

EXCELENTÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO DO CONSELHO DOS REPRESENTANTES COMERCIAIS DO ESTADO DE SÃO PAULO

PEDIDO DE IMPUGNAÇÃO DE EDITAL
CONCORRÊNCIA PÚBLICA nº 05/2020

ARKUS PROPAGANDA LTDA., sociedade empresária limitada, devidamente registrada sob as Leis da República Federativa do Brasil, inscrita no CNPJ/ME sob n. 20.491.368/0001-07, com estabelecimento-sede na cidade de Jaú, estado de São Paulo à Rua Álvaro Floret, 102 – Vila Hilst – CEP 17207-020, neste ato representada de acordo com seus atos constitutivos, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, com fulcro no artigo 41, §2º da Lei 8.666/1993, e no item 6 do edital da Concorrência supra citada, formular **I M P U G N A Ç Ã O** EM FACE DO EDITAL DA CONCORRÊNCIA PÚBLICA Nº 05/2020, DO CONSELHO REGIONAL DOS REPRESENTANTES COMERCIAIS DO ESTADO DE SÃO PAULO, BEM COMO A RETIFICAÇÃO DO EDITAL E DEVIDA REPUBLICAÇÃO, da licitação ser realizada no dia 14/12/2020 às 10h, em razão das irregularidades contidas no instrumento convocatório e seus anexos, bem como da alteração do edital por força de **esclarecimento sem republicação**.

Desta forma, requer o recebimento e julgamento da presente impugnação, pois tempestiva é, nos termos da Lei. Visando a preservação dos preceitos legais e cumprimento das normas legais vigentes no Brasil, a presente impugnação é encaminhada ao TCU – Tribunal de Contas da União, nesta data.

Nestes Termos,
P. Deferimento,

Jaú/SP, 09 de Dezembro de 2.020.

ARKUS PROPAGANDA LTDA.
CNPJ: 20.491.368/0001-07

brasil.sp rua álvaro floret 102
vila hilst . **jaú sp** . 17207.020
+55 14 3625.7739

av prof luis a. oliveira 91 . sala 19
vl marina . **são carlos sp** . 13566.340
+55 16 3374.1533

brasil.es av nossa senhora da penha 2796
sl 804 . santa luíza . **vitória es** . 29045-402
+55 27 3024-8600

brasil.rj rua da matriz 93
botafogo . **rio de janeiro rj**
22260.100

portugal rua afonso praça 30
torre monsanto . **álges/lisboa**
1494-061 . +351 221 215-000

eua 5301 conroy road
ste 140 **orlando,fl** 32811
+1 407-898-1757

I – DOS FATOS

O CONSELHO REGIONAL DOS REPRESENTANTES COMERCIAIS DO ESTADO DE SÃO PAULO – CORE SP, desejando contratar agência para prestação de serviços de publicidade, lançou a licitação pela modalidade de concorrência nº 05/2020, tipo MELHOR TÉCNICA.

A licitação foi publicada nos termos da legislação vigente e seu edital pode ser consultado no Portal da CORE SP.

O autor ao ficar sabendo da licitação através da publicação nos veículos de imprensa, realizou download do edital no site do Conselho.

Após ler e examinar o edital, tudo transcorria bem, até que no dia 02/12/2020, a Douta Comissão de Licitações do Conselho Regional dos Representantes Comerciais do Estado de São Paulo lançou uma série de esclarecimentos, que tem o teor de modificação do Edital. Tal ato, prejudicou as empresas licitantes que já estavam com suas propostas técnicas prontas, visto a proximidade da sessão de abertura, pois **alterou** através de esclarecimentos, questões que estavam no edital primitivo, ferindo o princípio da **igualdade** e da **impessoalidade**.

II – DA MODIFICAÇÃO DO EDITAL POR ESCLARECIMENTO

Reza o artigo 21, § 4º, da Lei Federal nº 8.666/93 e demais alterações posteriores que:

§ 4º Qualquer modificação no edital exige divulgação pela mesma forma que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, **exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas.** (grifo nosso)

De pronto, deve ficar claro que este dispositivo legal transcrito, apesar de estar insculpido na Lei 8.666/1993, é aplicável, tanto para as modalidades tradicionais (concorrência, tomada de preços e convite).

A licitação em tela, adotou o modelo de MELHOR TÉCNICA, como critério de julgamento das propostas. É sabido, que as licitações de publicidade, por forma da Lei Federal n. 12.232/2010, são julgadas com base em um PLANO DE COMUNICAÇÃO PUBLICITÁRIA, que avalia a técnica da agência, na criação de uma campanha publicitária simulada, desenvolvida com base no Briefing fornecido pelo órgão, na estreita condução da Lei Federal n. 12.232/2010. Qualquer alteração no Briefing, compromete a produção das propostas técnicas em pé de igualdade, dada a complexidade de regras e das necessidades para o desenvolvimento de um bom plano de comunicação publicitária, que terá sua técnica julgada por profissionais do setor. Dessa feita, qualquer modificação no briefing, exige a republicação do edital, com a reabertura do prazo, pois altera um documento FUNDAMENTAL para o desenvolvimento das campanhas publicitárias simuladas.

Pelo teor do dispositivo legal em pauta, a exceção prevista à republicação do edital só pode ser utilizada quando, a alteração não afetar a formulação das propostas, aqui entendendo o termo “proposta” como sendo o conjunto formado pela documentação de habilitação, a propostas técnica (quanto houver) e a proposta comercial.

brasil.sp rua álvaro floret 102
vila hilst . **jaú sp** . 17207.020
+55 14 3625.7739

av prof luis a. oliveira 91 . sala 19
vl marina . **são carlos sp** . 13566.340
+55 16 3374.1533

brasil.es av nossa senhora da penha 2796
sl 804 . santa luíza . **vitória es** . 29045-402
+55 27 3024-8600

brasil.rj rua da matriz 93
botafogo . **rio de janeiro rj**
22260.100

portugal rua afonso praça 30
torre monsanto . **álges/lisboa**
1494-061 . +351 221 215-000

eua 5301 conroy road
ste 140 . **orlando,fl** 32811
+1 407-898-1757

A obrigatoriedade de republicar o edital e reabrir o prazo da licitação, mesmo nos casos em que hajam diminuição de exigências já foi vastamente apresentada na doutrina, como por exemplo, no Acórdão nº 1197/2010 – TCU – Plenário, Relator Ministro Augusto Sherman Cavalcanti:

9.2.2. atente para a necessidade de divulgação, pela mesma forma que se deu o texto original, das eventuais alterações do instrumento convocatório, com a reabertura do prazo inicialmente estabelecido, mesmo em hipóteses que resultem na ampliação do universo de competidores, a fim de viabilizar que os novos possíveis interessados contem com tempo hábil para a elaboração de suas propostas, com vistas a dar pleno cumprimento ao disposto no § 4º do art. 21 da Lei 8.666/93;

Também precisa ficar claro que a alteração no edital tratada no dispositivo legal pode estar no corpo principal do edital, assim como em qualquer de seus anexos. O que importa, para impor a necessidade de republicação do edital é que haja uma modificação em qualquer parte do edital, que interfira na forma de conseguir a habilitação ou na elaboração das condições de disputar o certame, seja na proposta comercial ou na proposta de técnica, se esta for exigida.

Para que não haja dúvida de relevância da modificação que implique na republicação do edital o legislador teve o cuidado de limitar a utilização da exceção aqui tratada para os casos em que a alteração na proposta (extensível também para a habilitação) for incontestável. Assim, se houver dúvida se a modificação do edital vai afetar ou não a proposta (compreendida como proposta comercial e documentação), essa modificação deve ser republicada.

Dessa forma, só restariam permitidas as modificações do edital, sem a reabertura de prazo, para aquelas alterações que efetivamente não iriam trazer nenhuma consequência para a montagem da habilitação ou da elaboração da proposta, como, por exemplo, a troca da sala onde ocorrerá a sessão da licitação.

Feita a presente introdução, passamos a discutir o caso do CORE-SP. No dia 02 de Dezembro de 2020, o Conselho publicou em seu site o seguinte adendo ao Edital:

NOTA DE ESCLARECIMENTO ANEXA AO BRIEFING

Considerando a data da sessão pública de Concorrência, em 14/12/2020, e os atos subsequentes e indispensáveis à conclusão do certame, esclareça-se que o período de veiculação previsto no item 9 do Briefing deverá ser compreendido como **durante o ano de 2021, com destaque para o primeiro trimestre (janeiro, fevereiro e março)**.

Para apresentação da **campanha fictícia**, na forma do Briefing, a verba fixada no item 11, corresponderá a R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), valor este referente à disponibilidade orçamentária para serviços de divulgação institucional na conta contábil nº 6.2.2.1.1.01.04.04.018. Por fim, esclareça-se que, para tanto, as agências licitantes deverão contemplar custos de produção (filmes, fotos, gráficas, etc) e veiculação, excluídos custos internos.

Tal esclarecimento, ALTEROU o briefing da campanha simulada, que anteriormente era previsto para os meses finais de 2020. Essa alteração, compromete as propostas técnicas. O edital exige que as agências apresentem os valores dos veículos de comunicação, vigentes no período em que a campanha for veiculada. Com a modificação da data da campanha, faz-se necessário a realização de novos orçamentos juntos aos veículos de comunicação, pois as tabelas de preço sofrem atualização. Dessa forma, temos por comprometido

brasil.sp rua álvaro floret 102
vila hilst . **jaú sp** . 17207.020
+55 14 3625.7739

av prof luis a. oliveira 91 . sala 19
vi marina . **são carlos sp** . 13566.340
+55 16 3374.1533

brasil.es av nossa senhora da penha 2796
sl 804 . santa luíza . **vitória es** . 29045-402
+55 27 3024-8600

brasil.rj rua da matriz 93
botafoego . **rio de janeiro rj**
22260.100

portugal rua afonso praça 30
torre monsanto . **álges/lisboa**
1494-061 . +351 221 215-000

eua 5301 conroy road
ste 140 **orlando,fl** 32811
+1 407-898-1757

todo projeto JÁ desenvolvido pelas licitantes, que precisarão reorçar junto aos veículos e atualizar suas propostas técnicas.

O primeiro instrumento de tutela administrativa posto à disposição pela lei é o Direito ao Esclarecimento do Ato Convocatório. Não é um direito obrigatório, pois se evidente ilegalidade que gere nulidade, o licitante poderá pleitear diretamente a impugnação ou anulação da licitação ou de item ou cláusula do Edital. Contudo, o primeiro instrumento é o Direito ao Esclarecimento. Não olvidamos que o ato de resposta ou motivo determinante vincula a Administração Pública.

Os interessados, após a publicação do ato convocatório, poderão solicitar ou pedir esclarecimentos sobre o seu teor. Não há uma forma específica ou padrão para o pedido. Deve ser objetivo e sobre pontos específicos, bem fundamentado e com identificação do interessado. Tendo em vista se tratar de esclarecimento sobre o teor do ato convocatório, só poderá ocorrer após a sua publicação. A lei determina o momento derradeiro para que o interessado possa requerer. Nos termos do inciso VIII do art. 40 da Lei Geral, o edital deverá indicar, obrigatoriamente, locais, horários e códigos de acesso dos meios de comunicação à distância em que serão fornecidos elementos, informações e esclarecimentos relativos à licitação e às condições para atendimento das obrigações necessárias ao cumprimento de seu objeto. Dessa forma, o Edital deve fazer menção ao direito ao esclarecimento ou à consulta.

Trata-se de um direito, porém facultativo. Obviamente não se pode falar em esclarecimentos quando a fase não mais permitir, ou seja, quando já tenha gerado efeitos assecuratórios de direitos. Se insanável for o teor do edital, a medida declaratória de nulidade poderá ser diretamente pleiteada, bem como a modificação do conteúdo viciado. Tal fato enseja a republicação do ato convocatório, para não haver prejuízos aos interessados. Se o esclarecimento não for sanado, o interessado poderá, portanto, se utilizar de meios outros, inclusive judiciais. Certo que a obscuridade acarreta prejuízo, podendo ferir uma série de princípios que circundam o certame, tais quais o do julgamento objetivo, isonomia, proporcionalidade das exigências par a execução contratual, limitação da competitividade etc.

A clareza dos ditames do ato convocatório é um direito subjetivo do interessado. Clausulas embaçadas, termos dúbios, desproporcionalidade das exigências para a execução contratual, devem ser objeto de esclarecimentos. Não olvidemos que a resposta não pode ultrapassar ou dar sentido diverso da literalidade do item impugnado. Pode-se tomar solução mais equânime, que evita, inclusive, auditorias ou inconformidades. Em regras as respostas aos esclarecimentos visam tão somente aclarar cláusula ou item. Em determinadas situações, porém, a solicitação terá o condão de modificar totalmente a literalidade do item ou cláusula, que se concluirá por uma real falha no teor do certame, que prejudicará, ao final, a elaboração das propostas. Dessa forma, repetimos: deve haver nova publicação do edital, com as especificações, cláusulas ou item retificados. Nos termos do § 4º do art. 21 da Lei Geral, qualquer modificação no edital exige divulgação pela mesma forma que se deu o texto original, reabrindo-se prato inicialmente estabelecido, salvo se da resposta se extrair que não haverá alteração ou não afetará a formulação das propostas. Inclusive, dever-se-á designar nova data para a sessão de abertura inicialmente prevista. A resposta, se plausível e com base na ampliação da disputa, terá efeito vinculante, no sentido de possuir a mesma força obrigatória do instrumento convocatório. É cláusula obrigatória do edital a referência ao direito facultativo ao esclarecimento.

O Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de decidir que a resposta de consulta a respeito de cláusula de edital de concorrência pública é vinculante; desde que a regra a assim explicitada tenha sido comunicada a todos os interessados (Resp. 198665/RJ). A resposta será vinculativa tão somente se razoável, dentro de uma extensão de legalidade plausível, viável e possibilite a ampliação da disputa. Não se pode esquecer que a Comissão e o pregoeiro devem reverencia, quando não ilegal o item ou a cláusula, ao princípio

brasil.sp rua álvaro floret 102
vila hilst . **jáú sp** . 17207.020
+55 14 3625.7739

av prof luis a. oliveira 91 . sala 19
vi marina . **são carlos sp** . 13566.340
+55 16 3374.1533

brasil.es av nossa senhora da penha 2796
sl 804 . santa luíza . **vitória es** . 29045-402
+55 27 3024-8600

brasil.rj rua da matriz 93
botafofo . **rio de janeiro rj**
22260.100

portugal rua afonso praça 30
torre monsanto . **álges/lisboa**
1494-061 . +351 221 215-000

eua 5301 conroy road
ste 140 **orlando,fl** 32811
+1 407-898-1757

da vinculação ao edital, não podendo ambos criarem interpretações demasiadamente extensíveis que subvertam a própria letra do item ou da cláusula. A margem interpretativa deve ser lógica e razoável, além de sempre ser norteada pela ampliação da disputa. Assim, diante do exposto podemos concluir que toda e qualquer dúvida, desde que plausível, ou seja, que realmente gere obscuridades ou ambiguidades pode ser objeto de pedido de esclarecimento. Resumindo: todas as regras procedimentais e materiais não observadas pelo edital e seus anexos, referentes inclusive ao objeto do certame podem ser objeto de esclarecimentos.

A título de *exemplo* do projeto central da questão. Acessamos o mídia kit da Rede Globo de Televisão (<https://negocios8.redeglobo.com.br/Paginas/Midia-Kit.aspx>)



Conforme ilustrado, os preços disponíveis no mercado são até 31/12/2020. Dado a alteração das datas, os preços mudam, os programas disponíveis pelas emissoras de televisão, por exemplo, também são alterados.

Ainda que se tente afastar os preços, ao modificar a data prevista para a campanha simulada, a agência é **obrigada a repensar nas estratégias de comunicação**, pois cada mês do ano, possui uma particularidade de consumo de mídia, o que exige uma reanálise técnica. É necessário uma nova análise de mercado, uma nova análise de consumo de mídia, a construção de novas justificativas e defesas de cada meio e cada veículo de comunicação, com aderência a cada um dos meses previstos na campanha simulada.

Ademais, é **INDISCUTÍVEL** que o esclarecimento formulado no dia 02/12/2020, exige que as licitantes reorganizem seus planos de comunicação publicitária, exige que as licitantes refaçam seus planos de comunicação para a data definida no esclarecimento. Dessa feita, temos uma alteração substancial na PROPOSTA TÉCNICA que é o coração dessa licitação. Uma campanha publicitária eficaz é feita com base em estratégia, planejamento. Por isso mesmo, o Conselho optou pela modalidade de MELHOR TÉCNICA. Não estamos falando de uma simples alteração de datas em um plano. Estamos falando na desconstrução de todo um planejamento feito e planejado para as datas primitivas previstas no edital e que por força do

brasil.sp rua álvaro floret 102
vila hilst . **jaú sp** . 17207.020
+55 14 3625.7739

av prof luis a. oliveira 91 . sala 19
vl marina . **são carlos sp** . 13566.340
+55 16 3374.1533

brasil.es av nossa senhora da penha 2796
sl 804 . santa luíza . **vitória es** . 29045-402
+55 27 3024-8600

brasil.rj rua da matriz 93
botafogo . **rio de janeiro rj**
22260.100

portugal rua afonso praça 30
torre monsanto . **álges/lisboa**
1494-061 . +351 221 215-000

eua 5301 conroy road
ste 140 . **orlando, fl** 32811
+1 407-898-1757

esclarecimento de 02/12/2020, foram modificadas. Não é uma alteração simples. É uma alteração complexa, é uma alteração técnica.

O TCU – Tribunal de Contas da União, já pacificou esse tema em diversas jurisprudências.



Número 190

Sessões: 26 e 27 de março de 2014

Este Informativo, elaborado a partir das deliberações tomadas pelo Tribunal nas sessões de julgamento das Câmaras e do Plenário, contém resumos de algumas decisões proferidas nas datas acima indicadas, relativas a licitações e contratos, e tem por finalidade facilitar o acompanhamento, pelo leitor, dos aspectos relevantes que envolvem o tema. A seleção das decisões que constam do Informativo é feita pela Secretaria das Sessões, levando em consideração ao menos um dos seguintes fatores: ineditismo da deliberação, discussão no colegiado ou reiteração de entendimento importante. Os resumos apresentados no Informativo não são repositórios oficiais de jurisprudência. Para aprofundamento, o leitor pode acessar o inteiro teor da deliberação, bastando clicar no número do Acórdão (ou pressione a tecla CTRL e, simultaneamente, clique no número do Acórdão).

SUMÁRIO

Plenário

1. Na fixação dos valores de referência da licitação, além de pesquisas de mercado, devem ser contemplados os preços praticados por outros órgãos e entidades da Administração Pública, nos termos do art. 15, inciso V e § 1º, da Lei 8.666/93.
2. No pregão, o prazo para apresentação das propostas, respeitado o mínimo legal de oito dias úteis, deve ser compatível com a quantidade e a complexidade das informações que as licitantes devem fornecer.
3. Em sede de pregão eletrônico ou presencial, o juízo de admissibilidade das intenções de recurso deve avaliar não somente a presença dos pressupostos recursais (sucumbência, tempestividade, legitimidade, interesse e motivação), constituindo afronta à jurisprudência do TCU a denegação fundada em exame prévio de questão relacionada ao mérito do recurso.
4. No pregão, constitui poder-dever da Administração a tentativa de negociação para reduzir o preço final, conforme previsto no art. 24, § 8º, do Decreto 5.450/05, tendo em vista a maximização do interesse público em obter-se a proposta mais vantajosa.
5. **É necessária a republicação do edital nos casos em que as respostas aos pedidos de esclarecimentos de licitantes, ainda que publicadas em portal oficial, impactem na formulação das propostas, em conformidade com o disposto no art. 21, § 4º, da Lei 8.666/93.**

(Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A24D309895014D33972EAB327C&inline=1>)

Senhor Presidente, rogamos para o bom senso desse Conselho. A alteração exige a republicação, pois MODIFICOU o edital e faz com que as licitantes precisem modificar suas propostas técnicas. Se impacta na formulação da proposta técnica, exige a republicação. Isso é ponto passivo.

III – DOS PEDIDOS

Solicitamos o recebimento da presente impugnação, pois é tempestiva e seu julgamento dentro do prazo legal.

Solicitamos a suspensão da licitação, a correção do edital e a sua republicação, seguindo os preceitos legais vigentes.

Jaú/SP, 09 de Dezembro de 2020.

ARKUS PROPAGANDA LTDA.
CNPJ: 20.491.368/0001-07

brasil.sp rua álvaro floret 102
vila hilst . **jaú sp** . 17207.020
+55 14 3625.7739

av prof luis a. oliveira 91 . sala 19
vl marina . **são carlos sp** . 13566.340
+55 16 3374.1533

brasil.es av nossa senhora da penha 2796
sl 804 . santa luíza . **vitória es** . 29045-402
+55 27 3024-8600

brasil.rj rua da matriz 93
botafoogo . **rio de janeiro rj**
22260.100

portugal rua afonso praça 30
torre monsanto . **álges/lisboa**
1494-061 . +351 221 215-000

eua 5301 conroy road
ste 140 . **orlando,fl** 32811
+1 407-898-1757