

**ILUSTRÍSSIMO(A) SENHOR(A) PRESIDENTE DA COMISSÃO
PERMANENTE DE LICITAÇÃO DA PREFEITURA MUNICIPAL
ARARAQUARA-SP.**

**CONCORRÊNCIA PÚBLICA Nº 001/2021
PROCESSO LICITATÓRIO Nº 111/2021**

**ÁREA COMUNICAÇÃO PROPAGANDA E
MARKETING LTDA.**, CNPJ 06.866.550/0001-74, com endereço à Rua Ximbó, 171,
Aclimação, São Paulo, SP, CEP 04108-040, através de seus sócios **Emílio Alonso**, brasileiro,
divorciado, jornalista, portador da cédula de identidade RG nº 8.031.253-6 - SSP/SP, inscrito
no CPF/MF sob o nº 084.547.908-37, residente e domiciliado em Santo André-SP, na Rua
Lindóia, 238, Jardim Bom Pastor, CEP 09051-210, e **José Antonio dos Santos Pereira
Junior**, brasileiro, casado, publicitário, portador da cédula de identidade RG nº 17.499.277-
4 SSP/SP, inscrito no CPF/MF sob o nº 102.308.948-36, residente e domiciliado na Cidade
de São Paulo, na Rua Doutor Numa Pereira do Vale, 297, Aclimação, CEP: 04108-080,
apresentar, tempestivamente, **RECURSO ADMINISTRATIVO**, nos seguintes termos:

I - Da síntese dos fatos:

Aos 22/03/2021, houve o termo de abertura da Concorrência
nº 001/2021, onde se reuniu a Comissão Processante de Licitação com o comparecimento
das empresas VERGE STUDIO COMUNICAÇÃO EIRELI; 9MM PROPAGANDA
LTDA; LUA PROPAGANDA LTDA; ÁREA COMUNICAÇÃO PROPAGANDA E
MARKETING LTDA; ENGENHO DE IDÉIAS COMUNICAÇÃO LTDA; BTHK

BRANDING STRATEGY AGÊNCIA DE PUBLICIDADE LTDA-ME e IV5 PUBLICIDADE, IMPRENSA E PESQUISA LTDA.

Foi dado início aos trabalhos de recebimento dos Invólucros Proposta técnica e de preços, sendo guardados os invólucros de nº 2 e 4 e abertos os de nº 1 (via não identificada) e nº 3.

Após o procedimento, no ato da sessão, a recorrente, juntamente com outras licitantes manifestaram que a campanha “QUEM AMA A VIDA COMBATE A DENGUE” possibilita a identificação da licitante através da mídia, citando a peça apresentada no invólucro 01, denominada POST REDES SOCIAIS inseriu um CD que apresenta uma marca e marcações específicas e em seu invólucro 03 a empresa 9MM em seu repertório, o qual apresentou a peça VT 50 ANOS IBAGY IMÓVEIS apresentou, embora com etiqueta um mesmo CD com as mesmas marcações e marca do CD apresentado no Invólucro 01, possibilitando, assim, sua possível identificação por meio do elemento CD.

No mesmo ato, também houve questionamento da Campanha “SE VOCÊ OLHA RÁPIDO, NEM VÊ O PERIGO” por também descumprir com a impessoalidade na via não identificada.

Posteriormente, em Termo de Prosseguimento da Concorrência nº 001/2021, onde se deliberou acerca da imediata exclusão do certame das campanhas “QUEM AMA A VIDA COMBATE A DENGUE” e “SE VOCÊ OLHA RÁPIDO, NEM VÊ O PERIGO”, concluiu a Comissão que nenhuma proposta havia sido “inequivocamente identificada, tendo ocorrido uma **mera expectativa** de que os elementos indicados pelos participantes poderiam, em tese, identificar a autoria do Plano de Comunicação Publicitária”.

Fundamenta o prosseguimento com a participação de todas as licitantes em razão de “nenhum Membro da Subcomissão Técnica participar da sessão de recebimento e Abertura dos invólucros de Proposta Técnica, razão pela qual não terão condições de identificar quem seriam os autores das campanhas constantes do invólucro n. 1. Além disso, esclarece, que “dos questionamentos realizados não resultam quaisquer

modificações nos termos do edital, motivo pelo qual a Subcomissão Técnica não receberá os esclarecimentos enviados pelas licitantes interessadas, tampouco receberá a Ata de Abertura que, nos termos do item 10.25 do edital, somente após o encerramento do julgamento do Plano de Comunicação Publicitária e entrega dos documentos indicados no item 10.24 (Planilhas, Justificativas, Ata, etc.) é que serão encaminhados à Subcomissão Técnica os Invólucros n. 03”.

Dessa forma, a Comissão Permanente de Licitações decidiu por não desclassificar nenhuma das Licitantes, abrindo prazo para interposição de Recurso.

De outra banda, verificou-se que a Licitante 9MM PROPAGANDA LTDA, descumprindo os termos do Edital, utilizou-se de material que realiza em consórcio com outra empresa, cujo contrato possui objeto distinto ao da presente licitação a fim de comprovar sua capacidade de atendimento.

A fim de que não se frustrasse todo o processo licitatório, é que a licitante Área Comunicação, interpõe, tempestivamente, o presente Recurso Administrativo.

II - Do Mérito do Recurso.

II.I – DA IDENTIFICAÇÃO NO ENVELOPE 1 e da Consequente Desclassificação da Licitante 9MM - campanha “QUEM AMA A VIDA COMBATE A DENGUE”.

A licitação se revela como sendo uma atividade estatal de meio que, observando o princípio da isonomia dos licitantes, busca especificadamente a obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração.

A exigência legal de preservação do caráter competitivo do procedimento licitatório vem positivado no inciso I do §1º, do art. 3º da Lei de Licitações que rege a presente concorrência, *in verbis*:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta

mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

No mesmo sentido, os arts, 41, 44 e 48 e 55, XI, que trazem o caráter vinculativo à norma e ao texto editalício, vejamos:

Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

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.

§ 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.

Art. 48. Serão desclassificadas:

I - as propostas que não atendam às exigências do ato convocatório da licitação;

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

[...]

XI - a vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigível, ao convite e à proposta do licitante vencedor;

Leciona Hely Lopes Meirelles, em sua obra "Direito Administrativo Brasileiro", 30a ed., SP: Malheiros, p. 283, que "O edital é a lei interna da licitação e "vincula inteiramente a Administração e os proponentes"."

Além disso, a Recorrente ampara sua pretensão nos princípios básicos contidos no art. 37, XXI, da Constituição Federal e no art. 3º da Lei 8.666/93 (Lei de Licitações que rege a presente concorrência), bem como na preservação dos princípios constitucionais da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e demais princípios correlatos às licitações públicas, *in verbis*:

Art. 37. A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte: [...]

Complementando referidos dispositivos, o art. 41, caput, da Lei de Licitações e Contratos nos descreve que "A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada".|

Preocupado com Licitações referentes a Agências de Publicidade e Propaganda, optou o Legislador em criar norma específica para tal, tendo em 2010 sido publicada a Lei n. 12.232/2010, que regula normas gerais para licitação e contratação pela administração pública de serviços de publicidade prestados por intermédio de agências de publicidade e propaganda, que deve ser atentamente observado em qualquer certame licitatório relacionado ao referido objeto, o que “data vênua” não ocorreu na decisão que mantém a licitante 9MM que notoriamente transgrediu ao teor da Lei 12.232/2010.

A Licitação destina-se à garantia da observância do princípio constitucional da isonomia, que, se não revista a decisão, será ferido de morte, eis que haverá legalização em cristalinas infringências a textos normativos e do próprio Edital.

A apresentação em duas vias do plano de comunicação publicitária foi uma das maiores inovações trazidas pela Lei de licitações de

publicidade, isso para garantir um julgamento impessoal e objetivo das propostas consubstanciadas no plano de comunicação publicitária. Aqui, está-se diante de uma dessas medidas, ou seja, a preocupação com o sigilo ou a não identificação das propostas técnicas, vejamos:

Art. 6º A elaboração do instrumento convocatório das licitações previstas nesta Lei obedecerá às exigências do art. 40 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, com exceção das previstas nos incisos I e II do seu § 2º, e às seguintes:

(...)

III - a proposta técnica será composta de um plano de comunicação publicitária, pertinente às informações expressas no briefing, e de um conjunto de informações referentes ao proponente;

IV - o plano de comunicação publicitária previsto no inciso III deste artigo será apresentado em 2 (duas) vias, **uma sem a identificação** de sua autoria e outra com a **identificação**;

IX - o formato para apresentação pelos proponentes do plano de comunicação publicitária será padronizado quanto a seu tamanho, a fontes tipográficas, a espaçamento de parágrafos, a quantidades e formas dos exemplos de peças e a outros aspectos pertinentes, observada a exceção prevista no inciso XI deste artigo;

XII - será vedada a aposição, a qualquer parte da via não identificada do plano de comunicação publicitária, de marca, sinal ou palavra que possibilite a identificação do seu proponente antes da abertura do invólucro de que trata o § 2º do art. 9º desta Lei;

XIII - será vedada a aposição ao invólucro destinado às informações de que trata o art. 8o desta Lei, assim como dos documentos nele contidos, de informação, marca, sinal, etiqueta ou qualquer outro elemento que identifique a autoria do plano de comunicação publicitária, em qualquer momento anterior à abertura dos invólucros de que trata o § 2o do art. 9o desta Lei;

XIV - será desclassificado o licitante que descumprir o disposto nos incisos XII e XIII deste artigo e demais disposições do instrumento convocatório.

Dessa forma, revela-se a preocupação legislativa em preservar o anonimato preliminar das propostas técnicas, ao qual a lei se refere como “não identificação”. Tendo a lei determinado que a subcomissão técnica, só tenha acesso a uma via não identificada do plano de comunicação publicitária, sendo, portanto, fundamental que tal via não identificada seja apresentada realmente sem qualquer elemento identificador, **sob pena de desclassificação do licitante.**

Ademais, a orientação editalícia foi no mesmo sentido, vejamos:

6.6. O INVÓLUCRO N° 1 deverá estar sem rubrica no fechamento ou em qualquer local.

6.7. Para preservar o sigilo quanto à autoria do Plano de Comunicação Publicitária a Comissão Permanente de Licitação não receberá o INVÓLUCRO N° 1 que:

- a) possua alguma forma de identificação;
- b) apresente marca, sinal, etiqueta ou outro elemento que possibilite a identificação da LICITANTE;
- c) esteja danificado no manuseio/transporte ou deformado pelas peças e demais documentos nele acondicionados.

O Edital ainda reforça a advertência para que não haja nos documentos que integram o Invólucro 3 qualquer elemento que permita a identificação da autoria da campanha proposta no Invólucro 1, vejamos:

INVÓLUCRO Nº 3

PROPOSTA TÉCNICA – CAPACIDADE DE ATENDIMENTO, REPERTÓRIO E RELATOS DE SOLUÇÕES DE PROBLEMAS DE COMUNICAÇÃO

NOME E CNPJ DA LICITANTE

CONCORRÊNCIA Nº 001/2021

6.13. O INVÓLUCRO Nº 3 e os documentos nele acondicionados terão a identificação da LICITANTE. Os documentos serão assinados na última página e rubricados nas demais.

6.14. O INVÓLUCRO Nº 3 e os documentos nele contidos não poderão ter informação, marca, sinal, etiqueta ou qualquer outro elemento que conste do Plano de Comunicação Publicitária – via não identificada - INVÓLUCRO Nº 1 - e permita a identificação da autoria deste, antes da abertura do INVÓLUCRO Nº 2.

O intuito é óbvio, evitar que a proponente possa ser identificada, e, portanto, desclassificada, em conformidade com a legislação pertinente, por conter no Invólucro 3, “informação, marca, sinal, etiqueta ou qualquer outro elemento que conste do Plano de Comunicação Publicitária – Via Não Identificada - INVÓLUCRO Nº 1. Fato que efetivamente ocorreu durante a primeira sessão do processo licitatório.

Compulsando o conteúdo do Envelope 1 – Via Não Identificada, a marca da mídia utilizada nos envelopes identifica a licitante 9MM, eis que trata da única campanha a qual se utiliza a mesma marca de CD, que foi colocada no envelope 1, vejamos:



Em análise, de todos os CDs apresentados no Invólucro 03, nenhum deles apresenta semelhanças entre si, exceto aqueles que possuem as marcas em seu entorno (conforme foto acima).

Poderia, em tese, gerar dúvidas sobre a identificação à Comissão, caso algum outro CD apresentasse as mesmas características que estes em questão, porém, apenas duas destas mídias podem ser comparadas entre si e fica claro que ambas pertencem a mesma licitante.

Portanto, tal fato não se encaixa dentro da “mera expectativa” de que a Licitante teria sido identificada, mas sim, há notória comprovação de sua identificação, o que infringe a Lei e o Edital convocatório.

Ora, tendo acesso ao conteúdo do Invólucro 3, fez-se possível identificar o invólucro apócrifo como sendo da licitante 9MM, eis que, ao se

comparar o entorno de todas as mídias (invólucros 01 e 03) conclui-se que, entre todas apresentadas, duas delas eram iguais, sendo facilmente identificável após a abertura do invólucro.

Nota-se, portanto, uma enorme falta de zelo da licitante, ao elaborar o conteúdo da licitação, razão pela qual, não se pode condenar todo o processo licitatório em face da sua negligência ao conteúdo editalício, sendo de rigor sua desclassificação sob pena de contaminar todo o procedimento, o que causaria enormes prejuízos à municipalidade.

No que tange ao princípio da impessoalidade, Celso Antônio Bandeira de Mello, com a perícia que lhe é peculiar, conceitua o princípio da impessoalidade com as seguintes linhas:

“Nele se traduz a ideia de que a administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimetosas. Nem favoritismo nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie. O princípio em causa não é senão o próprio princípio da isonomia (...)”

Ora, além da violação ao imperativo da Lei 12.232/2010, a conduta da licitante 9MM em se identificar logo no Envelope 1, também viola o respeito aos critérios constitucionais previstos no art. 37, principalmente ao princípio da impessoalidade. E, nesse sentido, é que se faz necessário o rigor quanto ao sigilo e anonimato da via não identificada, visando justamente a manutenção do equilíbrio e os critérios de impessoalidade e isonomia entre os licitantes e conseqüentemente no julgamento das propostas.

Nesse sentido:

Nesse sentido: AGRADO DE INSTRUMENTO. MEDIDA LIMINAR DEFERIDA EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO LICITATÓRIO. CONTRATAÇÃO DE AGÊNCIA DE PUBLICIDADE. INDÍCIO DE IRREGULARIDADE NO ENVELOPE DA PROPOSTA. **INOBSERVÂNCIA DO ART.6º DA LEI NACIONAL N.12.232/10 E DO INSTRUMENTO**

CONVOCATÓRIO. SUSPENSÃO DO CURSO DA LICITAÇÃO ATÉ O JULGAMENTO DO WRIT. DECISÃO ACERTADA. RECURSO DESPROVIDO. O escopo do legislador nacional, expressamente incorporado pelo administrador local no instrumento convocatório do certame em foco, é o de coibir a identificação dos licitantes autores dos planos de comunicação, e considerando-se que, **in casu, houve anotação no sumário da via que não deveria ser identificada, resta presente indício de ilegalidade, motivo pelo qual é de ser mantida a decisão objurgada que sobrestou o prosseguimento da licitação até a decisão do writ impetrado por uma das concorrentes.** (TJ-SC -Agravado de Instrumento : AI 1714 SC 2011.000171-4) (Grifo Nosso)

No mesmo sentido, é entendimento do Tribunal Regional Federal da 1.^a Região, confira-se:

TRF da 1.^a Região, AG n.º 0010759-67.2014.4.01.0000/DF, Rel. Des. Jirair Meguerian, unânime, 6.^a Turma, D.J. 21/07/2014.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO DE PROPOSTA. VINCULAÇÃO AO EDITAL AGRAVO PROVIDO.

I - Orientação jurisprudencial assente no sentido que o Edital de Licitação regula as regras do certame, consubstanciando-se na legislação pertinente (precedentes).

II – A proposta de preço apresentada em desconformidade com o edital não será aceita, sob pena de ferir o princípio da isonomia e conferir privilégio a uma empresa licitante em detrimento das demais.

III - **Hipótese em que tendo a empresa licitante apresentado proposta de preço em que apresentava informação que tornava possível sua identificação junto ao órgão de registro do produto, descumpriu a regra do edital que proibia a indicação de qualquer elemento que pudesse identificar a licitante.**

IV – Indicação do número de registro na ANVISA identifica não só o fabricante, como também o distribuidor, no caso, o licitante.

V – Ausente qualquer ilegalidade na conduta do pregoeiro, que desclassificou a empresa agravada por descumprimento do edital, tendo em vista constar de sua proposta de preços elemento que facultou sua identificação como distribuidora do produto objeto da licitação.

VI – Agravado de instrumento a que se dá provimento. (Grifo Nosso)

Em seu brilhante voto, o Desembargador Jirair Meguerian sedimentou a questão no sentido de que a Comissão de Licitação e as licitantes devem observar e se vincular às regras previstas no Edital:

“11. Dessa forma, a princípio, **agiu corretamente a autoridade coatora ao desclassificar a empresa Medtronic do Pregão Eletrônico SRP n. 22/2013 - EBSEH, sob pena de deixar de observar regra do edital, ao qual estava vinculado o procedimento licitatório.** Até porque, agiu de forma isonômica, tendo em vista que desclassificou além da empresa agravadas, as empresas licitantes Maquet Cardiopulmonar do Brasil Indústria e Comércio Ltda., fls. 482, 484; STJude Medical Brasil Ltda. e Biotronik Comercial Medical Ltda., fl. 487, 488, 489 e 491; que também deixaram de observar o item 3.8 do edital, o que, em tese, desconstituiu o “fundamento relevante” a que alude o inciso III do art. 7º da Lei n. 12.016/2009, no sentido de suspender o procedimento licitatório em questão.

Sobre a natureza vinculativa do ato convocatório e o dever da Administração de reprimir seu descumprimento, assim dispõe Marçal Justen Filho (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Ed. Dialética, São Paulo. 12ª Edição, pg. 526.):

“O instrumento convocatório cristaliza a competência discricionária da Administração, que se vincula a seus termos. Conjugando a regra do art. 41 com aquela do art. 4º, pode-se afirmar a estrita vinculação da Administração ao edital, seja quanto a regras de fundo quanto àquelas de procedimento. Sob um certo ângulo, o edital é o fundamento de validade dos atos praticados no curso da licitação, na acepção de que a desconformidade entre o edital e os atos administrativos

praticados no curso da licitação se resolve pela invalidade destes últimos. Ao descumprir normas constantes do edital, a Administração Pública frustra a própria razão de ser da licitação. Viola os princípios norteadores da atividade administrativa, tais como a legalidade, a moralidade, a isonomia. O descumprimento a qualquer regra do edital deverá ser reprimido, inclusive através dos instrumentos de controle interno da Administração Pública.”

A Administração e os Licitantes não podem descumprir o edital ou a Lei que rege a matéria, exigindo ou considerando o que não foi pedido ou facultado aos licitantes e nem aceitar a apresentação das propostas e dos documentos que as compõem, de forma diferente do estabelecido no edital.

Nesse Sentido:

APELAÇÃO CÍVEL Nº 451840/PB (2008.82.00.000006-9)
APTE : RGM CONSTRUTORA LTDA
ADV/PROC : JOÃO ALBERTO DA CUNHA FILHO
APDO: UFPB -UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
REPTE: PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL -5ª REGIÃO
ORIGEM: 2ª VARA FEDERAL DAPARAÍBA
RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS-Segunda Turma EMENTA ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. LICITAÇÃO. TOMADA DE PREÇOS. JULGAMENTO DAS PROPOSTAS. DESCLASSIFICAÇÃO POR DESCUMPRIMENTO DE EXIGÊNCIAS EDITALÍCIAS. ART.3º DA LEI Nº8.666/93. ART.37, XXI DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. ESTRITA OBSERVÂNCIA. APELAÇÃO IMPROVIDA.

1. A licitação é um procedimento formal, regulamentado por normas de caráter objetivo, às quais o administrador público deve vincular-se, sob pena de nulidade do procedimento licitatório.
2. Cabia aos participantes cumprirem rigorosamente os ditames do Edital, de sorte que “...deveriam apresentar, para

cada planilha que compõe o lote licitado, a composição de custos, especificando todos os preços unitários, inclusive os itens cotados por verba, sob pena de desclassificação do certame”.

3. Os elementos colacionados aos autos são hábeis a demonstrar a subsistência do ato que desclassificou a apelante no julgamento das propostas. Ao decidir de outra forma, pela declaração de vencedora da Impetrante, estaria a Comissão de Licitação afrontando os princípios da isonomia, estatuído na Carta Magna, e da vinculação do instrumento convocatório, previsto na Lei n.º 8.666/93, não podendo o Poder Judiciário, pelos mesmos motivos, dar guarida a essa pretensão.

4. O ato de desclassificação da apelante é legítimo, diante do descumprimento de vários itens do Edital nº 004/2007 da UFPB/PU, não se vislumbrando qualquer irregularidade na conduta adotada pela Comissão de Licitação.

5. Ainda que no julgamento de recurso administrativo tenha sido superada a discussão em relação ao não atendimento do disposto no item 12.9 da planilha orçamentária, quanto ao valor de mão-de-obra igual a zero, o certo é que a apelante descumpriu as exigências contidas em vários outros itens do Edital.

6. Apelação improvida

Assim, melhor ou pior avaliada, as propostas devem seguir o quanto dispõe as diretrizes traçadas pelas regras editalícias. Fechar os olhos para pequenos ou grandes vícios, que, no caso concreto, foram enormes, grosseiros e diversos, seria, sim, tratar de forma desigual os iguais, o que malferiria os princípios do Princípio da Isonomia, Motivação, Vinculação ao Instrumento Convocatório, própria Lei de Licitações e o Edital.

Portanto, as faltas praticadas pela LICITANTE 9MM levam à inequívoca inobservância às regras do Edital, o que justifica a reforma da decisão administrativa a fim de que se determine a sua exclusão da presente Concorrência.

II.II. Do Descumprimento ao anexo 02, item 2.2.3 a) do Edital e a consequente desclassificação da Licitante.

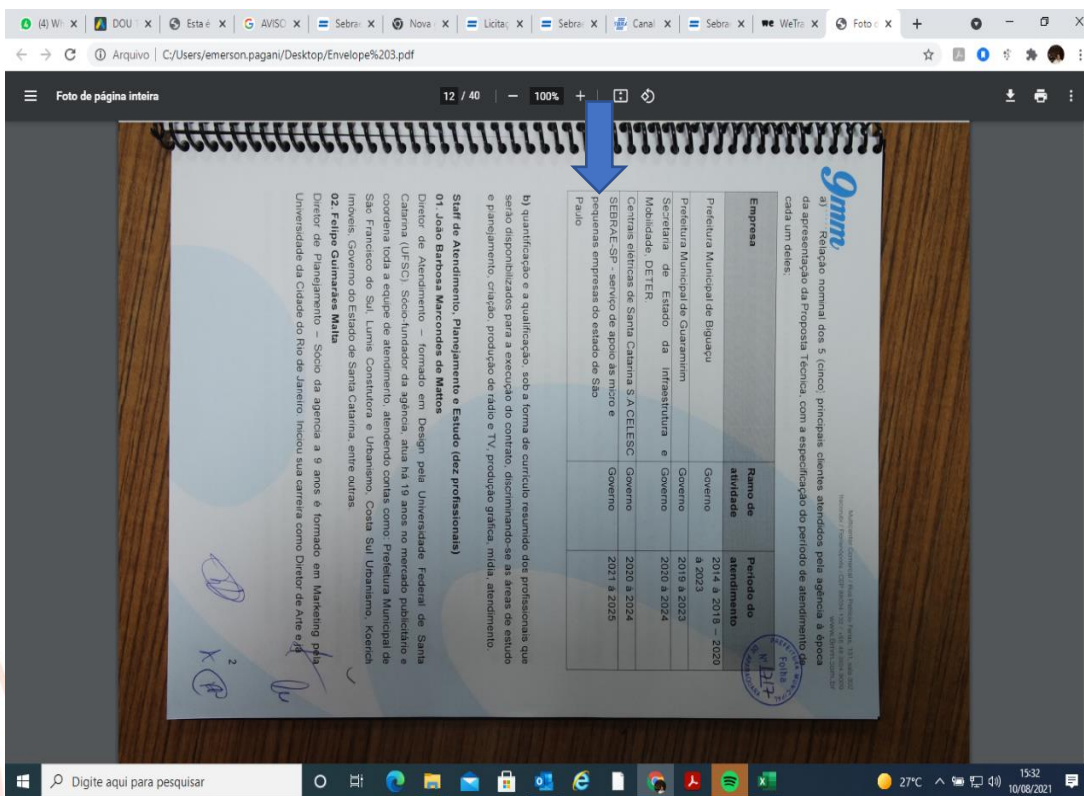
Conforme preconiza os itens 8.3 e 8.3.1 do Edital, é vedada a participação de Licitantes em Consórcio

8.3. Estarão impedidas de participar desta licitação as LICITANTES que se enquadrem em uma ou mais das situações a seguir:

8.3.1. estejam constituídas sob a forma de consórcio;

Ciente desse fato, a Licitante 9MM, visando burlar as regras impostas pelo edital e tentando induzir a subcomissão a erro dando “ar de legalidade” em seus atos, participa de forma individual, mas, de forma mendaz e sorrateira, **inclui em sua capacidade de atendimento cliente que sabiamente não é atendido de forma exclusiva pela Licitante, mas em consórcio com outras empresas, o que é vedado pelo Edital.**

Vejam que na relação nominal dos 5 (cinco) principais clientes atendidos, a LICITANTE 9MM, descumprindo aos preceitos editalícios, traz em seu bojo o atendimento ao SEBRAE-SP – Serviço de Apoio às Micro e Pequenas Empresas do Estado de São Paulo, em um contrato vigente de 2021 à 2025, veja:



Como se verifica, a Licitante não atende de forma exclusiva ao SEBRAE, não podendo valer-se desse contrato para sustentar sua capacidade de atendimento, veja:

RESULTADO DE CLASSIFICAÇÃO CONCORRÊNCIA Nº 4/2020

Processo 0191/2020

O SEBRAE-SP torna público que o resultado final do certame foi o que segue: 1º lugar - CONSÓRCIO NEOWAY E 9MM, com proposta final de R\$ 11.209.204,19, com IP de 8,8844 e MIG de 98.5375; 2º lugar - CONSÓRCIO IBOPE DTM E EFFECTIVE, com proposta final de R\$ 9.958.681,81, com IP de 10,000 e MIG de 94,1837; 3º lugar - CONSÓRCIO BRIVIACOM e A2C, com proposta final de R\$ 12.243.186,83, com IP de 8,1341 e MIG de 76,6176; e 4º lugar - MRM E/OU PUBLICIDADE LTDA. com proposta final de R\$ 15.916.667,81, com IP de 6,2568 e MIG de 80,7413.

A ata de sessão pública e os demais documentos pertinentes a esta licitação encontram-se disponíveis no site do SEBRAE-SP (www.sebraesp.com.br).

Em 12 de janeiro de 2021.
VIVIANE ALTAFIN
 COMISSÃO DE LICITAÇÕES

Vê-se que a Licitante 9MM tenta levar a subcomissão a erro, eis que seriam atribuídas notas sobre a capacidade de atendimento com informação sabiamente falsa, o que, sem dúvidas, desqualifica a probidade na condução de sua proposta.

Não se pode admitir que, a despeito da norma editalícia trazer de forma cristalina a necessidade de comprovação de capacidade de atendimento pelas LICITANTES, a Licitante 9MM se utilize de atendimento em CONSÓRCIO, visando cumprir tal exigência.

Vejam a norma Editalícia, a qual a administração e os Licitantes encontram-se vinculados veda tal conduta, vejamos:

Anexo 02

2.2. Capacidade de Atendimento

2.2.1. A LICITANTE deverá apresentar os documentos e informações que constituem a Capacidade de Atendimento em caderno específico, com ou sem o uso de cores, em papel A4, em fonte Arial tamanho 12, em folhas numeradas sequencialmente, a partir da primeira folha interna, rubricadas e assinadas na última por seu representante legal.

2.2.2. Os documentos e informações e o caderno específico mencionados no item 2.2.1 não poderão ter informação, marca, sinal, etiqueta, palavra ou outro elemento que conste do Plano de Comunicação Publicitária – Via Não Identificada – e possibilite a identificação da autoria deste antes da abertura do INVÓLUCRO N° 2.

2.2.3. A Capacidade de Atendimento será constituída de textos em que a LICITANTE apresentará:

a) relação nominal dos 5 (cinco) principais clientes **atendidos pela LICITANTE** à época da apresentação da Proposta Técnica, com a especificação do período de atendimento de cada um deles;

Portanto, não há espaço para que a Licitante 9MM comprove sua capacidade técnica por meio de atendimento em Consórcio.

Notem que o Consórcio que a Licitante se utiliza para comprovação de sua Capacidade de Atendimento, possui CNPJ diferente do utilizado pela Licitante 9MM, descortinando o móvel encoberto pela Licitante em sua vã tentativa de se qualificar indevidamente.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL		
CADASTRO NACIONAL DA PESSOA JURÍDICA		
NUMERO DE INSCRIÇÃO 40.748.597/0001-71 MATRIZ	COMPROVANTE DE INSCRIÇÃO E DE SITUAÇÃO CADASTRAL	DATA DE ABERTURA 08/02/2021
NOME EMPRESARIAL CONSORCIO NEOWAY 9MM		
TÍTULO DO ESTABELECIMENTO (NOME DE FANTASIA) *****		PORTE DEMAIS
CÓDIGO E DESCRIÇÃO DA ATIVIDADE ECONÔMICA PRINCIPAL 62.04-0-00 - Consultoria em tecnologia da informação		
CÓDIGO E DESCRIÇÃO DAS ATIVIDADES ECONÔMICAS SECUNDÁRIAS 62.01-5-01 - Desenvolvimento de programas de computador sob encomenda 62.02-3-00 - Desenvolvimento e licenciamento de programas de computador customizáveis 62.09-1-00 - Suporte técnico, manutenção e outros serviços em tecnologia da informação 63.11-9-00 - Tratamento de dados, provedores de serviços de aplicação e serviços de hospedagem na internet 73.19-0-03 - Marketing direto 73.20-3-00 - Pesquisas de mercado e de opinião pública 82.19-9-99 - Preparação de documentos e serviços especializados de apoio administrativo não especificados anteriormente 82.91-1-00 - Atividades de cobranças e informações cadastrais		
CÓDIGO E DESCRIÇÃO DA NATUREZA JURÍDICA 215-1 - Consórcio de Sociedades		

 <p>REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL</p> <p>CADASTRO NACIONAL DA PESSOA JURÍDICA</p>		
NÚMERO DE INSCRIÇÃO 05.332.468/0001-05 MATRIZ	COMPROVANTE DE INSCRIÇÃO E DE SITUAÇÃO CADASTRAL	DATA DE ABERTURA 14/10/2002
NOME EMPRESARIAL 9MM PROPAGANDA LTDA		
TÍTULO DO ESTABELECIMENTO (NOME DE FANTASIA) 9MM		PORTE EPP
CÓDIGO E DESCRIÇÃO DA ATIVIDADE ECONÔMICA PRINCIPAL 73.11-4-00 - Agências de publicidade		
CÓDIGO E DESCRIÇÃO DAS ATIVIDADES ECONÔMICAS SECUNDARIAS Não informada		
CÓDIGO E DESCRIÇÃO DA NATUREZA JURÍDICA 206-2 - Sociedade Empresária Limitada		

Porém, não bastasse a utilização de atendimento em consórcio para comprovar sua capacidade de atendimento, o que já traria sua desclassificação, a Licitante 9MM ainda se utiliza, para comprovar a referida capacidade de atendimento, **de contrato cujo escopo em nada se assemelha ao da presente licitação**, sendo aviltante sua forma de proceder.

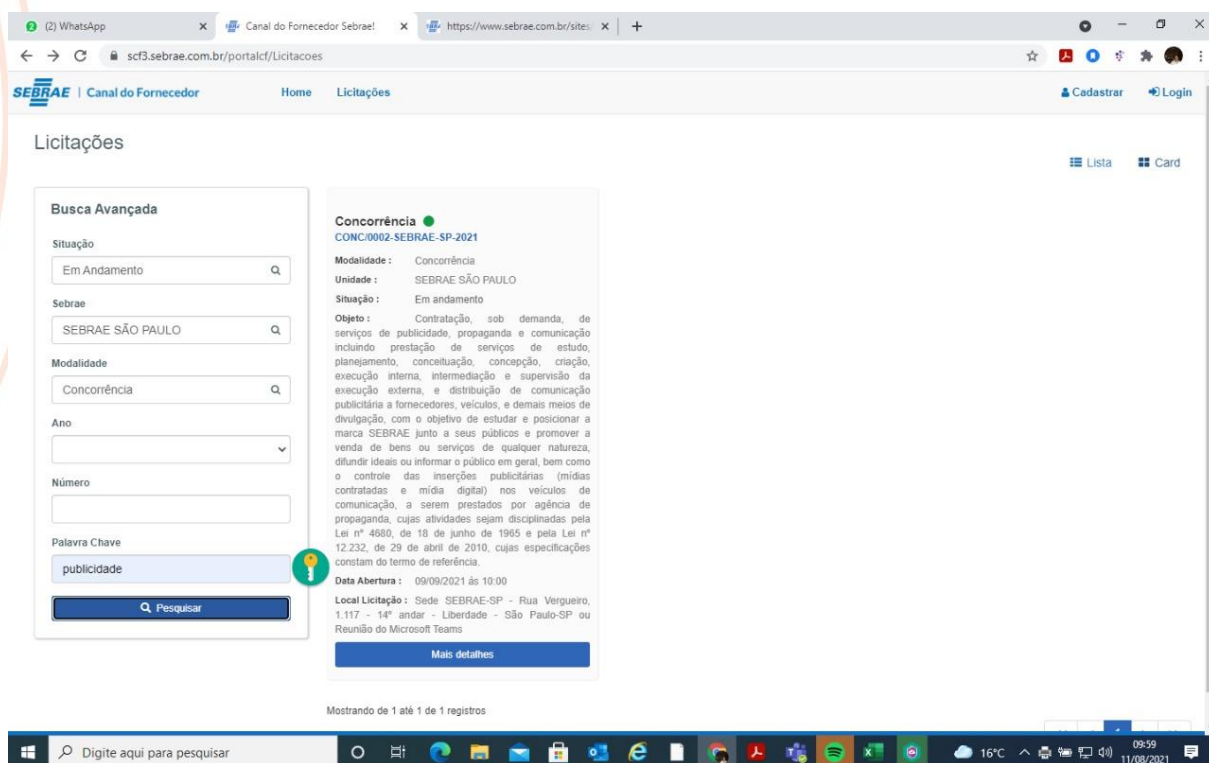
Vejam o escopo do contrato com o SEBRAE, utilizado para comprovar a capacidade técnica da licitante¹:

“Contratação de empresa especializada para prestação de serviços de consultoria e fornecimento de tecnologia para integração de dados multicanais de fontes online e offline, dados primários, de terceiros e contextuais para prover estrutura, plataforma e estudos da jornada completa do cliente, automatização do marketing através dos dados, orientando as ações de conversão, aumentando a eficiência, além de propiciar a alavancagem necessária para o contexto de aumento de cobertura através de técnicas de inteligência artificial (IA) e aprendizado de máquina (machine learning, ML), cujas especificações constam do termo de referência”.

¹ <https://www.scf3.sebrae.com.br/portalcf/Licitacoes/Detalhe?Id=8197>

Assim, além de descumprirem com os termos do Edital, ao indicarem a Capacidade de Atendimento como sendo sua em atendimento feito em Consórcio, a Licitante 9MM ainda trouxe contrato cujo escopo em nada se assemelha ao da presente licitação.

Comprova-se tal fato, pelo escopo do contrato assumido pela Licitante em Consórcio, bem como pelo fato de estar aberta Licitação pelo SEBRAE-SP para contratação de serviços de publicidade, propaganda e comunicação, evidenciando-se a impossibilidade do atendimento nessa área pela Licitante no período por ela indicado em sua proposta².



The screenshot displays the SEBRAE website's bidding portal. On the left, there is a 'Busca Avançada' (Advanced Search) section with filters for 'Situação' (Em Andamento), 'Sebrae' (SEBRAE SÃO PAULO), 'Modalidade' (Concorrência), 'Ano', 'Número', and 'Palavra Chave' (publicidade). A 'Pesquisar' button is at the bottom of the search filters. On the right, the search results for 'Concorrência' are shown, including the bid number 'CONC.0002-SEBRAE-SP-2021', the modality 'Concorrência', the unit 'SEBRAE SÃO PAULO', and the status 'Em andamento'. The 'Objeto' (Object) is described as 'Contratação, sob demanda, de serviços de publicidade, propaganda e comunicação incluindo prestação de serviços de estudo, planejamento, conceitualização, concepção, criação, execução interna, intermediação e supervisão da execução externa, e distribuição de comunicação publicitária a fornecedores, veículos, e demais meios de divulgação, com o objetivo de estudar e posicionar a marca SEBRAE junto a seus públicos e promover a venda de bens ou serviços de qualquer natureza, difundir ideais ou informar o público em geral, bem como o controle das inserções publicitárias (mídias contratadas e mídia digital) nos veículos de comunicação, a serem prestados por agência de propaganda, cujas atividades sejam disciplinadas pela Lei nº 4680, de 18 de junho de 1995 e pela Lei nº 12.232, de 29 de abril de 2010, cujas especificações constam do termo de referência.' The 'Data Abertura' (Opening Date) is '09/09/2021 às 10:00'. The 'Local Licitação' (Bidding Location) is 'Sede SEBRAE-SP - Rua Vergueiro, 1.117 - 14º andar - Liberdade - São Paulo-SP ou Reunião do Microsoft Teams'. A 'Mais detalhes' (More details) button is located below the bid information. At the bottom of the page, it says 'Mostrando de 1 até 1 de 1 registros' (Showing 1 of 1 records).

É de notório conhecimento que a maior preocupação das legislações que regulam as compras públicas se lastreia justamente na competitividade e

² <https://www.scf3.sebrae.com.br/portalcf/Licitacoes/Detalle?Id=9945>

igualdade entre os licitantes, fazendo com que a administração possa escolher a melhor proposta dentro de uma paridade de direitos a todos os interessados em contratar.

Em uma simples análise ao envelope que identifica a Capacidade de Atendimento da empresa 9MM, verifica-se que esta descuroou da obrigação contida no anexo 02, item 2.2.3 a) do Edital, o que gera sua desclassificação.

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório possui extrema relevância, na medida em que vincula não só a Administração, como também os administrados às regras nele estipuladas. Como trazido por Licínia Rossi em seu Manual de Direito Administrativo (2015, p.530).

Marçal Filho leciona que “Segundo previsto no art. 37, inc. XXI, da CF/88, todo contrato administrativo deve ser precedido, como regra, de uma licitação. licitação é o procedimento administrativo destinado a selecionar, segundo critérios objetivos predeterminados, a proposta de contratação mais vantajosa para a Administração e a promover o desenvolvimento nacional sustentável, assegurando-se a ampla participação dos interessados e o seu tratamento isonômico, com observância de todos os requisitos legais exigidos”³

No mesmo sentido é a jurisprudência do pretório excelso, a saber:

“A Administração, bem como os licitantes, estão vinculados aos termos do edital (art. 37, XXI., da CF/88 e arts. 3º, 41 e 43, V, da Lei nº 8666/93, sendo-lhes vedado ampliar o sentido de suas cláusulas, de modo a exigir mais do que nelas previsto” (MS-AgR nº 24.555/DF, 1ª T., rel. Min. Eros Grau, j. em 21.02.2006, DJ de 31.03.2006)

O STJ também já pacificou entendimento sobre o tema:

“EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. EDITAL COMO INSTRUMENTO VINCULATÓRIO DAS PARTES. ALTERAÇÃO COM DESCUMPRIMENTO DA LEI. SEGURANÇA CONCEDIDA.

³ Justen Filho, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 15. Ed. São Paulo: Dialética.2012.

É entendimento corrente na doutrina, como na jurisprudência, que o Edital, no procedimento licitatório, constitui lei entre as partes e é instrumento de validade dos atos praticados no curso da licitação.

Ao descumprir normas editalícias, a Administração frustra a própria razão de ser da licitação e viola os princípios que direcionam a atividade administrativa, tais como: o da legalidade, da moralidade e da isonomia.

A administração, segundo os ditames da lei, pode, no curso do procedimento, alterar as condições inseridas no instrumento convocatório, desde que, se houver reflexos nas propostas já formuladas, renove a publicação (do Edital) com igual prazo daquele inicialmente estabelecido, desservindo, para tal fim, meros avisos internos informadores da modificação.

Se o Edital dispensou às empresas recém-criadas da apresentação do balanço de abertura, defeso era à Administração valer-se de meras irregularidades desse documento para inabilitar a proponente (impetrante que, antes, preenchia os requisitos da lei).

Em face da lei brasileira, a elaboração e assinatura do balanço é atribuição de contador habilitado, dispensada a assinatura do Diretor da empresa respectiva.

Segurança concedida. Decisão unânime.”

(STJ, MS nº 5.597/DF, 1ª S., Rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJU 01.06.1998)

Nos termos exarados no preâmbulo do processo licitatório e da melhor interpretação dos atos administrativos, estes estão adstritos aos termos da legislação pertinente e das regras estabelecidas pela própria administração no edital convocatório para concorrência.

E, seguindo essa premissa, a licitante 9MM não pode alegar o desconhecimento aos termos editalícios e a administração pública, da mesma forma, não pode relevar ato atentatório aos seus preceitos, que inclusive fulminam a competição entre as licitantes.

Na concepção de Hely Lopes Meirelles “Atos vinculados ou regrados são aqueles para os quais a lei estabelece os requisitos e condições de sua realização”.⁴

E, um dos princípios irreligáveis no procedimento da licitação é o procedimento formal, que segundo Hely Lopes Meirelles “significa que a licitação está vinculada às prescrições legais que regem em todos os seus atos e fases. Não só a lei, mas o regulamento, as instruções complementares e o edital pautam o procedimento da licitação, vinculando a Administração e os licitantes a todas as suas exigências, desde a convocação dos interessados até a homologação do julgamento”⁵.

Continua o festejado doutrinador explicitando em sua obra, que “As administrações podem adequar o procedimento licitatório às peculiaridades de suas repartições, e geralmente o fazem através do caderno de obrigações ou de encargos, mas, uma vez fixadas as normas procedimentais, não podem afastar-se de suas prescrições, sob pena de invalidarem a licitação. É o princípio do procedimento formal que domina toda licitação, jungindo os que a realizam e os que licitam aos mesmos preceitos procedimentais”⁶.

Portanto, é de rigor a desclassificação da licitante 9MM, eis que, além de identificar-se ao arremio dos ditames legais, descumpriu os termos do edital ao valer-se de ATENDIMENTO EM CONSÓRCIO e com objeto diverso da presente licitação a fim de comprovar sua **Capacidade de Atendimento**, o que ficou categoricamente comprovado.

⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 25ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p 156

⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. Licitação e contrato administrativo. 13ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 30

⁶ Idem. Ibidem

III- CONCLUSÃO

Pelos fatos acima expostos, evidente ficou que a licitante 9MM PROPAGANDA LTDA, descumpriu de forma reiterada aos mais básicos regramentos impostos pela lei de Licitações de Publicidade (Lei 12.232/10) bem como ao teor do edital, fato que impõe a sua desclassificação.

Os fatos são graves e não podem passar despercebidos, eis que se a licitante **9MM PROPAGANDA LTDA** não for desclassificada e sagrar-se vencedora, certamente maculará o processo como um todo, causando sérios prejuízos a administração pública.

Pelo fato de ter se identificado no Envelope 1, por imposição legal (art. 6º, XIV da Lei 12.232/10), a desclassificação da licitante 9MM é medida que se impõe.

De outra banda, a utilização de contrato em Consórcio, cujo objeto é completamente distinto daquele que rege a contratação de agência de publicidade, utilizado pela licitante para comprovar sua Capacidade Técnica, também é matéria para sua desclassificação, e, não sendo esse o entendimento, minimamente deve ser descontada a pontuação pertinente à matéria.

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório possui extrema relevância, na medida em que vincula não só a Administração, como também os administrados às regras nele estipuladas.

IV – DOS PEDIDOS

Requer seja recebido o presente Recurso e ao final provido para que, diante da gravidade dos fatos narrados e a possibilidade de se macular todo o procedimento licitatório, seja desclassificada a licitante 9MM PROPAGANDA LTDA, e, pelo princípio da eventualidade, se em remota e improvável hipótese não for acatada a desclassificação da Licitante, seja descontada a pontuação em razão do não atendimento integral a Capacidade de Atendimento da Licitante.

São Paulo, 12 de agosto de 2021

ÁREA COMUNICAÇÃO PROPAGANDA E MARKETING LTDA

Sócios: Emílio Alonso

José Antonio dos Santos Pereira Junior

Documentos que instruem a presente

- 1 - Com a finalidade de se confirmar as imagens expostas ao longo do texto, junta-se cópia do conteúdo dos envelopes 1 e 3.
- 2 – Cópia da relação nominal das empresas atendidas pela 9MM, onde inclui o SEBRAE-SP.
- 3 - Diário Oficial da União com o Resultado da Concorrência nº 4/2020 do SEBRAE-SP, que denota o atendimento em Consórcio pela 9MM, para um outro objeto de contratação, que não agência de publicidade.