TC nº 72-000.811.10-10

ANÁLISE. CONCORRÊNCIA. CONTRATO. SPTURIS. Serviços técnicos de projetos. Ações promocionais, projetos, campanhas, eventos e outros. REGULARES. Votação unânime.

Relatório e Voto englobado TC: 72.000.810.10-57

TC citado: 72.019.444.05-89

Transitado em julgado em: 19.01.2012.

2.589ª Sessão Ordinária

ACÓRDÃO

Vistos, relatados englobadamente com o TC 72.000.810.10-57, e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro ANTONIO CARLOS CARUSO.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em julgar regular a Concorrência 003/2009 e o Contrato CCN/GCO 002/2010.

Participaram do julgamento os Conselheiros EURÍPEDES SALES – Revisor "ad hoc" e ROBERTO BRAGUIM.

Ausente o Conselheiro MAURÍCIO FARIA – Revisor, em representação da Corte.

Presente a Procuradora Chefe da Fazenda "ad hoc" MARIA HERMÍNIA PENTEADO PACHECO E SILVA MOCCIA.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 23 de novembro de 2011.

EDSON SIMÕES
Presidente.

ANTONIO CARLOS CARUSO
Relator.

RELATÓRIO

Em análise no TC nº 811.10-10 os termos da Concorrência nº 003/09 e o Contrato CCN/CGO nº 002/2010 firmado entre a empresa São Paulo Turismo S/A e a empresa LEW'LARA/TBWA Publicidade Ltda., para a prestação de serviços técnicos de projetos relacionados à promoção, publicidade e divulgação nos mercados nacional e internacional de ações promocionais, projetos, campanhas, eventos e outros interesses que tenham por finalidade o reposicionamento da imagem e consumo de bens e serviços turísticos da Cidade de São Paulo.

No TC nº 810.10-57 aprecia-se o Contrato CCN/CGO nº 001/2010 firmado com a empresa PROPEG Comunicação Ltda., derivado da mesma licitação e objetivando a prestação dos mesmos serviços acima transcritos.

A Coordenadoria II elaborou minucioso relatório e assim se pronunciou:

1. A licitação encontra-se irregular pelos seguintes motivos:

a) O objeto foi adjudicado a mais de um licitante, sem que houvesse previsão legal;

b) Foi utilizado o mesmo lastro financeiro inicialmente previsto para a cobertura das despesas nos dois contratos;

c) O certame foi aberto sem que houvesse recursos necessários para a realização da despesa.

d) Não foi exigida dos licitantes a comprovação da qualificação técnica.

2. Quanto aos Contratos, concluiu pela irregularidade de ambos, por terem sido celebrados sem que existissem recursos para a execução das despesas e, também, por decorrerem de licitação considerada irregular.

O Assessor Jurídico de Controle Externo não vislumbrou fundamento legal permitindo a adjudicação do objeto a mais de um proponente, porém, asseverou que, se existisse razão técnica justificadora de tal fato, a irregularidade estaria sanada.

Acompanhou a área técnica nos demais apontamentos, inclusive, quanto a irregularidade dos contratos, salvo no que diz respeito à ausência de comprovação de qualificação técnica das licitantes, pois entendeu que, por se tratar de uma concorrência do tipo técnica e preço, tais aspectos poderiam ser verificados, ainda que de maneira diversa. Ademais, o item 14.14.1 do Edital exige

da licitante a apresentação de um corpo técnico mínimo quando da celebração do ajuste.

No entendimento da Sra. Assessora Subchefe, a formatação do edital prevendo a contratação de duas empresas sem os critérios objetivos para a divisão do objeto, assim como a falta de critério objetivo para avaliação da proposta técnica, pois não há nenhum critério para a determinação dos itens analisados.

Quanto aos contratos, sustentou que os apontamentos arrolados são insuficientes para impedir seus acolhimentos, ficando, apenas, condicionados, à decisão proferida na Concorrência que lhes precedeu.

Intimada, a empresa LEW'LARA\TBWA Publicidade esclareceu que como participante atendeu todas as exigências previstas no edital e que só a entidade promotora do certame poderia responder pelos vícios ali apontados.

Por seu turno, a empresa Propeg Comunicação Ltda. deixou transcorrer "in albis" o prazo assegurado para sua defesa.

A Origem salientou que a contratação de duas ou mais agências de publicidade para atender as demandas publicitárias é uma solução técnica que visa preservar a concorrência entre as contratadas ao longo da execução contratual, assegura o interesse público e a qualidade dos serviços prestados, tanto que a atual Lei Federal nº 12.232/10, apenas tornou expressa a interpretação antes adotada na doutrina e jurisprudência.

Quanto à questão do mesmo lastro financeiro dar suporte aos dois ajustes, alegou ser o valor global uma referência ao que poderia, eventualmente, vir a se realizar, e que o fato dos ajustes terem sido firmados no valor total estimado não implicaria na obrigação de serem executados em sua totalidade, até porque, em cada contratação, o lastro financeiro necessário é de R$ 4.500.000,00 (quatro milhões e quinhentos mil reais), equivalente ao somatório do valor mínimo assegurado em cada qual.

Sobre a infringência decorrente da abertura da licitação sem a existência de recursos necessários para a realização da despesa salientou que a previsão do orçamento da SPTuris obedece a procedimentos internos e que os recursos que lhe foram repassados em razão da sua contratação pela Prefeitura de São Paulo não constitui a única fonte de receita para a realização de seus serviços, não havendo obrigação legal de vincular o presente certame ao contrato firmado com a Prefeitura.

No enfretamento do questionamento decorrente da não exigência de comprovação da qualificação técnica sustentou que foram avaliados na proposta técnica todos os requisitos essenciais para a escolha das proponentes, não

sendo justificável a adoção de critérios adicionais de qualificação técnica, sob pena de restrição ao certame.

A equipe técnica e a Assessoria Jurídica de Controle Externo, mesmo após a apreciação das defesas apresentadas, entenderam que não foram acrescidos elementos hábeis capazes de alterar suas conclusões anteriores.

A Procuradoria da Fazenda Municipal requereu a aprovação dos atos em exame, ou, alternativamente, o reconhecimento dos efeitos financeiros.

A Secretaria Geral, endossando as conclusões da Coordenadoria II e da Assessoria Jurídica de Controle Externo, opinou pela irregularidade da licitação e dos contratos em julgamento.

É o relatório.

V O T O

Considerando o teor dos apontamentos feitos nos autos, observa-se que a Origem esclareceu muito bem a celeuma travada em torno da realização de uma só licitação objetivando a contratação de duas agências de publicidade.

Tal questão, antes de ser disciplinada pelo legislador federal, com a edição da Lei nº 12.232/10, foi enfrentada pelo TCU que se pronunciou favoravelmente a tal modelo, revendo antigo posicionamento, como se pode observar pelo teor do v. Acórdão exarado no TC nº 019.444/2005, de 10/06/09, vazado nos seguintes termos:

> 98. Dentro de um contrato de publicidade, no entanto, há subobjetos que, tecnicamente, podem ser incumbidos a pessoas distintas, sem causar nenhuma complicação para o resultado. Não haveria problema, por ilustração, que cada campanha fosse executada por uma agência, desde que respeitada a linha geral de comunicação do contratante.
>
> 99. Ocorre que o serviço de publicidade, mesmo sendo divisível contratualmente, não o é para efeito de licitação, tanto da perspectiva econômica, quanto da de utilidade. Isto porque, além de ser dispendioso o lançamento de uma licitação para cada campanha, quando a necessidade de comunicação surge, em geral não se tem como esperar que o certame seja processado, sob pena de fazer a ação intempestiva.

> É próprio da informação publicitária o aproveitamento de oportunidades.
>
> 100. Exatamente por isso que as agências de propaganda ficam de prontidão, para poderem agir de forma rápida quando convocadas. Do contrário, o Poder Público perderia a ocasião de se dirigir à população para transmitir mensagens relevantes.
>
> 101. Dentre as características peculiares da contratação de serviços de publicidade, acredito até que se torna mais interessante para um ente público ter mais de uma agência à sua disposição. De fato, assim se pode instaurar uma nova competição interna para a escolha da melhor solução para situações concretas. É como se fosse feita uma licitação dentro da outra."

Esse parece ser o exato caso dos autos. Reflete o mesmo uma praxe dos entes públicos federais, estaduais e, inclusive, do Município de São Paulo, ao contratarem serviço de publicidade.

Corroborando as afirmações da Origem, encontra-se autuado neste E. Tribunal os TC's 3.207.06-03; 4.364.06-19; 3.520.07-88; 3.51907-07; 3.525.07-00 e 3.524.07-39, ainda em fase de instrução e que não receberam dos órgãos técnicos qualquer apontamento sobre esta questão.

Sendo assim, a meu ver, resta superado, inclusive, o apontamento feito no sentido de que os dois contratos foram firmados com base no mesmo lastro financeiro para a cobertura das despesas, o que conduziria a irregularidade de ambos.

Afinal, nesse tipo de ajuste, a divisibilidade não abrange os efeitos licitatórios, especialmente seu aspecto econômico. Noutros termos, o valor estimado da licitação expressado em cada contrato é meramente referencial, para demonstrar o quanto a SPTuris poderia, eventualmente, vir a gastar durante toda a execução dos dois ajustes.

Aliás, a área técnica, insistindo no questionamento sobre os recursos financeiros, concluiu que a SPTuris, previamente a abertura do certame, não dispunha de recursos necessários para a realização da despesa, fato este que tornaria a licitação irregular.

Ora, tal intelecção não condiz com a prescrição do caput", do art. 38, da Lei nº 8.666/93, cuja redação merece cita literal:

> *"O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização*

respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa (...)"

Assim sendo, meu entendimento nesse sentido é diverso daquele expressado pela área auditora. Os recursos para o custeio das despesas devem ser apenas indicados, na fase de abertura do certame e não disponíveis, como salientou a área auditora.

E, finalmente, sobre a ausência de exigência de comprovação da qualificação técnica dos licitantes, razão assiste ao Assessor Jurídico da Assessoria Jurídica de Controle Externo, ao enfatizar que, por se tratar de uma concorrência do tipo técnica e preço, tais aspectos poderiam ser verificados, ainda que de outra maneira.

Ademais, o subitem 7.1.5 do edital exigia das interessadas, capacidade de atendimento, impondo a necessidade de comprovação de uma estrutura mínima de atendimento compatível com o volume e característica dos serviços prestados, o que supera o apontamento ora debatido.

A Sra. Assessora Subchefe de Controle Externo aventou, ainda, como irregularidade do certame, a falta de critério objetivo para avaliação da proposta técnica, em razão da ausência de critério para a determinação dos itens analisados.

Ainda que se possa questionar a objetividade dos critérios previstos no item 7.2, verifica-se dos autos, que não houve prejuízo ao julgamento das propostas técnicas, pois os procedimentos previstos no edital e adotados pela Comissão Técnica permitem inferir que não acarretou prejuízo ao julgamento, mormente pelo fato de não ter havido recurso das demais proponentes, conforme documento de fls. 414.

Por todo o exposto julgo regular a Concorrência nº 003/09 e os Contratos nº 001/2010 e 002/2010.