CONSELHO FEDERAL DE ODONTOLOGIA

PARECER ACERCA DOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS- FASE DE PROPOSTA DE PREÇOS
CONCORRÊNCIA PÚBLICA Nº 01/2019

Objeto: A contratação de agência de propaganda para a prestação de serviços de publicidade e propaganda para o Conselho Federal de Odontologia, em conformidade com o Edital e seus Anexos, com objetivo de apresentar o Conselho Federal de Odontologia como entidade e consolidar a sua imagem junto à opinião pública, levando ao conhecimento da sociedade as suas atribuições institucionais.

Processo Administrativo: 40225/18

Recorrente(s): Ag Comunicação LTDA – EPP e Agência Multiface de Propaganda Ltda.

Recorrida (s): Brasil84 Publicidade e Propaganda Ltda – ME, Agência Multiface de Propaganda LTDA, Escala Comunicação & Marketing, SGNA Publicidade e Propaganda EIRELI e Propaganda Desigual LTDA – ME.

Contrarrazões apresentadas pela empresa Brasil84 Publicidade e Propaganda Ltda – ME, Agência Multiface de Propaganda Ltda e Escala Comunicação & Marketing.

I. RELATÓRIO

O Edital de Concorrência Pública nº 01/2019 foi publicado no Diário Oficial da União em 12 de abril de 2019 e, ainda, em Jornal de Grande circulação do Estado nesta mesma data, período a partir do qual também ficou disponível no site do Conselho Federal de Odontologia, em conformidade com que preceitua o inciso III, parágrafo 2º, artigo 21, da Lei Federal nº 8.666/93. Ocorreu a Retificação ao Edital publicada em 24/05/2019. A referida licitação foi do tipo Técnica e Preço, com a primeira sessão designada para o dia 30 de maio de 2019 às 10h00 na sala de Plenária do Conselho Federal de Odontologia, sito à Rua SHIN CA 7, Lote 2, Lago Norte, Brasília/DF.

Na data e hora supracitadas, foi instalada a primeira sessão desta licitação na modalidade Concorrência Pública em epígrafe com o recebimento dos envelopes elencados no Edital (1, 2, 3 e 4) das seguintes empresas: Escala Comunicação e Marketing LTDA, SGNA Publicidade e

Propaganda EIRELI, Full Design Comunicação e Tecnologia LTDA, Cálix Serviços de Publicidade e Propaganda EIRELI, VMP8 Comunicação EIRELI, Pública Comunicação LTDA, Agência Multiface de Propaganda LTDA, CCA Comunicação e Propaganda LTDA, Ag Comunicação LTDA – EPP,Quadrante Design LTDA, Propaganda Desigual LTDA – ME, IComunicação Integrada EIRELI, Arkus Propaganda LTDA, Logos Propaganda LTDA, Brasil84 Publicidade e Propaganda Ltda – ME, eElu inteligência em Comunicação LTDA.

Após o recebimento dos envelopes referidos a Comissão Permanente de Licitação remeteu os envelopes nº. 1 das 16 (dezesseis) empresas participantes para a Subcomissão Técnica sorteada (Portaria CFO-SEC-65/2019), isto para que fosse efetuado o julgamento da proposta técnica.

A Subcomissão redigiu Atas de Julgamento das Propostas Técnicas quanto ao Envelope 01 (via não identificada), acostando as Planilhas com a Justificativa para o seu julgamento. Em ato contínuo e posterior a Comissão Permanente de Licitação entregou os envelopes de nº. 3, das 16 (dezesseis) licitantes participantes, para também serem analisados e julgados pela Subcomissão Técnica, recebendo de igual forma atas de julgamento e Planilha com justificativa. Procedeu-se então a segunda sessão pública em 08 de julho de 20199, conduzida pela Comissão Permanente de Licitação e com a presença de 12 (doze) licitantes devidamente representados para abertura dos envelopes nº. 2 e verificação da ordem de classificação pelo nome das empresas a partir da identificação do Plano de Comunicação Publicitária contido neste envelope.

Foram entregues para as doze licitantes presentes na 2ª sessão um CD com cópia de todos os materiais dos envelopes 01 e 03 das 16 (dezesseis) participantes, além das atas da subcomissão técnica e planilhas com as notas individuais e médias, que representam as fls.980 até 2847 do processo licitatório. Também a partir desta data foi dada ciência aos licitantes da planilha de julgamento final das Propostas Técnicas concedendo-lhes nos termos do artigo 109 da Lei nº. 8.666/93, bem como do previsto no item 20 do instrumento convocatório, prazo para interposição de recursos. O mesmo material foi encaminhado para as quatro licitantes ausentes na 2ª sessão, que confirmaram o recebimento e ficaram cientes do início do prazo de recurso.

Assim, em 15 de julho de 2019, as licitantes Elu Inteligência em Comunicação Ltda.; Escala Comunicação & Marketing Ltda. e IComunicação Integrada – Eireli-EPP interpuseram

recursos, tempestivamente, na forma do disposto no item 20.1 do Edital. Recebidas as razões recursais, a Comissão de Licitação deu ciência às empresas licitantes dos recursos interpostos, para, caso desejassem, apresentassem contrarrazões no prazo de 05 (cinco) dias úteis. Transcorrido o prazo supracitado foi apresentada impugnação aos recursos protocolada pela empresa Agência Multiface de Propaganda Ltda.

A CPL, com auxílio da Subcomissão Técnica apresentou parecer sobre os recursos apresentados, opinando pelo acolhimento parcial dos três recursos apresentados. O parecer foi acolhido pelo Presidente do CFO, que decidiu pelo acolhimento parcial dos três recursos.

Com a referida decisão, a tabela de classificação passou a ser a seguinte: 1º) Agência Multiface de Propaganda LTDA, com 84,2 pontos; 2º) VMP8 Comunicação EIRELI, com 83,6 pontos; 3º) Brasil84 Publicidade e Propaganda Ltda – ME, com 82,5 pontos; 4º) Escala Comunicação & Marketing LTDA, com 79,9 pontos; 5º) Ag Comunicação LTDA – EPP, com 76,9 pontos; 6º) Propaganda Desigual LTDA – ME, com 76,6; 7º) SGNA Publicidade e Propaganda EIRELI, com 75,7 pontos 8º) IComunicação Integrada – Eireli-EPP, com 75,0 pontos;9º)Full Design Comunicação e Tecnologia LTDA, com 74,1 pontos; 10ª) Cálix Serviços de Publicidade e Propaganda EIRELI, com 65,7 pontos; 11º)) Logos Propaganda LTDA, com 63,3 pontos; 12º) CCA Comunicação e Propaganda LTDA, com 61,4 pontos; 13º))Arkus Propaganda LTDA,com 60,2 pontos; 14º) Quadrante Design LTDA, com 59,1 pontos; 15º) Pública Comunicação LTDA, com 56,5 pontos e 16º) Elu Inteligência em Comunicação Ltda., com 45,5 pontos. Assim, 08 (oito) empresas foram classificadas nos termos do item 10.3.3 do edital, ou seja, que obtiveram nota mínima de 75 pontos.

Após foi designada a data de 15 de agosto de 2019, às dez horas, para a realização da terceira sessão, para abertura dos Envelopes nº 4, contendo as propostas de preços, sendo convocadas apenas as oito licitantes classificadas nos termos do Edital.

Abertos os envelopes foram computados os percentuais de descontos e honorários, nos termos do Edital, sendo calculada nota final, obteve-se a seguinte classificação:1º) Agência Multiface de Propaganda LTDA, com 106,5 pontos; 2º) Brasil84 Publicidade e Propaganda Ltda – ME, com 103,9 pontos; 3º) Escala Comunicação & Marketing LTDA, com 103,9 pontos; 4º) SGNA Publicidade e Propaganda EIRELI, com 103,4 pontos 5º) Propaganda Desigual LTDA – ME, com

103,2; 6º) Ag Comunicação LTDA – EPP, com 92,1 pontos; 7º) IComunicação Integrada – Eireli-EPP, com 89,0 pontos;8º) VMP8 Comunicação EIRELI, com 78,2 pontos;

É importante frisar que, em razão de planilha Excel elaborada com a finalidade de calcular o valor das notas de preço e já apontar a classificação final, considerando a nota técnica, a classificação era apontada simultaneamente à leitura das propostas de preços.

Assim, após a abertura do último envelope, já se tinha ciência da ordem de classificação final das licitantes.

Imediatamente após a finalização da leitura do último envelope de preços a representante da agência Brasil84 Publicidade e Propaganda Ltda – ME solicitou a concessão do direito ao benefício do tratamento diferenciado da Lei Complementar nº 123/2006, alterada pela Lei Complementar nº 147/2014, artigo 44.

É importante lembrar neste aspecto que o tratamento diferenciado foi definido na ocasião do cadastramento das empresas quando foram entregues os documentos exigidos no item 7.5 do Edital (ata da primeira sessão pública), sendo que apenas algumas empresas concorrentes cumpriram os requisitos do edital para tanto:**Brasil84 Publicidade e Propaganda Ltda – ME, Arkus Propaganda LTDA, Quadrante Design LTDA e Cálix Serviços de Publicidade e Propaganda EIRELI.**

Assim, a Licitante Brasil84 Publicidade e Propaganda Ltda – MEretificou a proposta de preços apresentada no Envelope 4, atribuindo o desconto de 99% sobre o custo dos serviços internos.

Após o novo preço apresentado, foram recalculadas as notas finais, obtendo-se a seguinte classificação: **1º) Brasil84 Publicidade e Propaganda Ltda – ME, com 107,1 pontos; 2º) Agência Multiface de Propaganda LTDA, com 106,5 pontos; 3º) Escala Comunicação & Marketing LTDA, com 103,9 pontos; 4º) SGNA Publicidade e Propaganda EIRELI, com 103,4 pontos 5º) Propaganda Desigual LTDA – ME, com 103,2; 6º) Ag Comunicação LTDA – EPP, com 92,1 pontos; 7º) IComunicação Integrada – Eireli-EPP, com 89,0 pontos;8º) VMP8 Comunicação EIRELI, com 78,2 pontos;**

A Ata da terceira sessão, bem como as propostas de preços e planilhas de cálculos foram encaminhadas às oito licitantes, bem como disponibilizados no site do Conselho Federal de Odontologia, restando consignado em ata o prazo para interposição de Recurso, nos termos do previsto no item 20 do instrumento convocatório, prazo para interposição de recursos.

Tempestivamente, a Licitante Ag Comunicação LTDA – EPP apresentou Recurso em face das Licitantes Brasil84 Publicidade e Propaganda Ltda – ME, Agência Multiface de Propaganda LTDA, Escala Comunicação & Marketing, SGNA Publicidade e Propaganda EIRELI e Propaganda DesigualLTDA – ME. Além disso, a Agência Multiface de Propaganda Ltda apresentou recurso em face da Licitante Brasil84 Publicidade e Propaganda Ltda – ME.

Os recursos foram encaminhados por e-mail para as licitantes recorridas para fins de apresentação de contrarrazões, sendo estas apresentadas tempestivamente pelas Licitantes Brasil84 Publicidade e Propaganda Ltda. – ME, Agência Multiface de Propaganda Ltda e Escala Comunicação & Marketing.

É o relatório.

II. DO MÉRITO

Antes de adentrar no mérito de cada recurso apresentado, cabe frisar que as licitações públicas para a contratação de serviços de publicidade prestados por intermédio de agências de publicidade são regidas por legislação especial, mais precisamente pela Lei nº 12.232/10, que prescreve normas gerais impositivas para a Administração Pública, além de estar adstrita às normas contidas na Lei 8.666/93.

O art. 5º da Lei nº 12.232/10 enuncia que as licitações de publicidade devem adotar, obrigatoriamente, os tipos *melhor técnica* ou *técnica e preço*. Portanto, é vedada a licitação cujo critério de julgamento é baseado exclusivamente no preço. O aspecto técnico deve necessariamente ser levado em consideração para efeito de comparação das propostas, o que foi perfeitamente atendido no presente certame, uma vez que se trata de Concorrência Pública, do tipo técnica e preço, sendo atribuído a técnica o peso de 60% e ao preço o peso de 40%.

A fase recursal do procedimento licitatório tem como fundamento legal o art. 5º, incisos XXXIV e LV, da Constituição Federal de 1988.O inciso XXXIV, da Carta Maior, garante a todos, independentemente do pagamento de taxas, o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder.O inciso LV, por sua vez, assegura a todos os litigantes, em processo judicial ou administrativo, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Conforme nos ensina Maria Sylvia Zanella di Pietro:

> *"dentro do direito de petição estão agasalhadas inúmeras modalidades de recursos administrativos, disciplinadas por legislação esparsa, que estabelece normas concernentes a prazo, procedimento, competência e outros requisitos a serem observados pelos peticionários". (cf. in Direito Administrativo, 19ª ed., São Paulo, Ed. Atlas, 2006, p. 698).*

Assim, antes de adentrarmos no mérito dos recursos, foram analisados os requisitos que todos os recursos devem preencher, sob pena de nem sequer serem conhecidos pela Administração Pública.

Segundo o mestre Marçal Justen Filho, a avaliação dos pressupostos recursais deverá ser realizada com mais largueza do que no direito processual, uma vez que vigora para a Administração Pública o poder-dever de revisar e sanar os atos viciados. Assim, recomenda-se que mesmo um recurso defeituoso, como, por exemplo, intempestivo, seja conhecido pela Administração a título de direito de petição.

No caso concreto, restaram verificados nos dois recursos apresentados, que os mesmos foram tempestivos e fundamentados, bem como verificados os pressupostos subjetivos, como legitimidade e interesse recursal.

Conforme leciona Marçal Justen Filho *"o recorrente tem o dever de fundamentar sua insatisfação. Não se conhece um recurso que não apontar defeitos, equívocos ou divergências na decisão recorrida"*. (cf. Marçal Justen Filho, in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 12ª ed., São Paulo, Dialética, 2008, p. 850).

Além disso, deve ser verificado o interesse recursal que deriva da lesividade da decisão aos interesses do particular.

Para Marcelo Palavéri consubstancia-se *"na prova de que a decisão da qual se recorre é lesiva ao seu interesse, pois lhe fere direitos, ou prejudica sua posição perante o certame. Nesse sentido, admite-se o recurso daquele contra quem tiver sido proferido determinado ato, como, por exemplo, de inabilitação, havendo interesse processual em discutir a matéria por pretender se ver habilitado para que possa prosseguir na disputa.Também se admite o recurso do licitante contra atos praticados em favor de outro concorrente, como, por exemplo, contra a habilitação de determinado licitante, posto que no contexto da disputa seja de seu interesse o alijamento dos seus contendores".* (cf. in Licitações Públicas. Comentários e notas às súmulas e à jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, 1ª ed., Belo Horizonte, Ed. Fórum, 2009, p. 869).

Diante disto, preenchidos os pressupostos processuais, passa-se a análise dos fundamentos dos recursos apresentados:

Do Recurso apresentado pela Licitante Agência Multiface de Propaganda Ltda.

Inicialmente cabe transcrever a fundamentação recursal apresentada pela Licitante Recorrente, conforme segue:

"3- DA APRESENTAÇÃO INTEMPESTIVA DE NOVA PROPOSTA DE PREÇO

De acordo com a Ata da Terceira Sessão, a Comissão Permanente de Licitação oportunizou à Recorrida BRASIL84 apresentar nova proposta de preços após a classificação final do certame, o que macula o procedimento licitatório.

Esta oportunidade, apesar de entendermos ser inaplicável em licitação do tipo técnica e preço, deveria ter ocorrido logo após a divulgação da pontuação final das propostas de preço, e não após a classificação final do certame considerando a nota da proposta técnica e de preços como ocorreu no presente certame.

Tanto a lei como a doutrina dizem que a ME/EPP tem a oportunidade de alterar sua proposta de preços quando esta não apresenta a menor proposta e tem diferença de até 10% (dez por cento) entre a menor proposta e a proposta da ME/EPP.

Vê-se que na Ata da Terceira Sessão inexiste qualquer registro de negociação de preço após a classificação e pontuação da proposta de preços.

Não tendo a Brasil84 manifestado sua intenção de cobrir a proposta de preços antes do resultado final, entendemos que PRECLUIU seu direito de preferência em relação a cobertura da proposta, devendo, portanto, prevalecer as notas originárias e declarando como vencedora do certame a Agência Multiface de Propaganda.

4- DA NÃO APLICABILIDADE DA LEI 123/2006 EM LICITAÇÃO DO TIPO TÉCNICA E PREÇO

A aplicação do regime diferenciado para as microempresas (ME's) e empresas de pequenoporte (EPP's), não encontra compatibilidade com as regras dos arts. 44 e 45 da Lei Complementar nº 123/06 com o tipo "técnica e preço" definido na Lei 8.666/93.

Isso ocorre porque nesse tipo de licitação há a conjugação de critérios técnicos e econômicos, ao contrário do tipo menor preço, em que incidem apenas critérios econômicos. Ora, naqueles casos, o interesse público não será satisfeito apenas com o menor preço, mas sim com a melhor técnica possível pelo menor preço, conforme sejam as regras do edital acerca da conjugação desses dois elementos.

Numa licitação técnica e preço, não é razoável supor que uma ME, mesmo com a pior técnica apresentada na licitação, venha a cobrir a oferta daquele que possui a melhor conjugação entre técnica e preço. Essa situação não atende ao interesse da administração.

Embora exista essa incompatibilidade em relação aos arts. 44 e 45 da Lei Complementar nº 123/06 ao tipo "técnica e preço", a vantagem da ME somente deve ocorrer em relação a regularidade fiscal (arts. 42 e 43), jamais em relação ao preço.

Inclusive, esse também é o posicionamento de Jair Eduardo Santana e Edgar Guimarães:

> "A guisa da conclusão, considerando que nas licitações do tipo técnica e preço e melhor técnico o fator preço não é determinante para a escolha do vencedor, sustentamos que em competitórios que contemplem estes tipos, não se aplica o regime jurídico consubstanciado nos artigos 44 e 45 da LC nº 123/06 (empate ficto). Todavia, não encontramos argumentos jurídicos que impeçam a aplicação

do benefício dos artigos 42 e 43 da LC nº 123/06 (habilitação fiscal defeituosa e o seu saneamento) a toda e qualquer licitação, independente do tipo."

Na licitação do tipo técnica e preço o critério "preço" serve, como um, de dois, elementos responsáveis pela definição da ordem classificatória entre os licitantes. Portanto, não há que se falar em classificação das propostas de preços, pois inexiste dito procedimento tal definição. A recorrente fora classificada com a maior nota final do certame conjugando a técnica e preço, sendo este fruto da composição entre a pontuação decorrente de sua expertise técnica e dos valores constantes de sua proposta de preços. Repita-se, inexiste a hipótese de a precificação atribuída aos serviços licitados definir a classificação final.

Ressalta-se que a intenção do Legislador ao tratar do tema em questão, através da Lei Complementar de nº 123/2006, e definir os benefícios regulados nos artigos 44 e 45 da mencionada norma, tratou da possibilidade de desempate em relação à proposta mais bem classificada, referindo-se, sempre, àquela de menor valor financeiro. A proposta de preços apresentada não possui valores financeiros, mais tão somente percentuais que serão praticados durante a execução contratual. Interessante, ainda, o fato da referida Lei Complementar, no §2º do artigo 44, haver tratado de forma específica, da modalidade pregão, fato que, indubitavelmente, não se deu com a Modalidade Técnica e Preço, metodologia regulada na Lei Federal de nº 8.666/1993.

Dessa forma, não é possível à Micro e Pequena Empresa, nem à Comissão permanente de Licitação, depois de divulgado o resultado final do certame promovido sob a modalidade Técnica e Preço, retroceder à fase de preço para possibilitar a Brasil84 na condição de Micro Empresa, depois de identificada a hipótese configuradora do empate ficto- exclusivamente quanto aos percentuais ofertados, reformular sua proposta comercial a valores capazes de após serem novamente inseridos na fórmula matemática definida no edital de Licitação, juntamente com a nota técnica anteriormente obtida, alcançar melhor pontuação final, possibilitando a adjudicação em favor da RECORRIDA BASIL84."

Pleiteia o provimento para DECLARAR VENCEDORA DO CERTAME a Agência Multiface de Propaganda Ltda.

Das Contrarrazões apresentadas pela Licitante Recorrida Brasil84 Publicidade e Propaganda Ltda. – ME

A Licitante Recorrida Brasil84 apresentou tempestivamente contrarrazões alegando em síntese o que segue:

III — Dos Fundamentos

Inicialmente, importa esclarecer que, não houve favorecimento à Recorrida ou apresentação intempestiva de nova proposta de preços conforme alegado.

A Comissão de licitação seguiu corretamente todas as fases do certame e no momento oportuno concedeu à Recorrida os benefícios da Microempresa.

Não agiu a Comissão com liberalidade, apenas seguiu o rito procedimental da licitação de publicidade com técnica e preço, que é bem delimitado na Lei 12.232/ 2012, na Instrução Normativa n. 03/2018 e também no Edital da Concorrência em epígrafe, senão vejamos:

> "Lei 12.232/2012 Art. 11 (..) VII - realização de sessão pública para apuração do resultado geral das propostas técnicas, com os seguintes procedimentos: a) abertura dos invólucros com a via identificada do plano de comunicação publicitária;
>
> (...)
>
> d) proclamação do resultado do julgamento geral da proposta técnica, registrando-se em ata as propostas desclassificadas e à ordem de classificação;
>
> (...)
>
> IX - abertura dos invólucros com as propostas de preços, em sessão pública, obedecendo-se ao previsto nos incisos II, III elVdo § 1º do artigo 46 da Lei nº 8. 666 de 21 de junho de 1993 nas licitações do tipo "melhor técnica", e ao disposto no § 2º do artigo 46 da mesma Lei, nas licitações do tipo "técnica e preço":
>
> X - publicação do resultado do julgamento final das propostas, abrindo-se prazo para interposição de recurso, conforme disposto na alínea "b" do inciso I do art. 109 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993."

"INSTRUÇÃO NORMATIVA N. 3/2018

Art. 24, O processamento e o julgamento da licitação obedecerão aos seguintes procedimentos mínimos:

XII - publicação do resultado do julgamento das propostas técnicas, indicando as licitantes desclassificadas e as classificadas, em ordem decrescente de pontuação, e abertura de prazo para eventuais recursos;

XIII - convocação das licitantes classificadas no julgamento das propostas técnicas para a sessão pública de abertura dos invólucros, análise e julgamento das propostas de preços;"

"EDITAL

17 (...)

17.5. Terceira Sessão - Não tendo sido interposto recurso, ou tendo havido a sua desistência ou, ainda, tendo sido julgados os recursos interpostos, a Comissão de Permanente de Licitação do Conselho Federal de Odontologia convocará as licitantes, para participar daterceira sessão pública, com a seguinte pauta básica:

17.5.1. identificar os representantes das licitantes presentes e colher suas assinaturas na ata;

17.5.2. abrir os envelopes nº 4 com a Proposta de Preço, cujos documentos serão rubricados pelos membros da Comissão Permanente de Licitação do Conselho Federal de Odontologia e pelos representantes das licitantes presentes ou por comissão por eles indicada;

17.5.3. colocar à disposição dos representantes das licitantes, para exame, os documentos integrantes dos envelopes nº 4;

17.5.4. analisar o cumprimento, pelas licitantes, das exigências deste Edital para a elaboração das Propostas de Preço e julgá-las de acordo com os critérios nele especificados;

17.5.5. declarar vencedora a licitante melhor classificada no Julgamento final, que será procedido mediante o estabelecimento da média ponderada das valorizações das Propostas Técnica e de Preços, de acordo com os pesos constantes da fórmula abaixo:

NF = (PTx6) + (PPx4) 10

Onde: NF = Nota Final PT = Proposta Técnica PP = Proposta de Preços

17.5.6. informar que o resultado do julgamento da Proposta de Preço e do julgamento final das Propostas será publicado na forma do item 19 deste Edital, com a indicação da ordem de classificação, abrindo- se prazo para interposição de recurso, conforme disposto na cláusula 20".

Pelos dispositivos elencados, resta claro que o procedimento de julgamento das propostas técnica e de preços foi, corretamente, observado pela Comissão deLicitação, não devendo prosperar qualquer argumento de mácula ao procedimento ou de inobservância aos Princípios que regem a administração e as licitações públicas.

A Recorrente chega ao absurdo de alegar que: *"após a recorrida já ter conhecimento da sua nota técnica e de preços (...) a comissão permitiu que esta apresentasse nova proposta de preços (...). Todavia, tal ato já havia sido precluso em razão da avaliação e divulgação das notas técnicas e de preço"*. Grifamos.

Ora, a Comissão não permitiu por sua conta e risco, a Lei é que determina esse procedimento e também não há que se falar em preclusão de um direito líquido e certo, que foi garantido no momento correto, qual seja, após a abertura das propostas de preço, mesmo porque, sem o conhecimento dos preços, impossível falar em empate ficto, que garante à microempresa o direito ao tratamento diferenciado, conferido pela LC 123/2006.

Aliás, qualquer discordância em relação ao procedimento constante do Edital deveria ter sido objeto de impugnação pela licitante inconformada, o que não ocorreu. Sendo assim, a preclusão ocorreu sim, mas em relação ao direito da Recorrente de questionar as normas do edital, que estão vigentes e se afiguram como a lei interna da licitação em questão.

A Recorrente tenta induzir a erro dessa Douta Comissão, alegando que ao conceder o benefício de microempresa à Recorrida, o preço está sobrepondo-se à técnica o que, no entendimento da Recorrente, impede a aplicação dos benefícios da LC 123/2006.

Primeiramente, frisa-se que o preço não está sobrepondo-se à técnica e, emsegundo lugar, os benefícios da LC 123/2006 não podem deixar de ser aplicados, com fundamento no "entendimento da Recorrente", sob pena de estar a Comissão cometendo improbidade administrativa, nos termos da Lei 8.429/92.

Os argumentos da Recorrente são tão absurdamente frágeis e infundados que basta a simples leitura do Edital para refutá-los por completo, já que o item 13.3 trata da aplicação da LC 123/2006 ao certame e os itens 13.1 e 17.5.5 demonstram que o "peso" atribuído à proposta

técnica foi 06 (seis) e à proposta de preços foi 04 (quatro), assim, fácil compreender que proposta de preços baixa não é suficiente para colocar nenhum licitante em primeiro lugar na classificação geral, como quer nos fazer crer a Recorrente.

Apenas por argumentação, uma vez que o edital é claro quanto à aplicação da LC 123/2006 à licitação em questão, não existem exceções quanto à aplicação dessa lei em relação a nenhuma modalidade licitatória, conforme demonstrado a seguir.

A Lei Complementar nº 123/06, implantou no ordenamento jurídico brasileiro o novo Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte e trouxe benefícios no procedimento licitatório para estas, previstos em seus artigos 42 ao 49.

Isso porque toda atividade administrativa, em especial, a licitação é regida pelo princípio da igualdade. Este princípio encontra-se previsto expressamente no art. 37, inciso XXI da Carta Magna e, também no art. 3º, 1,8 1º, da lei 8666/93, onde o legislador veda o favoritismo e determina a igualdade na competição entre os licitantes.

O mencionado princípio visa permitir que quaisquer interessados, que tenham condições para tanto, participem do procedimento licitatório e que no decorrer deste, todos sejam tratados de forma igual, sem nenhuma preferência ou discriminação. Esta descrição faz sentido para concorrentes que estejam na mesma posição e condição de concorrência, mas não é isto que ocorre entre as ME, EPP e as multinacionais ou grandes empresas.

A igualdade deverá ser respeitada em virtude das diferenças, por este motivo não restam dúvidas sobre a coerência do tratamento diferenciado dado pelo legislador às Microempresas.

A lei 123/06 dispõe em seu art. 44 que:

> "Art. 44. Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.
>
> § 1º. Entende-se por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada.

§ 2º. Na modalidade de pregão, o intervalo percentual estabelecido no §1º deste artigo será de até 5% (cinco por cento) superior ao melhor preço."

O critério estabelecido no art. 44 da LC nº 123/06, consiste em desempatar o certame em favor da microempresa, se ela acaso empatou com empresa que não tenha a mesma qualificação.

Portanto, nessas situações a lei cria o chamado empate ficto. Nos casos do empate ficto, a preferência para o desempate será dado as microempresas, conforme disciplina o art. 45 da LC nº 123/06, *in verbis*:

"Art. 45. Para efeito do disposto no art. 44 desta Lei Complementar, ocorrendo o empate, proceder-se-á da seguinte forma:

I - a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada poderá apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame, situação em que será adjudicado em seu favor o objeto licitado;"

Segundo Jair Eduardo Santana e Edgar Guimarães:

"Ficto porque ele não é real: é um empate imaginado, inventado, fingido, falso ou simulado. Mas, válido porque a ordem jurídica assim estabeleceu".

"A LC nº 123/06 criou a situação na qual considera artificialmente empatadas propostas que originalmente assim não estariam à vista de suas expressões concretas e reais"

No mesmo sentido é o Decreto nº 8.538/2015 que regulamenta otratamento favorecido, diferenciado e simplificado para as microempresas nas contratações públicas, verbis:

"Art. 1º Nas contratações públicas de bens, serviços e obras, deverá ser concedido tratamento favorecido, diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte, agricultor familiar, produtor rural pessoa física, micro empreendedor individual - MEI e sociedades cooperativas de consumo, nos termos deste Decreto, com o objetivo de:

(...)

§ 1º. Subordinam-se ao disposto neste Decreto, além dos órgãos da administração pública federal direta os fundos especiais as autarquias, as fundações públicas, as

empresas públicas, associedades de economia mista e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União.

(...)

Art. 5º Nas licitações, será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.

§ 1º. Entende-se haver empate quando as ofertas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até dez por cento superiores ao menor preço, ressalvado o disposto no § 2º.

(...)

§4º.A preferência de que trata o caput será concedida da seguinte forma:

I - ocorrendo o empate, a microempresa ou a empresa de pequeno porte melhor classificada poderá apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame, situação em que será adjudicado o objeto em seu favor;"

No entendimento de Jonas Lima:

"Não se trata de uma situação de "empate", mas sim de uma verdadeira possibilidade para que a Microempresa ou a Empresa de Pequeno Porte possa, se desejar, exercer a "faculdade "de 'cobrir" a oferta da outra empresa, não enquadrada na lei"

"Trata-se de uma norma que visa dar uma chance à pequena empresa de fazer um último esforço para ganhar a conta, e assim, começar a se inserir ou aumentar a sua participação no mercado decontratações governamentais"

Como visto, o desempate poderá ocorrer de diversas formas, conformedisciplinado pelo art. 45 da LC nº 123/06, ou seja, uma das hipóteses seria a interessada apresentar proposta com preço inferior aquela considerada vencedora do certame e ai a mesma sairia vencedora do certame.

Segundo James Marins e Marcelo M. Bertoldi:

"Não ocorrerá a contratação imediata da proposta apresentada pela pequena empresa nos moldes ofertados inicialmente; a regra deste dispositivo confere a faculdade de alteração do valor inicial da proposta da pequena empresa em relação aquele apresentado pela outra empresa".

Nesse sentido dispõe Eduardo Gonzaga de Oliveira Natal:

"A melhor proposta apresentada, que esteja dentro do limitepercentual legalmente estipulado, é que outorgará à microempresaou à empresa de pequeno porte o direito de reformulação do lance"

Conforme amplamente demonstrado, não há dúvida que a Recorrida Brasil84enquanto microempresa tinha direito a reformular sua proposta, para então "cobrir"o menor preço ofertado, do contrário estaria a Comissão descumprindo aos princípios da Administração Pública.

Além disso, invoca-se, também, o princípio da vinculação ao edital convocatório, sendo que se previsto o tratamento diferenciado no edital e realizada a verificação desta condição no ato de credenciamento das empresas, incide na espécie a preclusão consumativa já que nenhuma licitante ou interessado questionou a previsão anteriormente.

A licitação por fazer parte da Administração Pública deve obedeceralguns princípios constitucionais no seu procedimento, conforme preceitua o art. 37 da CF/88. Além dos princípios constitucionais deve obedecer aos princípios específicos que regem a licitação, qualquer que seja a sua modalidade, quais sejam, procedimento formal, publicidade de seus atos, igualdade entre os licitantes, sigilo na apresentação das propostas, vinculação do edital ou convite, julgamento objetivo, adjudicação compulsória ao vencedor.

A Lei 8.666/93 acrescentou dentre os princípios básicos da licitação os elencados no seu art. 3º, que dispõe que as licitações serão processadas e julgadas na conformidade dos seguintes princípios: da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos.

Tendo em vista o exposto, é indubitável que todos os procedimentos adotados pela Comissão de Licitação encontram respaldo na CF/88, Lei 8.666/93, LC 123/06, Lei 12.232/12, no

Edital e nos Princípios norteadores da Administração Pública e Licitações, motivo pelo qual deve ser julgado improcedente o recurso.

Da análise da Presidente da CPL e assessoria jurídica sobre o Recurso

Não merece guarida o recurso apresentado pela Agência Multiface de Propaganda Ltda. uma vez que a CPL agiu em estrito cumprimento a Lei Complementar 123/2006, bem como ao instrumento convocatório conforme fundamentos que seguem.

Ao contrário das alegações da Recorrente não há qualquer previsão de inaplicabilidade da Lei Complementar 123/2006à modalidade de licitação do tipo técnica e preço. Ao contrário, a lei deixa clara a sua aplicação em todas as licitações realizadas pela Administração Pública. Inclusive, o parágrafo 2º do artigo 44 da referida Lei estabelece um procedimento específico a ser usado no pregão, deixando claro que, nas demais modalidades, será considerado empate ficto a diferença de até 10% e no pregão apenas 5%, conforme segue:

> Art. 44. Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.
>
> § 1º Entende-se por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada.
>
> § 2º Na modalidade de pregão, o intervalo percentual estabelecido no § 1º deste **artigo será de até 5% (cinco por cento)** superior ao melhor preço.
>
> Art. 45. Para efeito do disposto no art. 44 desta Lei Complementar, ocorrendo o empate, proceder-se-á da seguinte forma:
>
> I - a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada poderá apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame, situação em que será adjudicado em seu favor o objeto licitado;
>
> II - não ocorrendo a contratação da microempresa ou empresa de pequeno porte, na forma do inciso I do **caput** deste artigo, serão convocadas as remanescentes que porventura se enquadrem na hipótese dos §§ 1° e 2° do art. 44 desta Lei Complementar, na ordem classificatória, para o exercício do mesmo direito;

> III - no caso de equivalência dos valores apresentados pelas microempresas e empresas de pequeno porte que se encontrem nos intervalos estabelecidos nos §§ 1° e 2° do art. 44 desta Lei Complementar, será realizado sorteio entre elas para que se identifique aquela que primeiro poderá apresentar melhor oferta.
>
> § 1º Na hipótese da não-contratação nos termos previstos no **caput** deste artigo, o objeto licitado será adjudicado em favor da proposta originalmente vencedora do certame.

Assim, resta evidente que a referida Lei Complementar se aplica em todas as modalidades de licitação e que a diferença deve ser verificada na proposta de preços, não tendo qualquer indicação que tal só deve ser aplicado quando se trata de valores financeiros, uma vez que a proposta de preços pode apresentar percentual de honorários, percentual de descontos, maior lance, taxas, entre outros.

Ainda, a aplicação da referida preferência está prevista no Edital conforme item 13.3:

> **13.3.** No caso do julgamento final da licitação deverá ser observado o tratamento diferenciado no caso de licitante microempresa – ME ou empresa de pequeno porte – EPP, nos termos da Lei Complementar nº 123/2006, alterada pela LC 147/2014, que tenha realizado a prova desta condição no ato do credenciamento.

Inclusive tal item está inserido no capítulo que trata do Julgamento Final da Licitação, indicando inclusive a fórmula matemática para definição da Nota Final.

Importante referir que tal item não foi objeto de questionamentos ou impugnação por parte de nenhuma licitante.

Assim, não há que se falar em preclusão do direito ao tratamento diferenciado, uma vez que, conforme já relatado, a Comissão de Licitação elaborou planilha em Excel para cálculo da nota final. Assim, conforme os percentuais apresentados na proposta de preços eram lançados na planilha, esta calculava automaticamente a nota final e já realizava a classificação das licitantes.

Diante disto, não houve fase de classificação das propostas de preços, e sim lançamento destas na fórmula matemática da referida planilha, com a indicação da classificação final

das licitantes. Portanto, o momento de requerimento da preferência prevista da Lei Complementar nº 123/2006 foi plenamente atendido, uma vez que a terceira sessão tinha por objetivo a abertura dos Envelopes de nº 4 e a verificação dos preços ofertados. Sendo consequência, o cálculo da nota final e classificação das licitantes.

É cediço que o procedimento licitatório é orientado pelos princípios, os quais estão previstos no art. 3º da Lei nº 8.666/1993.

> Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Dentre os princípios que norteiam o certame Licitatório é importante destacar o da Vinculação ao Instrumento Convocatório. Como é sabido e consabido, o edital é a Lei Interna da Licitação. Dessa forma, tanto os Licitantes quanto à Administração estão vinculados aos comandos ali estabelecidos, devendo segui-los fielmente.

Neste bojo a Corte de Contas tem o seguinte entendimento:

> Não pode a Administração descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada, nos termos do art. 41 da Lei no 8.666/1993. Acórdão 2345/2009 - Plenário

Sobre a temática em tela, o Tribunal Regional Federal da 2º Região, manifestou-se conforme Acórdão abaixo:

> Acordão Origem: TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL – 2ª REGIAO.
>
> Classe: REOMS - REMESSA EX OFFICIO EM MANDADO DE SEGURANCA — 57297. Processo: UF: ES Órgão Julgador: Data da decisão: 1310412005 Documento: TRF200138325
>
> Relator(a) JUIZ ROGERIO CARVALHO

Decisão: Acordam os membros da Sexta Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da Segunda Região, por unanimidade, nos termos do voto do Relator, em negar provimento a remessa necessária.

Ementa ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANCA. LICITACÃO. REMESSA "EX OFFICIO". CLASSIFICAÇÃO DE EMPRESA — LITISCONSORTE PASSIVA NECESSÁRIA - SEM OBSERVÂNCIA DOS DISPOSIÇÕES EDITALÍCIAS, RELEVADAS NO JULGAMENTO DE RECURSO ADMINISTRATIVO, PORQUANTO A PROPOSTA ERA A DE "MENOR PRECO". VINCULAÇÃO DA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA AO EDITAL. SENTENÇA MANTIDA. CONCESSÃO DA ORDEM. 1. A Administração não poderia, como o fez, afastar as exigências contidas no ato convocatório da licitação, porque, conforme mencionado, o edital vincula inteiramente a Administração e os proponentes as suas cláusulas, mesmo considerando que a proposta da listisconsorte passiva necessária era de "menor preço". 2. Manutenção da r. sentença. Remessa Necessária Improvida.

Cumpre-nos reiterar que todos os pedidos de esclarecimentos e de impugnações foram devidamente respondidos e colocados à disposição dos licitantes no site do Conselho.

Neste bojo, a licitante, ao participar do certame,aceita deforma plena e irrevogável todos os seus termos, cláusulas e condições constantes no Edital e em seus Anexos;

É salutar frisar que os atos praticados pela CPL estão em consonância com os dispositivos legais e editalícios, prestigiando, assim, os princípios da legalidade e da Vinculação ao Instrumento Convocatório, portanto providos de razoabilidade e proporcionalidade, conforme dispositivos do Edital, bem como da Lei nº 8.666/1993.

Assim, a presidente da Comissão Permanente de Licitação, juntamente com a assessoria jurídica do CRO/RS, designada mediante termo de cooperação firmado entre o CFO e o CRO/RS, opinam pela improcedência do Recurso apresentado pela Licitante Agência Multiface de Propaganda Ltda. uma vez que a concessão do benefício da Lei Complementar 123/2006 é aplicável as Licitações em geral, bem como as do tipo "técnica e preço", além de não ter havido qualquer preclusão no direito à Recorrida de apresentar nova proposta de preço, nos termos da legislação vigente, eis que verificado o empate ficto que trata a Lei Complementar.

Do Recurso apresentado pela Licitante Ag Comunicação LTDA – EPP

Inicialmente, cabe transcrever a fundamentação recursal apresentada pela Licitante Recorrente, conforme segue:

2.1. PROPOSTAS DE PREÇOS COM VALOR (PERCENTUAL) IRRISÓRIO E/OU ZERO

As empresas BRASIL84 PUBLICIDADE E PROPAGANDA LTDA — ME, AGÊNCIA MULTIFACE DE PROPAGANDA LTDA, ESCALA COMUNICAÇÃO E MARKETING LTDA, SGNA PUBLICIDADE E PROPAGANDA EIRELI e PROPAGANDA DESIGUAL LTDA — ME, apresentaram propostas de preços para o item "a" custo dos serviços internos com valores irrisórios e/ou zero, nos seguintes percentuais: 99%, 95%, 95%, 100% e 98%respectivamente.

Inicialmente, convém esclarecer que nas relações entre anunciantes e agências de publicidade, o"custo dos serviços internos" especificado nos subitens 3.1.1 ao 3.1.6 das Normas-Padrão de Atividade Publicitária emitida pelo Conselho Executivo de Normas- Padrão — CENP, corresponde as atividades realizadas pela equipe de profissionais da agência assim entendidos como:

a) estudo do conceito, ideia, marca, produto ou serviço a difundir, incluindo a identificação e análise de suas vantagens e desvantagens absolutas e relativas aos seus públicos e, quando for o caso, ao seu mercado e à sua concorrência;

b) identificação e análise dos públicos e/ou do mercado onde o conceito, ideia, marca, produto ou serviço encontre melhor possibilidade de assimilação;

c) identificação e análise das ideias, marcas, produtos ou serviços concorrentes;

d) exame do sistema de distribuição e comercialização, incluindo a identificação e análise das suas vantagens e desvantagens absolutas e relativas ao mercado e à concorrência;

e) elaboração do Plano Publicitário, incluindo a concepção das mensagens e peças (criação) e o estudo dos meios e veículos que, segundo técnicas adequadas, assegurem a melhor cobertura dos públicos e/ou dos mercados objetivados (planejamento de mídia);

f) execução do plano publicitário, incluindo orçamento e previsão da realização das peças publicitárias (produção), a compra, distribuição e controle da publicidade nos Veículos contratados (execução de mídia), e o encaminhamento do processo de cobrança e pagamento das faturas.

Assim, a remuneração da produção/serviços internos da Agência de Propaganda constitui parte principal da relação com o anunciante, por tratar-se de atividades de caráter intelectual desenvolvidas pelo pessoal e com recursos próprios da própria agência, que de modo simplificado, referem-se à concepção de ideias, criação/design de peças publicitárias, planejamento de mídias, elaboração do plano publicitário e outras atividades correlatas, que posteriormente poderão ser produzidas por fornecedores externos. A referida remuneração é efetuada com base nos valores referencias da Tabela do Sindicato de Agências de Propaganda — SINAPRO.

Esclarece-se ainda, que a remuneração do "custo dos serviços internos" não serefere ao chamado "Desconto-Padrão de Agência" estabelecido no item 2.5 das Normas-Padrão da Atividade Publicitária, visto que este último corresponde à remuneração de 20%(vinte por cento) destinada à agência de propaganda pela concepção, execução edistribuição de propaganda sobre os negócios que encaminhar ao veículo de comunicaçãopor ordem do Anunciante.

> "2.5. O "Desconto-Padrão de Agência" de que trata o art. 11 da Lei nº 4.680/65 e art. 11 do Decreto 57.690/66, bem como o art. 19 da Lei 12.232/10, é a remuneração destinada à Agência de Publicidade pela concepção, execução e distribuição de propaganda, por ordem e conta de cliente e anunciantes.
>
> 2.5.1. Toda Agência que alcançar as metas de qualidade estabelecidas pelo CENP, comprometendo-se com os custos e atividades a elas relacionadas, habilitar-se-á ao recebimento do "Certificado de Qualificação Técnica", conforme o art. 17, inciso I, alínea "f" do Decreto nº 57.690/66, e fará jus ao "desconto padrão de agência" não inferior a 20% (vinte por cento) sobre o valor dos negócios que encaminhar aoVeículo por ordem e conta de seus Clientes." (destacamos)

Ao se analisar as propostas de preços das empresas recorridas, **observou-se quetodas apresentaram valores irrisórios e/ou zero, em clara ofensa ao disposto no artigo 44, § 3º da Lei nº 8.666/93,** uma vez que a remuneração do custo dos serviços internos visam opagamento de insumos e salários da equipe profissional, de responsabilidade da licitante,na atuação da Agência para criação intelectual de obras publicitárias.

> "Art. 44. No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei.
>
> §3º Não se admitirá proposta que apresente preços global ou unitários simbólicos, irrisórios ou de valor zero, incompatíveis com os preços dos insumos e salários de mercado, acrescidos dos respectivos encargos, ainda que o ato convocatório da licitação não tenha estabelecido limites mínimos, exceto quando se referirem amateriais e instalações de propriedade do próprio licitante, para os quais ele renuncie a parcela ou à totalidade da remuneração." (destacamos)

A renúncia de parcela ou à totalidade da remuneração do custo dos serviços internos não se enquadra na exceção do referido dispositivo legal, por não se tratar apenas de remuneração de materiais e instalações de propriedade do próprio licitante, **mas de pagamento de serviços de caráter intelectual, sendo as propostas de preços apresentadas pelas recorridas incompatíveis com os valores referenciais de mercado (tabela SINAPRO- DF).**

O "guia de orientação à Administração Pública sobre licitações de serviços publicitários", elaborado pelo SINAPRO-SP, tem orientado no mesmo sentido de não se admitir propostas incompatíveis com os preços de mercadoem relação à remuneração do custo dos serviços internos.

> As exigências do edital quanto à concessão de descontos sobre os "custos internos" e sobre os "honorários de produção e suprimentos externos" devem atender às disposições dos arts. 44, parágrafo terceiro, e 46, parágrafo primeiro, da Lei 8.666/93

Assim, não é admissível que se estabeleça a possibilidade de propostas que "apresentem preços global ou unitários simbólicos, irrisórios ou de valor zero, incompatíveis com os preços de mercado.A exigência do art. 46, parágrafo 1º da citada lei, no que tange à fixação do preço máximo que a Administração Pública se propõe a pagar no caso de licitações do tipo "melhor técnica", não se sobrepõe ao parágrafo 3º do art. 44 da Lei 8.666/93.

Assim, sempre levando em consideração o volume da verba publicitária a ser aplicada — se expressiva ou não -, a remuneração das Agências de Publicidade deverá ser adequada à prestação de seus serviços para ser exequível.

Levando em consideração que as Normas-Padrão da Atividade Publicitária, ao estabelecerem em seu item 3.6 e subitens que os percentuais de remuneração da Agência quanto aos "custos externos (percentual aplicável de 15% sobre os custos externos) bem como quanto aos custos internos (Tabela de Custos Internos dos Sindicatos das Agências de Propaganda de cada Estado) representam os preços de mercado para os fins e efeitos do parágrafo 3º do art. 44 da Lei 8.666. recomendamosque:

O CENP, ao editar as Normas-Padrão de Atividade Publicitária, previu na alínea "b" do subitem 3.11.2 a possibilidade de negociação do custo dos serviços internos, de que trata o item 3.6, podendo ser integralmente eliminado/excluído/suprimido. Entretanto, o subitem 3.10.1 estabelece que como alternativa à remuneração de Agência decorrentes do "desconto-padrão"; de produção externa, de produção internae de outros trabalhos eventuais, poderá ser adotado o "Fee" ou "hononários de valor fixo" desde que esses sistemas sejam abrangidos no item 3.1 (custos internos).

3.10. Como alternativa à remuneração através do "desconto padrão de agência", é facultada a contratação de serviços de Agência de Publicidade mediante "fees" ou "honorários de valor fixo", a serem ajustados por escrito entre Anunciante e Agência, respeitado o disposto no item 2.9 destas Normas-Padrão.

3.10.1. O "fee" poderá ser cumulativo ou alternativo à remuneração de Agência decorrentes do "desconto padrão de agência"; de produção externa, de produção interna e de outros trabalhos eventuais e excepcionais, tais como serviços de relações públicas, assessoria de imprensa, etc.

3.10.2. Em qualquer situação ou modalidade de aplicação do "fee", a Agência deverá ser remunerada em valor igual ou aproximado ao que está receberia caso fosse remunerada na forma do item 2.5.1, sempre de comum acordo entre as partes, contanto que os serviços contratados por rangi no item 3.1 e preservados os princípios definidos nos itens 2.7, 2.8,2.9 e 3.4.

Caso esse Conselho Federal de Odontologia — CFO tivesse a intenção de negociar o custo dos serviços internos a ponto de suprimi-los, deveria ter adotado sistema de remuneração alternativo previsto no subitem 3.10.1 das Normas-Padrão de Atividade Publicitária, o que não ocorreu quando da publicação do edital de licitação em questão.

Portanto, admitir propostas com valores irrisórios e até mesmo zero constitui prática vedada no art. 44, 83º da Lei nº 8.666/93, uma vez que comprovadamente não adotou sistema de remuneração alternativo (Feeou honorários de valor fixo)para produção interna, em desacordo com o subitem 3.12 das Normas-Padrão do CENP, comprometendo a futura execução do contrato de prestação de serviços na atuação de Agência para criação de obras intelectuais.

3.12. A possibilidade de eliminação/exclusão/supressão de custo e honorários de que tratam as letras "b" e "c" do subitem 3.11.2 é vedada nos casos em que, comprovadamente, seja comprometida a execução do contrato de prestação de serviços, ferindo o que dispõe o parágrafo 3º do art. 44 da Lei nº 8.666/93.

A admissão de propostas nas condições apresentadas pelas recorridas poderá caracterizar contratação em condições anticoncorrenciais, vedada no Art. 17, inciso I, alínea "f" do Decreto nº 57.690/66, tendo em vista que na hipótese de uma ação publicitária ser desenvolvida apenas com recursos "não-mídia" ou recursos próprios do anunciante, aAgência de Propaganda receberia remuneração zero ou insuficiente para pagamento deinsumos e de pessoal da contratada na execução de trabalhos exclusivamente intelectuais.

Tal conduta é passível de sanções previstas no item 2.9 das Normas-Padrão doCENP:

2.9. Conforme determina o art. 17, inciso |, alínea "f" do Dec. nº 57.690/66, é vedada a contratação de propaganda em condições antieconômicas, anticoncorrenciais ou que importem concorrência desleal, podendo o CENP, diante de tais condutas, aplicar as sanções previstas no art. 74 dos seus Estatutos, bem como representar à autoridade competente, para a imposição das sanções previstas na legislação aplicável.

ARTIGO 74. As decisões das Câmaras de Arbitragem e Conflitos Éticos e do Colégio de Presidentes no que se refere à tutela das Normas-Padrão da Atividade Publicitária" poderão resultar na adoção das seguintes medidas:

a. recomendação de alteração ou correção das relações comerciais controversas, nos termos do compromisso com as Normas-Padrão, com prazo para a comprovação de atendimento voluntário, com arquivamento do procedimento;
b. advertência de efeito meramente declaratório à agência, com ciência ao anunciante contratante e aos veículos associados e associações de veículos fundadoras e associadas ao CENP, na hipótese da recomendação referida na alínea "a" supra não ser atendida.
c. a suspensão dos efeitos da condição de associado e/ou do Certificado de Qualificação Técnica diante da comprovada prática de atos ilícitos.

§1º O Conselho de Ética não adotará a medida prevista na letra "c" em casos derivados de representação do Presidente administrador do CENP relacionados à situação de non compliance com as Normas-Padrão quanto ao desconto-padrão e parâmetros previstos no Anexo B.

§ 2º Os Veículos de Comunicação, em nome de quem, a fiscalização do CENP, no que se refere ao desconto-padrão de agência, é exercida, serão comunicados de decisões do Conselho de Ética adotadas com base na letra "b".

§3º O Conselho de Ética poderá recomendar, ainda, que o CENP represente contra os infratores perante a autoridade competente, de acordo com os arts. 15e 16 da Lei 4.680/65, e arts. 26 a 30 do Decreto nº 57.690/66.

§4º As "Normas-Padrão da Atividade Publicitária" devem ser aplicadas tanto no espírito quanto na letra.

Aliás, o Art. 36, 83º, inciso XV da Lei nº 12.529/11, dispõe que a prestação deserviços injustificadamente abaixo do preço de custo constitui infração da ordemeconômica, senão vejamos:

Art. 36. Constituem infrações da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

(...)

§3 º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigoe seus incisos, caracterizam infração à ordem econômica:

(...)

XV — vender mercadoria ou prestar serviço injustificadamente abaixo do preço de custo; (grifo nosso)

Por fim, a admissão de propostas de preços com percentuais irrisórios e/ou zero mostra-se situação temerária, considerando que a contratação anticoncorrencial eventualmente poderá levar a futura contratada a buscar outros meios para compensação do custo dos serviços internos quando da execução de serviços produzidos porfornecedores externos que lhe deem direito de honorários.

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica — CADE*, esclarece o significado de "preço predatório":

É a prática deliberada de preços abaixo do custo visando eliminar concorrentes para, posteriormente, explorar o poder de mercado angariado com a prática predatória.

Como a venda de produtos abaixo do custo significa prejuízo para a empresa que adota preços predatórios, do ponto de vista econômico essa prática só faz sentido se a empresa puder recuperar tal prejuízo em um segundo momento, ou seja, se ele tiver como obter lucros no médio/longo prazo. A conduta ocorre se essa obtenção de lucro decorrer da eliminação de seus concorrentes.

Diante do exposto, não resta dúvida de que as propostas das empresas recorridas, cujos percentuais de desconto sobre a Tabela do SINAPRO-SP contém preços irrisórios e até mesmo de valor zero, em clara ofensa ao Art. 44, §3º da Lei nº 8.666/93, caracterizam situação anticoncorrencial, vedada no item 2.9 e 3.12 das Normas-Padrão de Atividade Publicação (CENP), e ainda possívelinfração à ordem econômica por prática de preços predatórios, nos termos do Art. 36, §3º, inciso XV da Lei nº 12.529/11.

Assim, pleiteia a desclassificação das empresas recorridas com fundamento no Art. 44, §3º da Lei nº 8.666/93, c/c Art. 17, inciso I, alínea "f" do Decreto nº 57.690/66 c/c Art. 36, §3º, inciso XV da Lei nº 12.529/11 c/c item 2.9 e 3.12 das Normas-Padrão de Atividade Publicação (CENP).

Das Contrarrazões apresentadas pelas Licitantes Recorridas Brasil84 Publicidade e Propaganda Ltda – ME, Agência Multiface de Propaganda Ltda. e Escala Comunicação & Marketing LTDA

Três das cinco empresas recorridas apresentaram contrarrazões, cujos fundamentos passamos, em síntese, a transcrever.

Das contrarrazões apresentadas pela Licitante Brasil84:

A recorrida impugnou o recurso com os seguintes fundamentos:

Inicialmente, importa esclarecer que, ao contrário do alegado, quando se trata do setor público, as Normas-Padrão da Atividade Publicitária são bem claras ao permitir a livre negociação dos honorários:

> "3.11. Nas contratações com o setor público, os anunciantes de cada Poder e Esfera administrativa serão considerados como departamentos de um só anunciante, para efeito de aplicação dos dispositivos econômicos destas Normas-Padrão, ainda que os contratos sejam celebrados separadamente com cada órgão, autarquia, empresa, fundação, sociedade de economia mista ou outro tipo de entidade governamental.
>
> 3.11.1. Consideram-se esferas Administrativas distintas o Município, o Estado e a União.
>
> 3.112. O disposto neste item aplica-se à:
>
> a. reversão da parcela do "desconto de agência", de que tratam os itens 2.7, 3.5 e 6.4
>
> b. negociação do custo dos serviços internos, de que trata o item 3.6, que poderão ser integralmente eliminados/excluídos/suprimidos;
>
> c. negociação dos honorários incidentes sobre os serviços de que trata o item 3.6.1, ressalvado que os referidos honorários poderão ser integralmente eliminados/excluídos/suprimidos quando se tratar de ações de comunicação que geram veiculação;
>
> d. negociação dos honorários de que trata o item 3.6.2".

O item 3.11 das NPAP cria uma situação especial para a contratação com o Setor Público, que possibilita expressamente a livre negociação e a exclusão da cobrança de honorários.

Como visto, não são impostos limites à possibilidade de negociação, o que implica permitir que os honorários sejam fixados até mesmo em "zero", sem que haja uma violação às Normas-Padrão da Atividade Publicitária.

Isso ocorre porque as normas de Direito Público devem prevalecer sobre as de direito privado, bem como o interesse público também deve prevalecer sobre o interesse privado, logo, a proposta mais vantajosa é o objetivo primeiro, atrelado à qualidade dos serviços contratados.

A única ressalva a essa prerrogativa de negociação concedida pelo CENP é, se, COMPROVADAMENTE, seja comprometida a prestação de serviços, vejamos:

"3,12, A possibilidade de eliminação/exclusão/supressão de custo e honorários de que tratam as letras "b" e "c" do subitem 3.11.2 é vedada nos casos em que, **comprovadamente**, seja comprometida a execução do contrato de prestação de serviços, ferindo o que dispõe o parágrafo 3º do art. 44 da Lei nº 8.666/93". (grifamos).

A prestação de serviço é o objetivo final da Licitação, assim, tanto o item 3.12 supra, quanto o §3º do art. 44 da Lei 8.666/93, visam impedir o comprometimento dessa prestação de serviços ao coibirem a apresentação de proposta supostamente inexequível.

Assim sendo, o ponto fulcral a ser avaliado é o da exequibilidade da proposta, pois, o art. 48 da Lei nº 8.666/93 determina a desclassificação das propostas com valor global superior ao limite estabelecido ou com preços manifestamente inexequíveis, embora não traga em seu bojo a definição de preço inexequível, apenas em relação à obras e serviços de engenharia.

Nesse diapasão, temos que o desconto ofertado pela BRASIL84, não tem o condão de tornar a execução impossível, não inviabiliza a prestação dos serviços, muito ao contrário, visto que a peculiaridade dos serviços de publicidade faz com que a remuneração das agências não seja paga somente pelos anunciantes, mas indiretamente, também pelos veículos, na forma de desconto de agência, sendo as comissões por produção e terceirização uma complementação.

Portanto, ao conceder desconto sobre os honorários pagos pelo anunciante, a agência renuncia apenas a parte dos honorários incidentes sobre o contrato, o que é plenamente compatível com a sua execução e legalmente permitido.

Dessa maneira, não existe o oferecimento de trabalho gratuito, mas um planejamento global, plenamente compatível com o regime de empreitada, em que os custos de criação e produção são pagos a partir do desconto de agência, que é "o abatimento concedido, com exclusividade, pelo Veículo de Comunicação à Agência de Publicidade, a título de remuneração, pela criação/produção de conteúdo e intermediação técnica entre aquele e o Anunciante".

Por outro lado, a possibilidade de desclassificação de uma proposta por preço inexequível, com base em critérios objetivos e na Lei 8.666/93, somente é possível quando se tratar de "obras ou serviços de engenharia" (conforme artigo 48). Caso contrário, em que o objeto licitado

tratar de compras e serviços a Lei não prevê a utilização de qualquer critério objetivo de aferição da inexequibilidade da proposta.

Outrossim, qualquer análise de inexequibilidade ou critério utilizado para sua avaliação deverá ser previsto no Edital.

Sendo assim, agiu corretamente a Comissão Permanente de Licitação, porque se, por hipótese, pretendesse apontar a inexequibilidade de alguma proposta, deveria fazê-lo sob critérios objetivos de julgamento, em cumprimento ao Princípio do Julgamento Objetivo e ainda deveria comprovar que:

1) a proposta não demonstra sua viabilidade, por não ter apresentado documentação comprobatória de que os custos dos insumos são coerentes com os de mercado; e

2) os coeficientes de produtividade não são compatíveis com o fornecimento ou a prestação do serviço.

Para a modalidade pregão — utilizada para aquisição de "bens e serviços comuns" — o TCU proferiu importante decisão, na qual não cabe ao pregoeiro declarar a inexequibilidade, mas requerer ao licitante — que ofertara preço muito baixo — a missão de demonstrar a exequibilidade do mesmo:

> "Nos termos da jurisprudência do TCU, não cabe ao pregoeiro ou à comissão de licitação declarar a inexequibilidade da proposta da licitante, mas facultar aos participantes do certame a possibilidade de comprovarem a exequibilidade das suas propostas.
>
> De fato, assiste razão aos Responsáveis quando aduzem que não há regra específica sobre a inexequibilidade de preços para a aquisição de bens de consumo. A Lei nº 8.666/1993, utilizada de forma subsidiaria no pregão, define parâmetros de cálculo para a verificação da exequibilidade, somente para obras e serviços de engenharia (art. 48, 81º). Também não há nos Decretos nºs 3.555/2000 e 5.450/2005, que regem o pregão, dispositivo especifico tratando de inexequibilidade de preços.
>
> Diante desta lacuna, não cabe ao pregoeiro estipular, de maneira subjetiva, critérios de exequibilidade de preços, uma vez que não ha espaço para

subjetivismos na condução dos certames públicos (art. 44, 81º, da Lei nº 8.666/1993.).

Para essas situações, já decidiu esta Corte que não cabe ao pregoeiro ou a comissão de licitação declarar a inexequibilidade da proposta da licitante, mas facultar aos participantes do certame a possibilidade de comprovarem a exequibilidade das suas propostas (Acordão nº 1.100/2008 — Plenário).

Tal solução privilegia o interesse público, ao resguardar a Administração de levar a frente um certame em que a proposta e inexequível, no mesmo passo em que impede a utilização de subjetivismos na decisão.

Assim, como ficou demonstrado, a decisão de alijar do pregão aqueles que ofertaram preço de R$ 235,00, ou próximos a este valor, foi irregular, porquanto baseada em critério subjetivo, e em afronta a jurisprudência deste Tribunal, no sentido de que deve ser facultado aos participantes do certame a possibilidade de comprovarem a exequibilidade das suas propostas". (Acórdão TCU nº 559/2009 - 1º Câmara - Min. Rel, — PJ 21/12/2015)

E ainda continuou o TCU a decidir no mesmo sentido, em relação a outras modalidades de licitação:

"1. A conciliação do dispositivo no § 3º do art. 44 da Lei nº 8.666/1993 com o inciso X do art. 40 da mesma lei, para serviços outros que não os de engenharia, tratados nos § 1º e 2º do art. 48 da Lei 8.666/1993, impõe que a Administração não fixe limites mínimos absolutos de aceitabilidade de preços unitários, mas que faculte aos licitantes a oportunidade de justificar situação peculiar que lhes permita ofertar preços aparentemente inexequíveis ou de questionar os valores orçados pela Administração. 2. Verificado não houve prejuízo ao interesse público dado o amplo caráter competitivo do certame, não se justifica a anulação da licitação se a autora da representação eximiu-se de demonstrar a exequibilidade de sua proposta." (Acórdão nº 363/20007, Plenário, rel Min. Benjamin Zymler) grifamos

"10. A propósito do procedimento, ora anunciado, parece-me imperioso frisar, de início, que, nos termos legalmente estabelecidos, é prevista a desclassificação de proposta na licitação que tenham valor global superior ao limite estabelecido ou que apresentem preços manifestamente inexequíveis, significando dizer que, uma vez submetidos ao critério estabelecido no § 1º anteriormente transcrito, os

preços que se situem em inexequíveis, deverão, necessariamente, ser objeto de demonstração de viabilidade pela empresa que os ofertou, sob pena de, não logrando êxito nessa comprovação, ter desclassificada sua proposta." (Acórdão nº 1.470/2005, Plenário, rel Min. Ubiratan Aguiar)

"A proposta de licitante com margem de lucro mínima ou sem margem de lucro não conduz, necessariamente, à inexequibilidade, pois tal fato depende da estratégia comercial da empresa. A desclassificação por inexequibilidade deve ser objetivamente demonstrada, a partir de critérios previamente publicados, após dar à licitante a oportunidade de demonstrar a exequibilidade de sua proposta.

Representação de empresa participante de pregão eletrônico conduzido pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB), destinado à contratação de serviços terceirizados e continuados de limpeza, asseio e conservação, apontara a desclassificação indevida da proposta da representante, sob alegação de inexequibilidade de preços, fundamentada "apenas na informação de que a sua margem de lucro seria de 0,1%". Realizadas as oitivas regimentais após a suspensão cautelar do certame, o relator, alinhado à unidade técnica, rejeitou as justificativas apresentadas, destacando a Súmula-TCU 262 segundo a qual "o critério definido no art. 48, inciso II, § 1º alíneas 'a' e 'b; da Lei nº 8.666/93 conduz a uma presunção relativa de inexequibilidade de preços devendo a Administração dar à licitante a oportunidade de demonstrar a exequibilidade da sua proposta". Mencionou ainda outras deliberações do Tribunal no sentido de que "a desclassificação deproposta por inexequibilidade deve ser objetivamente demonstrada, a partir de critérios previamente publicados" (grifos do relator).

Sobre a questão da margem de lucro, o relator relembrou o Acórdão 325/2007-Plenário que, no seu entendimento, poderia ser aplicado para a contratação de serviços continuados: "Dependendo da escolha da estratégia comercial, a empresa pode ser bem agressiva na proposta de preços, relegando a segundo plano o retorno do investimento considerado para o contrato ... As motivações para perseguir o sucesso em uma licitação em detrimento da remuneração

possível pela execução da obra variam: a empresa pode estar interessada na obra específica por sinergia com suas atuais atividades; pode haver interesse em quebrar barreiras impostas pelos concorrentes no mercado ...; pode haver interesse em incrementar o portfólio de execução de obras da empresa; pode haver interesse na formação de um novo fluxo de caixa advindo do contrato ... Esses exemplos podem traduzir ganhos indiretos atuais para empresa ou mesmo ganho futuro, na Ótica de longo prazo para o mercado. Assim, é possível que empresas atuem com margem de lucro mínima em propostas para concorrer nas contratações ... desde que bem estimados os custos diretos e indiretos. ". Por fim, destacou o relator, "não há norma que fixe ou limite o percentual de lucro das empresas", de forma que "atuar sem margem de lucro ou com margemmínima não encontra vedação legal, depende da estratégia comercial da empresa e não conduz necessariamente a inexecução da proposta". O Tribunal,seguindo o voto da relatoria, considerou procedente a Representação e fixou prazo para a anulação do ato de desclassificação da proposta da representante". (Acórdão 3092/2014-Plenário, TC 020.363/2014-1, relator Ministro Bruno Dantas, 12.11.2014).

Na obra "Direito da Publicidade", os autores são taxativos:

"(...)

Concluímos, então, que é lícito o oferecimento de propostas de serviço de publicidade em que a agência renuncia a qualquer remuneração atítulo de honorários referentes à produção ou a serviços prestados por terceiros. Essa conduta é plenamente compatível com o interesse público em uma licitação de tipo "técnica e preço", pois possibilita a contratação de um serviço pelo menor valor possível, sem que isso impliquecomprometimento da qualidade.

A estipulação do preço é deixada a critério da agência, a quem cabe calcular se o desconto padrão de agência é suficiente para remunerar todos os gastos envolvidos na prestação do serviço. E como esse desconto é tipicamente de 20% sobre a quantia despendida, a remuneração resultaria em algo em torno de 16% do valor do contrato, taxa essa que, longe de tornar inexequível a proposta, afigura-se como uma contraprestação razoável pelos serviços de criação, produção e veiculação envolvidos na publicidade". (Costa. Henrique Araújo Costa; Costa. Alexandre Araújo Costa. Direito da Publicidade: Ed, Thessaurus — pg. 95/96).

Assim, a apresentação de proposta que oferece desconto de 99% ou até mesmo de 100%, não é ilegal, mesmo porque a agência de publicidade não está se dispondo a trabalhar gratuitamente, mas apenas limitando sua remuneração a uma parte do desconto padrão de agência.

Como já mencionado, agiu corretamente a Comissão de Licitação, motivo pelo qual deve ser julgado improcedente o recurso.

Das contrarrazões apresentadas pela Licitante Multiface

A recorrida impugnou o recurso com os seguintes fundamentos:

1- DO RECURSO DA AG COMUNICAÇÃO

A RECORRENTE interpôs recurso em face da RECORRIDA alegando a tese de que a proposta de preços da recorrida seria inexequível tendo em vista que ofereceu desconto nos custos internos que vão de 95% sobre a tabela do Sindicato das Agências de Propaganda.

Sustenta ainda que os valores cobrados com base na tabela do Sindicato são destinados a remuneração da equipe de profissionais que serão colocados à disposição do contratante.

Verbera ainda que a remuneração dos custos dos serviços internos não se confunde com o desconto de Agência de 20% (vinte por cento) sobre a veiculação.

Alega ainda que os descontos apresentados são inexequíveis e que contrariam o que estabelece o § 3º do art. 44 da Lei 8.666/93.

Tece ainda comentários sobre a orientação do SINAPRO-SP relativo a apresentação de propostas e que as Normas Padrão permitem a negociação entre o anunciante e agência de Propaganda, mediante "fee mensal", o que não o caso dos presentes autos. Requer ao final a desclassificação da proposta de preços da recorrida, bem como das demais que apresentarem descontos similares.

2- QUANTO AO MÉRITO

Quanto ao mérito, o recurso da RECORRENTE AG COMUNICAÇÃO não deverá ser provido, conforme demonstraremos abaixo.

O edital no seu item 11 estabeleceu os critérios para apresentação da proposta de preços, enquanto o item 12 definiu os critérios de avaliação, bem como estabeleceu os limites mínimos para desconto sobre o custo interno, além dos limites máximos e mínimos sobre os honorários incidentes sobre serviços de terceiros. Vejamos:

> 11.2. A Proposta de Preço deverá ser apresentada tal qual consta do Anexo IV, indicando:
>
> 11.2.10 percentual de desconto (que a licitante oferecerá sobre os valores constantes da Tabela Referencial de Custos Internos do Sindicato das Agências de Propaganda do Distrito Federal — SINPAPRO/DF, vigente na data de entrego das Propostas) a ser concedido ao CFO, sobre o custo dos serviços internos, assim entendidos aqueles que são executados pelo pessoal e/ou com os recursos da própria Agência, calculado com base na Tabela Referencial de Custos Internos, podendo incidir sobre a Criação, Finalização, Supervisão ou Custo Total, editada pelo Sindicato das Agências de Propaganda do - Sinapro-Distrito Federal-DF, não acrescido de honorários nem de quaisquer encargos.
>
> 12.1. As Propostas de Preço das licitantes classificadas no julgamento das Propostas Técnicas serão analisadas quanto ao atendimento das condições estabelecidas neste Edital e em seus Anexos. 12.2. Os quesitos a serem valorados são os integrantes da Proposta de Preços da agência, cujo modelo constitui o Anexo IV, ressalvado que, nos termos do art. 46, 8 1º, da Lei nº 8.666/1993, os seguintes critérios devem ser obedecidos:
>
> a) não será aceito desconto inferior a 70% (setenta por cento), para os custos internos, de que trata o item "a" do Anexo IV;
>
> b) Honorários de 5% até 10% para os custos externos de que trata O item "b" do Anexo IV;
>
> c) Honorários de 5% até 10% para os custos externos de que trata o item "c" do Anexo IV.
>
> d) Honorários de 5% até 10% para os custos externos de que trata O item "d" do Anexo IV.

Não é difícil constatar que o edital estabeleceu limites máximos e mínimos para os honorários a serem cobrados da contratada sobre os custos internos de serviços prestados por terceiros.

No entanto, em relação ao desconto a ser concedido sobre os custos internos tendo como referência a Tabela do Sindicado das Agências de Propaganda do Distrito Federal, o edital em seu item 11.2 não estabeleceu limite máximo de desconto, enquanto a alínea "a" do item 12.2 estabeleceu apenas o desconto mínimo que deveria ser de 70% (setenta por cento) sob pena de desclassificação.

Observa, portanto, que o edital não estabeleceu limite máximo de desconto sobre os custos internos, e o desconto ofertado pela RECORRIDA, não é, e nunca será inexequível por duas razões.

A uma porque a remuneração da Agência de Propaganda é composta por um conjunto de fatores que somados, remunera os serviços prestados; a duas porque nem o edital, nem tão pouco o CENP proíbe ou estabelece limites de desconto sobre os custos internos.

E mais, o Edital no item 6 do Termo de Referência deixa claro que a contratada, além da remuneração prevista no item 5, a fará jus ao desconto de Agência nos termos do art. 11 da Lei nº 4.680/65, remuneração esta que é de 20 % (vinte por cento) sobre a veiculação. Vejamos:

> 6 . DESCONTO DE AGÊNCIA
>
> Além da remuneração prevista no item 5, a AGÊNCIA fará jus ao desconto de agência concedido pelos veículos de comunicação, em conformidade com o art. 11 da Lei nº 4.680/1965 e com o art. 7º do Regulamento para Execução da Lei nº 4.680, aprovado pelo Decreto nº 57.690/1966.

Não é segredo para nenhuma agência de propaganda que a Comissão de Agência é o maior percentual que compõe a remuneração dos contratos de publicidades celebrados com entes públicos, pois historicamente a veiculação de publicidade representa de 75% a 80% da verba aplicada em publicidade.

Dessa forma, o custo com o planejamento, concepção, criação e produção de terceiros, variam de 20% a 25% de toda a verba publicitária.

Igualmente é sabido que, os custos internos de criação representam o menor percentual do custo de produção, se comparado com os demais itens constantes do edital que estabeleceu limites de honorários de 5% a 10% por cento sobre serviços de terceiros.

Verifica-se no edital e no contrato, que a agência a ser contratada terá como remuneração, além daqueles constantes do Anexo IV (Proposta de Preços) o percentual líquido de 20% (vinte por cento) sobre as veiculações. Considerando que a média de veiculação varia de 75% a 80% do valor do contrato, isto representará no mínimo uma remuneração à Agência que vier a ser contratada pelo CFO, num percentual de 15% (quinze por cento) sobre o valor total do contrato somente a título de desconto de Agência, o que significa que a Agência terá uma remuneração estimada de no mínimo R$ 750.000,00 (setecentos e cinquenta mil reais) ao longo de um ano, já a verba referencial anual é de R$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais), além dos honorários sobre os serviços de terceiros.

Dessa forma a proposta de preço não deve ser analisada de forma isolada como quer a recorrida, mas todo o seu conjunto remuneratório.

Ressalta-se ainda que a recorrente menciona que a proposta da recorrida estaria em desacordo com as Normas Padrão da Atividade Publicitária. No entanto, as normas padrão de propaganda, justamente dispõem sobre o assunto de forma contrária ao entendimento da recorrente.

Vejamos o que diz as Normas Padrão, na qual trata do assunto no caso de contratação com o poder público e, que a remuneração prevista nos três quesitos acima mencionados poderão ser eliminados/excluídos/suprimidos. Segue transcrição:

> "2.11 Nas contratações com o setor público, os anunciantes de cada Poder e Esfera Administrativa serão considerados como departamentos de um só anunciante, para efeito de aplicação dos dispositivos econômicos destas Normas-Padrão, ainda que os contratos sejam celebrados separadamente com cada órgão, autarquia, empresa, fundação, sociedade de economia mista ou outro tipo de entidade governamental.
>
> 2.11.1 Consideram-se esferas Administrativas distintas o Município, o Estado e a União.
>
> 3.11.2 O disposto neste item aplica-se à:
>
> a) reversão da parcela do "desconto de agência", de que tratam os itens 2.7, 3.5 e 4.4;
>
> b) negociação do custo dos serviços internos, de que trata o item 3.6, que poderão ser integralmente eliminados/excluídos/suprimidos;

c) negociação dos honorários incidentes sobre os serviços de que trata o item 3.6. q ressalvado que os referidos honorários poderão ser integralmente eliminados/excluídos/suprimidos quando se tratar de ações de comunicação que geram veiculação;

d) negociação dos honorários de que trata o item 3.6.2".

Ora, se a própria "Normas Padrão da Atividade Publicitária" permite a transferência da parcela do desconto padrão, a concessão de desconto no percentual de 95% nos custos internos, quando o contratante for um Ente Público, não há como dar provimento ao recurso da recorrente sob a alegação de preços inexequíveis ou pelo excesso de desconto concedido à Administração. Nem se diga que as propostas feriram os arts. 44 e seguintes da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, haja vista que,conforme expusemos acima, a contratada, mesmo ofertando desconto de 100% (cem por cento) sobre os custos internos, não terá remuneração igual a zero. Não se podeobservar individualmente os itens que compõem a remuneração para análise de inexequibilidade, haja vista que esta é composta por 04 (quatro) itens e deve-se levar em conta o total da remuneração que a licitante/contratada auferirá, e não apenasum item isoladamente com quer a recorrente.

A proposta inexequível é aquela que não se reveste de condições de ser cumprida, porquanto gera ao seu autor mais ônus do que vantagens. Frequentemente, a proposta inexequível é apurada mediante a constatação de que o preço ofertado não cobre os custos necessários a sua execução. No presente caso, como demonstramos acima, com a estimativa de receita que a suposta contratada auferirá, não se pode dizer que ela não terá vantagens econômicas na execução do contrato. Ao contrário, uma remuneração anual estimada em torno de no mínimo R$ 750.000,00 (setecentos e cinquenta mil reais) certamente trará vantagens econômicas à contratada e não inviabilizará a execução dos serviços a serem prestados, além de ser vantajosa para a administração, e atende plenamente ao interesse público.

Importante ressaltar ainda que a recorrida é uma das maiores Agências de Propaganda do Estado de Goiás, e possui um grande número de clientes. Dessa forma o seu custo operacional, é coberto por todos os seus clientes e não por um único contrato, como quer a recorrente.

A desclassificação da proposta de preços da recorrida, como quer a recorrente, por irrisoriedade de preço, depende da evidenciação da inviabilidade de sua execução, o que não foi demonstrado. Além do mais, conforme já decidiu o Egrégio Tribunal de Minas Gerais, a alegação de proposta inviável economicamente não dever ser analisada de forma absoluta, o que significa que o art. 44 da Lei 8.666/93 não deve ser auto- aplicado como quer a recorrida, assim como o §1º do Art. 48 se aplica tão somente às obras de engenharia. Abaixo transcrevemos a decisão do TJMG:

> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
> AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.0024.05.696265-7/001C
> OMARCA DE BELO HORIZONTE
> RELATOR DES. ALVIM SOARES
> AGRAVANTE(S) ê SCOUT PROMOÇÕES EVENTOS LTDA
> AGRAVADO(A)(S) ê ESTADO MINAS GERAIS
> AUTORIDADE: DIRETOR SUPCIA GESTAO SECRET ESTADO SAÚDE MINAS GERAIS COATORA
> EMENTA
> AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. MODALIDADE PREGÃO. MENOR PREÇO. IMPOSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO. "FUMUS BONI IURIS " AUSÊNCIA. RECURSO IMPROVIDO. "Em princípio, e para fins de análise da existência do fumus boni iuris não se pode afirmar que o processo licitatório contém irregularidades, eis que, a alegação de proposta inviável economicamente não deve ser analisada de forma absoluta".
> ACÓRDÃO
> Av. Primeira Avenida, Qd. 01-B, Lts. 25, Sala 2, Condomínio Cidade Empresarial, CEP: 74.934-600 Aparecida de Goiânia - GO - Fone: (62) 3097-7001 e-mail: amppQamppropaganda.com.br vistos etc., acorda, em Turma, a 72 CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.
> Belo Horizonte, 06 de junho de 2006.

Vejamos ainda a lição do professor Marçal Justem Filho, in Comentários a Lei de Licitações e Contratos Administrativos — 102 Ed. Dialética 2004 pag. 447/448 a respeito dainexequibilidade das propostas de preços.

> "5) A QUESTÃO DA INXEQUIBILIDADE
>
> O tema comporta uma ressalva prévia sobre a impossibilidade de eliminação de propostas vantajosas para o interesse público. A desclassificação por inexequibilidade apenas pode ser admitida como exceção, em hipóteses muito restritas. Nesse ponto, adotam-se posições distintas das anteriormente perfilhadas. O núcleo da concepção ora adotada reside na impossibilidade de o

Estado transformar-se em fiscal da lucratividade privada e na plena admissibilidade de propostas deficitárias.

5.1)A distinção entre inexequibilidade absoluta (subjetiva) e relativa (objetiva)

Discorda-se do entendimento de que todas as hipóteses de inexequibilidade comportam tratamento jurídico idêntico. Ao contrário, deve impor-se uma diferenciação fundamental, destinada a averiguar se a proposta pode ou não ser executada pelo licitante, ainda que seu valor seja deficitário. A questão fundamental não reside no valor da proposta, por mais ínfimo que o seja — o problema é a impossibilidade de o licitante executar aquilo que ofertou.

A formulação desse juízo envolve uma avaliação de capacidade patrimonial do licitante. Se ele dispuser de recursos suficientes e resolver incorrer em prejuízo, essa é uma decisão empresarial privada. Não cabe à Administração a tarefa de fiscalização da lucratividade empresarial privada. Sob esse ângulo, chega a ser paradoxal a recusa da administração em receber proposta excessivamente vantajosa.

5.2) A imposição Constitucional: admissibilidade de benefícios em prol do Estado

Enfim, seria inconstitucional o dispositivo legal que vedasse a benemerência em prol do Estado. Impor ao Estado o dever de rejeitar proposta gratuita é contrário à Constituição. Se um particular dispuser-se a aplicar seus recursos para auxiliar o Estado, auferindo remuneração irrisória, isso não pode ser vedado por dispositivo infraconstitucional. Cabe admitir, portanto, que O Estado perceba vantagens e benefícios dos particulares.

5.3) A responsabilidade do particular por propostas deficitárias

Mais ainda, um particular plenamente capaz pode dispor de seus bens, inclusive para lançar-se em empreitadas econômicas duvidosas. Poderá assumir riscos, de que derivarão prejuízos. Não é cabível que o Estado assuma, ao longo da licitação, uma função similar à de curatela dos licitantes. Se um particular comprometer excessivamente seu patrimônio, deverá arcar com o insucesso correspondente.

5.4) O campo de atuação da vedação legal

O que não se concebe é que, a pretexto de realizar benefício para o Estado, comprometa-se a satisfação do interesse público. Não se admite que o particular formule previsões equivocadas e, pensando realizar proposta onerosa, assuma encargos incompatíveis com suas condições

Portanto, a questão da proposta inexequível apenas adquire relevância jurídica quando colocar em risco o interesse público. Vale dizer, se uma proposta de valor irrisório for plenamente executável por um particular, não estará em jogo o interesse público. A proposta não deverá ser excluída do certame".

Resta, portanto, demonstrado de forma inequívoca que a proposta de preços apresentada pela recorrida é plenamente exequível e compatível com as regras de mercado,não sendo inexequível como quer a recorrente.

Das contrarrazões apresentadas pela licitante Escala

A recorrida impugnou o recurso com os seguintes fundamentos:

A fim de facilitar o já árduo trabalho desta Comissão, a Recorrida opta por expor suas impugnações ao recurso interposto da forma mais didática possível, sustentando assim a exequibilidade de sua proposta.

Como dito anteriormente, respeita-se, sempre, sob qualquer custo, o contraditório e a ampla defesa. Mas deve-se rechaçar de antemão qualquer afirmação desarrazoada. Alude-se, por fundamental, que dentre os princípios basilares do processo licitatório, nos termos do art. 3º da Lei nº 8.666/93, destaca-se o da moralidade, o qual torna compulsório o comportamento ético e escorreito tanto por parte dos integrantes da Administração Pública como, e especialmente, pelos licitantes. Não se pode admitir, à luz da legítima concorrência, imputações desprovidas de qualquer embasamento técnico.

No Recurso interposto, a Recorrente afirma que a proposta da empresa ESCALA é constituída de preço manifestamente inexequível. Percebe-se, entretanto, que a Recorrente não apresenta sequer a definição doutrinária a respeito do que deve ser considerado preço inexequível. Desse modo, não traz em seu recurso qualquer elemento, fato ou prova que fundamente tal alegação. Ou será que a Recorrente considera que a simples alegação de que o preço está "abaixo do preço referência do mercado" é motivo para declarar uma proposta inexequível? Grave engano. Grave!

A proposta apresentada pela ESCALA é objetivamente exequível, elaborada dentro dos critérios estabelecidos pelo edital de licitação.

Fundamental esclarecer que os recursos apresentados nos processos licitatórios devem ser acompanhados de elementos robustos e incontroversos, como forma de respaldar os argumentos trazidos na peça recursal. Em especial, refutações atinentes aos preços ofertados devem trazer os fundamentos que demonstrem, de forma incontroversa, os requisitos necessários para a configuração de inexequibilidade.

Como dito, a peça recursal ora combatida não trouxe qualquer comprovação de que o preço seria inexequível. Assim sendo, aceitar as alegações propostas significa rejeitar, sem quaisquer fundamentos legais ou plausíveis, uma proposta mais vantajosa ao Conselho. Nesse contexto, necessário destaque se faz à uníssona jurisprudência do Egrégio Tribunal de Contas da União:

> "Não bastasse essa grave falha, verificou-se que não foi dada ao licitante desclassificado por inexequibilidade a oportunidade de demonstrar a viabilidade de sua oferta. Essa impropriedade também se afigura grave porque, como firmado na doutrina afeta a matéria e na jurisprudência desta Corte (vide relatório supra), o juízo de inexequibilidade de uma proposta não é absoluto, mas admite demonstração em contrário. Isso, porque não se pode descartar a possibilidade de que o licitante seja detentor de uma situação peculiar que lhe permita ofertar preço inferior ao limite de exequibilidade estimado pelo contratante. Por exemplo, é perfeitamente possível que uma empresa, em especial de maior porte, partilhe custos - como infraestrutura, pessoal etc., entre os diversos clientes, resultando em redução nos preços de seus serviços. Também não se pode descartar que, muitas vezes, a estimação da exequibilidade pelo contratante possa apresentar deficiências, visto que sua visão de mercado não tem abrangência e precisão comparáveis as da empresa que atua no ramo. Em vista dessas ocorrências, restou prejudicado o contratante que poderia ter obtido melhor preço e, consequentemente, uma proposta mais vantajosa". Acórdão nº 1.248/2009 Plenário (Proposta de Deliberação do Ministro Relator). (Grifamos).

> "Entretanto, gostaria de registrar que esta Corte de Contas tem jurisprudência consolidada no sentido de que não cabe ao Pregoeiro ou a Comissão de Licitação declarar a inexequibilidade da proposta da licitante, devendo facultar aos participantes do certame a possibilidade de comprovarem a exequibilidade-de suas propostas". Acórdão nº 1.100/2008 Plenário (Declaração de Voto). (Grifamos).

"Abstenha-se de fixar, quanto aos critérios de aceitabilidade de preços, limite mínimo para as propostas de preços, ressalvados apenas os preços manifestamente inexequíveis, observando estritamente o princípio legal expresso da vedação do estabelecimento de limite mínimo". Acórdão nº 354/2008 Plenário.

"(...) A Lei no 8.666/1993, é absolutamente clara em prescrever a não existência de qualquer limite inferior para as propostas, a teor do art. 40, inciso X,(...). Ora, se a proposta é exequível, não há por que temer que a execução resulte prejudicada por esse simples fato, olvidando-se as garantias previstas na lei e as penalidades cominaveis ao contratante inadimplente com suas obrigações". Acórdão nº 354/2008 Plenário (Voto do Ministro Relator). (Grifamos).

Resta claro que tal alegação recursal consiste em verdadeira "esquizofrenia jurídica", posto que a proposta de preço apresentada pela empresa Recorrida apresentou valores dentro dos parâmetros amplamente utilizados pelo mercado, tanto o é que oito agências participaram do certame e apresentaram propostas COMPETITIVAS. E ser competitivo não significa automaticamente ser a proposta IMPOSSÍVEL DE SER EXECUTADA.

Ademais, procurou a Recorrente analisar o item de desconto para custos internos de forma isolada, o que deve ser de antemão rechaçado, uma vez que o mesmo Edital previu a remuneração da empresa via 'comissão de mídia' e 'honorários de produção".

Sobre o tema, convém inclusive destacar que o próprio Tribunal de Contas da União, por meio do Acórdão nº 2158/2017 — Plenário, orienta para supressão de cobrança de custos internos seguindo as Normas Padrão da Atividade Publicitária - CENP, conforme trecho em destaque:

"3.11. Nas contratações com o setor público, os anunciantes de cada Poder e Esfera Administrativa serão considerados como departamentos de um só anunciante, para efeito de aplicação dos dispositivos econômicos destas Normas-Padrão, ainda que os contratos sejam celebrados separadamente com cada órgão, autarquia, empresa, fundação, sociedade de economia mista ou outro tipo de entidade governamental.

3.11.1. Consideram-se esferas Administrativas distintas o Município, o Estado e a União.

3.11.2. O disposto neste item aplica-se à:

a. reversão da parcela do "desconto de agência", de que tratam os itens 2.7, 3.5 e 6.4;

b. negociação do custo dos serviços internos, de que trata o item 3.6, que poderão ser integralmente eliminados/excluídos/suprimidos;"

Devido a uma avaliação interna, que cabe tão somente a esta Recorrida, concluiu-se que as demais formas de remuneração, e não somente o valor após aplicação do desconto em 95%, satisfazem a política financeira da empresa para execução do Contrato perante o CFO.

No que concerne à exequibilidade, a Recorrente demonstra desconhecer o conceito doutrinário, legal e jurisprudencial do tema em debate, o que se mostra ainda mais evidente pelo fato de que, como dito anteriormente, em nenhum momento, a empresa foi capaz de demonstrar que os valores propostos pela Recorrida não são suficientes para execução do objeto contratado.

A inexequibilidade de preços sempre foi e sempre será um tema que envolverá grandes debates na seara das licitações públicas, vez que coloca em choque posicionamentos os quais buscam tanto a preservação do interesse público quanto a economicidade da contratação. Verifica-se rotineiramente certa dificuldade na fixação de critérios objetivos para atestar a exequibilidade, ou não, dos preços ofertados, de modo que a incerteza pode permear o ato de julgamento das propostas sob esse fundamento.

De uma forma geral, como no caso em apreço, a inexequibilidade enseja a possibilidade de desclassificação de uma proposta cujo preço é manifestamente insuficiente para cobrir os custos de execução do Contrato, portanto sem condições de ser cumprida. Assim, diante do altíssimo risco de perda de tempo e recursos públicos, a inexequibilidade fundamenta a não adjudicação do objeto do certame àquela proponente que ao longo da execução do contrato, não conseguiria obter o resultado almejado. Mas isso não ocorre com a ESCALA!

Desta maneira, com intuito de afastar tais alegações, a Recorrida atentou-se para elaboração de proposta de preço com base não só no racional técnico acima descrito (levando em consideração demais remunerações) mas principalmente com a comparação de valores de outros contratos executados pela empresa que se equiparam ao do Conselho.

Por fim, convém ainda destacar que propostas ofertadas por empresas distintas, cujos valores possuem elevado grau de similitude, não necessariamente são igualmente exequíveis ou inexequíveis, sob pena de admitirmos que todas as empresas possuem a mesma metodologia de trabalho, os mesmos custos operacionais, a mesma capacidade de produção de trabalho intelectual, para citarmos alguns.

A definição dos preços, especialmente quando relacionados à execução de serviços técnicos especializados, dependerá, além das exigências definidas pelo contratante, de características e condições próprias de cada empresa. Por certo, o que é exequível para uma, pode ser claramente inexequível para outra, motivo pelo qual a análise de preços deve ser feita de forma individualizada, levando-se em consideração as particularidades de cada proponente.

Da análise da Presidente da CPL e da Assessoria Jurídica do CRO/RS sobre o Recurso

Após a análise das razões do Recurso e das contrarrazões apresentadas, onde foi oportunizado às empresas licitantes o direito ao contraditório e à ampla defesa, inclusive em relação à tese de inexequibilidade das suas propostas, a Presidente da Comissão Permanente de Licitação, alicerçada pelo assessoramento jurídico dos advogados do CRO/RS, entendeu que apenas podem ser consideradas inexequíveis as propostas de preço que apresentaram descontos de 100%, 99% e 98%. Isso porque as três empresas, em que pese devidamente intimadas para apresentar contrarrazões e comprovar sua condição de execução do objeto do contrato a partir do recebimento de 0%, 1% e 2%, não o fizeram.

Cabe frisar, neste aspecto, que o recurso apresentado pela Ag Comunicação foi apenas quanto a inexequibilidade das propostas, sendo dever das Recorridas não apenas contestar de forma genérica, mas comprovar sua capacidade financeira e orçamentária de executar o contrato e arcar com as despesas nele previstas, como por exemplo, instalação de sede em Brasília, o que não restou comprovado.

Já duas empresas recorridas, em suas contrarrazões indicaram a possibilidade de executar o contrato recebendo o percentual de 5% dos valores dos custos internos, uma vez que

concederam desconto de 95%, entende a Presidente da CPL e os assessores jurídicos do CRO/RSplenamente viável tal percentual de remuneração.

Importante destacar os trechos das contrarrazões que indicam aa exequibilidade das propostas, senão vejamos:

A Licitante Multiface indicou a exequibilidade de sua proposta conforme trecho que segue:

"Verifica-se no edital e no contrato, que a agência a ser contratada terá como remuneração, além daqueles constantes do Anexo IV (Proposta de Preços) o percentual líquido de 20% (vinte por cento) sobre as veiculações. Considerando que a média de veiculação varia de 75% a 80% do valor do contrato, isto representará no mínimo uma remuneração à Agência que vier a ser contratada pelo CFO, num percentual de 15% (quinze por cento) sobre o valor total do contrato somente a título de desconto de Agência, o que significa que a Agência terá uma remuneração estimada de no mínimo R$ 750.000,00 (setecentos e cinquenta mil reais) ao longo de um ano, já a verba referencial anual é de R$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais), além dos honorários sobre os serviços de terceiros.

Dessa forma a proposta de preço não deve ser analisada de forma isolada como quer a recorrida, mas todo o seu conjunto remuneratório."

(...)

A proposta inexequível é aquela que não se reveste de condições de ser cumprida, porquanto gera ao seu autor mais ônus do que vantagens. Frequentemente, a proposta inexequível é apurada mediante a constatação de que o preço ofertado não cobre os custos necessários a sua execução. No presente caso, como demonstramos acima, com a estimativa de receita que a suposta contratada auferirá, não se pode dizer que ela não terá vantagens econômicas na execução do contrato. Ao contrário, uma remuneração anual estimada em torno de no mínimo R$ 750.000,00 (setecentos e cinquenta mil reais) certamente trará vantagens econômicas à contratada e não inviabilizará a execução dos serviços a serem prestados, além de ser vantajosa para a administração, e atende plenamente ao interesse público.

Importante ressaltar ainda que a recorrida é uma das maiores Agências de Propaganda do Estado de Goiás, e possui um grande número de clientes. Dessa forma o seu custo operacional, é coberto por todos os seus clientes e não por um único contrato, como quer a recorrente."

Já a Licitante Escala, que durante a licitação já comprovou possuir escritório em Brasília, fundamentou sua capacidade de executar o contrato com os seguintes argumentos:

"Ademais, procurou a Recorrente analisar o item de desconto para custos internos de forma isolada, o que deve ser de antemão rechaçado, uma vez que o mesmo Edital previu a remuneração da empresa via 'comissão de mídia' e 'honorários de produção".

(...)

Devido a uma avaliação interna, que cabe tão somente a esta Recorrida, concluiu-se que as demais formas de remuneração, e não somente o valor após aplicação do desconto em 95%, satisfazem a política financeira da empresa para execução do Contrato perante o CFO.

(...)

Desta maneira, com intuito de afastar tais alegações, a Recorrida atentou-se para elaboração de proposta de preço com base não só no racional técnico acima descrito (levando em consideração demais remunerações) mas principalmente com a comparação de valores de outros contratos executados pela empresa que se equiparam ao do Conselho.

Por fim, convém ainda destacar que propostas ofertadas por empresas distintas, cujos valores possuem elevado grau de similitude, não necessariamente são igualmente exequíveis ou inexequíveis, sob pena de admitirmos que todas as empresas possuem a mesma metodologia de trabalho, os mesmos custos operacionais, a mesma capacidade de produção de trabalho intelectual, para citarmos alguns.

A definição dos preços, especialmente quando relacionados à execução de serviços técnicos especializados, dependerá, além das exigências definidas pelo contratante, de características e condições próprias de cada empresa. Por certo, o que é exequível para uma, pode

ser claramente inexequível para outra, motivo pelo qual a análise de preços deve ser feita de forma individualizada, levando-se em consideração as particularidades de cada proponente."

Assim, resta evidente que a análise da exequibilidade deve ser feita considerando a estrutura e capacidade financeira de cada licitante, cujos documentos foram juntados no Envelope 01 – capacidade de atendimento e repertório, bem como o percentual de desconto oferecido por cada uma destas em comparação com a sua estrutura, motivo pelo qual a Presidente da Comissão de Licitação amparada no posicionamento jurídico dos advogados do CRO/RS, entende que o percentual de 5%, considerando as condições das referidas Licitantes, é exequível para o objeto da Licitação.

Porém, no caso das demais licitantes recorridas, estas não lograram êxito em comprovar a exequibilidade de suas propostas no prazo concedido pela CPL. Assim, a fim de evitar prejuízo à entidade bem como à execução do contrato, bem como em razão do lapso temporal para a implementação de escritório em Brasília após a contratação que, caso descumprido, inviabilizaria a manutenção da contratação e consequentemente a campanha do mês do cirurgião dentista que ocorrerá em outubro de 2019, a CPL decide pelo acolhimento parcial do Recurso apresentado pela Licitante Ag Comunicação LTDA – EPP, no tocante as proposta de preços referente aos custos internos das Empresas Brasil84 Publicidade e Propaganda Ltda – ME, SGNA Publicidade e Propaganda EIRELI e Propaganda Desigual LTDA – ME.

Isto porque, em que pese o Edital não tenha previsto um percentual de desconto máximo, as licitantes recorridas não demonstraram os meios de executar o contrato de forma plena e com qualidade, percebendo percentual de 1%. 0% e 2% sobre os valores dos custos internos, ônus que cabia a elas.

Ainda, em que pese o orçamento estimado da presente licitação seja de valor relevante, o CFO não estaria obrigado a contratar fornecedores externos, como TV, rádio, jornal, entre outros, podendo optar pela utilização de seus canais de comunicação próprios e sem custo para a realização de campanhas ou divulgação.

Assim, o recebimento de percentual de custos internos seria vital para o bom desempenho das atividades da contratada, ainda mais considerando-se a necessidade de instalação de um escritório em Brasília para atender ao CFO.

Embora se possa alegar que o valor do prejuízo seria absorvido pela estrutura empresarial, há necessidade de se verificar se a licitante, por exemplo, teria grande estrutura que pudesse cobrir todas as despesas operacionais de uma proposta inexequível, com lucro negativo e, ainda, manter a saúde das entregas editalícias, ainda mais no atual cenário econômico totalmente desfavorável. Não veio aos autos prova cabal neste sentido.

A Administração deve certificar, ainda, se a licitante vencedora adotou projeção correta quanto à carga tributária e aos outros encargos incidentes sobre a execução do objeto. O procedimento licitatório tem um objetivo, que é oportunizar, após sua realização, a formalização do contrato entre a Administração e o licitante vencedor.

Desta forma, se o conteúdo da proposta, não só quanto ao preço como às demais condições, não permite que, se vencedora, se realize o contrato administrativo, não ingressa na razoável área da competitividade e desatende o essencial objetivo da avença posterior.

O art. 173, § 4º, da Constituição, é expresso:

"A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros."

Ora, diante da clareza do referido dispositivo constitucional, que veda a adoção de práticas tendentes à dominação de mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros, aceitar uma proposta inexequível sob o fundamento de que o licitante tem condições de cumpri-la, implica em reconhecer que a administração está a salvo da observância de normas constitucionais, o que se revela contrário aos ditames do Estado de Direito e aos princípios da legalidade e da moralidade (a busca desenfreada da melhor proposta autoriza o descumprimento da Constituição?).

O inciso II do Art. 48 da Lei 8.666/93, dispõe:

"Art. 48. Serão desclassificadas:

II - propostas com valor global superior ao limite estabelecido ou com preços manifestamente inexequíveis, assim considerados aqueles que não venham a ter demonstrada sua viabilidade através de documentação que comprove que os

custos dos insumos são coerentes com os de mercado e que os coeficientes de produtividade são compatíveis com a execução do objeto do contrato, condições estas necessariamente especificadas no ato convocatório da licitação".

Assim, no que tange à situação das propostas apresentadas, que apresentam desconto de 100%, 99% e 98% dos custos internos, é de ser reconhecida sua inexequibilidade e determinada a sua desclassificação.

Assim, à semelhança do que fez o legislador no § 1º do art. 48, da Lei 8.666/93, devem-se considerar como parâmetro, não apenas o valor apontado pela Administração (mínimo 70% de desconto), mas, também, as propostas apresentadas pelos demais licitantes.

A fragilidade de uma proposta inexequível pode se configurar em uma verdadeira armadilha para o órgão licitante, em que o primeiro classificado vence o certame, atinge seus objetivos empresarias, quaisquer que sejam, fracassa na execução do objeto e rapidamente se socorre da revisão de preços.

O Tribunal de Contas da União já decidiu sobre o tema:

"Com efeito, ao admitir uma proposta com tais imperfeições, a administração **pública pode ficar sujeita a uma posterior oposição de dificuldades para a execução contratual de parte da empresa. Não seria surpresa se, frustrada a alíquota incerta, que possibilitou cotações mais baixas e a adjudicação do objeto, a contratada viesse alegar a necessidade de equilíbrio econômico-financeiro, com base, por exemplo, no §5º do art. 65 da Lei nº 8.666/93: (...). Chancelar uma promessa como se fosse uma prescrição de lei, com a boa intenção de contratar por menos, pode acabar trazendo consequências danosas para os cofres públicos.** Além disso, transgride o princípio da legalidade desprezando, no caso, a realidade tributária. (grifos editados).

No mesmo sentido são as lições de Marçal Justen Filho:

Admitir generalizadamente a validade de propostas de valor insuficiente pode significar um incentivo a práticas reprováveis. O licitante vencedor procurará

alternativas para obter resultado econômico satisfatório. Isso envolverá a redução da qualidade da prestação, a ausência de pagamento dos tributos e encargos devidos, a formulação de pleitos perante a Administração e assim por diante. 1 Acórdão nº 395/2005, Plenário, rel. Min. Ubiratan Aguiar. 2 JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários a Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 14ª edição. Dialética: São Paulo, 2010 – pág. 654-655.

Usualmente, a contratação avençada por valor insuficiente acarretará a elevação dos custos administrativos **de gerenciamento do contrato**. Caberá ao contratante manter grande vigilância quanto à qualidade e perfeição do objeto executado e litígios contínuos com o particular, sempre interessado em obter uma solução que propicie a reestruturação da contratação.

Logo, as vantagens obtidas pela Administração poderão ser meramente aparentes. No final, a Administração obterá um objeto de qualidade inferior ou se deparará com problemas muito sérios no tocante à execução do contrato.

Isso significa que as propostas devem ser avaliadas com base nos critérios elementares apontados no Edital e nas demais normas aplicáveis à espécie. No caso em tela, a Administração deve se certificar que o menor preço ofertado pagará não apenas os profissionais altamente qualificados que se exige para a execução do objeto, mas, também, todos os custos operacionais e legais que envolvem a contratação e a manutenção destes profissionais.

Os arts. 44, §3º e 48, II e §§1º e 2º, devem ser interpretados no sentido de que a formulação de proposta de valor reduzido exige a avaliação cuidadosa por parte da Administração.

A Administração, quando verifica o preço manifestamente inexequível tem o dever de atestar a plausibilidade da composição do preço final, especialmente no tocante à compatibilidade entre os preços ofertados e os valores de mercado.

A legislação de regência veda que sejam aceitos preços superiores ao estimado (excessivos), e no mesmo sentido proíbe a admissão de propostas com preços muito aquém do orçado pelo órgão licitante.

Na hipótese desse certame é possível verificar que as três licitantes, no anseio de obter a contratação, ultrapassaram o limite da exequibilidade, reduzindo os preços a valores inferiores aos manifestamente plausíveis. É nesse sentido, para evitar ações aventureiras, que as normas pertinentes buscam imperativamente que a Administração se resguarde da formulação de propostas com preços inexequíveis.

Para tanto, o órgão licitante deve estar certo de que o contrato será executado nos moldes exigidos no edital e na legislação pertinente.

Considerando tudo o que foi exposto é de se concluir que as propostas das três licitantes recorridas são manifestamente inexequíveis ao se comparar com o preço estimado e o percentual de desconto proposto, bem como em razão de que duas delas não apresentaram contrarrazões no prazo concedido pela CPL, e uma destas, não tendo estrutura em Brasília, não comprovou os meios que serão utilizados para garantir o cumprimento do contrato.

Como as agências de publicidade são remuneradas pelos chamados "custos internos" (pela criação, desenvolvimento e produção interna, de acordo com a Tabela Referencial de Custos Internos editada pelo Sindicato das Agências de Propaganda de sua base territorial), a percepção de apenas 1%, 0% ou 2% com certeza poderá inviabilizar a execução do contrato.

Cabe ressaltar que o chamado "desconto de agência", se constitui em honorário de veiculação, é pago à agência pelos veículos de comunicação, quando do faturamento do veículo em face do órgão público para quem ele veicula as peças e campanhas. Assim, a contratada apenas receberá o valor correspondente a desconto de agência, quando solicitado pelo Contratante a veiculação de publicidade por fornecedores, mantendo a agência todos os custos internos, independente desta solicitação.

As exigências quanto à concessão de descontos máximos sobre os "custos internos" e sobre os "honorários de produção e suprimentos externos",mesmo que não explícitas no Edital, vez que estabeleceu apenas o desconto mínimo, estão adstritasàs disposições dos arts. 44, parágrafo terceiro, e 46, parágrafo primeiro, da Lei 8.666/93.

Assim, não é admissível que se aceite propostas que "apresentem preços global ou unitários simbólicos, irrisórios ou de valor zero", incompatíveis com os preços de mercado. Diante

disto, levando em consideração o volume da verba publicitária a ser aplicada – se expressiva ou não – a remuneração das Agências de Publicidade deverá ser adequada à prestação de seus serviços e aos preços de mercado para ser exequível.

Portanto, atendida a disposição do §3º do art. 44 da Lei 8.666/93, em que se estabelece a impossibilidade de apresentação de propostas com preço global ou unitário simbólicos, irrisórios ou de valor zero, incompatíveis com os preços de mercado (itens 3.6, 3.6.1 e 3.6.2 das Normas-Padrão), entende esta Comissão Permanente de Licitação que as propostas de preços que apresentaram descontos acima de 95% deve ser desclassificadas, uma vez que inexequíveis.

Diante disto, por todo o exposto, a Presidente da CPL, juntamente com os assessores jurídicos do CRO/RS, entende pela possibilidade jurídica de que sejam desclassificadas as Licitantes Brasil84 Publicidade e Propaganda Ltda – ME, SGNA Publicidade e Propaganda EIRELI e Propaganda Desigual LTDA – ME por descumprimento do §3º do art. 44 da Lei 8.666/93.

III. CONCLUSÃO

Com base no exposto acima, a Presidente da Comissão Permanente de Licitação juntamente com a assessoria jurídica do CRO/RS designada para o assessoramento do presente Processo Licitatório, nos termos do Termo de Cooperação assinado, firma convencimento no sentido de que, em que pesem os argumentos da recorrente **Agência Multiface de Propaganda Ltda**, oseu recurso deve ser improvido, nos termos da fundamentação acima. Bem como, em que pese os argumentos da Recorrente **Ag Comunicação LTDA – EPP**, o seu recurso pode ser, após analisado pela Presidência deste Conselho, acolhido apenas parte, havendo fundamento jurídico para desclassificar as Licitantes Brasil84 Publicidade e Propaganda Ltda – ME, SGNA Publicidade e Propaganda EIRELI e Propaganda Desigual LTDA – ME, por descumprimento do §3º do art. 44 da Lei 8.666/93, uma vez que estas não comprovaram no prazo concedido pela CPL, a exequibilidade de suas propostas, vez que duas delas sequer apresentaram contrarrazões e a Licitante Brasil84, em suas contrarrazões apresentou apenas fundamentos genéricos, não indicando meios e comprovações de como cumprirá as exigências do contrato.

Caso esta Presidência entenda pelo parcial provimento do Recurso, a tabela de classificação passará a ser a que segue: **1º) Agência Multiface de Propaganda LTDA, com 106,5**

pontos; 2º) Escala Comunicação & Marketing LTDA, com 103,9 pontos; 3º) Ag Comunicação LTDA – EPP, com 92,1 pontos; 4º) IComunicação Integrada – Eireli-EPP, com 89,0 pontos; 5º) VMP8 Comunicação EIRELI, com 78,2 pontos;

Assim, após a decisão da Presidência do CFO, as licitantes classificadas deverão ser convocadas para a próxima fase do certame, uma vez que a Comissão Permanente de Licitação pretende habilitar todas as empresas classificadas, possibilitando o chamamento e contratação, em caso de inexecução do contrato pela licitante declarada vencedora do certame.

Encaminhem-se os autos à consideração e decisão da autoridade superior do Conselho Federal de Odontologia, na forma de lei.

Brasília, 6 de setembro de 2019.

Geovana Faria da Silva
Presidente da CPL

Cristiane Corrêa da Costa de Almeida
Procuradora Jurídica do CRO/RS

Letícia VoltzAlfaro
Procuradora Geral do CRO/RS

João Paulo Melo de Carvalho
Advogado do CRO/RS