

Ao ilustríssimo Sr. Presidente Sérgio Cleto, por intermédio da Comissão Especial de Licitação (CEL).

Concorrência Pública nº 02/2023

Processo Administrativo: 0447/2023

Objeto: Contratação de serviços de publicidade prestados por intermédio de agência de publicidade e propaganda.

RECURSO ADMINISTRATIVO

A **KLIMT AGÊNCIA DE PUBLICIDADE LTDA**, inscrita no CNPJ Nº. 10.365.754/0001-07; sediada em Brasília/DF, vem, por seu representante legal infra-assinado, interpor recurso em face da decisão que desclassificou a presente empresa.

I. PRESSUPOSTO RECURSAL - DA TEMPESTIVIDADE

01. No dia 05 de fevereiro de 2024, às 10h07min, a Comissão Especial de Licitação (CEL), deu início a abertura da 1ª Sessão Pública, onde, resumidamente teve como pauta identificar os representantes das licitantes e o recebimento dos Invólucros 01 a 04.

02. Desta forma, tendo em vista que o presente processo licitatório rege-se pela Lei 8.666/63, o prazo recursal a ser considerado é aquele estampado no art. 109 da Lei respectivamente, a saber:

“Art. 109. Dos atos da Administração decorrentes da aplicação desta Lei cabem:

I - recurso, no prazo de 5 (cinco) dias úteis a contar da intimação do ato ou da lavratura da ata, nos casos de:

- a) habilitação ou inabilitação do licitante;
- b) **juízo das propostas**” (g.n.)

03. Por sua vez, o instrumento convocatório fixou o mesmo prazo para a realização do referido ato, conforme se observa da redação do Item 22 – Recursos Administrativos do edital, *verbis*:

“22.1. Eventuais recursos referentes à presente concorrência deverão ser interpostos no prazo máximo de 5 (cinco) dias úteis a contar da intimação do ato ou da lavratura da ata, em petição escrita dirigida à autoridade competente do contratante, por intermédio da Comissão Especial de Licitação, protocolizada no setor de Protocolo da Sede do Coren-SP, de segunda a sexta-feira, no horário das 7h às 16h.”

04. Nesse sentido, levando-se em conta os feriados previstos relacionado ao período de carnaval, a CEL agiu corretamente ao estabelecer que o prazo final para a interposição do recurso **encerra-se no dia 15/02/2024**,

05. Indene de dúvida, portanto, quanto a tempestividade do presente recurso, que deve ser recebido, processado e ao final julgado procedente para reformar a decisão vergastada, nos exatos termos dos pedidos que serão aduzidos a seguir.

II. CONSIDERAÇÃO PRELIMINARES

06. De início, a Recorrente deixa registrado o seu máximo respeito aos dignos integrantes da Comissão Especial de Licitação e da Subcomissão Técnica encarregada de julgar as propostas nessa fase do certame.

07. Importante frisar que o presente recurso apresenta fatos e fundamentos relevantes para o referido procedimento licitatório, visando manter a legalidade do processo, bem como evitar conflitos de interesses, zelando pela segurança jurídica e mitigando qualquer possibilidade que possa levar a entraves no processo e conseqüente prejuízos ao Conselho Regional de Enfermagem de São Paulo – COREN-SP, tendo em vista que o processo de compras realizado por meio de uma Concorrência Pública há, de forma totalmente justificada, elevado investimento dos recursos financeiros e humanos do Órgão Público.

III. DO FATOS

08. Conforme transcrito no primeiro Item deste recurso, no dia 05/02/2024, foi realizada a Primeira Sessão referente à Concorrência epígrafe.

09. Na sessão em questão, conforme demonstraremos a seguir, ocorreram diversos equívocos, bem como ações maliciosas por partes de alguns licitantes presentes na sessão, mais especificamente as empresas **Brick Publicidade Ltda, Versão BR Comunicação e Marketing e a empresa Verge Studio Comunicação Ltda**, representados, respectivamente, pelos senhores Phelipe Pogere Gonçalves, Gustavo Henrique Teixeira de Castro e Eduardo Alexandre Godoy.

10. Antes de chegarmos ao ponto principal, detalharemos desde o início as ações tomadas por essas empresas.

11. Ressaltamos que, conforme os relatados a seguir, a empresa Klimt manteve-se a todo momento neutra, manifestando-se em situações pontuais durante a sessão, apenas com a finalidade de resguardar o processo, e que nos casos em questão foi ignorada todas as vezes.

12. Logo no início dos trabalhos, a empresa Klimt Publicidade e as empresas Versão BR Comunicação e a empresa Verge Studio Comunicação Ltda, conforme registrado em ata, foram nomeados para rubricar os invólucros e os conteúdos dos invólucros 01 e 03 de todas as licitantes.

13. Nesse momento, foi sugerido pelo Sr. Gustavo (Versão BR) que não fossem feitas fotografias ou análises do Plano de Comunicação da Via Não Identificada para que não corresse o risco de quebrar o sigilo das campanhas e que isso fosse deixado para a segunda fase do processo. Assim foi aceito por todos os licitantes presentes.

14. Durante a rubrica dos documentos, os outros representantes das empresas se aproximaram dos representantes que estavam rubricando os conteúdos dos invólucros 1 e 3 e também puderam acompanhar e analisar os conteúdos das propostas apresentadas nos respectivos invólucros.

15. Enquanto esses representantes rubricavam os conteúdos dos invólucros, o Sr. Phelipe Pogere Gonçalves (empresa Brick) ficou posicionado na frente dos senhores Gustavo Henrique Teixeira de Castro (Versão BR) e Eduardo Alexandre Godoy (Verge Studio), momento que ambos compartilhavam apontamentos sobre as propostas técnicas do Planos de Comunicação da Via Não Identificada.

16. Ressalta-se que neste momento, as empresas Brick, Versão BR e Verge Studio, começaram a fazer apontamentos sobre os Planos de Comunicação e que esses apontamentos não eram condizentes com o estabelecido no Edital e seus Anexos, causando uma enorme apreensão entre os demais concorrentes, pois sabe-se que, na primeira sessão, o concorrente deve evitar a autoidentificação e por isso fica impedido de se defender diretamente contra apontamentos feitos em seu plano de comunicação da via não identificada.

17. No momento em questão, a empresa Klimt Publicidade, afim de resguardar o bom andamento do processo licitatório, se pronunciou e alertou que os apontamentos levantados por essas empresas estavam em desacordo com o edital e que isso poderia apenas conturbar o processo (primeiro momento que se manifestou e a CEL nada fez para impedir tal situação continuasse).

18. Diante do alerta da empresa Klimt, o representante da empresa Verge Studios, de forma abrupta, se direcionou a empresa Klimt e o indagou se aquela proposta em questão era da recorrente, numa tentativa clara e frágil de identificar qual era a proposta da Klimt. (a tempo, diante dessa tentativa da empresa Verge, a CEL deveria ter alertado essa empresa sobre essa má conduta).

19. Desse momento em diante, ficou claro a intenção dessas 3 empresas em concentrar os seus esforços para tentarem descobrir qual era a campanha da empresa Klimt Publicidade, pois é de conhecimento notório que a recorrente possui uma capacidade técnica reconhecida no mercado publicitário e que, inclusive, possui diversas premiações neste setor, o que aumentam as chances de sucesso na referida concorrência.

20. Depois da situação relatada, as 3 (três) empresas já citadas nos autos deste recurso, encontraram um Plano de Comunicação que julgaram ser da Klimt e com isso começaram a analisar os veículos de mídia da proposta, uma postura que não fizeram com nenhum outro Plano de Comunicação da Via Não Identificada apresentados naquela sessão.

21. Nesse momento, Phelipe começou a pesquisar as origens de cada veículo apresentado no referido Plano de Comunicação da Via Não Identificada e com isso tentou provocar alguma espécie de correlação com a recorrente.

22. Em seguida, percebendo o nível de análise que estava sendo realizado, o representante da empresa Klimt alertou que esse não era o combinado e que se fosse analisar item a item que fosse então feito em todos os Planos de Comunicação. No entanto, essas empresas continuaram a analisar minuciosamente dos veículos utilizados no referido Plano de Comunicação, enquanto a CEL manteve-se omissa.

23. A partir daí, após terem rubricado todos os conteúdos dos Invólucros 01, essas empresas reuniram-se entre si, de modo em que ninguém mais poderia escutar as suas conversas nem mesmo a CEL, porém no campo de visão todos.

24. Após definirem as suas estratégias, estas empresas nada comentaram com a CEL ou não avisou a todos, no entanto, esperaram a abertura e a rubrica dos Invólucros 3, para então avisar que queriam pontuar algo, mas que antes disso precisavam que fossem aberto um site no telão da sala de reunião.

25. Ou seja, apesar do referido plano de comunicação não apresentar endereço, link ou qualquer outro elemento que pudesse demonstrar a origem dos veículos de comunicação, as 3 (três) empresas obtiveram a vantagem de, mesmo antes explicarem os seus apontamentos, abrir um link da web no “telão” do retroprojektor da sala de reunião e realizarem uma espécie de diligência com anuência da CEL.

26. No momento em que solicitaram que fosse aberto o telão para acessarem um site da internet, ressalta-se que o Sr. Phelipe, ao tentar justificar o por que da solicitação, trouxe à baila que a Klimt é a empresa que, atualmente, atende ao COFEN e que por isso precisava de “uma atenção especial na análise de suas propostas”.

27. Apesar do flagrante descumprimento dos princípios da igualdade e isonomia entre os licitantes, tal consideração foi acatada pela CEL e, portanto, foi atendido a solicitação de entrar no site apontado por essas empresas e que fosse realizada uma “diligência” sem antes mesmo terem fundamento suas razões.

28. Sendo assim, ficou claro que essas empresas, ao reunirem-se de forma velada, realizaram buscas na internet e puderam constatar que o veículo de mídia programática chamado Ways Digital (presente no Plano de Comunicação que julgaram ser da Klimt) possuía alguns clientes iguais ao desta recorrente, sem levar em consideração todos os outros clientes também atendidos por esse veículo e que não tem qualquer coincidência com a recorrente, informação que pode ser facilmente vista no site da empresa Ways.

29. Pasmem, como transcrito no item anterior, os representantes das 3 (três) empresas buscaram um link **EXTERNO** ao referido Plano de Comunicação para tentar criar alguma associação com a empresa Klimt e ainda tiveram a oportunidade de colocar no telão da sala de reunião.

30. Destaca-se que a omissão da CEL colocou a recorrente em situação desfavorável e sem isonomia pois sabemos que, como já dito anteriormente, a defesa incisiva sobre algum apontamento pode gerar a autoidentificação, o que era o objetivo central dessas 3 (três) empresas.

31. Assim, salientamos que é papel fundamental de qualquer Comissão de Licitação, tomar todas as atitudes e procedimentos que evitem a identificação das propostas de qualquer empresa antes do momento adequado destinado para tal fim.

32. Nessa esteira. o subitem 23.2.2.1, traz que:

“A Comissão Especial de Licitação, antes do procedimento previsto na alínea ‘b’ do subitem 23.2.2, adotará medidas para evitar que seus membros ou os representantes das licitantes possam, ainda que acidentalmente, identificar a autoria de algum Plano de Comunicação Publicitária – Via Não Identificada.” (grifo nosso)

33. Logo, ao contrário do que preconiza o subitem 23.2.2.1, estas empresas tiveram total oportunidade de conversarem entre si, realizarem busca externa sobre algo que estava fora do referido Plano de Comunicação e ainda puderam realizar uma diligência mesmo antes de realizarem os seus apontamentos.

34. No momento da diligência, o Sr. Phelipe soletrou o site que a CEL deveria acessar (digitalways.com.br), enquanto todos na sala aguardavam de forma desconcertada o que essas empresas queriam com esse tipo de análise, uma vez que até então não tinha exposto nada publicamente para todos os concorrentes.

35. Ao realizarem essa diligência, essas empresas induziram a CEL ao erro, fazendo com quem os membros acreditassem que a empresa Ways Digital se trata de um fornecedor e não de um veículo de mídia programática, como está no referido plano de comunicação.

36. Portanto, cabe esclarecer que a empresa Ways Digital se trata de um Veículo de Comunicação que trabalha com mídia programática, tendo em vista que as redes sociais (Instagram, Facebook, Youtube etc.) não possuem tabelas de preços pré-definidas e trabalham sob o formato de leilão e portanto não remuneram as agências de publicidade com o desconto padrão de agência que lhe é devido por direito de acordo com as Normas Padrões de Publicidade do CENP (entidade regulamentadora do setor).

37. Sendo assim, diferentemente do alegado pelas empresas, não se trata de um fornecedor e sim de um veículo de mídia que atua em todo território nacional e que pode fornecer a sua tabela de preços e realizar veiculações para quaisquer empresas setor publicitário.

38. Data vênua, destacamos que tais conceitos e diferenciações entre mídia, veículo e fornecedor, são conceitos técnicos utilizados quase que, exclusivamente, no meio publicitário o que faz compreender o porquê os membros da CEL não perceberam tal cilada.

39. Logo, as empresas Brick Publicidade Ltda, Versão BR Comunicação e a empresa Verge Studio Comunicação Ltda incorreram nas transgressões previstas no subitem 23.1.6, que versa sobre a tentativa de a licitante influenciar a Comissão Especial de Licitação ou a Subcomissão, bem como formaram conluio com o intuito de frustrar a ampla concorrência por meio da exclusão da recorrente.

40. Após convencerem a CEL sobre a possível identificação, fizeram-se constar em ata os seus apontamentos, porém quando a recorrente apontou sobre a influência prevista no subitem 23.1.6. e que a identificação não era inequívoca, a presidente da CEL perguntou aos demais concorrentes se alguma empresa discordava se a identificação era inequívoca.

41. Ora, essa pergunta por si só já causa uma situação de identificação, pois ao passo que se alguém discordasse do apontamento, então esse plano de comunicação, logicamente, seria de quem discordasse.

42. Além do mais, o questionamento promovido pela própria CEL, onde indagou aos licitantes se alguém discordava que a proposta era inequívoca, por si só já denota que a questão levantada pelas 3 (três) empresas não é inequívoca, tendo em vista que a certeza sobre algo tem natureza incontestável e portando carece da opinião dos demais concorrentes.

IV. DAS RAZÕES

43. Sem rodeios, trazemos à luz do direito as infrações cometidas pelas empresas supramencionadas, em total condescendência com a CEL, e as quais podem responder administrativamente, não afastando as demais esferas civil e criminal.

44. Separamos então os seguintes temas:

IV.1 - Alijamento das licitantes que não comprovaram os vínculos profissionais dos profissionais apresentados na Capacidade de Atendimento.

IV.2 - Influenciar a Comissão Especial de Licitação no processo de julgamento das Propostas Técnica.

IV.3 - Formação de conluio ou cartel com o objetivo de frustrar a competitividade por meio da eliminação de concorrente.

IV.4 - Descumprimento dos princípios da impessoalidade, isonomia e ampla concorrência previstos em Lei.

IV.1 - ALIJAMENTO DAS LICITANTES (CAPACIDADE DE ATENDIMENTO)

45. Sobre esse tema, ao pedir vistas ao processo, a recorrente pode constatar que nenhuma das licitantes participantes da referida concorrência, com exceção da Klimt, apresentaram as comprovações de vínculos profissionais conforme determina o subitem 23.2.6, alínea “e” e 31.6. do edital.

“23.2.6. Não tendo sido interposto recurso, ou tendo havido a sua desistência ou, ainda, tendo sido julgados os recursos interpostos, serão adotados, nesta precisa ordem, os seguintes procedimentos:

e) análise individualizada e julgamento, pela Subcomissão Técnica, dos conteúdos dos Invólucros nº 3 (Capacidade de Atendimento, Repertório e Relatos de Soluções de Problemas de Comunicação) das licitantes, de acordo com os critérios especificados neste Edital e seus anexos, **devendo a licitante apresentar comprovação de vínculo dos profissionais apresentados na Capacidade de Atendimento, sob pena de ser alijada do certame; e”**

“31.6. Os profissionais indicados para fins de comprovação da Capacidade de Atendimento (Proposta Técnica) deverão participar da elaboração dos serviços objeto deste Edital, admitida sua substituição por profissionais de experiência equivalente ou superior, mediante comunicação formal ao Coren-SP. **Os profissionais indicados pela licitante na Capacidade de Atendimento deverão possuir vínculo com a Agência, devendo ser comprovado esse vínculo, sob pena de ser alijada do certame.** (grifo nosso)”

46. Ou seja, nos deparamos então com uma regra extremamente objetiva, que resumidamente diz que: se não apresentar a comprovação de vínculo dos profissionais, então será alijada!

47. Sendo assim, requeremos que todas as empresas, com exceção da Klimt Publicidade, devem ser aliadas no presente certame nos termos dos subitens 23.2.6, alínea “e” e 31.6. do edital.

48. A respeito do tema, o laureado doutrinador Hely Lopes Meirelles leciona o seguinte sobre o Princípio da Legalidade:

“No procedimento licitatório, desenvolve-se atividade vinculada. Isso significa a ausência de liberdade (como regra) para a autoridade administrativa. A lei define as condições da atuação dos agentes administrativos, estabelecendo a ordenação (sequência) dos atos a serem praticados e impondo condições excludentes de escolhas pessoais ou subjetivas.”

49. No caso em tela, o fato das concorrentes não terem apresentado documentação essencial ao certame (comprovação de vínculo), leva ao alijamento no presente processo licitatório, não cabendo qualquer análise subjetiva dos membros da CPL, visto que se trata regra taxativa do edital que se encontra inequívoca e intimamente ligado ao princípio da legalidade e ao princípio da vinculação aos termos do Edital, o que, na lição constante do mestre Hely Lopes Meirelles, relaciona:

“ Vinculação ao edital: a vinculação ao edital é princípio básico de toda licitação. Nem se compreenderia que a Administração fixasse no edital a forma e o modo de participação dos licitantes e no decorrer do procedimento ou na realização do julgamento se afastasse do estabelecido, ou admitisse documentação e propostas em desacordo ao solicitado. O edital é a lei interna na licitação, e como tal, vincula aos seus que o expedir (art. 41 da Lei 8.666/93).”

50. Logo, não restam dúvidas quanto o alijamento das empresas que não apresentaram essas comprovações de vínculos.

51. Portanto, as empresas Brick Publicidade Ltda, Versão BR Comunicação e Marketing, Duetto Publicidade e Propaganda Ltda, Área Comunicação Propaganda e Marketign Ltda, Verbo Comunicação Ltda, Quest Comunicação Total Ltda, Verge Studio Comunicação Ltda e GPES Estratégia em Comunicação Ltda **devem ser aliadas do presente certame.**

IV.2 - INFLUENCIAR A COMISSÃO ESPECIAL DE LICITAÇÃO NO PROCESSO DE JULGAMENTO DAS PROPOSTAS TÉCNICA.

52. Sobre esse tema, conforme nos relatos dos fatos narrados no Inciso III deste recurso, ficou claro que as 3 (três) empresas induziram e influenciaram na decisão a CEL pela desclassificação da recorrente, onde a materialização desta influência pode ser caracterizada pelo fato da própria Comissão passar a acreditar que se tratava de um fornecedor e não um veículo, onde, inclusive, as empresas supramencionadas, afirmaram diversas vezes que “a empresa Klimt não tinha a obrigação de colocar fornecedor na campanha e ao colocar um fornecedor local acabou se identificando”, onde inclusive registraram tal apontamento em ata.

53. Ressalta-se que, na impossibilidade de uma defesa mais direta sobre algum apontamento por parte de qualquer concorrente, é evidente que a CEL deveria ter sido mediadora da situação e não permitindo tais acusações sem fundamentos, ou que, por não possuírem conhecimento técnico, suspendessem a sessão atribuído a decisão para ser julgada à subcomissão técnica.

54. Ou seja, a Comissão Permanente de Licitação (CEL), por não ter conhecimento técnico, acreditou nas palavras das empresas referente a tese de se tratar de um fornecedor e não de um veículo de mídia programática.

55. A diferenciação entre veículo de mídia programática x fornecedor é importante pois, ao se tratar de um veículo de mídia programática, a CEL saberia que esse tipo de mídia pode ser contratado de qualquer lugar do país e não apenas de Brasília como disseram os representantes das 3 (três) empresas.

56. Se a CEL soubesse disso, ela não levaria em conta os argumentos dessas empresas, pois saberia que qualquer empresa poderia e pôde ter usado a Ways Digital como veículo de mídia para impulsionar as redes sociais em sua proposta técnica, tendo ela sido mencionada na campanha ou não.

57. Ressalta-se ainda que o edital em seu subitem 23.2.2.3, diz que a identificação deve ser inequívoca, ou seja, a simples indicação do nome Ways Digital na referida campanha, não identifica a recorrente. Prova disso é que para tentar fazer um elo entre a Klimt e o veículo Ways Digital, precisou ser aberta uma página da web que se quer tinha sido mencionado na referida proposta do Plano de Comunicação e que a mesma página não menciona a empresa Klimt.

58. Logo fica claro que as empresas utilizaram de seus conhecimentos para induzir a CEL ao erro e influenciar na sua decisão de desclassificação.

59. Outro ponto importante que vale destacar é que, de acordo com o próprio edital, não é função da Subcomissão Técnica (a qual é a responsável técnica por julgar os assuntos referentes às propostas técnicas) realizar consultas dos locais e endereços de onde são alocadas as empresas de mídia programática, pois de acordo com o subitem 9.4. do Anexo I – Projeto Básico, o julgamento das propostas técnicas levam em conta um julgamento técnico e objetivo pautados em atributos que podem ser conferidos nos subitens 9.4.1 a 9.4.7.4 do projeto básico.

60. Portanto, se não fosse a atuação leviana dessas empresas, com a anuência da CEL, jamais a subcomissão iria levar em consideração a localidade do veículo de mídia programática e sim o grau de eficiência e economicidade na utilização da verba referencial do Briefing.

61. Por consequência, ao ser demonstrado a influencia exercida sobre a Comissão Especial de Licitação, a qual foi levada ao erro, reiteramos que as empresas Brick Publicidade Ltda, Versão BR Comunicação e Marketing e a empresa Verge Studio Comunicação Ltda incorreram no subitem 23.1.6 e, portanto, devem ser desclassificadas.

*“23.1.6. Qualquer **tentativa de licitante influenciar** a Comissão Especial de Licitação ou a Subcomissão Técnica no processo de julgamento das*

*Propostas Técnica e de Preços resultará na sua **desclassificação** e nas penalidades previstas em Lei.” (grifo nosso)*

62. Nesse sentido, tanto a Lei 8.666/93 (que é a vigente para essa licitação) quanto a Nova Lei de Licitações 14.133/21 fizeram previsão sobre esse tipo de comportamento de licitantes que trabalham para frustrar a concorrência entre as empresas. Vide:

Lei 8.666/93.

Art. 94. Devassar o sigilo de proposta apresentada em procedimento licitatório, ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo: (Revogado pela Lei nº 14.133, de 2021)

Pena - detenção, de 2 (dois) a 3 (três) anos, e multa-

Lei 14.133/21.

Frustração do caráter competitivo de licitação

Art. 337-F. Frustrar ou fraudar, com o intuito de obter para si ou para outrem vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação, o caráter competitivo do processo licitatório:

Pena - reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa.

Violação de sigilo em licitação:

Art. 337-J. Devassar o sigilo de proposta apresentada em processo licitatório ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo:

Pena - detenção, de 2 (dois) anos a 3 (três) anos, e multa

63. Percebe-se então, que os atos cometidos durante a Primeira Sessão foram tão graves que tais ações foram abarcadas, inclusive, pelo Código Penal Brasileiro.

64. Observa-se que uma das regras que garantem a competitividade do processo licitatório e, por consequência, a isonomia, a igualdade e a moralidade administrativa, além da supremacia do interesse público, é o sigilo das propostas.

65. Neste contexto, aquele que viola este sigilo ou auxilia terceiro a fazê-lo (sendo passível de cometimentos por agentes públicos ou terceiros) enseja no art. 337-J do Código Penal.

66. Esse tipo de crime, por tanto, se consuma quanto à devassa do sigilo, quando há a efetiva devassa, ou seja, é um crime material, pois exige a ocorrência do resultado naturalístico para que se consuma e que, no caso em questão, gerou a desclassificação da recorrente.

67. Logo, diante do exposto, não restam dúvidas sobre as ações cometidas por essas empresas, e por isso devem ser desclassificadas com fundamento no 23.1.6. não afastando as demais sanções previstas em Lei.

IV.3 - FORMAÇÃO DE CONLUIO OU CARTEL COM O OBJETO DE FRUSTRAR A COMPETITIVIDADE POR MEIO DE ELIMINAÇÃO DE CONCORRENTE.

68. Sobre o esse tema, a Lei 12.529/2011 que estabelece o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC, o qual é formado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, define em seu artigo Art. 36, § 3º da seguinte forma:

“Art. 36. § 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

II - promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes.”

69. Nesse sentido, em uma licitação, os concorrentes devem atuar de forma independente e empreender esforços individuais para ofertar a melhor proposta possível para a administração pública. Tanto é verdade que a Nova Lei de Licitações incluiu em seu artigo 5º o **princípio da competitividade**, que visa assegurar a justa competição entre os concorrentes.

70. Portanto a partir do momento em que as empresas se juntam e entram em acordos ou ajustes para frustrar o caráter competitivo da licitação e eliminar uma empresa isso pode ser caracterizado como formação de Cartel.

71. Nessa lógica, o Conselheiro-Relator Ricardo Villas Bôas Cueva, no PA n. 08012.002097/99- 81, d.j. 09.03.2005, assim se referiu a cartéis: “um acordo, um ajuste, uma convenção de empresas independentes, que conservam, apesar desse acordo, sua independência administrativa e financeira [...] o cartel tem como precípua objetivo **eliminar ou diminuir a concorrência** e conseguir o monopólio em determinado setor econômico. Os empresários agrupados em cartel têm por finalidade obter condições mais vantajosas para os partícipes, seja na aquisição de matéria-prima, seja na conquista de mercados consumidores, operando de forma a **eliminar o processo normal de concorrência**”.

72. A prova dessa formação de conluio/ cartel pode ser caracterizado no momento que as empresas se juntaram e entraram em acordos durante a sessão pública sem que os demais participantes, inclusive a própria CEL, pudesse ouvir o que estavam sendo combinado, situação que pode ser comprovada por meio do sistema de gravação de áudio e vídeo presente na sala de reunião onde foi realizada a referida sessão.

73. Ressalta-se ainda que os indícios desse conluio não precisam ser formados por provas robustas, uma vez que esse tipo de infração é de difícil detecção.

74. Sobre esse tema o TCU já se pronunciou da seguinte forma:

*“A prova indiciária, constituída por somatório de indícios que apontam na mesma direção, é **suficiente para caracterizar fraude a licitação por meio de conluio de licitantes, não se exigindo prova técnica inequívoca para tanto.**” (Acórdão 333/2015-TCU-Plenário)*

75. A corte superior do país, o STF, no julgamento do RE nº 68.006-MG, manifestou o entendimento de que **“indícios vários e coincidentes são prova”**.

76. Tal entendimento vem sendo utilizado pelo Tribunal em diversas situações, como nos Acórdãos-Plenário nºs 113/95, 220/99 e 331/02.

77. Observemos então os seguintes indícios:

- i - As 3 (três) empresas sentaram-se lado a lado na licitação para facilitar a comunicação entre elas.
- ii - As 3 (três) empresas desde o início da licitação tentaram conturbar o processo com falsos apontamentos com a finalidade de identificar alguma empresa.
- iii – As 3 (três) empresas reuniram-se no meio da sessão para combinar a tese sobre a empresa Ways Digital.
- iv – As 3 (três) agiram em conjunto para induzir a Comissão Especial de Licitação ao erro.

78. Assim, não se exige que haja prova técnica do conluio, até porque, como exposto na jurisprudência acima, "*prova inequívoca de conluio entre licitantes é algo extremamente difícil de ser obtido*", visto que os licitantes fraudulentos sempre tentarão simular uma competição verdadeira. Não se pode, portanto, menosprezar a **prova indiciária**, quando existe no processo somatório de indícios que apontam na mesma direção.

79. Contudo, mesmo sabendo que não se pode menosprezar as provas indiciárias, ainda sim a recorrente protocolou um pedido de acesso às gravações do circuito interno que gravou a referida sessão da Concorrência Pública (Protocolo nº 457-2/2) e, portanto, alertar sobre a importância de se manter os registros destas imagens para possíveis comprovações futuras.

80. Logo, feita as devidas justificativas legais, essa situação deve ser observada pela CEL e demais responsáveis pelo processo licitatórios, pois há flagrante vício nas atuações das empresas e, portanto, dos atos cometidos na sessão de abertura.

IV.4 - DESCUMPRIMENTO DOS PRINCÍPIOS DA IMPESSOALIDADE, ISONOMIA E AMPLA CONCORRÊNCIA PREVISTOS EM LEI.

81. Sobre o **4º (quarto) tema**, percebemos que houveram princípios legais que foram feridos durante os procedimentos realizados na Primeira Sessão.

82. Sobre esses princípios, podemos citar o da igualdade, da competitividade, segurança jurídica e da vinculação ao edital.

83. Para entender melhor esse contexto, trazemos a baila a definição desses princípios:

- **Princípio da Igualdade:** Este princípio garante que todos os licitantes sejam tratados de maneira igualitária em todas as fases do processo licitatório. Isso significa que não pode haver qualquer tipo de discriminação entre os participantes da licitação.
- **Princípio da Competitividade:** Este princípio visa garantir a concorrência justa entre os licitantes. Ele proíbe qualquer tipo de prática que possa restringir ou frustrar o caráter competitivo da licitação.

- **Princípio da Segurança Jurídica:** Este princípio visa garantir a estabilidade e a previsibilidade do processo licitatório. Ele assegura que as regras e procedimentos estabelecidos no edital sejam seguidos de maneira consistente e previsível.
- **Princípio da Vinculação ao Edital:** Este princípio estabelece que a administração pública e os licitantes devem seguir estritamente as regras e condições estabelecidas no edital. Qualquer desvio das regras do edital pode levar à desqualificação do licitante ou à anulação do processo licitatório.

84. Estes princípios são fundamentais para garantir a transparência, a eficiência e a justiça no processo de licitação. Ou seja, eles devem ser estritamente observados pela administração em todos os seus atos e não apenas num processo licitatório.

85. Logo, conforme os fatos narrados, percebemos que estes princípios foram ignorados durante a sessão, pois de forma resumida e fazendo contrapontos com cada definição desses princípios, temos:

- **Princípio da Igualdade:** Não houve tratamento igual a todos os licitantes, uma vez que nem todas as propostas técnicas houveram o mesmo nível e critério de análise durante a sessão.
- **Princípio da Competitividade:** Mesmo a recorrente afirmando que a identificação era inequívoca, pois não se tratava de elemento inserido na proposta técnica em questão, ainda sim foi desclassificada, diminuindo a competição da melhor técnica e preço na referida licitação.
- **Princípio da Segurança Jurídica:** Sabendo que existia a possibilidade do erro apontado por esta recorrente, a CEL deveria ter tomado nenhuma decisão no sentido de desclassificar, sem antes remeter à análise técnica da subcomissão técnica ou até mesmo ao jurídico do órgão.
- **Princípio da Vinculação ao Edital:** Não se obedeceu às regras do edital no que se refere a identificação inequívoca.

86. Portanto, tendo em vista que a Lei determina que todos os princípios devem ser observados na aplicação da Lei de licitações, logo se houveram princípios que desassistidos, todos o procedimento está viciado.

V. CONCLUSÃO

87. Diante dos argumentos supramencionados, não restam dúvidas de que houve conluio entre as empresas supramencionadas, bem como a influência na decisão da Comissão Especial de Licitação (CEL) e o descumprimento dos itens 23.2.6, alínea “e” e 31.6. do edital por parte de todas as empresas, com exceção da Klimt.

88. Destacamos ainda que, no processo em questão, após todos os ocorridos, o correto seria a reclassificação da empresa Klimt Publicidade.

89. Porém, foram tantos erros cometidos e vários princípios da Lei de Licitações infringidos que, mesmo se a Klimt ganhasse esta Concorrência (já que as demais licitantes todas devem ser aliadas do processo) a contaminação do processo por esses erros e ilegalidades traz enorme insegurança jurídica à possível contratação e por consequência a chance se aumentar ainda mais o prejuízo material e imaterial em torno de uma possível contratação, não deixando outra solução se não a republicação do edital como um novo briefing.

VI. DOS PEDIDOS

90. Pelas razões expostas e os sólidos e inegáveis argumentos e fatos comprovados, aguarda e requer a recorrente:

- a) Sejam desclassificadas as empresas Brick Publicidade Ltda, Versão BR Comunicação e Marketing, Duetto Publicidade e Propaganda Ltda, Área Comunicação Propaganda e Marketign Ltda, Verbo Comunicação Ltda, Quest Comunicação Total Ltda, Verge Studio Comunicação Ltda e GPES Estratégia em Comunicação Ltda, pelo descumprimento dos subitens 23.2.6, alínea “e” e 31.6. do edital.
- b) Seja reconhecida a ilegalidade procedimental na sessão de abertura dos invólucros, considerando que a proposta apresentada pela Klimt não ofendeu a nenhum dos requisitos do edital, e, portanto, seja provido o presente recurso para reclassificar a empresa Klimt Agência de Publicidade LTDA., dando continuidade às demais fases do certame.
- c) Caso seja mantida a desclassificação da recorrente e tendo em vista a desclassificação das demais empresas, requeremos que o presente processo licitatório seja considerado fracassado, determinando-se a republicação do edital com novo briefing.

Nestes termos,
Pede deferimento.

Brasília, 15 de fevereiro de 2024.

RENATO RODRIGUES BLANCO NUNES
SÓCIO ADMINISTRADOR
CPF Nº 017.846.611-55
KLIMT AGÊNCIA DE PUBLICIDADE LTDA.