

RESPOSTA À IMPUGNAÇÃO

Pregão Eletrônico nº 146/2022/SENAR/MT

Objeto: Contratação de empresa especializada na prestação de serviço de **FORNECIMENTO DE PASSAGENS AÉREAS NACIONAIS E INTERNACIONAIS**, mediante requisição, compreendendo a reserva, marcação, emissão, remarcação, endosso e entrega de bilhetes, com disponibilização eletrônica, física ou PTA – *Prepaid Ticket Advice*), para atender ao Serviço Nacional de Aprendizagem Rural de Mato Grosso – SENAR/MT, conforme condições, quantidades e especificações constantes no Edital e seus anexos.

Impugnante: CONFIANÇA VIAGENS E TURISMO LTDA

Trata-se de impugnação aos termos do Edital de **Pregão Eletrônico nº 146/2022/SENAR/MT**, marcado para ser realizado no dia **31/10/2022**, às 09h00min (horário de Brasília), na Plataforma Eletrônica do Portal de Compras do Governo Federal denominada **Comprasnet**, constante na página eletrônica www.comprasgovernamentais.gov.br, apresentada pela empresa CONFIANÇA VIAGENS E TURISMO LTDA, pessoa jurídica de direito privado, doravante denominada de impugnante.

1. Da admissibilidade.

Inicialmente vale registrar a lição de VICTOR AGUIAR JARDIM DE AMORIM, segundo a qual *“A impugnação tem por objetivo possibilitar ao cidadão ou ao licitante apontar à Administração a existência de vícios de legalidade, irregularidades e inconsistências nos editais, de modo a viabilizar a sua correção e adequação”*¹.

¹ AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. **Licitações e contratos administrativos: teoria e jurisprudência**. 2. ed. – Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2018. p.96.

Nesse foco, dispõe o item 3.1 do edital em epígrafe que: ***“Sob pena de preclusão do direito, até as 18:30hs do terceiro dia útil anterior à data fixada para abertura da sessão pública, qualquer pessoa poderá solicitar esclarecimentos ou impugnar o presente edital por meio eletrônico pelo e-mail: cpl@senarmt.org.br ou mediante petição a ser enviada ao Pregoeiro no endereço da sede do SENAR/MT direcionado para a Gerência de Licitações”.***

A peça impugnatória foi apresentada tempestivamente.

Em sede de admissibilidade, foram atendidos os pressupostos de tempestividade e legitimidade estabelecidos no Regulamento de licitações e Contratos do SENAR e no edital, razão pela qual **conhece-se** da presente impugnação, para analisar os fundamentos aduzidos à luz dos preceitos legais.

2. Das razões da impugnação.

A impugnante, se contrapõe aos termos do edital de Pregão Eletrônico nº 146/2022/SENAR/MT, alegando o quanto se segue:

“(…)

As diretrizes licitatórias pelas inconsistências que serão apresentadas, poderão prejudicar o desfecho final do certame. Vejamos:

II.1 DOS ITENS 6.1.5. E SEQUENTES – DA PROPOSTA:

A exigência constante no item 6.1.5. “O julgamento das propostas será realizado pelo critério de “MENOR TAXA DE AGENCIAMENTO”, podendo esta ser positiva, **zero ou negativa**, com até 02 (dois) dígitos após a vírgula”

No Anexo I – ITEM 3, foi estimado o valor de DU (Taxa de Serviço) no valor de R\$ 124,70 (cento e vinte quatro reais).

Entretanto, fazendo um contraponto entre o valor estimado de taxa de serviço, em contrapartida com o disposto no item 6.1.5 do Edital, verifica-se uma incoerência técnica capaz de induzir a erro os licitantes, que estarão condicionados a apresentação de propostas não realizáveis financeiramente.

Destaca-se ainda, na mesma linha a incongruência no item 6.1.10. “Por limitação da plataforma do Compras.Gov, os lances negativos estão limitados à no máximo -99,99”

Ora, não seria possível considerar exequível a apresentação de proposta negativa quando existe uma única forma de retribuição financeira ao serviço prestado, induzindo a uma prática de “cashback” às avessas.

Isso porque, a exemplo do que ocorreu no certame do último dia 26/09 (PREGÃO 133/2022), o licitante vencedor aprestou um valor negativo de \$99,00 (noventa e nove reais) (conforme previsão no item 6.1.5), levando a crer portanto que, para cada passagem emitida para o Senar, o fornecedor devolveria \$99,00 (noventa e nove reais) no faturamento, por bilhete emitido.

Do mesmo modo, o segundo colocado apresentou proposta negativa de \$99,00 (noventa e nove reais) e o terceiro estaria disposto a “devolver” \$90,00 (noventa reais) por bilhete emitido.

Essa prática demonstra uma lógica perversa de “cashback” em favor do Senar, que por sua vez pode estar induzindo o contrato à uma evidente inexecutabilidade, posto que o formato de contrapartida financeira ao prestador do serviços é exatamente a taxa de serviços, também chamada de D.U, taxa esta regulada pela ANAC, e repassada pelas Cias Aéreas às Agências de Viagens.

A título de esclarecimento, é importante observar que, as cias aéreas repassam as agências emissoras um valor de tarifa (que vamos denominar aqui de “X”) que foi devidamente registrado junto a ANAC.

Além desse valor registrado, devem ser incluídas as Taxas de embarques - valor fixado pelas concessionária dos Aeroportos e por fim, a DU (Remuneração devido aos agentes de viagens) – são as Taxas de serviços regulamentadas pela ANAC, onde a incidência é de R\$ 40,00 ou 10% (dez por cento) do valor da tarifa aplicada, o que for maior.

Assim, tem-se a seguinte composição: (X+TE) + DU= valor facial do bilhete.

Portanto, ao zerar a taxa de serviços/DU ou mesmo negativa-la com o único intuito de fazer com que o órgão obtenha maior vantagem econômica, pode induzir a teoria da “maldição do vencedor”, visto que, nenhum empreendimento privado sobrevive sem lucro.

Se o prestador de serviços (emissor) tiver a sua única retribuição financeira (DU) reduzida a zero ou mesmo negativada (forçando uma lógica invertida de Cashback), por certo o contrato não será exequível, sendo que pensamento diverso exigirá do órgão licitante a comprovação de como a empresa contratada executará os serviços obtendo algum lucro para se manter no mercado, já que pela lógica de mercado a sua única contraprestação é a taxa DU.

Desta forma, não há que se atribuir responsabilidade isolada ao licitante quanto as composição das propostas, quando o próprio órgão licitante conduz à apresentação de propostas inexequíveis.

Desta forma, o critério “menor preço” será prejudicado em seu nascedouro conduzindo a uma inexecução do contrato, não sendo possível exigir em edital ou contrato a prestação de sérvios sem contraprestação, fato que com todo respeito, induz a abuso de poder econômico por parte do órgão licitante.

Os aspectos aqui apontados, limitam sobremaneira a competitividade do certame, o que fere os princípios do processo licitatórios.

O princípio da competição assegura a igualdade de condições aos concorrentes. Assim, como a lei reprime o abuso do poder econômico que vise à denominação dos mercados e a eliminação da concorrência, a lei e os demais atos normativos não podem limitar a competitividade na licitação.

O inciso do § 1º, do art. 3º, da Lei nº 8.666/93, com objetividade vedada aos agentes públicos admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções, tornando impertinente ou irrelevante exigências ao objeto do contrato.

A forma como disposta no edital, limita a participação e induz a uma lógica predatória no mercado, já que muitas das empresas licitantes não possuem estrutura operacional e jurídica para avaliar o edital da forma como necessária.

O edital na forma como estabelecida, impõe uma exigência nefasta para pequenas empresas se manterem no mercado, sem mesmo avaliarem o risco econômico a que estão inseridas.

Por certo que qualquer processo licitatório deva garantir não só a seleção da proposta mais vantajosa para o órgão licitante, como também garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a garantia do equilíbrio econômico e segurança jurídica às empresas licitantes.

Assim, resta evidente que exigências qualitativas ou quantitativas que, de algum modo, sob qualquer ângulo, restrinja a competitividade e coloca em risco o fator lucrativo de qualquer negócio, deve ser rechaçada.

Nesse sentido a jurisprudência dominante.

(*omissis*)

Em termos práticos, a possibilidade de propostas negativas e ainda a aceitação de tais propostas no objeto licitado, além de ser ilegal e limitar a competição, afronta toda lógica do mercado de emissão de bilhetes aéreos.

Desta forma, ainda que não se entenda pela restrição competitiva que ora se argumenta, **a impugnante protesta desde já para que essa respeitável CPL, digno-se retificar o edital para suprimir a possibilidade de apresentação de proposta negativa, restringindo as propostas em**

patamares condizentes com a manutenção do equilíbrio econômico dos contratos, ou ainda, possibilite a apresentação de propostas em redução percentual das taxas de serviços, sobre o valor dos bilhetes emitidos – conforme regras estabelecidas pela ANAC.

A diligência, requerida, é calcada no disposto no artigo 43, §3º da Lei de Licitações, cuja implementação possibilitará maior amplitude e instrução ao processo licitatório, visando a correção da referida inconsistência no edital, viabilizando a revisão para possibilitar maior concorrência e segurança jurídica ao órgão licitante e aos participantes em geral.

Nesse sentido, acredita-se que a correção do Edital, ampliará as condições de participação, atendendo aos preceitos legais e principiológicos que devem reger o processo licitatório.

III – DOS REQUERIMENTOS:

Diante do exposto, nos termos da fundamentação, requer seja suspensa a licitação, visando adequação necessária ao edital conforme fundamentação, especialmente, retirando os elementos limitadores dispostos no objeto, aplicando-se ao caso as regras de mercado para o objeto licitado, dando por consequência, maior amplitude de participação de outros players com capacidade de atendimento ao interesse pretendido na contratação, sob pena de se negar vigência às normas legais, além de afronta aos princípios administrativos.

Protesta pela reabertura dos prazos editalícios após a regularização dos pontos indicados.

Protesta pela juntada de instrumento procuratório no prazo de 15 (quinze) dias.

Sem prejuízo às correspondências e notificação de resposta enviadas à empresa solicitante, requer desde já que posteriores manifestações e ou decisões sejam também compartilhadas nos endereços (físico ou eletrônico) desta banca jurídica, de modo a dar continuidade nas tratativas, garantindo a conformidade necessária ao procedimento administrativo.” (sic)

São os argumentos.

Passa-se ao exame do mérito.

3. Do julgamento do mérito.

Cumpra registrar inicialmente, antes de adentrar a matéria e rebater os tópicos aventados pela impugnante, que as exigências estabelecidas no edital epigrafado são mínimas e legitimamente indispensáveis, tendo em vista a imprescindibilidade da contratação pretendida para o SENAR/MT.

Sobre a questão máxima levantada pela pugnaz, concernente ao critério de julgamento adotado, referente à possibilidade de aceitação de taxa negativa, para a seleção da proposta mais vantajosa para a contratação, justifica-se em conformidade ao Estudo Técnico Preliminar, de acordo com as Pesquisas de Preços juntadas ao processo, e ainda, ainda em vigor, tendo em vista que de acordo com a análise dos valores obtidos na pesquisa das licitações e contratações dos demais Entes Públicos, para o objeto pretendido na presente licitação, foram encontrados vários procedimentos com valores de taxa negativa ofertados por várias agências de turismo/viagens, como valor contratado de taxa de agenciamento, deixando claro que as agências de viagens obtém remuneração através de bônus e outras vantagens financeiras das companhias aéreas, tratando-se o critério adotado, do método mais adequado, apresentando

maior possibilidade de atendimento ao Princípio da Economicidade, através da menor taxa, a ser aplicada sobre o valor total estimado da despesa anual com passagens aéreas, dentro dos regramentos e especificações dispostas no Edital.

Desse modo, não há o que se falar em alteração do valor da tarifa da Companhia Aérea, como induz a impugnante.

Caso não fosse aceito a opção de aplicação de taxa negativa, em razão da taxa referencial, conforme explanação acima, teríamos, possivelmente, a oferta de taxas zero pela ampla maioria das licitantes participantes, não sendo obtida a comprovação da vantajosidade econômica no resultado do certame, frustrando a escolha de proposta mais vantajosa, devido ao empate ocasionado pelo critério de não aceitação de taxa negativa ou desconto. No âmbito do TCU há posição consolidada sobre a possibilidade de se praticar taxa negativa nos contratos administrativos, desde a década de 90 (Decisão 38/1996 – Plenário).

Mais recentemente reforçam essa tese os Acórdãos nºs 1556/2014, 2.004/2018, 1.488/2018, 316/2019, todos do Plenário, e o Acórdão nº 6515/2018. Conforme discorrido pela Impugnante, percebe-se a clara intenção corporativista nas suas alegações, possivelmente, no intuito de aumento dos lucros dos seus Associados, ao apresentar insinuações e afirmações deturpadas em relação às disposições editalícias, inclusive sobre a sua forma de fiscalização, e ainda, genericamente, em desprezo aos Órgãos Fiscalizadores e demais Entes públicos.

Registre-se ainda, que conforme entendimentos do Tribunal de Contas da União (TCU) de que a oferta de taxa de administração negativa, não representa, necessariamente, em proposta inexequível, cabendo a avaliação pelo Pregoeiro, através de disposições editalícias, mediante solicitação de comprovações de sua exequibilidade, pela licitante.

No caso, além dos já citados Acórdãos do TCU, que tratam da matéria e afastam a ilegalidade dos itens questionados do Edital em questão, em relação à remuneração de particular, inclusive no setor de agenciamento de viagens, a doutrina de Marçal Justen Filho (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 14. Ed. São Paulo: Dialética, 2010) que assim discorre:

“Observe-se que as ponderações acima realizadas devem ser aplicadas de modo compatível com a natureza de cada empreendimento, inclusive no tocante à existência de mecanismos adicionais de remuneração para o particular. Em diversos casos, a contratação propicia ao particular a obtenção de recursos por outras vias, o que significa a desnecessidade de a remuneração recebida superar o custo do particular. Há hipótese, inclusive, em que se pratica uma remuneração negativa, de modo que o particular transfere recursos para a Administração. (...) Um exemplo típico envolve os serviços de fornecimento de passagem aérea. (...) Ocorre que a agência de turismo também auferem 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 dispensa a taxa de administração ou, mesmo, desembolse valores em favor da Administração. Não se configurará necessariamente, em tais casos, proposta inexecutável, ainda que o particular ofereça serviços por valor igual a zero ou por valor negativo”.

A questão fundamental será a existência de um mecanismo de remuneração adicional, distinto do pagamento realizado pela Administração. Assim, por oportuno, embora o SENAR/MT não seja jurisdicionado da Advocacia Geral da União- AGU, essa dispõe de Parecer elucidativo acerca do tema (PARECER 06/2013/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU):

EMENTA; SERVIÇO DE FORNECIMENTO DE PASSAGENS AÉREAS. JULGAMENTO DAS PROPOSTAS. REGRAS LEGAIS E EDITALÍCIAS. JURISPRUDÊNCIA DO TCU. TAXA DE AGENCIAMENTO. VALOR ZERO OU NEGATIVO. EXAME SOBRE INEXEQUIBILIDADE. NATUREZA DO SERVIÇO LICITADO. REMUNERAÇÃO ADICIONAL PAGA PELAS COMPANHIAS AÉREAS ÀS AGÊNCIAS DE TURISMO. AUSÊNCIA DE RISCO À EFETIVA VIABILIDADE DE EXECUÇÃO DO CONTRATO. ADOÇÃO DE DILIGÊNCIAS. (P) 1. NAS LICITAÇÕES DESTINADAS À CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS PRESTADOS POR AGÊNCIAS DE VIAGENS, PARA A AQUISIÇÃO DE PASSAGENS AÉREAS NACIONAIS E INTERNACIONAIS, PODE O EDITAL PREVER A POSSIBILIDADE DE OFERTA DE TAXA ZERO OU NEGATIVA. (Grifo nosso).

Considerando ainda, conforme acórdão TCU n.º 554/2015, “de que as licitantes possuem comprovadamente forma de remuneração do serviço por meio do recebimento de incentivos das companhias aéreas, realidade contratual do setor.”, verifica-se tratar-se de prática comum no mercado, a remuneração das agências pelas companhias aéreas, por meio de incentivos financeiros concedidos em virtude do atingimento de metas e volume de vendas, dentre outros.

Considerações devem ser feitas, sobre a falta de transparência dos acordos comerciais entre as companhias aéreas e as agências de viagem, o que torna inviável a exigência de planilhas de custos detalhadas, o que não torna irregular ou ilegal sua contratação, nem impede a concessão desses benefícios à Administração.

No que concerne ainda à taxa negativa, é imperioso registrar que os lances que forem para a taxa negativa serão considerados como percentuais de desconto e não valores reais, conforme consta expresso no item 6 do Edital:

6.1.5. O julgamento das propostas será realizado pelo critério de "MENOR TAXA DE AGENCIAMENTO", podendo esta ser positiva, zero ou negativa, com até 02 (dois) dígitos após a vírgula.

6.1.6. Na proposta, deverá ser constado, expressamente, que no VALOR DA TAXA DE AGENCIAMENTO cotada, incluem-se todos os custos e despesas, e outros necessários ao cumprimento integral do objeto.

6.1.7. Quaisquer tributos, custos e despesas diretas e indiretas omitidos na proposta ou incorretamente cotados, serão considerados com inclusos no VALOR DA TAXA DE AGENCIAMENTO, não sendo considerados pleitos de acréscimos, a este ou a qualquer título, devendo os serviços ser prestados sem ônus adicionais.

6.1.8. A disputa deverá ser realizada no site do Portal de Compras do Governo Federal, disponível no sítio <https://www.gov.br/compras/pt-br>, pelo critério de MENOR PREÇO, sob o regime de julgamento MENOR TAXA DE AGENCIAMENTO, podendo esta ser (positiva, zero ou negativa), sendo que os valores a serem inseridos na sala de disputa estão exemplificados em vermelho na planilha abaixo, correspondendo ao valor da taxa de administração ou do desconto.

6.1.9. Quando da efetivação dos lances, caso os lances se transformem em taxas negativas (abaixo de zero), os valores lançados na plataforma serão considerados como PERCENTUAL DE DESCONTO sobre a tarifa futura a ser contratada, e não DESCONTO EM VALORES REAIS sobre a tarifa. Exemplo: caso a licitante ofereça valor de - 10,00, significa que a empresa está disposta a ofertar 10% (dez por cento) de desconto sobre a tarifa a ser contratada.

6.1.10. Por limitação da plataforma do Compras.Gov, os lances negativos estão limitados à no máximo -99,99.

6.1.11. Em razão do site do Compras.Gov não aceitar números menores que 0 (zero), os valores absolutos maiores ou igual a 100 (cem) serão considerados como positivos, e, menores que 100 (cem) serão considerados como negativos (desconto em percentual), conforme cálculo e exemplo abaixo:

* Taxa de Agenciamento Positiva:

Taxa de Agenciamento Positiva = 100 + valor da taxa de Acréscimo, onde:

100 = Taxa de agenciamento 0,00

* Taxa de Agenciamento Negativa:

Taxa de Agenciamento Negativa = 100 - valor da taxa de desconto, onde:

100 = Taxa de agenciamento 0,00

Taxa de Agenciamento	Lance no site do Compras.Gov
30,00	130,00
10,00	110,00
5,00	105,00
0,00	100,00
-1,50	98,50
-5,00	95,00
-13,00	87,00

6.1.12. Não deverão ser aceitos valores cotados com mais de 02 (duas) casas decimais após a vírgula.

6.1.13. Somente deverá ser objeto de lance a TAXA DE AGENCIAMENTO seguindo as orientações deste item.

Conforme denota-se do item evidenciado a limitação de -99,99 na plataforma não impede economicamente a disputa da fase de lances, uma vez que a empresa que ofertar esse percentual poderá ser considerado lance inexequível, pois conforme mostra o exemplo explicitado no quadro do item 6.1.11 os lances negativos se transformam em PERCENTUAIS DE DESCONTO, ou seja, estaria a empresa ofertando um PERCENTUAL DE DESCONTO de 99,99% no valor da tarifa a ser contratada.

Portanto, diante do exposto, entende-se por conhecer da impugnação apresentada pela CONFIANÇA VIAGENS E TURISMO LTDA, por ser tempestiva, para no mérito **NEGAR PROVIMENTO**.

4. Da decisão.

Pelas razões de fato e de direito acima aduzidas, bem como, tendo-se por fundamento os termos do instrumento convocatório, os dispositivos constantes do Regulamento de Licitações e Contratos do SENAR, os princípios regentes das licitações públicas, a melhor doutrina, a jurisprudência pátria e as orientações dos Órgãos de Controle Externo, **julga-se** totalmente **IMPROCEDENTE** a impugnação aos termos do edital de **Pregão Eletrônico nº 146/2022/SENAR/MT**, apresentada pela empresa **CONFIANÇA VIAGENS E TURISMO LTDA.**

Por fim, mantêm-se inalterados todos os termos do instrumento convocatório.

É a decisão.

Cuiabá (MT), 28 de outubro de 2022

(Original assinado)
Julean Faria da Silva
Pregoeiro Oficial
SENAR/MT

(Original assinado)
Aline Anne Moreira Lima
Equipe de Apoio
SENAR/MT

(Original assinado)
Thiago Fialho de Oliveira
Equipe de Apoio
SENAR/MT