



Parecer CJR nº 39/2023

São Paulo, 12 de dezembro de 2023.

Consulta-nos o Departamento de Licitações e Contratos acerca da Impugnação ao Edital do Pregão Eletrônico nº 034/2023, Processo Administrativo nº 147/2023, para contratação de empresa para fornecimento de serviços de hospedagem em datacenter na modalidade “Cloud Computing”, apresentada pela empresa **ERC & BSM SOLUÇÕES LTDA (DUAL SOLUÇÕES)**, inscrita no CNPJ/MF nº 07.977.294/0001-55.

Em resumo, a Impugnante aponta a existência de exigências descabidas que não encontram amparo legal na Lei 14.133/2021, alegando que a exigência de Certificação ISO 27001 e datacenter próprio, ferem os princípios da ampla concorrência ao frustrar o caráter competitivo que deve nortear o processo licitatório, pois limitam a competitividade na medida que apenas pouco fornecedores possuem a propriedade de data centers.

Do Mérito

Alega a Impugnante que o objeto licitado se enquadra na categoria de serviço comum, uma vez poderem ser definidos objetivamente por meio de especificações usuais no mercado e a exigência de que a Licitante possua Datacenter próprio, bem como que a Contratada e não o fabricante possua Certificação ISO 27001 não são usuais no mercado, nem na prática das licitações com o referido objeto.

Pede, ao final, a republicação do edital após saneamento dos vícios apontados.

Pois bem. Analisando seus termos, entendo que a impugnação merece prosperar em parte.

a) Da Certificação ISO 27001

No item 3.1.1.2.7. do Termo de Referência, há exigência de que a Contratada deve possuir certificação ISO 27001.

Contudo, necessário considerar, a partir de uma leitura dos precedentes adiante invocados, que a certificação é facultativa e não obrigatória, sendo a ISO uma organização não governamental que tem por objetivo criar padronizações para processos, produtos e serviços,



sendo tais padrões aceitos em vários países e, por tal razão acabam por se tornar uma exigência por conta da prática de mercado mas que não devem ser exigidas em licitações por restringir o universo de potenciais participantes que, a despeito de terem total condições de prestar um serviço de excelência, acabam sendo excluídos em razão de não possuírem uma certificação de cunho “não obrigatório”. Ou seja, o fato de não possuírem a certificação não desqualifica a empresa no sentido de não ser capaz de prestar um serviço de qualidade, não devendo ser considerado sucedâneo do atestado de capacidade técnica.

De fato, a lei proíbe que editais façam exigência que comprometam o caráter competitivo da licitação e, por ser uma certificação de caráter “não obrigatório”, sua exigência possui o viés de restringir a competitividade.

Exemplo disso são os precedentes colhidos do TCU no sentido de que as certificações não podem servir de parâmetros para definir as condições de participação e contratação das empresas:

É ilegal a exigência de *certificações*, do tipo ISO e SCORM, como critério que possa, de alguma forma, ensejar a desclassificação de propostas, ainda que constem como quesitos de pontuação técnica.
TCU-Acórdão 539/2015-Plenário

Não é possível a exigência de certificação ISO, e outras semelhantes, com o fim de habilitação de licitantes ou como critério para a qualificação de propostas Mediante pedido de reexame, a Centrais Elétricas do Norte do Brasil S.A. - (Eletronorte) manifestou seu inconformismo contra o Acórdão nº 1.612/2008, do Plenário, o qual lhe determinara que, nos editais de suas licitações, deixe de exigir a certificação expedida pela Organização Internacional de Normalização (International Organization for Standardization - ISO) e outras semelhantes, para a habilitação dos participantes ou como critério para a qualificação de propostas. Para a recorrente, “a jurisprudência que serviu de base para a determinação contestada é relativa apenas a serviços de informática”. Segundo o relator, no entanto, “nenhum dos motivos que levaram à formação do entendimento deste Tribunal é exclusivo de certames dessa natureza”. Para ele, as certificações nacionais correspondentes à família 9000 da ISO se referem, em linhas gerais, a critérios para implantação de sistemas de garantia da qualidade. Para obtê-los, a empresa deveria demonstrar a adequação de seus procedimentos de fabricação aos padrões estabelecidos na norma, o que garantiria, ao menos em tese, “que os produtos oriundos dessa empresa tenham sempre as mesmas características”. Todavia, ainda conforme o relator, “isso não garante que eles tenham qualidade superior aos de uma empresa que não seja certificada”. Além do que, no ponto de vista do relator, “**obter a certificação ISO é faculdade das empresas – não há lei que a indique como condição para exercício de qualquer atividade**”. **Restritiva, portanto, a exigência desse predicado como condição para qualificação em licitações, pois “afastar os participantes não certificados reduz a possibilidade de alcance da melhor proposta para a Administração, sem que haja justificativa razoável para tanto**”. Por outro lado, não haveria óbice para a utilização do aludido certificado para atribuir pontuação a uma empresa licitante, dado que isso permitiria reconhecer seu diferencial em relação a outras que não comprovaram a adequação de seu sistema de produção aos critérios de qualidade estabelecidos em tais normas. Por conseguinte, votou por que se negasse provimento ao pedido de reexame, mantendo-se os exatos termos do Acórdão nº 1.612/2008-Plenário, no que contou com a acolhida do Plenário. Precedente citado: Acórdão nº 2461/2007, do Plenário. Acórdão nº 1085/2011- Plenário, TC-007.924/2007-0, rel. Min. José Múcio, 27.04.2011.



Assim, nesse ponto, a exigência de que a Contratada possua certificação ISO 27001 restringe o caráter competitivo do certame nos termos do entendimento consolidado do TCU, razão pela qual o Edital merece retificação para o fim de excluir o item 3.1.1.2.7.

b) Da exigência de datacenter primário próprio

Quanto a exigência de que a Licitante possua, ao menos, um datacenter próprio, considero justificadas em razão da manifestação da área técnica, cuja íntegra reproduzo a seguir:

- a) Datacenter próprio, nesse item fica evidenciado a intenção da Contratante em garantir a prestação de serviço por empresa possuidora de infraestrutura própria em Datacenter, fato que se torna relevante considerando-se a necessidade de estabilidade que esse ambiente demanda. Atualmente estamos com vários de nossos servidores, os mais críticos, hospedados em Datacenter externo. O ambiente conta com servidores de bancos de dados e de aplicação (modo produção), sistema de folha de pagamentos e benefícios dos funcionários, servidores de armazenamento de dados GED (Gerenciador de documentos), Sites críticos da entidade como o site do CRF-SP (Portal Principal), Academia Virtual, PAF, eCAT, Consulta de Inscritos, Agendamentos de atendimentos, entre outros sites muito relevantes da contratante.

Uma característica bem marcante em uma infraestrutura de Datacenter própria é a agilidade nos processos. A operação diária em uma infraestrutura própria de Datacenter é executada pela própria empresa contratada, a responsabilidade pela manutenção e resolução de problemas é da Contratada. Já no caso de uma revenda, mesmo que ela ofereça uma resposta inicial rápida, muitas vezes a solução do problema não será imediata, tendo esta que acionar a equipe do Datacenter para que o problema seja efetivamente resolvido. Esse nível de responsividade só é ganho quando a Contratada utiliza infraestrutura própria de Datacenter.

Em se tratando de fornecimento do serviço de Datacenter por revenda ou mesmo por empresa “representante”, a adoção dessas modalidades acarretaria grande risco a contratante. De certa forma isto comprometeria a estabilidade da prestação dos serviços, deixando em aberto a responsabilidade efetiva da prestação do serviço, isto tendo em vista que esses revendedores são terceiros nos processos, sem vínculo com o Datacenter, apenas representando no sentido de “vendas de produto”.

Um outro fator impactante é que essas empresas possuem contratos temporários com os Datacenter, sem equipe própria, não possuindo equipamentos de qualquer natureza, usando toda infraestrutura terceirizada do Datacenter. Fato que vedamos, deixando claro no edital que para o Datacenter primário é vedada a terceirização, por consideramos crítico que a empresa possua infraestrutura própria, viabilizando assim a prestação de serviços de forma autônoma, independentemente de terceiros. Já no Datacenter secundário a empresa poderá usar de terceirização desde que cumpra as demais exigências do edital.

Dessa forma peço que o item mencionado seja mantido no edital, por não ferir nenhum preceito legal ou causar impedimento para participação de empresas no certame, tendo em vista àquelas que se enquadrem na especificação do referido edital, ainda mais prezando pela garantia da estabilidade dos serviços e sistemas desta autarquia.

Desse modo, com base na manifestação apresentada pela área técnica, entendo justificada a exigência, pois qualificar o prestador do serviço visando a plena satisfação do objeto do futuro contrato não resvala, tampouco ofende o caráter competitivo do certame, haja vista



encontrar-se dentro da esfera da discricionariedade da administração pública cercar-se de toda segurança possível visando a obtenção da melhor estrutura para a prestação do serviço, considerando sua natureza e importância.

Sendo assim, razão assiste parcial razão ao Impugnante, cabendo a retificação do Edital apenas no tocante à exigência de Certificação ISO 27001, mantendo-o, no mais, tal como lançado.

Conclusão

Em face do exposto, opina-se pelo ACOLHIMENTO PARCIAL da presente Impugnação a fim de excluir, apenas, a exigência de Certificação ISO 27001 (item 3.1.1.2.7. do Termo de Referência).

É a opinião jurídica, salvo melhor juízo, a qual submeto à apreciação superior.

Simone Aparecida Delatorre

OAB/SP nº 163.674