



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL
TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DO MARANHÃO

RESPOSTA IMPUGNAÇÃO N. 01

Pregão Eletrônico n.º 29/2021

1. RELATÓRIO

1.1. Trata-se de impugnação ao edital do Pregão Eletrônico nº 21/2021 cujo objeto é a **Contratação de serviços de backup em nuvem com armazenamento em datacenter no Brasil para proteção de dados do TRE-MA em ambiente externo.**

1.2. O pedido de impugnação foi apresentado no dia 10 de setembro 2021 às 17h07, via e-mail.

1.3. Diante disso, passa-se a análise da admissibilidade e, por conseguinte, do mérito da peça impugnatória.

2. DOS PEDIDOS DA IMPUGNANTE (doc. n. 1484166)

2.1. Insurgindo-se contra o edital do Pregão Eletrônico ora referendado, a licitante interpôs, tempestivamente, impugnação ao Edital, alegando, em síntese:

A subscrevente tem interesse em participar da licitação alhures que contratará empresa para prestação de serviço de backup em nuvem com armazenamento em datacenter no Brasil para proteção de dados do TRE-MA em ambiente externo, conforme especificações do Edital ora impugnado e do Termo de Referência, anexo ao instrumento convocatório.

Ao verificar as condições para participação na licitação citada, constatou-se que o edital prevê o seguinte:

10.8.3 **Qualificação Técnica** a) A empresa a ser contratada deverá possuir qualificação e experiência compatíveis com a complexidade do objeto, mediante apresentação da documentação que segue: a.1) Atestado ou declaração de capacidade técnica que comprove que a

licitante gerencia ou gerenciou, diretamente ou através de terceiros, serviços de suporte à sistema de backup utilizando o software do fabricante Veeam, em quantidade de pelo menos 10 TB ou pelo menos 50 máquinas virtuais ou físicas.

Sabidamente, é dever da Administração exigir na licitação aquela documentação indispensável para execução do contrato e o que for fundamental para verificar a idoneidade e a capacidade das licitantes. E por indispensável, deve-se entender aquela documentação sem a qual não se pode, segundo a legislação pertinente, atestar que determinada pessoa jurídica possui a idoneidade ou capacidade necessárias.

Senhores, há um clamor da sociedade para um uso mais adequado dos recursos públicos. Espera-se que a prestação de serviços governamentais ocorra com qualidade, que o Estado aja diligentemente no atendimento das demandas coletivas essenciais, utilizando racionalmente os recursos dos contribuintes. Essa exigência posta pelos cidadãos passa, inexoravelmente, pelo aprimoramento do Estado de forma a torná-lo mais eficiente.

Assim, para estabelecer quais os requisitos essenciais à participação das licitantes, a Administração dispõe de certa discricionariedade e deve avaliar a complexidade da futura contratação, estabelecendo os requisitos indispensáveis à garantia de uma perfeita execução do contrato por aquele que sagrar-se vencedor. Discricionariedade esta que não pode ser confundida com arbitrariedade, sendo que a escolha da Administração está delimitada não apenas pela Lei como também pela própria Constituição.

A presente impugnação apresenta questões pontuais que viciam o ato convocatório, quer por discrepar do estabelecido na Lei 8.666/1993 e na lei federal n.º 10.520/2002, seja por violar as disposições da Lei n.º 5.194/66 e das Resoluções do Conselho Federal de Engenharia e Agronomia – CONFEA -, autarquia federal responsável por regulamentar e fiscalizar o exercício das profissões inseridas no âmbito do Sistema CONFEA/CREA.

III– DO DIREITO

Conforme o teor do artigo 40, Inciso I, da lei 8.666/93, o objeto do edital deve ser elaborado de forma sucinta e clara, devendo haver uma grande atenção em todas as suas cláusulas, visando evitar que seus vícios possam prejudicar o andamento do processo licitatório.

Nós entendemos que certas exigências editalícias estão aquém do que preconiza a legislação pertinente, vale dizer, abaixo do mínimo exigido por lei, prejudicando, desarrazadamente, o objetivo de uma contratação que atenda parâmetros mínimos de qualidade, molestando o interesse público.

A faculdade para contratar com o particular está subordinada ao procedimento licitatório, pois a Instituição deve estar estritamente vinculada à lei (Princípio da Legalidade). Entendemos, no caso, que o Edital não atende aos requisitos legais mínimos para a contratação do objeto licitado. Nesse sentido, vejamos o que diz o art. 3º da Lei nº 8.666/93:

Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável 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.

Assegurar igualdade de condições a todos os concorrentes e selecionar a proposta mais vantajosa à Administração, são ações que a um só tempo satisfazem tanto o interesse dos licitantes quanto o interesse público, consistente na capacidade de contratar e empregar bem o dinheiro público.

Entretanto, assegurar igualdade e competitividade não podem representar desrespeito à legislação aplicável ao exercício do objeto que se busca contratar. Um dos princípios que regem o processo de Licitação é o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, entretanto não menos verdade é que ele não é o único, nem o mais importante princípio do sistema licitatório, tampouco goza de supremacia ou qualquer hierarquia em relação aos demais princípios informadores. Outro princípio de suma importância para os procedimentos licitatórios é o Princípio da Legalidade, ao qual a Administração Pública está inarredavelmente vinculada.

Hely Lopes Meirelles define habilitação ou qualificação como sendo: “o ato pelo qual o órgão competente, examinada a documentação, manifesta-se sobre os requisitos pessoais dos licitantes, habilitando-os ou inabilitando-os” (Licitação e Contrato Administrativo, 7. Ed., Revista dos Tribunais, p. 106).

Maria Adelaide de Campos França, em sua obra “Comentários à Lei de Licitações e Contratos”, p. 113, diz: “Qualificação técnica, por sua vez, é definida pelo citado mestre como conjunto de requisitos profissionais que o licitante apresenta para executar o objeto da licitação.”

Pois bem, é cediço que a exigência afeta à qualificação técnica, no caso do Pregão, por não conter um regramento detalhado no Decreto n. 3.555/2000, deve ser pautada no artigo 30 da Lei de Licitações, que prevê os requisitos mínimos indispensáveis à comprovação da capacitação técnica da licitante. Vejamos:

“Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a: I - registro ou inscrição na entidade profissional competente; II - comprovação de aptidão para

desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos; III - comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação; IV - prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso. § 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a: I - capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos;"

Para demonstrar ainda mais a necessidade de se garantir que apenas empresas qualificadas participem de processos licitatórios, garantindo a qualidade e segurança dos serviços ofertados, quando se trata de objeto com características técnicas, a nova Lei de Licitações, Lei nº 14.133/2021, assim determina: Art. 67. A documentação relativa à qualificação técnico-profissional e técnico-operacional será restrita a: I - apresentação de profissional, devidamente registrado no conselho profissional competente, quando for o caso, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, para fins de contratação; II - certidões ou atestados, regularmente emitidos pelo conselho profissional competente, quando for o caso, que demonstrem capacidade operacional na execução de serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior, bem como documentos comprobatórios emitidos na forma do § 3º do art. 88 desta Lei;

III - indicação do pessoal técnico, das instalações e do aparelhamento adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada membro da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos; IV - prova do atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso; V - registro ou inscrição na entidade profissional competente, quando for o caso; VI -

declaração de que o licitante tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação. § 1º A exigência de atestados será restrita às parcelas de maior relevância ou valor significativo do objeto da licitação, assim consideradas as que tenham valor individual igual ou superior a 4% (quatro por cento) do valor total estimado da contratação. § 2º Observado o disposto no caput e no § 1º deste artigo, será admitida a exigência de atestados com quantidades mínimas de até 50% (cinquenta por cento) das parcelas de que trata o referido parágrafo, vedadas limitações de tempo e de locais específicos relativas aos atestados. § 3º Salvo na contratação de obras e serviços de engenharia, as exigências a que se referem os incisos I e II do caput deste artigo, a critério da Administração, poderão ser substituídas por outra prova de que o profissional ou a empresa possui conhecimento técnico e experiência prática na execução de serviço de características semelhantes, hipótese em que as provas alternativas aceitáveis deverão ser previstas em regulamento.

É de se ver, portanto, que, em se tratando de obras e serviços de engenharia, É INDISPENSÁVEL a apresentação de profissional devidamente registrado no conselho profissional e detentor de atestado de capacidade técnica emitido ou averbado no respectivo conselho profissional, bem como o registro na entidade profissional competente – no caso de engenharia, o CREA.

A qualificação técnica tem por escopo aferir se os licitantes reúnem as condições técnicas necessárias para a execução satisfatória do objeto. Como pode ser visto, a norma regente das licitações, que é aplicável à presente licitação, dispõe claramente que a comprovação de aptidão nos casos de licitações pertinentes a obras e serviços será feita por atestados fornecidos por pessoa jurídica de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes.

Ora, o princípio do procedimento formal insculpido no art. 4º da lei em discussão, impõe a vinculação da licitação às prescrições legais da norma, de todos os seus atos. Partindo dessa premissa, é indubitoso que a exigência em comento deve prever que os atestados deverão ser registrados na entidade profissional competente. Portanto, exigir os atestados de capacidade técnica sem o devido registro na entidade profissional competente implica em manifesta violação ao texto legal supratranscrito.

De fato, inobstante a clareza dos comandos legais, este Órgão, resolveu relevá-los sem perceber que a manutenção dessa decisão, cairia em profunda contradição com os fins

legais, ferindo de morte o inquebrantável princípio da legalidade. É nesta toada que se passará a evidenciar a reprovável e particular maneira como essa Comissão de Licitação, no caso vertente, aviltou o princípio da legalidade, haja vista a patente traição ao espírito da lei, com o conseqüente flagrante desrespeito ao interesse público. Nesse sentido, também já se pronunciou o Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONSELHO REGIONAL DE ADMINISTRAÇÃO. HOLDING. REGISTRO. PRETENSÃO RECURSAL. SÚMULA 7/STJ 1. O critério legal para a obrigatoriedade de registro perante os conselhos profissionais, bem como para a contratação de profissional de qualificação específica, é determinado pela atividade básica ou pela natureza dos serviços prestados pela empresa. 2. O fato de a empresa ser uma holding porque é constituída exclusivamente pelo capital de suas coligadas não torna obrigatório seu registro no Órgão fiscalizador, mas a natureza dos serviços que presta a terceiros. 3. A pretensão recursal de infirmar a conclusão a que chegou o acórdão recorrido que, apoiado em laudo pericial, resta demonstrado nos autos que a empresa exerce atividade de administração a terceiros, demandaria a incursão na seara fática, o que é vedado na via especial, a teor da Súmula 7 desta Corte. 4. Recurso especial não conhecido. (REsp 827.20000, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/08/2006, DJ 25/08/2006 p. 331) (destacamos)

De fato, partindo-se para a especificidade do princípio em pauta tem-se que a eficácia de toda atividade do agente público está condicionada ao atendimento da lei. Hely Lopes Meirelles leciona que na Administração Pública não existe liberdade nem vontade pessoal, alertando que enquanto diferentemente da administração privada, onde é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, nela só é permitido fazer o que a lei autoriza, arrematando que, para o particular, a lei significa "pode fazer assim" enquanto para o agente público significa "deve fazer assim".

Hely Lopes Meirelles, dissecando o tema, complementa que, no desempenho dos encargos administrativos o agente do poder público não tem a liberdade de procurar outro objetivo, ou de dar fim diverso do prescrito em lei para a atividade. Com definição igualmente incisiva, Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua o princípio da legalidade como sendo "o fruto da submissão do Estado à lei.

É em suma: a consagração da ideia de que a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que, de conseqüente, a atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal, consistente na expedição de comandos complementares à lei." desta forma salientamos que a faculdade para contratar com o particular está subordinada ao procedimento licitatório e este está subordinado à estrita observância e cumprimento da lei, pois a administração deve estar inarredavelmente vinculada à lei (princípio da legalidade).

Voltando ao ponto de enfoque, qual seja, a comprovação da qualificação técnica, é imprescindível salientar que a comprovação de “aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação”, se faz por meio de atestado que demonstre já ter o proponente executado objeto similar ao licitado. O que se avalia, então, é a experiência do licitante no passado.

Para tanto, busca-se saber se a empresa já executou objeto com características, quantidades e prazos similares ao objeto da licitação, mediante a apresentação de atestados, fornecido por pessoa jurídica de direito público ou privado, registrado na entidade profissional competente.

O atestado de capacidade técnica deve ser do responsável técnico pela empresa licitante, devidamente averbado no conselho profissional, no caso da engenharia (averbação no CREA), conforme determina a Lei N.º 8.666/1993 (Lei de Licitações), lembrando que a capacidade técnico-profissional de uma pessoa jurídica é representada pelo conjunto dos acervos técnicos dos profissionais integrantes do seu quadro técnico (Resolução N.º 1025/2009 - CONFEA e Acórdão N.º 205/2017 - TCU). Evidencia-se que o conjunto dos acervos técnicos é a somatória dos atestados do profissional responsável técnico. Em outras palavras, o conjunto dos atestados de capacidade técnica do profissional constituem o seu acervo técnico.

Ao CONFEA cabe a atribuição legal de regulamentar o exercício das profissões de Engenheiro. A Certidão de Acervo Técnico – CAT é o instrumento que certifica, para os efeitos legais, que consta dos assentamentos do CREA a anotação da responsabilidade técnica pelas atividades consignadas no acervo técnico do profissional, conforme previsão legal do Art. 27, “F”, da Lei N.º 5.194/1966 e Art. 49 da Resolução N.º 1025/2009 – CONFEA.

Calha destacar o que dispõem os arts. 2º, 47, 48 e 49, todos da Resolução nº 1.025/09 do CONFEA:

Art. 2º A ART é o instrumento que define, para os efeitos legais, os responsáveis técnicos pela execução de obras ou prestação de serviços relativos às profissões abrangidas pelo Sistema Confea/Crea. Art. 47. O acervo técnico é o conjunto das atividades desenvolvidas ao longo da vida do profissional compatíveis com suas atribuições e registradas no Crea por meio de anotações de responsabilidade técnica. Parágrafo único. Constituirão o acervo técnico do profissional as atividades finalizadas cujas ARTs correspondentes atendam às seguintes condições: I – tenham sido baixadas; ou II – não tenham sido baixadas, mas tenha sido apresentado atestado que comprove a execução de parte das atividades nela consignadas. Art. 48. A capacidade técnico-profissional de uma pessoa jurídica é representada pelo conjunto dos acervos técnicos dos profissionais integrantes de seu quadro técnico. Parágrafo único. A capacidade técnico-profissional de uma pessoa jurídica varia em função da alteração dos acervos

técnicos dos profissionais integrantes de seu quadro técnico. Art. 49. A Certidão de Acervo Técnico – CAT é o instrumento que certifica, para os efeitos legais, que consta dos assentamentos do Crea a anotação da responsabilidade técnica pelas atividades consignadas no acervo técnico do profissional.

O objeto da licitação ora impugnada, a saber, serviços de backup em nuvem com armazenamento em datacenter, configura um serviço de telecomunicação, conforme preconiza o art. 60 da Lei 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações), in verbis: Art. 60. Serviço de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação. § 1º Telecomunicação é a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza. § 2º Estação de telecomunicações é o conjunto de equipamentos ou aparelhos, dispositivos e demais meios necessários à realização de telecomunicação, seus acessórios e periféricos, e, quando for o caso, as instalações que os abrigam e complementam, inclusive terminais portáteis. Um datacenter nada mais é que um local onde estão concentrados os sistemas computacionais de uma empresa ou organização, contendo seu sistema de telecomunicações, sistema de armazenamento de dados, além do fornecimento de energia para a instalação, dispendo de toda infraestrutura elétrica e lógica para seu funcionamento operacional. Ou seja, um datacenter é uma estação de telecomunicações, na qual dados são constantemente recebidos, transmitidos e retransmitidos, por meios ópticos, ou mesmo outros meios eletromagnéticos, sendo que tais dados podem ser símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza.

Em sendo o objeto do certame um serviço de telecomunicações, trata-se de atividade exclusiva de engenharia, conforme determina a Lei 5.194/1966 e tal atividade é atribuição profissional exclusiva dos Engenheiros: Eletricista, Eletrônico, De Telecomunicações ou de Computação desde que tenham a atribuição integral do art. 9º da Resolução nº 218/1973-CONFEA, *ipsis litteris*: Art. 9º - Compete ao ENGENHEIRO ELETRÔNICO ou ao ENGENHEIRO ELETRICISTA, MODALIDADE ELETRÔNICA ou ao ENGENHEIRO DE COMUNICAÇÃO: I - o desempenho das atividades 01 a 18 do artigo 1º desta Resolução, referentes a materiais elétricos e eletrônicos; equipamentos eletrônicos em geral; sistemas de comunicação e telecomunicações; sistemas de medição e controle elétrico e eletrônico; seus serviços afins e correlatos. O potencial lesivo das telecomunicações é tão elevado que o Ministério do Trabalho editou 3 Normas Regulamentares dedicadas a área: NR-10 - SEGURANÇA EM INSTALAÇÕES E SERVIÇOS EM ELETRICIDADE, NR-15 - ANEXO 7 - RADIAÇÕES NÃO-IONIZANTES e NR 35 - Trabalho em Altura. Os equipamentos usados em telecomunicações, seja no seu backbone, seja na sua rede de acesso, ou seja, no seu datacenter, são equipamentos eletrônicos e funcionam sob alimentação elétrica, sabendo-se que os riscos em eletricidade ocorrem a partir de 0,03

Ampère, devido ao risco de fibrilação cardíaca, o que levou a NBR5410 a determinar a obrigatoriedade do dispositivo diferencial residual para fugas de corrente a partir de 0,03A nas instalações elétricas em baixa tensão. Ressaltamos que o anuário da ABRACOPEL 2021/2020 alerta que o Nordeste foi a região com mais mortes devido a choques elétricos, tendo 294 vítimas fatais, número subnotificado como o próprio anuário afirma. A subnotificação se deve a vários fatores como: falta de base unificada, registros equivocados de mortes por parada cardíaca ou queimadura nos hospitais etc. As redes de telecomunicações, a depender do meio utilizado, ou seja, meio confinado ou sem fio, dependem de trabalho em altura, seja no compartilhamento dos postes (Resolução Conjunta nº 4/2014-ANEEL/ANATEL) ou nas torres utilizadas por sistemas via rádio. Outro ponto a ser destacado é a presença de radiação não-ionizante, que se deve à emissão de radiação eletromagnética pelos sistemas de comunicação sem fio, e nesse particular, além da NR-15 - ANEXO 7 - RADIAÇÕES NÃO-IONIZANTES, a ANATEL publicou 2 resoluções sobre o tema. A Resolução nº 700/2018 revogou a Resolução nº 303/2002 e tratou da Avaliação da Exposição Humana a Campos Elétricos, Magnéticos e Eletromagnéticos Associados à Operação de Estações Transmissoras de Radiocomunicação, ou seja, trata especificamente de critérios e limites de exposição a radiação eletromagnética.

A Resolução nº 680/2017, por sua vez, trata também de Equipamentos de Radiocomunicação de Radiação Restrita, limitando os níveis de potência para uso de equipamentos que operam em faixa não licenciada. Assim sendo, a ANATEL demonstra cautela e critérios para garantir segurança a sociedade, fazendo um controle dos níveis de potência irradiada em sistemas de comunicação sem fio. Conforme o exposto acima, como sabemos pelo Acórdão 1925/2019 - TCUPlenário, a criação de um CFP (Conselho de Fiscalização Profissional) está relacionada à percepção dos riscos que a atuação de leigos e maus profissionais pode acarretar à sociedade, o que para o caso de engenharia, é referendado também pelas resoluções da ANATEL e Normas Regulamentares do Ministério do Trabalho, citados acima. Cabe ressaltar que a nova Lei de Licitações em vigor, a LEI Nº 14.133/2021, em seu artigo 67, § 3º, deixa claro que a dispensa dos atestados de capacidade técnica e registro no conselho profissional é vedada para obras e serviços de Engenharia. Ocorre que, conforme fundamentado, a licitação em epígrafe se trata de serviço de engenharia, de modo que o edital não menciona diversos documentos necessários a comprovação da verdadeira capacidade técnica dos licitantes, quais sejam: 1. Atestado de capacidade técnica devidamente averbado no CREA; 2. Certidão de Acervo Técnico – CAT, referente ao atestado (A CAT apresentada pela empresa licitante deverá ser do profissional responsável técnico vinculado a mesma); 3. Certidão de Registro de Pessoa Física, comprovando que o engenheiro detentor da CAT e do Atestado de Capacidade Técnica é responsável pela referida empresa; 4. Certidão de Registro de Pessoa Jurídica, comprovando que a empresa possui registro no conselho profissional; 5. Termo de Autorização ou

Concessão emitido pela Agência Nacional de Telecomunicações, comprovando que a licitante está autorizada a oferecer serviços de telecomunicações. É bom destacar que as certidões mencionadas não se configuram gastos desnecessários anteriores à contratação, mas tão somente de condição para o exercício da profissão, para que se evite o risco de exercício ilegal da profissão, conforme previsto no art. 6º da Lei nº 5.194/66, conforme segue: Art. 6º Exerce ilegalmente a profissão de engenheiro, arquiteto ou engenheiro-agrônomo: a) a pessoa física ou jurídica que realizar atos ou prestar serviços público ou privado reservados aos profissionais de que trata esta lei e que não possua registro nos Conselhos Regionais; b) o profissional que se incumbir de atividades estranhas às atribuições discriminadas em seu registro; c) o profissional que emprestar seu nome a pessoas, firmas, organizações ou empresas executoras de obras e serviços sem sua real participação nos trabalhos delas; d) o profissional que, suspenso de seu exercício, continue em atividade; e) a firma, organização ou sociedade que, na qualidade de pessoa jurídica, exercer atribuições reservadas aos profissionais da engenharia, da arquitetura e da agronomia, com infringência do disposto no parágrafo único do art. 8º desta lei.

Ademais, a exigência consignada no item 10.8.3, a.1) Qualificação Técnica e Econômico-financeira, na qual expressamente exige que o software do sistema de backup seja de uma fabricante específico, no caso a empresa Veeam, configura inaceitável exigência, flagrantemente vedado pelos Acórdãos do TCU AC-0231- 01/13-2 e ACÓRDÃO Nº 7549/2010 – TCU – 2ª Câmara. Existem centenas de softwares e formas para implementar uma solução de backup, ou seja, nada mais do que sistematicamente, em função de confiabilidade, realizar a cópia segura de dados armazenados para que na ocorrência de um sinistro os dados possam ser recuperados. Assim, ante a existência no mercado de soluções alternativas de software capazes de atender às necessidades da Administração Pública, principalmente aquelas relacionadas aos softwares livres, a indicação de marca nos processos de contratação de fornecimento de software, com respaldo no art. 15, inciso I, da Lei nº 8.666/93, somente poderá ser admitida caso fique plenamente demonstrado, através de estudos técnicos, que a referida padronização acarreta maior economicidade para a Administração que aquela obtida na operacionalização das demais alternativas. A manutenção dessa exigência no instrumento convocatório poderá configurar direcionamento da futura contratação, ante a restrição imotivada da competitividade do certame, em flagrante violação ao disposto no art. 3º, §1º, I, da Lei nº 8.666/93 Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável 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. § 1º É vedado aos agentes públicos: I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que

comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5o a 12 deste artigo e no art. 3o da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991;

Igualmente, vejamos o que dispõe o art. 9º, I, “a”, da nova Lei de Licitações, Lei nº 14.133/21: 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; Por fim, calha destacar que a engenharia é uma atividade de alto poder lesivo à sociedade, podendo colocar em risco dezenas ou centenas de vidas, já tendo sido divulgado pelos meios de comunicações oficiais regulamentados diversos acidentes na prestação do serviço de conexão internet, todos com vítimas conforme citados abaixo: • <https://globoplay.globo.com/v/8910897/> - Homem morre eletrocutado na idade de Santa Inês/MA • <https://piauihoje.com/noticias/municipios/funcionarios-deprovedor-de-internet-morrem-ao-sofrer-descarga-eletrica-emitimon-345178.html>

Diante de todo exposto, é inafastável a conclusão de que os serviços de telecomunicações, por serem serviços exclusivos de engenharia, demandam sua realização por profissionais qualificados, assim entendidos aqueles que possuam as atribuições do art. 9º da Resolução nº 218/73 – CONFEA, bem como possuam Certidões de Acervo Técnico, instrumento que certifica, para os efeitos legais, que consta dos assentamentos do CREA a anotação da responsabilidade técnica pelas atividades consignadas no acervo técnico do profissional, conforme previsão legal do Art. 27, “F”, da Lei N.º 5.194/1966 e Art. 49 da Resolução N.º 1025/2009 – CONFEA. Assim, a empresa Viacom requer provimento da presente impugnação, para que esse órgão licitante efetue a reparos nas exigências da qualificação técnica, incluindo-se a documentação necessária e indispensável, segundo as disposições de Lei e Resoluções do CONFEA, para a comprovação da Qualificação Técnica das empresas licitantes.

IV – DO RESPONSÁVEL TÉCNICO Além da necessária comprovação da qualificação técnica por parte das licitantes, o que é feito mediante a apresentação de Certidões de Acervo Técnico devidamente emitidas pelo órgão competente (no caso, o CREA), é preciso, também, que o Termo de Referência/Edital tenha sido elaborado por profissional competente, assim entendido aquele com as atribuições necessárias para o objeto licitado. Igualmente, além do profissional qualificado para a elaboração do Termo de Referência, é imprescindível a indicação de profissional igualmente qualificado para exercer a função de fiscal do contrato que será futuramente assinado. Afinal, tratando o objeto da licitação de serviço de telecomunicações, exclusivo de engenharia, apenas um(a) engenheiro(a) com as atribuições do art. 9º da Resolução nº 218/73 do CONFEA, poderá fiscalizar a prestação dos serviços. Novamente, assim dispõe o mencionado art. 1º c/c 9º, ambos da Resolução nº 218/73-CONFEA: Art. 1º -

Para efeito de fiscalização do exercício profissional correspondente às diferentes modalidades da Engenharia, Arquitetura e Agronomia em nível superior e em nível médio, ficam designadas as seguintes atividades: Atividade 01 - Supervisão, coordenação e orientação técnica; Atividade 02 - Estudo, planejamento, projeto e especificação; Atividade 03 - Estudo de viabilidade técnico-econômica; Atividade 04 - Assistência, assessoria e consultoria; Atividade 05 - Direção de obra e serviço técnico; Atividade 06 - Vistoria, perícia, avaliação, arbitramento, laudo e parecer técnico; Atividade 07 - Desempenho de cargo e função técnica; Atividade 08 - Ensino, pesquisa, análise, experimentação, ensaio e divulgação técnica; extensão; Atividade 09 - Elaboração de orçamento; Atividade 10 - Padronização, mensuração e controle de qualidade; Atividade 11 - Execução de obra e serviço técnico; Atividade 12 - Fiscalização de obra e serviço técnico; Atividade 13 - Produção técnica e especializada; Atividade 14 - Condução de trabalho técnico; Atividade 15 - Condução de equipe de instalação, montagem, operação, reparo ou manutenção; Atividade 16 - Execução de instalação, montagem e reparo; Atividade 17 - Operação e manutenção de equipamento e instalação; Atividade 18 - Execução de desenho técnico. Art. 9º - Compete ao ENGENHEIRO ELETRÔNICO ou ao ENGENHEIRO ELETRICISTA, MODALIDADE ELETRÔNICA ou ao ENGENHEIRO DE COMUNICAÇÃO: I - o desempenho das atividades 01 a 18 do artigo 1º desta Resolução, referentes a materiais elétricos e eletrônicos; equipamentos eletrônicos em geral; sistemas de comunicação e telecomunicações; sistemas de medição e controle elétrico e eletrônico; seus serviços afins e correlatos.

É de se ver, portanto, que é imprescindível que os profissionais envolvidos na elaboração do Termo de Referência/Edital e na fiscalização do contrato a ser assinado sejam profissionais com as atribuições do art. 9º da Resolução nº 218/73 – CONFEA, sob pena de incorrerem no disposto pelo art. 6º, da Lei nº 5.194/66, já mencionado, razão pela qual se requer a imediata vinculação de profissionais qualificados, caso os atualmente responsáveis não possuam as atribuições do art. 9º da mencionada Resolução.

V – CONCLUSÃO E PEDIDOS

A engenharia é uma atividade de alto poder lesivo à sociedade, podendo colocar em risco dezenas ou centenas de vidas, conforme já mencionado. Ademais, a legislação específica, aplicável ao exercício de atividades de telecomunicação, exclusivas de profissionais de engenharia com a atribuição integral do art. 9º da Resolução nº 218/73 – CONFEA, traz exigências que não podem ser ignoradas pela Administração Pública, que tem por dever inarredável o estrito cumprimento do Princípio da Legalidade. Ante o exposto, requer-se:

A. Inicialmente, que seja aceita a presente Impugnação na forma da Lei.

B. Alteração com relação a Qualificação Técnica, incluindo-se junto ao ato convocatório os seguintes documentos:

1. Atestado de capacidade técnico devidamente averbado no CREA; 2. Certidão de Acervo Técnico – CAT, referente ao atestado (A CAT apresentada pela empresa

licitante deverá ser do profissional responsável técnico vinculado a mesma)); 3. Certidão de Registro de Pessoa Física, comprovando que o engenheiro detentor da CAT e do Atestado de Capacidade Técnico, é responsável pela referida empresa; 4. Certidão de Registro de Pessoa Jurídica, comprovando que a empresa possui registro no conselho profissional. 5. Termo de Autorização ou Concessão emitido pela Agência Nacional de Telecomunicações, comprovando que a licitante está autorizada a oferecer serviços de telecomunicações.

C. Alteração com relação à Qualificação Técnica, retirando-se a exigência de comprovação que a licitante gerencia ou gerenciou, diretamente ou através de terceiros, serviços de suporte a sistema de backup utilizando o software do fabricante Veeam, por configurar possível direcionamento da futura contratação.

D. Requer ainda que seja determinada a republicação do Edital, inserindo a alteração aqui pleiteada, reabrindo-se o prazo inicialmente previsto, conforme § 4º, do art. 21, da Lei nº 8666/93, a fim de que seja mantido o princípio da isonomia e do interesse público.

E. A substituição dos profissionais responsáveis pela elaboração do Termo de Referência/Edital e inclusão de fiscal de contrato, todos com as atribuições integrais do art. 9º da Resolução nº 218/73 – CONFEA, sob pena de incorrerem no disposto pelo art. 6º da Lei nº 5.194/66 – Exercício Ilegal da Profissão, o que, segundo art. 47 do Decreto-lei nº 3.688/41, configura contravenção penal punível com prisão simples, de quinze dias a três meses, ou multa.

3. DA MANIFESTAÇÃO DA ÁREA DEMANDANTE (doc. n. 1470687)

3.1. Haja vista a necessidade de manifestação da área técnica quanto às alegações apresentadas, a SERED se posicionou (doc. n. 1484719):

Com relação ao pedido de impugnação solicitado pela empresa Viacom Next Generation Comunicação Ltda – EPP, doc. n. 1484166, entendemos que o objeto da presente licitação não é um serviço de telecomunicação, mas sim um serviço de valor adicionado, conforme o art. 61 da Lei 9.472/97:

Art. 61. Serviço de valor adicionado é a atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e **com o qual não se confunde**, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações.

§ 1º Serviço de **valor adicionado não constitui serviço de telecomunicações**, classificando-se seu provedor como usuário do serviço de telecomunicações que lhe dá suporte, com os direitos e deveres inerentes a essa condição.

Dessa forma, os pedidos B, D e E devem ser rejeitados, pois uma vez acolhida a tese de que o objeto da presente licitação é um serviço de telecomunicação, chegaríamos à seguinte situação inusitada: solicitaríamos termos de autorização ou concessão da Anatel para contratar um simples serviço de backup em nuvem (Pedido B, item 5).

Ademais, em pesquisas realizadas, não encontramos tais exigências nas contratações com o poder público utilizadas na pesquisa de preços.

Quanto ao item C, conforme já analisado no doc. 1483330, serão aceitos atestados de capacidade técnica de outros fabricantes, desde que atendam a todos os requisitos do item 9.1.1.

4. DA ANÁLISE

4.1. Da admissibilidade

Nos termos do que dispõe o art. 24 do Decreto 10024/2019, aceita-se a presente impugnação por ser tempestiva.

4.2. Da alteração nas exigências de qualificação técnica

Sob orientação do parágrafo único do art. 17 do Decreto 10024/2019, coaduna-se com a manifestação técnica da seção de redes, SERED, acima, que entende não ser o objeto deste certame um serviço de telecomunicações e sim um serviço de valor adicionado, conforme art. 61 da Lei 9472/97, portanto, verifica-se improcedência da alegação quanto à necessidade de retificação do edital no item 10.8.3.

4.3. Da exclusão de que os atestados/declarações de capacidade técnica comprovem que a licitante gerencia ou gerenciou, diretamente ou através de terceiros, serviços de suporte à sistema de backup utilizando o software do fabricante Veeam, em quantidade de pelo menos 10 TB ou pelo menos 50 máquinas virtuais ou físicas.

Novamente balizando com o que fora trazido pelo setor técnico demandante do objeto licitado, que julga oportuno para o certame a aceitação de atestados/declarações de capacidade técnica de outros fabricantes, desde que atendam a todos os requisitos do item 9.1 do Termo de Referência, entende-se que procede parcialmente o inconformismo do impugnante somente em acrescentar à exigência dos atestados à possibilidade de estes serem também por outros

fornecedores, desde que cumpridos às exigências do item 9.1 do Termo de Referência.

4.4. Da republicação do Edital

Entendendo-se que o atendimento parcial do questionamento da impugnante afeta a formulação das propostas, o certame será republicado, nos termos do art. 21 §4º da lei 8.666/93.

4.5. Da substituição dos responsáveis por elaboração de Termo de Referência/Edital e inclusão de fiscal de contrato com as atribuições integrais do art. 9º da Resolução nº 218/73 – CONFEA

Não há que prosperar a alegação da impugnante de que haja alteração dos responsáveis pela elaboração do termo de referência/Edital e de inclusão de profissionais para fiscalização dos contratos porque são atos administrativos e compete a Administração decidir.

5. DA DECISÃO

5.1. Diante do exposto, CONHEÇO DA IMPUGNAÇÃO, uma vez que presentes os pressupostos de admissibilidade, e, no mérito, subsidiado pela área técnica demandante, e com lastro nos posicionamentos levantados, decidindo pela PROCEDÊNCIA PARCIAL da Impugnação nº 1 ao Edital do Pregão Eletrônico n.º 29/2021.

5.2. Em face da pertinência parcial das alegações, o Edital do Pregão Eletrônico n.º 29/2021 será adequado e, portanto, republicado.

5.3. É a decisão.

São Luís, 14 de setembro de 2021.

CLÁVIUS MARCIO BRITO MELO
Pregoeiro Oficial