

RESPOSTA A IMPUGNAÇÃO A EDITAL DE LICITAÇÃO

PREGÃO ELETRÔNICO N.º 02/2024

OBJETO: Contratação de empresa especializada para o fornecimento de Solução de Gestão de Privacidade e Proteção de Dados Pessoais, na modalidade Software como Serviço (“Software as a Service - SaaS) subdividida em 10 módulos, incluindo os serviços de implantação, repasse de conhecimento, suporte técnico, sustentação e operação da solução, pelo período de 60 meses, de acordo com os critérios, termos e condições estabelecidas neste Edital e seus anexos, especialmente no Termo de Referência.

Trata o presente de resposta à IMPUGNAÇÃO apresentada pela empresa **MÓDULO SECURITY SOLUTIONS S/A – EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL**, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 28.712.123/0001-74, estabelecida na Rua Quinze de Novembro, nº 106, Sala 309, Centro, Niterói/RJ - CEP: 24020-125, por intermédio de seu representante legal o **Sr. João Fernando Nery de Oliveira**, interposta contra os termos do Edital do Pregão Eletrônico N.º 02/2024, informando o que se segue:

1. DA ADMISSIBILIDADE DO PEDIDO

A Lei nº. 10.520/02 é quem ditava as normas à modalidade de pregão; no entanto, ela nada diz com relação à impugnação ao edital. Quem delimita o tema é o Decreto Federal nº.10.024/2019:

Art. 24. Qualquer pessoa poderá impugnar os termos do edital do pregão, por meio eletrônico, na forma prevista no edital, até três dias úteis anteriores à data fixada para abertura da sessão pública.

§ 1º A impugnação não possui efeito suspensivo e caberá ao pregoeiro, auxiliado pelos responsáveis pela elaboração do edital e dos anexos, decidir sobre a impugnação no prazo de dois dias úteis, contado do data de recebimento da impugnação.

O prazo para que se possa apresentar razões de impugnação é de até 03 (três) dias úteis anteriores à realização da sessão que está marcada para o dia 16/02/2024.

Desta forma, o pedido de impugnação ao edital é intempestivo, pelos motivos que seguem:

A empresa **MÓDULO SECURITY SOLUTIONS S/A – EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL** apresentou, via e-mail encaminhado às 18h57 do dia 09/02/2024, pedido de IMPUGNAÇÃO do Edital 2024/002, no qual alega em sua preliminar tempestividade na apresentação do pedido.

Suas alegações têm como base o próprio Edital, no qual, em seu item 8.1, é informada a possibilidade de impugnação no prazo **de até 3 (três) dias úteis antes da data fixada para a ocorrência do certame**, em requerimento escrito que deve ser formulado pelo sistema eletrônico em que se realiza a licitação.

Baseia ainda as suas alegações em Decisão nº 1.871/2005 do Tribunal de Contas da União – TCU, que por sua vez está baseada na lei 8.666/93, que estabelece em seu art. 110 que: “Na contagem dos prazos estabelecidos nesta Lei, excluir-se-á

GECOG - Gerência de Contratações e Gestão Administrativa de Contratos
COPOL – Coordenaria de Procedimentos Licitatórios.

o dia do início e incluir-se-á o do vencimento, e considerar-se-ão os dias consecutivos, exceto quando for explicitamente disposto em contrário.”

No que pese as justificativas apresentadas pelo Solicitante, o Banco da Amazônia possui Regulamento próprio de Licitações e Contratos, em conformidade com a Lei 13.303/16, que dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias.

Outrossim atualmente a Lei nº. 14.133/21 que revogou a Lei 10.520/02, é quem dita, as normas à modalidade de pregão, utilizando-se a 13.303/16 como subsidiária na aplicação da norma, conforme determina o Regulamento de Licitações do Banco.

A Lei nº. 14.133/21, determina em seu Art. 164 o pedido de impugnação deve ser protocolado em **até 3 (três) dias úteis antes da data de abertura do certame**, prazo este em consonância com o Regulamento de Licitações e Contratos do Banco da Amazônia bem como do edital do certame em voga.

Subsidiariamente, mesmo já tendo sido revogada, a Lei 8.666/90 informa no art. 110, parágrafo único: “Só se iniciam e vencem os prazos referidos neste artigo em dia de **expediente** no órgão ou na entidade” (grifo nosso). Isso é corroborado pelo Art. 183, III, da Lei 14.133/21. A mesma lei, estabelece, ainda no Art. 183, III, § 2º:

“Considera-se prorrogado o prazo até o primeiro dia útil seguinte se o vencimento cair em dia em que não houver expediente, se o expediente for encerrado antes da hora normal ou se houver indisponibilidade da comunicação eletrônica.”

O pedido de impugnação foi encaminhado por meio eletrônico às 18h57, APÓS o final da hora padrão de expediente e funcionamento de empresas no Brasil, que apesar de não oficial, é adotado como costume e essencial para o funcionamento adequado de uma empresa e garantia o bom funcionamento das operações.

Visto que o encerramento do expediente foi às 18h, como é costume em empresas comerciais no Brasil, o pedido foi efetivamente recebido e tratado somente no dia 14/02/2024, ou seja, 2 dias úteis antes da data de abertura do certame.

Como o prazo para que se possa apresentar razões de impugnação é de até 03 (três) dias úteis anteriores à realização da sessão que está marcada para o dia 16/02/2024, conforme estabelecido na legislação vigente, Regulamento Interno de Licitações e Edital do Pregão, o pedido de impugnação é INTEMPESTIVO, não sendo desta forma reconhecido, porém, com base no princípio da transparência e razoabilidade, o mesmo será analisado.

2. DA IMPUGNAÇÃO

Intenta, a Impugnante, averbar o instrumento impugnatório ao Edital em apreço, aduzindo ILEGALIDADE, e, ao final, exhibe o PEDIDO, *ipsis litteris*:

FATOS E FUNDAMENTOS

Sem embargo, destaca-se que não é intuito desta empresa impedir ou simplesmente atrapalhar o normal trâmite do certame em tela, nem

GECOG - Gerência de Contratações e Gestão Administrativa de Contratos
COPOL – Coordenaria de Procedimentos Licitatórios.

mesmo trazer dúvidas acerca da competência do trabalho exercida pelo Banco da Amazônia S.A. ou questionar sem fundamentos suas decisões.

Manifesta-se o respeito pelo trabalho de toda a Comissão envolvida no presente processo, mas não se pode impedir que as divergências quanto ao entendimento de determinados impedimentos a ofertas de soluções tecnológicas em certames sejam trazidas à tona.

Como dito anteriormente, busca-se apenas a observância dos princípios basilares que regem nossa Administração Pública, e que são expressamente previstos em nossa Carta Magna de 1988 (e no regulamento desta entidade), assim como que a necessidade da contratação, a qual se sabe que é de extrema urgência e importância, seja suprida da melhor maneira possível.

Em que pese terem sido despendidas as justificativas, que com a devida vênia, mostram-se esparsas e genéricas, sem demonstrar efetivamente as questões de ordem técnica, que justificam a escolha da solução pretendida, observa-se que a escolha por si só contraria os permissivos insertos na Lei nº 13.303/2016.

De forma direta e objetiva: os requisitos exigidos para a solução – e que inclusive norteiam o Estudo Técnico Preliminar – não se coadunam ao objeto que de fato representaria a demanda do Banco.

Desde o ETP até a exigência de qualificação técnica, perpassando pela necessidade e descrição do objeto da demanda, o que se tem é um guia já direcionado para uma solução tecnológica específica.

Quando é feita a leitura integral da necessidade da contratação – Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) – combinada com a descrição dos itens de qualificação técnica e requisitos da solução tecnológica, o que se tem é um instrumento convocatório que vilipendia a participação de potenciais interessados e que são totalmente capazes de suprir a necessidade em destaque no item 2.1 do Termo de Referência.

A maneira pela qual a solução a ser escolhida é descrita, com base nas exigências de qualificação técnica e requisitos contratuais, restringe a competição. Esta escolha não é a única capaz de atender ao objeto do contrato, posto existirem no mercado outras soluções aptas a atender o interesse público do Banco.

*Como dito anteriormente, é corolário das contratações públicas que deve o certame priorizar a finalidade pela qual foi criado, **ou seja, ampliar a competitividade em busca do melhor resultado para a***

GECOG - Gerência de Contratações e Gestão Administrativa de Contratos
COPOL – Coordenaria de Procedimentos Licitatórios.

Administração e buscar aquilo que, de fato, lhe é mais vantajoso.

Acompanhado de sua necessária fundamentação, será a seguir analisado aquilo que tecnicamente pode ser ofertado com intuito de ampliar o rol de ofertas e, conseqüentemente, haver maior competição no certame.

Dada a complexidade notória do objeto do certame, é forçoso admitir que é papel da Administração Pública se precaver de possíveis licitantes “aventureiros” e buscar uma competição onde os licitantes sejam, realmente, capazes de atender à complexidade da demanda trazida à tona com a esperada qualidade.

*Ao mesmo tempo, não obstante o grau elevado do limite imposto pelas condições a partir das descrições dos itens acima delineados, **estas não podem ser confundidos de forma alguma como um instrumento de restrição à liberdade de participação e, da mesma forma, um obstáculo a uma oferta que atenda da mesma forma a demanda da entidade por uma proposta mais vantajosa ao Banco.***

No tocante à descrição técnica da solução que deve ser entregue pela licitante, como exigem Edital e Termo de Referência para efetivação da contratação, há de ser ressaltado, de antemão, que a presente contratação deveria superar uma série de etapas até a elaboração do instrumento convocatório em tela.

Até que este resultado tivesse sido alcançado, era necessário um planejamento para que se demonstrasse, ao menos, que a contratação agrega valor para o Banco e que qualquer risco tenha sido gerenciado a fim de que a contratação esteja alinhada com o planejamento da empresa.

Sem rodeios, o planejamento é sem sombra de dúvida um fator determinante para o sucesso de qualquer contratação, e dessa forma, deve ser realizado de forma detalhada a fim de que a solução escolhida pela Administração seja a mais adequada possível diante da sua demanda específica.

*O administrador, como agente público, representa não apenas a entidade para qual está vinculada, mas em especial toda sociedade. Por isso mesmo, **deve pautar-se, na condução de um procedimento de contratação, pelos princípios da isonomia e da ampla competição, dentro outros tantos previstos no ordenamento pátrio.***

Vejamos o entendimento do Tribunal de Contas da União quanto à fase preparatória do processo licitatório:

GECOG - Gerência de Contratações e Gestão Administrativa de Contratos
COPOL – Coordenaria de Procedimentos Licitatórios.

(...) 9.1.15 - em atenção ao inciso IX, artigo 6º, da Lei nº 8.666/1993, elabore estudos técnicos preliminares que assegurem a viabilidade da contratação sob os aspectos da eficácia, eficiência, efetividade e economicidade, com vistas a fundamentar o respectivo projeto básico, especialmente no que concerne às diferentes soluções disponíveis no mercado, à justificativa da solução específica escolhida, bem como ao demonstrativo dos benefícios técnicos e econômicos provenientes de tal escolha; Acórdão nº 2.938-10 (Plenário)

E em decisão BEM RECENTE sobre situação semelhante – DIRECIONAMENTO PARA UMA SOLUÇÃO ESPECÍFICA, por ora debatida, assim manteve seu posicionamento:

Acórdão 214/2020 Plenário (Representação, Relator Ministro Aroldo Cedraz)

Licitação. Projeto básico. Planejamento. Equipamentos. Especificação técnica. Preço. Cotação. Marca. Modelo.

Em licitações para aquisição de equipamentos, havendo no mercado diversos modelos que atendam às necessidades da Administração, deve o órgão licitante identificar um conjunto representativo desses modelos antes de elaborar as especificações técnicas e a cotação de preços, de modo a evitar o direcionamento do certame para marca ou modelo específicos e a caracterizar a realização de ampla pesquisa de mercado.

Qualquer tipo de exigência editalícia que viole as determinações legais acima em destaque, tornar-se-á, conseqüentemente, instrumento de indevida restrição à liberdade de participação em certames licitatórios e desvio de igualdade entre os interessados. Ao afastar e tornar impossível a competição entre um maior número de licitantes, a Administração estará longe de obter a proposta que é, realmente, a mais vantajosa.

*No presente certame, após realizados os estudos e planejamentos já aqui explicitados, **caberia à área técnica competente desta empresa a elaboração do Termo de Referência, onde deveriam ser avaliadas todas as possíveis soluções para que, fundamentadamente, fossem indicadas quais seriam as especificações requeridas.***

E neste processo de escolha, inevitavelmente, a partir da tomada de decisão emanada por meio da descrição no item 06 do ETP – levantamento e análise das alternativas – foram consideradas apenas as ferramentas OneTrust, Privacy Tools e Privally, se baseando na pesquisa do mercado internacional das consultorias Forrest Wave e Gartner (item 7 do

GECOG - Gerência de Contratações e Gestão Administrativa de Contratos COPOL – Coordenaria de Procedimentos Licitatórios.

ETP), do ano de 2020, e que, incrivelmente, não atendem às exigências da LGPD, legislação usada como motivo para a presente contratação. Ou seja, afastaram-se do procedimento licitatório algumas interessadas cujas soluções não atendem àquelas exigências.

No caso da Forrest Wave (figura em destaque a seguir) o software pesquisado é de Gestão de Privacidade, divergindo do objeto (Solução de Gestão de Privacidade e Proteção de Dados Pessoais – para atendimento à LGPD) e sendo a avaliação de 2020, não considera a entrada em vigência da LGPD no Brasil, o estabelecimento da ANPD e as dezenas de publicações da ANPD que impactam uma solução de software para conformidade com a lei; já a pesquisa do Gartner é de um software de Gestão de Riscos de Fornecedores de TI, divergindo do objeto (Solução de Gestão de Privacidade e Proteção de Dados Pessoais – para atendimento à LGPD)

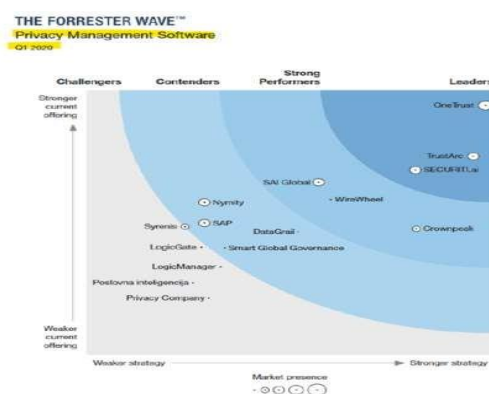
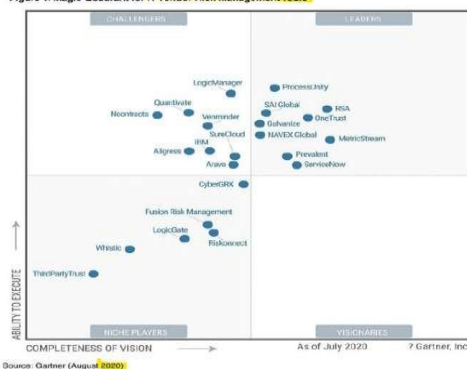


Figure 1. Magic Quadrant for IT Vendor Risk Management Tools



GECOG - Gerência de Contratações e Gestão Administrativa de Contratos
COPOL – Coordenaria de Procedimentos Licitatórios.

Em outras palavras, o que se tem é um planejamento de contratação que se baseia em requisitos que não encontram respaldo ao objeto de fato e na justificativa correspondente – na necessidade que motiva a demanda do Banco – e que, consequentemente, restringem, também a partir de exigências de qualificação técnica, a ampla participação neste certame.

O objeto do certame é:

1 – ‘a contratação de empresa especializada para o fornecimento de Solução de Gestão de Privacidade e Proteção de Dados Pessoais, na modalidade Software como Serviço (“Software as a Service - SaaS”) subdividida em 10 módulos, incluindo os serviços de implantação, repasse de conhecimento, suporte técnico, sustentação e operação da solução, pelo período de 60 meses, de acordo com os critérios, termos e condições estabelecidas neste Edital e seus anexos, especialmente no Termo de Referência’.

A justificativa para a contratação é:

2 – ‘A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) foi sancionada em agosto de 2018, dispondo sobre a conformidade legal de todas as pessoas jurídicas públicas e privadas que realizam tratamento de dados pessoais em meio físico ou digital. A LGPD cumpriu vacatio legis de 2 anos, com início de sua vigência em setembro de 2020. O intervalo entre a sanção e o início de sua vigência teve como objetivo permitir que as pessoas jurídicas se adequassem a lei. (...).

A ferramenta deverá automatizar os processos de controle e apoiará a implantação das boas práticas de segurança, risco e governança de dados exigidas pela LGPD. Além disso, a ferramenta também permitirá a integração com sites (internos e externos) do Banco para a coleta de consentimento, ciência e gestão de cookies, políticas, termos, etc. de forma automatizada e integrada’.

O problema é que como exigência de qualificação técnica – provocado pelo Estudo Técnico supracitado – solicita que os atestados tenham no mínimo (num total de dez módulos) os módulos ‘descoberta/mapeamento de dados’, sendo que tais módulos não se coadunam aos requerimentos da legislação que deu ensejo à contratação (LGPD) e não está citada em qualquer resolução, fiscalização, nota técnica ou outra publicação da ANPD.

Segue aqui este terceiro ponto da explanação, a partir da comprovação necessária de qualificação técnica:

GECOG - Gerência de Contratações e Gestão Administrativa de Contratos
COPOL – Coordenaria de Procedimentos Licitatórios.

3 – ‘7.4 Para fins de aferição de pertinência e compatibilidade, o(s) atestado(s) apresentado(s) deverá(ão) mencionar:

7.4.1 *Fornecimento de solução de Gestão de Privacidade e Proteção de Dados Pessoais;*

7.4.2 *Serviços de implantação de solução de Gestão de Privacidade e Proteção de Dados Pessoais, incluindo obrigatoriamente os módulos de “Descoberta de Dados” e “Mapeamento de Dados”, em empresas com, no mínimo, 50 TB de bases de dados.’*

O que se deseja deixar claro é que a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e as publicações da ANPD não exigem que as organizações implementem ferramentas de descoberta de dados. A LGPD estabelece apenas que as empresas devem tomar medidas adequadas para proteger os dados pessoais dos titulares, e não há qualquer relação direta ou indireta da utilização ou não dessas ferramentas.

A partir de tal premissa, serão aqui abordados pontos que corroboram a inutilidade (e aumento de custo) da aquisição de ferramenta tecnológica com tal módulo.

a) *existem medidas que a LGPD e as publicações da ANPD e outras autoridades reguladoras determinam que devem ser tomadas para garantir a proteção dos dados pessoais dos titulares;*

A implementação de medidas técnicas e administrativas, tais como a revisão de processos internos, a classificação dos dados pessoais, o registro das operações de tratamento de dados pessoais, e a criação de políticas e procedimentos de proteção de dados, são bem mais eficazes e atendem a conformidade com a lei que o uso de ferramentas de descoberta de dados.

b) *A utilização de ferramentas de descoberta de dados envolve custos adicionais, e que outras medidas mais simples e menos onerosas são mais eficazes para garantir a conformidade com a LGPD.*

A proteção dos dados pessoais dos titulares é uma obrigação legal e ética, e que existem diversas maneiras de garantir essa proteção, sem que seja necessariamente o uso de ferramentas de descoberta de dados.

Os editais de mercado têm mostrado que os módulos correspondentes à descoberta de dados têm um valor significativamente maior que os outros e fazem que haja ao mesmo tempo perda de tempo e dinheiro, seja por apontar para uma solução que agrega pouco ou nada ao objeto e, ainda assim

GECOG - Gerência de Contratações e Gestão Administrativa de Contratos
COPOL – Coordenaria de Procedimentos Licitatórios.

corresponde a um investimento maior que os demais módulos.

- c) *A prática de especificação exagerada de requisitos técnicos em certames para a contratação de softwares representa uma preocupante distorção nos processos de aquisição governamentais.***

Como visto até aqui, partem-se de premissas quando do planejamento da contratação que não guardam relação direta com o objeto da licitação, criando obstáculos desnecessários à participação de concorrentes e, consequentemente, comprometendo a competitividade e a transparência do processo.

- d) *Além da especificação exagerada de itens não obrigatórios para a conformidade com a LGPD e publicações da ANPD, o Termo de Referência é omissivo quanto a requisitos essenciais para atendimento da referida lei. Ou seja, ao mesmo tempo que são exigidos requisitos não exigidos pela LGPD, outros considerados essenciais no texto da lei e em sua regulamentação estão omissos ou com grave deficiência.***

Apenas a título de exemplo, citamos alguns requisitos essenciais para o atendimento à LGPD que não estão presentes no Termo de Referência ou são citados sem o necessário detalhamento técnico:

- *Obrigações de atender aos padrões e nomenclaturas definidas pela ANPD e em vigor na data do Edital, assim como o compromisso para atender as publicações futuras;*
- *Detalhamento da forma de atendimento aos Relatórios de Impacto;*
- *Falhas na citação de obrigações como: “Criar planos de continuidade de negócios”;*
- *Atendimento a incidentes distintos dos padrões definidos na regulamentação;*
- *Definições genéricas, por exemplo, o requisito do edital é superficial ao solicitar questionários sem citar relatórios, fluxos, prazos e prestação de contas. Vejamos: “solução deve fornecer modelos prontos e personalizáveis de questionários para os requisitos atuais e futuros da LGPD (Avaliação de impacto na proteção de dados, Avaliação de legítimo interesse, Avaliação de impacto na privacidade etc.)”;*
- *Uso de termos e expressões distintas das definidas na LGPD e na regulamentação;*
- *Falta de exigência de recursos de software para atendimento a exigências de proteção de dados pessoais determinadas pelo Banco Central e outras autoridades;*

GECOG - Gerência de Contratações e Gestão Administrativa de Contratos
COPOL – Coordenaria de Procedimentos Licitatórios.

- *Falta de exigência de requisitos de software que considerem tratamento especial para dados pessoais sensíveis e de crianças, adolescentes e idosos;*
- *Falta de exigência de requisitos de software que considerem tratamento de temporalidade dos dados pessoais;*
- *Falta de exigência de requisitos de software que considerem tratamento de dados pessoais por agentes de tratamento (que são diferentes de fornecedores);*
- *Falta de exigência de requisitos de software que considerem decisões automatizadas;*
- *Falta de exigência de requisitos de software que apoiem a gestão do encarregado pelo tratamento de dados pessoais (que sequer é citado no documento);*
- *Falta de exigência de requisitos de software que considerem outros temas exigidos pela LGPD como segurança da informação, privacy by design, boas práticas e programa de governança em privacidade.*

A abordagem excessiva na especificação técnica frequentemente resulta em direcionamento injustificado, favorecendo determinadas empresas em detrimento de outras, em violação aos princípios de isonomia e impessoalidade que regem as licitações públicas. Além disso, tal prática pode contribuir para o desperdício de recursos públicos, uma vez que as especificações exageradas podem elevar desnecessariamente os custos dos produtos e serviços licitados.

É imperativo que as exigências técnicas estejam alinhadas de forma precisa e clara com o objeto da licitação, respaldadas por regulamentações específicas relacionadas ao tema. A falta de conexão entre os requisitos e as necessidades reais do órgão público acarreta um desvio de propósito, prejudicando a seleção da solução mais adequada e eficiente para atender às demandas governamentais.

*Deve-se levar em consideração que qualquer especificação da solução no objeto da licitação não é um permissivo absoluto, se trata de uma excepcionalidade, e quando houver sua indicação, deve-se comprovar que a indicação advém de padronização no âmbito da Administração Pública ou admitir o similar, compatível ou equivalente, conforme precedente do Tribunal de Contas da União – TCU, que será enfrentado mais adiante. Forte nessas premissas, certo é que esse simples dado objetivo - escolha discricionária de uma determinada marca - **aponta que a exigência de solução do software pelo Edital se enquadra como preferência arbitrária.***

Preferência arbitrária? Trata-se de definição muito bem posta na lição do Professor Marçal Justen Filho:

“É possível a contratação de fornecedores exclusivos ou a

GECOG - Gerência de Contratações e Gestão Administrativa de Contratos
COPOL – Coordenaria de Procedimentos Licitatórios.

preferência por certas marcas, desde que presente o interesse público. Não se admite a opção arbitrária, destinada a beneficiar determinado fornecedor ou fabricante”. A vedação à preferência por uma marca deve ser interpretada em termos. A opção por determinada marca poderia suprimir, de modo injustificado, a viabilidade da competição. Assim, se produtos de origem (e marca) distintas puderem satisfazer ao interesse público, a Administração deverá promover a licitação entre os produtores, empresas ou representantes comerciais exclusivos. Mas é válida a opção por produtos de determinada marca quando existir fundamento para tanto. Serão excludíveis os produtos de outras marcas quando forem inadequados à necessidade pública. O fundamento da preferência não estaria na marca (em si mesmo), mas nas peculiaridades que apenas os produtos de uma certa marca apresentarem”. Comentários à Lei de Licitação e Contratos Administrativos, 3a Ed., Aide Editora, pág. 61 e 170

A indicação de uma solução não pode ser a causa motivadora da escolha, admitindo-se somente como consequência de uma decisão que se fundou em características específicas do objeto escolhido e após amplo estudo técnico apto a justificar a escolha.

Não é esse, porém, o caso do presente procedimento, visto que não há justificativas constantes do Termo de Referência (advindas do ETP), que apontem os motivos de ordem técnica para a escolha da solução que, supostamente, se adequa às necessidades do Banco e direcionem para uma contratação de solução que obrigatoriamente contenha o referido módulo de “Descoberta de Dados”. Além disso as definições carecem de detalhes e não há uma definição clara de quais as fontes de dados devem ser avaliadas e qual o resultado a ser alcançado.

A simples indicação tácita da solução – a partir da definição dos requisitos, desamparada de justificativas técnicas, PRINCIPALMENTE de comparativo econômico e de avaliação de outras soluções, sonega o fato de existirem, hoje no mercado, soluções outras com funções semelhantes e servíveis para atender as necessidades do Banco.

Além das funcionalidades técnicas, quanto à economia – aspecto diretamente ligado ao interesse público e à seleção da proposta mais vantajosa para a administração, cuja observância é determinada pelo art. 31 da Lei nº 13.303/2016 – é imprescindível anotar que não consta do Edital ou de seu Termo de Referência a análise relativa à economicidade na manutenção do uso de softwares indicados no instrumento convocatório.

Que fique claro a partir da fundamentação jurídica até aqui: a jurisprudência consolidada da Corte de Contas da União é no sentido de que a indicação ou preferência por solução em procedimento licitatório só é admissível se restar comprovado que a alternativa adotada é a mais vantajosa e a única que atende às necessidades do órgão ou entidade.

A licitação não tem por objetivo, necessariamente, a escolha do produto

GECOG - Gerência de Contratações e Gestão Administrativa de Contratos
COPOL – Coordenaria de Procedimentos Licitatórios.

ou do serviço de melhor qualidade disponibilizado no mercado (Acórdão 559/2017-TCU-Plenário, relator Ministro Benjamin Zymler). O enunciado 270 da Súmula de Jurisprudência do TCU estabelece que “em licitações referentes a compras, inclusive de softwares, é possível a indicação de marca, desde que seja estritamente necessária para atender exigências de padronização e que haja prévia justificação”.

Assim, a indicação de solução deve ser considerada regular somente quando for evidenciado que a escolha foi objetiva e tecnicamente fundamentada em estudos, laudos, perícias e pareceres que demonstrem as vantagens econômicas e a requerida satisfação do interesse público.

Alguns apontamentos:

- i) *Quais são as justificativas para atendimento de tais requisitos (técnicos e econômicos)?*
- ii) *Que soluções no mercado foram EFETIVAMENTE avaliadas para chegar à conclusão de que esta contratação deve respeitar tais condições técnicas?*
- iii) *Qual é a fundamentação para exigir o referido módulo aqui discutido – que nem mesmo é necessário para atender a LGPD (justificativa da contratação) – como condição principal do requisito da solução?*

Nesse passo, não há no instrumento convocatório qualquer fundamentação de ordem técnica e/ou econômica que motive qualquer restrição sobre determinada solução. O que se deseja restar claro é que exigências técnicas, como essas aqui destacadas, jamais podem ser impostas de maneira injustificada, sem motivação para tanto.

Ademais, é forçoso ressaltar na presente manifestação fato extremamente importante e que acaba por corroborar o que vem sendo apresentado até aqui, qual seja, de que há realmente atendimento da demanda da entidade através de soluções com outras especificações técnicas e que atendem aos procedimentos da mesma forma que as demais especificações descritas no Edital, sem prejuízos.

Repita-se à exaustão: existem sim opções no mercado que cumprem da mesma maneira o que vem sendo exigido neste certame.

Importante lembrar que exigências editalícias, em especial aquelas relacionadas à descrição técnica, devem ser justificados e fundamentados, pois, caso tais premissas não sejam respeitadas o ato será nulo.

Sobre o tema, mais uma vez é necessário destacar ensinamento de Marçal Justen Filho:

“É que, se a Administração impôs exigência rigorosa, fê-lo com

GECOG - Gerência de Contratações e Gestão Administrativa de Contratos
COPOL – Coordenaria de Procedimentos Licitatórios.

base em alguma avaliação interna. (...) A escolha tem de ser resultado de um processo lógico, fundado em razões técnico-científicas. Portanto, o questionamento do particular conduz, em primeiro lugar, à Administração revelar publicamente os motivos de sua decisão. Depois, conduz à aplicação da teoria dos motivos determinantes. Ou seja, se a Administração tiver avaliado mal a realidade, reputando como indispensável uma experiência que tecnicamente se revela dispensável, seu ato não pode prevalecer.” Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 12 ed, Dialética, 2008 – p. 424.

O Tribunal de Contas da União já teve a oportunidade de se pronunciar acerca da indicação irregular de solução tecnológica, notadamente quando a escolha não esteja balizada em estudo técnico preliminar, não contendo justificativas técnicas e avaliação de outras soluções existentes no mercado.

Segue entendimento da Corte de Contas da União:

Acórdão 274/2020 – Plenário

“(...) 45. Instrução preliminar da Sefti (peça 47, parágrafos 17-38) constatou que a indicação de marca para aquisição de solução BI da MicroStrategy originou-se no Documento de Oficialização de Demanda (DOD), assinado pelo Secretário da SPPE/MTb, em 18/8/2016 (peça 2, p. 11-41). E que o Estudo Técnico da Contratação (ETP) (peça 2, p. 55-96 e peça 3, p. 1-25) não apresentou informações mais detalhadas que demonstrassem de forma peremptória a necessidade da escolha de marca específica de solução BI, limitando-se a reproduzir os argumentos constantes no DOD. 46. A Sefti argumentou ainda que a exigência de marca para a solução BI da MicroStrategy impediu que empresas fornecedoras de outras soluções de BI ofertassem plataformas próprias de antifraude e, via Ofício 0879/2017- TCU/Sefti (peça 52, p. 1, item 1.a), solicitou que o Ministério apresentasse justificativas técnicas e econômicas que impediriam a adoção de solução BI distinta da plataforma MicroStrategy.

Princípio da padronização não justifica indicação de marca no caso concreto

53. Em relação à indicação de marca, o MTb reiterou que o DOD se ampara no princípio da padronização, previsto no art. 15, inciso I, da Lei 8.666/1993, alegando que o Ministério teria utilizado recentemente a solução BI MicroStrategy para a gestão de informações operacionais e estratégicas através de serviços realizados pelo Serpro. 54. Acerca da questão, em instrução preliminar (peça 47, parágrafos 17-38), a Sefti esclareceu que a jurisprudência do TCU é contundente ao afirmar que a indicação de marca só é admissível se ficar comprovado que é a única capaz de atender às necessidades da Administração (Súmula 270, Acórdão 559/2017-TCU-Plenário, Relator: Ministro Benjamin Zymler, Acórdão 113/2016-TCU-2ª Câmara, Relatora: Ministra Ana Arraes e Acórdão 2.829/2015-TCU-Plenário, Relator: Ministro Bruno Dantas). 55. Também nessa linha, o Acórdão

GECOG - Gerência de Contratações e Gestão Administrativa de Contratos
COPOL – Coordenaria de Procedimentos Licitatórios.

248/2017-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Walton Alencar Rodrigues, dispõe que, independentemente do objeto a ser contratado, a opção pela padronização deve estar fundamentada em ampla pesquisa e comparação efetiva com alternativas existentes no mercado, não sendo suficiente a mera informação de que o órgão já utilizava determinado hardware e/ou software em seu ambiente. [...] 57. Além disso, como apontado em Relatório de Auditoria da CGU (peça 123, p. 107-111), o estudo não avalia contratações de soluções similares já realizadas pelo órgão ou por outros órgãos/entidades da APF, e tampouco avalia diferentes soluções de BI disponíveis no mercado que atendessem aos requisitos da contratação, conforme prevê o art. 12, II, a) e c), da IN 04/2014/SLTI/MP. 58. Ademais, a descrição da solução de TI, o ETP (peça 2, p. 55) já define qual solução deve ser contratada, e, a descrição das funcionalidades da solução mais se assemelham à propaganda da ferramenta do que a uma descrição imparcial que deve nortear a escolha de solução a ser contratada, como apontado pela Sefti em instrução prévia (peça 47, p. 4, parágrafo 23).

Falta de competitividade no PE SRP 24/2016

70. Quanto à competitividade no certame, observa-se que a própria Dataprev reconhece que houve definição de marca para estruturar a solução de BI, ao afirmar que houve competição apenas dentro do escopo da marca, mas contrapõe que a competitividade estaria assegurada, visto que as eventuais licenças periféricas ficaram a cargo do fornecedor vencedor e de sua estratégia de implantação, sem custos adicionais para o MTb, argumentos que foram refutados pela CGU (peça 124, p. 18-19), visto que o custo de instalação das licenças da Plataforma Antifraude foram de R\$ 4,0 milhões com suporte e manutenção no valor de R\$ 800mil, num total de R\$ 24 milhões registrados em Ata. 71. Por sua vez, a Sefti evidenciou a falta de competitividade efetiva no pregão eletrônico visto que: somente três empresas apresentaram propostas iniciais e todas ultrapassaram o valor total estimado; apenas duas empresas prosseguiram com a oferta de lances, mas os lances apresentados na fase aleatória por uma das empresas foram sempre muito superiores aos lances da empresa vencedora, B2T; e houve pequena variação entre o valor total estimado e o valor total negociado (3,51% menor), em uma contratação estimada em R\$ 81 milhões (peça 47, p. 6-7, parágrafos 32-35).

Ausência de avaliação de possíveis alternativas à contratação e de diferentes soluções disponíveis no mercado

76. Bem assim, não se procedeu à comparação com produtos similares para demonstrar que a solução da marca indicada seria a mais vantajosa para a Administração, contrariando a jurisprudência do TCU (Acórdão 3.670/2013- TCU-Plenário, Relator: Ministro Aroldo Cedraz) e a IN 04/2014/SLTI/MP, que, em seu art. 12, III, dispõe que o estudo deve compreender a “análise e comparação entre os custos totais de propriedade das soluções identificadas, levando-se em conta os valores de aquisição dos ativos, insumos, garantia e manutenção”. 77. Em

GECOG - Gerência de Contratações e Gestão Administrativa de Contratos
COPOL – Coordenaria de Procedimentos Licitatórios.

síntese, no ETP da contratação não se avaliou as soluções de BI disponíveis no mercado tampouco os contratos executados anteriormente pelo MTb que buscavam responder às necessidades no combate à fraude no Seguro-Desemprego, contrariando o art. 12, I, b) e c); e II, c); e III da IN 04/2014/SLTI/MP art. 12, o § 2º, art. 9º da IN nº 04/2014/SLTI/MP

Conclusão

92. Dessa forma, em concordância com as conclusões da auditoria da CGU (peça 124, p. 11), ficou evidenciada irregularidade de indicação de marca e a consequente restrição indevida à competitividade, visto que, para justificar a contratação, o MTb apresentou fundamentação inconsistente baseada no Princípio da Padronização, de modo potencialmente direcionado, da solução MicroStrategy.

É evidente a constatação de que a entidade deixou de sopesar alternativas que permitissem a participação do número maior de interessados, tornando impossível a obtenção da proposta mais vantajosa, como assim corrobora o TCU, in verbis:

“Cláusulas com potencial de restringir o caráter competitivo do certame devem ser objeto de adequada fundamentação, baseada em estudos prévios à licitação que indiquem a obrigatoriedade de inclusão de tais regras para atender às necessidades específicas do órgão, sejam de ordem técnica ou econômica”. Acórdão nº. 2441/2017 – Plenário TCU

“O direcionamento na descrição do objeto caracteriza-se pela inserção, no instrumento convocatório, de características atípicas dos bens ou serviços a serem adquiridos. 11. Para mitigar tal risco, é indispensável atentar para a lição contida no Acórdão 2.383/2014-TCU-Plenário, no sentido de que, em licitações para aquisição de equipamentos, havendo no mercado diversos modelos que atendam completamente as necessidades da Administração, deve o órgão licitante identificar um conjunto representativo desses modelos antes de elaborar as especificações técnicas e a cotação de preços, de modo a evitar o direcionamento do certame para modelo específico e a caracterizar a realização de ampla pesquisa de mercado.” Acórdão nº 2829/2015-Plenário (Trecho Voto Min. Relator Bruno Dantas)

DA CONCLUSÃO

Pelo exposto, outros programas e plataformas disponíveis no mercado são capazes de atender ao interesse público expresso no Edital, que é, na espécie, a própria necessidade do ente licitante. Nesse ponto seria extremamente válida a discussão de cunho técnico e econômico sobre os produtos disponíveis no mercado que atendem à necessidade do Banco, o que certamente

GECOG - Gerência de Contratações e Gestão Administrativa de Contratos
COPOL – Coordenaria de Procedimentos Licitatórios.

proporcionaria à empresa a escolha da proposta mais vantajosa, alinhada à jurisprudência colacionada pelo Tribunal de Contas da União.

O que se tem por conclusivo quanto a não observância dos normativos legais, os quais não foram considerados e sopesados no âmbito do Termo de Referência, é de que a contratação nunca será a mais vantajosa, eis que é direcionada a uma solução específica, comercializada por um pequeno nicho de fornecedores. É nítida, pois, a afronta aos princípios da isonomia, da ampla competitividade, da eficiência e da economicidade, veiculados pela legislação administrativa. Por óbvio, a inobservância aos princípios básicos da licitação na imposição de tal restrição é tamanha que impossibilitará a apresentação de proposta de preço competitiva no certame.

*Ora, percebe-se claramente que há um direcionamento que enseja sim a alteração do presente instrumento convocatório. São erros crassos e **HÁ NECESSIDADE DE SUSPENSÃO IMEDIATA.***

Conclui-se, então, que deve o presente certame priorizar a finalidade pela qual foi criado, ou seja, ampliar a competitividade em busca do melhor resultado para a entidade e buscar aquilo que, de fato, lhe é mais vantajoso.

*Aduzidas as razões que balizaram a presente manifestação, esta empresa, requer, com supedâneo nas legislações vigentes que lhe serviram de esteio, o recebimento, análise e admissão desta peça, para que o Edital assim seja retificado e **que seja excluída qualquer exigência restritiva à competição, exatamente como nos termos da Impugnação apresentada.***

Caso não entenda pela adequação do resultado, pugna-se pela emissão de parecer, informando quais os fundamentos legais que embasaram a decisão da autoridade competente.

Termos em que pede e espera deferimento.

3. DA ANÁLISE

Inicialmente se faz necessário esclarecer que a licitação em tela se trata de contratação de serviço e não de compra de bem de qualquer natureza.

Alega a impugnante que “Desde o ETP até a exigência de qualificação técnica, perpassando pela necessidade e descrição do objeto da demanda, o que se tem é um guia já direcionado para uma solução tecnológica específica” o que é totalmente descabido. O Edital foi elaborado exclusivamente com o objetivo de atender as necessidades do Banco da Amazônia.

Os módulos foram desenvolvidos com objetivos legais e conforme a necessidade identificada em estudo.

Módulo Data Discovery (Descoberta de Dados)

As décadas de mudanças e evoluções, nos mais de 85 anos de existência do Banco da Amazônia, tornaram seu ambiente tecnológico heterogêneo e complexo. Diante desta realidade, o Banco possui hoje cerca de 160 sistemas tecnológicos e softwares

GECOG - Gerência de Contratações e Gestão Administrativa de Contratos
COPOL – Coordenaria de Procedimentos Licitatórios.

legados realizando os mais diversos controles e operações necessárias ao seu funcionamento, onde entre outros dados tratados estão os dados de seus clientes, empregados, fornecedores, estagiários etc.

Além da heterogeneidade de ambiente, existe ainda a grande diversidade de dados estruturados e não estruturados armazenados e gerenciados no Banco da Amazônia, tornando a localização e identificação específica dos dados pessoais sob controle do Banco uma tarefa extremamente trabalhosa e complexa.

O mapeamento das operações que tratam dados pessoais e consequentemente dos dados pessoais de cada operação está previsto no art. 37 da LGPD, assim como é um direito de qualquer titular de dados solicitar o acesso aos seus dados tratados por controladores ou operadores, conforme art. 18, II da LGPD. Atender estas duas exigências legais exige um imenso esforço do Banco, diante do cenário exposto anteriormente, mas que pode ser amplamente otimizado com a aplicação de ferramentas especializadas em descoberta e mapeamento de dados pessoais, também conhecidas como Data Discovery.

As ferramentas de Data Discovery (Descoberta de Dados) são amplamente oferecidas ao mercado e tem apoiado inúmeras empresas no mapeamento de seus dados pessoais, facilitando o atendimento aos titulares de dados e principalmente a conformidade legal das empresas, sendo responsáveis por uma otimização inviável através de consultas e buscas manuais.

1 – Dos questionamentos referentes ao planejamento:

Informamos que o processo definição da solução em tela passou por todas as etapas de identificação das necessidades e requisitos, pela identificação das soluções de mercado, das limitações das possíveis soluções, cumprindo todas as exigências normativas e legais. A identificação de possíveis soluções, constante no Estudo Técnico **Preliminar**, não é um rol taxativo e limitador, sendo somente um exemplo de soluções presentes no mercado nacional. Além disso, o objeto da contratação, juntamente com a definição dos requisitos técnicos e funcionais, é definido no Termo de Referência.

De posse do Termo de Referência é realizado as etapas de consulta de mercado e preço, na qual foram consultadas cerca de 30 empresas, cumprindo todas as etapas de relacionamento com os fornecedores.

Importante frisar ainda, que devido à questionamentos de controladores, o termo de referência sofreu alterações, não refletidas no Estudo Técnico **Preliminar**. **Portanto deve apenas o Termo de Referência ser considerado.**

2 – Com relação a identificação da necessidade e definição do objeto:

Conforme já informado no item anterior, O Banco da Amazônia cumpriu todas as etapas de estudo e planejamento. Isto posto, esclarecemos em complemento, que, conforme Anexo I-B, o Banco da Amazônia conta com ambiente tecnológico complexo, com bases de dados variadas, adquiridas e evoluídas ao longo de seus anos de atuação no mercado, com cerca de 160 sistemas em produção etc. Nesse sentido, o Banco da Amazônia identificou a necessidade de ferramenta que permitisse a localização de dados pessoais, bem como, a gestão desses dados em um ambiente complexo, uma vez que seria inviável a realização da localização e gestão de forma manual, o que comprometeria o cumprimento legal, e de atendimento das necessidades dos titulares.

GECOG - Gerência de Contratações e Gestão Administrativa de Contratos
COPOL – Coordenaria de Procedimentos Licitatórios.

Portanto, o referido módulo é um dos pilares do funcionamento da solução, que permitirá o enriquecimento do inventário de dados pessoais já existente e, posteriormente, a automação dos atendimentos de solicitação de titulares de dados.

módulos constituem a avaliação da prova de conceito deve em função da necessidade de garantir que a ferramenta atenda plenamente as demandas das varreduras de dados pessoais nas bases de dados do Banco. Ainda, a prova de conceito visa, também, a avaliação da degradação do ambiente durante a varredura de dados, para melhor planejamento de janela para as varreduras.

Reforçamos que os módulos de descoberta de dados e mapeamento de dados são a parcela mais significativa do serviço a ser implantado, sem os quais não será possível a perfeita execução das demandas legais, sujeitando o Banco as cominações legais e multas tanto pelo Banco Central como pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados. O que afasta qualquer suposição de restrição indevida ou direcionamento por esta causa.

3- Da suposta indicação ou direcionamento para a solução:

Não há no Edital em tela qualquer indicação solução, marca, modelo, prestador ou outra que possa vir a ferir os princípios da isonomia ou a ampla concorrência. Há sim a descrição pormenorizada da necessidade do Banco da Amazonia. Nesse sentido, prestamos os seguintes esclarecimentos aos questionamentos realizados na solicitação aqui tratada:

i) Quais são as justificativas para atendimento de tais requisitos (técnicos e econômicos)?

Resp: Conforme esclarecido em item anterior conforme Anexo I-B, o Banco da Amazônia conta com ambiente tecnológico complexo, com bases de dados variadas, adquiridas e evoluídas ao longo de seus anos de atuação no mercado, com cerca de 160 sistemas em produção etc. Nesse sentido, o Banco da Amazônia identificou a necessidade de ferramenta que permitisse a localização de dados pessoais, bem como, a gestão desses dados em um ambiente complexo, uma vez que seria inviável a realização da localização e gestão de forma manual, o que comprometeria o cumprimento legal, e de atendimento das necessidades dos titulares.

Portanto, o referido módulo é um dos pilares do funcionamento da solução, que permitirá o enriquecimento do inventário de dados pessoais já existente e, posteriormente, a automação dos atendimentos de solicitação de titulares de dados.

Tais módulos constituem a avaliação da prova de conceito que se deve em função da necessidade de garantir que a ferramenta atenda plenamente as demandas das varreduras de dados pessoais nas bases de dados do Banco. Ainda, a prova de conceito visa, também, a avaliação da degradação do ambiente durante a varredura de dados, para melhor planejamento de janela para as varreduras.

Reforçamos que os módulos de descoberta de dados e mapeamento de dados são a parcela mais significativa do serviço a ser implantado, sem os quais não será possível a perfeita execução das demandas legais, sujeitando o Banco as cominações legais e multas tanto pelo Banco Central como pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados.

ii) Que soluções no mercado foram EFETIVAMENTE avaliadas para chegar à conclusão de que esta contratação deve respeitar tais condições técnicas?

Resp: Não nos cabe identificar nesse momento quais soluções atendem efetivamente as necessidades, visto que a licitação se destina justamente a esse propósito, bem como a

GECOG - Gerência de Contratações e Gestão Administrativa de Contratos
COPOL – Coordenaria de Procedimentos Licitatórios.

identificar a proposta mais vantajosa que atenda as necessidades postas no edital. Porém, esclarecemos que há no mercado mais de uma solução com possibilidade de atendimento, e o termo de referência fora encaminhado para cerca de 30 empresas prestadoras de serviço, possibilitando questionamento e apresentação de propostas.

iii) Qual é a fundamentação para exigir o referido módulo aqui discutido – que nem mesmo é necessário para atender a LGPD (justificativa da contratação) – como condição principal do requisito da solução?

Resp: A definição do que compõem o objeto da licitação foi feita na fase de planejamento inicial do processo através do Estudo Técnico Preliminar que é onde são definidas as necessidades do Banco da Amazônia para a referida contratação e juntamente com os estudos realizados levados a Autoridade Superior desta instituição, que realizou a aprovação da realização do processo licitatório na forma descrita.

Além disso, conforme definiu o estudo preliminar, a LGPD trouxe uma série de obrigações específicas às pessoas jurídicas, entre elas **mapear os dados pessoais em seus processos junto as áreas gestoras responsáveis, definindo o risco relacionado em cada processo e o respectivo fluxo de dados.**

Assim sendo, mais uma vez reforçamos que, considerando o ambiente tecnológico do Banco, infraestrutura dos processos que envolvem dados pessoais, a quantidade de dados pessoais, dentre outros fatores, seria oneroso, contraproducente, ineficaz e ineficiente a gestão dos dados pessoais de forma manual e sem uma ferramenta que permita localizar e identificar tais dados, o que certamente desobedeceria o princípios da eficiência, além de comprometer a efetiva aderência a Lei Geral de Proteção de Dados.

4. DA CONCLUSÃO

Ressaltamos que quando da suspensão administrativa referente ao PE 014/2023, foram realizados ajustes apenas no Termo de Referência não refletidas no Estudo Técnico Preliminar. Portanto deve apenas o Termo de Referência ser considerado.

Ante as considerações apresentadas, analisando as razões da impugnante, subsidiado pela consulta à área técnica, manifesto pelo conhecimento da impugnação, para, no mérito, negar-lhe provimento.

Conclui-se também pelo não acatamento de todos os pedidos realizados, tendo em vista a não condizência com realidade dos fatos, bem com ausência de fundamentação adequada.

Portanto, o edital mantém-se inalterado e o certame ocorrerá normalmente na data e horário inicialmente divulgados.

Belém, 15 de fevereiro de 2024

Pregoeiro
Elcio de Sousa Farias