DECISÃO SINGULAR DSG - G.JRPC - 4511/2017

PROCESSO TC/MS	: TC/11685/2015
PROTOCOLO	: 1606021
ÓRGÃO	: MUNICÍPIO DE SIDROLÂNDIA
ORDENADOR DE DESPESAS	: ARI BASSO
CARGO DO ORDENADOR	: PREFEITO MUNICIPAL
ASSUNTO DO PROCESSO	: PREGÃO PRESENCIAL N. 38, DE 2015 (ATA DE REGISTRO DE PREÇOS N. 17, DE 2015)
RELATOR	: CONS. JOSÉ RICARDO PEREIRA CABRAL
COMPROMITENTE	: OFFIC E TOUR VIAGEN S E TURISWIO LTDA -ME
OBJETO	: REGISTRO DE PREÇOS PARA A CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA NA EXECUÇÃO DE SERVIÇOS DE FORNECIMENTO DE BILHETES E ORDENS DE PASSAGENS AÉREAS NACIONAIS, INTERNACIONAIS E TERRESTRES, COMPREENDENDO A RESERVA, EMISSÃO, MARCAÇÃO, REMARCAÇÃO, ENDOSSO E ENTREGA DE BILHETES OU DE ORDENS DE PASSAGENS, BEM COMO A RESERVA DE HOTÉIS, MEDIANTE REQUISIÇÃO DE TRANSPORTE EMITIDA PELA PREFEITURA MUNICIPAL DE SIDROLÂNDIA E SUAS SECRETARIAS.
VALOR INICIAL	: R$ 87.883,10

RELATÓRIO

A matéria dos autos trata do procedimento licitatório realizado pela Administração Municipal de Sidrolândia, por meio do Pregão Presencial n. 38, de 2015, objetivando o registro de preços na ata apropriada (n. 17, de 2015), para a *"contratação de empresa especializada na execução de serviços de fornecimento de bilhetes e ordens de passagens aéreas nacionais, internacionais e terrestres, compreendendo a reserva, emissão, marcação, remarcação, endosso e entrega de bilhetes ou de ordens de passagens, bem como a reserva de hotéis, mediante requisição de transporte emitida pela Prefeitura Municipal de Sidrolândia e suas Secretarias*".

Os documentos foram examinados pela 1ª Inspetoria de Controle Externo - 1ª ICE (ANA n. 247/2016, peça n. 22), que considerou regular o procedimento licitatório e irregular a formalização da Ata de Registro de Preços n. 17, de 2015.

Posteriormente, o Procurador do Ministério Público de Contas (MPC) emitiu o Parecer GAB.3 DR.JAC/SUBSTITUTO-20834/2016 (peça n. 23), opinando pela:

> *"I - **ilegalidade e irregularidade do procedimento licitatório e da formalização da Ata de Registro de Preços**, nos termos do art. 59 inciso III, da Lei Complementar n. 160/2012, combinado com o artigo 120, inciso I, "a", e artigo 121, inciso I, ambos do Regimento Interno aprovado pela Resolução Normativa n. 76, de 11 de dezembro de 2013.*
>
> *II - **multa** ao jurisdicionado, Senhor Ari Basso, inscrito no CPF n. 058.019.820-00, com fulcro no art. 44, I, da Lei Complementar n. 160/2012, pela infringência ao art. 3º, inciso, inciso V, § 1º, do art. 15, e inciso IV do art. 43, todos da Lei Federal n.*

8.666/93, art. 3º, inciso II, da Lei n.10.520/2002, § 1º, do artigo 22, da Lei Complementar n. 160/2012 e art. 1º § 1º da IN/TC/MS 35/2011; (...)".

É o Relatório.

DECISÃO

Examinando o conteúdo dos autos, verifico que o procedimento licitatório realizado pela Administração Municipal de Sidrolândia, por meio do Pregão Presencial n. 38, 2015, e a Ata de Registro de Preços n. 17, de 2015, não atenderam integralmente aos requisitos da Lei (federal) n. 10.520, de 2002, da Lei (federal) n. 8.666, de 1993, e das determinações contidas na Instrução Normativa TC/MS n. 35, de 14 de dezembro de 2011 (vigente na época de prestação de contas ao Tribunal).

Vale anotar que, embora oportunamente intimado (Termo de Intimação INT-G.JRPC - 15413/2015, peça n. 18, fl. 206) para prestar esclarecimentos, oferecer justificativas ou apresentar documentos sobre as irregularidades apontadas pela unidade técnica, decorreu o prazo sem qualquer manifestação do jurisdicionado, conforme certificado no Despacho DSP – G.JRPC – 38394/2015, peça n. 21, fl. 209.

Em face das irregularidades apontadas pela unidade técnica (peça n. 22, fl. 214) e ratificadas pelo MPC, impende destacar as seguintes:

A – *"O Termo de Referência (pç. 5, fl. 75) não compreende 'passagens aéreas internacionais' e 'emissão de bilhetes de reservas de hotéis', conforme inscrito no edital. Art. 54, § 1º, I da Lei Federal nº 8666/93 e alterações c/c Art. 3º, II, da Lei Federal nº 10.520/02. O objeto do edital, do qual se extrai os lotes para julgamento do certame, compreende ações, objetos e serviços além do estipulado no Termo de Referência. O Termo de referência estabelece o elo entre a contratação e o planejamento existente".*

A definição de Termo de Referência encontra-se no art. 8º, inciso II, do Decreto (federal) n. 3.555, de 2000, que aprovou o regulamento para a modalidade licitatória denominada pregão, conforme transcrito a seguir:

" Art. 8º A fase preparatória do pregão observará as seguintes regras:

(...)

*II - **o termo de referência é o documento que deverá conter elementos capazes de propiciar a avaliação do custo pela Administração, diante de orçamento detalhado, considerando os preços praticados no mercado, a definição dos métodos, a estratégia de suprimento e o prazo de execução do contrato;(...)".***

Portanto, o termo de referência é o documento preparado que expressa as informações diversas levantadas em torno de um dado objeto ou serviço, que servirá de fonte para a contratação.

Assim sendo, analisando detidamente o Termo de Referência correspondente ao Pregão Presencial n. 38, de 2015, verifico que a descrição do

objeto no Termo de Referência (peça n. 5, fls. 75 e 119) encontra-se afinada com a descrição do objeto registrado no edital de licitação (peça n. 5, fl. 54). **Contudo,** considerando que uma das finalidades do Termo de Referência é descer às minúcias do objeto, **faltou** relacionar nas alíneas do item que especifica os serviços que compreendem "A Aquisição de Passagens", a emissão, reserva, marcação e remarcação de passagens aéreas *internacionais*, bem como as *reservas de hotéis.*

Em que pese a falta de especificação dos referidos serviços no item que detalha a prestação dos serviços, entendo que tal falta não tem o condão de causar a irregularidade do procedimento licitatório.

B – *"Ausente a pesquisa de mercado. Capítulo III, seção I, nº 1.1.1, letra "B", B1, item 2 da IN/TC/MS nº 35/2011".*

Neste ponto, verifico que **não** constam nos autos a imprescindível pesquisa de mercado/preços, em desconformidade com o disposto na então vigente IN/TC/MS n. 35, de 2011, Capítulo III, Seção I, 1.1.1, B.1, 2, e que a pesquisa de mercado/preços é indispensável para a verificação dos preços praticados no mercado.

Sobre o tema em questão, Marçal Justen Filho (*Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 17. ed. rev., atual e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 307) citou o Acórdão n. 2.637/2015, do Tribunal de Contas da União (TCU), com o seguinte conteúdo:

> *"18. Historicamente, o TCU sempre defendeu que as estimativas de preços prévias às licitações devem estar baseadas em uma* ***'cesta de preços aceitáveis'****. Nessa linha, os Acórdãos 2.170/2007 e 819/2009, ambos do Plenário. Tais precedentes levaram ao Guia de Boas Práticas em Contratações de Soluções de TI do TCU, de 2012, que lista uma série de fontes de informação que podem ser utilizadas para analisar o mercado com vistas à obtenção de dados sobre preços. Em reforço, o Acórdão 2.943/2013-Plenário consolidou que não se deve considerar, para fins de elaboração do mapa de cotações, as informações relativas a empresas cujos preços revelam-se evidentemente fora da média de mercado, de modo a evitar distorções no custo médio apurado e, consequentemente, no valor máximo a ser aceito para cada item licitado. (...)"*

Desse modo, **a ausência da pesquisa de preço** e da estimativa da demanda pode implicar contratação de serviço com valor superior ao praticado pelo mercado, desrespeitando o princípio da economicidade, além de frustrar o caráter competitivo do certame, na medida em que a falta dessas informações prejudica a transparência e dificulta a formulação de propostas pelos licitantes.

Percebe-se, ainda, que a inexistência de uma pesquisa de mercado/preços eficiente impossibilita à Administração Pública atingir os objetivos definidos pela Lei de Licitações e Contratos, principalmente no que se refere à seleção da proposta mais vantajosa.

Destarte, a falta de demonstração nos autos da indispensável pesquisa de preços é motivo para a declaração de irregularidade do procedimento licitatório.

C – *"Estudo de viabilidade econômica realizado para a adoção do* ***critério***

de 'maior desconto' *(e não de menor preço) na aquisição de passagens "comuns" àquela administração pública. Entende-se por comum, aqui, aquelas passagens realizadas todos os anos, com destinos certos e de razoável quantitativo. (ex. Passagem Sidrolândia/Campo Grande/Sidrolândia, Sidrolândia/PA Santa Terezinha/Sidrolândia etc.)(pç. 2, fl 27) Art. 1º § 1º da IN/TC/MS 35/2011; alterada pela resolução n. 05/2014".*

Para adentrar na questão em apreço, cumpre perquirir se o critério de julgamento **menor preço aferido com base no maior desconto** sobre tabela de preços praticados no mercado se faz pertinente na espécie.

Nesse aspecto, o referido critério encontra previsão na regra do art. 9º, § 1º do Decreto (federal) n. 7.892, de 2013 (que regulamenta o Sistema de Registro de Preços), que estabelece:

> *"Art. 9º. (...)*
>
> *§ 1º - O edital poderá admitir, como critério de julgamento, o menor preço aferido pela* ***oferta de desconto*** ***sobre tabela de preços praticados no mercado***, ***desde que tecnicamente justificado"****.*

Assim, a adoção de tal critério de julgamento deve ser justificada tecnicamente nos autos.

Sobre o tema em questão, o Acórdão n. 818, de 2008, TCU - Segunda Câmara, da relatoria do Ministro Aroldo Cedraz, registrou que o critério de julgamento advindo do maior desconto é um dos critérios possíveis dentro do tipo de licitação "menor preço", conforme demonstra trecho do voto a seguir:

> ***"8. Diante disso, não obstante se tratar de licitação do tipo menor preço, a fixação de maior desconto como critério de julgamento somente se justifica quando a medida for a única econômica e operacionalmente viável, a exemplo do que ocorre nas hipóteses citadas pela Secex/MA, em que os distribuidores de revistas e jornais e as agências de viagens, na condição de intermediários, não têm poder para compor preços dos produtos que repassam à Administração Pública contratante, restando-lhes se diferenciarem competitivamente por meio de descontos incidentes sobre as comissões recebidas pelas vendas efetuadas."***

Por outro lado, o TCU alerta, no mesmo Acórdão acima citado, para a **maior vulnerabilidade do pregão com critério de maior desconto,** a demandar cautela por parte do administrador ao fazer tal opção, conforme descrito no trecho a seguir extraído do voto:

> *"7. Ressalto, no entanto, que* ***o certame que se vale do critério de maior desconto aplicável à determinada planilha de preços está mais vulnerável a fraudes e majorações de valores que não se verificariam em licitações julgadas com base nos preços unitários.*** *Cito como exemplo eventual reajustamento de preços por parte de fabricantes cujas tabelas venham a ser utilizadas na execução contra-*

tual, fato este alheio ao controle da Administração Pública e passível, inclusive, de ser praticado em conluio com a licitante contratada."

E ainda, no trecho extraído do voto no Acórdão n. 3.457, de 2012, Plenário - TCU, o Ministro Relator José Jorge afirmou:

> *"49. A propósito, **o critério de julgamento que leva em consideração o maior desconto incidente sobre uma base referencial já é amplamente adotado – e legitimado pelo TCU – na contratação de combustíveis, passagens aéreas e manutenção de veículos no modelo tradicional**, ou seja, sem empresa interposta (Acórdão nº 818/2008 - 2ª Câmara). Em tal situação, parece crível que, conforme vem sendo suscitado por alguns órgãos, seja inviável para a Administração listar - e, consequentemente, especificar e quantificar - cada peça cuja substituição poderá eventualmente se fazer necessária durante a vigência da ata de registro de preços".*

No mesmo sentido, é o Enunciado do Acórdão n. 3344, de 2010, Primeira Câmara – TCU, da relatoria do Ministro Weder de Oliveira, que registrou o seguinte:

> *"É considerado válido o critério de julgamento do maior desconto oferecido pelas agências de viagens nas licitações destinadas ao fornecimento de passagens aéreas".*

Assim, é certo dizer que o critério do maior desconto já se encontra consagrado para os serviços de agenciamento de passagens, desde que o órgão licitante adote as seguintes providências:

1. **justificar** tecnicamente nos autos a adoção do referido critério, já que tal critério somente se justifica quando a medida for a única econômica e operacionalmente viável;

2. elaboração de uma **tabela** pela Administração licitante, que deve ser parte integrante do Edital, contendo a descrição dos itens a serem licitados, o quantitativo estimado, o **valor estimado**, a **taxa mínima de desconto**, pois é certo afirmar que o valor estimado serve como parâmetro às licitantes para a formulação das suas propostas.

No caso em exame, verifico que o Edital do Pregão Presencial n. 38, de 2015 (peça n. 5, fls. 54-138) e o seu Anexo I (Termo de Referência), não contém a justificativa para a adoção do critério "maior desconto", nem a tabela referenciada no item 2 supramencionado, não constando nos autos qualquer informação do valor estimado para a contratação e da taxa mínima de desconto, sem olvidar da falta de demonstração nos autos da indispensável pesquisa de mercado.

Conforme o exposto, diante da falta de tais informações de suma relevância para a adoção do critério do maior desconto, verifico que há ilegalidade e irregularidade na adoção dessa medida.

D – "*A ARP possui **cláusulas genéricas**, não atendendo à especificidade do objeto registrado. (Ex.: **4.1**. A Ata de Registro de Preços será utilizada para **aquisição do respectivo material pela Secretaria de Infra-Estrutura; 4.4.** Os serviços devem ser entregues nos locais informados pelo Departamento de*

Compras no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas, após a solicitação, mediante requisição expedida pelo contratante, respeitando-se o limite da quantidade solicitada. Os serviços devem estar acondicionados adequadamente, de forma a permitir completa segurança durante o transporte. ***4.4.1.*** *O prazo de entrega será conforme solicitação do órgão/entidade requisitante, não podendo ultrapassar 03 (dias) úteis da data de recebimento da nota de empenho ou instrumento equivalente. Pç. 15, fl. 192) Art. 1º § 1º da IN/TC/MS 35/2011; alterada pela resolução n. 05/2014".*

De fato, a Ata de Registro de Preços n. 17, de 2015, possui cláusulas genéricas e algumas até contraditórias com o disposto no edital de licitação, a exemplo da subcláusula 4.1, a qual estabelece que a ARP *"será utilizada para a aquisição do respectivo material pela Secretaria de Infraestrutura*", e das subcláusulas 4.4 e 4.4.1, acima anotadas.

Diante do exposto, acompanho o posicionamento do Ministério Público de Contas e decido nos termos de:

I – declarar, com fundamento na regra do art. 59, III, da Lei Complementar (estadual) n. 160, de 2 de janeiro de 2012, **a irregularidade**:

a) do **procedimento licitatório** realizado pela Administração Municipal de Sidrolândia, por meio do **Pregão Presencial n. 38, de 2015**, em face das seguintes infrações:

1. falta de demonstração nos autos da indispensável pesquisa de mercado/preço, com infringência ao disposto na então vigente IN/TC/MS n. 35, de 2011, Capítulo III, Seção I, 1.1.1, B.1, 2;

2. adoção do critério de julgamento do **"maior desconto"**, visto que não constam no edital de licitação nem no seu Anexo I (Termo de Referência):

2.1. a justificativa para a adoção do referido critério, pois tal critério somente se justifica quando a medida for a única econômica e operacionalmente viável, com infringência à regra do art. 9º, § 1º, do Decreto n. 7.892, de 2013 (que regulamenta o Sistema de Registro de Preços);

2.2. a tabela elaborada pela Administração, contendo a descrição dos itens a serem licitados, o quantitativo estimado, o **valor estimado**, a **taxa mínima de desconto**, pois é certo afirmar que o valor estimado serve como parâmetro às licitantes para a formulação de suas propostas;

b) da formalização da **Ata de Registro de Preços n. 17, de 2015,** especialmente por conter cláusulas genéricas e até contraditórias com o disposto no edital, a exemplo das subcláusulas 4.1, 4.4, 4.4.1;

II – aplicar multas ao Sr. **Ari Basso**, CPF-058.019.820-00, Prefeito Municipal de Sidrolândia na época, nos valores e pelos fatos seguintes:

a) 80 (oitenta) UFERMS pelas irregularidades apontadas nos termos dispositivos do inciso I, "a", 1, 2, 2.1 e 2.2, e "b", com fundamento nas regras dos arts. 21, X, 42, *caput* e inciso IX, 44, I, e 45, I, da Lei Complementar (estadual) n.

160, de 2012;

b) 50 (cinquenta) UFERMS pela infração decorrente do não atendimento ao objeto da intimação que lhe foi feita para prestar esclarecimentos, oferecer justificativas ou apresentar documentos ao Tribunal, consoante o Termo de Intimação n. 15413/2015 (peça n. 18, fl. 206), com fundamento nas regras dos arts. 21, X, 42, *caput* e inciso IX, 44, I, e 45, I, da Lei Complementar (estadual) n. 160, de 2012;

III - fixar o prazo de 60 (sessenta) dias contados da data da publicação desta Decisão no DOTCE/MS, para o apenado pagar os valores das multas que lhe foram infligidas e assinalar que os pagamentos deverão ser feitos em favor do Fundo Especial de Modernização e Aperfeiçoamento do Tribunal de Contas-FUNTC, conforme os arts. 50, I e 83 da Lei Complementar (estadual) n. 160 de 2012, observadas as disposições do art. 172, § 1º, I e II, do Regimento Interno.

É COMO DECIDO.

Campo Grande, 18 de maio de 2017.

Conselheiro **JOSÉ RICARDO PEREIRA CABRAL**

Relator

LAC