AO SR. PREGOEIRO DO CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA DO ESTADO DE SÃO PAULO – CRF-SP

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 147/2023
PREGÃO ELETRÔNICO Nº 034/2023

Objeto: "Contratação de empresa especializada na prestação de serviços de hospedagem de conteúdo, na modalidade Cloud Computing, para o Conselho Regional de Farmácia do Estado de São Paulo – CRF-SP".

A ERC & BSM SOLUÇÕES LTDA (DUAL SOLUÇÕES), inscrita no CNPJ nº 07.977.294/0001-55, situada na Rua Esperanto, nº 195, apto 101, Bairro Santa Cruz, Ubá/MG, por intermédio de seu representante legal, Sr. Elias Ricardo Coelho, portador da Carteira de Identidade nº [redacted] e do CPF nº [redacted] valendo-se da prerrogativa que lhe é assegurada pelo disposto no item 11 do Edital do Pregão Eletrônico Nº 034/2023 – Processo Licitatório Nº 147/2023, bem como no art. 164 da Lei nº 14.133/2021, tendo identificado irregularidade instrumento convocatório supracitado, vem, respeitosa e tempestivamente, apresentar a presente **IMPUGNAÇÃO** ao referido Edital, pelas razões de fato e de direito a seguir expostas:

1. DOS FATOS – EXIGÊNCIAS EDITALÍCIAS

Prevê o Edital em seu item 6.7, que "Será desclassificada a proposta vencedora que: (...) 6.7.5. apresentar desconformidade com quaisquer outras exigências deste Edital ou seus anexos, desde que insanável".

No Termo de Referência respectivo, exigem-se, entre outras condições:

3. DESCRIÇÃO DO AMBIENTE TECNOLÓGICO E SERVIÇOS A SEREM PRESTADOS

3.1. CARACTERÍSTICAS DO AMBIENTE:

3.1.1. O Ambiente de hospedagem Cloud Computing deve ficar obrigatoriamente alocado em Datacenter que cumpra os seguintes requisitos mínimos:

3.1.1.1. Deve possuir no mínimo 02 (dois) Datacenters, **sendo pelo menos um datacenter próprio (denominado a partir daqui como Datacenter primário)**, ambos interligados com toda infraestrutura necessária para prover soluções de backup, "Disaster Recovery", balanceamento de carga e alta disponibilidade.

3.1.1.1.1. **Entende-se como Datacenter próprio a posse de toda a infraestrutura do datacenter pela contratada (licitante), incluindo nessa posse as instalações do Datacenter e toda a infraestrutura física operacional do mesmo, destacam-se nessa infraestrutura, além das salas e demais dependências físicas a posse de servidores, hacks, equipamentos de rede, sistemas elétricos e de combate a incêndio. A Exceção é relacionada a equipamentos de contingência elétrica, que poderão ser locados pela contratada (licitante), como exemplo geradores e sistemas de nobreaks. A comprovação de atendimento desses quesitos poderá, a critério da contratante, ser realizada através do disposto no item 3.1.1.3**

(...)

3.1.1.3. A Contratante pode, se assim decidir, realizar visita técnica ao Datacenter primário da Contratada, intempestivamente, bastando para isso agendar horário junto ao gestor do Datacenter, com o objetivo de certificar a qualidade do datacenter e sua localização. Também poderão ser solicitadas, a qualquer tempo, documentações, certificações, laudos, esclarecimentos etc que comprovem o fiel cumprimento do objeto deste contrato. **Na fase de licitação, no caso das exigências mencionadas neste edital não sejam atendidas, incorrerá na desclassificação do licitante deste certame;**

E por fim, em 3.1.1.2.7, o referido Termo de Referência exige que "A Contratada deve possuir certificação ISO 27001".

2. DO DIREITO – EXIGÊNCIAS INDEVIDAS

Como é sabido, as empresas que pretendem participar de qualquer processo licitatório necessitam seguir normas fundamentadas em lei, sempre visando estabelecer a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração e respeitando alguns princípios, garantindo assim, majestosamente, a igualdade e a competitividade entre os licitantes – evitando assim a reserva de mercado e, consecutivamente, restringindo a gama de participantes.

No escopo dessas normas e preceitos, exigem-se os requisitos mínimos quanto à sua capacidade de execução do objeto do contrato, bem como a condição de habilitação e para contratação do pretendido vínculo jurídico, como se procede no Edital/Termo de Referência em tela, que exigem amplo rol de especificações do ambiente/objeto e critérios de qualificação técnica, como Atestados de Capacidade Técnica e declaração de atendimento a tais especificações.

Ocorre que as previsões editalícias transcritas nos itens 3.1.1.1 e 3.1.1.2.7 do Termo de Referência não encontram amparo legal na Lei nº 14.133/2021, que rege o presente certame e que, inclusive, coíbe a prática de atos que sejam tendenciosos ou frustrem o caráter amplo e competitivo dos processos licitatórios.

Tais previsões ferem a ampla concorrência e resultam na restrição do alcance do certame à maior parte das empresas presentes no mercado, aptas a fornecerem o objeto que se pretende contratar, culminando em sua exclusão, e limitando a competição entre parcela ínfima de fornecedores que detêm a propriedade de data centers.

A limitação injustificável de participantes vai de encontro ao objetivo real do processo licitatório e aos princípios que norteiam todo ordenamento:

> *"Princípio da Competitividade: Tem como objetivo alcançar a proposta mais vantajosa para a administração pública. Serve para que a administração pública consiga alcançar o melhor contrato através da promoção e ampliação do acesso ao processo licitatório.*
> *Princípio da Legalidade: É a regra básica quanto ao direito público, segundo a qual o exercício do poder pelos órgãos do Estado deve ser absolutamente de acordo com o direito. Todos procedimentos estão dependentes ao comando da lei e às exigências do bem comum.*
> *Princípio da Igualdade: Helly Lopes remete a esse princípio "um impeditivo da discriminação entre os participantes do certame, quer através de cláusulas que, no edital ou convite, favoreçam uns em detrimento de outros, quer mediante julgamento faccioso, que desiguale os iguais ou iguale os desiguais."*

Ademais, as exigências de habilitação nos processos licitatórios têm como parâmetro fundamental o art. 37, XXI, da Constituição Federal, que limita as exigências de qualificação técnica e econômica às 'indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações', com o objetivo evitar a restrição da competitividade do certame.

> *"Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:*
> *XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações."*

Por sua vez, o Art. 9º da Lei nº 14.133/2021 trata da vedação à restrição do caráter competitivo.

> *"Art. 9º É vedado ao agente público designado para atuar na área de licitações e contratos, ressalvados os casos previstos em lei:*
> *I – admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos que praticar, situações que:*
> *a) comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo do processo licitatório, inclusive nos casos de participação de sociedades cooperativas;*
> *(...)*
> *c) sejam impertinentes ou irrelevantes para o objeto específico do contrato."*

Cumpre asseverar que inexiste amparo técnico capaz de alicerçar tamanha restrição à

competitividade, mostrando-se imperiosa a propositura da presente IMPUGNAÇÃO, visando elidir os vícios ora discriminados.

O órgão licitante optou, equivocadamente, por exigir das licitantes, sem qualquer Justificativa ou Parecer Técnico acostados ao Edital, a imposição de que **a Contratada detenha propriedade de ao menos um dos data centers, bem como possua certificação ISO 27001.**

O Tribunal de Contas da União (TCU), no Acórdão nº 1608/2006 – Plenário, ressaltou, expressamente, a importância do Parecer Técnico em exigências editalícias tais quais as presentes:

> *"(...) É que, como se trata de uma escolha do administrador, segundo sua discricionaridade, assiste-lhe a faculdade de exigi-la nas licitações de sua responsabilidade, desde que o processo licitatório se faça acompanhar das razões que o levaram a proceder dessa maneira, mediante parecer técnico devidamente fundamentado, por meio do qual reste evidenciada a real necessidade de aplicação exclusiva dessa norma à etapa de habilitação técnica do certame."*

Assim, observa-se que o instrumento convocatório já possui um vício, qual seja a exigência de a contratada possuir data center próprio sem o acompanhamento de Parecer Técnico devidamente fundamentado que embase sua exigência.

Ademais, cabe salientar que o item 1.3 do Termo de Referência enquadra o objeto licitado na categoria de serviço comum, ou seja, aqueles que possam ser definidos objetivamente por meio de especificações usuais no mercado, e, definitivamente, as exigências de que a Contratada obrigatoriamente precise possuir data center próprio, bem como que a Contratada, e não o fabricante, detenha Certificação ISO 27001, não são usuais no mercado, nem na prática das licitações governamentais, não havendo explicação ou justificativa clara para tal.

Não se pretende aqui questionar a função ou essencialidade das Certificações. Elas são uma maneira eficaz de avaliar a qualidade e segurança de um data center. Diversas organizações em todo o mundo estabeleceram padrões para garantir que os data centers atendam a requisitos específicos. Alguns exemplos de certificações relevantes incluem:

1. *ISO 27001 (Sistema de Gestão de Segurança da Informação):*

- Esta certificação especifica os requisitos para estabelecer, implementar, manter e melhorar continuamente um sistema de gestão de segurança da informação dentro do contexto dos riscos globais da organização. Isso inclui medidas específicas para a segurança de dados em um data center.

2. *Uptime Institute's Tier Standard:*

- O Uptime Institute oferece uma certificação baseada em um padrão de classificação em quatro níveis (Tier I a Tier IV), que avalia a confiabilidade e disponibilidade de um data center. A certificação Tier IV é a mais alta e atesta a máxima redundância e disponibilidade.

3. *ANSI/TIA-942:*

- Esta norma da Telecommunications Industry Association (TIA) estabelece requisitos para o projeto e implementação de data centers, incluindo aspectos como topologia, segurança física, energia, refrigeração, cabeamento e gerenciamento.

4. *PCI DSS (Padrão de Segurança de Dados para a Indústria de Cartões de Pagamento):*

- Desenvolvido pelo Conselho de Padrões de Segurança da Indústria de Cartões de Pagamento (PCI SSC), essa certificação é fundamental para data centers que processam transações com cartões de pagamento. Ela define requisitos para proteger informações sensíveis de cartões de crédito.

5. *SOC 2 (Service Organization Control):*

- Esta certificação é emitida pela American Institute of CPAs (AICPA) e se concentra na segurança, disponibilidade, processamento, integridade e confidencialidade dos dados de clientes armazenados em data centers.

6. *TIER-EDC (TIER for Operational Sustainability):*

- Esta extensão da certificação TIER do Uptime Institute foca na operação contínua e sustentabilidade do data center, garantindo que ele seja gerenciado eficientemente ao longo do tempo.

Contudo, **essas certificações/especificações são inerentes ao data center, ao seu fabricante, e não ao seu fornecedor, e no caso do certame em tela, à empresa licitante.**

As especificações do objeto e as funcionalidades e condições exigidas, por si só, já garantem a efetividade, a contento, na execução do objeto que se pretende contratar, dispensando, de forma

inquestionável, as indevidas exigências de que a licitante possua data center próprio ou que (a licitante) possua Certificação ISO 27001.

Assim, essas especificações/certificações não deveriam ser imputadas ao licitante/prestador/fornecedor do serviço, sendo inerentes e atendidas pelo data center e seu fabricante, inquestionavelmente suficientes para comprovar o atendimento às condições da satisfatória execução do objeto, essas sim, legalmente aceitáveis constarem em edital.

Cumpre-nos esclarecer que não são tais exigências que garantem o atendimento das necessidades da Administração contratante, no caso específico do objeto deste certame, e sim a comprovação de que o ambiente, qual seja o produto e serviço ofertado, cumprem as especificações necessárias à Contratante, em termos técnicos, de qualidade e de segurança, bem como a comprovação de que o fornecedor possui expertise e capacidade de atender, satisfatoriamente, o objeto. E essas comprovações podem, e devem ser, perfeita e integralmente realizadas mediante apresentação de documentos como: ficha técnica/catálogo do data center que será disponibilizado; documento que certifique a disponibilidade do data center à licitante a ser contratada, e consequentemente à Administração contratante; Atestados de Capacidade Técnica que comprovem a aptidão do licitante em fornecer o objeto.

O que cabe à Administração contratante exigir, do objeto ofertado pelo licitante, é que o data center seja comercializado por uma revenda que ofereça todas as garantias necessárias de práticas de qualidade e segurança, e que restem comprovadas a parceria com provedores confiáveis e reconhecidos; as Certificações de Qualidade e Segurança (relacionadas ao data center e seu fabricante); adoção de Políticas e Práticas de Segurança implementadas no data center, incluindo controle de acesso, monitoramento 24/7, detecção de intrusões, backups regulares e recuperação de desastres; Redundância e Confiabilidade, garantindo alta disponibilidade e confiança, como fontes de energia redundantes, sistemas de refrigeração duplos e soluções de backup; disponibilidade de equipe especializada para Suporte Técnico e Manutenção; Escalabilidade e Flexibilidade, para atender às necessidades em constante evolução do contratante, seja em termos de espaço, potência ou requisitos específicos; Conformidade com Regulamentações, demonstrando que o data center e a revenda cumprem todas as regulamentações relevantes do setor e de privacidade de dados; Referências do fornecedor, por meio de Atestados de Capacidade Técnica pertinentes.

Ressalta-se que a exigência indevida da Certificação ISO, ao licitante, restou reconhecida em

diversos julgados, e recentemente em decisão do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, no Processo nº 1084533 – 1ª Câmara, deliberado em 07/11/2023, salientando que cláusulas do edital apreciado no referido processo se mostram contrárias à jurisprudência consolidada pelo TCU, por meio da Súmula 272 e, ainda:

> *"Quanto ao apontamento, o Ministério Público junto ao tribunal apontou irregularidade no item 4.16.2 do Termo de Referência, que inclui a necessidade de certificação ISO 27001 e SOC 3."*

Importante informar que a corte mineira, após julgar irregular o apontamento acima descrito, por meio de seu relator, conselheiro Cláudio Couto Terrão, passou à responsabilização pela falha, ensejando a aplicação de multa individual no valor de R$1.000,00 para cada um dos agentes públicos responsáveis, porquanto trata-se de irregularidade comum, consubstanciada na realização de exigências excessivas na habilitação dos licitantes.

Certas exigências editalícias, em virtude de suas rigorosidades injustificadas, acabam por impossibilitar a entrada de novos agentes no mercado de contratações públicas, que trariam vantajosas propostas à Administração, não se podendo admitir que as licitações sejam prerrogativas exclusivas de licitantes de grande porte ou poder econômico, como os proprietários de data centers (ínfima minoria no mercado), atentando contra a competitividade, a livre iniciativa, a livre concorrência e a equidade.

Em suma, não há razão que justifique as especificações/exigências consubstanciadas no instrumento convocatório mencionado, que não encontra respaldo legal e restringe, indevidamente, a competitividade. A manutenção dessas exigências fere o princípio da ampla concorrência e trará a redução significativa de proponentes. No que atine ao princípio da competitividade, o Tribunal de Contas da União entende que a indevida restrição da competitividade é capaz de tornar nulo todo o procedimento licitatório, uma vez que restringe e frustra o caráter competitivo da licitação, estabelecendo preferência e distinção entre os licitantes. Sobre o tema, vejamos algumas manifestações do TCU:

> *"A presença de cláusulas contraditórias ou contrárias à lei afugenta potenciais participantes do certame, impede a ampla concorrência, bem como que seja obtida a proposta que melhor atenda às necessidades do órgão" (acórdão 2441/17- Plenário).*

> *"REPRESENTAÇÃO. LICITAÇÃO. RESTRIÇÃO À COMPETITIVIDADE. PROCEDÊNCIA. ANULAÇÃO. A indevida restrição da competitividade em razão de exigência editalícia que desobedece ao disposto no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988 e nos arts. 3º, § 1º, inciso I, e 30, § 6º, da Lei de Licitações e Contratos, conduz à anulação do processo licitatório" (TCU 00299920087, Relator: VALMIR CAMPELO, Data de Julgamento: 25/06/2008).*

A Administração Pública deve trabalhar com o escopo de obter sempre o maior número de propostas possíveis, com o fim de proporcionar a máxima competitividade, na busca da que lhe seja mais vantajosa, sendo assim vedada exigência editalícia que impede a ampla participação de empresas na licitação.

Válido citar que o presente processo licitatório é o segundo deflagrado recentemente pelo órgão licitante, para contratação do mesmo objeto, tendo o primeiro restado fracassado exatamente pelo motivo de não haverem propostas/fornecedores suficientes e capazes de atender tais exigências indevidas, obedecendo-se, ainda, o teto de valor estimado pela Administração, conforme justificativa presente na decisão do Pregão Eletrônico nº 031/2023/Processe Administrativo nº 128/2023, e demais informações constantes na Ata respectiva e chat da sessão pública.

Desta forma, temos que as exigências em comento não se justificam tecnicamente, não estão previstas na norma legal que rege o processo, e mais grave, são contrárias ao que prevê a legislação, jurisprudência e doutrinas pertinentes, sendo desarrazoadas como requisitos para a contratação, devendo, portanto, serem rechaçadas, pois cerceiam a ampla concorrência e o direito de participação, além comprometer o sucesso do processo licitatório e seu objetivo primordial, que é o atendimento ao interesse público.

3. DOS PEDIDOS

Diante do exposto, com base nos fatos e fundamentos apresentados, a Impugnante vem respeitosamente perante o Sr. Pregoeiro requerer o que segue:

a) Que seja conhecido e deferido o pedido de impugnação;

b) Que seja republicado o edital, sanado dos vícios apontados;

c) Que seja reaberto novo prazo para início da sessão púbica respeitando o prazo mínimo legal.

Nestes termos,

Pede e espera total deferimento.

Ubá/MG, 06 de dezembro de 2023.

ERC & BSM SOLUCOES LTDA:07977294000155

Assinado de forma digital por ERC & BSM SOLUCOES LTDA:07977294000155
Dados: 2023.12.06 19:09:48 -03'00'

Elias Ricardo Coelho

RG [redacted] - CPF nº [redacted]

Representante Legal

ERC & BSM SOLUCOES LTDA (Dual Soluções)

CNPJ 07.977.294/0001-55