

**ILUSTRE COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO DA PREFEITURA
MUNICIPAL DE ARARAQUARA - SP**

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

VERGE STUDIO COMUNICAÇÃO EIRELI., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 10.750.678/0001-45, com sede à Rua José Vicente de Barros, 1372, salas 2, 4, 6, 8 e 10, Areão, Taubaté – SP, por seu representante legal, vem, respeitosamente, nos termos do artigo 109, inciso I, alínea “b”, da Lei nº 8.666 de 1993, bem como do artigo 11, §4º, inciso X, da Lei nº 12.232 de 2010 e item 5.4 do Edital, apresentar Recurso Administrativo contra sua desclassificação proferida na segunda sessão pública, realizada no dia 29 de julho de 2021, pelas razões a seguir aduzidas.

I – BREVE SÍNTESE INTRODUTÓRIA

Trata-se de procedimento licitatório na modalidade concorrência pública, tipo melhor técnica, para a contratação de agência de propaganda para realização de serviços de publicidade e do conjunto de atividades auxiliares que tenham por objetivo o estudo, o planejamento, a conceituação, a concepção, a criação, a execução interna, a intermediação, a supervisão da execução externa e a distribuição de publicidade aos veículos e



demais meios de divulgação, com o objetivo de promover as diversas campanhas promovidas pela Prefeitura Municipal de Araraquara.

No dia 22 de março de 2021, a Comissão Permanente de Licitação se reuniu para receber os invólucros das propostas técnica e preço. Nesta oportunidade, o representante da VERGE STUDIO COMUNICAÇÃO EIRELI (doravante apenas “VERGE”), ÁREA COMUNICAÇÃO E PROPAGANDA E IV5 PUBLICIDADE, fizeram constar em ata a identificação do Plano de Comunicação de duas licitantes no certame – a ENGENHO DE IDEIAS COMUNICAÇÃO LTDA. (“ENGENHO”) e 9MM PROPAGANDA LTDA.

Encerrada a sessão, os invólucros nº 01 foram encaminhados para a análise individualizada e julgamento em sessão reservada à Subcomissão Técnica.

Em 25 de março de 2021, a Comissão Permanente se manifestou, em seu TERMO DE PROSSEGUIMENTO, acerca da possibilidade de identificação do plano de comunicação via não identificada cujos temas “QUEM AMA A VIDA COMBATE À DENGUE” e “SE VOCÊ OLHAR RÁPIDO, NEM VÊ O PERIGO”, em razão do consignado em Ata de Abertura da concorrência pelos representantes das licitantes.

A Comissão Permanente decidiu então, neste primeiro momento, não desclassificar as respectivas licitantes, uma vez que os apontamentos realizados, aos olhos da Ilustre Comissão, não passavam de “MERA EXPECTATIVA”, considerando que estariam em estrita observância aos preceitos do item 10.7 do edital e que nenhum membro da subcomissão participara da primeira sessão pública.

Em sessão realizada no dia 29 de julho de 2021 para o cotejo das vias identificadas e não identificadas do Plano de Comunicação Publicitária, a Comissão deu publicidade à decisão da Subcomissão Técnica – na verdade, decisão do ente administrativo Prefeitura – que procedeu com a

desclassificação de diversas concorrentes - entre elas, a VERGE – restando apenas 3 empresas no certame: ÁREA COMUNICAÇÃO PROPAGANDA E MARKETING LTDA. (“AREA”), 9MM PROPAGANDA LTDA. (“9MM”) e ENGENHO DE IDEIAS COMUNICAÇÃO LTDA. (“ENGENHO”).

A Subcomissão alega que, na apresentação da proposta de capacidade de atendimento, a VERGE indicou 15 (quinze) principais clientes, descumprindo item “a” da cláusula 2.2.3 do Anexo 02 (“Proposta Técnica – Orientações para Elaboração e Critérios de Julgamento) do Edital, que determinava a indicação de apenas 5 (cinco):

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;

Contudo, tal raciocínio reflete um formalismo excessivo por parte dos membros julgadores, que não é compatível com os certames licitatórios nem encontra respaldo na Lei n. 12.232, de 29 de abril de 2010.

Ademais, a Subcomissão também defendeu a desclassificação da VERGE sob a justificativa de que a empresa não apontou uma pessoa com o cargo/função de redator para fazer parte da equipe de atendimento da Prefeitura de Araraquara.

Ocorre que, além de o Edital não prever tal exigência, conforme apontado na página 21 do caderno de proposta de Capacidade de Atendimento da Verge, a empresa possui em sua equipe profissional de produção de conteúdo, cujas atribuições são as mesmas de um redator.

Dessa maneira, como será demonstrado, a Comissão agiu sem qualquer critério lógico e uniforme, proferindo uma decisão desproporcional

e sem respaldo no Edital ou no ordenamento jurídico brasileiro, motivo pelo qual a desclassificação da VERGE deve ser anulada e as empresas identificadas – 9MM e ENGENHO devem ser desclassificadas.

II – DA DESCLASSIFICAÇÃO DAS EMPRESAS 9MM E ENGENHO

O processamento e julgamento das licitações para contratação de serviços de publicidade e propaganda, são realizados através de quatro sessões públicas nas quais são lavradas atas dos atos e fatos relevantes, assinadas pelos membros da Comissão Especial ou Permanente de Licitação e pelos representantes das licitantes.

A primeira sessão deve ser realizada no dia, hora e local estabelecidos no Edital e é destinada a: identificar os representantes das licitantes, mediante documento exigido no Edital; receber os invólucros nº. 1, 2, 3 e 4 (respectivamente contendo o Plano de Comunicação Publicitária - Via Não Identificada, o Plano de Comunicação Publicitária em Via Identificada, o conjunto de informações relativos à Capacidade de Atendimento, Repertório e Relatos de Soluções de Problemas de Comunicação, e Proposta de Preços) e conferir a regularidade dos invólucros, de acordo com as disposições do Edital.

O artigo 11 da Lei 12.232/10 dispõe a respeito deste procedimento e da dinâmica de entrega das propostas nos envelopes identificados e não identificados:

Art. 11. Os invólucros com as propostas técnicas e de preços serão entregues à comissão permanente ou especial na data, local e horário determinados no instrumento convocatório.

§ 1o Os integrantes da subcomissão técnica não poderão participar da sessão de recebimento e abertura dos invólucros com as propostas técnicas e de preços.



§ 2º **Os invólucros padronizados com a via não identificada do plano de comunicação publicitária só serão recebidos pela comissão permanente ou especial se não apresentarem marca, sinal, etiqueta ou qualquer outro elemento capaz de identificar a licitante.**

Percebe-se então, que os invólucros de nº 01 que estiverem identificados e/ou **apresentarem marca, sinal**, etiqueta, dano, formato diverso ou **qualquer outro elemento** que permita, por si só, a identificação do licitante – não devem ser recebidos pelos membros da Comissão Permanente.

A preservação da identidade das licitantes, nos certames de publicidade é de suma importância para observância da imparcialidade do julgamento.

Não há que se falar da identificação das licitantes exclusivamente pela Subcomissão técnica, considerando que as propostas seriam avaliadas em momentos distintos, a própria lei 12.232/10, em seu artigo 6º, determina que a identificação da autoria do plano não identificado, **não pode ocorrer antes da abertura do invólucro 2.** Vejamos:

*XII - será vedada a oposição, 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 oposição 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.

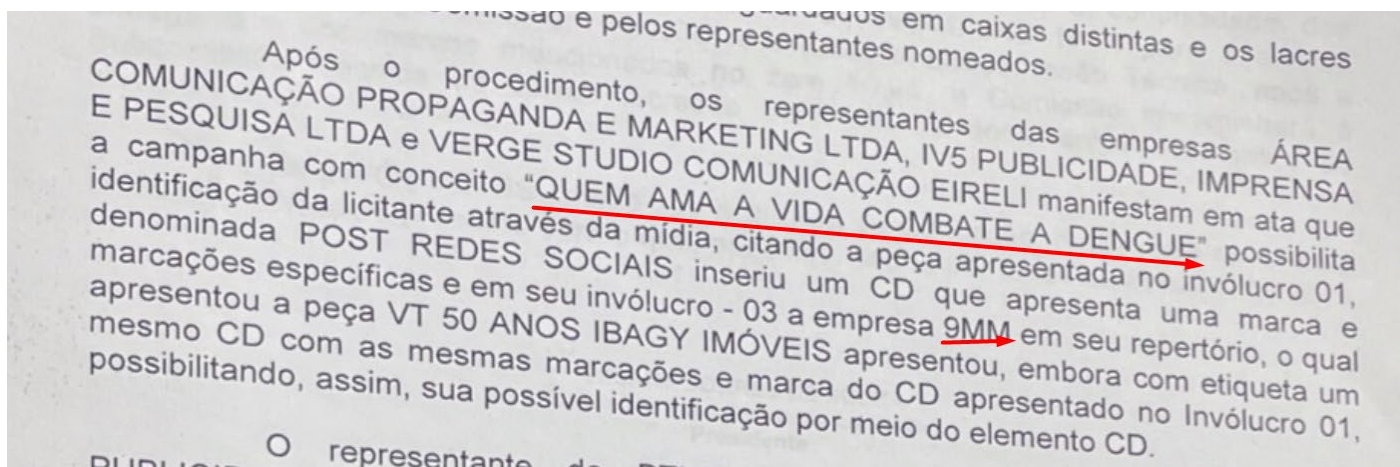
Se as propostas apresentadas pelas licitantes, no que tange ao plano de comunicação VIA NÃO IDENTIFICADA, for apresentado com elementos que permitam a respectiva identificação da empresa proponente, corrompe-se a lisura do procedimento com relação à parcialidade dos membros julgadores.

No caso do certame em comento, tal preceito está, inclusive, reiterado na cláusula 10.18 do Edital:

10.18. Se, **ao examinar e/ou rubricar os conteúdos dos INVÓLUCROS Nº 1 e Nº 3,** a Comissão Permanente de Licitação e/ou **os representantes das LICITANTES constatarem ocorrência(s) que possibilite(m), inequivocamente,** a identificação da autoria do Plano de Comunicação Publicitária, a Comissão Permanente de Licitação desclassificará a LICITANTE e ficará de posse de todos os seus INVÓLUCROS até que expire o prazo para recursos relativos a essa fase.

Ocorre que, como consta na ata da sessão do dia 22 de março, a VERGE e outras concorrentes, identificaram a proposta de duas licitantes do certame e a Comissão Permanente nada fez.

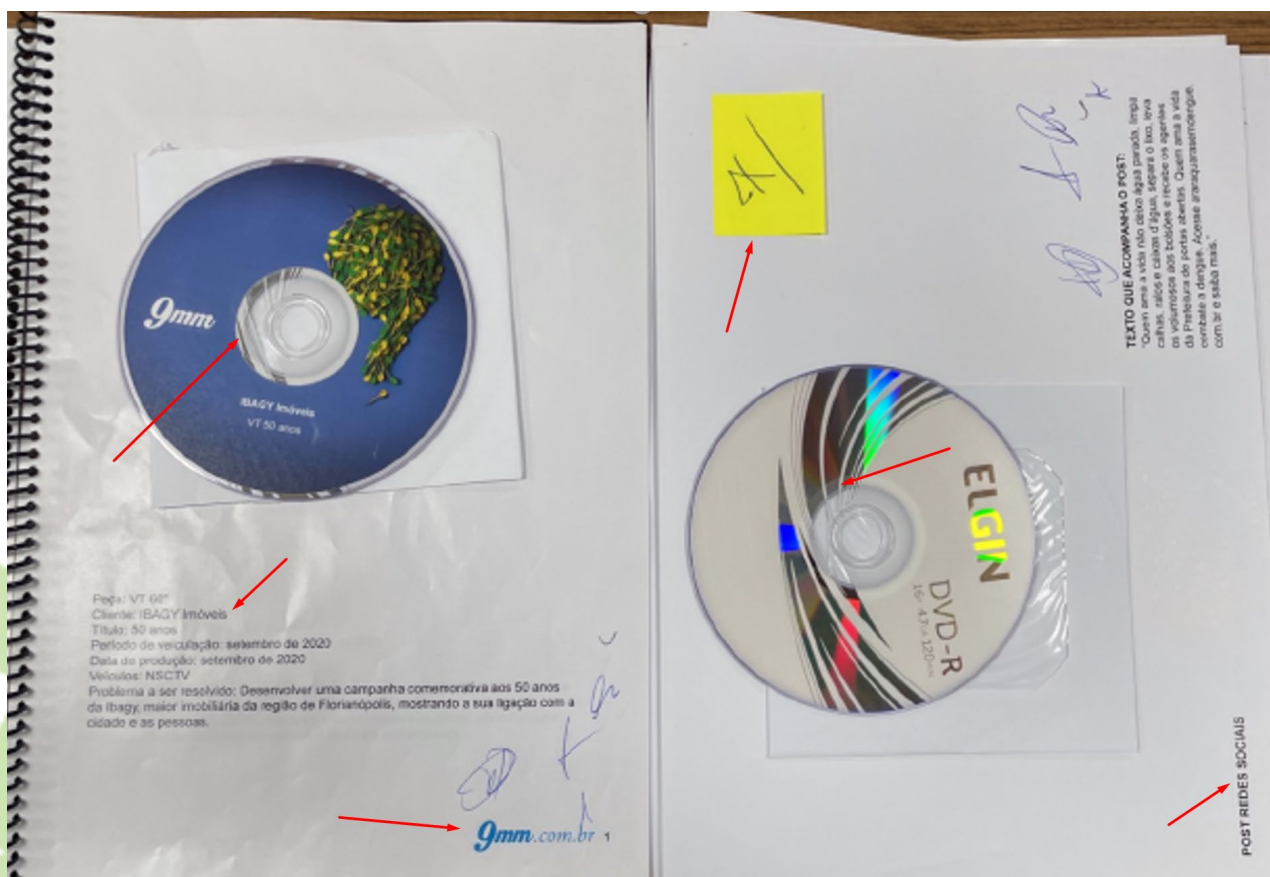
Primeiramente, a VERGE acompanhada de outros licitantes identificaram a proposta da concorrente 9MM em decorrência de marcações presentes nos CDs juntados aos invólucros nº 01 e nº 03, que permitiam os julgadores – assim como qualquer outra pessoa – a assimilar um envelope com o outro concluindo que ambos teriam sido entregues pela mesma empresa.



Vejamos os elementos inseridos pela empresa 9MM que permitiram sua identificação, antes da abertura do invólucro-02.

A 9MM, inseriu em seus invólucros 1 e 3, CDs da mesma marca, fabricante e modelo, os quais possuem um grafismo em sua superfície uma característica visual idêntica, que mesmo tendo a licitante colocado uma etiqueta no CD, inserido em seu invólucro-03, tais características visuais ainda poderiam ser percebidas com facilidade.

Na foto a seguir podemos notar que as características visuais impressas no CD, ainda são perceptíveis mesmo com a etiqueta presente no invólucro que trouxe a peça de repertório do cliente IBAGY IMÓVEIS.



Nota-se, na foto acima, que o apontamento realizado em ATA, descreve com exatidão os elementos constantes nos invólucros 1 e 3 da



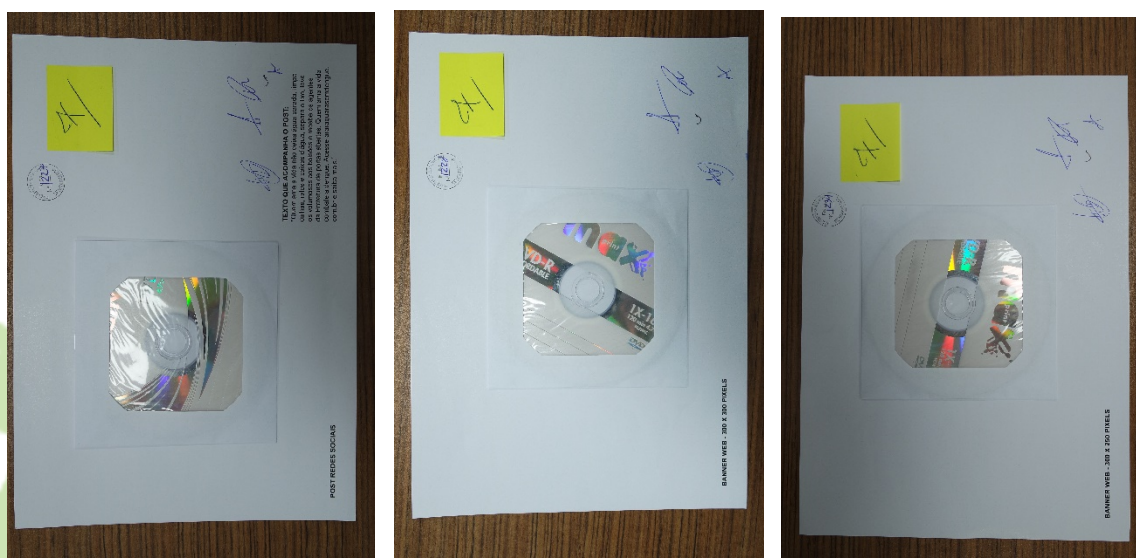
licitante 9MM, onde a empresa inseriu um CD da marca ELGIN na peça POST REDES SOCIAIS (foto a direita), com as mesmas características, de peça inserida em seu repertório, onde apresentou um CD também ELGIN, para o cliente IBAGY IMÓVEIS(foto a esquerda), como demonstrado na foto anterior.

Assim, o apontamento realizado em ATA, na primeira sessão, descreve com exatidão os elementos identificadores.

A licitante 9MM, inseriu em sua proposta um total de 10(dez) CDs, sendo 3 CDs no invólucro-01, e 7 CDs no invólucro-03.

Os CDs constantes no invólucro 01, estão demonstrados abaixo: *(arquivos fornecidos pela prefeitura - SAM_4076, SAM_4077, SAM_4083).*

INVÓLUCRO N.º 07 - CONTÉM:
25 (VINTE E CINCO) AMOSTRAS DE PROPAGANDA IDENTIFICADAS COM POST-IT, SENDO 22 (VINTE E DOIS) CARTAZES, 03 (TRÊS) CDS E 01 (UM) CADERNO ESPIRAL COM 26 PÁGINAS, CAPA E CONTRA CAPA;



Em situações como esta, onde existe a necessidade de utilização de CDs para apresentação das peças publicitárias constantes dos invólucros 1 e 3, **é dever, e costume das licitantes,** apresentar CDs de marcas

diferentes, sem que estes possuam características, elementos, marcas, grafismo, etiquetas ou qualquer outro elemento que possibilitem a identificação da licitante.

Embora, de certo modo a licitante 9MM tenha até tentado realizar tal conduta, uma vez que 2(dois) CDs possuem um grafismo onde se lê a palavra “MAX” em sua superfície, o que difere de todos os outros 7(sete) CDs, inseridos em seu invólucro-03, por alguma falha, descuido ou **má-fé**, não importa, a licitante apresentou um CD em seu invólucro-01, que é da mesma marca dos 07(sete) CDs inseridos em seu invólucro-03.(os CDs inseridos pela 9MM podem ser constatados nas páginas 1709, 1710, 1733, 1734, 1740, 1741, 1744), e por este “descuido”, restou identificada.

Contudo, é de se estranhar que uma das empresas que foi inequivocadamente identificada, antes da abertura do invólucro-02, logo na primeira sessão, se consagre a melhor classificada, e possivelmente vencedora desta concorrência, mesmo diante de uma Comissão e Subcomissão tão rígida e tão rigorosa que por motivos e razões de menor importância, desclassificou a maioria das licitantes, entretanto, diante do fato de maior relevância, curva-se analogicamente, a **cegueira deliberada**.

Na mesma oportunidade, a VERGE identificou a proposta da concorrente ENGENHO, uma vez que a empresa foi a única a apresentar suas peças em passe-partout e, também, a única a pedir – anteriormente - esclarecimento para Comissão (“Esclarecimento 03”) a respeito da utilização de prancha, suporte ou passe-partout.

2) Será permitida a utilização de prancha, suporte ou passe-partout para a apresentação das peças exemplificadas?

Resposta: É permitido, mas não recomendamos o uso pois pode danificar o envelope padronizado.

O Edital em seu item 4.3 do edital, trata sobre o tema.

Vejamos:

4.3. As licitantes não poderão utilizar, em eventual pedido de esclarecimento, termos que possam propiciar, quando do julgamento da via não identificada do Plano de Comunicação Publicitária - INVÓLUCRO Nº 1, a identificação da sua PROPOSTA perante a Subcomissão Técnica.

Desta forma, só por este fato, já seria suficiente para a desclassificação da licitante ENGENHO.

Contudo, a referida empresa, cometeu infração ainda mais grave, ou seja, inseriu em sua proposta, elementos identificadores em seus invólucros 1 e 3, em afronta ao edital e a lei 12.232/10.

A licitante ENGENHO, utiliza “bolsas”, como forma de afixar suas peças, sejam os FOLDERS, e/ou CDs, e em ambos os casos, com características idênticas (mesmo formato de impressão, dobra e colagem) para prender CD no envelope 3(a esquerda), e folder no envelope 1(a direita).



As respectivas “bolsas/suporte” também podem ser encontradas em outras peças apresentadas pela licitante ENGENHO.(arquivos disponibilizados pela prefeitura - SAM_4322, SAM_4323).



Caberia a licitante, apresentar outras formas de afixar as peças em seus invólucros, a fim de impedir sua identificação.

Não obstante as manifestações em ata, a Comissão entendeu ter ocorrido “uma mera expectativa de que os elementos indicados pelos participantes poderiam, em tese, identificar a autos do Plano de Comunicação Publicitária”.

Depois de detida análise dos argumentos dos licitantes interessados, bem como do edital do certame, verificamos que, nos termos do item 10.18 do edital, nenhuma proposta foi **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.

Ademais, em estrita observância ao item 10.7 do edital, nenhum Membro da Subcomissão Técnica participou 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, cumpre esclarecer, que dos questionamentos realizados não

Todavia, com a divulgação dos resultados, em sessão realizada no dia 29 de junho, todas as propostas foram identificadas não restando dúvida alguma de que os apontamentos feitos pela VERGE e demais licitantes estavam certos.

Repise-se: **A justificativa dada pela Comissão para não desclassificar as empresas Engenho e 9MM – “mera expectativa” – não é verdadeira. Pois o Representante da Verge apontou de forma específica a causa da identificação – cujos elementos concretos são os materiais apresentados pelas empresas que continham sinais iguais entre o envelope 1 e envelope 3.**

Todavia, a Comissão Permanente não procedeu com a desclassificação das empresas cujas propostas foram identificadas, conforme determinado pelo Edital e pela legislação.

Destaca-se, portanto, uma atuação por parte da Comissão que não observou o dispositivo legal, nem os editais, e se orienta por completa arbitrariedade, como ficará ainda mais evidente.

A doutrina e a jurisprudência já sedimentaram que o Princípio da Vinculação ao Ato Convocatório é inerente a toda licitação, e evita tanto o descumprimento dos dispositivos previstos no Edital, quanto aqueles previstos nas demais legislações de nosso ordenamento jurídico. Com efeito, o Edital é ato normativo confeccionado pela Administração Pública para disciplinar o processamento do concurso público.

Apesar de, atualmente, já serem aceitas algumas flexibilizações com relação as disposições do Edital que não interferem no julgamento do certame, o caso que aqui se apresenta, certamente, não é um deles.

Dessa forma, as empresas 9MM PROPAGANDA LTDA. e ENGENHO DE IDEIAS COMUNICAÇÃO LTDA. devem ser desclassificadas,



uma vez que possibilitaram a identificação de suas propostas nos invólucros nº 01 e 03 incorrendo em manifesta violação a cláusula 10.18 do Edital e §2º do artigo 11 da Lei nº 12.232/10.

A manutenção destas empresas no certame não somente é medida que fere o princípio da legalidade, mas também, atinge de forma essencial o princípio da isonomia.

Enquanto empresas como BTHK, LUA E IV5 foram desclassificadas, por descumprirem requisitos formais (letra, número de laudas, etc...) que em última instância até poderiam ensejar possível identificação, e por isso foram apenadas com a desclassificação, a fim de manter a lisura do certame, as empresas 9MM e ENGENHO – que de forma cristalina e óbvia foram facilmente identificadas, devem em homenagem a isonomia, também serem sancionadas com a mesma consequência uma vez que a identificação das licitantes ENGENHO e 9MM, é fato ainda mais grave, do que os que desclassificaram as demais licitantes.

III – DO FORMALISMO EXCESSIVO E INOPORTUNO

O segundo equívoco cometido pela Comissão Permanente de Licitação foi sustentar que o mero descumprimento, este sim, de uma formalidade editalícia seria capaz de afastar e impedir que determinada empresa participe do certame.

No curso do procedimento licitatório, a Administração Pública deve prezar pelo *formalismo moderado (que não se aplica aos casos de identificação de proposta)*, que prescreve a adoção de formas simples e suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados, promovendo a prevalência do conteúdo sobre o formalismo extremo, respeitadas, ainda, as praxes essenciais à proteção das prerrogativas dos administrados.

Se por um lado, as legislações que dispõem sobre os procedimentos licitatórios – Lei nº 8.666/93 e Lei nº 12.232/10 – estabelecem rol de documentos para a comprovação dos mais variados critérios e capacidades, por outro lado, a Administração Pública não pode se prender as formalidades, desclassificando alguma licitante a qualquer custo de modo a esvaziar e prejudicar a concorrência e todo certame.

Assim, como consequência do Princípio da Eficiência - previsto no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal - o formalismo moderado¹ busca superar o dogma da necessidade de interpretação rigorosa e literal de preceitos legais que pode implicar um formalismo exagerado e inútil, prejudicando o andamento dos certames.

Dessa forma, o fato de a VERGE ter indicado 15 (quinze) principais clientes ao invés de indicar apenas principais 5 (cinco) clientes, conforme determinado no item “a” da cláusula 2.2.3 do Anexo 02 do Edital, não é suficiente para reprovar e eliminar participante que apresentou maior pontuação na avaliação referente ao plano de comunicação (invólucro nº 01).

Em primeiro lugar, a limitação de 5 principais clientes não encontra amparo na Lei nº 12.232/10, que possibilita limitar apenas páginas, peças e trabalhos:

Art. 6 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: (...)

X - para apresentação pelos proponentes do conjunto de informações de que trata o art. 8o desta Lei, poderão ser

¹FURTADO, Lucas Rocha. Curso de licitações e contratos administrativos. Belo Horizonte: Fórum, 2015, pag. 36.

fixados o **número máximo de páginas** de texto, o número **de peças e trabalhos** elaborados para seus clientes e as datas a partir das quais devam ter sido elaborados os trabalhos, e veiculadas, distribuídas, exibidas ou expostas as peças;

Em segundo lugar, a desclassificação da VERGE pelo motivo sustentado, apresenta-se com um excesso de formalismo até porque **a Comissão não está adstrita a conferir a pontuação da capacidade de atendimento à quantidade de clientes, ou seja, qualquer empresa poderia apresentar 5 ou menos clientes que a Comissão poderia conferir pontuação de zero a quinze (6.1.IV.b – Anexo II) – observada o porte e tradição destes clientes e não sua quantidade – o que torna irrelevante a apresentação de número maior que o edital estabelecia.**

Neste sentido, para dar validade a desclassificação da empresa VERGE por apresentar mais clientes do que o pedido, seria necessário que este quesito – capacidade de atendimento – fosse deslocado para à fase de habilitação, onde opera a lógica atendeu/não atendeu, o que é vedado pelo Art. 4, §1º da lei 12.232.

Ora, se a cláusula 2.2.3 do Anexo II determina:

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;
- b) quantificação e qualificação, sob a forma de currículo resumido (no mínimo nome, formação e experiência), dos profissionais que estarão à disposição da execução dos

serviços à PREFEITURA, caso as LICITANTES venham a ser contratadas, discriminando as áreas de estudo e planejamento, criação, produção de rádio e TV, produção gráfica, mídia e atendimento;

c) relação das instalações, a infra-estrutura e os recursos materiais disponíveis para a execução do contrato;

d) a sistemática de atendimento e discriminará as obrigações a serem cumpridas pela LICITANTE, na execução dos serviços – caso venha a ser contratada – incluídos os prazos a serem praticados, em condições normais de trabalho, na criação de campanha, materiais publicitários impressos, peças de oportunidade e na elaboração de plano de mídia;

e) a discriminação das informações de marketing e comunicação, das pesquisas de audiência e da auditoria de circulação e controle de mídia que colocarão regularmente à disposição da PREFEITURA, sem ônus adicional, durante a execução dos serviços.

E análise destes cinco pontos é feita de acordo com estes seis critérios:

4. Serão levados em conta pela Subcomissão Técnica, como critérios de julgamento técnico os seguintes atributos da Proposta, para cada quesito ou subquesito:

4.2. Capacidade de Atendimento:

a) o porte e a tradição dos clientes atuais da LICITANTE e o conceito de seus produtos e serviços no mercado;

- b) a experiência dos profissionais da LICITANTE em atividades publicitárias;
- c) a adequação das qualificações e das quantificações desses profissionais à estratégia de comunicação publicitária da PREFEITURA;
- d) a adequação das instalações, da infra-estrutura e dos recursos materiais que estarão à disposição da execução do contrato;
- e) a operacionalidade do relacionamento entre a PREFEITURA e a LICITANTE, esquematizado na proposta;
- f) a relevância e a utilidade das informações de marketing e comunicação e das pesquisas de audiência, da auditoria de circulação e controle de mídia que a LICITANTE colocará regularmente à disposição da PREFEITURA, sem ônus adicional, durante a vigência do contrato;

Não é possível conferir razoabilidade a desclassificação dado que a VERGE apresentou em um quesito mais clientes do que o pedido, tanto que deveria a subcomissão analisar os clientes apresentados a atribuir-lhe a nota respeitando-se o limite de 15 pontos e, apenas se sua pontuação for inferior a 10, impor-lhe a desclassificação (item 6.8.e do Edital).

Nesse sentido, havendo alguma falha formal, omissão, obscuridade ou mesmo elementos em maior número do que o exigido há um poder-dever da Comissão de Licitação em analisar de forma ponderada seguindo a lógica do razoável os elementos fornecidos pelas licitantes,

implicando na superação do dogma do formalismo excessivo e prestigiando a razoabilidade e a busca da eficiência.

A respeito da possibilidade de saneamento de pequenos defeitos e/ou descon sideração de informações fornecidas em maior número do que o exigido e que não comprometem o julgamento igualitário da licitação, como é o caso da presente demanda, Marçal Justen Filho explica:

Não existe uma competência discricionária para escolher entre realizar ou não a diligência. Se os documentos apresentados pelo particular ou as informações neles contidas envolverem pontos obscuros – apurados de ofício pela Comissão ou por provocação de interessados -, a realização de diligências será obrigatória (...)²

Este inclusive, é o entendimento da jurisprudência:

REPRESENTAÇÃO, COM PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR. SUPOSTAS IRREGULARIDADES OCORRIDAS EM PROCEDIMENTO LICITATÓRIO, RELACIONADAS À DESCLASSIFICAÇÃO INDEVIDA DE LICITANTE COM PROPOSTA MAIS VANTAJOSA. VÍCIO INSANÁVEL NO MOTIVO DETERMINANTE DO ATO DE DESCLASSIFICAÇÃO. NULIDADE. DETERMINAÇÃO. CIÊNCIA. 1. O intuito basilar dos regramentos que orientam as aquisições pela Administração Pública é a contratação da proposta que lhe seja mais vantajosa, obedecidos 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. 2. No curso de procedimentos licitatórios, a Administração Pública deve pautar-se pelo princípio do formalismo moderado, que prescreve a adoção de formas simples e suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos

²Marçal Justen Filho, *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 11ª. ed., São Paulo, Dialética, 2005, p. 424.

administrados, promovendo, assim, a prevalência do conteúdo sobre o formalismo extremo, respeitadas, ainda, as praxes essenciais à proteção das prerrogativas dos administrados.

(TCU – Processo 032.668/2014-7 – Acórdão 357/2015 – Plenário – Relator Ministro Bruno Dantas)

REPRESENTAÇÃO. POSSÍVEIS IRREGULARIDADES OCORRIDAS NA CONDUÇÃO DE CERTAME. INCERTEZAS SOBRE ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA DE LICITANTE. NÃO UTILIZAÇÃO DO PODER-DEVER DE REALIZAR DILIGÊNCIAS PARA SANEAR AS DÚVIDAS QUANTO À CAPACIDADE TÉCNICA DA EMPRESA. PRESERVAÇÃO DA CONTINUIDADE DO CONTRATO QUE SE ENCONTRA EM FASE DE EXECUÇÃO. DETERMINAÇÃO. 1. O Atestado de Capacidade Técnica é o documento conferido por pessoa jurídica de direito público ou de direito privado para comprovar o desempenho de determinadas atividades. Com base nesse documento, o contratante deve-se certificar que o licitante forneceu determinado bem, serviço ou obra com as características desejadas. 2. A diligência é uma providência administrativa para confirmar o atendimento pelo licitante de requisitos exigidos pela lei ou pelo edital, seja no tocante à habilitação seja quanto ao próprio conteúdo da proposta. 3. Ao constatar incertezas sobre cumprimento das disposições legais ou editalícias, especialmente as dúvidas que envolvam critérios e atestados que objetivam comprovar a habilitação das empresas em disputa, o responsável pela condução do certame deve promover diligências, conforme o disposto no art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993, para aclarar os fatos e confirmar o conteúdo dos documentos que servirão de base para tomada de decisão da Administração nos procedimentos licitatórios.

(TCU – Processo 019.851/2014-6 – Acórdão 3418/2014 – Plenário – Relator Marcos Bemquerer)

MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. PROPOSTA TÉCNICA. INABILITAÇÃO.

ARGÜIÇÃO DE FALTA DE ASSINATURA NO LOCAL PREDETERMINADO. ATO ILEGAL. EXCESSO DE FORMALISMO. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. 1. A interpretação dos termos do Edital não pode conduzir a atos que acabem por malferir a própria finalidade do procedimento licitatório, restringindo o número de concorrentes e prejudicando a escolha da melhor proposta. 2. O ato coator foi desproporcional e desarrazoado, mormente tendo em conta que não houve falta de assinatura, pura e simples, mas assinaturas e rubricas fora do local preestabelecido, o que não é suficiente para invalidar a proposta, evidenciando claro excesso de formalismo. Precedentes. 3. Segurança concedida. (STJ – MS 5869 - DF 1998/0049327-1 - Relator Ministra Laurita Vaz - Data de julgamento: 11/09/2002; Data de publicação: 07/10/2002).

Ora, se a jurisprudência é pacífica no sentido de determinar a perquirição pela busca de mais informações dada a deficiência de documentação, por óbvio, a mera desconsideração de informações adicionais fornecidas (mais clientes do que o exigido) é corolário lógico e correlato ao princípio da razoabilidade, normatizado no *caput* do Art. 37 da Constituição Federal.

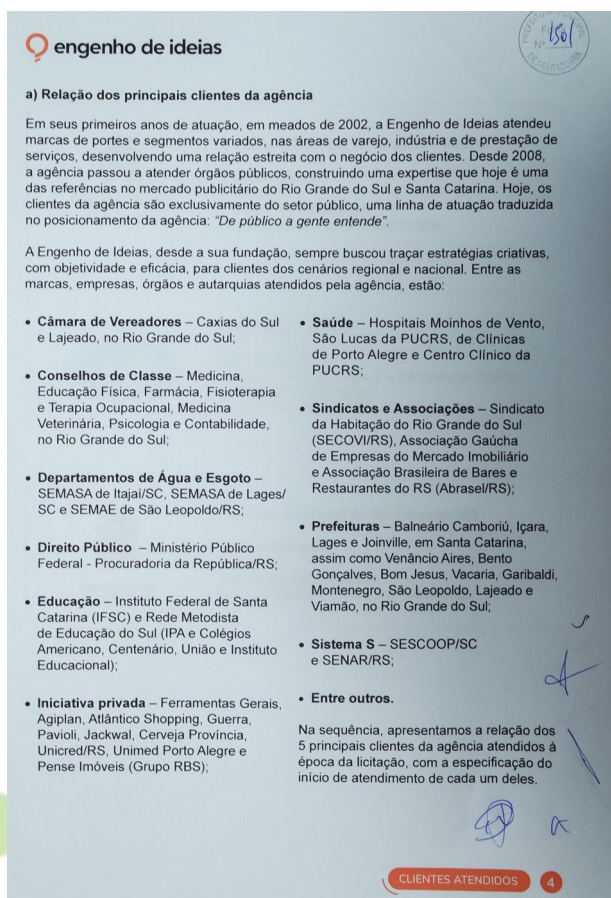
Não há dúvidas de que o raciocínio e argumentação da Comissão, com relação ao item “a” da cláusula 2.2.3 do Anexo 02 do Edital, não encontram razão nem proporcionalidade, refletem um formalismo excessivo, principalmente, no que tange aos procedimentos licitatórios.

Tal motivação afasta-se ainda mais da razoabilidade, quando se verifica que outras licitantes (ÁREA E ENGENHO) também apresentaram número maior do que 5 (cinco) clientes e foram classificadas de acordo com a pontuação normalmente atribuída. Ora, aceitar que uma empresa forneça mais clientes para comprovação de capacidade de atendimento e outra não, é novamente ir de encontro ao princípio da

isonomia! Até porque, dado que o Edital estabelece a obrigatoriedade de apresentar o repertório e relato de soluções propostas, mas não determina que estes mesmos relatos devam ser dos clientes relacionados como principais na capacidade de atendimento, implica na apresentação necessária de mais do que 5 principais clientes para todas as licitantes!

A Agência ÁREA, apresentou um total de 10 clientes, são eles: Prefeitura de Atibaia, Prefeitura de Itu, Prefeitura de Limeira, Prefeitura de Rio Claro, Prefeitura de Santana de Parnaíba, Prefeitura Municipal de Campo Limpo, Companhia Ituana de Saneamento, Conselho de Arquitetura e Urbanismo do Brasil, Conselho Regional de Enfermagem de São Paulo, Conselho Regional de Corretores de Imóveis de São Paulo.

Já a empresa ENGENHO, apresentou um relação ainda mais extensa de seus clientes, conforme pode ser constatado na imagem abaixo:



Ora, considerando a desclassificação de várias empresas por terem apresentados clientes em número superior a 5 (cinco) clientes, não há de ser admitido que outras empresas assim o façam mas não percorram a mesma consequência jurídica – desclassificação.

Além do mais, como é possível constatar, na capacidade de atendimento da empresa 9MM, foram apresentados 5 clientes principais, mas constata-se, que em seu repertório e relato de soluções, não existe nenhuma peça ou relato destes mesmos principais clientes.

Deste fato podemos concluir que:

1 – Os 5(cinco) principais clientes apresentados, efetivamente não são os principais clientes, pois nenhuma peça de repertório ou relato foi apresentado em relação a estes.

2 – Considerando que das 4 (quatro) peças de repertório e dos 2 (dois) relatos apresentados, nenhum deles refere-se aos principais clientes da licitante 9MM, logicamente, foram apresentados além dos 5 principais clientes, 4 clientes diferentes no repertório, e mais 2 clientes diferentes no relato, totalizando assim 11 clientes.

Ora, destas premissas se extrai que o problema não é cada licitante informar seus clientes em qualquer quantidade – dado que ao longo de toda documentação apresentada todas as licitantes acabaram expondo mais que cinco, o problema é que a Recorrente não selecionou cinco para chamar de “principais”. Ora, qual seria o efeito da Recorrente escolher cinco principais, pouco importando quais fossem? Nenhum! A escolha seria arbitraria, logo, nada comprovaria!

Se nada comprovaria para o intuito de se destacar em relação as demais, também não pode ser utilizada para se “destacar de menos” e ser desclassificada!

No mesmo sentido, e para fazer justiça, a empresa que apresentou apenas 4 clientes principais também não deveria ser desclassificada, mas apenas avaliada segundo essa informação – o que lhe traria menor pontuação neste quesito, haja vista que a capacidade de atendimento é avaliada por pontos, e não pelo código tudo ou nada, habilitada/inabilitada.

Desta forma, em uma análise mais aprofundada, deveria a empresa 9MM ser desclassificada do certame, pois do rol de clientes apresentados, inseriu um cliente que na verdade não é cliente da agência, e desta forma infringe o artigo 299 do código penal, ao inserir informação falsa em sua proposta.

Art. 299 - Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante:

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de um a três anos, e multa, de quinhentos mil réis a cinco contos de réis, se o documento é particular. (Vide Lei nº 7.209, de 1984)

Em breve busca na internet, podemos constatar que o cliente SEBRAE SP, apontado como cliente da empresa 9MM, na verdade é cliente de um consórcio a qual a empresa 9MM faz parte, ou seja, o contrato é assinado com um CNPJ diferente, e não no CNPJ da empresa 9MM.

Vejamos a publicação do diário oficial da união do dia 24 de fevereiro de 2021, quarta feira, o qual pode ser verificado no link a seguir:

<https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/servlet/INPDFViewer?jornal=530&pagina=123&data=24/02/2021&captchafield=firstAccess>

SERVIÇO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS DE SÃO PAULO

EXTRATO DE CONTRATO

Espécie: Processo 191/2020 - Contrato 007/2021
 Contratante: Serviço de Apoio às Micro e Pequenas Empresas de São Paulo.
 Contratada: **Consortio Neoway 9mm**
 Objeto: 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. Valor: R\$ 11.209.204,19 - Data de assinatura: 19 de fevereiro de 2021. Assinaturas: pelo contratante Wilson Martins Poit, Ivan Hussni e Guilherme Campos Junior e pela contratada: Carlos Eduardo José Monguilhott e Andrew Thomas Campbell.

Abaixo, constatamos que os CNPJs são distintos, vejamos:

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL		
CADASTRO NACIONAL DA PESSOA JURÍDICA		
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 SECUNDÁRIAS Não informada		
CÓDIGO E DESCRIÇÃO DA NATUREZA JURÍDICA 206-2 - Sociedade Empresária Limitada		

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL		
CADASTRO NACIONAL DA PESSOA JURÍDICA		
NÚMERO 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		



Desta forma, é certo afirmar que a empresa 9MM não possui, como cliente da agência, o SEBRAE-SP, como consta em sua proposta, e deve esta Comissão, realizar diligência afim de constatar tal fato, e tomar as devidas providências.

Notamos ainda, que o objeto contratado é absolutamente divergente do objeto desta licitação – **consultoria da tecnologia da informação**. Deste modo, restaria também a desclassificação da licitante 9MM, por ter apresentado apenas 4 clientes, no mesmo diapasão das penalidades aplicadas as outras empresas, ou que seja corrigido tal penalidade, e que seja ajustada sua nota por ter apresentado apenas 4 clientes.

Todas as licitações devem ser de amplo conhecimento público e acessível a todos, de modo que Administração Pública deve permitir a ampla concorrência, vedado qualquer ato em sentido contrário, que comprometa o caráter competitivo do certame. Contudo, a desclassificação da maioria das participantes com base em circunstâncias e critérios formais representa notório despreço, por parte da Comissão, com relação as características fundamentais e essenciais para o procedimento licitatório alcançar a sua eficiência.

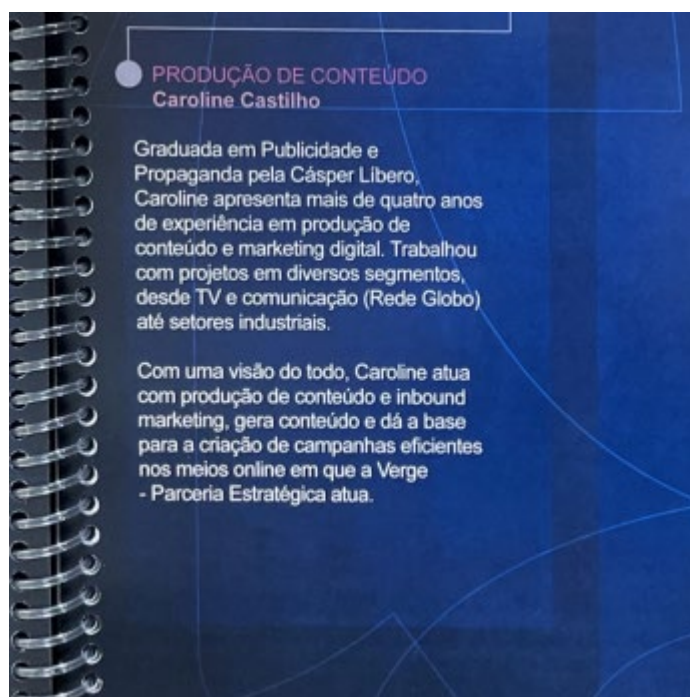
Ainda que se argumente pela falta de impugnação do Edital com relação, especificamente, ao item “a” da cláusula 2.2.3 do Anexo 02 do Edital - que, como mencionado, não se harmoniza com o inciso X do artigo 6º da Lei nº 12.232/10 – a desclassificação da VERGE, assim como de outras licitantes, não merecem prosperar pela apresentação de número diverso de principais clientes, até porque, com ou sem impugnação, deve a Administração Pública rever seus atos ilegais de ofício.

Nesse sentido, a atitude da Comissão é manifestamente desproporcional e sem respaldo, devendo a empresa VERGE ser reclassificada com volta imediata ao certame bem como ser reavaliada de acordo com sua nota na capacidade de atendimento.

IV – DA DESNECESSÁRIA INDICAÇÃO DO REDATOR

Outro argumento utilizado para fundamentar a desclassificação da empresa Verge refere-se ao descumprimento de cláusula do Edital que exigia indicação de um redator para compor a equipe de atendimento da Prefeitura de Araraquara.

Primeiramente, cabe esclarecer que, a VERGE indicou na proposta de capacidade técnica, uma profissional cujas atribuições e funções são as mesmas de um redator, onde a VERGE, apenas utilizou-se de nomenclatura mais atual, denominando o REDATOR, como PRODUÇÃO DE CONTEÚDO.



Ocorre que, na decisão de desclassificação da VERGE, a Comissão aponta como fundamento legal a alínea “b” da cláusula 2.2.3 do Anexo 02, transcrita a seguir:

b) (a licitante apresentará) quantificação e qualificação, sob a forma de currículo resumido (no mínimo nome, formação e experiência), dos profissionais que estarão à disposição da execução dos serviços à PREFEITURA, caso as LICITANTES venham a ser contratadas, discriminando as áreas de estudo e **planejamento, criação, produção de rádio e TV, produção gráfica, mídia e atendimento;**

Todavia, tal disposição em momento algum estabelece a necessidade de indicação de um redator. Inclusive, nenhuma das cláusulas previstas pelo Edital sequer mencionam a função ou o cargo de redator.

O próprio Edital prevê, na cláusula 19.8, um rol de profissionais que deverão fazer parte da equipe e estrutura de atendimento para a prestação dos serviços:

19.8. No prazo máximo de 30 (trinta) dias corridos, a contar da data da assinatura do contrato, a LICITANTE que vier a ser CONTRATADA deverá comprovar que possui estrutura de atendimento compatível com o volume e a característica dos serviços a serem prestados à PREFEITURA, representada, no mínimo, pelos seguintes profissionais:

- a) um na área de atendimento;
- b) um na área de planejamento;
- c) dois na área de criação;
- d) um nas áreas de produção impressa, eletrônica e de design/computação gráfica;
- e) um na área de mídia digital;
- f) um na área de mídia.

Não há redator exigido pelo Edital!

Percebe-se, portanto, o descaso da Comissão com o princípio da legalidade, uma vez que o Edital, em momento algum, estabeleceu a criação do cargo de redator, de modo que, punir a empresa pela falta de um profissional não exigido é ilegal.

Tal princípio positiva a ideia de submissão do Estado à lei, de modo que, os atos da Administração Pública devem somente ser exercidos em conformidade com a lei:

Para avaliar corretamente o princípio da legalidade e captar-lhe o sentido profundo cumpre atentar para o fato de que ele é a **tradução jurídica de um propósito político: o de submeter os exercentes do poder em concreto - o administrativo - a um quadro normativo que embarque favoritismos, perseguições ou desmandos**³.

No que tange às licitações, a aplicação de tal princípio compreende também a observação de outro princípio: Princípio da Vinculação ao Ato Convocatório, previsto na Lei nº 8.666/93:

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

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 inexigiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor.

O Edital é "a matriz da licitação e do contrato"⁴, ou seja, é o documento fundamental da licitação. Decisões desvinculadas dos estritos

³ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32ª Ed - São Paulo, Malheiros Editores, 2010, p. 103

⁴ Licitação e Contrato Administrativo, 15ª Ed. - São Paulo, Malheiros Editores, 2010, p. 167.

termos da legislação ou ainda, daqueles dispostos no Edital resultam não apenas inquinadas de ilegalidade, mas na completa ilicitude do certame licitatório.

É fato que, como demonstrado na jurisprudência acima juntada, atualmente, é possível interpretar o Edital de uma forma menos rigorosa sempre em prol da competitividade do certame e, sobretudo, do Princípio da Eficiência. Todavia, o formalismo moderado não implica numa atuação totalmente desvinculada do Edital, como a Comissão pretendeu.

Veja que, neste caso, o argumento utilizado pela Comissão – ausência de indicação de redator – não estava previsto no Edital, mas foi utilizado para desclassificar uma empresa do certame, configurando grave violação aos princípios legais e constitucionais aqui indicados.

V – CONCLUSÃO

Diante do exposto, requer-se o provimento do presente recurso para:

- (i) Desclassificar as licitantes 9MM PROPAGANDA LTDA. (“9MM”) e ENGENHO DE IDEIAS COMUNICAÇÃO LTDA. (“ENGENHO”), conforme cláusula 10.18 do Edital e §2º do artigo 11 da Lei nº 12.232/10;
- (ii) Anular a desclassificação da licitante VERGE STUDIO COMUNICAÇÃO LTDA., por ter apresentado mais do que cinco principais clientes, recalculando-se sua nota com a incorporação do quesito Capacidade de Atendimento, com a consequente divulgação da classificação final das licitantes;

- (iii) Anular a desclassificação da licitante VERGE STUDIO COMUNICAÇÃO EIRELLI., pela suposta não apresentação de “Redator”, dado que o Edital não exige tal posição, assim como, no caso de alguma nota tenha lhe sido atribuída menor pela não apresentação desta mesma posição (Redator) – a ser verificada com a abertura do invólucro lacrado, contendo a planilha com as notas atribuídas, **em nova sessão pública**, e que seja reconsiderada e lhe atribuída nova pontuação, recalculando-se sua pontuação final.
- (iv) No caso remoto de não provimento do recurso nos termos *retro* expostos, requer se a anulação do presente certame dado a ilegalidade de suas etapas e avaliações pela Comissão.

Termos em que,
Pede deferimento.

São Paulo, 12 de agosto de 2021.

VERGE STUDIO COMUNICAÇÃO EIRELI
THIAGO ALVES DE FARIA PEREIRA
RG 43.513.440-1 | REPRESENTANTE LEGAL

