**SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL**

**CONSELHO REGIONAL DE ENGENHARIA E AGRONOMIA DA PARAÍBA**
**CREA-PB**

**PROCESSO N° 1122294/2020**

**PREGÃO ELETRÔNICO 04/2020**

**REF: PEDIDO DE IMPUGNAÇÃO AOS TERMOS DO EDITAL DE PREGÃO ELETRÔNICO N° 04/2020**

Considerando o Edital de Licitação 04/2020 que tem como objeto Contratação de pessoa jurídica para o fornecimento parcelado de passagens aéreas nacionais e internacionais, em atendimento às necessidades do CREA-PB, conforme especificações descritas no presente Termo de Referência.

Considerando que a ABAV-DF encaminhou IMPUGANAÇÃO aos termos do Edital em referência.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE AGÊNCIAS DE VIAGENS DO DISTRITO FEDERAL–ABAV-DF, Endereço:SDS Bloco D, 26, Salas 401 a 403, Asa Sul, Brasília–DF, CGC/MF:00.510.024/0001-90,vem a Vossa Senhoria, respeitosa e tempestivamente,nos termos do artigo 24 do Decreto nº10.024/2019, formular IMPUGNAÇÃO ao edital em referência, pelos fatos e fundamentos a seguir.

01. DAS RAZÕES DE IMPUGNAÇÃO
Basicamente, o edital possui dispositivos ligados à remuneração da agência de viagens com um percentual sobre a tarifa da companhia aérea, seja porque isso não encontra base em lei federal alguma, seja porque vai em contrariedade ao que o Plenário do TCU analisou e estabeleceu, de que RAV deve ser em valor fixo em reais, sendo que o edital, máxima vênia, se reporta a valor (algo que não deveria ser negativo), com descontos, uma incongruência:

*"Preâmbulo*
*(...)*
*tipo* **Maior Percentual de Desconto**
[...no caso concreto, para o tipo de objeto, não pode haver desconto sobre receita tributária, contábil de terceiros, que são as companhias aéreas]
*(...)*
*7.20. O critério de julgamento adotado será o de maior percentual de desconto sobre o valor global conforme definido neste Edital e seus anexos*

[...esse não é critério de julgamento objetivo, porque cada licitante pode afirmar qualquer desconto que seja, mas o mesmo não será realista para todos os vôos, horários, tarifas de todas as companhias aéreas nacionais e internacionais, ou seja, subjetivismo completo....]
(...)
8.4. A inexequibilidade dos valores referentes a itens isolados da Planilha de Custos e Formação de Preços não caracteriza motivo suficiente para a desclassificação da proposta, desde que não contrariem exigências legais.
[...se um item central da tabela passar por desconto e ele for deixar a oferta com valor negativo, como um desconto sobre tarifa de companhia aéreas, isso pode, sim, ser uma ficção, uma forte prova de que a proposta não é realista ...]

ANEXO I – Termo de Referência

(...)
4.2.5 Repassar integralmente todos os descontos promocionais de tarifas reduzidas, concedidos pelas companhias aéreas.

[...faltou mencionar que sejam os descontos que estejam disponíveis, mas não incentivos ou bônus eventuais e variáveis por metas de vendas globais que cada agência possa conseguir...]
(...)
7. DA ATESTAÇÃO E DO PAGAMENTO
Os preços das passagens serão cobrados pela contratada de acordo com as tabelas praticadas pelas empresas concessionárias de transportes aéreos, vigentes à época da prestação do serviço, inclusive quanto às tarifas promocionais ou reduzidas.
A CONTRATADA concederá ao CREA-PB percentual de desconto sobre o valor da TARIFA.
[...tarifa de companhia aérea é receita de concessão do transporte, não valor de agência de viagens, não servindo para se colocar no cerne do julgamento e das obrigações de proposta...]
(...)
10.1. Para fins de execução contratual, no período de vigência deste Contrato não haverá rea-juste ou variação no desconto ofertado pela Contratada.
(...)
15.1. O critério de julgamento das propostas será o melhor percentual de desconto sobre o valor das tarifas cobradas pelas companhias aéreas.
[...não pode agência de viagens, que possui regulação específica na Lei nº 12.974/2014, ofertar desconto em tarifa de concessão de transporte aéreo, que, além de outras normas, se reporta às companhias, nos termos da Lei nº 11.182/2005, que criou a ANAC e estabeleceu no seu artigo 49 que há liberdade tarifária, ou seja, cada companhia aéreas estabelece livremente suas tarifas...]

(...)
[TABELA DE DESCONTOS ESTIMADOS]
(...)
18. CRITÉRIO DE DESCLASSIFICAÇÃO DAS PROPOSTAS
Serão desclassificadas as propostas que apresentarem percentuais de descontos menores que os estimados no presente Termo de Referência, além das que descumprirem quaisquer das exigências do Edital ou de seus anexos.
(...)

ANEXO II
TERMO DE CONTRATO
(...)
3. CLÁUSULA TERCEIRA – PREÇO
3.1. O percentual de desconto da contratação é de ..... (.....)sobre o valor das tarifas cobradas pelas companhias aéreas.
(...)
[...se há desconto sobre receitas de terceiros isso não é preço, isso é ardil, ficção, algo negativo...]
(...)
5. CLÁUSULA QUINTA – DA ATESTAÇÃO E DO PAGAMENTO
(...)
5.2. A CONTRATADA concederá ao CREA-PB percentual de desconto sobre o valor da TARIFA.
[...Uma licitação sempre tem como base algo da licitante e não de terceiros, razão pela qual o próprio contrato está ilícito, pois não há lei alguma no Brasil que trate de promessa ou vinculação de desconto de agência de viagens, ainda mais linearmente, de tarifas de concessão pública das empresas transportadoras...]
Ademais, além de não poder o contrato começar com valores negativos e ainda esquecendo dos custos próprios da agência de viagens, com sistemas, pessoal e até garantia contratual.

Isso não é julgamento objetivo e nem há segurança jurídica.
Qual a regra do jogo, objetivamente, desse faz de conta e falta de transparência de preço?
Nenhuma lei e nem mesmo jurisprudência permite que se vincule critério de julgamento a dar preço sobre valores de terceiros, repita-se, sendo ilícito o edital.
Com a máxima vênia, deve-se considerar que critério de julgamento baseado em desconto sobre algo de terceiro (tarifas concessões das companhias aéreas) viola a legalidade, do artigo 37 da Constituição Federal, pois a Lei nº 8.666/93 não traz em dispositivo algum a previsão, o respaldo, a permissão, para algum licitante fazer promessa em sua proposta de um *"suposto"* desconto sobre *"valores"* que pertencem a *"terceiros"* (não há respaldo legal algum para oferta que envolva ou que dependa da vontade de terceiros que sequer serão partes do contrato administrativo, inúmeras companhias aéreas regionais, nacionais e internacionais), como se fosse possível engessar as dinâmicas relações comerciais entre agências de viagens e as companhias aéreas (promessa por algo envolvendo relações com terceiros não encontra permissão em lei federal alguma).
Interessante que se esqueceu também, com máximo respeito, a notória discussão travada no TC 003.273/2013-0, no qual o Plenário do TCU discordou do pleito de uma agência e deu a posição do Tribunal no sentido de que, em face do fim das comissões pagas pelas companhias aéreas às agências de viagens, que ainda assim **não se poderia ter percentual sobre tarifas dos bilhetes no critério de julgamento** (nem desconto sobre comissão e nem Taxa DU, variável), mas um valor fixo em reais por cada emissão (RAV, sem oscilações de valor), o que mostra que **este pregão vai contra o que se firmou no Tribunal**, desconsiderando a Súmula 222 do mesmo, que trata da observância da jurisprudência daquela Corte pelos gestores públicos.

De outro lado, **suposto desconto será algo irreal, subjetivo e impossível para a Administração aferir e fiscalizar, seja na etapa de licitação, seja na etapa de contrato**, pois as companhias regionais, nacionais e internacionais possuem sua

liberdade tarifária, pelo artigo 49 da Lei nº 11.182/2005, sendo então livres para oscilarem a todo momento não apenas valores, como também políticas de metas e incentivos e restrições comerciais sobre trechos, classes tarifárias específicas, lembrando-se aqui que sequer existem igualmente metas de incentivos para todas as agências de viagens e não são iguais nem até mesmo entre as companhias aéreas, pois em parte elas simplesmente não existem, em especial, das internacionais.
**Nenhuma promessa em licitação cujo licitante é agência de viagens pode ter como base se prometer criar vínculo padrão de desconto uniforme com 100% das companhias aéreas do planeta em 100% dos seus vôos, dias, horários, classes**, repita-se, fazendo de conta então que a agência pode prometer desconto sobre tarifas das companhias aéreas, centenas de variações entre elas, nacionais e internacionais, das inúmeras classes tarifárias e regras de restrições de cada bilhete, a depender de cada concessionária do serviço de transporte aéreo, portanto, **algo que jamais poderá ser documentalmente aferido**, **nem em licitação e nem em contrato**, logo, não passível de utilização no pregão como critério de julgar, porque não se admite pregão em *"chute"* de preço sem critérios objetivos e que torne comparáveis, claramente, as propostas.
Legalidade, do artigo 37 da Constituição Federal, para a Administração Pública, é somente fazer o que tiver respaldo em lei específica e não há lei alguma amparando **desconto em receita contábil e tributária de outras empresas, lembrando-se que na contabilidade e na fiscalização de companhia e de agência se considera receita itens separados, do bilhete em si e respectivo agenciamento, que é previsto esse em lei específica das agências**.

Pregão cuja base de julgamento é confesso ilícito tributário, que até mesmo iria adulterar a base de cálculo de tributação na contabilidade tanto da agência de viagens como em 100% das companhias aéreas e também adulteração de valores reais que deveriam ser objeto de retenção na fonte, pelo órgão. Isso é de indignar e não serve como justificativa exemplificar o malfeito de outros órgãos públicos nos quais gestores não agiram com o dever de zelo e lisura que a lei impõe.
NÃO ADIANTA CITAR CASOS ERRADOS PARA CONTINUAR ESPALHANDO ERROS.
Basear a proposta de licitação de agência de viagens em percentual de desconto sobre tarifa que pertence ao concessionário de serviço público de transporte aéreo é um **procedimento não autorizado pela Lei nº 11.182/2005, que regula a aviação civil.**
Basear a proposta de licitação de agência de viagens em desconto sobre a tarifa, que pertence ao concessionário de serviço público de transporte aéreo é um **procedimento não autorizado pela Lei nº 12.974/2014, que regula a atividade das agências de viagem.**
**Basear a proposta em desconto sobre a tarifa, que pertence ao concessionário de serviço público de transporte aéreo, é dar margem a uma licitação nula, por completo subjetivismo, já que será impossível aos demais licitantes, bem como à Administração saber como, de fato, a agência contratada conseguiria prometer um desconto linear, inflexível e idêntico, para todas épocas do ano (baixa ou alta temporada), de todas as classes de tarifas de voos mais demandados ou menos demandados, de todas as regiões do Brasil (inclusive as que sabe-se que provocam até prejuízos operacionais no norte do País), de todas as companhias aéreas nacionais e internacionais, incluindo as que possuem e aquelas que não possuem eventuais incentivos, que algumas ainda ajustam em patamares 100% instáveis e variáveis e jamais garantidos.**

Por isso mesmo, para preservar o princípio da **isonomia**, do artigo 37 da Constituição federal, bem como, preservar o princípio do julgamento objetivo dos artigos 3º e 40 da Lei nº 8.666/93, é que o artigo 7º, § 5º, da **Instrução Normativa nº 3/2015-MPOG**, deu balizas de clareza e de objetividade, nos seguintes termos: *"§ 5º* **Eventuais incentivos, sob qualquer título, recebidos pelas agências de turismo das companhias aéreas, não poderão ser considerados para aferição da exequibilidade da proposta.***"*.

**Não pode o Estado incentivar que se quebre o postulado de disputa justa nos pregões** (artigo 3º do anexo I do Decreto nº 3.555/2000), permitindo e impulsionando o **"jogo sujo"** no qual um interessado em **"vencer por vencer" promete o que quiser e sem qualquer prova documental de que conseguirá demonstrar na contabilidade dele e da companhia aérea o tal desconto**, inclusive, para fins de tributação de cada empresa e da retenção na fonte, ou seja, sem respeitar parâmetros de igual para igual e sem transparência para a disputa no certame (necessária a eventuais recursos sobre exequibilidade e sobre práticas anticoncorrenciais de determinados licitantes). E colocando o órgão em um contrato 100% não transparente e jamais passível de fiscalização verdadeira.

Repita-se: basear a proposta em desconto sobre a tarifa que pertence ao concessionário de serviço público de transporte aéreo, como se adiantou acima, é dar margem à impossibilidade de se aferir dados reais, provas, de como alguma agência conseguiria fazer cumprir promessa com **"receita contábil de terceiro"** e até criar situação tributariamente absurda e inaceitável, posto que **tarifa aérea tem retenção específica**, **cuja receita e tributação**, frise-se, **se separa do valor de agenciamento**.

Interessante questionar: se uma das receitas envolvidas nesse tipo de contrato, conforme a clara interpretação de consulta na própria Receita Federal e entendimento do Plenário do TCU, é a parte das companhias aéreas **(não é receita própria da agência e nem entra na sua contabilidade, para fins de limite de LC 123), como será colocado o tal desconto em prática?**

**Criando-se mais um ilícito, agora tributário, alterando, deliberadamente, o montante da base de cálculo do imposto que deve ser retido dentro na fonte?**

Como mencionado, a matéria do faturamento das agências de viagens é conhecida, inclusive, na jurisprudência do Tribunal de Contas da União, como no Acórdão nº 1323/2012 – Plenário, onde consta conclusão clara da Corte no sentido de que valores de terceiros não constituem receita da agência de viagens (apenas como referência, naquele caso julgado pelo TCU a discussão era de uma agência de viagens que havia vendido R$ 95 milhões no ano de 2010, mas sua receita própria havia sido de pouco mais de R$ 2 milhões).

E a Receita Federal do Brasil também já deixou claro que:

*"A intermediação na venda e comercialização de passagens individuais ou em grupo, passeios, viagens e excursões, bem como a intermediação remunerada na reserva de acomodações em meios de hospedagem, são operações em conta alheia, da agência de turismo. Nesses casos, a base de cálculo do Simples Nacional é apenas o resultado da operação (comissão ou adicional recebido pela agência)".* (Solução de Consulta nº 214, de 18 de Agosto de 2008) Assim, como este pregão incentiva que se deforme não apenas condições concorrenciais, como de entre em promessa por algo de terceiros e com incompatibilidade contábil e de tributação, inclusive, porque sobre os valores das tarifas das companhias aéreas haverá a sua própria retenção, obrigatória pelo artigo 64, § 1º, da Lei nº 9.430/96:

*"Art. 64. Os pagamentos efetuados por órgãos, autarquias e fundações da administração pública federal a pessoas jurídicas, pelo fornecimento de bens ou*

*prestação de serviços, estão sujeitos à incidência, na fonte, do imposto sobre a renda, da contribuição social sobre o lucro líquido, da contribuição para seguridade social - COFINS e da contribuição para o PIS/PASEP.*
*§ 1º A obrigação pela retenção é do órgão ou entidade que efetuar o pagamento."*
Assim, nem há permissão nas normas licitatórias nem esse contrato pode violar normas que obrigam a Administração a reter tributos sobre 100% dos valores das tarifas das companhias aéreas, nos exatos valores delas, sem desconto ou verbas ocultas ou não explicadas dentro do que se preza pelo "*compliance*" (política de integridade), pela qual as coisas devem ser preto e branco, sem subterfúgios que se usa para ganhar por ganhas licitações e a Administração vai sem reflexão seguindo um rastro de práticas anticoncorrenciais (que desigualam os licitantes no pregão) contrárias à conformidade que tanto o TCU exige e que acabaram se desdobrando em vários outros ilícitos (inclusive, burlando tributação).
Não basta citar outros pregões que estão viciados, porque exemplo de ato ilícito, em face do artigo 37 da Constituição Federal, não serve de paradigma (nem existe suposta economicidade anarquizando mercados e fora da lei de regulação de cada mercado e sua contabilização e tributação) e o fato é que em nenhum dos outros órgãos que se possa citar houve a discussão realmente séria e técnica aqui alertada, com indicações de normas específicas (das quais não se tem faculdade de dar por afastadas por vontade de gestores públicos).

Por causa de repetidos exemplos de outros exemplos errados é que o Brasil ainda tem tantos dos vários problemas de falta de transparência na gestão. No caso: todos vão fazer de contas que existem despesas, que elas não existem, que as tarifas das concessões são positivas, são receitas para tributação das companhias aéreas, mas faz de contas que se pode alterar a base de cálculo dos impostos, faz de conta que se consegue fiscalizar, tudo porque existem alguns órgãos que estão cometendo esses graves ilícitos e ninguém se dedica a entender o que está sendo feito (todos fazem de conta na licitação e na gestão do contrato e assim segue a vida).
Então, repete-se: basear proposta em desconto sobre tarifa pertencente ao concessionário de serviço público de transporte aéreo, representa outro ilícito, porque até a incidência tributária para as tarifas é algo que recai, no fim para as companhias aéreas (quando há retenção na fonte, depois, **o valor de tarifa precisa ser contabilizado como receita 100% da companhia aérea**).
Basear a proposta em desconto sobre a tarifa, que pertence ao concessionário de serviço público de transporte aéreo, representa violação do princípio do julgamento objetivo, dos artigos 3º e 40, inciso VII, da Lei nº 8.666/93, pois nenhuma agência de viagens, neste pregão, conseguirá comprovar, de modo algum, por documento algum, como realmente conseguirá compromisso de desconto sobre tarifas de não são suas. Com perdão da repetição.
Fazer promessa por promessa, 100% fictícia, é banalizar mercado e ainda violar de forma direta o artigo 44, § 1º, da Lei nº 8.666/93, que dispõe:
*"§ 1º* **É vedada a utilização de qualquer elemento, critério ou fator sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado que possa ainda que indiretamente elidir o princípio da igualdade entre os licitantes**.*"*
Se cada licitante prometer o que "quiser" de que serve a vedação legal?

Isso tudo acima, portanto, leva à nulidade absoluta do pregão também será nulo porque será abolida 100% da transparência durante a etapa de propostas e até o julgamento, que será a aceitação de um mero *"chute"* de preço, algo não respaldado pela Lei nº 8.666/93.

É preciso parar no Brasil com as licitações com propostas de *"faz de contas"*, com preços sem qualquer modo se se aferir como seriam viáveis e que, no momento seguinte, tornarão a fiscalização do contrato como algo de *"faz de contas"*, também, inviabilizando-se o dever de fiscalizar, do artigo 67 da Lei nº 8.666/93.

**Se tanto é exigida de licitantes a adoção de política de integridade a Administração também precisa fazer a sua parte, sem realizar licitação baseada em violação de diversas normas legais e banalizando a competição, além de colocar em inviabilidade a transparência também para a fiscalização contratual, do contrato e da parte de tributação das tarifas aéreas e do que seja de fato receita da agência de viagens contratada (como separado é por força de lei).**

**02. DOS PEDIDOS**

Assim, requer seja acolhida a presente impugnação para que seja modificado o edital nos seus vários itens questionados, excluindo-se o critério de **DESCONTO** sobre tarifa e adotando-se o critério de julgamento pelo menor **VALOR** de taxa de agenciamento (valor positivo), como há anos foi fixado o entendimento pelo TCU e com coerência com a única norma que se conhece para dar balizas objetivas nas licitações, que é a do artigo 7º, § 5º, da Instrução Normativa nº 3/2015-MPOG.

RESPOSTA:

Considerando análise conjunta deste Pregoeiro e Assessoria Jurídica tendo em vista que o critério de maior percentual de desconto na contratação de agência de viagens ainda não se encontra uniformizado no âmbito do TCU, o que pode gerar atrasos inúteis à conclusão da licitação, bem como a necessidade de facilitar a fiscalização das compras de passagens aéreas e minimizar as chances de fraudes, **DECIDO pela retificação do Edital do Pregão Eletrônico nº 04/2020 para que passe a adotar o critério de MENOR PREÇO baseado no valor unitário a ser cobrado para agenciamento dos serviços de emissão, remarcação e cancelamento de passagens aéreas**.

João Pessoa, 18 de junho de 2020.

Sergio Quirino de Almeida

Pregoeiro do CREA-PB

Presidente da CPL

Gerente de Programas e Projetos