

ILMA. SRA. ANA AMELIA LOBÃO FADUL, PRESIDENTE DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO DO BANCO DA AMAZÔNIA S/A.

CONCORRÊNCIA Nº 2018/005

GEPAC - GERÊNCIA
Controle de Processamento de Demandas
☐ CCLOG ☒ COPOL ☐ COPAT
☐ COGEC
Despachado em: 05/09/2018
Prazo para Conclusão: _____
Edson B. Carvalho Braga
Gerente Executivo
4719

SINAPRO-PA – Sindicato das Agências de Propaganda do Estado do Pará, localizado na Av. Nazaré, 541, sala 509, CEP: 66040-143 – Bairro de Nazaré, Belém/PA, inscrito no CNPJ sob o n. 04.574.539/0001-05, neste ato representado por RAFAELA HASSELMANN GALVÃO ZÚNIGA, brasileira, casada, psicóloga, portadora do RG N.º 1834786 PC/PA e do CPF Nº 352.377.592-20, residente e domiciliada em Belém/PA, vem, tempestivamente, perante esta Comissão, apresentar IMPUGNAÇÃO AO EDITAL, com fulcro no item 6.1 do instrumento convocatório e no artigo 41, § 1º, da Lei n. 8.666/93, pelos fatos e fundamentos a seguir expostos.

Ademais, requer o impugnante a atribuição de efeito suspensivo a esta impugnação, evitando-se, assim, prejuízos futuros à administração pública.

1. DOS FATOS.

O Banco da Amazônia S/A realizará licitação, na modalidade Concorrência, tipo Melhor Técnica, destinada à contratação de agência de propaganda.

Assim, observados os procedimentos legais, esta Comissão decidiu publicar, conforme legislação pátria vigente, o edital de licitação da Concorrência Pública em epígrafe, com o escopo de consignar as regras para futura contratação.

Ocorre que o referido edital contém inúmeras irregularidades que precisam ser sanadas, sob pena de transcorrer o certame de forma irregular e ilegal.

Com efeito, tal fato motiva e justifica a apresentação desta impugnação, como restará comprovado a seguir.

[Assinatura]

2. DO DIREITO.

Primeiramente, deve ser esclarecido que o item 1.2 do Edital menciona os anexos do instrumento convocatório.

Ocorre que o item 30.14 do Edital também menciona o que seriam os anexos do instrumento convocatório, contudo, com indicações e quantidades diversas do item anterior.

Logo, desta esta Comissão manter apenas um item editalício que mencione os anexos do instrumento convocatório, que deverá corresponder à realidade (a manutenção do item 1.2 parece a mais adequada).

De outra banda, o item 2.2 do Edital informa que, na data de abertura da sessão do certame, as licitantes deverão apresentar a documentação e as propostas à Comissão Especial de Licitação, em 05 (cinco) invólucros distintos.

Frise-se que o invólucro n. 5 é aquele referente aos documentos de habilitação das licitantes.

Todavia, neste certame, por se tratar de concorrência para contratação de agência de publicidade, os documentos habilitatórios somente são apresentados pelas licitantes classificadas no julgamento final das propostas técnicas e de preço, nos termos do artigo 11, § 4º, XI, da Lei n. 12.232/2010.

Inclusive, os itens 16.1 e 20.2, b, do instrumento convocatório, mencionam este fato.

Desta feita, deve ser alterado o item 2.2 do Edital, para que seja retirada a exigência de as licitantes apresentarem, na sessão de abertura do certame, seus documentos de habilitação.

Ademais, os itens 10.2, f, 10.2.2, b, e 10.2.9 do Edital afirmam que a via não identificada do plano de comunicação deve apresentar espaçamento simples entre as linhas e, opcionalmente, duplo após títulos e entretítulos e entre parágrafos, que seu subquesto estratégia de comunicação poderá ter gráficos, planilhas, tabelas e quadros editado na fonte arial e no tamanho de 08 a 12 pontos e que poderão ser utilizadas páginas isoladas com a finalidade de indicar o Plano de Comunicação Publicitária e seus subquestos.

Frise-se que a partir de uma simples análise das exigências acima estabelecidas, constata-se que as mesmas dão margem a uma possível identificação das licitantes, o que se busca evitar, a todo custo, no plano de comunicação publicitária – via não identificada.

Tal assertiva é formulada com base no fato de que é possibilitado às licitantes utilizarem diferentes fontes no texto integrante do seu plano de comunicação publicitária – via não identificada.

Estes fatos permitem que determinada licitante adote padrões – diversos das demais licitantes – que tornem possível a identificação de seu plano de comunicação publicitária – via não identificada.

Portanto, para evitar que isso ocorra, devem ser promovidas as seguintes alterações no Edital: definir uma única forma de espaçamento; definir um único tamanho de fonte; definir se deverão ou não ser utilizadas páginas isoladas com a finalidade de indicar o Plano de Comunicação Publicitária e seus subquesitos.

Ainda, o item 10.3.4 do Edital, o qual dispõe a Estratégia de Mídia e Não Mídia, indica, em seus subitens III e IV, que as licitantes deverão apresentar plano de mídia contendo custos relativos (CPM, CPP, CPC etc.) e simulação dos parâmetros de cobertura e frequência previstos no plano de mídia (para os meios em que seja possível a mensuração dessas variáveis), sob a forma de textos, tabelas, gráficos ou planilhas.

Ocorre que as métricas de mensuração supracitadas somente estão à disposição das licitantes que possuem contrato (formalizado de maneira anual) com o IBOPE.

Como se isso não bastasse, nos termos indicados no Edital objeto desta impugnação, a área de atuação do BASA se estende por 9 (nove) Estados integrantes da Amazônia Legal, que deverão ser abrangidos pelo plano de comunicação publicitária a ser elaborado pelas licitantes.

Desta feita, as licitantes precisariam ter contrato com o IBOPE que atendesse os Estados acima indicados.

Entretanto, a maioria das agências de publicidade localizadas no Estado do Pará – que certamente serão a maioria das participantes do procedimento licitatório em questão, já que o mesmo será realizado em Belém/PA – possui contratos somente neste Estado, daí porque não tem acesso às métricas de mensuração exigidas no certame para toda a Amazônia Legal.

Assim, para participar do procedimento licitatório e poder elaborar a Estratégia de Mídia e Não Mídia integrante do Plano de Comunicação Publicitária, as licitantes precisarão realizar investimento prévio (bastante elevado).

Ocorre que a Súmula 272/2012 do TCU determina que “No edital de licitação, é vedada a inclusão de exigências de habilitação e de quesitos de pontuação técnica para cujo atendimento os licitantes tenham de incorrer em custos que não sejam necessários anteriormente à celebração do contrato”.

Frise-se que a exigência de contratação de serviços de mensuração para elaboração da proposta técnica, ou seja, antes da assinatura do contrato administrativo, onera sobremaneira as licitantes, obrigando-as a arcar com custos antes mesmo da contratação.

De mais a mais, o fato supracitado acaba restringindo a participação das licitantes no certame, pois as mesmas não necessariamente estarão dispostas a fazer investimento prévio sem

ter a certeza que serão contratadas para prestar o serviço licitado, o que viola o caráter competitivo da licitação e a busca pela proposta mais vantajosa para a administração pública.

Como se percebe, é necessária a alteração do item 10.3.4, subitens III e IV, do Edital, para que seja retirada a exigência de apresentação de plano de mídia contendo custos relativos (CPM, CPP, CPC etc.) e simulação dos parâmetros de cobertura e frequência previstos no plano de mídia (para os meios em que seja possível a mensuração dessas variáveis), sob a forma de textos, tabelas, gráficos ou planilhas, o que deve culminar, também com a retirada da parte final do item 11.2.1.4, e, do instrumento convocatório.

No mais, está disposto no item 10.6, b, do Edital, que, para demonstrar sua capacidade de atendimento, as licitantes deverão apresentar a quantificação e a qualificação, sob a forma de currículo resumido (no mínimo, nome, formação e experiência), dos profissionais que poderão ser colocados à disposição da execução do contrato.

Todavia, como a capacidade de atendimento é um dos critérios de aferição da pontuação técnica das licitantes, estas devem indicar os profissionais que efetivamente serão colocados à disposição da Administração Pública para a execução do contrato, e não os que poderão ser colocados.

Isso porque, caso seja mantida a redação do item editalício ora discutido, as licitantes poderão indicar, na demonstração de sua capacidade de atendimento, profissionais de currículo respeitável, que não serão colocados à disposição da Administração Pública para a execução do serviço licitado.

Frise-se que a cláusula quinta, parágrafo quinto, da minuta de contrato, determina que as licitantes utilizem, na execução dos serviços licitados, os profissionais indicados para demonstrar sua capacidade de atendimento.

Assim, mostra-se imprescindível a alteração do item 10.6, b, do Edital, para que seja substituída a expressão “poderão ser” pela palavra “serão”.

De outra banda, o item 13.2 do Edital apresenta os quesitos a serem valorados nas propostas de preço ofertadas pelas licitantes no certame.

Sendo a Concorrência ora discutida do tipo Melhor Técnica, a avaliação da Proposta de Preço, conforme o edital, decorrerá:

a) dos descontos, não inferiores a 50%, a serem concedidos sobre os Custos de Produção Interna, editado pelo Sindicato das Agências de Propaganda do Estado do Pará, referente a peças e ou material cuja distribuição não proporcione o desconto de agência concedido pelos veículos de divulgação, nos termos do art. 11 da Lei 4.680/65;

b) Honorários sobre produção externa, desenvolvidos sobre a criação da agência, que não poderá ser superior a 2% sobre preços de serviços especializados prestados por fornecedores externos, com intermediação e supervisão da licitante, referentes à produção e à execução técnica de peça e/ou

material cuja distribuição não proporcione à licitante o desconto de agência concedido pelos veículos de divulgação, nos termos do art. 11 da Lei 4.680/65.

c) Honorários sobre produção externa, desenvolvidos sobre a criação da agência, que não poderá ser superior a 2% sobre preços de serviços especializados prestados por fornecedores externos, referentes ao planejamento e à execução de pesquisas e de outros instrumentos de avaliação e de geração de conhecimento pertinentes à execução do contrato, renovação de direitos de autor e conexos e aos cachês, na reutilização de peça ou material publicitário e reimpressão de peças publicitárias;

d) Honorários sobre produção externa, desenvolvidos sobre a criação da agência, que não poderá ser superior a 2% sobre preços de serviços especializados prestados por fornecedores externos, referentes à criação e ao desenvolvimento de formas inovadoras de comunicação publicitária, destinadas a expandir os efeitos das mensagens, em consonância com novas tecnologias, cuja distribuição não proporcione à licitante o desconto de agência concedido pelos veículos de divulgação, nos termos do art. 11 da Lei 4.680/65.

Assim, limitou-se a remuneração da agência, decorrente dos custos internos, em percentual INFERIOR a 50% sobre a Tabela de Custos Internos do Sindicato das Agências de Propaganda do Estado do Pará “que não gerem veiculação”, e honorários de produção externa de no máximo 2% sobre o valor desses serviços (quando o percentual estabelecido pelas Normas-Padrão da Atividade Publicitária é de 15% - item 3.6.1), podendo redundar em cobrança ZERO.

Apesar de a remuneração estabelecida pelo edital se cingir à remuneração dos chamados “custos internos” e à remuneração sobre custos externos, e desde que ambos não gerem veiculação (já que os que geram são excluídos de qualquer remuneração), que podem ser ZERO, bastando que haja qualquer proposta de licitantes nesse sentido, ainda assim o edital exige que as agências transfiram ao BASA ¼ dos honorários de mídia que lhes forem pagos, com exclusividade, pelos Veículos de Comunicação (cláusula nona, parágrafos segundo e quarto, da minuta de contrato).

A exigência do edital, além de promover um achatamento inusitado da remuneração da agência como acima ressaltado, violou as determinações dispostas nos artigos 48 e 44, § 3º, da Lei 8.666/93, que estabelecem que não se admitirá propostas com preços manifestamente inexequíveis e/ou preços simbólicos, irrisórios ou de valor zero, incompatíveis com os preços de mercado.

Ocorre que a imposição, quanto à remuneração das licitantes, de percentuais mínimos de concessão de desconto ou incidentes sobre os chamados “custos de produção externa”, disposta pelo edital de concorrência ora questionado, implica em tornar inexequível a prestação de serviços, além de ensejar a ocorrência de locupletamento ilícito e enriquecimento sem causa da Administração Pública.

Como é de notório conhecimento público, a Lei n. 12.232/2010, que dispõe sobre as normas gerais para licitação e contratação, pela administração pública, de serviços de publicidade prestados por intermédio de agências de propaganda, adota, como fator PREPONDERANTE dos

processos licitatórios de serviços publicitários, a TÉCNICA, tanto assim que excluiu o tipo “melhor preço”.

No mais, o artigo 25 da Lei 8.666/93 (a contrario sensu) destaca serem os serviços publicitários de notória especialização e de base eminentemente intelectual, posto que a base dos demais tipos (Melhor Técnica e Técnica e Preço) é o de melhor técnica.

Ademais, o tipo MELHOR TÉCNICA foi o escolhido pelo Banco da Amazônia para realizar o processo licitatório em discussão.

Só por aí já se constata que é a Técnica que deve prevalecer na avaliação para contratação das licitantes.

Ainda, é essencial que a comunicação da Administração Pública apresente resultados palpáveis, fundamentais, técnicos e artísticos, sob pena de perder-se totalmente a sua finalidade.

Desta feita, jamais será o preço que identificará as melhores propostas, e muito menos a comunicação com maior qualidade.

Por outro lado, o que mais pesa à Agência de Publicidade, financeiramente, na prestação dos serviços publicitários, é a excelência na qualificação técnica e artística dos seus profissionais, nos vários departamentos (criação, atendimento, mídia, planejamento, etc.), profissionais esses que são bem remunerados e que são reiteradamente convidados a prestar seus serviços a agências concorrentes e, muitas vezes, aos departamentos de marketing de anunciantes, dada a sua elevada qualificação.

Porém, para evitar a perda de talentos, tais profissionais são bem remunerados.

Ora, ao estabelecer honorários de remuneração afrontosamente contrários às disposições dos artigos 48 e 44, §3º, da Lei 8.666/93, o edital está conduzindo a que propostas de preços se tornem INEXEQUÍVEIS, não só em relação ao preço propriamente dito, mas também à prestação dos serviços com a necessária excelência de qualificação técnica.

As agências vencedoras, não sendo devidamente remuneradas, não poderão manter equipe profissional com excelência de qualificação técnica e acabarão apresentando equipe de baixo nível técnico, mercê da sua insuficiente remuneração.

Malgrado o edital exija que as agências disponibilizem profissionais gabaritados (Cláusula Quinta, Parágrafo Terceiro, da Minuta de Contrato), por certo as mesmas não conseguirão manter uma equipe qualificada na prestação de serviços e sua estrutura para tanto e, portanto, o contrato SE APRESENTARÁ INEXEQUÍVEL.

Ora, basta a leitura do edital para verificar que a remuneração que o Banco da Amazônia pretende pagar às licitantes vencedoras é absolutamente inexecutável, podendo, inclusive, chegar a ZERO, pois induz as licitantes a oferecerem valores irrisórios (inclusive ZERO) e, obviamente, abaixo dos preços de mercado.

É de se destacar que OS PREÇOS DE MERCADO são os indicados pelas Normas-Padrão da Atividade Publicitária, incorporadas ao sistema legal por força do Decreto n. 4.563/2002, o qual estabelece, em seus itens 3.6 e subsequentes, que a remuneração da agência deverá ser de:

- a) Custos Internos – de acordo com a tabela de Custos Internos editada pelo Sindicato das Agências de Propaganda do Estado de sua base territorial (no caso, do Pará);
- b) Honorários sobre produção externa (que gere ou não gere veiculação), e aí se englobam todos os serviços e suprimentos externos fornecidos, em 15% sobre o custo bruto de tais serviços (tais como desenvolvimento de trabalhos na área digital e internet, produção cinematográfica, produção fonográfica, produção fotográfica, produção gráfica, elenco, pesquisas, etc.).

Aliás, como dispõem as próprias normas legais e convencionais que regem o mercado, não há que se falar em custos internos e honorários que gerem ou não gerem veiculação, pois estes são os oriundos de criações da agência e TODAS AS CRIAÇÕES se destinam, de alguma forma, a compor peças e campanhas publicitárias que serão veiculadas.

Ora, sendo tais remunerações chamadas de PREÇOS DE MERCADO, ainda que referenciais, constata-se que as disposições do edital acerca das propostas de preço a serem apresentadas pelas licitantes apontam percentuais de honorários absurdamente ínfimos (custos internos com desconto mínimo de 50% sobre a Tabela de Custos Internos do SINAPRO PA), além de honorários ABAIXO de 2% sobre os custos externos, chegando mesmo a ZERO, em total afronta aos artigos 44, §3º, e 48, inciso II, da Lei 8.666/93, que vedam propostas de custo zero, simbólicas, abaixo dos preços de mercado e manifestamente inexequíveis.

Mas não é só isso. O edital impõe às licitantes - como acima já ressaltado - que TRANSFIRAM ao Banco da Amazônia $\frac{1}{4}$ (um quarto) de seus honorários de mídia (descontos de agência), que lhes são pagos COM EXCLUSIVIDADE PELOS VEÍCULOS DE COMUNICAÇÃO.

Como se pode perceber, é evidente a impossibilidade de ser mantida a regra contida no item 13.2 do edital, quanto à Proposta de Preços a ser apresentada pelas licitantes.

Em suma:

- a) O valor de remuneração a ser pago pelo Banco da Amazônia às agências vencedoras, a título de custos internos e honorários sobre produção externa, é ínfimo, abaixo dos valores de mercado e poderá ser ZERO;
- b) Os honorários de mídia, que são pagos às agências PELOS veículos e destinados exclusivamente às agências, serão por esta repassados ao Banco da Amazônia em valor correspondente a $\frac{1}{4}$ do montante recebido;
- c) Essa somatória de elementos tornará INEXEQUÍVEL o contrato, afrontando, assim, as disposições dos artigos 44, §3º, e 48, II, da Lei 8.666/93.

Para não se chegar a essa absurda situação, seria o caso de, exemplificativamente, se alterar o item 13.2 do Edital para se estabelecer um percentual máximo de desconto sobre a Tabela de Custos Internos (excluída a referência a que “gere ou não gere veiculação”, conforme será abaixo melhor desenvolvido) em 50% (cinquenta por cento) e uma redução no percentual de descontos incidentes sobre os honorários de produção externa (que gere ou não gere veiculação) de até 1/3, ou seja, sendo o valor máximo de 15%, na forma como estabelecem os itens 3.6, 3.6.1 e 3.6.2 das Normas Padrão, seria viável estabelecer valor mínimo de remuneração de 10% sobre a produção externa, desenvolvida sobre o trabalho criativo da agência.

Ainda, nos termos anteriormente expostos, consta no item 13.2 do Edital e, também, no item 1.1 do Anexo III e na cláusula oitava do Anexo IV, que a licitante somente fará jus ao recebimento de honorários e aos custos internos de produção cuja distribuição não proporcione a ela o recebimento do desconto de agência.

Contudo, deve ser reiterado que, como dispõem as próprias normas legais e convencionais que regem o mercado, não há que se falar em honorários sobre produção que gere ou não gere veiculação, pois estes são os oriundos de criações da agência e TODAS AS CRIAÇÕES se destinam, de alguma forma, a compor peças e campanhas publicitárias que serão veiculadas.

Como se isso não bastasse, o desconto padrão de agência, os custos internos de produção e os honorários sobre produção externa são remunerações distintas, sendo todas asseguradas à agência pela Lei n. 12.232/2010 e pelas normas padrão, editadas pelo CENP.

Frise-se que as remunerações das agências de publicidade se encontram reguladas nos itens 2.5.1, 3.6, 3.6.1, 3.6.2 e 4.1, todos das normas padrão da atividade publicitária (CENP) e, por isso, devem ser fixadas no contrato a ser firmado entre a administração pública e a licitante vencedora.

Ressalte-se, também, que não existe nenhuma previsão legal de que, em caso de recebimento do desconto padrão de agência, a licitante não fará jus a honorários ou a qualquer outra remuneração que lhe cabe nos termos da lei.

Inclusive, é importante esclarecer que o artigo 11 da Lei n. 4.680/65 dispõe que:

“Art 11. A comissão, que constitui a remuneração dos Agenciadores de Propaganda, bem como o desconto devido às Agências de Propaganda serão fixados pelos veículos de divulgação sobre os preços estabelecidos em tabela.

Parágrafo único. Não será concedida nenhuma comissão ou desconto sobre a propaganda encaminhada diretamente aos veículos de divulgação por qualquer pessoa física ou jurídica que não se enquadre na classificação de Agenciador de Propaganda ou Agências de Propaganda, como definidos na presente Lei.”

Como se pode perceber, não existe nenhuma determinação, no dispositivo legal em comento, sobre diferença na remuneração a ser paga às agências quando estas tiverem direito ao recebimento do desconto padrão de agência.

Inclusive, a própria Cláusula Nona da minuta de contrato menciona que, ALÉM da remuneração prevista na cláusula oitava (honorários e custos internos), a contratada fará jus ao recebimento do desconto padrão de agência.

Resta claro que é patente o absurdo de se retirar, no Edital impugnado, remunerações que por lei cabem às agências (honorários e custos internos de produção) em virtude do recebimento de outra remuneração (desconto padrão de agência), que é distinta e não excludente daquela.

Portanto, devem ser alterados os itens 13.2 do Edital, 1.1 do Anexo III e a cláusula oitava do Anexo IV, para que seja retirada a informação de que a licitante não fará jus a honorários e aos custos internos de produção cuja distribuição proporcione a ela o desconto de agência concedido pelos veículos de divulgação.

Ainda em relação à questão da remuneração das agências, nos termos também já explicitados nesta impugnação, a Cláusula Nona, parágrafos segundo e quarto, da minuta de contrato, informa que a contratada deverá repassar ao BASA ¼ do valor do desconto padrão de agência que faz jus.

Acerca deste fato, primeiramente deve ser ressaltado que o assunto é tratado no item 6.4 e no Anexo B das normas padrão editadas pelo CENP.

De mais a mais, há de ser esclarecido que, conforme tabela integrante do Anexo "B" das normas padrão editadas pelo CENP, o percentual negociável do desconto padrão de agência é definido com base no investimento bruto anual em mídia.

Com efeito, ao se avaliar o item 24.1 do Edital, constata-se que o valor estimado para o contrato é de R\$ 7.500.000,00 (sete milhões e quinhentos mil reais).

Logo, o percentual negociável do desconto padrão de agência a ser aplicado sobre o investimento bruto do anunciante é de 2% (dois por cento), bastante inferior aos 25% (vinte e cinco por cento) exigidos no Edital ora impugnado.

Ainda que assim não fosse, caso essa Comissão efetivamente pretenda a reversão de parcela do desconto padrão de agência, deve ser esclarecido que o item 6.4 das normas padrão editadas pelo CENP determina que "É facultado à Agência negociar parcela do 'desconto padrão de agência' a que fizer jus com o respectivo Anunciante, observados os parâmetros contidos no ANEXO 'B' – SISTEMA PROGRESSIVO DE SERVIÇOS/BENEFÍCIOS, os quais poderão ser revistos pelo Conselho Executivo do CENP".

Portanto, se as normas padrão apresentam uma faculdade – e não uma obrigatoriedade –, cabe à agência e ao anunciante ajustarem a reversão, ao último, de parcela do desconto padrão de agência que aquela fizer jus.

Desta feita, descabe a imposição, no instrumento convocatório, da obrigação de a agência repassar à contratante parte do desconto padrão de agência.

Com efeito, deve ser incluída no instrumento convocatório a política de negociação da licitante em relação à reversão do desconto padrão de agência, a ser avaliada na proposta de preço a ser por ela apresentada no certame.

Isso porque, como a reversão de parcela do desconto padrão de agência, pela licitante à contratante, é facultativa, este item deve constar na proposta de preço a ser ofertada pela licitante e deve ser avaliado pela Comissão de Licitação, como os demais descontos concedidos pela licitante nas remunerações que lhe devem ser pagas pelos serviços executados (custos internos de produção constantes na tabela SINAPRO e honorários decorrentes de serviços executados por fornecedores externos).

Portanto, caso esta CPL resolva manter o item editalício que determina a reversão, pelas agências, de parcela incidente sobre o desconto padrão de agência, deverá incluir no instrumento convocatório a política de negociação da licitante em relação à reversão do desconto padrão de agência, sem falar que o percentual máximo de reversão deve ser reduzido de 25% (vinte e cinco por cento) para 2% (dois por cento), como disposto nas normas padrão editadas pelo CENP.

No mais, o item 17.2.3 do Edital indica os requisitos a serem observados pelas licitantes para participar do certame, bem como a qualificação técnica a ser demonstrada.

Frise-se que o artigo 30, I, da Lei de Licitações, informa que a documentação relativa à qualificação técnica deve abranger o registro ou inscrição na entidade profissional competente.

Por essa razão, os procedimentos licitatórios relativos à contratação de agência de publicidade costumam exigir, nos editais, que as licitantes, para comprovar sua qualificação técnica, apresentem comprovante de registro ou inscrição da licitante na entidade profissional competente: Sindicato das Agências de Propaganda de sua base territorial, FENAPRO - Federação Nacional das Agências de Propaganda ou Associação Brasileira de Agências de Publicidade – ABAP, para atendimento do dispositivo legal supracitado.

Assim, deve tal exigência ser incluída no Edital ora impugnado.

No mais, os itens 17.2.3, a, e 17.5, a, do Edital, informam que as licitantes devem apresentar “Declaração(ões), atestados(s) ou certidão(ões) expedida (s) por pessoa (s) jurídica (s) de direito público ou privado, que ateste (m) que a licitante prestou à(s) declarante(s) serviços compatíveis com o objeto desta concorrência”.

Ocorre que deve ser fixado no instrumento convocatório quantos atestados devem ser efetivamente apresentados pelas licitantes no certame.

Logo, deve os itens em questão ser alterados para que informem, expressamente, quantos atestados de capacidade técnica devem ser apresentados pelas licitantes no certame.

Ademais, o item 17.2.4.2 do Edital menciona os índices a serem demonstrados pelas licitantes para comprovar sua boa situação financeira e, assim, demonstrar sua qualificação econômico-financeira.

Frise-se que o item 17.2.4.4 do instrumento convocatório indica que a licitante que apresentar resultado igual ou menor que 01 (um) no cálculo de quaisquer dos índices referidos na alínea 'a' ou menor que 01 (um) no cálculo do índice referido na alínea b, todos do subitem 17.2.4.2, para ser considerada habilitada no quesito Qualificação Econômico-financeira, deverá incluir, no Invólucro nº 5, comprovante de que possui, no mínimo, patrimônio líquido equivalente a 10% do valor da licitação.

Ocorre que, diferentemente da referida previsão editalícia, o item 17.5, c, do instrumento convocatório, prevê que as licitantes, na hipótese acima tratada, deverão comprovar que possuem, no mínimo, patrimônio líquido equivalente a R\$ 750.000,00 (setecentos e cinquenta mil reais), se qualquer dos índices de Liquidez Geral, Solvência Geral e Liquidez Corrente apresentar resultado igual ou menor que 01 (um).

Como se pode perceber, o item 17.5, c, do Edital, não menciona o índice de solvência.

Então, deve esta Comissão padronizar o entendimento de quais itens de comprovação de boa situação financeira que não forem atendidos devem gerar às licitantes o ônus de comprovar a existência de patrimônio líquido.

Ainda, o item 10.3.4 do Edital fala da Estratégia de Mídia e Não Mídia a ser observada pelas licitantes na elaboração do plano de comunicação publicitária, sendo que a simulação a ser apresentada, nos termos do item 10.3.4.3 do instrumento convocatório, deveria observar os seguintes requisitos: os preços das inserções em veículos de divulgação deverão ser os de tabela cheia, vigentes na data de publicação do Aviso de Licitação; deverá ser desconsiderado o repasse de parte do desconto de agência concedido pelos veículos de divulgação, nos termos do art. 11 da Lei nº 4.680/1965; deverão ser desconsiderados os honorários, sobre os bens e serviços especializados prestados por fornecedores.

Contudo, o Anexo I (Briefing, que serve de base para a elaboração do Plano de Comunicação Publicitária), em seu item 8, informa que o valor destinado para a campanha é de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais), sendo que a agência deverá observar que no montante devem ser considerados os investimentos de mídia e não mídia, os custos internos, os honorários e formas inovadoras de comunicação.

Então, precisa esta Comissão definir se, na elaboração do Plano de Comunicação Publicitária, as licitantes, no quesito Estratégia de Mídia e Não Mídia, deverão ou não considerar os custos internos e os honorários.

Acerca da minuta de contrato, algumas considerações também devem ser feitas.

Primeiramente, a cláusula quinta, parágrafo quinquagésimo, informa que é responsabilidade da contratada "Assumir, com exclusividade, todos os tributos e taxas que forem devidos em decorrência do objeto deste contrato, bem como as contribuições devidas à Previdência Social, os encargos trabalhistas, prêmios de seguro e de acidentes de trabalho, os encargos que venham a ser criados e exigidos pelos Poderes Públicos e outras despesas que se fizerem necessárias ao cumprimento do objeto pactuado".

Porém, precisa ser incluída nos itens a seguinte expressão: "que sejam de responsabilidade da contratada".

Isso porque a licitante não pode ser obrigada a arcar com o pagamento de tributos que não sejam de sua responsabilidade.

No mesmo sentido, a cláusula quinta, parágrafo quinquagésimo primeiro, indica que é dever da contratada "Responsabilizar-se por recolhimentos indevidos ou pela omissão total ou parcial nos recolhimentos de tributos que incidam ou venham a incidir sobre os serviços contratados".

Ocorre que o parágrafo vigésimo oitavo da cláusula décima primeira da minuta de contrato afirma que "A CONTRATANTE, na condição de fonte retentora, fará o desconto e o recolhimento dos tributos e contribuições a que esteja obrigada pela legislação vigente ou superveniente, referente aos pagamentos que efetuar".

Então, os recolhimentos indevidos ou a omissão total ou parcial no recolhimento de tributos pode ser ocasionada pela Contratante.

Portanto, tal qual informado anteriormente, precisa ser incluído no parágrafo em questão a informação de que a responsabilidade da contratada estará limitada aos recolhimentos que forem de sua responsabilidade.

Ainda, na cláusula quinta, parágrafo quinquagésimo terceiro, consta que cabe à Contratada responder pelos efeitos dos contratos firmados com fornecedores.

Contudo, nos termos definidos no Edital e na legislação pátria, a Contratada atuará por conta e ordem da Contratante.

Assim, poderá a Contratada assumir compromissos que possam vir a ser inadimplidos em decorrência de inadimplemento da Contratante.

Nestes casos, não poderá a Contratada ser responsabilizada.

Portanto, deve o parágrafo em questão ser alterado, para que nele conste que a responsabilidade somente será da Contratada se ela tiver dado causa ao não cumprimento do contrato.

De mais a mais, o parágrafo sexagésimo primeiro da cláusula quinta dispõe que a Contratada responderá por qualquer ação judicial movida por terceiros com base na legislação de proteção à propriedade intelectual, relacionada com os serviços objeto do contrato.

Entretanto, a redação de tal cláusula deverá ser alterada para que nela fique disposto que tal responsabilidade somente poderá ser imputada à Contratada caso a mesma dê causa ao ajuizamento de ação onde se discuta propriedade intelectual.

Tal assertiva é formulada com base no fato de que a violação à propriedade intelectual poderá, eventualmente, ser cometida pela Contratante, até porque aquela poderá reutilizar, sem a participação da Contratada, os serviços executados por esta (já que os direitos patrimoniais decorrentes da execução dos serviços são cedidos à Contratante), conforme previsto na cláusula décima, parágrafos segundo e terceiro, da minuta de contrato.

Desta forma, em caso de violação, pela Contratante, de direitos autorais, não poderá ocorrer a responsabilização da Contratada.

Por isso é que deve ser alterado o item em discussão, para que a Contratada somente seja responsabilizada por eventual violação a direitos autorais quando der causa a este fato.

Ainda, é mencionado na Cláusula Oitava, parágrafo nono, d, que a contratada não fará jus a nenhuma remuneração, incluindo o desconto padrão de agência, quando a contratante utilizar créditos que tenham sido concedidos por veículos de divulgação, em qualquer ação publicitária relativa ao contrato a ser firmado entre as partes.

Todavia, mesmo nas hipóteses de utilização de créditos que tenham sido concedidos à contratante por veículos de divulgação, tais créditos estarão restritos à veiculação de campanhas.

Porém, para que uma campanha seja veiculada, a mesma precisa ser criada pela agência.

Logo, deve ser alterado o item em questão, para que nele conste que a contratada não fará jus a nenhuma remuneração decorrente da veiculação de campanhas quando for utilizado crédito concedido pelos veículos à contratante, mas fará jus ao recebimento de remuneração pelos serviços que forem executados para a criação da campanha a ser veiculada, como custos internos de produção e honorários sobre produção externa.

No mais, os parágrafos décimo sexto e décimo oitavo da Cláusula Décima Terceira, em diversas alíneas, preveem penalidades diferentes (suspensão do direito de licitar e declaração de idoneidade) para o mesmo fato, o que deve ser corrigido por esta Comissão.

Por fim, a Cláusula Décima Quarta, parágrafo segundo, determina que a rescisão do contrato acarretará na retenção, pela Contratante, dos créditos da Contratada referentes ao contrato, limitada ao valor dos prejuízos causados.

Ocorre que o contrato administrativo pode ser rescindido não apenas nas hipóteses de descumprimento contratual por parte da Contratada.

Com efeito, o contrato administrativo também pode ser rescindido por decisão da Administração Pública ou por culpa desta, como nos casos previstos no artigo 78, XII a XVII, da Lei de Licitações.

Nesses casos, não havendo responsabilidade da Contratada pela rescisão do contrato, não deverá se falar em retenção de créditos daquela, de prejuízos por ela causados e da aplicação de sanções à mesma.

Desta feita, deve constar no parágrafo em questão que as medidas lá mencionadas somente serão aplicadas caso a Contratada dê causa à rescisão do contrato administrativo.

3. DO PEDIDO.

Por todo o exposto, requer o impugnante que a V. Sa. receba esta impugnação ao edital de licitação **CONCORRÊNCIA Nº 2018/005**, conforme preceitua a Lei 8.666/93, conhecendo-a, pois tempestiva, e julgando-a totalmente procedente, com base nos termos apresentados nesta peça, acatando integralmente todas as impugnações ora apresentadas, o que deverá culminar com a alteração/supressão dos itens editalícios atacados.

Nestes termos, pede deferimento.

Belém, 04 de setembro de 2018.


Rafaela H. Galvão Zúñiga
Presidente