

Em 08 de Outubro de 2021.

PARECER N.º 258/2021 - PRJ/CESAMA

Para: Diretor Presidente (DP)

Assunto: Análise de Processo Licitatório – Pregão Eletrônico n.º 023/21 – Recurso Administrativo.

Referência: Processo Administrativo - Protocolo E-Prot n.º 217845 e 219509 (Volumes 1 e 2).

EMENTA: Administrativo. Parecer Jurídico. Licitação. Pregão Eletrônico. Contratação de Consultoria Especializada para Adequação da CESAMA à Lei 13.709/2018 – Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), envolvendo: o Diagnóstico de Impacto da LGPD na CESAMA, Elaboração do Plano Estratégico de Implementação de um Programa de Conformidade com a LGPD e Implantação do Plano Estratégico de Conformidade com a LGPD, conforme Condições e Quantitativos Estabelecidos no Edital e seus Anexos. Recurso Administrativo. Admitido pelo Princípio da Autotutela. Não Provido.

I – RELATÓRIO

Trata-se de consulta que versa sobre a análise dos aspectos jurídicos do recurso administrativo interposto pela empresa MÓDULO SECURITY SOLUTIONS – EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL, contra decisão do pregoeiro da CESAMA que declarou a empresa SHIELD SEGURANÇA DA INFORMAÇÃO E CONSULTORIA EMPRESARIAL LTDA., vencedora do certame do Edital n.º 023/21, que visa a contratação de consultoria especializada para adequação da CESAMA à Lei 13.709/2018 – Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), envolvendo: o diagnóstico de impacto da LGPD na CESAMA, elaboração do plano estratégico de implementação de um programa de conformidade com a LGPD e implantação do plano estratégico de conformidade com a LGPD, conforme condições e quantitativos estabelecidos no Edital e seus anexos.

De início, registro que diante do estado de calamidade pública no Município de Juiz de Fora e da situação de emergência em saúde pública em decorrência da infecção humana causada pelo novo Coronavírus (COVID 19), declarada e mantida, respectivamente, por meio do Decreto Municipal n.º 13.920, de 07 de abril de 2020, alterado pelo Decreto n.º 14.237, de 23 de dezembro de 2020, a Diretoria da CESAMA através da Resolução da Diretoria n.º 027/2021 orientou a adoção, preferencial, da tramitação digital de documentos, via e-mail, Whatsapp, ou qualquer meio eletrônico.

Desta forma, no dia 08/10/2021 foi encaminhado os autos físicos (Volumes 1 e 2) a esta Procuradoria para análise jurídica do presente, contendo os documentos relatados em fls. 580/581 (Vol. 2).

As razões do recurso administrativo de fls. 538/542 (Vol. 2) foram autuadas, contudo, sem a protocolização da peça pela sociedade empresária em questão, em descumprimento ao item 10.2, do Edital, objetivando a desclassificação da licitante SHIELD SEGURANÇA DA INFORMAÇÃO E CONSULTORIA EMPRESARIAL LTDA., pelo não atendimento de itens do instrumento convocatório, quais sejam, (1) por suposto desrespeito às exigências de qualificação técnica insculpida no item 6.1.5, alínea "a", do Edital; e, (2) por suposto desrespeito às exigências de qualificação técnica insculpida no item 6.1.5, alínea "b", do Edital; consoante narrado em sua peça recursal.

Como informado às fls. 559 (Vol. 2), o recurso administrativo apresentado não atendeu os requisitos de admissibilidade previstos na legislação e no instrumento convocatório. Contudo, em atenção ao princípio da autotutela e em nome do interesse e moralidade públicos, os argumentos apresentados pela empresa recorrente foram analisados, para que não restassem dúvidas quanto à lisura do presente certame.

As respectivas contrarrazões de fls. 544/550 (Vol. 2) foram autuadas, tendo sido contraditados os pontos delineados no recurso, pleiteando ao final pela sua total improcedência, mantendo-se a decisão recorrida.

Em análise do único recurso administrativo registrado e apresentado no certame, após análise técnica pela ATI de fls. 554/556, foi proferida decisão do pregoeiro da CESAMA pelo indeferimento do mesmo, em caráter opinativo, mantendo-se o resultado da licitação, e pelo que prescreve o art. 80, do Regulamento Interno de Licitações, Contratos e Convênios da CESAMA (RILC), o seu encaminhamento à segunda instância administrativa para a decisão final (fls. 557/574), publicando-se no site compras.gov.br (fls. 575/579).

Para efeito de relatório, adoto o da manifestação de fls. 557/574 (Vol. 2).

Passo a opinar.

II – DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS

De início, entende a empresa recorrente pela desclassificação da licitante vencedora pela **(1)** *por suposto desrespeito às exigências de qualificação técnica insculpida no item 6.1.5, alínea “a”, do Edital*, mais especificamente por não ter comprovado os serviços relacionados à “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”.

Neste quesito, a área técnica (ATI) concluiu que a “[...] empresa SHILD Consulting apresentou a documentação que atesta a sua experiência e comprovação na realização de serviços de adequação à LGPD, bem como a execução de atividades **equivalentes** com o objeto definido no Termo de Referência do Edital em questão [...]” (cit. fls. 554, g.o.), e que “[...] é possível analisar no conjunto de atividades comprovadas no atestado de capacidade técnica, que a empresa SHILD Consulting realizou atividades que se relacionam com definição de processos de tratamento de dados pessoais, mapeamento de riscos nos processos de tratamento de dados pessoais, análise da segurança da informação e o uso de práticas de gerenciamento de projetos. Tais atividades se relacionam inteiramente com práticas de governança, especificamente, Governança de Tecnologia da Informação no que tange ao atendimento de marcos de regulação e segurança da informação, e equivalentes com a construção de um plano de adequação à LGPD” (cit. fls. 555, g.o.).

Portanto, depreende-se da análise técnica da CESAMA que fora estritamente cumprida esta exigência de qualificação técnica com a apresentação dos respectivos atestados de capacidade técnico-operacional de fls. 502/507, isto é, que a decisão preliminar do pregoeiro baseou-se em considerar, no julgamento da mesma, que tal exigência restou demonstrada de acordo com os parâmetros fixados, e que foram considerados adequados, necessários, suficientes e pertinentes ao objeto licitado, assegurada a não ocorrência de restrição indevida ao caráter competitivo do certame, conforme proclamado no Acórdão 668/2005-TCU-Plenário, já que houve a participação de 11 (onze) licitantes interessados (vide fls. 523/533).

No tocante a isto, cumpre destacar que a Constituição Federal estabeleceu o parâmetro que deve nortear o legislador, “o qual somente poderá permitir as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações” (inc. XXI do art. 37).

Na modalidade pregão, especialmente, a exigência de requisitos de habilitação deve ser restrita ao indispensável. Como bem acentuou MARÇAL JUSTEN, “(...) Lembre-se que restringir o cabimento do pregão ao fornecimento de bens e serviços comuns significa, em última análise, reconhecer a desnecessidade de requisitos de habilitação mais severos. Ou seja, não foi casual a reserva do pregão apenas para bens e serviços comuns. Como esses bens estão disponíveis no mercado, segundo tendências padronizadas, presume-se não apenas a desnecessidade de maior investigação acerca do objeto. Também se pode presumir que serviços comuns não demandam maior especialidade do fornecedor. Logo, os requisitos de habilitação podem ser os mínimos possíveis”. (Em “Pregão Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico”, Ed. Dialética, 2001, p. 77).

Diante disso, entendo que o pleito da empresa recorrente, quanto a este ponto, não merece acolhimento.

Quanto à alegação de (2) suposto desrespeito às exigências de qualificação técnica insculpida no item 6.1.5, alínea “b”, do Edital, a empresa recorrente arrimou este apontamento no fato de que “[...] a empresa SHILD 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 [...]” (cit. fls. 540).

Já neste quesito, a área técnica (ATI) concluiu que “[...] a licitante SHIELD Consulting, no ato da contratação, deverá apresentar as comprovações de qualificação técnica, conforme exigido no item 5.2 (tabela de ‘Equipe Técnica’). A SHILED Consulting apresentou o certificado EXIN Data Protection Officer para o profissional Milton dos Santos Ferreira [...]” (cit. fls. 556).

Portanto, depreende-se da análise técnica da CESAMA que fora estritamente cumprida esta exigência de qualificação técnica com a apresentação do respectivo certificado de fls. 508/509, isto é, que a decisão preliminar do pregoeiro baseou-se em considerar, no julgamento da mesma, que tal exigência restou demonstrada, já que o item apontado limita-se a apresentação, por parte da licitante interessada, da certificação DPO (*Data Protection Officer*) referente ao profissional relacionado na equipe técnica, conforme quadro apresentado no item 5.2, do Termo de Referência (vide fls. 299), sem qualquer exigência de formação/apresentação prévia de equipe técnica, ou mesmo sua demonstração, por ocasião da comprovação de habilitação técnica.

É cediço que a comprovação do vínculo em si, ou seja, a apresentação de contrato de trabalho, de prestação de serviços, etc., somente será exigida por ocasião da contratação.

Nessa linha, tem-se que é viável que a CESAMA defina no instrumento convocatório a composição mínima da equipe técnica que julgar necessária para a satisfatória execução do objeto, bem como o perfil dos profissionais que a integram (desde que pautada em justificativa adequada e suficiente), sendo que na fase de habilitação o licitante poderá, por exemplo, apresentar uma declaração de disponibilidade dessa equipe, sem ser necessário relação nominal dos integrantes ou qualquer outra espécie de comprovação, **a qual será exigida após a adjudicação, como condição contratual, que se descumprida sujeitará o particular às sanções cabíveis em face de sua inadimplência.**

E o posicionamento do Tribunal de Contas da União (TCU) corrobora:

“[RELATÓRIO]

ANÁLISE DAS OITIVAS

45. Por sua vez, a exigência contida no Anexo VII do edital em que a licitante deveria juntar o nome dos responsáveis técnicos (peça 3, p. 155), também pode ser considerada cláusula abusiva e desnecessária.

46. Compulsando o Anexo VII do Edital (peça 3, p. 155), verifica-se que a exigência contida no item dá o indicativo de que a equipe técnica deve ter no mínimo três componentes. Porém, não se percebe qualquer necessidade de haver a solicitação, eis que não relaciona qual a formação ou experiência exigida, desses componentes. Com exceção, por obviedade, do responsável técnico pela obra. É dizer, não há necessidade de solicitar a informação, uma vez que o edital não prevê que se analise a qualificação da equipe, por meio de critérios técnicos definidos para uma eventual reprovação da equipe.

47. Ademais, mesmo que a licitante indicasse os nomes no anexo, não haveria como cobrar desta, no momento da contratação, que a equipe permanecesse a mesma, por falta de previsão no edital e até por ser impossível prever acontecimentos futuros, tais como falecimentos, desvinculação da equipe da empresa, dentre outros fatores imprevisíveis.

48. Assim, a cláusula combatida pela representante apenas teve como finalidade excluir possíveis concorrentes que, como no caso da Makri Ltda. não lograram preencher corretamente a tabela do edital.

[ACÓRDÃO]

9.2 com fundamento no art. 71, inciso IX, da Constituição Federal de 1988, c/c art. 45, caput, da Lei n. 8.443/1992, assinar prazo de 15 (quinze) dias para que o Iphan/AL adote as providências necessárias para anular a Concorrência n. 003/2015, que teve por finalidade a contratação de empresa para Requalificação do Largo da Igreja Nosso Senhor do Bomfim – Taperaguá, dadas as irregularidades concernentes às exigências dos subitens 2.1.1 e 2.1.2 do Edital da Concorrência 003/2015 restritas à comprovação por meio do Sicaf, bem como ao seu Anexo VII, relativamente à equipe técnica de três componentes, sem justificativas, o que acarreta restrição à competitividade do certame, em afronta aos artigos 37, inc. XXI, da Constituição Federal, e 3º, § 1º, inciso I, 30 e 32 da Lei 8.666/1993, além da ampla jurisprudência do TCU, informando a este Tribunal, nesse mesmo prazo, as medidas adotadas.¹ (g.n.)

“[VOTO]

3.4. a exigência contida no subitem 13.4.2 do Edital, da indicação nominal de profissionais de nível superior distintos para cada lote da licitação, bem como pertencentes ao quadro permanente da empresa

¹ TCU. Acórdão 199/2016. Plenário.

proponente, com vínculo comprovado mediante cópia da Carteira Profissional de Trabalho ou por meio de contrato de prestação de serviços, celebrado de acordo com a legislação civil comum, como requisito indispensável para sua habilitação, impõe ônus antecipado às proponentes sem a correspondente garantia de que o participante venha a ser vencedor do certame, com prejuízo ao princípio da competitividade, afrontando o disposto no art. 3º, caput e § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993, bem como a jurisprudência do TCU (v.g. Acórdãos nºs 481/2004; 1.094/2004; 26/2007; 126/2007, todos do Plenário; Acórdão nº 2.178/2006-1ª Câmara; Acórdão nº 2.561/2004-2ª Câmara);

3.5. o fator de permanência atenta contra o princípio da igualdade, previsto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 1993, porquanto pode acarretar uma redução de até 12 (doze) pontos, ou seja, 12% (doze por cento) do total de pontos possíveis, na nota técnica das proponentes que não possuírem em seus quadros permanentes, há mais de um ano, dois profissionais de nível superior disponíveis para cada lote que a empresa pretenda participar, sendo que, para se assegurar da qualidade e da eficiência da prestação dos serviços em questão, é suficiente que a Administração Pública defina de maneira clara, tanto no Edital como no contrato que vier a ser celebrado, o perfil desejado e o quantitativo mínimo de profissionais que entende necessário para sua execução". ² (g.n.)

² TCU. Acórdão 1396/2012. Plenário.

“O TCU tem rechaçado a exigência prévia de profissionais de cunho técnico operacional no quadro permanente da empresa licitante. O TCU entende que exigências dessa natureza inibem o caráter competitivo do certame, de forma contrária ao princípio da igualdade.

O argumento do MAPA de que é um desafio para Administração garantir a qualidade do objeto sem a configuração de restrição à competitividade já foi objeto de debate nesse Tribunal. O Ministro Ubiratan Aguiar, no TC 026.646/2006-6, faz orientações sobre como garantir a qualidade do objeto sem implicar em restrições à competitividade, conforme trecho transcrito a seguir:

‘12. De outra parte, para que a contratante não fique a mercê de ‘licitantes aventureiros’ e tenha maior garantia da qualidade do pessoal da contratada, cabe a ela dispor, tanto no edital como no contrato que vier a ser celebrado, o perfil desejado e o quantitativo mínimo de pessoas que entende necessário para realização dos serviços, evitando, assim, eventual favorecimento de determinadas empresas na fase de pontuação técnica, porém garantindo que o objeto contratado será executado por pessoas plenamente qualificadas.’

Assim, o TCU adota posicionamento contrário à exigência de quadro de pessoal com técnicos certificados e qualificados em fase anterior a celebração do contrato. Esse entendimento visa a evitar que os licitantes incorram em despesas que sejam desnecessárias e anteriores à própria celebração do contrato.”³ (g.n.)

³ TCU. Acórdão 2241/2012. Plenário.

Dessa forma, ainda que a CESAMA possa, em face de justificativa técnica, definir a composição mínima⁴ da equipe técnica responsável pela execução do serviço, não é válido exigir que as licitantes apresentem relação nominal dos membros que compõem essa equipe, nem que comprovem o vínculo profissional entre eles, bastando, na fase de habilitação, a apresentação de declaração formal do próprio licitante de que dispõe do pessoal técnico adequado para atender as condições do edital e executar regularmente o objeto, o que deverá ser efetivamente comprovado pela empresa vencedora da licitação (vide fls. 498).

Destarte, será a partir da assinatura do contrato e durante a execução dos serviços que a Administração deverá verificar, por intermédio de competente e esmerada fiscalização, se a empresa contratada cumpre com as obrigações contratuais assumidas (que se vinculam aos termos do edital e da proposta vencedora⁵), o que inclui, então, a disponibilização do pessoal técnico exigido no edital para execução do objeto, sob pena de inadimplemento e aplicação das sanções cabíveis.

Diante da afirmativa técnica de atendimento do presente edital, consoante esclarecido nos autos, entendo que o pleito da empresa recorrente não merece acolhimento.

III – DA CONCLUSÃO

Ante o exposto, com base nos documentos e informações até aqui encaminhados, ressaltados os aspectos técnicos, econômicos, financeiros e as ponderações de conveniência e oportunidade, próprios do

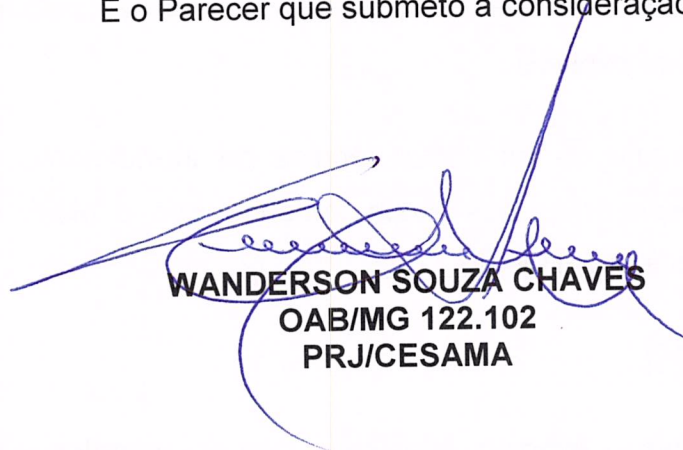
⁴ Ressalta-se apenas que o instrumento convocatório deve se limitar a indicar o quantitativo mínimo dos profissionais que indispensavelmente devem compor a equipe técnica, de modo a assegurar a qualidade do serviço, tendo em vista que cabe a cada licitante, a rigor, em vista de sua estrutura, etc., definir o número exato de pessoal necessário à execução da integralidade dos serviços pretendidos.

⁵ Lei federal n.º 13.303/2016. “Art. 68. Os contratos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas, pelo disposto nesta Lei e pelos preceitos de direito privado.”

mérito da Administração, e, portanto, alheios às atribuições desta Procuradoria, **opino pelo NÃO PROVIMENTO** do recurso interposto pela empresa MÓDULO SECURITY SOLUTIONS – EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL, com vistas a manter a decisão do pregoeiro da CESAMA que declarou a empresa SHIELD SEGURANÇA DA INFORMAÇÃO E CONSULTORIA EMPRESARIAL LTDA., vencedora do certame do Edital n.º 023/21, consoante documentos e esclarecimentos contidos nestes autos.

Por derradeiro, cumpre salientar que o presente parecer tomou por base, exclusivamente, os elementos que constam, até a presente data, nos autos do processo administrativo em epígrafe. Destarte, a Procuradoria Jurídica presta consultoria sob o prisma estritamente jurídico, não lhe competindo adentrar na conveniência e na oportunidade dos atos praticados no âmbito da CESAMA.

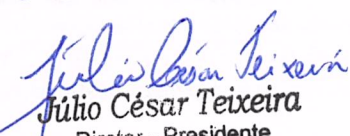
É o Parecer que submeto à consideração superior, s.m.j.



WANDERSON SOUZA CHAVES
OAB/MG 122.102
PRJ/CESAMA

PANA
RENATA Mello
DELC

Decisão do pregoeiro da CESAMA deve ser mantida
com base nos aspectos jurídicos e fundamentos constantes do parecer
de fls. 582 a 587.
Em 11/10/2021



Julio César Teixeira
Diretor - Presidente
CESAMA

Companhia de Saneamento Municipal - Cesama
Avenida Barão do Rio Branco, 1843/10º andar - Centro
CEP: 36.013-020 | Juiz de Fora - MG | Telefone: (32) 3692-9176