

**Impugnação 09/05/2018 17:53:32**

IMPUGNAÇÃO AOS TERMOS DO EDITAL pelas razões a seguir, requerendo para tanto sua apreciação, julgamento e admissão. A presente impugnação pretende afastar do presente procedimento licitatório tudo que for feito em extrapolção ao disposto não só no estatuto que disciplina as licitações no âmbito da Administração Pública, Lei nº. 8.666/93, de 21 de Junho de 1993, e suas alterações posteriores, mas que também contrasta com entendimento consolidado dos Tribunais de Contas desse país. I. TEMPESTIVIDADE Inicialmente, comprova-se a tempestividade desta impugnação, dado que a sessão pública está prevista para o dia 10/05/2016, próxima sexta-feira, tendo sido, portanto, cumprido o prazo de 2 (dois) dias úteis anteriores à data fixada para abertura da sessão pública do certame em referência. Sobre esse tópico, a fim de não restar qualquer dúvida, a Impugnante remete à Decisão n. 1.871/2005 do Tribunal de Contas da União – TCU: 23. A controvérsia, como salientado na instrução anterior dos autos, reside pois na interpretação que se dá a expressão ‘até dois dias úteis antes’. A solução deve ser buscada na Lei n.º 8.666/93, aplicável subsidiariamente às licitações na modalidade Pregão, que, no caput do art. 110, estabelece o seguinte: ‘Art. 110 Na contagem dos prazos estabelecidos nesta Lei, excluir-se-á 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.’ (grifamos) 24. No caso vertente, aplicando-se o art. 110 da Lei de Licitações, é evidente que o dia do recebimento da proposta (10/8/2005) deve ser considerado na contagem do prazo. Desta forma, assiste razão à empresa representante, já que não paira qualquer dúvida de que eventuais impugnações poderiam ter sido apresentadas até (inclusive) o dia 8/8/2005. II. OBJETO DA LICITAÇÃO Constitui objeto da presente licitação a escolha da proposta mais vantajosa para a contratação de empresa especializada para fornecimento de solução de conformidade e controle em ambiente corporativo, com foco nos controles internos, gestão de riscos e governança para atender a Fundação Nacional de Saúde - Funasa, conforme condições, quantidades e exigências estabelecidas neste Edital e seus anexos. III. FUNDAMENTOS DA IMPUGNAÇÃO AO EDITAL Preliminarmente, há de ser destacado o entendimento pacífico na doutrina, assim como na jurisprudência, que o Edital, no procedimento licitatório, constitui lei entre as partes e, por tal motivo, é instrumento de validade dos atos praticados no curso da licitação, consoante o PRINCÍPIO DE VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. Assim, com base neste princípio, a Administração não pode sequer cogitar em frustrar a própria razão de ser da licitação e violar os princípios que direcionam a atividade administrativa, tais como: o da legalidade, da moralidade e da isonomia, bem como os contidos no Art. 3º. da Lei das Licitações, in verbis: “Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos”. (Grifo nosso) Isto posto, urge-se destacar, antes de mais nada, que não é intuito deste Impugnante 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 da FUNASA ou questionar sem fundamentos suas decisões. Busca-se, tão somente, o respeito aos princípios basilares que regem nossa Administração Pública, e estão previstos em nossa Carta Magna, de 1988, assim como que a necessidade da contratação tão essencial por parte desta entidade seja suprida da melhor maneira possível. 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 Administração e buscar aquilo que, de fato, lhe é mais vantajoso. Acompanhado de sua necessária fundamentação, será a seguir analisado aquilo que vai de encontro ao que é de fato perseguido pela Administração Pública quando da realização de um certame licitatório. III. I – DESCRIÇÃO TÉCNICA (itens 1, 2, 6, 7, 11, 12, 16, 17, 24, 25, 32, 33, 42, 43, 52, 53, 61 e 62) Prevê o item 2.4 do Termo de Referência (“Solução Escolhida”) que “atualmente encontra-se estável no ambiente corporativo da FUNASA solução de segurança da plataforma de produtos da SYMANTEC. Toda a equipe técnica possui capacitação e amplo conhecimento da solução e caso decidíssemos pela modificação da mesma, existiriam custos adicionais de capacitação, aquisição de novas licenças, adequação dos procedimentos operacionais e processos de trabalho relativos à solução de segurança. Tecnicamente a solução da SYMANTEC atende integralmente as necessidades da Funasa relacionadas à segurança da informação, sendo que a contratação da solução já utilizada na Funasa foi realizada no exercício de 2016, através do contrato nº 27/2016 e possui vigência até março de 2018.” Ou seja, resta evidente que a entrega de qualquer solução de segurança diferente da plataforma de produtos da SYMANTEC será devidamente rechaçada pela FUNASA. A questão que se apresenta por ora é: Por quê? Será mesmo que a descrição técnica realizada é única capaz de oferecer um bom atendimento para demanda da Administração? Será que a partir da descrição técnica é possível uma “ampla concorrência”, conforme pretendido no certame? Dada a complexidade notória do objeto do certame e principalmente pela óbvia essencialidade aos objetivos da FUNASA, preliminarmente, 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. A execução do referido contrato é, sem sombra de dúvidas, de suma importância para a continuidade das atividades da entidade, e daí o elevado grau de exigência quanto à especificação correta da solução a ser entregue. 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. No tocante à descrição técnica da solução que deve ser entregue pela licitante, como exige 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 ao órgão e que qualquer risco tenha sido gerenciado a fim de que a contratação esteja alinhada com o planejamento do órgão. Nesse contexto, destacamos o disposto no Decreto Nº 5.450, que regulamenta o pregão, na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, in verbis: Art. 9º - Na fase preparatória do pregão, na forma eletrônica, será observado o seguinte: I - elaboração de termo de referência pelo órgão requisitante, com indicação do objeto de forma precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem ou frustrem a competição ou sua realização; § 2º O termo de referência é o documento que deverá conter elementos capazes de propiciar avaliação do custo pela administração diante de orçamento detalhado, definição dos métodos, estratégia de suprimento, valor estimado em planilhas de acordo com o preço de mercado, cronograma físico-financeiro, se for o caso, critério de aceitação do objeto, deveres do contratado e do contratante, procedimentos de fiscalização e gerenciamento do contrato, prazo de execução e sanções, de forma clara, concisa e objetiva. Conforme se depreende, a mencionada norma estabelece “dever administrativo de planejamento sério e satisfatório acerca da futura contratação” (Marçal Justen Filho. Pregão – Comentários. 5 ed. 2009,

p.96). 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 a qual está vinculado, 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: 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) No presente certame, após realizados os estudos e planejamentos já aqui explicitados, caberia à área técnica competente deste órgão a elaboração do Termo de Referência, onde deveriam ser avaliadas todas as possíveis soluções para que, fundamentadamente, fossem indicadas quais seriam as especificações requeridas. Tal fato inclusive é devidamente corroborado pela Instrução Normativa nº 04/2014, que em seu artigo 16, II, prevê que: "a descrição da Solução de Tecnologia da Informação, contendo de forma detalhada, motivada e justificada, inclusive quanto à forma de cálculo, o quantitativo de bens e serviços necessários para a sua composição, juntamente com demonstrativo de resultados a serem alcançados em termos de economicidade e de melhor aproveitamento dos recursos humanos, materiais e financeiros disponíveis". E neste processo de escolha, inevitavelmente, a partir da tomada de decisão emanada por meio do destaque feito acima do item 2.4 do Termo de Referência, estão afastadas do procedimento licitatório algumas interessadas com soluções que não atendem àquelas exigências. Ainda que na justificativa haja menção expressa à solução já utilizada na FUNASA – Contrato nº 27/2016 - não há qualquer destaque feito à solução anteriormente adquirida pela mesma entidade, por meio do Contrato nº 085/2010 SERCO/FUNASA. Em outras palavras, por que uma solução, já adquirida pela FUNASA anteriormente, não seria capaz de atender à demanda? Não seria possível a aceitação de solução similar ao que resta expresso no referido Termo de Referência? De mais a mais, qualquer exigência técnica deve, obrigatoriamente, encontrar guarida na justificativa correspondente. Nesse passo, não há no instrumento convocatório qualquer fundamentação de ordem técnica que motive a impossibilidade de soluções SIMILARES JÁ ADQUIRIDAS PELA FUNASA ANTERIORMENTE. Em outras palavras, o que esta Impugnante deseja restar claro é que já houve atendimento das demandas da FUNASA anteriormente através de soluções similares, não sendo da plataforma de produtos SYMANTEC, mas por ora, conforme Termo de Referência, estão impedidas de serem ofertadas. Isto é, existem sim opções no mercado que cumprem da mesma maneira o que vem sendo exigido neste certame. Em conclusão: se para tal momento tais especificações foram suficientes para atender às demandas, por que então agora, neste processo licitatório, há a necessidade de restrição quanto à especificação da solução? Importante lembrar que exigências editalícias, em especial aquelas relacionadas à descrição técnica das soluções, devem ser justificadas e fundamentadas, 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 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[1]." Sob a mesma égide, revela o TCU: "Considera-se procedente representação para determinar ao órgão que justifique a inclusão de cláusulas editalícias, demonstrando que a exigência é necessária à correta execução do objeto licitado, de forma que a demanda não constitua restrição ao caráter competitivo do certame". (Acórdão nº 571 – 2006. 2ª Câmara – Rel. Min. Marcos Bemquerer) Nessa linha, o referido processo pode ser evitado de vício grave, também quanto aos requisitos destacados. É evidente a constatação que a FUNASA 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: Acórdão nº 2829/2015-Plenário (Trecho Voto Min. Relator Bruno Dantas) 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. IV – Da necessidade de maior clareza no Edital É importante que sejam feitas breves explanações sobre o cuidado que deve ter a Administração para com o instrumento convocatório. Em uníssono com a doutrina, está a fixação do entendimento de que o edital da licitação somente produz efeito se suas cláusulas forem redigidas de forma clara e precisa, possibilitando ao conjunto de participantes entendimento uniforme e pacífico, que será traduzido com a apresentação correta dos documentos exigidos para formulação da proposta comercial, e, conseqüentemente, na apresentação da proposta técnica. A clareza do edital, além de observar o princípio de legalidade, é uma homenagem obrigatória ao princípio de impessoalidade. Sob nenhum pretexto, mesmo que se persiga maior vantagem para a Administração Pública, o edital pode ser obscuro ou tendencioso, com redação imprecisa ou então com ausência de robustez técnica, que impeça o julgamento objetivo. Nessa linha de entendimento, é essencial que se conclua que é dever da Administração instruir o Edital com a especificação clara e inequívoca do objeto licitado, bem como das exigências previstas no documento, sendo rigorosamente observado tal procedimento para elaboração do Termo de Referência pelo órgão licitante, com indicação do objeto de forma precisa, suficiente e clara, com elementos capazes de propiciar a avaliação de todos os documentos que serão apresentados pelos licitantes, principalmente quando da elaboração das propostas comerciais. De fato, a descrição do edital não pode deixar margem a qualquer dúvida aos licitantes interessados. A Administração, ao elaborar uma cláusula editalícia, principalmente quando se trata de item do objeto da solução desejada, deve sempre escolher a descrição completa e minuciosa do que se pretende com aquele referido item, explicando detalhadamente não só o que deverá incidir direta e indiretamente no objeto da contratação, mas de que forma deverá incidir. Isso se torna imprescindível às empresas que almejam participar do certame, pois a estrutura padronizada da composição de uma oferta de preço visa exatamente disciplinar a forma de apresentação da construção e elaboração das propostas das licitantes, a fim de se permitir o exame e a comparação exata com o que foi estipulado pelo órgão licitante. Sob tal égide, é imperioso que esta FUNASA preste alguns seguintes esclarecimentos acerca do planejamento de sua contratação a fim de tornar o Edital ainda mais claro. (i) Considerando que "O objeto da presente licitação é a escolha da proposta mais vantajosa para a contratação de empresa especializada para fornecimento de solução de conformidade e controle em ambiente corporativo, com foco nos controles internos, gestão de riscos e governança para atender a Fundação Nacional de Saúde - Funasa, conforme condições, quantidades e exigências estabelecidas neste Edital e seus anexos."; (ii) Considerando que (pág 19) "a contratação prevista tem por objetivo atualizar as soluções utilizadas na Funasa e contratar serviços especializados em conformidade e controle em ambiente corporativo, focando principalmente nos controles internos, gestão de riscos e governança, atendendo a Instrução Normativa conjunta MP/CGU nº 1, de 2016" (iii) Considerando que (pág 53) "A solução deve executar as seguintes funcionalidades primárias: coletar, centralizar, agregar, normalizar dados de diversos tipos de ativos e ferramentas

computacionais, armazenando os logs (eventos) de forma sistêmica na plataforma, quando necessário o fornecimento de evidências. Dentro destas funcionalidades, encontram-se as capacidades de geração de alertas, definição de criticidade e agrupamento de incidentes," Com tais elementos em mente, são necessárias as seguintes respostas: a) É razoável o entendimento de que o Termo de Referência deve exigir como requisito técnico do sistema fornecido, o atendimento aos quesitos da Instrução Normativa conjunta MP/CGU nº 1, de 2016, assim como as metodologias e artefatos publicados pelo MP, assim como ao Decreto 9.203 de 2017. Está correto este entendimento? b) Sendo assim, partindo da premissa de que os normativos PCI, SOX, FISMA, HIPPA, GLBA, Basel II e NSA não se aplicam à FUNASA, entendemos que estas exigências (página 26 do Edital – Item 04 Características Gerais para atualização e upgrade da solução) devem ser desconsideradas, está correto este entendimento? c) O objeto e a justificativa presentes no instrumento convocatório se referem a atividades que estão sob a responsabilidade, conforme os normativos supracitados, da alta administração da organização, do Comitê de Governança, Riscos e Controles e do comit

Fechar