

## Pregão Eletrônico

### ▪ Visualização de Recursos, Contrarrazões e Decisões

#### RECURSO :

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DO PREGÃO ELETRÔNICO Nº 23/2021 DA COMPANHIA DE SANEAMENTO MUNICIPAL – CESAMA

MÓDULO SECURITY SOLUTIONS – EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL, por meio de seu representante legal abaixo assinado vem, respeitosamente, com fundamento no ordenamento legal próprio e item específico do Edital, apresentar seu

#### RECURSO ADMINISTRATIVO

contra decisão proferida pela Comissão de Licitação, que declarou vencedora do certame a licitante SHIELD SEGURANÇA DA INFORMAÇÃO E CONSULTORIA EMPRESARIAL pelos fundamentos de fato e de direito a seguir aduzidos, requerendo para tanto sua apreciação, julgamento e admissão. Pugna a Recorrente pela reconsideração da decisão da nobre Comissão a fim do total respeito aos princípios basilares que regem as Licitações Públicas e que devem ser seguidos por esta respeitosa entidade.

#### 1. DOS FATOS E DO INTERESSE RECURSAL

Embora a condução inicial do processo licitatório em epígrafe tenha ocorrido em consonância com as regras estabelecidas na legislação que regula o tema, a decisão levada a termo por esta respeitosa Comissão quando da aceitação da proposta e consequente habilitação da Recorrida, principalmente a partir da sua declaração como vencedora, contrastam com a legalidade e isonomia esperadas quando da competição por uma proposta capaz de atender integralmente às necessidades da Administração Pública.

Com efeito, o acolhimento do presente Recurso, em sua integral extensão, tal como se espera, tem o condão geral de reformar a decisão administrativa que declarou como vencedora a proposta Recorrida que desrespeita termos expressos do Edital quanto à qualificação técnica atrelada ao objeto demandado.

Em resumo, conforme leitura da documentação apresentada pela Recorrida – quando em confronto com os termos do Edital – e com base em larga fundamentação exposta abaixo, há:

(i) nítida ausência de demonstração documental da empresa erroneamente declarada vencedora quanto à qualificação técnico-operacional, por simplesmente não haver comprovação na íntegra do item 6.1.5 alínea 'a';

#### 2. DOS FUNDAMENTOS

Importa destacar que não é intuito desta licitante impedir ou simplesmente atrapalhar o normal trâmite do certame em tela, nem mesmo trazer dúvidas acerca da competência do trabalho exercida por esta respeitada Comissão de Licitação ou questionar sem fundamentos suas decisões. Busca-se tão somente o respeito aos princípios basilares que regem nossa Administração Pública, e estão previstos na Constituição e na Lei nº 13.303/2016, assim como que a necessidade da contratação tão urgente seja suprida da melhor maneira possível.

Primeiramente, antes de iniciar qualquer fundamentação e explicitação acerca do que esta Recorrente considera como incabível tendo em vista o apresentado pela licitante vencedora, isto é, que vai de encontro ao que foi solicitado pela Companhia neste certame, convém destacar princípio norteador de qualquer procedimento licitatório que deve ser amplamente respeitado por todos os entes da Administração Pública, qual seja, o da vinculação ao instrumento convocatório.

Não se pode olvidar que a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada, sob pena de incidir em violação aos princípios da legalidade, da igualdade entre os licitantes e da vinculação ao instrumento convocatório, consoante a norma veiculada no art. 31, caput, da Lei 13.303/2016.

A vinculação ao Edital nada mais é do que vedar que Administração, bem como os demais participantes, descumpram normas contidas no instrumento convocatório. Sob essa ótica, o princípio se traduz na regra de que o Edital faz lei entre as partes, devendo ser observados os seus termos até o encerramento do certame por todos os participantes, o que também inclui o próprio ente administrativo.

Em outras palavras, toda contratação depende de um bom Edital, documento este que deve ser encarado como a necessária ligação entre o planejamento da contratação e a futura aferição da legalidade e principalmente da eficiência da atuação do ente estatal Contratante. Assim se apresenta como um instrumento de gestão, como item obrigatório no procedimento licitatório, devendo estar fundado em estudos técnicos e com as descrições especificadas de custos, pagamento, fiscalização, e principalmente quanto às exigências técnicas de habilitação das empresas.

A fim da melhor elucidação sobre o que de fato significa o respeito aos termos do Edital, ensina Marçal Justen Filho que:

“O edital é o fundamento de validade dos atos praticados no curso da licitação, na acepção de que a desconformidade entre o edital e os atos administrativos praticados no curso da licitação se resolve pela invalidade destes últimos. Ao descumprir normas constantes do edital, a Administração Pública frustra a própria razão de ser

da licitação". (FILHO, Marçal Justen – Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. Dialética 14 Ed. p.567).

No mesmo sentido é a lição de José dos Santos Carvalho Filho:

"A vinculação ao instrumento convocatório é garantia do administrador e dos administrados. Significa que as regras traçadas para o procedimento devem ser fielmente observadas por todos. Se a regra fixada não é respeitada, o procedimento se torna inválido e suscetível de correção na via administrativa ou judicial. (...) Vedado à Administração e aos licitantes é o descumprimento das regras de convocação, deixando de considerar o que nele se exige, como, por exemplo, a dispensa de documento ou a fixação de preço fora dos limites estabelecidos. Em tais hipóteses, deve dar-se a desclassificação do licitante, como, de resto, impõe o art. 48, I, do Estatuto". (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 26ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 246.).

Conclui-se, assim, que não há cabimento na aceitação, pela Administração, de proposta que esteja em desacordo com o que foi disposto no Edital, principalmente quando se refere ao atendimento das exigências técnicas definidas pela entidade atreladas ao objeto do certame.

Habilitar uma empresa sem demonstração cabal de preenchimento dos requisitos previstos em Edital – como é o presente caso - é uma atitude que demonstra total desrespeito àquilo que de fato é perseguido quando da realização da licitação - a melhor proposta em condições iguais de competição – pois não há espaço para julgamentos discricionários e que desvirtuam variados princípios basilares da Administração Pública, previstos no art. 37 da Constituição Federal.

Em julgado do Superior Tribunal de Justiça, decidiu-se:

"(...) 3. Na salvaguarda do procedimento licitatório, exsurge o princípio da vinculação, previsto no art. 41, da Lei 8.666/90, que tem como escopo vedar à administração o descumprimento das normas contidas no edital. Sob essa ótica, o princípio da vinculação se traduz na regra de que o instrumento convocatório faz lei entre as partes, devendo ser observados os termos do edital até o encerramento do certame". (AgRg no AREsp 458.436/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/03/2014, DJe 02/04/2014)

Quanto ao tema, a jurisprudência deste mesmo Tribunal de Contas da União é pacífica quanto à compulsória observância das regras definidas no certame licitatório. Vejamos extrato do Acórdão nº 6/2015 – Plenário:

"A jurisprudência deste Tribunal é pacífica quanto à importância de se observar nos procedimentos licitatórios o princípio da vinculação ao instrumento convocatório. Quanto a esse aspecto não há controvérsia, pois o edital é a lei que rege o processo licitatório, devendo conter regras claras e objetivas acerca dos aspectos importantes nele envolvidos".

Como dito, qualquer entendimento contrário a esse simplesmente ignora o intuito pelo qual tal exigência editalícia foi inserida no certame em tela e configura-a como mera peça de ficção, sem qualquer função e em incongruência à busca de uma competição realmente isonômica. Sem embargo, apesar da obrigatoriedade de tratamento isonômico entre os participantes e da vinculação ao instrumento convocatório, algumas informações primordiais precisam ser questionadas quanto à análise da documentação recorrida.

Poder-se-ia questionar a intenção de levantar tema que, à primeira vista, pode parecer insignificante. Mas não deve nunca ser assim encarado. Regras, conforme toda a explanação acima destacada, estão determinadas previamente no Edital, evitam assim qualquer tipo de surpresa aos licitantes e, portanto, devem ser totalmente respeitadas, seja por quem participa, como por quem julga. Não há espaços para subjetivismos e/ou personalismos nas fases onde haja julgamento pela Administração Pública. Qualquer atitude contrária a esse entendimento dá margem a favorecimentos aos licitantes, objetivo este, conforme é muito bem sabido, está longe de ser pretendido quando da condução de um processo licitatório pela CESAMA.

• A questão que versa a presente manifestação recursal é simples: EDITAL FOI DESRESPEITADO PELA RECORRIDA NAS EXIGÊNCIAS REFERENTES À QUALIFICAÇÃO TÉCNICA – itens 6.1.5 'a' – por não comprovar os seguintes itens: 'implementação de boas práticas referentes à proteção de dados pessoais', 'estabelecimento das estruturas de governança de um Programa de Privacidade e Proteção de Dados dentro da equipe' e "Desenvolvimento do plano de implementação e adequação à LGPD".

Ressalte-se: ambas descrições de 'serviços' está EXPRESSAMENTE prevista no rol do Edital quanto à qualificação técnica da licitante.

As partes tomaram ciência de todos os requisitos e previamente tiveram conhecimento da maneira pela qual seriam feitas exigências técnicas e documentais, formulando suas propostas e separando sua documentação de habilitação de acordo com os princípios de isonomia e competitividade. A SHIELD NÃO CUMPRIU e esta Comissão infelizmente não se atentou para isso.

Mais uma vez afirma-se: a empresa até aqui erroneamente considerada vencedora ignorou o comando do Edital ao descumprir requisitos de qualificação técnica.

Pois bem. Conforme documentação da Recorrida, o que se tem nada mais são do que atestados de serviços de análise, ou seja, que não seguem além do plano de ação, sem qualquer descrição e demonstração efetiva quanto à implementação de boas práticas de fato e o referido estabelecimento das estruturas de governança.

Observa-se que nos dois únicos atestados apresentados os dois contratos não alcançaram os três itens descritos anteriormente.

Dito em outras palavras, é cristalino o entendimento de que a não comprovação do preenchimento de tais requisitos daquela maneira determina não aceitação da proposta da licitante e vicia todo o procedimento administrativo, como muito bem destacado em entendimento paradigmático da Corte de Contas da União:

9.1. conhecer da presente representação e, no mérito, considerá-la parcialmente procedente; [...] 9.3. dar ciência ao Tribunal Regional Eleitoral do Espírito Santo (TRE/ES) de que a não exigência de comprovação de qualificação técnica e econômico-financeira identificada no edital do Pregão Eletrônico 7/2018 (Processo 26.659/2017) afronta o disposto no art. 27, c/c os arts. 30, 31 e 32 da Lei 8.666/1993; Acórdão 891/2018 Plenário.

E não é só.

Os desrespeitos continuam.

O Edital também prevê:

6.1.5 Qualificação Técnica – 'b'. No mínimo 1 (um) profissional com certificação DPO (Data Protection Officer) dentre os relacionados na equipe técnica (conforme quadro apresentado no item 5.2 do Termo de Referência). Esta comprovação é pertinente ao objeto licitado devido à necessidade de adequação à LGPD, no que se refere às orientações sobre proteção dos dados, tratamento e processamento de dados pessoais mantidos pela CESAMA. A LICITANTE deverá formar uma Equipe Técnica multidisciplinar, conforme quadro apresentado no item 5.2 do Termo de Referência, com tempo de experiência nas funções elencadas, que se responsabilizará efetivamente pela execução dos serviços e será composta por, no mínimo, um profissional em cada uma das funções relacionadas. As funções, descrições da atuação e qualificações mínimas exigidas, foram definidas conforme a necessidade de execução do projeto de adequação à LGPD, e, portanto, pertinente ao objeto do TR. A descrição de atuação para cada função justifica a necessidade do profissional com o perfil descrito.

A equipe técnica envolvida na prestação dos serviços deverá possuir conhecimento e experiência conforme os requisitos técnicos para a prestação dos serviços descritos no Termo de Referência.

Convém definir que os requisitos previstos para qualificação técnica no Edital possuem a finalidade de delimitar qual é a experiência anterior da empresa licitante no mercado assim como qual é a experiência individual dos profissionais que compõem esta empresa, já que a qualificação técnica da licitante tem um sentido mais amplo à qualificação técnica individual dos profissionais.

Para bem elucidar a distinção entre capacidade técnico-operacional e a capacidade técnico-profissional, segue lição de Marçal Justen Filho, a seguir:

A qualificação técnica operacional consiste na qualidade pertinente às empresas que participam da licitação. Envolve a comprovação de que a empresa, como unidade jurídica e econômica, participara anteriormente de contrato cujo objeto era similar ao previsto para a contratação almejada pela Administração Pública. A questão da qualificação técnica operacional somente pode ser compreendida em face de obras e serviços de engenharia. É que a legislação que regula a profissão subordina a realização de qualquer obra ou serviço de engenharia a um controle específico em face dos órgãos de classe (CREA). Esse controle envolve a participação e a responsabilidade técnica de um profissional (pessoa física) regularmente inscrito em face do CREA. Veja-se que o profissional que é indicado como "responsável técnico" não é, na quase totalidade dos casos, parte da relação jurídica contratual. A obra ou serviço de engenharia é contratada com uma certa pessoa jurídica. A responsabilidade técnica é de uma pessoa física – que pode ser sócia, empregada ou contratada pela empresa que participa da contratação para execução da obra ou serviço de engenharia. Em síntese, a qualificação técnica operacional é um requisito referente a empresa que pretende executar a obra ou serviço licitados. Já a qualificação técnica profissional é requisito referente às pessoas físicas que prestam serviços à empresa licitante (ou contratada pela Administração Pública) "Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos" – (11ª edição, p. 326/327) (destaque, grifo e negrito nosso)

Em outras palavras, no tocante à capacitação técnico-profissional, solicita-se dos licitantes que os seus respectivos profissionais - pertencentes ao quadro técnico da empresa ou que assim assumam tal compromisso - tenham documentação que demonstrem a capacidade de execução relativa a objeto anterior similar ao licitado. Ou seja, a experiência a ser verificada não é a da pessoa jurídica, mas sim a do profissional que atuará como membro da equipe na execução do contrato.

Conforme documentação apresentada, a empresa SHIELD simplesmente ignorou o comando editalício e apresentou apenas documentação do profissional DPO, sem demonstrar as demais experiências e exigências em torno do restante da equipe.

Diante da (não) apresentação da documentação, a Recorrida não possui qualificação técnica profissional para a devida prestação dos serviços.

Sobre o exposto, a empresa descumpriu os comandos do Edital, vez que os atestados de capacidade técnica apresentados não possuem qualquer traço de SIMILARIDADE/COMPATIBILIDADE com objeto licitado, e ignoram serviços taxativamente previstos no Edital (qualificação técnica operacional) e resta impossível a demonstração da qualificação de sua equipe técnica. Ou seja, documentação apresentada em total desconformidade com o exigido pelo Edital e PRECISA ser revisto.

Sobre o tema, convém destacar decisão importante do Superior Tribunal de Justiça:

3. Nas razões recursais, sustenta a parte recorrida ter havido violação ao art. 30, inc. II, da Lei n. 8.666/93, ao argumento de que a exigência editalícia de prévia experiência no desempenho de atividades objeto da licitação não viola o princípio da igualdade entre os licitantes, na perspectiva de que a Lei de Licitações prevê que a qualificação técnica assim o permite. Aponta, ainda, divergência jurisprudencial a ser sanada. 4. Não fere a igualdade entre os licitantes, nem tampouco a ampla competitividade entre eles, o condicionamento editalício referente à experiência prévia dos concorrentes no âmbito do objeto licitado, a pretexto de demonstração de qualificação técnica, nos termos do art. 30, inc. II, da Lei n. 8.666/93. 5. Os princípios da igualdade entre os concorrentes e da ampla competitividade não são absolutos, devendo ser ponderados com outros princípios próprios do campo das licitações, entre eles o da garantia da seleção da melhor proposta e o da segurança do serviço/produto licitado. 6. Tem-se aí exigência plenamente proporcional pois (i) adequada (a prévia experiência em atividades congêneres ou

similares ao objeto licitado é medida que faz presumir, como meio, a qualificação técnica - o fim visado), (ii) necessária (a prévia experiência em atividades congêneres ou similares ao objeto licitado é medida de fácil demonstração, autorizando a sumarização das exigências legais) e (iii) proporcional em sentido estrito (facilita a escolha da Administração Pública, porque nivela os competidores uma vez que parte de uma qualificação mínima, permitindo, inclusive, o destaque objetivo das melhores propostas com base no background dos licitantes). 7. Precedentes desta Corte Superior. 8. Recurso especial provido. (REsp 1257886 / PE - RECURSO ESPECIAL 2011/0125591-4. Rel. Min. Mauro Campbell Marques. T2 - Segunda Turma; julg. em 03/11/2011; publ. em DJe 11/11/2011; grifo nosso).

O Edital, no item aqui já destacado, é claro e apenas segue previsão legal (Lei nº 13.303/2016), senão vejamos:

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;

Claro, portanto, que quando se lê 'de acordo com parâmetros estabelecidos de forma expressa no instrumento convocatório', esta entidade seguiu os termos legais em destaque, mas na hora do julgamento da empresa, acabou por desconsiderar os dois serviços necessários e habilitou a empresa erroneamente.

Fato é: atestados não retratam, não provam, não demonstram em sua totalidade os serviços compatíveis com objeto licitado. Ainda que compatibilidade, por certo, não seja identificado como absoluta igualdade, esta situação retratada acima não pode ser mantida, até porque o Edital foi expresso no rol dos serviços exigidos. E por si só isso DESRESPEITA O EDITAL.

Ademais, nem mesmo documentação da equipe técnica foi apresentada.

Sobre a discussão específica em torno da compatibilidade ou não dos atestados apresentados, Sérgio Resende de Barros, em publicação constante na Revista do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (São Paulo/SP, n.89, p.52-62, out.1998/jan. 1999), apresenta brilhante peça doutrinária acerca da qualificação técnica:

"Ora, uma tal exigência de comprovação referida especificamente a características, quantidades e prazos, somente poderá ser atendida por atestados ou certidões que sejam também especificamente detalhados, o suficiente para satisfazê-la. Esse detalhamento é necessário, sob pena de não se atender à Lei. Agiu bem o legislador nesse ponto, pois a generalidade é incompatível com a comprovação. Afirmações genéricas e abstratas provam pouco. Toda prova realmente eficaz é específica e concreta: contém e demonstra particularidades suficientes para identificar e comprovar o fato.

Logo, certidões ou atestados, seja por similitude, seja por equivalência, devem no seu conteúdo referir-se a contratos "in concreto", devidamente identificados pelos elementos que os individualizam: as partes e o objeto, as principais obrigações e condições contratadas, até de preço e de prazo, se as circunstâncias peculiares à contratação assim o exigirem, enfim, tudo o que for necessário para saber, em cada caso certificado ou atestado, se as características, as quantidades e os prazos das obras ou serviços já realizados comprovam, efetivamente, a sua pertinência e compatibilidade com o objeto da licitação e, por esse modo concreto, específico e efetivo, garantem o interesse público."

Em outras palavras, essa comprovação exigida na legislação – e obviamente no próprio Edital do certame – deve gerar evidência irrecusável. É uma demonstração cabal, pois o administrador precisa encontrar, para cada caso concreto – devidamente atestado nos documentos – uma maneira objetiva de aferir a capacidade técnica da empresa e de seus profissionais, e assim garantir a possibilidade de participação daqueles que tenham real capacidade potencial para desenvolver o serviço com a segurança demandada pela Administração.

Como conclusão? A decisão de inabilitação, é, portanto, inevitável, e manter esta licitante no processo licitatório acarretará óbvia violação ao princípio da estrita vinculação ao instrumento convocatório amplamente debatido acima.

Urge-se destacar: a competição é pela proposta mais vantajosa, NUNCA é pela de menor preço! Vence o menor preço que se demonstra, com o mínimo de verossimilhança, totalmente capacitado para prestar o serviço. E isso, sem sombra de dúvida, não foi sequer respeitado no presente certame licitatório.

### 3. DA CONCLUSÃO E DO PEDIDO

Ora, percebe-se claramente que as violações legais descritas acima ensejam sim a imediata reforma da decisão proferida pela Comissão de Licitações, que declarou vencedora a empresa SHIELD SEGURANÇA DA INFORMAÇÃO E CONSULTORIA EMPRESARIAL para que assim seja declarada sua inabilitação diante do manifesto desrespeito aos itens 6.1.5 'a' e 'b' do Edital. Que sejam feitas as diligências necessárias para saneamento deste ato.

Caso não entenda pela adequação do resultado, pugna-se pela emissão de parecer, informando quais os fundamentos legais que embasaram a decisão, pois servirão de base para medidas futuras cabíveis.

Termos em que pede e espera deferimento.

Brasília - DF, 24 de setembro de 2021.

MÓDULO SECURITY SOLUTIONS – EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Fechar

