela autoridade competente que devem ser observados pelas partes envolvidas.

15. Caso a Administração, posteriormente, concluísse pela inadequação do critério adotado para a demonstração da qualificação técnica dos participantes do certame, não haveria óbice a que procedesse à alteração das condições estabelecidas, desde que desse publicidade a tal ato, abrindo novo prazo para possibilitar aos licitantes a adaptação das propostas a serem apresentadas. O que não é possível é ignorar as regras por ela mesma impostas e que orientaram os licitantes na elaboração de suas propostas.” (MS 13.005/DF, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/10/2007, DJe 17/11/2008).”

O Tribunal de Contas da União trata da mesma forma o assunto:

“Esclarecimentos prestados administrativamente para responder a questionamento de licitante possuem natureza vinculante para todos os participantes do certame, não se podendo admitir, quando da análise das propostas, interpretação distinta, sob pena de violação ao instrumento convocatório. Acórdão 299/2015-Plenário | Relator: VITAL DO RÊGO.”

Nesse sentido, quando a Administração esclarece, em mais de uma oportunidade, que é obrigatório analisar os itens previstos na CCT, deve ser atendido pelas licitantes no momento de realizar a cotação da planilha de proposta.

Nesse sentido, vincula-se a tais orientações. Uma vez afastando-se delas, fere princípio da isonomia e da vinculação ao instrumento convocatório, o que não pode ocorrer.

Por tais motivos, não deve essa Administração manter a classificação da proposta de preços da empresa ora RECORRIDA, pela ilegalidade de que se reveste.

2.4 Do dever da melhor administração

A Administração deve pautar sempre as decisões que toma orientada pelo dever de boa administração. Aliás, até mais que isso.

[...]

Essa honrosa instituição pública não está praticando atos que indiquem a busca pela melhor administração. Mas ainda há tempo de sanear tais vícios, conforme demonstrado.

4. DOS PEDIDOS

Ante o exposto, requer a Vossa Senhoria se digne a:

ACOLHER os argumentos aqui expendidos, DANDO PROVIMENTO ao presente Recurso Administrativo, revendo a decisão de aceitação e habilitação da empresa RDJ ASSESSORIA E GESTAO EMPRESARIAL EIRELI, inscrita no CNPJ nº 06.350.074/0001-34, afastando-a do certame;

RETOMAR a fase anterior da licitação, de modo a prosseguir na seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, e que atenda aos requisitos editalícios;

OU, se não entender deste modo

b) FAZER SUBIR o presente Recurso Administrativo, de modo que a autoridade superior

possa acolher os mesmos argumentos, dando-lhe provimento.

3. DAS CONTRARRAZÕES - ESSA SERVIÇOS ESPECIALIZADOS E FACILITIES EIRELI

3.1. Cumpridas as formalidades legais, foi oportunizada à licitante a apresentação de contrarrazões no prazo legal, sendo essa apresentada pela Recorrida, que rebateu os pontos suscitados pela recorrente, conforme se extrai da peça impugnatória apresentada (SEI 19927277):

– I –

A Recorrente alegou que a proposta formulada pela Recorrida deveria ser sumariamente desclassificada porque ela não cotou o plano de saúde previsto na cláusula décima primeira da Convenção Coletiva de Trabalho (CCT) firmada entre o Sindicato das Empresas de Asseio, Conservação, Trabalhos Temporário e Serviços Terceirizáveis do Distrito Federal (SEAC/DF) e o Sindicato dos Trabalhadores Empresas de Transportes Terrestres de Passageiros Urbanos, Interestaduais, Especiais, Escolares, Turismo e de Carga do Distrito Federal (SITTRATER).

Pois bem. EM PRIMEIRO LUGAR pede-se vênia para chamar à baila parte da conclusão inculpada no Parecer n.º 012/16 confeccionado pela Senhora Procuradora Federal Daniela Silva Borges, e que foi cancelado à unanimidade por todos os membros da Câmara Permanente de Licitações e Contratos do Departamento de Consultoria da Procuradoria-Geral Federal (cf. art. 36, §1º, da Portaria n.º 388/2.016-PGF/AGU), in verbis:

“Respondidos os questionamentos trazidos pela Nota n.º 25/2016/DEPCONSU/PGF/AGU, para evitar novas dúvidas jurídicas quanto às próximas convenções coletivas de trabalho - que pelo visto tendem a reproduzir a norma ilícita da CCT/2014, como ocorreu nas convenções de 2015 e 2016 -, sugere-se que a Administração Pública insira, em seus próximos editais de licitação, cláusula que expressamente vede a cotação, nas planilhas de custos e formação de preços, de benefícios estabelecidos em convenção coletiva de trabalho que onerem diretamente a Administração Pública tomadora de serviços.

61. Por todo o exposto, respondendo aos questionamentos da Nota n.º 25/2016/DEPCONSU/PGF/AGU, entende-se que o benefício "plano de saúde" ilicitamente previsto na Convenção Coletiva de Trabalho de 2014, celebrada entre o SEAC/DF e o SINDISERVIÇOS/DF, bem como nas subsequentes convenções que reproduziram o seu teor, deve ser excluído das planilhas de custos e formação de preços dos contratos administrativos celebrados sob a égide dessas convenções, buscando-se, em regra, o ressarcimento dos valores indevidamente pagos a esse título, respeitados os ditames do devido processo legal.

62. O ressarcimento dos valores já pagos a título desse plano de saúde não deve ser realizado quando reconhecida a boa-fé das empresas contratadas, a ser investigada no caso concreto, de acordo com as balizas traçadas no presente parecer.

63. Por fim, recomenda-se que a Administração Pública insira, em seus próximos editais de licitação, cláusula que expressamente vede a cotação, nas planilhas de custos e formação de preços, de benefícios estabelecidos em convenção coletiva de trabalho que onerem diretamente a Administração Pública tomadora de serviço”.

O parecer em foco ratificou o Parecer n.º 15/14 também do Departamento de Consultoria da Procuradoria-Geral Federal, cujo específico objeto foi uma coleção de cláusulas talhadas em Convenções Coletivas de Trabalho celebradas especificamente entre o SINDISERVIÇOS/DF e o SEAC/DF, com vigência entre os anos de 2.014 e 2.016. As indigitadas cláusulas dispunham exatamente sobre concessão de plano de saúde a empregados terceirizados.

E basta colocar lado a lado a cláusula décima primeira da CCT de 2.021 firmada entre o SEAC/DF e o SITTRATER e, por exemplo, a cláusula décima sexta da CCT do ano de

2.015 pactuada pelo SEAC/DF junto ao SINDISERVIÇOS/DF para se concluir que as referidas disposições são essencialmente IGUAIS e que ipso facto padecem das mesmíssimas ilegalidades. Senão confira, respectivamente, in ipsi litteris:

CLÁUSULA DÉCIMA PRIMEIRA - PLANO DE SAÚDE

As empresas repassarão a importância de R\$ 296,00 (duzentos e noventa e seis reais) a título de plano de saúde, mensalmente ao sindicato laboral ou 'a operadora que este indica, UNICAMENTE POR EMPREGADO EFETIVADO E DIRETAMENTE ATIVADO NA EXECUÇÃO DOS SEUS CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS, PÚBLICO OU PRIVADO, LIMITADO AO QUANTITATIVO DE TRABALHADORES CONTRATADOS PELOS TOMADORES DOS SERVIÇOS, nas seguintes condições:

Parágrafo Nono – O benefício, ora instituído, SERÁ DEVIDO, APENAS E TÃO SOMENTE, EM RELAÇÃO AOS EMPREGADOS EFETIVAMENTE ALOCADOS NOS SERVIÇOS E LIMITADO AO CONTINGENTE CONTRATADO.

CLÁUSULA DÉCIMA SEXTA - PLANO DE SAÚDE

As empresas repassarão ao sindicato laboral, mensalmente, o valor de R\$ 150,00 (cento e cinquenta reais), a título de plano de saúde, UNICAMENTE POR EMPREGADO EFETIVADO E DIRETAMENTE ATIVADO NA EXECUÇÃO DOS SEUS CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS, LIMITADO AO QUANTITATIVO DE TRABALHADORES CONTRATADOS PELOS TOMADORES DOS SERVIÇOS, cabendo ao SINDISERVIÇOS/DF contratar, administrar e remunerar o referido plano. O benefício em questão será custeado exclusivamente com os valores repassados pelos órgãos da administração pública e privada, contratantes da prestação dos serviços.

Parágrafo quinto - O plano de saúde ora instituído será devido apenas e TÃO SOMENTE EM RELAÇÃO AOS EMPREGADOS EFETIVOS ALOCADOS A SERVIÇO DO CONTRATANTE QUE CONCEDEU REFERIDO BENEFÍCIO, LIMITADO AO CONTINGENTE CONTRATADO.

Com efeito, as duas cláusulas limitam o benefício em questão apenas ao trabalhador "diretamente ativado na execução" de contratos de terceirização, quer para tomadores de serviços públicos ou quer para aqueles da iniciativa privada. O que viola o art. 611 da CLT, além de padecer do vício sectário de estabelecer direito apenas a trabalhador terceirizado, isto é, apenas àquele "diretamente ativado na execução" de contratos, conforme a Senhora Procuradora Federal Daniela Silva Borges muito bem pontou no já multicitado Parecer n.º. 012/16:

“16. Quanto à primeira ilegalidade, explica o parecer que, por exemplo, um bombeiro hidráulico (uma das categorias profissionais abrangidas pela convenção) que trabalhasse num órgão da Administração Pública desempenharia exatamente as mesmas funções daquele que trabalhasse na sede da empresa empregadora. Ou seja, tratar-se-ia do mesmo profissional, não havendo motivos legítimos, sustentados pela ordem jurídica, para que um tivesse direito ao plano de saúde custeado pelo empregador e o outro, não.

17. Quanto à segunda ilegalidade, explica a manifestação que a desoneração das empresas empregadoras feita pela convenção, por meio da transferência direta do ônus do plano de saúde aos tomadores de serviço, representa uma afronta ao artigo 611 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), segundo o qual as convenções coletivas criam obrigações apenas para as categorias econômicas e profissionais representadas pelos respectivos Sindicatos, no âmbito de suas representações, não podendo criar obrigações diretas para terceiros, que dela sequer tomaram parte.

18. E as duas ilegalidades se entrelaçariam: referida diferença de tratamento, pondera o parecer; só se justificaria pela intenção nefasta de se garantir contratualmente um direito trabalhista ao empregado sem onerar financeiramente o empregador, onerando-se exclusivamente a Administração Pública, que se veria compelida a repassar os custos do plano de saúde às empresas contratadas, dados os efeitos normativos da convenção.

19. Nesse sentido, tal convenção coletiva teria sido fruto de interesses justapostos dos

sindicatos convenientes (e não contrapostos, como ocorrem com as verdadeiras convenções): simultaneamente atenderia os interesses do sindicato laboral, que garantiria um plano de saúde aos trabalhadores que representa; e aos interesses do sindicato patronal, que representa empresas cujos lucros nos contratos administrativos traduzem-se num percentual aplicável sobre o custo total dos serviços, então significativamente incrementado pelo novo benefício.

20. Assim, em vista das ilegalidades acima apontadas, a Procuradoria-Geral Federal, por meio desta Câmara Permanente de Licitações e Contratos, concluiu ser indevida a inclusão de custos para pagamento desse plano de saúde, nas planilhas de preços das vigentes e das futuras contratações que envolvessem as categorias profissionais regidas pela CCT em debate.”.

Sendo ipso facto também forçoso concluir que a cotação deste custo violaria o art. 6º da Instrução Normativa (IN) 05/17 do Ministério do Planejamento, Orçamento, e Gestão (MPOG), assim vazado:

Art. 6º A Administração NÃO se vincula às disposições contidas em Acordos, Convenções ou Dissídios Coletivos de Trabalho que tratem de pagamento de participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa contratada, de matéria não trabalhista, ou que estabeleçam direitos não previstos em lei, tais como valores ou índices obrigatórios de encargos sociais ou previdenciários, bem como de preços para os insumos relacionados ao exercício da atividade.

Parágrafo único. É VEDADO ao órgão e entidade vincular-se às disposições previstas nos Acordos, Convenções ou Dissídios Coletivos de Trabalho que tratem de obrigações e direitos que somente se aplicam aos contratos com a Administração Pública.

Desaguando-se, pois, na conclusão de que in casu seria ILEGAL cotar plano de saúde. Conclusão perfilhada também pela Corte de Contas da União (cf. Acórdão 1.033/15) e que foi ratificada mais recentemente pela Procuradoria-Geral Federal no Parecer nº. 04/17.

Já EM SEGUNDO LUGAR a não cotação em comento decorreu da necessária reverência ao PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO EDITAL, tendo em vista o disposto no item 18.12 do Termo de Referência ao Edital, abaixo transcrito:

“18.12. A CONTRATANTE não se vincula às disposições contidas em Acordos, Dissídios ou Convenções Coletivas que tratem do pagamento de participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa CONTRATADA, de matéria não trabalhista, de obrigações e direitos que somente se aplicam aos contratos com a Administração Pública, ou que estabeleçam direitos não previstos em lei, tais como valores ou índices obrigatórios de encargos sociais ou previdenciários, bem como de preços para os insumos relacionados ao exercício da atividade, na forma disposta no artigo 6º da Instrução Normativa SEGES/MP nº 5, de 2017, observado o entendimento do Parecer nº 00004/2017/CPLC/PGF/AGU, aprovado em 23 de maio de 2017.”

Ademais, há de se ver EM TERCEIRO LUGAR que o art. 36 da Lei 12.529/11 dispõe que é infração à ordem econômica a prática de atos, sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir limitações à livre concorrência ou a livre iniciativa.

Ora, a cláusula décima primeira da CCT em foco simplesmente impede que se contrate plano de saúde diverso daquele eleito pela entidade sindical, a quem cabe, nos termos da CCT, “a escolha, contratação e administração do referido plano”.

POR FIM, a Recorrida também invoca o princípio da ISONOMIA para postular simetria e coerência na interpretação da questão em tela, de modo a prevalecer, independentemente de qualquer outro argumento adicional, o mesmo entendimento

talhado e.g. na Nota Informativa SEI nº 6985/2019/ME, vinculada ao Pregão Eletrônico nº. 06/2.019. O que se esgrime forte no art. 30, caput e parágrafo único, do Decreto-Lei nº. 4.657/1.942, e também invocando, por analogia, o art. 3º, inc. IV, da Lei nº. 13.874/2.019.

ENFIM, a Recorrida não pode ser censurada por se balizar em premissas divulgada em pareceres jurídicos referenciais da Advocacia Geral da União (parecer nº 15/2.014 /CPLC/OEPCONSU/PGF/AGU, ratificado pelo Parecer nº 12/2.016 e pelo parecer nº 04/2017), e também ao fundar-se na única conclusão lógica e jurídica que se podia extrair do item 18.12 do Termo de Referência ao Edital.

– II –

Valendo ainda lembrar que “a inexecutabilidade de itens isolados da planilha de custos não caracteriza motivo suficiente para a desclassificação da proposta (art. 48, inciso II, da Lei 8.666/1993), pois o juízo sobre a inexecutabilidade, em regra, tem como parâmetro o valor global da proposta” (Acórdão nº. 637/2017-Plenário, Data da sessão 05/04/2.017, Ministro Aroldo Cedraz).

E também sem se olvidar que “a proposta de licitante com margem de lucro mínima ou sem margem de lucro não conduz, necessariamente, à inexecutabilidade, pois tal fato depende da estratégia comercial da empresa” Acórdão nº. 3092/2014-Plenário, Data da sessão 12/11/2.014, Ministro Bruno Dantas).

Dito de outro modo, problemas com um item isolado da planilha de composição de preço não pode resultar na rejeição do lance, quer porque o art. 29, §2º, da IN 02/2.008 expressamente vedava e o item 7.9 do Anexo VII-A da IN 07/2.017 ainda veda, quer porque a proposta é uma QUESTÃO PRIVADA, conforme lição de Marçal Justen Filho:

“A formulação de proposta inexecutável é problema particular do licitante, que deve resolver-se ou através da punição exemplar (quando não for honrada) ou no âmbito da repressão a práticas de abuso de poder econômico (quando o sujeito valer-se de seu poder econômico para infringir a competição econômica leal)”. (JUSTEN FILHO, Marçal. Pregão: (comentários à legislação do pregão comum e eletrônico). 5. ed. rev., atual. São Paulo: Dialética, 2009, pp. 109).

Aliás, pede-se nova vênua agora para rememorar o teor do Acórdão 325/2007-TCU-Plenário, de cujo conteúdo se extrai relevante escólio sobre custos e margem de lucro em licitações, in verbis mutati mutandis:

“Dependendo da escolha da estratégia comercial, a empresa pode ser bem agressiva na proposta de preços, relegando a segundo plano o retorno do investimento considerado para o contrato. Quanto menor for a taxa percentual exigida para análise sobre o retorno do investimento, maior será a competitividade de proposta. As motivações para perseguir o sucesso em uma licitação em detrimento da remuneração possível pela execução da obra variam: a empresa pode estar interessada na obra específica por sinergia com suas atuais atividades; pode haver interesse em quebrar barreiras impostas pelos concorrentes no mercado para o tipo de obra a ser executada; pode haver interesse em incrementar o portfólio de execução de obras da empresa; pode haver interesse na formação de um novo fluxo de caixa advindo do contrato e que pode contribuir com outros tipos de ganho para a empresa, entre outras. Esses exemplos podem traduzir ganhos indiretos atuais para empresa ou mesmo ganho futuro, na ótica de longo prazo para o mercado.”

4. DA ANÁLISE DOS RECURSOS

4.1. Vencidas as fases de admissibilidade, razões e requerimento do recurso, assim como das contrarrazões apresentadas pela Recorrida, passa-se à análise da peça recursal interposta pela Recorrente.

4.2. A peça recursal, ora em análise, está fundamentada unicamente na ausência de cotação do plano de saúde previsto na Cláusula Décima Primeira da CCT, alegando, em apertada síntese, inexecução de proposta, descumprimento das regras do edital, e a inobservância da pregoeira quanto aos esclarecimentos por ela prestados aos interessados e aos quais a Administração encontra-se vinculada.

4.3. Vejamos a cláusula questionada:

“CLÁUSULA DÉCIMA PRIMEIRA - PLANO DE SAÚDE As empresas repassarão a importância de R\$ 296,00 (duzentos e noventa e seis reais) a título de plano de saúde, mensalmente ao sindicato laboral ou à operadora que este indica, **unicamente por empregado efetivado e diretamente ativado na execução dos seus contratos de prestação de serviços, público ou privado, limitado ao quantitativo de trabalhadores contratados pelos tomadores dos serviços**, nas seguintes condições:

Parágrafo Primeiro – O benefício será custeado pelo empregador e pelo trabalhador, sendo R\$ 173,07 (cento e setenta e três reais e sete centavos) custeados pelo empregador e R\$ 122,93 (cento e vinte e dois reais e noventa e três centavos) descontados do salário dos trabalhadores como coparticipação, mediante autorização por escrito, e repassado em conjunto com a parte do empregador ao SITTRATER/DF.”

4.4. O que reza o Edital:

6.3. Nos valores propostos estarão inclusos todos os custos operacionais, encargos previdenciários, trabalhistas, tributários, comerciais e quaisquer outros que incidam direta ou indiretamente na prestação dos serviços, apurados mediante o preenchimento do modelo de Planilha de Custos e Formação de Preços, conforme anexo deste Edital;

4.5. E o Termo de Referência:

11.13. Responsabilizar-se pelo cumprimento das obrigações previstas em Acordo, Convenção, Dissídio Coletivo de Trabalho ou equivalentes das categorias abrangidas pelo contrato, por todas as obrigações trabalhistas, sociais, previdenciárias, tributárias e as demais previstas em legislação específica, cuja inadimplência não transfere a responsabilidade à CONTRATANTE;

[...]

18.12. A CONTRATANTE não se vincula às disposições contidas em Acordos, Dissídios ou Convenções Coletivas que tratem do pagamento de participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa CONTRATADA, de matéria não trabalhista, de obrigações e direitos que somente se aplicam aos contratos com a Administração Pública, ou que estabeleçam direitos não previstos em lei, tais como valores ou índices obrigatórios de encargos sociais ou previdenciários, bem como de preços para os insumos relacionados ao exercício da atividade, na forma disposta no artigo 6º da Instrução Normativa SEGES/MP nº 5, de 2017, observado o entendimento do Parecer nº 00004/2017/CPLC/PGF/AGU, aprovado em 23 de maio de 2017.

4.6. Quanto aos esclarecimentos prestados, convém destacar os que seguem:

Questionamento: Pergunta 1 - Os benefícios PLANO SAÚDE e AUXÍLIO FUNERAL, as empresas que deixarem de cotar esses benefícios serão desclassificadas?

Resposta em 20/09/2021 às 08:46 (doc. SEI 18802878) Em resposta ao pedido de esclarecimento referente à pergunta 1 informamos que ‘não, desde que observadas as demais disposições estabelecidas no TR, especialmente os subitens 11.13 e 18.12 do Termo de Referência.” (grifamos)

Questionamento: As licitantes não deverão cotar o custo mensal com plano de saúde e seguro de vida?

Resposta em 30/09/2021 às 09:26 (doc. SEI 19076922): a licitante estará obrigada ao cumprimento das obrigações previstas em Acordo, Convenção, Dissídio Coletivo de Trabalho ou equivalentes das categorias abrangidas pelo contrato, como plano de saúde e seguro de vida, conforme item 11.13 do Edital; contudo, a licitante deve observar o disposto no artigo 6º da Instrução Normativa SEGES/MP nº 5, de 2017 e o entendimento do Parecer nº00004/2017/CPLC/PGF/AGU, aprovado em 23 de maio de 2017, conforme disposto no item 18.13 do Termo de Referência:

IN SEGES/MP 5/2017

Art. 6º A Administração não se vincula às disposições contidas em Acordos, Convenções ou Dissídios Coletivos de Trabalho que tratem de pagamento de participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa contratada, de matéria não trabalhista, ou que estabeleçam direitos não previstos em lei, tais como valores ou índices obrigatórios de encargos sociais ou previdenciários, bem como de preços para os insumos relacionados ao exercício da atividade. Parágrafo único. É vedado ao órgão e entidade vincular-se às disposições previstas nos Acordos, Convenções ou Dissídios Coletivos de Trabalho que tratem de obrigações e direitos que somente se aplicam aos contratos com a Administração Pública. (grifo nosso)

Entende-se, portanto, que, caso a CCT à qual a empresa esteja vinculada determine que o plano de saúde e seguro de vida sejam devidos somente aos empregados alocados em contratos de prestação de serviços, público ou privado, o pagamento desses benefícios pela Administração à contratada é ilegal.

Visto que a estimativa de custo apresentada na planilha modelo, Anexo III, foi referenciada pela CCT 2021/2021, firmada entre o Sindicato das Empresas de Asseio, Conservação, Trabalhos Temporários e Serviços Terceirizáveis do DF e Sindicato dos Trabalhadores Empresas de Transportes Terrestres de Passageiros Urbanos, Interestaduais, Especiais, Escolares, Turismo e de Carga do Distrito Federal (SITTRATER), a qual estabelece, na cláusula décima primeira, que o benefício é limitado ao quantitativo de trabalhadores contratados pelos tomadores dos serviços, entende-se que ser vedado ao órgão contratante realizar o pagamento. Por essa razão, esses benefícios não foram previstos na planilha modelo:

CLÁUSULA DÉCIMA PRIMEIRA - PLANO DE SAÚDE A as empresas repassarão a importância de R\$ 296,00 (duzentos e noventa e seis reais) a título de plano de saúde, mensalmente ao sindicato laboral ou 'a operadora que este indica, unicamente por empregado efetivado e diretamente ativado na execução dos seus contratos de prestação de serviços, público ou privado, limitado ao quantitativo de trabalhadores contratados pelos tomadores dos serviços, nas seguintes condições.

Sendo assim, para cotar o custo mensal com plano de saúde e seguro de vida, a licitante deve analisar o que está disposto na CCT à luz do art. 6º da IN SEGES/MP nº 5, de 2017 e Parecer nº00004/2017/CPLC/PGF/AGU.” (grifamos)

4.7. A despeito da clareza das cláusulas editalícias e dos esclarecimentos prestados, a Recorrente, intencionalmente ou não, faz uma interpretação diametralmente oposta ao afirmar que: *"Observa-se que a orientação da INSERÇÃO OU NÃO do custo na planilha de custo e formação de preços, ou seja, se o custo de obrigações e direito SE APLICAREM SOMENTE a Administração Pública o mesmo não deve ser considerado, só que, neste caso específico, o custo referente ao benefício do plano de saúde TEM COPARTICIPAÇÃO DO TRABALHADOR, logo, NÃO É CUSTO ÚNICO DA ADMINISTRAÇÃO, então o mesmo deve ser inserido na planilha de custo e formação de preço, por ser legítimo conforme a regra definida no Edital."*

4.7.1. Ora, os esclarecimentos prestados pela pregoeira, cujos trechos foram extraídos da própria peça recursal, conforme item 4.8 supra, afirmam o contrário: ***"Entende-se, portanto, que, caso a CCT à qual a empresa esteja vinculada determine que o plano de saúde e seguro de vida sejam devidos somente aos***

empregados alocados em contratos de prestação de serviços, público ou privado, o pagamento desses benefícios pela Administração à contratada é ilegal".

4.7.2. E vão além: *"Visto que a estimativa de custo apresentada na planilha modelo, Anexo III, foi referenciada pela CCT 2021/2021, firmada entre o Sindicato das Empresas de Asseio, Conservação, Trabalhos Temporários e Serviços Terceirizáveis do DF e Sindicato dos Trabalhadores Empresas de Transportes Terrestres de Passageiros Urbanos, Interestaduais, Especiais, Escolares, Turismo e de Carga do Distrito Federal (SITTRATER), a qual estabelece, na cláusula décima primeira, que o benefício é limitado ao quantitativo de trabalhadores contratados pelos tomadores dos serviços, entende-se que ser vedado ao órgão contratante realizar o pagamento. Por essa razão, esses benefícios não foram previstos na planilha modelo:"* Portanto, não há que se falar que a situação aqui tratada é diferente porque há a coparticipação do trabalhador.

4.8. A Recorrente também reconhece que há vedação expressa na IN SEGES/MP 5/2017, quanto ao acatamento de tal cláusula, conforme trecho extraído de sua peça recursal: *"Veja, mesmo que haja a disposição da Instrução normativa que o órgão não arcará com os benefícios do plano de saúde, a ausência de cotação desse item que é relevante economicamente trará riscos altos para a Administração de possível descumprimento da convenção coletiva e riscos de ações judiciais nesse sentido em face da Administração como responsável solidária aos débitos da empresa relacionados a Súmula 331 do TST"*. Contudo, apela para uma possível responsabilização da Administração, o que não ocorrerá, haja vista o embasamento jurídico em que se funda a referida cláusula editalícia, inclusive com citação ao *Parecer nº 00004/2017/CPLC/PGF/AGU*.

4.9. Nesse sentido, a Recorrida foi muito feliz na sua defesa ao esmiuçar o entendimento esposado nos diversos pareceres da AGU que tratam do tema e que constam do Parecer nº 00004/2017/CPLC/PGF/AGU, citado no subitem 18.12 do Termo de Referência, que deveria ser observado por todos os participantes do certame, e que nos permitimos transcrever alguns trechos:

Pois bem. EM PRIMEIRO LUGAR pede-se vênia para chamar à baila parte da conclusão inculpada no Parecer nº. 012/16 confeccionado pela Senhora Procuradora Federal Daniela Silva Borges, e que foi cancelado à unanimidade por todos os membros da Câmara Permanente de Licitações e Contratos do Departamento de Consultoria da Procuradoria-Geral Federal (cf. art. 36, §1º, da Portaria nº. 388/2.016-PGF/AGU), in verbis:

"Respondidos os questionamentos trazidos pela Nota nº 25/2016/DEPCONSU/PGF/AGU, para evitar novas dúvidas jurídicas quanto às próximas convenções coletivas de trabalho - que pelo visto tendem a reproduzir a norma ilícita da CCT/2014, como ocorreu nas convenções de 2015 e 2016 -, sugere-se que a Administração Pública insira, em seus próximos editais de licitação, cláusula que expressamente vede a cotação, nas planilhas de custos e formação de preços, de benefícios estabelecidos em convenção coletiva de trabalho que onerem diretamente a Administração Pública tomadora de serviços.

61. Por todo o exposto, respondendo aos questionamentos da Nota nº 25/2016/DEPCONSU/PGF/AGU, entende-se que o benefício "plano de saúde" ilicitamente previsto na Convenção Coletiva de Trabalho de 2014, celebrada entre o SEAC/DF e o SINDISERVIÇOS/DF, bem como nas subsequentes convenções que reproduziram o seu teor, deve ser excluído das planilhas de custos e formação de preços dos contratos administrativos celebrados sob a égide dessas convenções, buscando-se, em regra, o ressarcimento dos valores indevidamente pagos a esse título, respeitados os ditames do devido processo legal.

62. O ressarcimento dos valores já pagos a título desse plano de saúde não deve ser realizado quando reconhecida a boa-fé das empresas contratadas, a ser investigada no caso concreto, de acordo com as balizas traçadas no presente parecer.

63. Por fim, recomenda-se que a Administração Pública insira, em seus próximos editais de licitação, cláusula que expressamente vede a cotação, nas planilhas de custos e formação de preços, de benefícios estabelecidos em convenção coletiva de trabalho que onerem diretamente a Administração Pública tomadora de serviço".

O parecer em foco ratificou o Parecer nº 15/14 também do Departamento de Consultoria da Procuradoria-Geral Federal, cujo específico objeto foi uma coleção de cláusulas talhadas em Convenções Coletivas de Trabalho celebradas especificamente entre o SINDISERVIÇOS/DF e o SEAC/DF, com vigência entre os anos de 2.014 e 2.016. As indigitadas cláusulas dispunham exatamente sobre concessão de plano de saúde a empregados terceirizados.

E basta colocar lado a lado a cláusula décima primeira da CCT de 2.021 firmada entre o SEAC/DF e o SITTRATER e, por exemplo, a cláusula décima sexta da CCT do ano de 2.015 pactuada pelo SEAC/DF junto ao SINDISERVIÇOS/DF para se concluir que as referidas disposições são essencialmente IGUAIS e que ipso facto padecem das mesmíssimas ilegalidades. Senão confira, respectivamente, in ipsis litteris:

CLÁUSULA DÉCIMA PRIMEIRA - PLANO DE SAÚDE

As empresas repassarão a importância de R\$ 296,00 (duzentos e noventa e seis reais) a título de plano de saúde, mensalmente ao sindicato laboral ou 'a operadora que este indica, UNICAMENTE POR EMPREGADO EFETIVADO E DIRETAMENTE ATIVADO NA EXECUÇÃO DOS SEUS CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS, PÚBLICO OU PRIVADO, LIMITADO AO QUANTITATIVO DE TRABALHADORES CONTRATADOS PELOS TOMADORES DOS SERVIÇOS, nas seguintes condições:

Parágrafo Nono – O benefício, ora instituído, SERÁ DEVIDO, APENAS E TÃO SOMENTE, EM RELAÇÃO AOS EMPREGADOS EFETIVAMENTE ALOCADOS NOS SERVIÇOS E LIMITADO AO CONTINGENTE CONTRATADO.

CLÁUSULA DÉCIMA SEXTA - PLANO DE SAÚDE

As empresas repassarão ao sindicato laboral, mensalmente, o valor de R\$ 150,00 (cento e cinquenta reais), a título de plano de saúde, UNICAMENTE POR EMPREGADO EFETIVADO E DIRETAMENTE ATIVADO NA EXECUÇÃO DOS SEUS CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS, LIMITADO AO QUANTITATIVO DE TRABALHADORES CONTRATADOS PELOS TOMADORES DOS SERVIÇOS, cabendo ao SINDISERVIÇOS/DF contratar, administrar e remunerar o referido plano. O benefício em questão será custeado exclusivamente com os valores repassados pelos órgãos da administração pública e privada, contratantes da prestação dos serviços.

Parágrafo quinto - O plano de saúde ora instituído será devido apenas e TÃO SOMENTE EM RELAÇÃO AOS EMPREGADOS EFETIVOS ALOCADOS A SERVIÇO DO CONTRATANTE QUE CONCEDEU REFERIDO BENEFÍCIO, LIMITADO AO CONTINGENTE CONTRATADO.

Com efeito, as duas cláusulas limitam o benefício em questão apenas ao trabalhador "diretamente ativado na execução" de contratos de terceirização, quer para tomadores de serviços públicos ou quer para aqueles da iniciativa privada. O que viola o art. 611 da CLT, além de padecer do vício sectário de estabelecer direito apenas a trabalhador terceirizado, isto é, apenas àquele "diretamente ativado na execução" de contratos, conforme a Senhora Procuradora Federal Daniela Silva Borges muito bem pontou no já multicitado Parecer nº. 012/16:

"16. Quanto à primeira ilegalidade, explica o parecer que, por exemplo, um bombeiro hidráulico (uma das categorias profissionais abrangidas pela convenção) que trabalhasse num órgão da Administração Pública desempenharia exatamente as mesmas funções daquele que trabalhasse na sede da empresa empregadora. Ou seja, tratar-se-ia do mesmo profissional, não havendo motivos legítimos, sustentados pela ordem jurídica, para que um tivesse direito ao plano de saúde custeado pelo empregador e o outro, não.

17. Quanto à segunda ilegalidade, explica a manifestação que a desoneração das empresas empregadoras feita pela convenção, por meio da transferência direta do ônus do plano de saúde aos tomadores de serviço, representa uma afronta ao artigo 611 da

Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), segundo o qual as convenções coletivas criam obrigações apenas para as categorias econômicas e profissionais representadas pelos respectivos Sindicatos, no âmbito de suas representações, não podendo criar obrigações diretas para terceiros, que dela sequer tomaram parte.

18. E as duas ilegalidades se entrelaçariam: referida diferença de tratamento, pondera o parecer, só se justificaria pela intenção nefasta de se garantir contratualmente um direito trabalhista ao empregado sem onerar financeiramente o empregador, onerando-se exclusivamente a Administração Pública, que se veria compelida a repassar os custos do plano de saúde às empresas contratadas, dados os efeitos normativos da convenção.

19. Nesse sentido, tal convenção coletiva teria sido fruto de interesses justapostos dos sindicatos convenientes (e não contrapostos, como ocorrem com as verdadeiras convenções): simultaneamente atenderia os interesses do sindicato laboral, que garantiria um plano de saúde aos trabalhadores que representa; e aos interesses do sindicato patronal, que representa empresas cujos lucros nos contratos administrativos traduzem-se num percentual aplicável sobre o custo total dos serviços, então significativamente incrementado pelo novo benefício.

20. Assim, em vista das ilegalidades acima apontadas, a Procuradoria-Geral Federal, por meio desta Câmara Permanente de Licitações e Contratos, concluiu ser indevida a inclusão de custos para pagamento desse plano de saúde, nas planilhas de preços das vigentes e das futuras contratações que envolvessem as categorias profissionais regidas pela CCT em debate.”.

4.10. Importante frisar que, em nenhum momento a pregoeira sinalizou que o custo do plano de saúde previsto na cláusula em questão seria de cotação obrigatória, como afirma a Recorrente, ao contrário, o que foi informado é que sequer fez parte da estimativa de preços do pregão por não ser admitido o seu pagamento pela Administração.

4.11. Quando a Administração orienta que é obrigatório analisar os itens previstos na CCT, que deve ser atendido pelas licitantes no momento da elaboração da planilha de custos de sua proposta, não está afirmando que é todo e qualquer custo, até porque a cotação do plano de saúde foi exaustivamente explorada tanto no edital como nos esclarecimentos prestados.

4.12. Destarte, considerando que as alegações foram rechaçadas pelos argumentos acima expostos, entende esta Pregoeira que **não assiste razão à Recorrente** em sua peça recursal, assim como refuta veementemente a afirmação de que: *"Essa honrosa instituição pública não está praticando atos que indiquem a busca pela melhor administração. Mas ainda há tempo de sanear tais vícios, conforme demonstrado"*.

4.13. Não é demais lembrar que o interesse público se sobrepõe ao particular, e que a finalidade da licitação é de satisfazer o interesse público e buscar a proposta mais vantajosa, em total respeito ao instrumento convocatório, que faz lei entre as partes, como também aos princípios constitucionais e administrativos.

4.14. Neste sentido, destaca-se que os atos praticados pela pregoeira e equipe de apoio foram revestidos de clareza, coerência, objetividade e transparência, bem como observância ao princípio vinculatório ao Ato Convocatório.

5. DA CONCLUSÃO

5.1. Por todo o exposto, o recurso interposto é conhecido por atender aos requisitos de admissibilidade, contudo, seus argumentos não suscitam viabilidade de reconsideração dos procedimentos adotados, razão pela qual esta pregoeira mantém a decisão que declarou a empresa ESSA SERVIÇOS ESPECIALIZADOS E FACILITIES EIRELI vencedora do Lote 15 do Pregão Eletrônico nº 21/2021.

5.2. Assim, encaminhe-se os autos à autoridade superior para análise, consideração e decisão do Recurso Administrativo em pauta.

Brasília/DF, novembro de 2021.

[Documento assinado eletronicamente]

IRENE SOARES DOS SANTOS

Pregoeira

Considerando a manutenção da decisão recorrida, encaminhe-se os autos à Diretora da Central de Compras para ciência e decisão do Recurso Administrativo em pauta.

Brasília/DF, novembro de 2021.

[Documento assinado eletronicamente]

VALNEI BATISTA ALVES

Coordenador-Geral

RECURSO Nº 2

Recorrente: G&E SERVIÇOS TERCEIRIZADOS LTDA, CNPJ Nº 08.744.139/0001-51.

Recorrida: RDJ ASSESSORIA E GESTAO EMPRESARIAL, CNPJ nº 06.350.074/0001-34

6. DAS PRELIMINARES

6.1. Dos Recursos

6.2. Trata-se de recursos administrativos interpostos, tempestivamente, pela empresa G&E SERVIÇOS TERCEIRIZADOS LTDA., doravante denominada Recorrente, contra decisão da pregoeira que declarou vencedora do Pregão Eletrônico nº 21/2021, a empresa RDJ ASSESSORIA E GESTAO EMPRESARIAL para os Lotes 1 a 14 e 15 a 21, e Itens 10, 25, 48 e 85.

6.2.1. A peça recursal (doc. SEI 19831596) foi anexada ao www.comprasgovernamentais.gov.br, em cada lote e item mencionado, tempestivamente, no dia 27/10/2021.

6.2.2. Todos os licitantes foram cientificados da existência de intenção de apresentar recurso, manifestada pela Recorrente na sessão pública.

6.3. Da admissibilidade

6.3.1. O critério de aceitabilidade do recurso exige a manifestação imediata e motivada da intenção de recorrer, tão logo seja declarado o vencedor do certame, conforme dispõe o artigo 44 do Decreto nº 10.024, de 20 de setembro de 2019:

Art. 44. Declarado o vencedor, qualquer licitante poderá, dentro do prazo concedido na sessão pública, de forma imediata, em campo próprio do sistema, manifestar sua intenção de recorrer.

6.3.2. Conforme registrado em ata, após a declaração do vencedor da licitação, a Recorrente manifestou imediata e motivadamente a intenção de recorrer contra a decisão da pregoeira que declarou as empresas vencedoras dos lotes mencionados.

6.4. Assim, as peças recursais apresentadas cumprem os requisitos de admissibilidade previstos na legislação, pelo que se passa à análise de suas alegações.

6.5. Importante registrar que, em 01/11/2021, a Recorrida apresentou suas contrarrazões (doc. SEI 19927209).

7. DAS ALEGAÇÕES DA RECORRENTE

7.1. A Recorrente impõe-se contra a decisão que declarou a empresa Recorrida vencedora dos Lotes 1 a 14 e 15 a 21, e Itens 10, 25, 48 e 85, do Pregão Eletrônico nº 21/2021, tendo registrado em sua intenção de

recurso na sessão pública, o seguinte motivo: "*Com base na lei 8.666/93 e art. 4º, inc. XVIII da Lei 10.520/0 e Acórdãos do TCU, manifestamos intenção de recurso por não concordamos com a classificação da proposta da empresa RDJ, visto que a mesma descumpriu obrigações referente a CCT da categoria, contrariando o disposto nos esclarecimentos liberados no processo. Tudo será minunciosamente provado na peça recursal*"

7.2. Visando melhor compreender os questionamentos trazidos pela Recorrente, faz-se necessário trazer à baila as afirmações contidas na sua peça recursal.

7.2.1. Importante registrar que as alegações são exatamente as mesmas do Recurso nº 1, as quais transcreve-se abaixo:

[...]

2.2 Da falta de cotação do plano de saúde

[...]

constatou-se irregularidades na proposta apresentada que deverão resultar, conseqüentemente, na desclassificação da RECORRIDA do processo licitatório em análise, uma vez que apresentou cotação de preços em desacordo com as regras estabelecidas no instrumento convocatório, na lei e na convenção coletiva.

Tem-se que o edital da licitação em análise é claro em apontar que constitui obrigação das licitantes oferecer aos seus empregados, salários e benefícios compatíveis ao que dispõe a Convenção Coletiva de Trabalho, Dissídio ou Acordo do Sindicato ao qual a licitante ou os profissionais estejam vinculados, conforme dispõe o item 11.13, do Termo de Referência, do Edital:

"11.13. Responsabilizar-se pelo cumprimento das obrigações previstas em Acordo, Convenção, Dissídio Coletivo de Trabalho ou equivalentes das categorias abrangidas pelo contrato, por todas as obrigações trabalhistas, sociais, previdenciárias, tributárias e as demais previstas em legislação específica, cuja inadimplência não transfere a responsabilidade à CONTRATANTE."

E mais no item do edital é claro que os proponentes devem cotar TODOS os custos operacionais conforme item do edital:

6.3. Nos valores propostos estarão inclusos todos os custos operacionais, encargos previdenciários, trabalhistas, tributários, comerciais e quaisquer outros que incidam direta ou indiretamente na prestação dos serviços, apurados mediante o preenchimento do modelo de Planilha de Custos e Formação de Preços, conforme anexo deste Edital;

Dessa forma, seria dever da RECORRIDA inserir em sua planilha o custo referente ao plano de saúde, previsto na Cláusula Décima Primeira da CCT:

"CLÁUSULA DÉCIMA PRIMEIRA - PLANO DE SAÚDE

*As empresas repassarão a importância de R\$ 296,00 (duzentos e noventa e seis reais) a título de plano de saúde, mensalmente ao sindicato laboral ou a operadora que este indica, **unicamente por empregado efetivado e diretamente ativado na execução dos seus contratos de prestação de serviços, público ou privado**, limitado ao quantitativo de trabalhadores contratados pelos tomadores dos serviços, nas seguintes condições:*

Parágrafo Primeiro – O benefício será custeado pelo empregador e pelo trabalhador, sendo R\$ 173,07 (cento e setenta e três reais e sete centavos) custeados pelo empregador e R\$ 122,93 (cento e vinte e dois reais e noventa e três centavos) descontados do salário dos trabalhadores como coparticipação, mediante autorização por escrito, e repassado em conjunto com a parte do empregador ao SITTRATER/DF."

Dessa forma, a Convenção Coletiva informa que o benefício será custeado na forma de coparticipação, ou seja, provido pelo empregador e pelo empregado. O que gera assim, natureza trabalhista.

Verifica-se, que a i. Pregoeira bem sabe e deixou registrado nos esclarecimentos

realizados a obrigatoriedade de ser observados as disposições contidas nos itens 11.13 e 18.12 do Termo de Referência, ao que diz respeito a cotação dos benefícios:

“Esclarecimento 22/09/2021 10:16:21

PEDIDO DE ESCLARECIMENTO 1:Pergunta 1 - Os benefícios PLANO SAÚDE e AUXÍLIO FUNERAL, as empresas que deixarem de cotar esses benefícios serão desclassificadas?

Resposta 22/09/2021 10:16:21

Em resposta ao pedido de esclarecimento referente à pergunta 1 informamos que 'não, desde que observadas as demais disposições estabelecidas no TR, especialmente os subitens 11.13 e 18.12 do Termo de Referência."

Assim, salienta o Termo de Referência:

“11.13. Responsabilizar-se pelo cumprimento das obrigações previstas em Acordo, Convenção, Dissídio Coletivo de Trabalho ou equivalentes das categorias abrangidas pelo contrato, por todas as obrigações trabalhistas, sociais, previdenciárias, tributárias e as demais previstas em legislação específica, cuja inadimplência não transfere a responsabilidade à CONTRATANTE;

18.12. A CONTRATANTE não se vincula às disposições contidas em Acordos, Dissídios ou Convenções Coletivas que tratem do pagamento de participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa CONTRATADA, de matéria não trabalhista, de obrigações e direitos que somente se aplicam aos contratos com a Administração Pública, ou que estabeleçam direitos não previstos em lei, tais como valores ou índices obrigatórios de encargos sociais ou previdenciários, bem como de preços para os insumos relacionados ao exercício da atividade, na forma disposta no artigo 6º da Instrução Normativa SEGES/MP nº 5, de 2017, observado o entendimento do Parecer nº 00004/2017/CPLC/PGF/AGU, aprovado em 23 de maio de 2017.”

Observa-se que a orientação da INSERÇÃO OU NÃO do custo na planilha de custo e formação de preços, ou seja, se o custo de obrigações e direito SE APLICAREM SOMENTE a Administração Pública o mesmo não deve ser considerado, só que, neste caso específico, o custo referente ao benefício do plano de saúde TEM COPARTICIPAÇÃO DO TRABALHADOR, logo, NÃO É CUSTO ÚNICO DA ADMINISTRAÇÃO, então o mesmo deve ser inserido na planilha de custo e formação de preço, por ser legítimo conforme a regra definida no Edital.

[...]

Veja, mesmo que haja a disposição da Instrução normativa que o órgão não arcará com os benefícios do plano de saúde, a ausência de cotação desse item que é relevante economicamente trará riscos altos para a Administração de possível descumprimento da convenção coletiva e riscos de ações judiciais nesse sentido em face da Administração como responsável solidária aos débitos da empresa relacionados a Súmula 331 do TST.

Portanto, a i. Pregoeira sinalizou que tais custos constavam na CCT de forma obrigatória, porém a RECORRIDA se recusou a atender à CCT, não adicionando em sua planilha de custos os benefícios obrigatórios.

Destaca-se, que sobre o assunto, mais esclarecimentos foram prestados por essa nobre Administração, confirmando o entendimento pleiteado:

Resposta 30/09/2021 10:21:08

Resposta: a licitante estará obrigada ao cumprimento das obrigações previstas em Acordo, Convenção, Dissídio Coletivo de Trabalho ou equivalentes das categorias abrangidas pelo contrato, como plano de saúde e seguro de vida, conforme item 11.13 do Edital; contudo, a licitante deve observar o disposto no artigo 6º da Instrução Normativa SEGES/MP nº 5, de 2017 e o entendimento do Parecer nº 00004/2017/CPLC/PGF/AGU, aprovado em 23 de maio de 2017, conforme disposto no item 18.13 do Termo de Referência: IN SEGES/MP 5/2017

Art. 6º A Administração não se vincula às disposições contidas em Acordos, Convenções

ou Dissídios Coletivos de Trabalho que tratem de pagamento de participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa contratada, de matéria não trabalhista, ou que estabeleçam direitos não previstos em lei, tais como valores ou índices obrigatórios de encargos sociais ou previdenciários, bem como de preços para os insumos relacionados ao exercício da atividade.

Parágrafo único. É vedado ao órgão e entidade vincular-se às disposições previstas nos Acordos, Convenções ou Dissídios Coletivos de Trabalho que tratem de obrigações e direitos que somente se aplicam aos contratos com a Administração Pública. (grifo nosso)

*Entende-se, portanto, que, caso a CCT à qual a empresa esteja vinculada determine que o plano de saúde e seguro de vida sejam **devidos somente aos empregados alocados em contratos de prestação de serviços, público ou privado, o pagamento desses benefícios pela Administração à contratada é ilegal.***

*Visto que a estimativa de custo apresentada na planilha modelo, Anexo III, foi referenciada pela CCT 2021/2021, firmada entre o Sindicato das Empresas de Asseio, Conservação, Trabalhos Temporários e Serviços Terceirizáveis do DF e Sindicato dos Trabalhadores Empresas de Transportes Terrestres de Passageiros Urbanos, Interestaduais, Especiais, Escolares, Turismo e de Carga do Distrito Federal (SITTRATER), **a qual estabelece, na cláusula décima primeira, que o benefício é limitado ao quantitativo de trabalhadores contratados pelos tomadores dos serviços, entende-se que ser vedado ao órgão contratante realizar o pagamento.***

Por essa razão, esses benefícios não foram previstos na planilha modelo: CLÁUSULA DÉCIMA PRIMEIRA - PLANO DE SAÚDE as empresas repassarão a importância de R\$ 296,00 (duzentos e noventa e seis reais) a título de plano de saúde, mensalmente ao sindicato laboral ou 'a operadora que este indica, unicamente por empregado efetivado e diretamente ativado na execução dos seus contratos de prestação de serviços, público ou privado, limitado ao quantitativo de trabalhadores contratados pelos tomadores dos serviços, nas seguintes condições. Sendo assim, para cotar o custo mensal com plano de saúde e seguro de vida, a licitante deve analisar o que está disposto na CCT à luz do art. 6º da IN SEGES/MP nº 5, de 2017 e Parecer nº00004/2017/CPLC/PGF/AGU.”

[...]

Por último, insta acrescentar que a defesa dos interesses da classe, pelo sindicato, é plenamente justificada, no caso, haja vista que como é facultado ao empregado escolher pela sua integração ao auxílio saúde, não é lícito ao empregador impedir que o trabalhador possa ter acesso ao benefício.

*Noutras palavras: a integração ao benefício é direito subjetivo disponível do trabalhador, mas não é disponível ao empregador, que dele não pode se desvencilhar, na hipótese de o obreiro vir a ter a pretensão de fazer a opção por integrar ao plano beneficiário. **O empregador não pode privar o empregado de gozar desse benefício negociado entre os sindicatos representativos das categorias laboral e patronal.** Não podendo, portanto, a RECORRIDA deixar de prever tais custos em sua planilha de formação de preço.*

Ora, verifica-se na verdade uma tentativa da RECORRIDA de “mascarar” o preço de sua proposta, para então assim apresentar o menor preço em relação às demais licitantes; contudo, a RECORRIDA só consegue tal façanha ao não cotar em sua planilha de custos, gastos obrigatórios para a execução dos serviços licitados, fazendo com que dessa forma a proposta de preços ofertada não demonstre a realidade de todos os custos que a contratada terá que arcar ao executar os serviços licitados.

O risco de que tão logo se inicie a execução dos serviços a RECORRIDA, se permanecer como vencedora do presente certame, solicite a essa Administração reajuste/re pactuação sobre o valor contrato, já que o valor proposto não considera todos os custos para a prestação dos serviços listados.

É certo que as irregularidades apresentadas pela RECORRIDA em sua proposta de preço, ao não prever em suas planilhas os custos citados acima poderão resultar em

prejuízo considerável à Administração, já que o custo sobre tais questões influenciará e aumentará o valor para a execução dos serviços contratados; logo, o valor proposto pela RECORRIDA não reflete e realidade dos fatos sobre o valor do serviços licitados, o que faz ainda com que as demais licitantes sejam prejudicadas, já que o valor da proposta da RECORRIDA foi inferior porque seu preço não levou em consideração todos os custos os quais terá que arcar, a proposta apresentada na verdade reflete em preço/valor inexecuível.

A proposta vencedora deverá atender às exigências do edital e ofertar o menor preço para que seja consagrada vencedora do certame. O preço não deverá ser inexecuível, sob pena de desclassificação, conforme estabelece o artigo 48, II da Lei nº 8.666/93:

[...]

Nesse diapasão, as regras inseridas no Edital estabelecem as exigências mínimas indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações por parte da futura contratada, não sendo lícita a contratação da RECORRIDA que não cumpriu as exigências do edital, quando tais irregularidades cometidas não são passíveis de correções.

Dessa forma, a RECORRENTE requer a desclassificação da proposta da ora RECORRIDA, por não atender as exigências do instrumento convocatório.

2.3 Do caráter vinculante dos esclarecimentos prestados pela Administração

De há muito que os esclarecimentos prestados pela Administração possuem caráter vinculante. Tal situação já foi, inclusive, reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça, assim:

“A resposta de consulta a respeito da cláusula de edital de concorrência pública é vinculante; desde que a regra assim explicitada tenha sido comunicada a todos os interessados, ela adere ao edital. Hipótese em que, havendo dissídio coletivo pendente de julgamento, a resposta à consulta deu conta a todos os licitantes de que os reajustes salariais dele decorrentes seriam repassados para o preço-base.” (REsp nº 198.665/RJ, rel. Min. Ari Pargendler, j. em 23/03/1999, DJ DE 03/05/1999).

9. Considerando a inexistência de previsão específica na Lei 8.666/93 e no Edital 2/2007 quanto à forma de utilização de atestados relativos a obras desenvolvidas em consórcios anteriores, tem-se que devem ser observados os esclarecimentos prestados pela Comissão de Licitação, conforme determinação constante do instrumento convocatório (item 17.2).

10. Quanto ao caráter vinculante dos esclarecimentos prestados, ressalta o doutrinador Marçal Justen Filho que “é prática usual, fomentada pelo próprio art. 40, inc. VIII, que a Administração forneça esclarecimentos sobre as regras editalícias. A resposta formulada administrativamente apresenta cunho vinculante para todos os envolvidos, sendo impossível invocar o princípio da vinculação ao edital para negar eficácia à resposta apresentada pela própria Administração”. Acrescenta, ainda, que “a força vinculante da resposta ao pedido de esclarecimento envolve as hipóteses de interpretação do edital. Ou seja, aplica-se quando há diversas interpretações possíveis em face do ato convocatório. Se a Administração escolhe uma ou algumas dessas interpretações possíveis e exclui outras (ou todas as outras), haverá vinculação” (“Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos”. 11ª ed., São Paulo: Dialética, 2005, pp. 402/403).

11. Sobre o assunto, já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que “a resposta de consulta a respeito de cláusula de edital de concorrência pública é vinculante; desde que a regra assim explicitada tenha sido comunicada a todos os interessados, ela adere ao edital” (REsp 198.665/RJ, 2ª Turma, Rel.Min. Ari Pargendler, DJ de 3.5.1999).

(...)

13. Verifica-se, portanto, ser ilegal o ato impugnado no presente mandado de segurança - que inabilitou o consórcio formado pelas impetrantes -, visto que não observou os

esclarecimentos exaustivamente prestados pela Comissão de Licitação, que vincularam tanto os licitantes como a própria Administração. É inviável que as regras para demonstração de qualificação técnica sejam alteradas no momento da apreciação do recurso administrativo interposto. Conforme já destacado, não há previsão específica no Edital 2/2007 sobre a utilização de atestados decorrentes de obras realizadas em consórcio, de modo que devem ser obedecidos os critérios indicados nas informações prestadas pela Comissão de Licitação, que, repita-se, consignaram que os atestados relativos a obras desenvolvidas anteriormente em consórcio serão considerados em sua totalidade para cada uma das empresas consorciadas, independentemente do percentual de sua participação no consórcio, desde que não haja discriminação expressa da responsabilidade de cada uma pela execução de partes distintas da obra.

14. Ressalte-se que não se está afirmando que essa seria a melhor forma de verificar a qualificação técnica dos licitantes, nem caberia tal providência ao Poder Judiciário. O que está sendo examinado é, tão-somente, a conformação entre o ato emanado do Sr. Ministro de Estado da Integração Nacional e os esclarecimentos prestados pela autoridade competente que devem ser observados pelas partes envolvidas.

15. Caso a Administração, posteriormente, concluísse pela inadequação do critério adotado para a demonstração da qualificação técnica dos participantes do certame, não haveria óbice a que procedesse à alteração das condições estabelecidas, desde que desse publicidade a tal ato, abrindo novo prazo para possibilitar aos licitantes a adaptação das propostas a serem apresentadas. O que não é possível é ignorar as regras por ela mesma impostas e que orientaram os licitantes na elaboração de suas propostas.” (MS 13.005/DF, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/10/2007, DJe 17/11/2008).”

O Tribunal de Contas da União trata da mesma forma o assunto:

“Esclarecimentos prestados administrativamente para responder a questionamento de licitante possuem natureza vinculante para todos os participantes do certame, não se podendo admitir, quando da análise das propostas, interpretação distinta, sob pena de violação ao instrumento convocatório. Acórdão 299/2015-Plenário | Relator: VITAL DO RÊGO.”

Nesse sentido, quando a Administração esclarece, em mais de uma oportunidade, que é obrigatório analisar os itens previstos na CCT, deve ser atendido pelas licitantes no momento de realizar a cotação da planilha de proposta.

Nesse sentido, vincula-se a tais orientações. Uma vez afastando-se delas, fere princípio da isonomia e da vinculação ao instrumento convocatório, o que não pode ocorrer.

Por tais motivos, não deve essa Administração manter a classificação da proposta de preços da empresa ora RECORRIDA, pela ilegalidade de que se reveste.

2.4 Do dever da melhor administração

A Administração deve pautar sempre as decisões que toma orientada pelo dever de boa administração. Aliás, até mais que isso.

[...]

Essa honrosa instituição pública não está praticando atos que indiquem a busca pela melhor administração. Mas ainda há tempo de sanear tais vícios, conforme demonstrado.

4. DOS PEDIDOS

Ante o exposto, requer a Vossa Senhoria se digne a:

ACOLHER os argumentos aqui expendidos, DANDO PROVIMENTO ao presente Recurso Administrativo, revendo a decisão de aceitação e habilitação da empresa RDJ ASSESSORIA E GESTAO EMPRESARIAL EIRELI, inscrita no CNPJ nº 06.350.074/0001-34, afastando-a do certame;

RETOMAR a fase anterior da licitação, de modo a prosseguir na seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, e que atenda aos requisitos editalícios;

OU, se não entender deste modo

b) FAZER SUBIR o presente Recurso Administrativo, de modo que a autoridade superior possa acolher os mesmos argumentos, dando-lhe provimento.

8. DAS CONTRARRAZÕES - RDJ ASSESSORIA E GESTÃO EMPRESARIAL

8.1. Cumpridas as formalidades legais, foi oportunizada à licitante a apresentação de contrarrazões no prazo legal, sendo essa apresentada pela Recorrida, que rebateu os pontos suscitados pela recorrente, conforme se extrai da peça impugnatória apresentada (SEI 19927209):

Das Contrarrazões

Nota-se que o principal motivo de desconforto da empresa recorrente se dá devido à perda desta no processo licitatório. A recorrente apenas tumultua o procedimento, aduzindo em suas razões – sem nexos – que há supostas ilegalidades no processo licitatório e descumprimento editalício/legal.

Dessa forma, diante das falsas alegações apresentadas a este douto corpo julgador, faz-se necessário esclarecer de forma pontual, ou pelo menos tentar pontuar, o porquê de as razões não deve ser acolhido.

Ora, para melhor esclarecimento dos fatos, deve-se demonstrar, em oportuno, o que realmente aconteceu ao longo do certame e, assim, solucionar eventuais dúvidas que possam ter surgido ao recorrente.

Antes de apresentar as razões de fato, não poderia deixar de apresentar o princípio que rege o procedimento licitatório.

I. DO PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO

Como o próprio recorrente levanta em suas razões, o procedimento licitatório deve sempre observar o princípio da vinculação ao instrumento convocatório – Com base no art. 3º da Lei 8.666/93. Além disso, como prevê o art. 41 da referida lei, a Administração não poderá descumprir as normas e condições previstas no edital.

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO afirma em seu livro que o edital é a lei da licitação, devendo o processo licitatório sempre observar e se adequar conforme o estabelecido em edital.

É possível observar que os argumentos trazidos fogem à balha, haja vista que o certame teve total apoio ao edital, viabilizando de forma justa e alinhada para com a habilitação da empresa que logrou êxito no certame, ora recorrida.

A empresa recorrida (RDJ) e vencedora do certame, disputou de forma alinhada com as normas pátria vigentes para com o Pregão Eletrônico. Apresentou sua melhor proposta que fora processada, julgada, habilitada e admitida nos lotes de 1 a 14 e de 16 a 21 e nos Itens 10,25,48 e 85; sendo, no dia 22/10/2021, aceita pela D. Pregoeira pelo quesito menor preço, onde prosseguiu com o feito e requisitou os documentos necessários para análise – o que foi feito em tempo.

A empresa recorrente (G&E), inicia suas razões atacando o modus operandi da Ilustre Pregoeira, afirmando em palavras sutis que houve falha na aceitação da empresa recorrida, haja vista que feriu o edital com base na suposta obrigatoriedade – imposta pela G&E, visto que em nenhum momento a proposta afrontou o constado em edital. Senão vejamos, a empresa sequer conhece o Edital, ou faz por má fé na tentativa de ludibriar esta nobre Comissão, uma vez o item 8.5 do Edital é Cristalino ou afirmar que é vedado à proponente incluir na Planilha de Custos e Formação de Preços:

8.5.1 -Item relativo a despesas decorrentes de disposições contidas em Acordos, Convenções, ou Dissídios Coletivos de Trabalho que tratem de pagamento de participação dos trabalhos nos lucros ou resultado da empresa contrata, de matéria não trabalhista, de obrigações e direito que somente se aplicam aos contratos com a Administração Pública, ou que estabeleçam direitos não previstos em lei, tais como valores ou índices obrigatórios de encargos sociais ou previdenciário, bem como de preços para insumos relacionados aos exercícios da atividade na forma disposta no art. 9º parágrafo único, incisos I a III, do Decreto nº 9.507/2018, e art. 6º da IN SEGES/MP n] 5 de 2017, observado o entendimento do Parecer nº 00004/2017/CPLC/PGF/AGU, aprovado em 23 de maio de 2017.

Além do estabelecido pelo Termo de Referência em seu tópico 11 (OBRIGAÇÕES DA

CONTRATADA), subitem 11.13, tem-se estabelecido que a empresa contratada se responsabilizará pelo cumprimento das obrigações trabalhistas e previstas em Acordo, Convenção ou Dissídio Coletivo e equivalentes; onde a inadimplência não será transferida à Administração. Confira-se in verbis:

11.13. Responsabilizar-se pelo cumprimento das obrigações previstas em Acordo, Convenção, Dissídio Coletivo de Trabalho ou equivalentes das categorias abrangidas pelo contrato, por todas as obrigações trabalhistas, sociais, previdenciárias, tributárias e as demais previstas em legislação específica, cuja inadimplência não transfere a responsabilidade à CONTRATANTE;

Ademais, por amor ao debate, já é pacificado nos tribunais que a empresa licitante não deve ser obrigada a vincular sua proposta à determinada CCT, devendo estar apenas vinculada ao edital. Assim, conforme o subitem 11.13 supracitado, não há que se falar em ferimento ao instrumento convocatório, tampouco em obrigatoriedade em inserir em sua planilha o custo referente ao plano de saúde e corroborado pelo descrito no subitem 18.12, veja-se *ipsis litteris*:

18.12. A CONTRATANTE não se vincula às disposições contidas em Acordos, Dissídios ou Convenções Coletivas que tratem do pagamento de participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa CONTRATADA, de matéria não trabalhista, de obrigações e direitos que somente se aplicam aos contratos com a Administração Pública, ou que estabeleçam direitos não previstos em lei, tais como valores ou índices obrigatórios de encargos sociais ou previdenciários, bem como de preços para os insumos relacionados ao exercício da atividade, na forma disposta no artigo 6º da Instrução Normativa SEGES/MP nº 5, de 2017, observado o entendimento do Parecer nº 00004/2017/CPLC/PGF/AGU, aprovado em 23 de maio de 2017.”

Desse modo, é cristalino que a instrução normativa esclarece que não caberá ao Órgão o ônus com esse tipo de benefício, deixando, assim, de fora o valor correspondente da planilha de custo. Não havendo, portanto, nenhuma ilegalidade ou óbice na proposta, visto que a empresa vencedora do certame cumpriu à risca o que foi estabelecido em edital, por essa razão foi declarada a vencedora.

Por derradeiro, diante dos argumentos infundados levantados pela empresa G&E SERVIÇOS TERCEIRIZADOS LTDA devem, por óbvio, serem rejeitados; visto que o certame se manteve alinhado com todos os ditames legais e previamente estabelecido por edital. Frisa-se que houve comprovação de exequibilidade apresentada tempestivamente no sistema e que seu lance se manteve inerte.

CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, forte nos argumentos aqui asseverados a empresa recorrida requer pela improcedência ao recurso apresentado pela empresa G&E SERVIÇOS TERCEIRIZADOS LTDA, mantendo a r. decisão que admitiu, classificou e habilitou a empresa RDJ ASSESSORIA E GESTÃO EMPRESARIAL EIRELI como a vencedora do certame pela melhor proposta.

Outrossim, requer pelo prosseguimento natural do feito, homologando e adjudicando a empresa vencedora, declarando-a contratada para a prestação dos serviços necessários apresentados em edital e anexos.

9. DA ANÁLISE DOS RECURSOS

9.1. Vencidas as fases de admissibilidade, razões e requerimento do recurso, assim como das contrarrazões apresentadas pela Recorrida, passa-se à análise da peça recursal interposta pela Recorrente.

9.2. A peça recursal, ora em análise, está fundamentada unicamente na ausência de cotação do plano de saúde previsto na Cláusula Décima Primeira da CCT, alegando, em apertada síntese, inexecutabilidade de proposta, descumprimento das regras do edital, e a inobservância da pregoeira quanto aos esclarecimentos por ela prestados aos interessados e aos quais a Administração encontra-se vinculada.

9.3. Vejamos a cláusula questionada:

“CLÁUSULA DÉCIMA PRIMEIRA - PLANO DE SAÚDE As empresas repassarão a

importância de R\$ 296,00 (duzentos e noventa e seis reais) a título de plano de saúde, mensalmente ao sindicato laboral ou à operadora que este indica, **unicamente por empregado efetivado e diretamente ativado na execução dos seus contratos de prestação de serviços, público ou privado, limitado ao quantitativo de trabalhadores contratados pelos tomadores dos serviços**, nas seguintes condições:

Parágrafo Primeiro – O benefício será custeado pelo empregador e pelo trabalhador, sendo R\$ 173,07 (cento e setenta e três reais e sete centavos) custeados pelo empregador e R\$ 122,93 (cento e vinte e dois reais e noventa e três centavos) descontados do salário dos trabalhadores como coparticipação, mediante autorização por escrito, e repassado em conjunto com a parte do empregador ao SITTRATER/DF.”

9.4. O que reza o Edital:

6.3. Nos valores propostos estarão inclusos todos os custos operacionais, encargos previdenciários, trabalhistas, tributários, comerciais e quaisquer outros que incidam direta ou indiretamente na prestação dos serviços, apurados mediante o preenchimento do modelo de Planilha de Custos e Formação de Preços, conforme anexo deste Edital;

9.5. E o Termo de Referência:

11.13. Responsabilizar-se pelo cumprimento das obrigações previstas em Acordo, Convenção, Dissídio Coletivo de Trabalho ou equivalentes das categorias abrangidas pelo contrato, por todas as obrigações trabalhistas, sociais, previdenciárias, tributárias e as demais previstas em legislação específica, cuja inadimplência não transfere a responsabilidade à CONTRATANTE;
[...]

18.12. A CONTRATANTE não se vincula às disposições contidas em Acordos, Dissídios ou Convenções Coletivas que tratem do pagamento de participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa CONTRATADA, de matéria não trabalhista, de obrigações e direitos que somente se aplicam aos contratos com a Administração Pública, ou que estabeleçam direitos não previstos em lei, tais como valores ou índices obrigatórios de encargos sociais ou previdenciários, bem como de preços para os insumos relacionados ao exercício da atividade, na forma disposta no artigo 6º da Instrução Normativa SEGES/MP nº 5, de 2017, observado o entendimento do Parecer nº 00004/2017/CPLC/PGF/AGU, aprovado em 23 de maio de 2017.

9.6. Quanto aos esclarecimentos prestados, convém destacar os que seguem:

Questionamento: Pergunta 1 - Os benefícios PLANO SAÚDE e AUXÍLIO FUNERAL, as empresas que deixarem de cotar esses benefícios serão desclassificadas?

Resposta em 20/09/2021 às 08:46 (doc. SEI 18802878) Em resposta ao pedido de esclarecimento referente à pergunta 1 informamos que 'não, desde que observadas as demais disposições estabelecidas no TR, especialmente os subitens 11.13 e 18.12 do Termo de Referência." (grifamos)

Questionamento: As licitantes não deverão cotar o custo mensal com plano de saúde e seguro de vida?

Resposta em 30/09/2021 às 09:26 (doc. SEI 19076922): a licitante estará obrigada ao cumprimento das obrigações previstas em Acordo, Convenção, Dissídio Coletivo de Trabalho ou equivalentes das categorias abrangidas pelo contrato, como plano de saúde e seguro de vida, conforme item 11.13 do Edital; contudo, a licitante deve observar o disposto no artigo 6º da Instrução Normativa SEGES/MP nº 5, de 2017 e o entendimento do Parecer nº 00004/2017/CPLC/PGF/AGU, aprovado em 23 de maio de 2017, conforme disposto no item 18.13 do Termo de Referência:

IN SEGES/MP 5/2017

Art. 6º A Administração não se vincula às disposições contidas em Acordos, Convenções ou Dissídios Coletivos de Trabalho que tratem de pagamento de participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa contratada, de matéria não trabalhista, ou que estabeleçam direitos não previstos em lei, tais como valores ou índices obrigatórios de encargos sociais ou previdenciários, bem como de preços para

os insumos relacionados ao exercício da atividade. Parágrafo único. É vedado ao órgão e entidade vincular-se às disposições previstas nos Acordos, Convenções ou Dissídios Coletivos de Trabalho que tratem de obrigações e direitos que somente se aplicam aos contratos com a Administração Pública. (grifo nosso)

Entende-se, portanto, que, caso a CCT à qual a empresa esteja vinculada determine que o plano de saúde e seguro de vida sejam devidos somente aos empregados alocados em contratos de prestação de serviços, público ou privado, o pagamento desses benefícios pela Administração à contratada é ilegal.

Visto que a estimativa de custo apresentada na planilha modelo, Anexo III, foi referenciada pela CCT 2021/2021, firmada entre o Sindicato das Empresas de Asseio, Conservação, Trabalhos Temporários e Serviços Terceirizáveis do DF e Sindicato dos Trabalhadores Empresas de Transportes Terrestres de Passageiros Urbanos, Interestaduais, Especiais, Escolares, Turismo e de Carga do Distrito Federal (SITTRATER), a qual estabelece, na cláusula décima primeira, que o benefício é limitado ao quantitativo de trabalhadores contratados pelos tomadores dos serviços, entende-se que ser vedado ao órgão contratante realizar o pagamento. Por essa razão, esses benefícios não foram previstos na planilha modelo:

CLÁUSULA DÉCIMA PRIMEIRA - PLANO DE SAÚDE A as empresas repassarão a importância de R\$ 296,00 (duzentos e noventa e seis reais) a título de plano de saúde, mensalmente ao sindicato laboral ou 'a operadora que este indica, unicamente por empregado efetivado e diretamente ativado na execução dos seus contratos de prestação de serviços, público ou privado, limitado ao quantitativo de trabalhadores contratados pelos tomadores dos serviços, nas seguintes condições.

Sendo assim, para cotar o custo mensal com plano de saúde e seguro de vida, a licitante deve analisar o que está disposto na CCT à luz do art. 6º da IN SEGES/MP nº 5, de 2017 e Parecer nº00004/2017/CPLC/PGF/AGU." (grifamos)

9.7. A despeito da clareza das cláusulas editalícias e dos esclarecimentos prestados, a Recorrente, intencionalmente ou não, faz uma interpretação diametralmente oposta ao afirmar que: "*Observa-se que a orientação da INSERÇÃO OU NÃO do custo na planilha de custo e formação de preços, ou seja, se o custo de obrigações e direito SE APLICAREM SOMENTE a Administração Pública o mesmo não deve ser considerado, só que, neste caso específico, o custo referente ao benefício do plano de saúde TEM COPARTICIPAÇÃO DO TRABALHADOR, logo, NÃO É CUSTO ÚNICO DA ADMINISTRAÇÃO, então o mesmo deve ser inserido na planilha de custo e formação de preço, por ser legítimo conforme a regra definida no Edital.*"

9.7.1. Ora, os esclarecimentos prestados pela pregoeira, cujos trechos foram extraídos da própria peça recursal, conforme item 4.8 supra, afirmam o contrário: "***Entende-se, portanto, que, caso a CCT à qual a empresa esteja vinculada determine que o plano de saúde e seguro de vida sejam devidos somente aos empregados alocados em contratos de prestação de serviços, público ou privado, o pagamento desses benefícios pela Administração à contratada é ilegal***".

9.7.2. E vão além: "*Visto que a estimativa de custo apresentada na planilha modelo, Anexo III, foi referenciada pela CCT 2021/2021, firmada entre o Sindicato das Empresas de Asseio, Conservação, Trabalhos Temporários e Serviços Terceirizáveis do DF e Sindicato dos Trabalhadores Empresas de Transportes Terrestres de Passageiros Urbanos, Interestaduais, Especiais, Escolares, Turismo e de Carga do Distrito Federal (SITTRATER), a qual estabelece, na cláusula décima primeira, que o benefício é limitado ao quantitativo de trabalhadores contratados pelos tomadores dos serviços, entende-se que ser vedado ao órgão contratante realizar o pagamento. Por essa razão, esses benefícios não foram previstos na planilha modelo:*" Portanto, não há que se falar que a situação aqui tratada é diferente porque há a coparticipação do trabalhador.

9.8. A Recorrente também reconhece que há vedação expressa na IN SEGES/MP 5/2017, quanto ao acatamento de tal cláusula, conforme trecho extraído de sua peça recursal: "*Veja, mesmo que haja a disposição da Instrução normativa que o órgão não arcará com os benefícios do plano de saúde, a ausência de cotação desse item que é relevante economicamente trará riscos altos para a Administração*

de possível descumprimento da convenção coletiva e riscos de ações judiciais nesse sentido em face da Administração como responsável solidária aos débitos da empresa relacionados a Súmula 331 do TST". Contudo, apela para uma possível responsabilização da Administração, o que não ocorrerá, haja vista o embasamento jurídico em que se funda a referida cláusula editalícia, inclusive com citação ao Parecer nº 00004/2017/CPLC/PGF/AGU.

9.9. Nesse sentido, convém citar as contrarrazões apresentadas pela empresa ESSA SERVIÇOS ESPECIALIZADOS E FACILITIES EIRELI, em recurso semelhante interposto pela Recorrente, no qual aquela empresa esmiúça, com muita propriedade, o entendimento esposado nos diversos pareceres da AGU que tratam do tema e que constam do Parecer nº 00004/2017/CPLC/PGF/AGU, citado no subitem 18.12 do Termo de Referência, que deveria ser observado por todos os participantes do certame, e que nos permitimos transcrever alguns trechos:

[...]

Pois bem. EM PRIMEIRO LUGAR pede-se vênia para chamar à baila parte da conclusão inculpada no Parecer nº. 012/16 confeccionado pela Senhora Procuradora Federal Daniela Silva Borges, e que foi chancelado à unanimidade por todos os membros da Câmara Permanente de Licitações e Contratos do Departamento de Consultoria da Procuradoria-Geral Federal (cf. art. 36, §1º, da Portaria nº. 388/2.016-PGF/AGU), in verbis:

“Respondidos os questionamentos trazidos pela Nota nº 25/2016/DEPCONSU/PGF/AGU, para evitar novas dúvidas jurídicas quanto às próximas convenções coletivas de trabalho - que pelo visto tendem a reproduzir a norma ilícita da CCT/2014, como ocorreu nas convenções de 2015 e 2016 -, sugere-se que a Administração Pública insira, em seus próximos editais de licitação, cláusula que expressamente vede a cotação, nas planilhas de custos e formação de preços, de benefícios estabelecidos em convenção coletiva de trabalho que onerem diretamente a Administração Pública tomadora de serviços.

61. Por todo o exposto, respondendo aos questionamentos da Nota nº 25/2016/DEPCONSU/PGF/AGU, entende-se que o benefício "plano de saúde" ilicitamente previsto na Convenção Coletiva de Trabalho de 2014, celebrada entre o SEAC/DF e o SINDISERVIÇOS/DF, bem como nas subsequentes convenções que reproduziram o seu teor, deve ser excluído das planilhas de custos e formação de preços dos contratos administrativos celebrados sob a égide dessas convenções, buscando-se, em regra, o ressarcimento dos valores indevidamente pagos a esse título, respeitados os ditames do devido processo legal.

62. O ressarcimento dos valores já pagos a título desse plano de saúde não deve ser realizado quando reconhecida a boa-fé das empresas contratadas, a ser investigada no caso concreto, de acordo com as balizas traçadas no presente parecer.

63. Por fim, recomenda-se que a Administração Pública insira, em seus próximos editais de licitação, cláusula que expressamente vede a cotação, nas planilhas de custos e formação de preços, de benefícios estabelecidos em convenção coletiva de trabalho que onerem diretamente a Administração Pública tomadora de serviço”.

O parecer em foco ratificou o Parecer nº 15/14 também do Departamento de Consultoria da Procuradoria-Geral Federal, cujo específico objeto foi uma coleção de cláusulas talhadas em Convenções Coletivas de Trabalho celebradas especificamente entre o SINDISERVIÇOS/DF e o SEAC/DF, com vigência entre os anos de 2.014 e 2.016. As indigitadas cláusulas dispunham exatamente sobre concessão de plano de saúde a empregados terceirizados.

E basta colocar lado a lado a cláusula décima primeira da CCT de 2.021 firmada entre o SEAC/DF e o SITTRATER e, por exemplo, a cláusula décima sexta da CCT do ano de 2.015 pactuada pelo SEAC/DF junto ao SINDISERVIÇOS/DF para se concluir que as referidas disposições são essencialmente IGUAIS e que ipso facto padecem das mesmíssimas ilegalidades. Senão confira, respectivamente, in ipsis litteris:

CLÁUSULA DÉCIMA PRIMEIRA - PLANO DE SAÚDE

As empresas repassarão a importância de R\$ 296,00 (duzentos e noventa e seis reais) a título de plano de saúde, mensalmente ao sindicato laboral ou 'a operadora que este indica, UNICAMENTE POR EMPREGADO EFETIVADO E DIRETAMENTE ATIVADO NA EXECUÇÃO DOS SEUS CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS, PÚBLICO OU PRIVADO, LIMITADO AO QUANTITATIVO DE TRABALHADORES CONTRATADOS PELOS TOMADORES DOS SERVIÇOS, nas seguintes condições:

Parágrafo Nono – O benefício, ora instituído, SERÁ DEVIDO, APENAS E TÃO SOMENTE, EM RELAÇÃO AOS EMPREGADOS EFETIVAMENTE ALOCADOS NOS SERVIÇOS E LIMITADO AO CONTINGENTE CONTRATADO.

CLÁUSULA DÉCIMA SEXTA - PLANO DE SAÚDE

As empresas repassarão ao sindicato laboral, mensalmente, o valor de R\$ 150,00 (cento e cinquenta reais), a título de plano de saúde, UNICAMENTE POR EMPREGADO EFETIVADO E DIRETAMENTE ATIVADO NA EXECUÇÃO DOS SEUS CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS, LIMITADO AO QUANTITATIVO DE TRABALHADORES CONTRATADOS PELOS TOMADORES DOS SERVIÇOS, cabendo ao SINDISERVIÇOS/DF contratar, administrar e remunerar o referido plano. O benefício em questão será custeado exclusivamente com os valores repassados pelos órgãos da administração pública e privada, contratantes da prestação dos serviços.

Parágrafo quinto - O plano de saúde ora instituído será devido apenas e TÃO SOMENTE EM RELAÇÃO AOS EMPREGADOS EFETIVOS ALOCADOS A SERVIÇO DO CONTRATANTE QUE CONCEDEU REFERIDO BENEFÍCIO, LIMITADO AO CONTINGENTE CONTRATADO.

Com efeito, as duas cláusulas limitam o benefício em questão apenas ao trabalhador "diretamente ativado na execução" de contratos de terceirização, quer para tomadores de serviços públicos ou quer para aqueles da iniciativa privada. O que viola o art. 611 da CLT, além de padecer do vício sectário de estabelecer direito apenas a trabalhador terceirizado, isto é, apenas àquele "diretamente ativado na execução" de contratos, conforme a Senhora Procuradora Federal Daniela Silva Borges muito bem pontou no já multicitado Parecer n.º. 012/16:

"16. Quanto à primeira ilegalidade, explica o parecer que, por exemplo, um bombeiro hidráulico (uma das categorias profissionais abrangidas pela convenção) que trabalhasse num órgão da Administração Pública desempenharia exatamente as mesmas funções daquele que trabalhasse na sede da empresa empregadora. Ou seja, tratar-se-ia do mesmo profissional, não havendo motivos legítimos, sustentados pela ordem jurídica, para que um tivesse direito ao plano de saúde custeado pelo empregador e o outro, não.

17. Quanto à segunda ilegalidade, explica a manifestação que a desoneração das empresas empregadoras feita pela convenção, por meio da transferência direta do ônus do plano de saúde aos tomadores de serviço, representa uma afronta ao artigo 611 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), segundo o qual as convenções coletivas criam obrigações apenas para as categorias econômicas e profissionais representadas pelos respectivos Sindicatos, no âmbito de suas representações, não podendo criar obrigações diretas para terceiros, que dela sequer tomaram parte.

18. E as duas ilegalidades se entrelaçariam: referida diferença de tratamento, pondera o parecer, só se justificaria pela intenção nefasta de se garantir contratualmente um direito trabalhista ao empregado sem onerar financeiramente o empregador; onerando-se exclusivamente a Administração Pública, que se veria compelida a repassar os custos do plano de saúde às empresas contratadas, dados os efeitos normativos da convenção.

19. Nesse sentido, tal convenção coletiva teria sido fruto de interesses justapostos dos sindicatos convenientes (e não contrapostos, como ocorrem com as verdadeiras convenções): simultaneamente atenderia os interesses do sindicato laboral, que garantiria um plano de saúde aos trabalhadores que representa; e aos interesses do sindicato patronal, que representa empresas cujos lucros nos contratos administrativos

traduzem-se num percentual aplicável sobre o custo total dos serviços, então significativamente incrementado pelo novo benefício.

20. Assim, em vista das ilegalidades acima apontadas, a Procuradoria-Geral Federal, por meio desta Câmara Permanente de Licitações e Contratos, concluiu ser indevida a inclusão de custos para pagamento desse plano de saúde, nas planilhas de preços das vigentes e das futuras contratações que envolvessem as categorias profissionais regidas pela CCT em debate.”.

9.10. Importante frisar que em nenhum momento a pregoeira sinalizou que o custo do plano de saúde previsto na cláusula em questão seria de cotação obrigatória, como afirma a Recorrente, ao contrário, o que foi informado é que sequer fez parte da estimativa de preços do pregão por não ser admitido o seu pagamento pela Administração.

9.11. Quando a Administração orienta que é obrigatório analisar os itens previstos na CCT, que deve ser atendido pelas licitantes no momento da elaboração da planilha de custos de sua proposta, não está afirmando que é todo e qualquer custo, até porque, a cotação do plano de saúde foi exaustivamente explorado tanto no edital como nos esclarecimentos prestados.

9.12. Dessa forma, considerando que as alegações foram rechaçadas pelos argumentos acima expostos, entende esta Pregoeira que **não assiste razão à Recorrente** em sua peça recursal, assim como refuta veementemente a afirmação de que: *"Essa honrosa instituição pública não está praticando atos que indiquem a busca pela melhor administração. Mas ainda há tempo de sanear tais vícios, conforme demonstrado"*.

9.13. Não é demais lembrar que o interesse público se sobrepõe ao particular, e que a finalidade da licitação é de satisfazer o interesse público e buscar a proposta mais vantajosa, em total respeito ao instrumento convocatório, que faz lei entre as partes, como também aos princípios constitucionais e administrativos.

9.14. Neste sentido, destaca-se que os atos praticados pela pregoeira e equipe de apoio foram revestidos de clareza, coerência, objetividade e transparência, bem como observância ao princípio vinculatório ao Ato Convocatório.

10. DA CONCLUSÃO

10.1. Por todo o exposto, o recurso interposto é conhecido por atender aos requisitos de admissibilidade, contudo, seus argumentos não suscitam viabilidade de reconsideração dos procedimentos adotados, razão pela qual esta pregoeira mantém a decisão que declarou a empresa RDJ ASSESSORIA E GESTAO EMPRESARIAL vencedora para os Lotes 1 a 14 e 15 a 21, e Itens 10, 25, 48 e 85.

10.2. Assim, encaminhe-se os autos à autoridade superior para análise, consideração e decisão do Recurso Administrativo em pauta.

Brasília/DF, novembro de 2021.

[Documento assinado eletronicamente]

IRENE SOARES DOS SANTOS

Pregoeira

Considerando a manutenção da decisão recorrida, encaminhe-se os autos à Diretora da Central de Compras para ciência e decisão do Recurso Administrativo em pauta.

Brasília/DF, novembro de 2021.

[Documento assinado eletronicamente]

RECURSO Nº 3

Recorrente: G&E SERVIÇOS TERCEIRIZADOS LTDA, CNPJ Nº 08.744.139/0001-51.

Recorrida: SIGA SERVICOS ESPECIALIZADOS E FACILITES EIRELI, CNPJ nº 11.385.361/0001-10

11. DAS PRELIMINARES

11.1. Dos Recursos

11.2. Trata-se de recursos administrativos interpostos, tempestivamente, pela empresa G&E SERVIÇOS TERCEIRIZADOS LTDA., doravante denominada Recorrente, contra decisão da pregoeira que declarou vencedora do item 26 do Pregão Eletrônico nº 21/2021, a empresa SIGA SERVICOS ESPECIALIZADOS E FACILITES EIRELI.

11.2.1. A peça recursal (doc. SEI 19831596) foi anexada ao www.comprasgovernamentais.gov.br, em cada lote e item mencionado, tempestivamente, no dia 27/10/2021.

11.2.2. Todos os licitantes foram cientificados da existência de intenção de apresentar recurso, manifestada pela Recorrente na sessão pública.

11.3. Da admissibilidade

11.3.1. O critério de aceitabilidade do recurso exige a manifestação imediata e motivada da intenção de recorrer, tão logo seja declarado o vencedor do certame, conforme dispõe o artigo 44 do Decreto nº 10.024, de 20 de setembro de 2019:

Art. 44. Declarado o vencedor, qualquer licitante poderá, dentro do prazo concedido na sessão pública, de forma imediata, em campo próprio do sistema, manifestar sua intenção de recorrer.

11.3.2. Conforme registrado em ata, após a declaração do vencedor da licitação, a Recorrente manifestou imediata e motivadamente a intenção de recorrer contra a decisão da pregoeira que declarou as empresas vencedoras dos lotes mencionados.

11.4. Assim, as peças recursais apresentadas cumprem os requisitos de admissibilidade previstos na legislação, pelo que se passa à análise de suas alegações.

11.5. Importante registrar que, em 01/11/2021, a Recorrida apresentou suas contrarrazões (doc. SEI 19982925).

12. DAS ALEGAÇÕES DA RECORRENTE

12.1. A Recorrente impõe-se contra a decisão que declarou a empresa Recorrida vencedora dos Lotes 1 a 14 e 15 a 21, e Itens 10, 25, 48 e 85, do Pregão Eletrônico nº 21/2021, tendo registrado em sua intenção de recurso na sessão pública, o seguinte motivo: "*Com base na lei 8.666/93 e art. 4º, inc. XVIII da Lei 10.520/0 e Acórdãos do TCU, manifestamos intenção de recurso por não concordamos com a classificação da proposta da empresa RDJ, visto que a mesma descumpriu obrigações referente a CCT da categoria, contrariando o disposto nos esclarecimentos liberados no processo. Tudo será minuciosamente provado na peça recursal*"

12.2. Visando melhor compreender os questionamentos trazidos pela Recorrente, faz-se necessário trazer à baila as afirmações contidas na sua peça recursal.

12.2.1. Importante registrar que as alegações são exatamente as mesmas do Recurso nº 1 e 2, as quais transcreve-se abaixo:

[...]

2.2 Da falta de cotação do plano de saúde

[...]

constatou-se irregularidades na proposta apresentada que deverão resultar, conseqüentemente, na desclassificação da RECORRIDA do processo licitatório em análise, uma vez que apresentou cotação de preços em desacordo com as regras estabelecidas no instrumento convocatório, na lei e na convenção coletiva.

Tem-se que o edital da licitação em análise é claro em apontar que constitui obrigação das licitantes oferecer aos seus empregados, salários e benefícios compatíveis ao que dispõe a Convenção Coletiva de Trabalho, Dissídio ou Acordo do Sindicato ao qual a licitante ou os profissionais estejam vinculados, conforme dispõe o item 11.13, do Termo de Referência, do Edital:

“11.13. Responsabilizar-se pelo cumprimento das obrigações previstas em Acordo, Convenção, Dissídio Coletivo de Trabalho ou equivalentes das categorias abrangidas pelo contrato, por todas as obrigações trabalhistas, sociais, previdenciárias, tributárias e as demais previstas em legislação específica, cuja inadimplência não transfere a responsabilidade à CONTRATANTE.”

E mais no item do edital é claro que os proponentes devem cotar TODOS os custos operacionais conforme item do edital:

6.3. Nos valores propostos estarão inclusos todos os custos operacionais, encargos previdenciários, trabalhistas, tributários, comerciais e quaisquer outros que incidam direta ou indiretamente na prestação dos serviços, apurados mediante o preenchimento do modelo de Planilha de Custos e Formação de Preços, conforme anexo deste Edital;

Dessa forma, seria dever da RECORRIDA inserir em sua planilha o custo referente ao plano de saúde, previsto na Cláusula Décima Primeira da CCT:

“CLÁUSULA DÉCIMA PRIMEIRA - PLANO DE SAÚDE

*As empresas repassarão a importância de R\$ 296,00 (duzentos e noventa e seis reais) a título de plano de saúde, mensalmente ao sindicato laboral ou ‘a operadora que este indica, **unicamente por empregado efetivado e diretamente ativado na execução dos seus contratos de prestação de serviços, público ou privado**, limitado ao quantitativo de trabalhadores contratados pelos tomadores dos serviços, nas seguintes condições:*

Parágrafo Primeiro – O benefício será custeado pelo empregador e pelo trabalhador, sendo R\$ 173,07 (cento e setenta e três reais e sete centavos) custeados pelo empregador e R\$ 122,93 (cento e vinte e dois reais e noventa e três centavos) descontados do salário dos trabalhadores como coparticipação, mediante autorização por escrito, e repassado em conjunto com a parte do empregador ao SITTRATER/DF.”

Dessa forma, a Convenção Coletiva informa que o benefício será custeado na forma de coparticipação, ou seja, provido pelo empregador e pelo empregado. O que gera assim, natureza trabalhista.

Verifica-se, que a i. Pregoeira bem sabe e deixou registrado nos esclarecimentos realizados a obrigatoriedade de ser observados as disposições contidas nos itens 11.13 e 18.12 do Termo de Referência, ao que diz respeito a cotação dos benefícios:

“Esclarecimento 22/09/2021 10:16:21

PEDIDO DE ESCLARECIMENTO 1:Pergunta 1 - Os benefícios PLANO SAÚDE e AUXÍLIO FUNERAL, as empresas que deixarem de cotar esses benefícios serão desclassificadas?

Resposta 22/09/2021 10:16:21

Em resposta ao pedido de esclarecimento referente à pergunta 1 informamos que ‘não, desde que observadas as demais disposições estabelecidas no TR, especialmente os subitens 11.13 e 18.12 do Termo de Referência.”

Assim, salienta o Termo de Referência:

“11.13. Responsabilizar-se pelo cumprimento das obrigações previstas em Acordo, Convenção, Dissídio Coletivo de Trabalho ou equivalentes das categorias abrangidas

pelo contrato, por todas as obrigações trabalhistas, sociais, previdenciárias, tributárias e as demais previstas em legislação específica, cuja inadimplência não transfere a responsabilidade à CONTRATANTE;

18.12. A CONTRATANTE não se vincula às disposições contidas em Acordos, Dissídios ou Convenções Coletivas que tratem do pagamento de participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa CONTRATADA, de matéria não trabalhista, de obrigações e direitos que somente se aplicam aos contratos com a Administração Pública, ou que estabeleçam direitos não previstos em lei, tais como valores ou índices obrigatórios de encargos sociais ou previdenciários, bem como de preços para os insumos relacionados ao exercício da atividade, na forma disposta no artigo 6º da Instrução Normativa SEGES/MP nº 5, de 2017, observado o entendimento do Parecer nº 00004/2017/CPLC/PGF/AGU, aprovado em 23 de maio de 2017.”

Observa-se que a orientação da INSERÇÃO OU NÃO do custo na planilha de custo e formação de preços, ou seja, se o custo de obrigações e direito SE APLICAREM SOMENTE a Administração Pública o mesmo não deve ser considerado, só que, neste caso específico, o custo referente ao benefício do plano de saúde TEM COPARTICIPAÇÃO DO TRABALHADOR, logo, NÃO É CUSTO ÚNICO DA ADMINISTRAÇÃO, então o mesmo deve ser inserido na planilha de custo e formação de preço, por ser legítimo conforme a regra definida no Edital.

[...]

Veja, mesmo que haja a disposição da Instrução normativa que o órgão não arcará com os benefícios do plano de saúde, a ausência de cotação desse item que é relevante economicamente trará riscos altos para a Administração de possível descumprimento da convenção coletiva e riscos de ações judiciais nesse sentido em face da Administração como responsável solidária aos débitos da empresa relacionados a Súmula 331 do TST.

Portanto, a i. Pregoeira sinalizou que tais custos constavam na CCT de forma obrigatória, porém a RECORRIDA se recusou a atender à CCT, não adicionando em sua planilha de custos os benefícios obrigatórios.

Destaca-se, que sobre o assunto, mais esclarecimentos foram prestados por essa nobre Administração, confirmando o entendimento pleiteado:

Resposta 30/09/2021 10:21:08

Resposta: a licitante estará obrigada ao cumprimento das obrigações previstas em Acordo, Convenção, Dissídio Coletivo de Trabalho ou equivalentes das categorias abrangidas pelo contrato, como plano de saúde e seguro de vida, conforme item 11.13 do Edital; contudo, a licitante deve observar o disposto no artigo 6º da Instrução Normativa SEGES/MP nº 5, de 2017 e o entendimento do Parecer nº 00004/2017/CPLC/PGF/AGU, aprovado em 23 de maio de 2017, conforme disposto no item 18.13 do Termo de Referência: IN SEGES/MP 5/2017

Art. 6º A Administração não se vincula às disposições contidas em Acordos, Convenções ou Dissídios Coletivos de Trabalho que tratem de pagamento de participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa contratada, de matéria não trabalhista, ou que estabeleçam direitos não previstos em lei, tais como valores ou índices obrigatórios de encargos sociais ou previdenciários, bem como de preços para os insumos relacionados ao exercício da atividade.

Parágrafo único. É vedado ao órgão e entidade vincular-se às disposições previstas nos Acordos, Convenções ou Dissídios Coletivos de Trabalho que tratem de obrigações e direitos que somente se aplicam aos contratos com a Administração Pública. (grifo nosso)

*Entende-se, portanto, que, caso a CCT à qual a empresa esteja vinculada determine que o plano de saúde e seguro de vida sejam **devidos somente aos empregados alocados em contratos de prestação de serviços, público ou privado, o pagamento desses benefícios pela Administração à contratada é ilegal.***

Visto que a estimativa de custo apresentada na planilha modelo, Anexo III, foi

referenciada pela CCT 2021/2021, firmada entre o Sindicato das Empresas de Asseio, Conservação, Trabalhos Temporários e Serviços Terceirizáveis do DF e Sindicato dos Trabalhadores Empresas de Transportes Terrestres de Passageiros Urbanos, Interestaduais, Especiais, Escolares, Turismo e de Carga do Distrito Federal (SITTRATER), a qual estabelece, na cláusula décima primeira, que o benefício é limitado ao quantitativo de trabalhadores contratados pelos tomadores dos serviços, entende-se que ser vedado ao órgão contratante realizar o pagamento.

Por essa razão, esses benefícios não foram previstos na planilha modelo: CLÁUSULA DÉCIMA PRIMEIRA - PLANO DE SAÚDE as empresas repassarão a importância de R\$ 296,00 (duzentos e noventa e seis reais) a título de plano de saúde, mensalmente ao sindicato laboral ou 'a operadora que este indica, unicamente por empregado efetivado e diretamente ativado na execução dos seus contratos de prestação de serviços, público ou privado, limitado ao quantitativo de trabalhadores contratados pelos tomadores dos serviços, nas seguintes condições. Sendo assim, para cotar o custo mensal com plano de saúde e seguro de vida, a licitante deve analisar o que está disposto na CCT à luz do art. 6º da IN SEGES/MP nº 5, de 2017 e Parecer nº00004/2017/CPLC/PGF/AGU.”

[...]

Por último, insta acrescentar que a defesa dos interesses da classe, pelo sindicato, é plenamente justificada, no caso, haja vista que como é facultado ao empregado escolher pela sua integração ao auxílio saúde, não é lícito ao empregador impedir que o trabalhador possa ter acesso ao benefício.

Noutras palavras: a integração ao benefício é direito subjetivo disponível do trabalhador, mas não é disponível ao empregador, que dele não pode se desvencilhar, na hipótese de o obreiro vir a ter a pretensão de fazer a opção por integrar ao plano beneficiário. **O empregador não pode privar o empregado de gozar desse benefício negociado entre os sindicatos representativos das categorias laboral e patronal.** Não podendo, portanto, a RECORRIDA deixar de prever tais custos em sua planilha de formação de preço.

Ora, verifica-se na verdade uma tentativa da RECORRIDA de “mascarar” o preço de sua proposta, para então assim apresentar o menor preço em relação às demais licitantes; contudo, a RECORRIDA só consegue tal façanha ao não cotar em sua planilha de custos, gastos obrigatórios para a execução dos serviços licitados, fazendo com que dessa forma a proposta de preços ofertada não demonstre a realidade de todos os custos que a contratada terá que arcar ao executar os serviços licitados.

O risco de que tão logo se inicie a execução dos serviços a RECORRIDA, se permanecer como vencedora do presente certame, solicite a essa Administração reajuste/repactuação sobre o valor contrato, já que o valor proposto não considera todos os custos para a prestação dos serviços listados.

É certo que as irregularidades apresentadas pela RECORRIDA em sua proposta de preço, ao não prever em suas planilhas os custos citados acima poderão resultar em prejuízo considerável à Administração, já que o custo sobre tais questões influenciará e aumentará o valor para a execução dos serviços contratados; logo, o valor proposto pela RECORRIDA não reflete a realidade dos fatos sobre o valor dos serviços licitados, o que faz ainda com que as demais licitantes sejam prejudicadas, já que o valor da proposta da RECORRIDA foi inferior porque seu preço não levou em consideração todos os custos os quais terá que arcar, a proposta apresentada na verdade reflete em preço/valor inexecutável.

A proposta vencedora deverá atender às exigências do edital e ofertar o menor preço para que seja consagrada vencedora do certame. O preço não deverá ser inexecutável, sob pena de desclassificação, conforme estabelece o artigo 48, II da Lei nº 8.666/93:

[...]

Nesse diapasão, as regras inseridas no Edital estabelecem as exigências mínimas indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações por parte da futura contratada, não sendo lícita a contratação da RECORRIDA que não cumpriu as

exigências do edital, quando tais irregularidades cometidas não são passíveis de correções.

Dessa forma, a RECORRENTE requer a desclassificação da proposta da ora RECORRIDA, por não atender as exigências do instrumento convocatório.

2.3 Do caráter vinculante dos esclarecimentos prestados pela Administração

De há muito que os esclarecimentos prestados pela Administração possuem caráter vinculante. Tal situação já foi, inclusive, reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça, assim:

“A resposta de consulta a respeito da cláusula de edital de concorrência pública é vinculante; desde que a regra assim explicitada tenha sido comunicada a todos os interessados, ela adere ao edital. Hipótese em que, havendo dissídio coletivo pendente de julgamento, a resposta à consulta deu conta a todos os licitantes de que os reajustes salariais dele decorrentes seriam repassados para o preço-base.” (REsp nº 198.665/RJ, rel. Min. Ari Pargendler, j. em 23/03/1999, DJ DE 03/05/1999).

9. Considerando a inexistência de previsão específica na Lei 8.666/93 e no Edital 2/2007 quanto à forma de utilização de atestados relativos a obras desenvolvidas em consórcios anteriores, tem-se que devem ser observados os esclarecimentos prestados pela Comissão de Licitação, conforme determinação constante do instrumento convocatório (item 17.2).

10. Quanto ao caráter vinculante dos esclarecimentos prestados, ressalta o doutrinador Marçal Justen Filho que "é prática usual, fomentada pelo próprio art. 40, inc. VIII, que a Administração forneça esclarecimentos sobre as regras editalícias. A resposta formulada administrativamente apresenta cunho vinculante para todos os envolvidos, sendo impossível invocar o princípio da vinculação ao edital para negar eficácia à resposta apresentada pela própria Administração". Acrescenta, ainda, que "a força vinculante da resposta ao pedido de esclarecimento envolve as hipóteses de interpretação do edital. Ou seja, aplica-se quando há diversas interpretações possíveis em face do ato convocatório. Se a Administração escolhe uma ou algumas dessas interpretações possíveis e exclui outras (ou todas as outras), haverá vinculação" ("Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos". 11ª ed., São Paulo: Dialética, 2005, pp. 402/403).

11. Sobre o assunto, já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que "a resposta de consulta a respeito de cláusula de edital de concorrência pública é vinculante; desde que a regra assim explicitada tenha sido comunicada a todos os interessados, ela adere ao edital" (REsp 198.665/RJ, 2ª Turma, Rel.Min. Ari Pargendler, DJ de 3.5.1999).

(...)

13. Verifica-se, portanto, ser ilegal o ato impugnado no presente mandado de segurança - que inabilitou o consórcio formado pelas impetrantes -, visto que não observou os esclarecimentos exaustivamente prestados pela Comissão de Licitação, que vincularam tanto os licitantes como a própria Administração. É inviável que as regras para demonstração de qualificação técnica sejam alteradas no momento da apreciação do recurso administrativo interposto. Conforme já destacado, não há previsão específica no Edital 2/2007 sobre a utilização de atestados decorrentes de obras realizadas em consórcio, de modo que devem ser obedecidos os critérios indicados nas informações prestadas pela Comissão de Licitação, que, repita-se, consignaram que os atestados relativos a obras desenvolvidas anteriormente em consórcio serão considerados em sua totalidade para cada uma das empresas consorciadas, independentemente do percentual de sua participação no consórcio, desde que não haja discriminação expressa da responsabilidade de cada uma pela execução de partes distintas da obra.

14. Ressalte-se que não se está afirmando que essa seria a melhor forma de verificar a qualificação técnica dos licitantes, nem caberia tal providência ao Poder Judiciário. O que está sendo examinado é, tão-somente, a conformação entre o ato emanado do Sr.

Ministro de Estado da Integração Nacional e os esclarecimentos prestados pela autoridade competente que devem ser observados pelas partes envolvidas.

15. Caso a Administração, posteriormente, concluísse pela inadequação do critério adotado para a demonstração da qualificação técnica dos participantes do certame, não haveria óbice a que procedesse à alteração das condições estabelecidas, desde que desse publicidade a tal ato, abrindo novo prazo para possibilitar aos licitantes a adaptação das propostas a serem apresentadas. O que não é possível é ignorar as regras por ela mesma impostas e que orientaram os licitantes na elaboração de suas propostas.” (MS 13.005/DF, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/10/2007, DJe 17/11/2008).”

O Tribunal de Contas da União trata da mesma forma o assunto:

“Esclarecimentos prestados administrativamente para responder a questionamento de licitante possuem natureza vinculante para todos os participantes do certame, não se podendo admitir, quando da análise das propostas, interpretação distinta, sob pena de violação ao instrumento convocatório. Acórdão 299/2015-Plenário | Relator: VITAL DO RÊGO.”

Nesse sentido, quando a Administração esclarece, em mais de uma oportunidade, que é obrigatório analisar os itens previstos na CCT, deve ser atendido pelas licitantes no momento de realizar a cotação da planilha de proposta.

Nesse sentido, vincula-se a tais orientações. Uma vez afastando-se delas, fere princípio da isonomia e da vinculação ao instrumento convocatório, o que não pode ocorrer.

Por tais motivos, não deve essa Administração manter a classificação da proposta de preços da empresa ora RECORRIDA, pela ilegalidade de que se reveste.

2.4 Do dever da melhor administração

A Administração deve pautar sempre as decisões que toma orientada pelo dever de boa administração. Aliás, até mais que isso.

[...]

Essa honrosa instituição pública não está praticando atos que indiquem a busca pela melhor administração. Mas ainda há tempo de sanear tais vícios, conforme demonstrado.

4. DOS PEDIDOS

Ante o exposto, requer a Vossa Senhoria se digne a:

ACOLHER os argumentos aqui expendidos, DANDO PROVIMENTO ao presente Recurso Administrativo, revendo a decisão de aceitação e habilitação da empresa RDJ ASSESSORIA E GESTAO EMPRESARIAL EIRELI, inscrita no CNPJ nº 06.350.074/0001-34, afastando-a do certame;

RETOMAR a fase anterior da licitação, de modo a prosseguir na seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, e que atenda aos requisitos editalícios;

OU, se não entender deste modo

b) FAZER SUBIR o presente Recurso Administrativo, de modo que a autoridade superior possa acolher os mesmos argumentos, dando-lhe provimento.

13. DAS CONTRARRAZÕES - SIGA SERVIÇOS ESPECIALIZADOS E FACILITIES EIRELI

13.1. Cumpridas as formalidades legais, foi oportunizada à licitante a apresentação de contrarrazões no prazo legal, sendo essa apresentada pela Recorrida, que rebateu os pontos suscitados pela recorrente, conforme se extrai da peça impugnatória apresentada (SEI 19982925):

SIGA SERVIÇOS ESPECIALIZADOS E FACILITIES EIRELI., pessoa jurídica de direito privado, organizada na forma de empresa individual de responsabilidade limitada, girando sob o CNPJ/MF nº. 11.385.361/0001-10, sediada e estabelecida no Setor de Indústria Bernardo

Sayão, Quadra nº. 03, Conjunto C, Lote nº. 09, s/nº, Núcleo Bandeirante, Distrito Federal, CEP nº. 71.736-303, vem através de seu Representante, esgrimir RAZÕES de CONTRARIEDADE ao recurso administrativo agitado, com intuito claramente tumultuário, pela licitante G&E SERVIÇOS TERCEIRIZADOS LTDA., cujas alegações vinculam-se, em síntese estreita, à tentativa de induzir esta Administração a se vincular a disposições contidas em instrumento coletivo de trabalho que não só estabelece direito não previsto em lei, mas que claramente ofende a Lei nº. 12.529/1, o art. 611 da CLT, além de ensejar discriminação trabalhista injustificável. As contrarrazões ao recurso em foco seguem logo abaixo:

– I –

A Recorrente alegou que a proposta formulada pela Recorrida deveria ser sumariamente desclassificada porque ela não cotou o plano de saúde previsto na cláusula décima primeira da Convenção Coletiva de Trabalho (CCT) firmada entre o Sindicato das Empresas de Asseio, Conservação, Trabalhos Temporário e Serviços Terceirizáveis do Distrito Federal (SEAC/DF) e o Sindicato dos Trabalhadores Empresas de Transportes Terrestres de Passageiros Urbanos, Interestaduais, Especiais, Escolares, Turismo e de Carga do Distrito Federal (SITTRATER).

Pois bem. EM PRIMEIRO LUGAR pede-se vênia para chamar à baila parte da conclusão inculpada no Parecer nº. 012/16 confeccionado pela Senhora Procuradora Federal Daniela Silva Borges, e que foi chancelado à unanimidade por todos os membros da Câmara Permanente de Licitações e Contratos do Departamento de Consultoria da Procuradoria-Geral Federal (cf. art. 36, §1º, da Portaria nº. 388/2.016-PGF/AGU), in verbis:

“Respondidos os questionamentos trazidos pela Nota nº 25/2016/DEPCONSU/PGF/AGU, para evitar novas dúvidas jurídicas quanto às próximas convenções coletivas de trabalho - que pelo visto tendem a reproduzir a norma ilícita da CCT/2014, como ocorreu nas convenções de 2015 e 2016 -, sugere-se que a Administração Pública insira, em seus próximos editais de licitação, cláusula que expressamente vede a cotação, nas planilhas de custos e formação de preços, de benefícios estabelecidos em convenção coletiva de trabalho que onerem diretamente a Administração Pública tomadora de serviços.

61. Por todo o exposto, respondendo aos questionamentos da Nota nº 25/2016/DEPCONSU/PGF/AGU, entende-se que o benefício "plano de saúde" ilícitamente previsto na Convenção Coletiva de Trabalho de 2014, celebrada entre o SEAC/DF e o SINDISERVIÇOS/DF, bem como nas subsequentes convenções que reproduziram o seu teor, deve ser excluído das planilhas de custos e formação de preços dos contratos administrativos celebrados sob a égide dessas convenções, buscando-se, em regra, o ressarcimento dos valores indevidamente pagos a esse título, respeitados os ditames do devido processo legal.

62. O ressarcimento dos valores já pagos a título desse plano de saúde não deve ser realizado quando reconhecida a boa-fé das empresas contratadas, a ser investigada no caso concreto, de acordo com as balizas traçadas no presente parecer.

63. Por fim, recomenda-se que a Administração Pública insira, em seus próximos editais de licitação, cláusula que expressamente vede a cotação, nas planilhas de custos e formação de preços, de benefícios estabelecidos em convenção coletiva de trabalho que onerem diretamente a Administração Pública tomadora de serviço”.

O parecer em foco ratificou o Parecer nº 15/14 também do Departamento de Consultoria da Procuradoria-Geral Federal, cujo específico objeto foi uma coleção de cláusulas talhadas em Convenções Coletivas de Trabalho celebradas especificamente entre o SINDISERVIÇOS/DF e o SEAC/DF, com vigência entre os anos de 2.014 e 2.016. As indigitadas cláusulas dispunham exatamente sobre concessão de plano de saúde a empregados terceirizados.

E basta colocar lado a lado a cláusula décima primeira da CCT de 2.021 firmada entre o SEAC/DF e o SITTRATER e, por exemplo, a cláusula décima sexta da CCT do ano de 2.015 pactuada pelo SEAC/DF junto ao SINDISERVIÇOS/DF para se concluir que as referidas disposições são essencialmente IGUAIS e que ipso facto padecem das mesmíssimas ilegalidades. Senão confira, respectivamente, in ipsis litteris:

CLÁUSULA DÉCIMA PRIMEIRA - PLANO DE SAÚDE

As empresas repassarão a importância de R\$ 296,00 (duzentos e noventa e seis reais) a título de plano de saúde, mensalmente ao sindicato laboral ou 'a operadora que este indica, UNICAMENTE POR EMPREGADO EFETIVADO E DIRETAMENTE ATIVADO NA EXECUÇÃO DOS SEUS CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS, PÚBLICO OU PRIVADO, LIMITADO AO QUANTITATIVO DE TRABALHADORES CONTRATADOS PELOS TOMADORES DOS SERVIÇOS, nas seguintes condições:

Parágrafo Nono – O benefício, ora instituído, SERÁ DEVIDO, APENAS E TÃO SOMENTE, EM RELAÇÃO AOS EMPREGADOS EFETIVAMENTE ALOCADOS NOS SERVIÇOS E LIMITADO AO CONTINGENTE CONTRATADO.

CLÁUSULA DÉCIMA SEXTA - PLANO DE SAÚDE

As empresas repassarão ao sindicato laboral, mensalmente, o valor de R\$ 150,00 (cento e cinquenta reais), a título de plano de saúde, UNICAMENTE POR EMPREGADO EFETIVADO E DIRETAMENTE ATIVADO NA EXECUÇÃO DOS SEUS CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS, LIMITADO AO QUANTITATIVO DE TRABALHADORES CONTRATADOS PELOS TOMADORES DOS SERVIÇOS, cabendo ao SINDISERVIÇOS/DF contratar, administrar e remunerar o referido plano. O benefício em questão será custeado exclusivamente com os valores repassados pelos órgãos da administração pública e privada, contratantes da prestação dos serviços.

Parágrafo quinto - O plano de saúde ora instituído será devido apenas e TÃO SOMENTE EM RELAÇÃO AOS EMPREGADOS EFETIVOS ALOCADOS A SERVIÇO DO CONTRATANTE QUE CONCEDEU REFERIDO BENEFÍCIO, LIMITADO AO CONTINGENTE CONTRATADO.

Com efeito, as duas cláusulas limitam o benefício em questão apenas ao trabalhador "diretamente ativado na execução" de contratos de terceirização, quer para tomadores de serviços públicos ou quer para aqueles da iniciativa privada. O que viola o art. 611 da CLT, além de padecer do vício sectário de estabelecer direito apenas a trabalhador terceirizado, isto é, apenas àquele "diretamente ativado na execução" de contratos, conforme a Senhora Procuradora Federal Daniela Silva Borges muito bem pontou no já multicitado Parecer nº. 012/16:

"16. Quanto à primeira ilegalidade, explica o parecer que, por exemplo, um bombeiro hidráulico (uma das categorias profissionais abrangidas pela convenção) que trabalhasse num órgão da Administração Pública desempenharia exatamente as mesmas funções daquele que trabalhasse na sede da empresa empregadora. Ou seja, tratar-se-ia do mesmo profissional, não havendo motivos legítimos, sustentados pela ordem jurídica, para que um tivesse direito ao plano de saúde custeado pelo empregador e o outro, não.

17. Quanto à segunda ilegalidade, explica a manifestação que a desoneração das empresas empregadoras feita pela convenção, por meio da transferência direta do ônus do plano de saúde aos tomadores de serviço, representa uma afronta ao artigo 611 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), segundo o qual as convenções coletivas criam obrigações apenas para as categorias econômicas e profissionais representadas pelos respectivos Sindicatos, no âmbito de suas representações, não podendo criar obrigações diretas para terceiros, que dela sequer tomaram parte.

18. E as duas ilegalidades se entrelaçariam: referida diferença de tratamento, pondera o parecer, só se justificaria pela intenção nefasta de se garantir contratualmente um direito trabalhista ao empregado sem onerar financeiramente o empregador, onerando-se exclusivamente a Administração Pública, que se veria compelida a repassar os custos do plano de saúde às empresas contratadas, dados os efeitos normativos da convenção.

19. Nesse sentido, tal convenção coletiva teria sido fruto de interesses justapostos dos sindicatos convenientes (e não contrapostos, como ocorrem com as verdadeiras convenções): simultaneamente atenderia os interesses do sindicato laboral, que garantiria um plano de saúde aos trabalhadores que representa; e aos interesses do sindicato patronal, que representa empresas cujos lucros nos contratos administrativos traduzem-se num percentual aplicável

sobre o custo total dos serviços, então significativamente incrementado pelo novo benefício. 20. Assim, em vista das ilegalidades acima apontadas, a Procuradoria-Geral Federal, por meio desta Câmara Permanente de Licitações e Contratos, concluiu ser indevida a inclusão de custos para pagamento desse plano de saúde, nas planilhas de preços das vigentes e das futuras contratações que envolvessem as categorias profissionais regidas pela CCT em debate.”.

Sendo ipso facto também forçoso concluir que a cotação deste custo violaria o art. 6º da Instrução Normativa (IN) 05/17 do Ministério do Planejamento, Orçamento, e Gestão (MPOG), assim vazado:

Art. 6º A Administração NÃO se vincula às disposições contidas em Acordos, Convenções ou Dissídios Coletivos de Trabalho que tratem de pagamento de participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa contratada, de matéria não trabalhista, ou que estabeleçam direitos não previstos em lei, tais como valores ou índices obrigatórios de encargos sociais ou previdenciários, bem como de preços para os insumos relacionados ao exercício da atividade.

Parágrafo único. É VEDADO ao órgão e entidade vincular-se às disposições previstas nos Acordos, Convenções ou Dissídios Coletivos de Trabalho que tratem de obrigações e direitos que somente se aplicam aos contratos com a Administração Pública.

Desaguando-se, pois, na conclusão de que in casu seria ILEGAL cotar plano de saúde. Conclusão perfilhada também pela Corte de Contas da União (cf. Acórdão 1.033/15) e que foi ratificada mais recentemente pela Procuradoria-Geral Federal no Parecer nº. 04/17.

Já EM SEGUNDO LUGAR a não cotação em comento decorreu da necessária reverência ao PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO EDITAL, tendo em vista o disposto no item 18.12 do Termo de Referência ao Edital, abaixo transcrito:

“18.12. A CONTRATANTE não se vincula às disposições contidas em Acordos, Dissídios ou Convenções Coletivas que tratem do pagamento de participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa CONTRATADA, de matéria não trabalhista, de obrigações e direitos que somente se aplicam aos contratos com a Administração Pública, ou que estabeleçam direitos não previstos em lei, tais como valores ou índices obrigatórios de encargos sociais ou previdenciários, bem como de preços para os insumos relacionados ao exercício da atividade, na forma disposta no artigo 6º da Instrução Normativa SEGES/MP nº 5, de 2017, observado o entendimento do Parecer nº 00004/2017/CPLC/PGF/AGU, aprovado em 23 de maio de 2017.”

Ademais, há de se ver EM TERCEIRO LUGAR que o art. 36 da Lei 12.529/11 dispõe que é infração à ordem econômica a prática de atos, sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir limitações à livre concorrência ou a livre iniciativa.

Ora, a cláusula décima primeira da CCT em foco simplesmente impede que se contrate plano de saúde diverso daquele eleito pela entidade sindical, a quem cabe, nos termos da CCT, “a escolha, contratação e administração do referido plano”.

POR FIM, a Recorrida também invoca o princípio da ISONOMIA para postular simetria e coerência na interpretação da questão em tela, de modo a prevalecer, independentemente de qualquer outro argumento adicional, o mesmo entendimento talhado e.g. na Nota Informativa SEI nº 6985/2019/ME, vinculada ao Pregão Eletrônico nº. 06/2.019. O que se esgrime forte no art. 30, caput e parágrafo único, do Decreto-Lei nº. 4.657/1.942, e também invocando, por analogia, o art. 3º, inc. IV, da Lei nº. 13.874/2.019.

ENFIM, a Recorrida não pode ser censurada por se balizar em premissas divulgada em pareceres jurídicos referenciais da Advocacia Geral da União (parecer nº 15/2.014 /CPLC/OEPCONSU/PGF/AGU, ratificado pelo Parecer nº 12/2.016 e pelo parecer nº 04/2017), e também ao fundar-se na única conclusão lógica e jurídica que se podia extrair do

item 18.12 do Termo de Referência ao Edital.

– II –

Valendo ainda lembrar que “a inexecutabilidade de itens isolados da planilha de custos não caracteriza motivo suficiente para a desclassificação da proposta (art. 48, inciso II, da Lei 8.666/1993), pois o juízo sobre a inexecutabilidade, em regra, tem como parâmetro o valor global da proposta” (Acórdão nº. 637/2017-Plenário, Data da sessão 05/04/2017, Ministro Aroldo Cedraz).

E também sem se olvidar que “a proposta de licitante com margem de lucro mínima ou sem margem de lucro não conduz, necessariamente, à inexecutabilidade, pois tal fato depende da estratégia comercial da empresa” Acórdão nº. 3092/2014-Plenário, Data da sessão 12/11/2014, Ministro Bruno Dantas).

Dito de outro modo, problemas com um item isolado da planilha de composição de preço não pode resultar na rejeição do lance, quer porque o art. 29, §2º, da IN 02/2.008 expressamente vedava e o item 7.9 do Anexo VII-A da IN 07/2.017 ainda veda, quer porque a proposta é uma QUESTÃO PRIVADA, conforme lição de Marçal Justen Filho:

“A formulação de proposta inexecutável é problema particular do licitante, que deve resolver-se ou através da punição exemplar (quando não for honrada) ou no âmbito da repressão a práticas de abuso de poder econômico (quando o sujeito valer-se de seu poder econômico para infringir a competição econômica leal)”. (JUSTEN FILHO, Marçal. Pregão: (comentários à legislação do pregão comum e eletrônico). 5. ed. rev., atual. São Paulo: Dialética, 2009, pp. 109).

Aliás, pede-se nova vênua agora para rememorar o teor do Acórdão 325/2007-TCU-Plenário, de cujo conteúdo se extrai relevante escólio sobre custos e margem de lucro em licitações, in verbis mutati mutandis:

“Dependendo da escolha da estratégia comercial, a empresa pode ser bem agressiva na proposta de preços, relegando a segundo plano o retorno do investimento considerado para o contrato. Quanto menor for a taxa percentual exigida para análise sobre o retorno do investimento, maior será a competitividade de proposta. As motivações para perseguir o sucesso em uma licitação em detrimento da remuneração possível pela execução da obra variam: a empresa pode estar interessada na obra específica por sinergia com suas atuais atividades; pode haver interesse em quebrar barreiras impostas pelos concorrentes no mercado para o tipo de obra a ser executada; pode haver interesse em incrementar o portfólio de execução de obras da empresa; pode haver interesse na formação de um novo fluxo de caixa advindo do contrato e que pode contribuir com outros tipos de ganho para a empresa, entre outras. Esses exemplos podem traduzir ganhos indiretos atuais para empresa ou mesmo ganho futuro, na ótica de longo prazo para o mercado.”

– III –

Com tais considerações, a Recorrida pugna pela rejeição do recurso objurgado ao norte, com conseqüente manutenção da proposta mais vantajosa como aquela que merece adjudicar o objeto do certame para executá-lo com PERFEIÇÃO.

14. DA ANÁLISE DOS RECURSOS

14.1. Vencidas as fases de admissibilidade, razões e requerimento do recurso, assim como das contrarrazões apresentadas pela Recorrida, passa-se à análise da peça recursal interposta pela Recorrente.

14.2. A peça recursal, ora em análise, está fundamentada unicamente na ausência de cotação do plano de saúde previsto na Cláusula Décima Primeira da CCT, alegando, em apertada síntese, inexecutabilidade de proposta, descumprimento das regras do edital, e a inobservância da pregoeira quanto aos esclarecimentos por ela prestados aos interessados e aos quais a Administração encontra-se vinculada.

14.3. Vejamos a cláusula questionada:

“CLÁUSULA DÉCIMA PRIMEIRA - PLANO DE SAÚDE As empresas repassarão a importância de R\$ 296,00 (duzentos e noventa e seis reais) a título de plano de saúde, mensalmente ao sindicato laboral ou à operadora que este indica, **unicamente por empregado efetivado e diretamente ativado na execução dos seus contratos de prestação de serviços, público ou privado, limitado ao quantitativo de trabalhadores contratados pelos tomadores dos serviços**, nas seguintes condições:

Parágrafo Primeiro – O benefício será custeado pelo empregador e pelo trabalhador, sendo R\$ 173,07 (cento e setenta e três reais e sete centavos) custeados pelo empregador e R\$ 122,93 (cento e vinte e dois reais e noventa e três centavos) descontados do salário dos trabalhadores como coparticipação, mediante autorização por escrito, e repassado em conjunto com a parte do empregador ao SITTRATER/DF.”

14.4. O que reza o Edital:

6.3. Nos valores propostos estarão inclusos todos os custos operacionais, encargos previdenciários, trabalhistas, tributários, comerciais e quaisquer outros que incidam direta ou indiretamente na prestação dos serviços, apurados mediante o preenchimento do modelo de Planilha de Custos e Formação de Preços, conforme anexo deste Edital;

14.5. E o Termo de Referência:

11.13. Responsabilizar-se pelo cumprimento das obrigações previstas em Acordo, Convenção, Dissídio Coletivo de Trabalho ou equivalentes das categorias abrangidas pelo contrato, por todas as obrigações trabalhistas, sociais, previdenciárias, tributárias e as demais previstas em legislação específica, cuja inadimplência não transfere a responsabilidade à CONTRATANTE; [...]

18.12. A CONTRATANTE não se vincula às disposições contidas em Acordos, Dissídios ou Convenções Coletivas que tratem do pagamento de participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa CONTRATADA, de matéria não trabalhista, de obrigações e direitos que somente se aplicam aos contratos com a Administração Pública, ou que estabeleçam direitos não previstos em lei, tais como valores ou índices obrigatórios de encargos sociais ou previdenciários, bem como de preços para os insumos relacionados ao exercício da atividade, na forma disposta no artigo 6º da Instrução Normativa SEGES/MP nº 5, de 2017, observado o entendimento do Parecer nº 00004/2017/CPLC/PGF/AGU, aprovado em 23 de maio de 2017.

14.6. Quanto aos esclarecimentos prestados, convém destacar os que seguem:

Questionamento: Pergunta 1 - Os benefícios PLANO SAÚDE e AUXÍLIO FUNERAL, as empresas que deixarem de cotar esses benefícios serão desclassificadas?

Resposta em 20/09/2021 às 08:46 (doc. SEI 18802878) Em resposta ao pedido de esclarecimento referente à pergunta 1 informamos que 'não, desde que observadas as demais disposições estabelecidas no TR, especialmente os subitens 11.13 e 18.12 do Termo de Referência." (grifamos)

Questionamento: As licitantes não deverão cotar o custo mensal com plano de saúde e seguro de vida?

Resposta em 30/09/2021 às 09:26 (doc. SEI 19076922): a licitante estará obrigada ao cumprimento das obrigações previstas em Acordo, Convenção, Dissídio Coletivo de Trabalho ou equivalentes das categorias abrangidas pelo contrato, como plano de saúde e seguro de vida, conforme item 11.13 do Edital; contudo, a licitante deve observar o disposto no artigo 6º da Instrução Normativa SEGES/MP nº 5, de 2017 e o entendimento do Parecer nº 00004/2017/CPLC/PGF/AGU, aprovado em 23 de maio de 2017, conforme disposto no item 18.13 do Termo de Referência:

IN SEGES/MP 5/2017

Art. 6º A Administração não se vincula às disposições contidas em Acordos, Convenções ou Dissídios Coletivos de Trabalho que tratem de pagamento de participação dos

trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa contratada, de matéria não trabalhista, ou que estabeleçam direitos não previstos em lei, tais como valores ou índices obrigatórios de encargos sociais ou previdenciários, bem como de preços para os insumos relacionados ao exercício da atividade. Parágrafo único. É vedado ao órgão e entidade vincular-se às disposições previstas nos Acordos, Convenções ou Dissídios Coletivos de Trabalho que tratem de obrigações e direitos que somente se aplicam aos contratos com a Administração Pública. (grifo nosso)

Entende-se, portanto, que, caso a CCT à qual a empresa esteja vinculada determine que o plano de saúde e seguro de vida sejam devidos somente aos empregados alocados em contratos de prestação de serviços, público ou privado, o pagamento desses benefícios pela Administração à contratada é ilegal.

Visto que a estimativa de custo apresentada na planilha modelo, Anexo III, foi referenciada pela CCT 2021/2021, firmada entre o Sindicato das Empresas de Asseio, Conservação, Trabalhos Temporários e Serviços Terceirizáveis do DF e Sindicato dos Trabalhadores Empresas de Transportes Terrestres de Passageiros Urbanos, Interestaduais, Especiais, Escolares, Turismo e de Carga do Distrito Federal (SITTRATER), a qual estabelece, na cláusula décima primeira, que o benefício é limitado ao quantitativo de trabalhadores contratados pelos tomadores dos serviços, entende-se que ser vedado ao órgão contratante realizar o pagamento. Por essa razão, esses benefícios não foram previstos na planilha modelo:

CLÁUSULA DÉCIMA PRIMEIRA - PLANO DE SAÚDE A as empresas repassarão a importância de R\$ 296,00 (duzentos e noventa e seis reais) a título de plano de saúde, mensalmente ao sindicato laboral ou 'a operadora que este indica, unicamente por empregado efetivado e diretamente ativado na execução dos seus contratos de prestação de serviços, público ou privado, limitado ao quantitativo de trabalhadores contratados pelos tomadores dos serviços, nas seguintes condições.

Sendo assim, para cotar o custo mensal com plano de saúde e seguro de vida, a licitante deve analisar o que está disposto na CCT à luz do art. 6º da IN SEGES/MP nº 5, de 2017 e Parecer nº00004/2017/CPLC/PGF/AGU.” (grifamos)

14.7. A despeito da clareza das cláusulas editalícias e dos esclarecimentos prestados, a Recorrente, intencionalmente ou não, faz uma interpretação diametralmente oposta ao afirmar que: *"Observa-se que a orientação da INSERÇÃO OU NÃO do custo na planilha de custo e formação de preços, ou seja, se o custo de obrigações e direito SE APLICAREM SOMENTE a Administração Pública o mesmo não deve ser considerado, só que, neste caso específico, o custo referente ao benefício do plano de saúde TEM COPARTICIPAÇÃO DO TRABALHADOR, logo, NÃO É CUSTO ÚNICO DA ADMINISTRAÇÃO, então o mesmo deve ser inserido na planilha de custo e formação de preço, por ser legítimo conforme a regra definida no Edital."*

14.7.1. Ora, os esclarecimentos prestados pela pregoeira, cujos trechos foram extraídos da própria peça recursal, conforme item 4.8 supra, afirmam o contrário: ***"Entende-se, portanto, que, caso a CCT à qual a empresa esteja vinculada determine que o plano de saúde e seguro de vida sejam devidos somente aos empregados alocados em contratos de prestação de serviços, público ou privado, o pagamento desses benefícios pela Administração à contratada é ilegal"***.

14.7.2. E vão além: *"Visto que a estimativa de custo apresentada na planilha modelo, Anexo III, foi referenciada pela CCT 2021/2021, firmada entre o Sindicato das Empresas de Asseio, Conservação, Trabalhos Temporários e Serviços Terceirizáveis do DF e Sindicato dos Trabalhadores Empresas de Transportes Terrestres de Passageiros Urbanos, Interestaduais, Especiais, Escolares, Turismo e de Carga do Distrito Federal (SITTRATER), a qual estabelece, na cláusula décima primeira, que o benefício é limitado ao quantitativo de trabalhadores contratados pelos tomadores dos serviços, entende-se que ser vedado ao órgão contratante realizar o pagamento. Por essa razão, esses benefícios não foram previstos na planilha modelo:"* Portanto, não há que se falar que a situação aqui tratada é diferente porque há a coparticipação do trabalhador.

14.8. A Recorrente também reconhece que há vedação expressa na IN SEGES/MP 5/2017, quanto ao

acatamento de tal cláusula, conforme trecho extraído de sua peça recursal: "*Veja, mesmo que haja a disposição da Instrução normativa que o órgão não arcará com os benefícios do plano de saúde, a ausência de cotação desse item que é relevante economicamente trará riscos altos para a Administração de possível descumprimento da convenção coletiva e riscos de ações judiciais nesse sentido em face da Administração como responsável solidária aos débitos da empresa relacionados a Súmula 331 do TST*". Contudo, apela para uma possível responsabilização da Administração, o que não ocorrerá, haja vista o embasamento jurídico em que se funda a referida cláusula editalícia, inclusive com citação ao Parecer nº 00004/2017/CPLC/PGF/AGU.

14.9. Nesse sentido, convém citar as contrarrazões apresentadas pela empresa ESSA SERVIÇOS ESPECIALIZADOS E FACILITIES EIRELI, em recurso semelhante interposto pela Recorrente, no qual aquela empresa esmiúça, com muita propriedade, o entendimento esposado nos diversos pareceres da AGU que tratam do tema e que constam do Parecer nº 00004/2017/CPLC/PGF/AGU, citado no subitem 18.12 do Termo de Referência, que deveria ser observado por todos os participantes do certame, e que nos permitimos transcrever alguns trechos:

Pois bem. EM PRIMEIRO LUGAR pede-se vênia para chamar à baila parte da conclusão inculpada no Parecer nº. 012/16 confeccionado pela Senhora Procuradora Federal Daniela Silva Borges, e que foi cancelado à unanimidade por todos os membros da Câmara Permanente de Licitações e Contratos do Departamento de Consultoria da Procuradoria-Geral Federal (cf. art. 36, §1º, da Portaria nº. 388/2.016-PGF/AGU), in verbis:

“Respondidos os questionamentos trazidos pela Nota nº 25/2016/DEPCONSU/PGF/AGU, para evitar novas dúvidas jurídicas quanto às próximas convenções coletivas de trabalho - que pelo visto tendem a reproduzir a norma ilícita da CCT/2014, como ocorreu nas convenções de 2015 e 2016 -, sugere-se que a Administração Pública insira, em seus próximos editais de licitação, cláusula que expressamente vede a cotação, nas planilhas de custos e formação de preços, de benefícios estabelecidos em convenção coletiva de trabalho que onerem diretamente a Administração Pública tomadora de serviços.

61. Por todo o exposto, respondendo aos questionamentos da Nota nº 25/2016/DEPCONSU/PGF/AGU, entende-se que o benefício "plano de saúde" ilicitamente previsto na Convenção Coletiva de Trabalho de 2014, celebrada entre o SEAC/DF e o SINDISERVIÇOS/DF, bem como nas subsequentes convenções que reproduziram o seu teor, deve ser excluído das planilhas de custos e formação de preços dos contratos administrativos celebrados sob a égide dessas convenções, buscando-se, em regra, o ressarcimento dos valores indevidamente pagos a esse título, respeitados os ditames do devido processo legal.

62. O ressarcimento dos valores já pagos a título desse plano de saúde não deve ser realizado quando reconhecida a boa-fé das empresas contratadas, a ser investigada no caso concreto, de acordo com as balizas traçadas no presente parecer.

63. Por fim, recomenda-se que a Administração Pública insira, em seus próximos editais de licitação, cláusula que expressamente vede a cotação, nas planilhas de custos e formação de preços, de benefícios estabelecidos em convenção coletiva de trabalho que onerem diretamente a Administração Pública tomadora de serviço”.

O parecer em foco ratificou o Parecer nº 15/14 também do Departamento de Consultoria da Procuradoria-Geral Federal, cujo específico objeto foi uma coleção de cláusulas talhadas em Convenções Coletivas de Trabalho celebradas especificamente entre o SINDISERVIÇOS/DF e o SEAC/DF, com vigência entre os anos de 2.014 e 2.016. As indigitadas cláusulas dispunham exatamente sobre concessão de plano de saúde a empregados terceirizados.

E basta colocar lado a lado a cláusula décima primeira da CCT de 2.021 firmada entre o SEAC/DF e o SITTRATER e, por exemplo, a cláusula décima sexta da CCT do ano de 2.015 pactuada pelo SEAC/DF junto ao SINDISERVIÇOS/DF para se concluir que as referidas disposições são essencialmente IGUAIS e que ipso facto padecem das

mesmíssimas ilegalidades. Senão confira, respectivamente, in ipsa litteris:

CLÁUSULA DÉCIMA PRIMEIRA - PLANO DE SAÚDE

As empresas repassarão a importância de R\$ 296,00 (duzentos e noventa e seis reais) a título de plano de saúde, mensalmente ao sindicato laboral ou 'a operadora que este indica, UNICAMENTE POR EMPREGADO EFETIVADO E DIRETAMENTE ATIVADO NA EXECUÇÃO DOS SEUS CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS, PÚBLICO OU PRIVADO, LIMITADO AO QUANTITATIVO DE TRABALHADORES CONTRATADOS PELOS TOMADORES DOS SERVIÇOS, nas seguintes condições:

Parágrafo Nono – O benefício, ora instituído, SERÁ DEVIDO, APENAS E TÃO SOMENTE, EM RELAÇÃO AOS EMPREGADOS EFETIVAMENTE ALOCADOS NOS SERVIÇOS E LIMITADO AO CONTINGENTE CONTRATADO.

CLÁUSULA DÉCIMA SEXTA - PLANO DE SAÚDE

As empresas repassarão ao sindicato laboral, mensalmente, o valor de R\$ 150,00 (cento e cinquenta reais), a título de plano de saúde, UNICAMENTE POR EMPREGADO EFETIVADO E DIRETAMENTE ATIVADO NA EXECUÇÃO DOS SEUS CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS, LIMITADO AO QUANTITATIVO DE TRABALHADORES CONTRATADOS PELOS TOMADORES DOS SERVIÇOS, cabendo ao SINDISERVIÇOS/DF contratar, administrar e remunerar o referido plano. O benefício em questão será custeado exclusivamente com os valores repassados pelos órgãos da administração pública e privada, contratantes da prestação dos serviços.

Parágrafo quinto - O plano de saúde ora instituído será devido apenas e TÃO SOMENTE EM RELAÇÃO AOS EMPREGADOS EFETIVOS ALOCADOS A SERVIÇO DO CONTRATANTE QUE CONCEDEU REFERIDO BENEFÍCIO, LIMITADO AO CONTINGENTE CONTRATADO.

Com efeito, as duas cláusulas limitam o benefício em questão apenas ao trabalhador "diretamente ativado na execução" de contratos de terceirização, quer para tomadores de serviços públicos ou quer para aqueles da iniciativa privada. O que viola o art. 611 da CLT, além de padecer do vício sectário de estabelecer direito apenas a trabalhador terceirizado, isto é, apenas àquele "diretamente ativado na execução" de contratos, conforme a Senhora Procuradora Federal Daniela Silva Borges muito bem pontou no já multicitado Parecer n.º. 012/16:

"16. Quanto à primeira ilegalidade, explica o parecer que, por exemplo, um bombeiro hidráulico (uma das categorias profissionais abrangidas pela convenção) que trabalhasse num órgão da Administração Pública desempenharia exatamente as mesmas funções daquele que trabalhasse na sede da empresa empregadora. Ou seja, tratar-se-ia do mesmo profissional, não havendo motivos legítimos, sustentados pela ordem jurídica, para que um tivesse direito ao plano de saúde custeado pelo empregador e o outro, não.

17. Quanto à segunda ilegalidade, explica a manifestação que a desoneração das empresas empregadoras feita pela convenção, por meio da transferência direta do ônus do plano de saúde aos tomadores de serviço, representa uma afronta ao artigo 611 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), segundo o qual as convenções coletivas criam obrigações apenas para as categorias econômicas e profissionais representadas pelos respectivos Sindicatos, no âmbito de suas representações, não podendo criar obrigações diretas para terceiros, que dela sequer tomaram parte.

18. E as duas ilegalidades se entrelaçariam: referida diferença de tratamento, pondera o parecer, só se justificaria pela intenção nefasta de se garantir contratualmente um direito trabalhista ao empregado sem onerar financeiramente o empregador, onerando-se exclusivamente a Administração Pública, que se veria compelida a repassar os custos do plano de saúde às empresas contratadas, dados os efeitos normativos da convenção.

19. Nesse sentido, tal convenção coletiva teria sido fruto de interesses justapostos dos sindicatos convenientes (e não contrapostos, como ocorrem com as verdadeiras convenções): simultaneamente atenderia os interesses do sindicato laboral, que

garantiria um plano de saúde aos trabalhadores que representa; e aos interesses do sindicato patronal, que representa empresas cujos lucros nos contratos administrativos traduzem-se num percentual aplicável sobre o custo total dos serviços, então significativamente incrementado pelo novo benefício.

20. Assim, em vista das ilegalidades acima apontadas, a Procuradoria-Geral Federal, por meio desta Câmara Permanente de Licitações e Contratos, concluiu ser indevida a inclusão de custos para pagamento desse plano de saúde, nas planilhas de preços das vigentes e das futuras contratações que envolvessem as categorias profissionais regidas pela CCT em debate.”.

14.10. Importante frisar que em nenhum momento a pregoeira sinalizou que o custo do plano de saúde previsto na cláusula em questão seria de cotação obrigatória, como afirma a Recorrente, ao contrário, o que foi informado é que sequer fez parte da estimativa de preços do pregão por não ser admitido o seu pagamento pela Administração.

14.11. Quando a Administração orienta que é obrigatório analisar os itens previstos na CCT, que deve ser atendido pelas licitantes no momento da elaboração da planilha de custo de sua proposta, não está afirmando que é todo e qualquer custo, até porque, a cotação do plano de saúde foi exaustivamente explorado tanto no edital como nos esclarecimentos prestados.

14.12. Dessa forma, considerando que as alegações foram rechaçadas pelos argumentos acima expostos, entende esta Pregoeira que **não assiste razão à Recorrente** em sua peça recursal, assim como refuta veementemente a afirmação de que: *"Essa honrosa instituição pública não está praticando atos que indiquem a busca pela melhor administração. Mas ainda há tempo de sanear tais vícios, conforme demonstrado"*.

14.13. Não é demais lembrar que o interesse público se sobrepõe ao particular, e que a finalidade da licitação é de satisfazer o interesse público e buscar a proposta mais vantajosa, em total respeito ao instrumento convocatório, que faz lei entre as partes, como também aos princípios constitucionais e administrativos.

14.14. Neste sentido, destaca-se que os atos praticados pela pregoeira e equipe de apoio foram revestidos de clareza, coerência, objetividade e transparência, bem como observância ao princípio vinculatório ao Ato Convocatório.

15. DA CONCLUSÃO

15.1. Por todo o exposto, o recurso interposto é conhecido por atender aos requisitos de admissibilidade, contudo, seus argumentos não suscitam viabilidade de reconsideração dos procedimentos adotados, razão pela qual esta pregoeira mantém a decisão que declarou a empresa SIGA SERVICOS ESPECIALIZADOS E FACILITES EIRELI vencedora do Item 26 do Pregão Eletrônico nº 21/2021.

15.2. Assim, encaminhe-se os autos à autoridade superior para análise, consideração e decisão do Recurso Administrativo em pauta.

Brasília/DF, novembro de 2021.

[Documento assinado eletronicamente]

IRENE SOARES DOS SANTOS

Pregoeira

Considerando a manutenção da decisão recorrida, encaminhe-se os autos à Diretora da Central de Compras para ciência e decisão do Recurso Administrativo em pauta.

Brasília/DF, novembro de 2021.

[Documento assinado eletronicamente]

VALNEI BATISTA ALVES

Coordenador-Geral



Documento assinado eletronicamente por **Irene Soares dos Santos, Analista**, em 09/11/2021, às 19:28, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 3º do art. 4º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).



Documento assinado eletronicamente por **Valnei Batista Alves, Coordenador(a)-Geral**, em 09/11/2021, às 19:31, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 3º do art. 4º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site https://sei.economia.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **20022434** e o código CRC **40014E33**.