

AO ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DA CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES NA AGRICULTURA

Processo licitatório n. 022/2016

Termo de Cooperação Técnica e Financeira n. 002/2016 – Processo n. 00098/2016

Objeto: *Contratação de empresa para prestação de serviços de AGENCIAMENTO DE VIAGENS, compreendendo os serviços de emissão, remarcação e cancelamento de passagens aéreas nacionais, nos termos da Instrução Normativa SLTI nº 7, de 24 de agosto d 2012, incluindo reserva, bem como qualquer outras providências necessárias ao regular adequado cumprimento das obrigações decorrentes da respectiva contratação conforme condições deste Edital e seus anexos.*

Recorrente: DF TURISMO E REPRESENTAÇÕES LTDA

Recorrida: SELFECORP VIAGENS CORPORATIVAS LTDA – ME

Assunto: RAZÕES DE RECURSO ADMINISTRATIVO

DF TURISMO E REPRESENTAÇÕES LTDA, ora licitante, inscrita no CNPJ n. 07.832.586/0001-08, por intermédio de seu representante legal, vem, à íncrita presença de Vossa Senhoria, no prazo legal, com fulcro no artigo 5º, inciso XXXIV, alínea “a” da Constituição Federal de 1988, artigo 109 da lei 8.666/1993, artigo 26 do Decreto n. 5.450, de 31 de maio de 2005 e Edital, apresentar: **RAZÕES DE RECURSO** em face da classificação da empresa SELFECORP VIAGENS CORPORATIVAS LTDA – ME como vencedora do certame em epígrafe.

II -- DOS FATOS

Ilustre Sr. Pregoeiro,

Por meio do processo licitatório n. 22/2016, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura – CONTAG constituiu licitação na modalidade PREGÃO PRESENCIAL, do tipo MENOR PREÇO, com o seguinte objeto de contratação:

“Contratação de empresa para prestação de serviços de AGENCIAMENTO DE VIAGENS, compreendendo os serviços de emissão, remarcação e cancelamento de passagens aéreas nacionais, nos termos da Instrução Normativa SLTI nº 7, de 24 de agosto d 2012, incluindo reserva, bem como qualquer outras providências necessárias ao regular adequado cumprimento das obrigações decorrentes da respectiva contratação conforme condições deste Edital e seus anexos”.

Recusado em 18/04/16

As 14:07h

Christina Botelho

Estabelece o edital que o prestador dos serviços responsável por qualquer outro encargo inerente a execução do objeto, conforme consta no item 3.1.1 do Anexo I – Termo de Referência, *ipsis litteris*:

“Deve esta incluso também o serviço de reserva, bem como quaisquer outras providências necessárias ao regular e adequado cumprimento das obrigações decorrentes da respectiva contratação”.

Também é ônus da empresa ter um representante nesta capital (Item 1.2, do capítulo IV, do Anexo I – Termo de Referência), telefone fixo para contato entre a CONTAG (Item 5, do capítulo IV, do Anexo I – Termo de Referência) e destinar, pelo menos, 1 (um) funcionário que que deverá ficar a disposição e responsável pelo atendimento da CONTAG, inclusive aos sábados, domingos e feriados (Itens 6., 7., 8., e 10, do capítulo IV, do anexo I – Termo de Referência).

Por fim, no que tange aos encargos atribuídos ao prestador de serviços, deverá arcar com qualquer despesa oriunda de demanda trabalhista, cível ou penal, conforme estabelecido no item 4, do capítulo IV, do Anexo I – Termo de Referência:

“4. Assumir todos os encargos de possível demanda trabalhista, cível ou penal relacionada ao fornecimento, sendo de inteira responsabilidade do fornecedor a contratação de funcionários necessários a perfeita execução do fornecimento”.

De acordo com o edital, estima-se a emissão de 7.014 (sete mil e catorze) bilhetes aéreos ao custo de R\$ 8.348.132,94 (Oito milhões trezentos e quarenta e oito mil, centro e trinta e dois reais e noventa e quatro centavos). Desta soma, R\$ 834.806,28 (oitocentos e trinta quatro mil, oitocentos e seis reais e vinte oito centavos), são estimados como remuneração da empresa prestadora de serviço, com o custo, estimado, de R\$ 119,02 (cento e dezenove reais e dois centavos) por serviço prestado.

Estabelece o edital, que a proposta para a prestação dos serviços deve ser apresentada para cada item e expresso em reais (Item: 5.3 A proposta de preços deverá indicar: b) o preço ofertado para cada item, expresso em R\$ (reais)). Além disso, que a proposta de preços será composta por apenas duas casas decimais.

Portanto, a remuneração da empresa prestadora de serviços é o valor da Taxa de Agenciamento ofertado no lance (Vide item 4. Do Anexo I – Termo de referência).



É imprescindível destacar, que o edital proíbe expressamente a empresa prestadora dos serviços se beneficiar de descontos obtidos por Companhia Aéreas, ficou determinado pelo edital que os descontos e vantagens devem ser repassados para a CONTAG. Essa previsão consta no item 5.1 do Anexo I – Termo de Referência, *in verbis*:

“5.1. Para o item acima, deve-se entender que a contratada deverá assegurar o menor preço em vigor praticado por qualquer das companhias aéreas do setor, sempre que se verificar essa condição, mesmo em caráter promocional, repassado à CONTAG todos os descontos e vantagens oferecidos que possam resultar em vantagem econômica”.

É oportuno registrar, que o Edital concede preferência de participação à licitante microempresa ou empresa de pequeno porte, em cumprimento à Lei Complementar n. 123/2006.

Pois bem, no dia 14 de abril de 2016, foi aberta sessão de credenciamento dos licitantes, na qual foram credenciados 12 (doze) licitantes, sendo eles: APOLO AGENCIA DE VIAGENS E TURISMO LTDA, TUCUNARÉ TURISMO, IDEIAS TURISMO, AIRES TURISMO LTDA EPP, G5 OPERADORA TURISTICA LTDA, SLC SERVIÇO AEROPORTUÁRIO LTDA ME, L.A. VIAGENS E TURISMO LTDA (TRAVEL & TOURS), VOETUR TURISMO E REPRESENTAÇÕES LTDA, DF TURISMO E REPRESENTAÇÕES LTDA, SELFECORP VIAGENS CORPORATIVAS LTDA ME, P&P TURISMO LTDA EPP, PROPAGTUR.

Aberto os envelopes, a empresa DF TURISMO E REPRESENTAÇÕES, tendo em vista o valor estimado de R\$ 119,02 (cento e dezenove reais e dois centavos), ofertou a quantia de R\$ 0,01 (um centavo), por cada prestação dos serviços.

Por conseguinte, 10 (dez) empresas, sendo elas: APOLO AGENCIA DE VIAGENS E TURISMO LTDA, TUCUNARÉ TURISMO, IDEIAS TURISMO LTDA EPP, AIRES TURISMO LTDA EPP, G5 OPERADORA TURISTICA LTDA, SLC SERVIÇO AEROPORTUÁRIO LTDA ME, L.A. VIAGENS E TURISMO LTDA (TRAVEL & TOURS), VOETUR TURISMO E REPRESENTAÇÕES LTDA, P&P TURISMO LTDA EPP e PROPAGTUR, **ofertaram o valor de R\$ 0,00 (zero), pela prestação dos serviços, ou seja, não cobrariam para prestar os serviços!**

Ora, não é admissível aceitar que no certame oferta que não cobra pelos serviços, mas ainda pior que isso, é a oferta que paga para que seja contratada pelo órgão. E é o que ocorreu no presente certame.



representação nesta Capital de modo a prestar a devida assistência à CONTAG, no que se refere à prestação de serviço objeto do presente Termo de Referência”.

Ainda no termo de referência está especificado que a empresa deverá indicar, pelo menos 1 (um) funcionário que deve ficar à disposição da CONTAG, tanto em horário normal, quanto fora do expediente e também aos sábados, domingos e feriados.

Compulsando a documentação apresentada verifica-se que a empresa não possui representante nesta capital, conclusão é corroborada pelo fato de que a sede ser em outro Estado, e por isso, o endereço da filial e, principalmente, os dados do representante deveria constar nos documentos para fins de comprovação do requisito.

Além disso, na planilha de custo deveriam constar os custos adicionais oriundos do ônus em manter a empresa ou representante em outro Estado. Todavia, não há comprovação nesse sentido.

Tal circunstância é flagrante violação à norma expressa do Edital e por consequência ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, legalidade e também, fere o direito de igualdade entre os participantes.

Sem prejuízo da ilegalidade apontada no parágrafo anterior, a própria CONTAG ficará prejudicada diante da já identificada ausência de representante da empresa nesta capital para assisti-la ou, ainda, pelo fato de já se possível, antes mesmo da assinatura do contrato, falar em reequilíbrio financeiro do contrato visto que na planilha de custos não foi contabilizado as despesas oriundas em manter um representante da empresa em outro Estado ou, constituição de filial.

Diante do exposto, é inadmissível manter como vencedora empresa que não cumpriu com o requisito previsto no edital, no caso, a que se encontra prevista no **Capítulo IV – DAS CONDIÇÕES DE PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS, item 1.2. do Anexo I do Termo de Referência,**

II- DA DESCLASSIFICAÇÃO POR OFERTA INEXEQUÍVEL

Sr. Pregoeiro, ainda que o procedimento licitatório busque o menor preço é vedada oferta inexecutável, conforme prevê o artigo 44, §3º, *in verbis*:



A empresa SELFECORP VIAGENS CORPORATIVAS apresentou oferta no valor NEGATIVO de -R\$ 2,00 (menos dois reais), para cada bilhete emitido, que ao final, foi aumentado pela própria empresa para taxa, negativa, no valor de R\$ -39,00, por serviço prestado.

Fazendo a contabilidade, isso significa que a empresa está pagando – isso mesmo, é a empresa que está pagando para prestar os serviços para o órgão, e a quantia de R\$ 273.546,00 (duzentos e setenta e três mil e quinhentos e quarenta e seis reais).

Sequer é necessário matemática para concluir que a oferta não cobre nenhum dos custos com a prestação dos serviços, basta o cruzamento da planilha de custos com a oferta apresentada pela empresa para constatação.

Cumprir esclarecer que diante de proposta com explicitamente inexequível deveria ser comprovada a exequibilidade, que não ocorreu.

Por conseguinte, a oferta proposta caracteriza infração à ordem econômica e à concorrência, conforme será demonstrado mais adiante. Tanto é verdade, que mais da maioria das empresas manifestaram intenção de recurso em prol da proposta absurda, aventureira, inexequível, impraticável no mercado e flagrante prática de preço predatório e *dumping*, apresentada pela empresa SELF CORP.

Além disso, a empresa possui sede na cidade de São Paulo/SP e não possui e nem demonstrou possuir representante nesta capital para representar e atender a CONTAG, não cumprindo com exigência expressa do edital.

Eis a síntese dos fatos.

I- DA DESCLASSIFICAÇÃO POR DESCUMPRIMENTO DO ITEM 1.2, do Capítulo IV, ANEXO I – TERMO DE REFERÊNCIA.

Em primeiro lugar, a classificação da empresa viola o edital porque a empresa não possui e nem demonstrou possuir representante nesta capital.

Conforme consta na Declaração, e outros documentos apresentados pela empresa, datada em 13 de abril de 2016, a **sede da empresa se encontra na Av. Dom Pedro II, 288 – 15º andar – B. Jardim – Santo André/SP, Cep: 09080-000.**

De acordo com o **Capítulo IV – DAS CONDIÇÕES DE PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS, item 1.2. do Anexo I do Termo de Referência, “A empresa a ser contratada deverá possuir**

Art. 44. No julgamento das propostas, a comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta lei.

(...)

§ 3º Não se admitirá proposta que apresente preços global ou unitários simbólicos, irrisórios ou de valor zero, incompatíveis com os preços dos insumos e salários de mercado, acrescidos dos respectivos encargos, ainda que o ato convocatório da licitação não tenha estabelecido limites mínimos, exceto quanto se referirem a materiais de instalações de propriedade do próprio licitante, para os quais ele renuncie a parcela ou à totalidade da remuneração.

Ab initio, cumpre expor que o TCU tem insistido no dever de fiscalização pela autoridade julgadora da proposta, confira:

“(...) cabe à Comissão de Licitação não apenas receber e julgar as propostas, mas também o exame da regularidade e da legalidade dos licitantes, evitando-se, com isso, a prática de fraudes ou conluíus ou outras ações que visem a frustrar o caráter competitivo do certame. (Acórdão 5.018/2010, 2ª C., rel. Min, Augusto Sherman Cavalcanti)

Levanta-se essa questão e com muita propriedade, que por sua vez, também já foi identificada por doutrinadores na área de Licitações Públicas, dentre outros, o renomado Marcio Pestana.

“Nem sempre a proposta de menor preço é aquela que efetivamente propicia vantagens à Administração Pública. O menor preço ofertado poderá transportar proposta que seja inviável ou inexequível, isto é, que apresente, como pressuposto, forte suspeita de que poderá não entregar o produto, não executá-lo a contento, não concluir o serviço na forma como contratado, abrigar artificialmente disposições ilícitas de dumping etc.”¹

De acordo com a **Instrução Normativa nº 3, de 11 de fevereiro de 2015**, publicada no DOU de 12/02/2015, **que dispõe sobre diretrizes e procedimentos para aquisição de passagens aéreas pela Administração Pública**, em seu artigo 7º estabelece que a planilha da empresa classificada em 1º lugar deve demonstrar a compatibilidade dos custos com a oferta apresentada.

Veja:

¹Licitações Públicas no Brasil, p. 737.

Art. 7º O instrumento convocatório deverá prever que a licitante classificada em primeiro lugar, na fase de lances, apresente planilha de custos que demonstre a compatibilidade entre os custos e as receitas estimados para a execução do serviço.

No caso em tela, dez empresas se prestam a não cobrar pelos serviços, mas no caso da empresa considerada vencedora, além de não cobrar pelos serviços prestados, concede desconto de -R\$ 39,00 (menos trinta e nove reais) por cada serviço prestado, ou seja, a empresa está pagando pela contratação.

Cumpra repisar, que o processo licitatório visa a prestação de serviços “de AGENCIAMENTO DE VIAGENS, compreendendo os serviços de emissão, remarcação e cancelamento de passagens aéreas nacionais, nos termos da Instrução Normativa SLTI nº 7, de 24 de agosto de 2012, incluindo reserva, bem como qualquer outras providências necessárias ao regular adequado cumprimento das obrigações decorrentes da respectiva contratação conforme condições deste Edital e seus anexos”.

O prestador dos serviços é responsável por qualquer outro encargo inerente a execução do objeto, conforme consta no item 3.1.1 do Anexo I – Termo de Referência, *ipsis litteris*:

“Deve estar incluso também o serviço de reserva, bem como quaisquer outras providências necessárias ao regular e adequado cumprimento das obrigações decorrentes da respectiva contratação”.

Também é ônus da empresa ter um representante nesta capital (Item 1.2, do capítulo IV, do Anexo I – Termo de Referência), telefone fixo para contato entre a CONTAG (Item 5, do capítulo IV, do Anexo I – Termo de Referência) e destinar, pelo menos, 1 (um) funcionário que deverá ficar a disposição e responsável pelo atendimento da CONTAG, inclusive aos sábados, domingos e feriados (Itens 6., 7., 8., e 10, do capítulo IV, do anexo I – Termo de Referência).

Por fim, no que tange aos encargos atribuídos ao prestador de serviços, deverá arcar com qualquer despesa oriunda de demanda trabalhista, cível ou penal, conforme estabelecido no item 4, do capítulo IV, do Anexo I – Termo de Referência:

“4. Assumir todos os encargos de possível demanda trabalhista, cível ou penal relacionada ao fornecimento, sendo de inteira responsabilidade do fornecedor a contratação de funcionários necessários a perfeita execução do fornecimento”.

Ora, é de clareza solar a inexecuibilidade da oferta, por ser explicitamente ínfima e incapaz de arcar com custos basilares da prestação de serviços. Basta a imaginar que a empresa

precisa no mínimo pagar um funcionário para que os serviços sejam prestados, e como vai pagá-lo sem receber remuneração pela prestação dos serviços e ainda ter se comprometido a oferta de -R\$39,00 de desconto.

Oportuno constar, que no caso da empresa declarada como vencedora, o custo para execução deste contrato é superior, vez que sua sede é em outro Estado e, conforme consta no edital, a empresa tem o dever de disponibilizar um representante nesta capital, custo que não consta na planilha.

Cabe atentar que não é cabível qualquer alegação de que a empresa poderá executar o contrato por meio de incentivo recebido das Cias Aéreas, **vez que é expressamente proibido como meio de justificativa de oferta de preço pelo § 1º do art. 44 da Lei 8.666/93 e também pelo §5º do art. 7º da IN n. 03/2015:**

Art. 7º (...)

§ 5º Eventuais incentivos, sob qualquer título, recebidos pelas agências de turismo das companhias aéreas, não poderão ser considerados para aferição da exequibilidade da proposta.

Diante do exposto, para que prevaleça a legalidade no certame em tela, com fulcro no artigo 48, inciso II da Lei 8.666/93, é sobredita que se impõe ao caso em tela a desclassificação da empresa.

III- DA INFRAÇÃO À ORDEM ECONOMICA.

Dumping, termo em inglês que possui como significado pratica comercial predatória de ofertar no mercado produto ou serviço por preço abaixo do custo, possibilitando que a concorrência seja eliminada e, por esse meio, aumentar território no mercado.

Muito embora seja mais visto no mercado internacional, diante da conduta praticada pela empresa considerada vencedora, que por sua vez, não só deixou de cobrar pelos serviços, como concedeu desconto de - R\$ 39,00 (menos trinta e nove reais), é sentido que a pratica vem migrando para campo de licitações.

O *dumping* é uma prática desleal e proibida em termos comerciais inclusive, há regras *antidumping* com objetivo de evitar que os demais fornecedores venham a ser extintos.

A Constituição Brasileira de 1988 adotou, como princípios e fundamentos de sua ordem econômica, a livre iniciativa e a livre concorrência (arts. 1º, inciso IV e 170, inciso IV), e estabeleceu no seu artigo 173, parágrafo 4º, que "a lei reprimirá o abuso de poder econômico

que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros”.

A lei n. 8.884/94 visa dar efetividade ao disposto na Constituição, sobretudo aos chamados “atos de concentração”. As condutas violadoras da ordem econômica se encontram no artigo 20 da referida lei:

Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não alcançados:

- I- **Limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;**
- II- **Dominar mercado relevante de bens e serviços;**
- III- **Aumentar arbitrariamente os lucros;**
- IV- **Exercer de forma abusiva posição dominante.**

Fabio Ulhôa Coelho assim interpreta as diversas expressões contidas no inciso I do art. 20 da Lei n. 8.884/94:

“Limitar a livre concorrência ou a livre iniciativa é barrar total ou parcialmente, mediante determinadas práticas empresariais, a possibilidade de acesso de outros empreendedores à atividade produtiva em questão (...).

Falsear a livre concorrência ou iniciativa significa ocultar prática restritiva, através de atos ou contratos aparentemente compatíveis com as regras de estruturação do livre mercado (...).

Prejudicar a livre concorrência ou iniciativa significa, ainda incorrer em qualquer prática empresarial lesiva às estruturas do mercado, mesmo que não limitativas ou falseadoras dessas estruturas.

Sob o prisma jurídico, a incidência em exercício de posição dominante de forma abusiva se identifica pelo poder de impor preços muito abaixo do seu custo marginal de forma desleal ao demais entes que atuam no mercado e lhe causando falência no decorrer do tempo.

Quando um agente econômico “barrar total ou parcialmente” o acesso de outros empreendedores ao mercado; ou “oculta prática restritiva”; ou “lesa as estruturas do mercado”, aumenta seu grau de independência e indiferença em relação ao mercado, aumenta o seu poder de mercado, com vistas a obter uma posição dominante.



No caso em tela, o preço ofertado pela empresa considerada vencedora é tão ínfimo, preço que não suporta os custos da atividade, que as demais empresas sequer possuem condições de concorrerem.

A Resolução n. 20 do CADE, assim define preços predatórios: "**Preços predatórios:** prática deliberada de preços abaixo do custo variável médio, visando eliminar concorrentes para, em momento posterior, poder praticar preços e lucros mais próximos do nível monopolista".

A conduta é considerada como infração à ordem econômica e, nos termos do artigo 23 da Lei n. 8.884/94 sujeita os responsáveis as seguintes penas:

- I- No caso de empresa, multa de um a trinta por cento do valor do faturamento bruto no seu último exercício, excluídos os impostos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando quantificável;
- II- No caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida pela empresa, multa de dez a cinquenta por cento do valor daquela aplicável à empresa, de responsabilidade pessoal e exclusiva ao administrador.

Em paralelo a lei 8.884/94, a lei n. 8.137/90 define os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, atribuindo consequências penais os atos contra à livre concorrência.

Dentre as condutas típicas elencadas no art. 4º da referida lei penal, se destaca o seguinte inciso:

Inciso VI – vender mercadorias abaixo do preço de custo, com o fim de impedir a concorrência.

A eliminação de empresa que compromete a competitividade na licitação é um dever do ente público, por ser um dos zeladores do princípio da legalidade e por isso, não pode admitir que a contratação a custa de infrações à ordem econômica.

Diante do exposto, para que seja mantida a legalidade, competitividade e igualdade no procedimento licitatório, em hipótese alguma deve ser admitida classificação de oferta que inibe a competitividade e caracterize infração à ordem econômica.



Assim, considerando que o item 9.2 do Edital tem previsão de recurso para o certame, e que a Súmula n. 473 do STF estabelece que "A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvados, em todos os casos, a apreciação judicial", requer:

- A) Desclassificação da empresa SELFECORP VIAGENS CORPORATIVAS LTDA ME e G5 OPERADORA TURÍSTICA por não cumprir com exigência prevista pelo item n. **Capítulo IV – DAS CONDIÇÕES DE PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS, item 1.2. do Anexo I do Termo de Referência, "A empresa a ser contratada deverá possuir representação nesta Capital de modo a prestar a devida assistência à CONTAG, no que se refere à prestação de serviço objeto do presente Termo de Referência".**
- B) Desclassificação da empresa SELFECORP VIAGENS CORPORATIVAS LTDA-ME, por apresentação de oferta inexequível e ilegal, vez que os custos da prestação dos serviços não são cobertos pelo preço ofertado, além disso, por não estar incluso o custo oriundo por manter representante ou filial para atendimento da CONTAG nesta capital e por se utilizar de forma considerada ilegal na composição da sua planilha de preços, alegando recebimento de incentivos e metas. Caso assim não entenda, que a empresa seja intimada a fim de comprovar a exequibilidade de sua proposta, desconsiderando as alegações de recebimento já julgadas ilegais pelo TCU;
- C) Desclassificação das empresas SELFECORP VIAGENS CORPORATIVAS LTDA-ME, TUCUNARÉ TURISMO e G5 OPERADORA TURÍSTICA por oferta que compromete a concorrência e a ordem econômica e, caso entenda necessário, seja oficiado o caso ao CADE.
- D) Realização de sorteio entre as demais empresas participantes do certame, para a declaração da legítima vencedora.

Nestes termos,

Pede deferimento

Brasília/DF, 17 de abril de 2016.

DF TURISMO E REPRESENTAÇÕES LTDA

DF TURISMO & REPRESENTAÇÕES
Hugney Velozo
Diretor Presidente