

PREGÃO ELETRÔNICO Nº 04/2021

ESCLARECIMENTO 05

(encaminhamento por e-mail no dia 04/03/2021)

Mensagem do licitante:

" ...

1. Do Termo de Cessão

Considerando que a contratada deverá apresentar os profissionais que comporão a equipe técnica e por consequência deverá comprovar o vínculo jurídico dos profissionais designados para a prestação dos serviços;

Considerando o entendimento sedimentado no E.TCU de que a comprovação do vínculo dos profissionais com a licitante também pode ser realizada mediante a apresentação de contrato de prestação de serviços;

Considerando que muitas das organizações capacitadas para a prestação dos serviços ora licitados são caracterizadas por atuarem por meio de sociedades que fazem parte de uma estrutura em rede, isto é, formada por sociedades que, ainda que financeiramente e juridicamente independentes, estão sujeitas a um mesmo compartilhamento global de conhecimento de governança e políticas corporativas, assim como identidade denominativa;

Considerando que, por atuarem sob uma mesma marca, as sociedades citadas no considerando anterior, praticam políticas comerciais, de administração, de governança corporativa e de qualidade comuns, compartilham *know-how* e têm a prerrogativa de dividirem o quadro técnico das demais sociedades que integram a mesma rede, visando ao atendimento eficaz das necessidades dos mercados de cada uma delas;

Considerando que, no caso, das sociedades que fazem parte de uma estrutura em rede, como explicado nos itens acima, o Termo de Cessão de Profissional (Contrato de prestação de serviços), no qual se define a cessão de um profissional de uma sociedade em rede a outra, os serviços que devem ser executados, a vigência do contrato, a forma de remuneração dentre outros, é o documento utilizado para evidenciar o vínculo do profissional com a licitante;

Considerando, portanto, que a apresentação de Termo de Cessão de Profissional comprova que o profissional integra o quadro permanente de empregados da contratada;

Questiona-se:

1.1 É correto o entendimento de que a comprovação de que o profissional faz parte do quadro permanente da licitante também poderá ser feita mediante a apresentação de "Contrato para Prestação de Serviço", onde fica estipulado que o profissional será cedido de uma sociedade a outra para execução dos trabalhos objeto do certame, sendo, ainda, que tal contrato será firmado entre sociedades que atuam sob a mesma marca, praticam políticas comerciais, de administração e de qualidade comuns, compartilham *know-how* e têm a prerrogativa de compartilharem do quadro técnico das demais que integram a mesma rede?

2. Da Confidencialidade

Considerando que a contratada deve guardar sigilo sobre as informações fornecidas durante o desempenho das atividades;

Considerando que a que a Lei Federal 12.527/2011 que regula o Acesso à informação, deve ser observada pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, bem como suas s autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente por qualquer dos entes federativos (inciso II, do Parágrafo Único, do art. 1º da Lei Federal 12.527/2011):

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre os procedimentos a serem observados pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, com o fim de garantir o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal.

Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei:

(...)

II - as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Considerando que a referida Lei Federal 12.527/2011 determina em seu art. 24 que a informação em poder dos órgãos e entidades públicas, observado o seu teor e em razão de sua imprescindibilidade à segurança da sociedade ou do Estado, poderá ser classificada como ultrassecreta, secreta ou reservada;

Considerando ainda que o art. 27 e seguintes, da supramencionada Lei de Acesso a Informação dispõe sobre a classificação da Informação quanto ao Grau e Prazos de Sigilo;

Considerando que a restrição do acesso a informação pode ser classificada em **(i.)** ultrassecreta; **(ii.)** secreta ou **(iii.)** reservada;

Considerando que:

(i) serão mantidas em sigilo todas as informações confidenciais obtidas durante a prestação dos serviços, inclusive recomendações formuladas em sua execução ou resultante dos serviços;

(ii) a equipe da Contratada utilizará as informações confidenciais para fins de execução dos serviços;

(iii) a Contratada revelará as informações confidenciais apenas para as firmas membros, necessários à condução dos serviços, requerendo destes que mantenham o caráter confidencial das mesmas e que em razão disso os membros da organização mundial da Contratada não serão considerados como terceiros, para fins de confidencialidade;

(iv) a Contratada poderá manter consigo cópia das informações e documentos, mesmo que considerados informações confidenciais, necessários à comprovação da relação contratual entre as partes e os serviços prestados, e/ou que tenham sido utilizadas para consubstanciar eventuais serviços por elas prestados à Contratada em relação a este Projeto, mantendo-se, contudo, a confidencialidade das referidas informações;

(v) a contratada, para fins de atendimento à legislação, a normas profissionais ou a ordem judicial ou administrativa, poderá compartilhar as informações referentes à execução do contrato;

(vi) não obstante, as Partes não terão obrigação de preservar o sigilo relativo à Informação que: (a) era de seu conhecimento anteriormente, não estando sujeita à obrigação de ser mantida em sigilo; (b) for revelada, pela contratante, a terceiros pela parte Reveladora da informação, sem qualquer obrigação de sigilo; (c) estiver ou tornar-se publicamente disponível; (d) para que a KPMG possa se defender em casos de instauração de processo administrativo, arbitral ou judicial contra ela; e/ou (e) for total e independentemente desenvolvida pela parte Receptora da informação;

(vii) Se uma das partes receber uma ordem judicial ou administrativa para revelar informação confidencial ou o resultado dos serviços, tal parte destinatária da ordem deverá notificar a outra parte, por escrito, sobre tal exigência, desde que tal notificação não infrinja qualquer legislação aplicável;

(viii) a contratada poderá, em observância a Lei n. 12.846/2013 sem o prévio consentimento da contratante, revelar informações confidenciais às autoridades competentes ao se deparar com indícios que possam configurar a prática de crime de lavagem de dinheiro, conforme previsto na legislação aplicável;

(ix) as informações da contratada também deverão receber o mesmo tratamento de confidencialidade;

Questiona-se:

2.1 Estão corretos nossos entendimentos?

2.2 É correto o entendimento de que, pelas disposições legais supracitadas é ilegal a estipulação de sigilo por prazo indeterminado e que as informações decorrentes da presente contratação serão classificadas como reservada, na forma do inciso III, do art. 27, Lei Federal 12.527/2011 devendo ser mantidas em sigilo pela contratada pelo prazo de 5 (cinco) anos, na forma no inciso III, do §1º, do art. 24 da Lei de Acesso a informação?

3. Da retenção dos papéis de trabalho

Considerando que o item 7.8 do Termo de Referência prevê que a contratada "*após a realização dos serviços, devolver e eliminar de suas bases de dados, se for o caso, toda e qualquer informação ou documentos porventura encaminhados pela Finep para auxiliar na realização dos serviços*";

Considerando que a documentação do trabalho da contratada é o conjunto de arquivos, formulários, relatórios, notas pessoais e documentos que contém as informações, apontamentos e conclusões obtidos pela contratada durante a execução dos serviços, os quais constituem a evidência do trabalho executado, sendo por isso de propriedade da contratada;

Considerando que a contratada deve manter uma cópia dos arquivos, relatórios e documentos no encerramento do contrato que subsidie os produtos entregues à contratante, respeitada a obrigação de confidencialidade das informações inclusive para possibilitá-la exercer o direito de defesa em eventuais alegações de descumprimento ou violações (direito este assegurado no art. 5º, da Constituição Federal);

Questiona-se:

3.1 É correto o entendimento de que a contratada poderá, respeitada a confidencialidade, manter sob sua guarda a documentação que evidencia o seu trabalho?

...”

Resposta:

1.1. O item 6 do Edital trata da “Equipe da Contratada” e dispõe que a contratada deverá comprovar a capacidade técnica dos profissionais que serão alocados na prestação dos serviços à Finep. Não há exigência de comprovação de vínculo de emprego atual e vigente entre a licitante e o profissional neste momento, nem contrato de prestação de serviços. Há somente o compromisso de que aquele profissional indicado irá compor a equipe técnica no momento da prestação do serviço, se a licitante se lograr vencedora.

No item 3.3, onde são indicadas as empresas que não podem participar do certame, temos a seguinte disposição no item f: Empresas integrantes de um mesmo grupo econômico, assim entendidas aquelas que tenham diretores, sócios ou representantes legais comuns, ou que utilizem recursos materiais, tecnológicos ou humanos em comum, exceto se demonstrado que não agem representando interesse econômico em comum.

Logo, um mesmo profissional não pode participar da “Equipe da Contratada” em mais de uma proposta (diferentes licitantes), ou seja, somente poderá ser indicado por uma licitante, tenha ou não vínculo atual e vigente de emprego ou de prestação de serviços com a mesma no momento da apresentação da proposta. Além disso, o item 3.3 alínea f dispõe que a utilização de recursos humanos em comum não será aceita, salvo se demonstrado que não agem representando interesse econômico em comum.

Diante disso, em relação a comprovação de que o profissional faz parte do quadro permanente da empresa no momento da apresentação da proposta, temos que vínculo não é exigido pelo Edital neste momento.

Quanto ao compartilhamento de recursos humanos, materiais e tecnológicos, o Edital veda a participação no certame, salvo se o licitante comprovar que não agem representando interesse econômico em comum.

2.1 e 2.2. O item 7.8. determina que “Após a realização dos serviços, devolver e eliminar de suas bases de dados, se for o caso, toda e qualquer informação ou documentos porventura encaminhados pela Finep para auxiliar na realização dos serviços”.

O item 15.1 dispõe que “A vigência do contrato será de 18 (dezoito) meses, a partir da assinatura do Contrato, podendo ser prorrogada nos termos do art. 71 da Lei 13.303/2016” e o prazo máximo é, em regra, de 05 (cinco) anos.

O item 18.8. , que trata do Direito Autoral e Propriedade Intelectual dos Serviços, determina que: Todos os direitos autorais de toda documentação desenvolvida durante a execução do contrato serão de propriedade da Finep, ficando proibida a sua utilização pela CONTRATADA sem a autorização expressa da Finep.

Quanto ao sigilo, o item 18.9 determina que “A CONTRATADA não poderá repassar a terceiros, em nenhuma hipótese, qualquer informação sobre a documentação; assim como dados; produtos desenvolvidos e entregues, ficando responsável juntamente com a Finep por manter a segurança da informação relativa aos dados e documentos que ela produza ou tenha acesso durante a execução das atividades e também em período posterior ao término da execução dos serviços”.

Sobre eventual questionamento por autoridades, o item 3.1 do Termo de Confidencialidade determina que “Se o signatário for intimado a revelar, no todo ou em parte, as Informações Sigilosas por qualquer juízo ou autoridade governamental competente, deverá comunicar imediatamente à Finep, por escrito, com prazo suficiente para permitir que esta adote as medidas legais cabíveis para resguardo de seu direitos”.

Quanto ao tempo, o item 4.1 do Termo de Confidencialidade dispõe que “Este compromisso tem natureza irrevogável e irretirável e vigorará por prazo indeterminado”.

Logo, temos que durante a execução do contrato as informações devem ser mantidas em sigilo na forma determinada pelo Edital. Após a extinção do contrato, que inicialmente seria de 18 meses mas admite prorrogação até 5 anos, as informações da Finep deverão ser eliminadas de suas bases de dados. A confidencialidade resultante desse contrato perdurará por prazo indeterminado, não limitada a 5 anos.

3.1. Respeitadas as previsões do Termo de Confidencialidade, os papeis de trabalho preparados pela contratada durante a execução dos serviços poderão ser mantidos sob sua guarda.

Registramos que bases/bancos de dados criados com dados coletados da Finep não constituem papeis de trabalho da contratada e, portanto, devem ser eliminados ao final dos serviços.

Atenciosamente,

Sônia Bessa
Pregoeiro