



MINISTÉRIO DA
CIÊNCIA, TECNOLOGIA
E INOVAÇÕES



PREGÃO ELETRÔNICO Nº 09/2021

IMPUGNAÇÃO 02

(encaminhamento por e-mail no dia 09/09/2021)

Mensagem do licitante:

"...

PEDIDO DE IMPUGNAÇÃO E RESPOSTA SEGUEM EM ANEXO

À ILMA. COMISSÃO DE LICITAÇÕES DA FINANCIADORA DE ESTUDOS E PROJETOS

Ref.: IMPUGNAÇÃO AO EDITAL DE PREGÃO ELETRÔNICO Nº 09/2021

A empresa **HIGH SERVIÇOS DE COMPLIANCE LTDA**, inscrita no CNPJ sob o nº 35.419.369/0001-18, sediada à R. Guaicui, 73, Apt 1.501, Belo Horizonte, Minas Gerais, telefone (11) 4386–1386, e-mail: analista2@licitabr.com, vem respeitosamente, apresentar a presente IMPUGNAÇÃO, nos termos do art. 41º, § 1º Lei nº 8.666/93, do item 19 do edital em epígrafe, entre outros dispositivos pertinentes, pelas razões de fato e de direito que serão a seguir apresentadas.:

1. BREVE SÍNTESE DOS FATOS E DA TEMPESTIVIDADE

Em ciência ao edital do Pregão Eletrônico em epígrafe, que terá sua sessão pública no dia 14 de setembro de 2021, cujo prazo para impugnações e esclarecimentos, finda-se no dia 09/09/2021, notou-se que há exigências que confrontam aos determinados pela norma e entendimentos existentes, conforme será demonstrado a seguir.

2. DA ILEGALIDADE E DO DIREITO

O instrumento convocatório, traz em seu item 13.6.4:

“13.6.4. Para Qualificação Técnica deverão ser apresentados:

13.6.4.1. Documentação que demonstre a habilitação técnica do Licitante para atender às especificações constantes no TR, por meio da comprovação de sua atuação em projetos de adequação à LGPD ou GDPR por, pelo menos 24 (vinte e quatro) meses, contínuos ou não, comprovados através de: ...”

Ocorre que, essa exigência é superior ao estabelecido e permitido pela Lei Federal 8.666/93, em seu Art. 30, vejamos:

“II - Comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;”

A Lei é clara e objetiva ao determinar que a comprovação deverá ser compatível em características, quantidade e PRAZOS com o objeto da licitação.

Não podemos considerar um prazo de no mínimo 24 (vinte e quatro) meses, compatível com o objeto do pregão eletrônico nº 09/2021, sendo que o item 15 do referido edital estabelece que o prazo de vigência contratual será de 18 (dezoito) meses, ou seja, o período de comprovação de qualificação técnica é superior em 100% ao objeto licitado.

Em contramão ao entendimento desse tema exaustivamente estudado e juridicamente discutido, onde se estabeleceu um senso comum de exigências não superiores a 50% do objeto licitado, que no caso em tela, a exigência de comprovação deveria ser de no máximo 09 (nove) meses.

Vejamos o Acórdão 2924/2019 do TCU.

“...a exigência de qualificação técnica prevista na alínea “d.2” do subitem 10.2 do edital fixou quantitativos mínimos superiores a 50% do quantitativo de bens e serviços que se pretende contratar para os eventos tipo “coquetel”, o que se opõe ao entendimento externado mediante os Acórdãos Plenário 737/2012 e 827/2014, a não ser que a especificidade do objeto o recomende, situação em que os motivos de fato e de direito deverão estar devidamente explicitados no processo administrativo da licitação”

Tema amplamente debatido no TCESP, conforme a súmula 25.

“Em procedimento licitatório, é possível a exigência de comprovação da qualificação operacional, nos termos do inciso II, do artigo 30 da Lei Federal nº 8.666/93, a ser realizada mediante apresentação de atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, admitindo-se a imposição de quantitativos mínimos de prova de execução de serviços similares, desde que em quantidades razoáveis, assim consideradas 50% a 60% da execução pretendida, ou outro percentual que venha devida e tecnicamente justificado.”

Ainda se levar em consideração que a Lei Geral de Proteção de Dados é datada de 2018, uma exigência de 24 meses de prestação de serviço tem a serventia de no mínimo direcionar a prestação de serviços a empresas que são pioneiras no mercado, havendo um direcionamento para um leque menor de empresas, acabando por restringir e diminuir a economicidade ao erário.

3. DO PEDIDO

Diante de todo o exposto, pedimos a revisão do item 13.6.4 do instrumento convocatório no tocante à comprovação de prestação de serviços pelo período mínimo de 24 (vinte e quatro) meses, sendo que o estabelecido pela Lei é a exigência de no máximo compatível ao objeto, que seria de 18 (dezoito) meses.

Levar em consideração que o objeto licitado, trata-se de normatização recente e que grande parte das empresas que hoje atuam no mercado, não possuem 18 meses, tão pouco 24 meses, passando a considerar uma exigência mais branda e compatível com o maior número de prestadores de serviços do ramo, ou seja, de 50% (9 meses) para baixo.

Desta forma requeremos, que Vossa(s) Senhoria(s) o deferimento integral dos termos presente nessa IMPUGNAÇÃO, com base nas normas e dispositivos citados, bem como a revisão do item 13.6.4 para que dentro do estabelecido na Lei, e ainda com base nos entendimentos apresentados nessa presente IMPUGNAÇÃO, estabelecer uma exigência de qualificação técnica de no máximo 50% do período do objeto do Pregão Eletrônico Nº 009/2021.

Certo de que não haverá necessidade de recorrer à Corte de Contas competente ou ao Poder Judiciário para ter seus direitos garantidos, requer o deferimento da presente Impugnação.

Nestes Termos,
Pede deferimento

Belo Horizonte, 09 de setembro de 2021.

RESPOSTA:

Impugnação Indeferida

13.6.4. Para Qualificação Técnica deverão ser apresentados:

13.6.4.1. Documentação que demonstre a habilitação técnica do Licitante para atender às especificações constantes no TR, por meio da comprovação de sua atuação em projetos de adequação à LGPD ou GDPR por, pelo menos 24 (vinte e quatro) meses, contínuos ou não, comprovados através de: (...)

Os licitantes contestam a exigência de experiência comprovada de 24 meses, argumentando que (i) a LGPD está em vigor há apenas 13 meses, prazo inferior ao exigido a título de experiência pelo edital e (ii) como o prazo da contratação será de 18 meses, a aplicação de jurisprudência do TCU permitiria a exigência de experiência de no máximo 9 meses, ou seja, 50% do quantitativo licitado.

Uma das licitantes transcreve ainda julgado sobre a possibilidade de somatório de atestados, sem no entanto fundamentar no que consistiria eventual irregularidade, visto que que o item 13.6.4.1. a.) permite expressamente o somatório.

A Área Demandante informa que:

"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. (...)

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."

No que diz respeito ao prazo de vigência da LGPD, a Área informa que

"Complementa-se que, 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."

Por fim, a ACIR conclui que

"Assim, especificamente, com relação aos 24 (vinte e quatro) meses 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. (...)

Nesse contexto, mostra-se plenamente razoável a exigência de comprovação de 24 (vinte e quatro) meses 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."

Pois bem.

A Lei n. 13.303/16 estabelece o seguinte, em relação à habilitação técnica:

Art. 58. A habilitação será apreciada exclusivamente a partir dos seguintes parâmetros:

(...) II - qualificação técnica, restrita a parcelas do objeto técnica ou economicamente relevantes, de acordo com parâmetros estabelecidos de forma expressa no instrumento convocatório;

Apesar da Lei das Estatais não trazer expressas as mesmas restrições da Lei n. 8.666/93, entende-se que as exigências habilitatórias continuam sendo analisadas de maneira restritiva. Afinal, o princípio da competitividade ainda é um dos principais nortes do processo licitatório.

A exigência de um período mínimo específico de experiência não é considerada ilegal pela jurisprudência, desde que preenchidos certos requisitos. A Súmula 263 do TCU traz a permissão e os parâmetros:

"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." (grifou-se)

Qualquer exigência nesse sentido deve guardar razoabilidade e proporcionalidade em relação ao objeto a ser contratado:

"5. Como salientado pela instrução, este Tribunal evoluiu sua jurisprudência para admitir ser possível – e até mesmo imprescindível à garantia do cumprimento da obrigação – delimitar as características que devem estar presentes na experiência anterior do licitante quanto à capacidade técnico-operacional e técnico-profissional (acórdãos 1.214/2013 e 3.070/2013 do Plenário).

6. Assim, é compatível com o interesse público contratar empresas e profissionais com experiência comprovada na execução da obra que se irá executar. A questão não é a exigência da comprovação de experiência anterior, mas a **razoabilidade dos parâmetros estipulados.**" (AC-0534-07/16-P., grifou-se)

"12. Como se pode observar, não há dúvida quanto à possibilidade de exigência de quantitativos mínimos para comprovação da capacidade técnico-operacional das licitantes, desde que atendidos dois requisitos essenciais, quais sejam: a) a imposição deve restringir-se aos itens de maior relevância e valor significativo do objeto; e b) deve ser guardada **proporção** entre a quantidade exigida e a dimensão do objeto a ser executado." (AC-3104-46/13-P, grifou-se)

O TCU já estabeleceu um parâmetro para análise dessa proporcionalidade/razoabilidade: exigência de experiência em quantitativo equivalente a 50% daquele a ser contratado. Trata-se, claro, de critério geral, cabível comprovação de que outro limite se faz necessário:

"8. Conforme apontado pela Secex/ES, o entendimento do TCU, a exemplo do disposto no Acórdão 827/2014 – Plenário, é de considerar irregular a exigência de número mínimo de atestados de capacidade técnica, bem como a fixação de quantitativo mínimo nesses atestados superior a 50% do quantitativo de bens e serviços que se pretende contratar, exceto nos casos em que a **especificidade** do objeto recomende e **não houver comprometimento à competitividade** do certame, circunstância que deve ser devidamente justificada no processo licitatório." (ACÓRDÃO 3663/2016 - PRIMEIRA CÂMARA, grifou-se)

"13. Assim, o primeiro requisito essencial foi devidamente observado, conforme já delineado nos itens 5 e 6 deste voto. Quanto ao outro quesito, este Tribunal tem decidido recursivamente que a **comprovação de experiência em índice superior a 50% (cinquenta por cento) dos quantitativos a executar é exigência excessiva**, a restringir indevidamente o caráter competitivo do certame, salvo em **casos excepcionais**, cujas justificativas devem estar tecnicamente explicitadas, seja no processo licitatório, seja no próprio edital e seus anexos (vide Acórdãos nºs

1.284/2003, 2.088/2004, 2.656/2007, 608/2008, 2.215/2008, 2.099/2009, 2.147/2009, 1.432/2010 e 1.552/2012, todos do Plenário)." (AC-3104-46/13-P, grifou-se)

Como apontado pelos licitantes, a contratação do serviço se dará por 18 meses, mas exige-se experiência de 24 meses.

A exigência de quantitativo superior ao previsto na licitação, por óbvio, é ainda mais excepcional:

"13. Da mesma forma, a necessidade de comprovação de experiência anterior na prestação de serviços em volume igual ou superior ao licitado, conforme dispunha o item 10.3.4 do edital, não o disposto no art. 30, II e § 1º, da Lei 8.666/1993. Configura-se, assim, exigência excessiva e contrária à jurisprudência desta Corte, restringindo indevidamente o caráter competitivo do certame

14. Já de longa data é de amplo conhecimento na administração pública que não se pode exigir como comprovação de aptidão experiência pretérita na execução de objeto semelhante ao licitante em quantidades iguais ou superiores à prevista na licitação, salvo, evidentemente, em situações excepcionais, devidamente justificadas, o que não é o caso. A jurisprudência deste Tribunal é pacífica a respeito, bem como a doutrina especializada." (AC-3104-46/13-P)

Justificativa da Área Técnica

Segue resposta da Comissão: (em anexo também)

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 neste 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, 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).

Ainda 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 24 (vinte e quatro) meses 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 24 (vinte e quatro) meses 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 texto que embasou a elaboração do presente 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-econtratos/cadastrodelicitacoes/500>).

Durante o período, várias empresas entraram em contato com a Finep, algumas para solicitar informações adicionais, outras para sanar dúvidas; e um 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 24 (vinte e quatro) meses 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 e ainda do ambiente do mercado que, conforme ponderações anteriores, não restringe a competitividade, principal preocupação que deve nortear a condução dos processos de contratações públicas.

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. Adhemar 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 pressupõe 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, que o cenário verificado não restringe a competitividade, 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 09/2021.

Pregoeira
Sônia Bessa