

ANÁLISE DA IMPUGNAÇÃO AO EDITAL DE PREGÃO ELETRÔNICO Nº 02/2019**IMPUGNANTE:** SELFECORP VIAGENS CORPORATIVAS LTDA-ME.**PROC Nº:** 0536/2019

Senhor Diretor Geral,

Tratam os autos de licitação na modalidade Pregão Eletrônico, regida pelo Edital nº 02/2019, cujo objeto é a contratação de empresa especializada na prestação de serviços de agenciamento de viagens, compreendendo o fornecimento de passagens aéreas nacionais e internacionais, de quaisquer companhia aérea, nos trechos e horários a serem estabelecidos, compreendendo a prestação dos serviços de cotação, reserva, emissão, marcação/remarcação de passagens, marcação de assento, compra de despacho de bagagem e entrega dos bilhetes eletrônicos, na modalidade de desconto fixo (taxa de transação negativa).

Analisando-se os requisitos de admissibilidade, constatamos que a impugnação é tempestiva, visto que a SELFECORP VIAGENS CORPORATIVAS LTDA-ME se insurgiu contra o edital em 20/02/2019 através de e-mail encaminhado para o endereço pregao@tce.es.gov.br, sendo certo que a disputa está marcada para o dia 27.02.2019.

No entanto, quanto à legitimidade para a formulação da impugnação, constatamos que o signatário não comprovou, nos termos da Cláusula III, item 8 do Edital, a capacidade postulatória na qualidade de representante da empresa impugnante.

Não há demonstração cabal acerca da titularidade de poderes na qualidade jurídica de representante legal do Sr. Josimar Alexandre Laurindo, visto que não há contrato social ou procuração juntada à impugnação.

Tal fato, por si só, seria suficiente para não admitir o documento protocolado e sequer analisar o mérito da questão posta sob a análise deste Pregoeiro.

Sucedo que, em razão dos princípios que norteiam as atividades da Administração Pública, especialmente o da eficiência e da transparência dos atos administrativos, que possibilita seu controle pelos administrados, os quais se incluem o cidadão e os

interessados nos processos de contratação pública, passo à análise do mérito da questão discutida, a fim de objetivamente dirimi-la.

1. ANÁLISE DA IMPUGNAÇÃO

Quanto ao mérito, as alegações formuladas pela recorrente, em apertada síntese, são as seguintes:

Inicialmente, aduz que, no seu entender, as regras contidas no Edital deflagrado estariam viciadas por não estabelecer nenhuma forma de remuneração para a agência de turismo, eis que o valor de referência (-R\$ 21,43 – desconto de vinte e um reais e quarenta e três centavos) traduz em desconto para a Administração Pública, o que tornaria o contrato a ser assinado inexecutável.

Afirma ainda que:

“Quando uma licitação concorda com modelo de proposta negativa, no âmbito econômico já constitui um contrato inexecutável, portanto não existe a possibilidade de demonstrar exequibilidade do contrato, e além da proposta negativa, ainda exige que o licitante repasse todas as suas negociações “vantagens”, onde está negociação é montada pela Agência de Turismo com uma estratégia desenvolvida ao longo de sua atividade e conquistada com próprio mérito.

No Edital não consta instrumento de rentabilidade para a Agência de Turismo trabalhar com saúde financeiro, a Administração Pública não pode propor formas em que o prestador de serviços não consiga trabalhar com lucratividade, tornando-se o contrato inexecutável.”

Conclui requerendo sejam analisadas as questões levantadas na impugnação para que o Edital deflagrado seja retificado.

De acordo com o que se infere deste breve relatório, não restam dúvidas de que as alegações contidas na impugnação proposta pela recorrente, proposta com vícios formais, são insuficientes para modificar as regras cuidadosamente dispostas em Edital ou mesmo alterar a data da realização da sessão pública de disputa.

Isto porque, num primeiro momento, é relevante frisar que eventual alegação de inexecutabilidade de proposta comercial ou de valor de referência em sede de

procedimento licitatório demanda a sua cabal comprovação por meio de demonstrações analíticas suficientemente claras, capazes de afastar os preços referenciados no Edital deflagrado, estabelecidos com base em pesquisa de mercado elaborada em atendimento aos normativos que regem a espécie, notadamente à Portaria TCEES nº 71/2017 que, em apertada síntese, determina que a fixação dos valores de referência seja desenvolvida considerando primordialmente os valores praticados em contratações firmadas por órgãos públicos.

A empresa insurgente, ressalte-se sequer se deu ao trabalho de comprovar documentalmente o alegado.

Ora, se a impugnante afirma que o valor de referência é inexequível, o ônus probatório do fato recai totalmente sobre suas arguições, cabendo ao próprio fornecedor fazer prova do que se alega.

Tais constatações são mais do que suficientes para negar provimento à impugnação.

Soma-se a isto o fato de que a exequibilidade das propostas comerciais ofertadas em procedimentos licitatórios não pode ser analisada de forma isolada e sem considerar, principalmente, a busca da proposta mais vantajosa para a administração pública. A respeito do tema, já se manifestou o próprio TCU:

Os critérios objetivos, previstos nas normas legais, de aferição da exequibilidade das propostas possuem apenas presunção relativa, cabendo à Administração dar oportunidade ao licitante para demonstrar a viabilidade de sua proposta.

Pedidos de Reexame interpostos pelas empresas Petrobras e MPE Montagens e Projetos Especiais S/A contra o Acórdão 3.344/2012-Plenário requereram a reforma de item da deliberação que determinara à Petrobras que procedesse à anulação de todos os atos praticados desde a injustificada desclassificação de três concorrentes por inexequibilidade das propostas. Pretenderam as recorrentes que fossem consideradas lícitas as desclassificações das propostas, de forma a permitir a continuidade da execução do contrato firmado entre elas. O relator observou que “a apreciação da exequibilidade de propostas não é tarefa fácil, pois há dificuldades em se fixar critérios objetivos para tanto e que não comprometam o princípio da busca da proposta mais vantajosa para a administração. Nessa linha, esta Corte já se manifestou em diversas oportunidades que os critérios objetivos, previstos nas normas legais, de aferição da exequibilidade das propostas possuem apenas presunção relativa, cabendo à administração propiciar ao licitante que demonstre a viabilidade de sua proposta”. Contudo, diante da situação fática evidenciada nos autos (contrato assinado e em execução) e considerando os efeitos reversos e prejuízos decorrentes da interrupção contratual naquele momento, o relator entendeu cabível tornar insubsistente a determinação impugnada. Destacou, entretanto, que “esse entendimento não

afasta a necessidade de adequada apuração dos atos inquinados de desclassificação das propostas de licitantes”. O Tribunal, ao acolher a proposta do relator, deu provimento parcial ao recurso de forma a tornar insubsistente a determinação recorrida, sem prejuízo de restituir os autos à relatora a quo para a continuidade das apurações. Acórdão 2143/2013-Plenário, TC 006.576/2012-5, relator Ministro Benjamin Zymler, 14.8.2013.

Como é sabido, o risco da atividade empresarial deve ser sempre suportada pelo empresário/sociedade empresária, de modo que cabe ao ente público que contrata com o particular cercar-se de todas as cautelas necessárias para a correta execução do objeto contratual, o que se faz por meio das atividades fiscalizatória e sancionatória conferidas por lei à Administração Pública.

É dizer, cabe à Administração fiscalizar a execução contratual, de modo que, caso o preço ofertado se mostre inexecutável, deve o particular contratado sofrer as penalidades administrativas previstas legal e contratualmente.

Em momento anterior à contratação, inclusive, cabe a análise de toda a documentação habilitatória apresentada pelo fornecedor que ofertou a proposta mais vantajosa, de tal forma avaliar a saúde financeira da licitante, por intermédio da qualificação econômico-financeira exigida em edital.

Neste sentido, deve ser destacado o que dispõe o art. 48, II da Lei nº 8.666/93:

Art. 48. Serão desclassificadas:

II - propostas com valor global superior ao limite estabelecido ou com preços manifestamente inexecutáveis, assim considerados aqueles que não venham a ter demonstrada sua viabilidade através de documentação que comprove que os custos dos insumos são coerentes com os de mercado e que os coeficientes de produtividade são compatíveis com a execução do objeto do contrato, condições estas necessariamente especificadas no ato convocatório da licitação. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994).

A contrario sensu, o dispositivo deve ser interpretado no sentido de que serão classificadas as propostas das empresas cujos coeficientes de produtividade sejam compatíveis com a execução do objeto contratado.

Marçal Justen Filho¹, ao discorrer sobre o tema, ensina que:

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 13 ed. São Paulo: Dialética. 2009. p. 627.

A desclassificação por inexecuibilidade apenas pode ser admitida como exceção, em hipóteses muito restritas. O núcleo da concepção ora adotada reside na impossibilidade de o Estado transformar-se em fiscal da lucratividade privada e na plena admissibilidade de propostas deficitárias.

[...]

Discorda-se do entendimento de que todas as hipóteses de inexecuibilidade comportam tratamento jurídico idêntico. Ao contrário, deve impor-se uma diferenciação fundamental, destinada a averiguar se a proposta pode ou não ser executada pelo licitante, ainda que seu valor seja deficitário. A questão fundamental não reside no valor da proposta, por mais ínfimo que o seja - o problema é a impossibilidade de o licitante executar aquilo que ofertou.

A formulação desse juízo envolve uma avaliação da capacidade patrimonial do licitante. Se ele dispuser de recursos suficientes e resolver incorrer em prejuízo, essa é uma decisão empresarial privada. Não cabe à Administração a tarefa de fiscalização da lucratividade empresarial privada. Sob esse ângulo, chega a ser paradoxal a recusa da Administração em receber proposta excessivamente vantajosa.
(destaque nosso)

Portanto, se o licitante, conhecedor das penalidades decorrentes da inexecução contratual, oferta determinada proposta, significa que, pelo menos em princípio, o fornecedor possui plenas condições de executá-la e neste caso não cabe a Administração Pública fazer ilações que afastem imotivadamente as propostas comerciais dos licitantes e, com maior gravidade ainda, que impeça a efetivação de propostas mais vantajosas em se tratando de procedimento licitatório.

Prossegue Marçal Justen Filho²:

Enfim, seria inconstitucional o dispositivo legal que vedasse a benemerência em prol do Estado. Impor ao Estado o dever de rejeitar proposta gratuita é contrário à Constituição. Se um particular dispuser-se a aplicar seus recursos para auxiliar o Estado, auferindo remuneração irrisória, isso não pode ser vedado por dispositivo infraconstitucional. Cabe admitir, portanto, que o Estado perceba vantagens e benefícios dos particulares.

Por fim, arremata o renomado autor³:

Um exemplo típico envolve os serviços de fornecimento de passagem aérea. A Administração desembolsa valores em favor de uma agência de turismo, destinados ao pagamento dos serviços de companhias aéreas. A agência de turismo é remunerada mediante uma taxa de administração. Ocorre que a agência de turismo também auferir uma remuneração das companhias aéreas. A dimensão dos serviços prestados em favor da Administração pode assegurar à agência de turismo uma remuneração suficiente e satisfatória em face das companhias aéreas. Então, admite-se que a agência de turismo

² JUSTEN FILHO, Marçal. p. 628.

³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 16 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014. p. 874.

dispense a taxa de administração ou, mesmo, desembolse valores em favor da Administração.

Não se configurará necessariamente, em tais casos, proposta inexequível, ainda que o particular oferte serviços por valor igual a zero ou negativo. A questão fundamental será a existência de um mecanismo de remuneração adicional, distinto do pagamento realizado pela Administração.

Consoante já dito nesta decisão, no âmbito deste Tribunal de Contas, os preços de referência são estabelecidos considerando os preços contratados por órgãos públicos, em detrimento de preços meramente ofertados por particulares que, na maioria das vezes, são valores superfaturados e não refletem o real valor de mercado.

Na hipótese contida nestes autos, por exemplo, o mapa comparativo de preços indica que dos 07 (sete) órgãos públicos consultados, 02 (dois) praticam taxas iguais ou próximas de zero e os outros 04 (quatro), todos órgãos capixabas, das mais diferentes esferas de Poder, executam taxas negativas, ou seja, as empresas contratadas **OFERTAM DESCONTO PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**. Veja-se:

MAPA COMPARATIVO DE PREÇOS									
TCE ES TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO									
ITEM	DESCRIÇÃO	TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO (Contrator nº 13/2017, vigente até 21/03/2019)	ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO	TRIBUNAL JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO	SERVIÇO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO - SEBRAE/ES	PODER JUDICIÁRIO - TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO/RJ	PODER JUDICIÁRIO - TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO 9ª REGIÃO/PR	MÉDIA
		VALOR DA TAXA (R\$)	VALOR DA TAXA (R\$)	VALOR DA TAXA (R\$)	VALOR DA TAXA (R\$)	VALOR DA TAXA (R\$)	VALOR DA TAXA (R\$)	VALOR DA TAXA (R\$)	VALOR DA TAXA (R\$)
1	EMIÇÃO DE PASSAGEM AÉREA DOMÉSTICA E INTERNACIONAL	-12,00	-21,19	-30,00	-70,39	-16,44	0,01	0,00	-21,43
VALOR GLOBAL DO CONTRATO		R\$ 593.750,00	R\$ 249.797,44	R\$ 668.048,91	R\$ 521.157,50	R\$ 1.450.500,00	R\$ 800.000,00	R\$ 680.000,00	-
EMPRESAS FORNECEDORAS		AZ TURISMO E VIAGENS LTDA EPP	AZ TURISMO E VIAGENS LTDA EPP	SELECORP VIAGENS CORPORATIVAS LTDA	L.A. VIAGENS E TURISMO LTDA	AZ TURISMO E VIAGENS LTDA EPP	WTL TURISMO E LOCAÇÃO LTDA - ME	DECOLANDO TURISMO E REPRESENTAÇÕES LTDA ME	

Infere-se, portanto, que a prática de valores negativos em procedimentos licitatórios para contratação de empresa especializada na prestação de serviços de agenciamento de viagens é usual, ao contrário do que quer demonstrar a impugnante, e não importam em inexecução contratual.

Aliás, as alegações levadas a efeito pela empresa SELFECORP VIAGENS CORPORATIVAS LTDA-ME chamam atenção e não se sustentam, além dos argumentos já consignados nesta decisão, na medida em que a própria impugnante detém contrato firmado com o Ministério Público do Estado do Espírito Santo e naquela avença pratica uma taxa de transação equivalente a um **DESCONTO DE R\$ 30,00**, de acordo com o que

demonstram os autos (anexo 6 do e-tcees - proc. 0536/2019)⁴. Referido contrato, segundo informações repassadas pelo próprio MPES, possui vigência até setembro de 2019.

A impugnação ora proposta, muito além de se insurgir contra as regras previstas em Edital e denotar simples discordância com o que este Tribunal veicula por meio do procedimento licitatório deflagrado, o que em situação normal evidentemente deve ser tratado como exercício de direito admitido no próprio instrumento convocatório em sua cláusula III, neste caso específico se reveste de fortes indícios de práticas protelatórias com finalidades outras que não a pleiteada na peça impugnatória, haja vista que a própria empresa pratica taxa de transação negativa em contrato mantido com o Poder Público.

Referida conduta é facilmente enquadrada no art. 5º, IV, alínea b, da Lei nº 12.846/13:

Art. 1º. Esta Lei dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

[...]

Art. 5º. Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos:

[...]

IV - no tocante a licitações e contratos:

[...]

b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público;

Dessa forma, sugiro a deflagração de procedimento administrativo para apuração e aplicação das penalidades previstas em lei, se for o caso, em razão da conduta praticada pela empresa SELFECORP VIAGENS CORPORATIVAS LTDA-ME, diante dos argumentos constantes desta decisão.

Por fim, nego provimento ao recurso proposto, tendo em conta que a Impugnante não logrou êxito na comprovação da alegada inexecutabilidade dos valores referenciados no Edital e mantenho a sessão pública de disputa, a ser realizada em 27 de fevereiro de 2019.

2. CONCLUSÃO

⁴ O nome constante do mapa comparativo contém erro de digitação. O alegado se comprova pela identidade de CNPJ encontrada no preâmbulo da impugnação e no contrato firmado com o MPES.

Diante do exposto, CONHEÇO do recurso para no mérito NEGAR-LHE PROVIMENTO, em razão dos argumentos lançados nesta manifestação e sugiro a instauração de procedimento administrativo para apuração da conduta da empresa SELFECORP VIAGENS CORPORATIVAS LTDA-ME.

Em 20 de fevereiro de 2019.

Daniel Santos de Sousa
Pregoeiro Oficial

Peça Complementar 03384/2019-3**Processo:** 00536/2019-1**Classificação:** Licitação de Serviços Gerais**Descrição complementar:** Decisão Recurso de impugnação do Edital**Criação:** 21/02/2019 13:00**Origem:** DGS - Diretoria-Geral de Secretaria**À Comissão de Pregão,****Senhor Pregoeiro,**

Tratam os autos de abertura de certame licitatório na modalidade Pregão Eletrônico, regido pelo Edital nº 02/2019, cujo objeto é a contratação de empresa especializada na prestação de agenciamento de viagens, compreendendo o fornecimento de passagens aéreas nacionais e internacionais, de quaisquer companhia aérea, nos trechos e horários a serem estabelecidos, compreendendo a prestação dos serviços de cotação, reserva, emissão, marcação/remarcação de passagens, marcação de assento, compra de despacho de bagagem e entrega dos bilhetes eletrônicos, na modalidade de desconto fixo (taxa de transação negativa).

Considerando a impugnação ao Edital, protocolada pela Selfcorp Viagens Corporativas Ltda.-ME (peça 28);

Considerando o posicionamento dessa Comissão de Pregão (peça nº 29):

“ ...CONHEÇO do recurso para no mérito *NEGAR-LHE PROVIMENTO...*”

Diante das informações constantes dos autos e da fundamentação da CPP, à qual adoto como parte integrante da presente decisão, (art. 93, incisos IX e X, da Constituição Federal), **DECIDO pelo NÃO PROVIMENTO DA IMPUGNAÇÃO** e pelo prosseguimento do certame, mantendo-se data e horário para a realização da sessão pública de disputa.

Em 21 de fevereiro de 2019.

FABIANO VALLE BARROS
Diretor-Geral de Secretaria