

PREGÃO ELETRÔNICO Nº 10/2020

IMPUGNAÇÃO 01

(Encaminhado por e-mail no dia 23/07/2020)

Mensagem do licitante:

"...

Trata-se de processo administrativo licitatório objetivando a contratação de solução DATA CENTER na modalidade COLOCATION para hospedagem de servidores, unidades de armazenamento e equipamentos de rede LAN e SAN; incluindo serviços de comunicação de dados para acesso à Internet e conexão privativa ponto-a-ponto, de gerenciamento e guarda de mídias de backup, de manutenção da infraestrutura, de suporte técnico, de mudança física dos equipamentos, de fornecimento temporário de infraestrutura do tipo Hosting e de seguro pecuniária.

O pregão eletrônico possui como desiderato encontrar a proposta mais vantajosa para a administração pública de acordo com o interesse público.

Contudo, no item 4.2.1.1 do item ESPECIFICAÇÃO TÉCNICA consta a existência de cláusula restritiva de participação, vedado pela legislação de regência, quando limita a participação de licitantes que possuam estrutura física do *data center* na mesma área geográfica da Região Metropolitana do Rio de Janeiro, senão vejamos:

4.2.1.1. A estrutura física do data center da CONTRATADA, onde será hospedada a SOLUÇÃO DE COLOCATION, deverá estar localizada em endereço pertencente à área geográfica denominada de REGIÃO METROPOLITANA DO RIO DE JANEIRO, como definida na Lei Complementar nº 184/2018 da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro.

Muito embora o procedimento licitatório em discussão seja regulamentado pelo Decreto 10.024/2019, as disposições da Lei 8.666/93 lhe são aplicáveis quando a regra específica restar omissa, exatamente o que ocorre no caso em testilha em que não há previsão sobre a vedação de cláusulas no edital que frustrem o caráter competitivo do certame.

Dito isto, a Lei 8.66/93 dispõe em seu art. 3º, § 1º, inciso I, ser vedada a inclusão de cláusulas editalicias que restrinjam o caráter competitivo do procedimento licitatório:

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 correlato

§ 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;

Assim, é de bom grado ressaltar que a Constituição Federal, estabeleceu, em seu art. 37, XXI, que somente poderão ser exigidas qualificações técnica e econômica **indispensáveis** ao cumprimento das obrigações. Por essa razão, toda e qualquer exigência que venha a restringir a competição no certame licitatório, além de justificada e pertinente ao objeto, deve ater-se ao que permite a lei, face ao princípio da legalidade. Senão vejamos:

"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. (Grifo nosso)"

Inequivocamente, a disposição contida no item 4.2.1.1 do Edital é ilegal por exigir estrutura física do data center na mesma região geográfica do órgão licitante, na medida em que restringe a participação de licitantes que possam apresentar um preço vantajoso mas com estrutura física do data center em outras regiões, causando incomensurável prejuízo a administração pública, cuja exigência é extremamente irrelevante para a eficiência na prestação dos serviços,

Ocorre que os serviços licitados são prestados através de sistema, cujo acesso é por meio da internet, ou seja, não há nenhuma justificação técnica que inviabilize a contratação de empresa que possua *data center* em região diversa daquela exigida e constante no edital.

Ademais, é de conhecimento popular a qualidade dos serviços prestados por empresas como Google ou Microsoft, no que tange à hospedagem, sendo que tais empresas se quer possuem sede no Brasil. Todos os serviços são prestados, incluindo a hospedagem de informações, por meio de datacenters situados no exterior, sem que a qualidade seja comprometida, muito pelo contrário.

A impugnante, inclusive, presta serviços a inúmeras entidades governamentais e não governamentais em todo o território nacional, mediante a utilização de *data center* com estrutura no local de sua sede – São Paulo-SP – sem que isso tenha prejudicado ou inviabilizado o cumprimento das suas obrigações.

Daí porque, a exigência contida no edital de licitação é absolutamente irrelevante, diante da ausência de resultado prático, já que, como dito, este tipo de serviço é realizado à distância, através de internet.

Sobre o assunto, o Tribunal de Contas da União decidiu que esta exigência somente pode ocorrer quando for tecnicamente justificável:

Essa exigência só poderá ocorrer quando for tecnicamente justificável, e se necessária para garantir a qualidade no atendimento à contratante, em vista da natureza do objeto da licitação. Com efeito, as circunstâncias que levam a essa limitação de participantes no certame devem estar comprovadas nos autos. (TCU, Acórdão: 26/2007 – Plenário; 703/2007 – Plenário; Acórdão nº 1296/2017-Plenário).

Para corroborar, a jurisprudência do Tribunal de Contas da União é pacífica quanto à necessidade de ser motivada e justificável as exigências impostas às licitantes, pois deve-se buscar ampliar a competição entre os possíveis interessados, de modo a se obter a proposta mais vantajosa para a Administração e o melhor atendimento do interesse público.

Nesse sentido os Acórdãos 6463/2011 – 1ª Câmara, Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues; Acórdão 43/2008 – Plenário, Relator Ministro Benjamin Zymler; Acórdão 1416/2009 – Plenário, Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues; Acórdão 769/2013 – Plenário, Relator Ministro Marcos Bemquerer; Acórdão 703/2007 – Plenário, Relator Ministro Benjamin Zymler; Acórdão 182/2016 – Plenário, Relator Ministro Vital do Rêgo.

Desta forma, a inserção de condições para habilitação no certame licitatório, implica em violação ao princípio da legalidade e, ainda, a livre concorrência limitando a participação de licitantes no procedimento.

Além disso, o Tribunal de Contas da União - TCU constantemente reafirma que a comprovação da capacidade técnica deve ser norteada pelo art. 37, XXI da CF, que somente admite exigências de qualificação técnica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações, pautando-se no princípio constitucional da razoabilidade.

Nesse sentido, colhe-se da jurisprudência pátria, acerca da necessidade em se proceder com a anulação do certame licitatório, quando houver o emprego de medidas que impliquem na restrição da participação, maiormente, quando não houver especificações de condições de possibilidade de participação do certame:

REPRESENTAÇÃO. PREGÃO. AQUISIÇÃO DE VEÍCULO. UTILIZAÇÃO DE TERMO IMPRECISO PARA CARACTERIZAR O OBJETO LICITADO. RESTRIÇÃO À COMPETITIVIDADE. POSSIBILIDADE DE CONCRETIZAÇÃO DE ATO ANTECONÔMICO. ANULAÇÃO DO CERTAME. DETERMINAÇÕES. ARQUIVAMENTO. 1. *A definição do objeto a ser licitado deve ser precisa, de modo a refletir, com a maior exatidão possível, o que a entidade deseja adquirir, consoante o disposto no art. 14 da Lei n. 8.666/1993.* 2. *A Administração deve pautar-se, dentre outros, sob o critério da economicidade, buscando adotar soluções que atendam às suas demandas com o menor custo possível.* 3. *A utilização, em editais de licitação, de especificações que impossibilitam a participação no certame de empresas ofertantes de bens com aptidão técnica de suprir a demanda da Administração constitui-se restrição indevida à competitividade, caracterizando afronta ao art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei n. 8.666/1993.* 4. *Fixa-se prazo para a anulação de licitação cuja competitividade foi cerceada de forma irregular, e, ainda, quando o torneio dá ensejo à concretização de ato antieconômico.* (TCU 01528220112, Relator: MARCOS BEMQUERER, Data de Julgamento: 09/11/2011).

Portanto, mostra-se evidente a violação ao princípio da legalidade, explícito nas diretrizes dos procedimentos licitatórios, porquanto a exigência imposta no item "4.2.1.1", direciona o procedimento para que somente empresas que possuam estabelecimento ou estrutura física na mesma região geográfica do órgão licitante, muito embora não seja esse o âmago das normativas licitatórias.

Ante o exposto espera e confia a impugnante que seja a presente impugnação RECEBIDA, CONHECIDA e PROVIDA para corrigir o edital acobertado pela ilegalidade apontada acima, afim de que a licitação possa prosseguir de forma normal, permitindo a participação de licitantes que possuam estrutura física do *data center* em quaisquer outras localizações geográficas, por ser de direito e merecida JUSTIÇA.

Nestes termos, pede e aguarda deferimento.

..."

Resposta:

Impugnação indeferida.

Primeiramente, a impugnante se equivoca ao invocar os dispositivos da Lei 8.666/1993 e jurisprudência do TCU e de órgãos do Poder Judiciário sobre a referida Lei, dado que o procedimento em tela é disciplinado pela Lei 13.303/2106, também chamada de Lei das Estatais, e regulamentado pelo Decreto 10.024/2019 e pelo Regulamento de Compras, Contratações e Contratos Administrativos - RCCCA da Finep.

O edital em comento trata de contratação de serviço de Colocation que, em apertada síntese, consiste em espaço físico, refrigeração, fornecimento de energia, ligação de dados e as devidas proteções e redundâncias, para a hospedagem de equipamentos físicos, de propriedade da Finep.

Portanto, não há que se falar em "serviço prestado através da internet" ou "serviços prestados por datacenter situados no exterior". O serviço de colocation para os equipamentos da Finep tem restrições em relação ao moving dos equipamentos, ao envio/retirada de fitas de backup e à visitas de nossos técnicos ao local.

Desse modo, a restrição geográfica expressa no item impugnado decorre da própria natureza dos serviços e é extremamente pertinente e relevante para a sua adequada execução. Assim, fica afastada a alegação de restrição indevida ao caráter competitivo do certame.

Atenciosamente,

Michelly de Souza Ferraz

Pregoeira