

PREGÃO ELETRÔNICO Nº 04/2021

IMPUGNAÇÃO 01

(encaminhamento por e-mail no dia 22/02/2021)

Mensagem do licitante:

"...

Ao verificar as condições para participação na licitação citada, constatou-se que o edital prevê em sua cláusula 13.6.4.1 que:

*"13.6.4.1.Documentação que demonstre a habilitação técnica do Licitante para atender às especificações constantes neste TR e sua atuação em projetos de adequação à legislação de privacidade e proteção de dados (LGPD ou GDPR) **há no mínimo 2 anos**"*

III - DO OBJETO DA IMPUGNAÇÃO

O edital em comento em seu item 13.6.4.1 ao tratar do prazo mínimo de 02 anos de atuação em projetos de adequação à legislação de privacidade e proteção de dados (LGPD ou GDPR) traz exigência abrupta e exagerada, com o que a impugnante não pode concordar, senão vejamos:

Trata-se de edital para prestação de serviços técnicos e jurídicos de adequação técnica à LGPD – Lei Geral de Proteção de Dados – Lei 13.709 de 14 de agosto de 2018.

Cumprir informar que apesar de ter sido aprovada originalmente em 14 de agosto de 2018, a LGPD somente começou a valer em 18 de setembro de 2020, após inúmeras alterações legislativas, senão vejamos a linha do tempo abaixo:

08/07/2019 - A Lei 13.853/2019 foi aprovada, e dentre as suas mudanças, estava a criação da ANPD – Autoridade Nacional de Proteção de Dados etambém a alteração da data de início de vigência da LGPD, para 08/2020.

03/04/2020: Por conta da situação pandêmica do país, o PL 1.179 é aprovado no Senado. Ele alterava a data de entrada em vigor da LGPD para 01/2021, com sanções administrativas valendo para 08/2021.

29/04/2020: Presidência da República promove a edição da MP 259/2020 que alterava a eficácia da lei e as penalidades ficariam para 05/2021.

14/05/2020: O PL 1.179 foi aprovado na Câmara e, conforme já mencionado acima, previa a aplicação das penalidades para 08/2021.

19/05/2020: O PL 1.179 foi votado novamente no Senado, acatando a situação proposta pela Câmara alguns dias antes, fazendo com o que este projeto de lei seguisse para sanção do presidente da república.

12/06/2020: A Lei 14.010/2020 é sancionada pelo presidente com punições valendo a partir apenas de 08/2021.

25/08/2020: Câmara aprova a MP 959/2020, que definia a entrada da LGPD para 01/2021 e as penalidades para Agosto do mesmo ano.

Um dia depois da aprovação da MP pela Câmara: Senado derruba o artigo 4º da MP 959/2020 que tratava da prorrogação da vigência da lei, fazendo com que a entrada da LGPD retornasse à 08/2020 com penalidades para 08/2021.

17/09/2020: Sanção da presidência, aprovando a LGPD.

18/09/2020: LGPD entra em vigor.

Conforme se verifica, apesar de ter sido publicada em 14 de agosto de 2018, a LGPD somente entrou em vigor em 18 de setembro de 2020, mesmo assim após diversas alterações legislativas, que fizeram com que a redação final da Lei fosse alterada por inúmeras vezes.

Assim, verifica-se que o comando editalício de exigência de trabalho em 02 anos de atuação em projetos de adequação à legislação de privacidade e proteção de dados (LGPD ou GDPR) se mostra exagerado e abusivo, mesmo porque, 02 anos antes da publicação do presente edital a referida lei sequer tinha entrado em vigor, sendo certo que a mesma apenas entrou em vigor há exatos 05 meses.

Referido requisito, todavia, acaba por excluir, ou mesmo limitar, a participação livre e ampla dos interessados no certame, ferindo desta forma os princípios da competitividade prevista no art. 3º, § 1º, inc. I do Estatuto de Licitações e Contratos, bem como os princípios da isonomia e livre concorrência.

De acordo com José dos Santos Carvalho Filho a *"capacidade técnica é o meio de verificar-se a aptidão profissional e operacional do licitante para a execução do que vier a ser contratado, e pode ser genérica, específica e operativa. A primeira diz respeito à inscrição no órgão de classe (o CREA, por exemplo); a segunda serve para comprovar que o candidato já prestou serviço idêntico a terceiros, o que é feito através de atestados fornecidos por pessoas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes (art. 30, § 1º do Estatuto) [...]"*.

Logo, embora legítima, deve haver razoável correspondência entre o objeto licitado e a comprovação de capacidade técnica exigida, sob pena de limitação indevida ao caráter competitivo do certame.

Doutrina e jurisprudência seguem nesta linha, pois tal exigência não integra o rol de requisitos de capacitação técnica, previstos no art. 30 da Lei nº 8.666/93.

Insta ainda salientar que há diversas outras formas de o órgão medir a capacidade técnica das licitantes, até mesmo através de demonstração de certificados emitidos aos profissionais da área, como por exemplo EXIN ou ainda IAPP.

Nesse sentido, requer a impugnante que o período exigido de prestação de serviços no mínimo de 02 anos seja reconhecido como exagerado e eivado de rigor excessivo, requerendo a modificação do edital no que concerne à comprovação de capacidade técnica para participação do certame licitatório.

IV - DO PEDIDO

Em face do exposto requer que seja julgada procedente a presente IMPUGNAÇÃO, com efeito de não mais constar no Edital o prazo de 02 anos na prática de serviços de implementação de LGPD, prazo que entendemos ser desproporcional, exagerado e desarrazoado em consonância com a vigência da Lei Geral de Proteção de Dados.

Requer ainda que seja determinada a republicação do Edital, inserindo a alteração aqui pleiteada, reabrindo-se o prazo inicialmente previsto nos termos do art. 21 § 4º da Lei 8.666/93.

..."

Resposta:

Impugnação indeferida.

A exigência da qualificação técnica operacional está em consonância com o objeto do Edital em questão, que prevê no item 1:

"Contratação de fornecedores de serviços de Consultoria para atender às necessidades de adequação da Finep à Lei 13.709/2018, Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), em conformidade com as especificações, os padrões técnicos de desempenho e de qualidade estabelecidos no Termo de Referência (TR) e seus anexos."

A qualificação técnica operacional consiste em qualidade pertinente às empresas que participam da licitação, de modo a comprovar que essas empresas, como unidade jurídica e econômica, participaram anteriormente de contrato cujo objeto era similar ao previsto para a contratação almejada pela Administração Pública.

A capacidade técnica da licitante é demonstrada por meio de atestados de sua experiência anterior, pelo histórico de suas atuações em outros contratos, e pela existência de aparelhamento e pessoal adequados para a execução do objeto da licitação

Nesse passo, o art. 58 da Lei nº 13.303/2016 admite a exigência de *"qualificação técnica, restrita a parcelas do objeto técnica ou economicamente relevantes, de acordo com parâmetros estabelecidos de forma expressa no instrumento convocatório"*.

Aliás, a própria Constituição da República (inciso XXI do artigo 37) preconiza a exigência de qualificação técnica necessária para salvaguardar o cumprimento das obrigações a serem contratadas.

Decerto, a licitação visa selecionar os mais bem preparados para atenderem as diversas necessidades da Administração Pública, o que justifica a exigência de requisitos mínimos, indispensáveis e razoáveis de modo a minimizar os riscos de uma má contratação, o que poderia acarretar em sérios danos às pessoas e ao patrimônio público, conforme o caso.

Por essa razão, a lei admite, entre outros, a exigência da comprovação da capacitação técnico-operacional dos licitantes, com o objetivo de aferir se dispõem de conhecimento, experiência e aparelhamentos técnico e humano suficientes para satisfazer o contrato a ser celebrado.

No caso, a exigência de experiência da Licitante decorre da própria justificativa para a contratação pretendida – conforme expresso no Termo de Referência – baseada, entre outros, no fato de que a adequação da Finep ao disposto na LGPD exige experiência prática e conhecimento técnico avançado, os quais a Finep não dispõe no seu quadro de pessoal.

E ainda, considerando a vigência da lei e suas consequências imediatas, não seria viável, em tempo hábil, a qualificação do corpo funcional da Finep ao nível técnico e de experiência de profissionais equivalentes aos pertencentes a escritórios de advocacia e consultorias especializadas em legislação de Proteção de Dados e Privacidade.

A contratação pretendida visa garantir a excelência e a segurança jurídica necessárias para adequação da Finep ao disposto na LGPD, bem como promover a mitigação dos riscos correspondentes, razão pela qual é importante garantir a contratação de consultoria especializada e experimentada, o que se comprova mediante a verificação da execução de trabalhos anteriores com algum nível de similaridade ao exigido pela Finep.

O principal produto a ser entregue pela(s) consultoria(s) se constitui em um Plano de Ação que indique as medidas que deverão ser adotadas para sanar as não-conformidades mapeadas pela(s) própria(s) consultoria(s). Tal plano deverá conter, no mínimo, o detalhamento das atividades, uma proposta de cronograma e de recursos necessários para sua execução, marcos de acompanhamento das atividades, as áreas responsáveis e os resultados esperados.

Portanto, é de se destacar a elevada responsabilidade da(s) empresa(s) de consultorias que deverá(ão) ser contratadas pois esta(s) definirá(ão) o caminho a ser trilhado pela Finep em sua jornada de conformidade e de criação de processo para introdução da gestão da privacidade na empresa.

As especificações do objeto previsto no Termo de Referência dão o contorno e demonstram a envergadura do projeto de adequação da Finep à LGPD e reforçam a necessidade de que as contratações de consultorias contemplem o requisito de experiência a fim de que se possa internalizar os conhecimentos que serão necessários para a condução do projeto de adequação, o qual não se encerrará com as atividades das consultorias.

Complementa-se que, a despeito dos argumentos apresentados para impugnação referenciem-se nas datas de edição e vigência da lei brasileira (Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD), o expresso no item 13.6.4.1 do edital, não se restringe exclusivamente à experiência com a LGPD, mas abrange também a legislação europeia (GDPR).

Considerando essa abrangência, pondera-se que o texto final do Regulamento Geral de Proteção de Dados (GDPR) foi publicado em **27 de abril de 2016** e está em vigor desde 25 de maio de 2018.

Ainda quanto à abrangência do GDPR, nota-se que o mesmo se aplica a toda e qualquer empresa que colete, armazene e processe dados de cidadãos europeus, independentemente de onde ela esteja sediada.

Essa abrangência do GDPR permite demonstrar o seu impacto em nível global, inclusive em empresas brasileiras que atuam na União Europeia ou tratam dados pessoais de europeus, e revela a oportunidade

para empresas brasileiras de consultoria trabalharem em projetos de adequação à essa legislação de privacidade e proteção de dados, permitindo-lhes adquirir experiência nesse tipo de serviço.

Retornando o foco para a LGPD, apesar desta ter entrado em vigor em setembro de 2020, diversas organizações que possuam atividades finalísticas fortemente impactadas pela necessidade de tratamento de dados pessoais, teriam que, nesse momento, já estar em plena conformidade com as previsões da lei. A situação de não conformidade poderia ocasionar severos impactos negativos na condução de seus negócios, isto, independentemente da aplicação das sanções administrativas contidas na LGPD.

Assim, a publicação da LGPD, em 14 de agosto de 2018, mesmo com indicativo de vacância para sua vigência, direcionou diversas organizações para a condução de projetos de adequação, o que igualmente representou oportunidade para ganho de conhecimento e experiência para empresas de consultoria.

Isso foi absolutamente constatado quando do levantamento de informações para produção do presente Edital da Finep (fase interna da licitação)

Em 2019, foi efetuado estudo com empresas de consultoria técnica e jurídica atuantes no mercado, especializadas na proteção de dados pessoais, tendo sido consultadas nove empresas, dentre elas cinco escritórios jurídicos e quatro consultorias técnicas.

Todas as empresas consultadas forneciam serviços de consultoria para adequação à legislação de proteção à privacidade, sendo que as que trabalhavam com projetos de adequação à GDPR estavam no mercado desde antes de 2016.

Alguns desses fornecedores apresentaram cases de sucesso na implantação da LGPD, exemplificando projetos em empresas do setor de "Alimentos e Bebidas"; "Setor Público"; "telecomunicações"; "Setor Financeiro" e "Setor de Saúde".

Para complementar o levantamento, foi realizado, em agosto de 2019, benchmarking com três instituições para entender os caminhos que estavam sendo seguidos para adequação das empresas à LGPD, sendo uma empresa de Varejo, um Banco e uma Agência de Fomento.

Na época, as três empresas informaram que já haviam iniciado o seu processo de adequação, tendo uma delas iniciado em Dezembro de 2018, uma em Janeiro de 2019 e a outra em Fevereiro de 2019. Duas dessas empresas estavam trabalhando em conjunto com consultorias técnica e jurídica nacionais ou que possuíam escritório permanente no Brasil.

Os insumos do trabalho de levantamento de informações, auxiliou na definição dos parâmetros propostos no Termo de Referência, anexo I do Edital.

Assim, especificamente, com relação aos 2 (dois) anos de experiência, entendeu-se ser razoável, uma vez que em 2021 já havia um contingente de empresas especializadas e atuantes na área que teriam margem de tempo suficiente para comprovação de experiência.

Adicionalmente, em rápida pesquisa em informações públicas relativas a outros certames licitatórios foi possível identificar a existência de empresas com atuação há pelo menos 2 (dois) anos em projetos que tratam da LGPD ou GDPR, dentre as quais: Deloitte, Ernest & Young e Pires e Gonçalves (Atestados disponíveis em: http://comprasnet.gov.br/livre/Pregao/lista_propostas_encerradas.asp?ipgCod=23407118&prgCod=850703#)

Reforça-se que o assunto privacidade e proteção de dados pessoais é tratado no Brasil há algum tempo, o que pode ser comprovado tanto pela legislação que precede à LGPD (Código de Defesa do Consumidor, Lei de Acesso à Informação, Marco Civil da Internet, etc.), quanto pela organização de eventos que abordam o assunto especificamente ou junto a temas correlatos, como segurança da informação.

O exemplo mais antigo é o Seminário de Proteção à Privacidade e aos Dados Pessoais, organizado pelo Comitê Gestor da Internet no Brasil e pelo Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR a partir de 2010.

Conforme a discussão sobre uma lei brasileira avançava no Congresso Nacional, outros eventos específicos começaram a acontecer, tais como os 1º e 2º Congressos Internacionais de Proteção de Dados em 2018 e 2019 (LEC) e o 1º Congresso LGPD em 2019 (Assespro).

Eventos mais focados em segurança da informação também começaram a tratar de privacidade e proteção de dados pessoais, com destaque para as Conferências Gartner de Segurança e Gestão de Risco em 2018 e 2019 e o Security Leaders Regionais e Nacionais a partir de 2018.

É importante ressaltar que muitos desses eventos já contavam com a presença de expositores, empresas fornecedoras de serviços e produtos para adequar as organizações às legislações específicas. Pode-se citar como exemplos de expositores: KPMG, SECURITI.ai, Eskive/Flipside, Knowbe4, Capgemini, Microsoft.

Além disso, informa-se que o Termo de Referência para a contratação de fornecedores de serviços de consultoria para atender às necessidades de adequação da Finep à LGPD foi colocado em consulta pública no site da Finep, de 16 de julho a 4 de agosto de 2020 (Disponível em: <http://www.finep.gov.br/licitacoes-e-contratos/cadastrodeditaetes/500>).

Durante o período, várias empresas entraram em contato com a Finep, algumas para solicitar informações adicionais, outras para sanar dúvidas; mas apenas um pequeno grupo enviou cotação, 8 no total. Além dessas, outras 7 entraram apenas em contato.

De acordo com as informações disponíveis nos sites das 15 empresas, todas prestam os serviços demandados pela Finep.

Nesse contexto, mostra-se plenamente razoável a exigência de comprovação de 2 (dois) anos de experiência da licitante, diante do vulto da contratação e de sua complexidade, do volume de entregas nas diversas fases do projeto de adequação à LGPD, enfim, do porte do projeto que se encontra especificado no Termo de Referência.

Corroborando com este entendimento, no âmbito do Resp. nº 44.750-SP, o Ministro Francisco Falcão assim ponderou:

“Quando, em procedimento licitatório, exige-se comprovação, em nome da empresa, não está sendo violado o art. 30, §1º, II, caput, da Lei nº 8.666/93. É de vital importância, no trato da coisa pública, a permanente perseguição ao binômio qualidade e eficiência, objetivando não só a garantir a segurança jurídica do contrato, mas também a consideração de certos fatores que integram a finalidade das licitações, máxime em se tratando daquelas de grande complexidade e de vulto financeiro tamanho que imponha ao administrador a elaboração de dispositivos, sempre em atenção à pedra de toque do ato administrativo – a lei – mas com dispositivos que busquem

resguardar a Administração de aventureiros ou de licitantes de competência estrutural, administrativa e organizacional duvidosa.”

O TCU, por sua vez, editou a Súmula nº 263 no sentido de que “*para a comprovação da capacidade técnico-operacional das licitantes, e desde que limitada, simultaneamente, às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado, é legal a exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes, devendo essa exigência guardar proporção com a dimensão e a complexidade do objeto a ser executado.*”

Outrossim, no âmbito do Acórdão nº 2939/2010, assim se pronunciou quanto ao tempo de experiência da licitante a ser exigido:

"REPRESENTAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO. SERVIÇOS CONTÍNUOS DE OPERAÇÃO E MANUTENÇÃO PREVENTIVA E CORRETIVA DE SISTEMAS, EQUIPAMENTOS E INSTALAÇÕES. CLÁUSULAS DE HABILITAÇÃO POTENCIALMENTE RESTRITIVAS. OITIVA DO ÓRGÃO. PROCEDÊNCIA DOS ESCLARECIMENTOS. POSSIBILIDADE DE EXIGÊNCIA DE REQUISITO TEMPORAL DE EXPERIÊNCIA. AUSÊNCIA DE RESTRIÇÃO. IMPROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO.

1 – É compatível com o inciso II do art. 30 da Lei 8.666/1992 a exigência de requisito temporal de atuação do licitante na área do serviço de natureza contínua licitado, desde que por período inferior ao prazo de 60 (sessenta) meses previsto no inciso II do art. 57 daquela Lei.[...]"

Por fim, reforçando o entendimento aqui sustentado, vale transcrever o seguinte trecho do voto do relator Min. Ademar Paladini Ghisi, na Decisão nº 285/2000-TCU-Plenário, citando Marçal Justen Filho ("Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 5ª edição):

(...) Presume-se que a capacidade de resolver problemas é ampliada através da experiência. Aquele que dispõe de conhecimento técnico, de natureza teórica, está preparado para resolver as dificuldades conhecidas e descritas nos livros. Mas estará pouco habilitado para enfrentar o desconhecido, resultado da riqueza das circunstâncias do mundo em que vivemos. O futuro não é mera repetição do passado e a experiência se torna relevante não porque o sujeito já conheceria todos os problemas, mas porque desenvolveu a capacidade de encontrar soluções. Para indicar esse ângulo da questão, pode-se usar a expressão experiência-qualificação. É evidente que a questão da habilitação na licitação se relaciona com a 'experiência-qualificação'. Não se trata de investigar se os licitantes seriam titulares de 'conhecimento técnico'. ... A exigência de experiência anterior, alicerçada na regra do art. 30, inc. II, da Lei nº 8.666, não se restringe à titularidade de conhecimento técnico para executar o objeto. A disposição autoriza limitar o acesso ao certame apenas aos licitantes titulares de experiência-qualificação. (...) Mas experiência-qualificação não apresenta natureza jurídica idêntica à da inteligência. Enquanto essa é qualidade intrínseca do ser humano (ressalvados os fenômenos denominados de 'inteligência artificial'), a experiência-qualificação pode ser adquirida por organizações empresariais. Não apenas as pessoas físicas, mas também as empresas acumulam potencial para enfrentar e vencer problemas. Toda a doutrina reconhece que a conjugação de esforços permanente e a interiorização de valores comuns produz organizações estáveis, cuja existência transcende os indivíduos que a integram. ... (...) O desempenho profissional e permanente da atividade

empresarial conduz ao desenvolvimento de atributos próprios da empresa. Um deles seria sua capacidade de executar satisfatoriamente encargos complexos e difíceis. Pode-se utilizar a expressão 'capacitação técnica operacional' para indicar essa modalidade de experiência-qualificação, relacionada com a ideia de empresa. Não se trata de haver executado individualmente uma certa atividade, produzida pela atuação de um único sujeito. Indica-se a execução de um objeto que pressupôs a conjugação de diferentes fatores econômicos e de uma pluralidade (maior ou menor) de pessoas físicas (e, mesmo, jurídicas). O objeto executado revestia-se de complexidade de ordem a impedir que sua execução se fizesse através da atuação de um sujeito isolado. Portanto, não se tratou de experiência pessoal, individual, profissional. Exigiu-se do sujeito a habilidade de agrupar pessoas, bens e recursos, imprimindo a esse conjunto a organização necessária ao desempenho satisfatório.(...)'

Pelas ponderações acima, demonstra-se que não é abusiva a condição estabelecida no edital, havendo oportunidade para ampla participação de empresas que sejam capacitadas para a execução dos serviços licitados, de modo que, rejeita-se a impugnação ao Edital de Pregão Eletrônico nº 04/2021.

Atenciosamente,

Felipe Mazza Mascarenhas
Pregoeiro