

À

**CONTROLADORIA GERAL DE UNIÃO  
DIRETORIA DE GESTÃO INTERNA.**

A/C Ilmo(a). Senhor(a) Pregoeiro.

**Ref.: Pregão Eletrônico nº. 22/2012**

---

**LEVEL 3 COMUNICAÇÕES DO BRASIL LTDA,**  
pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 72.843.212/0001-41, sediada na Avenida Eid Mansur, nº 666, térreo, Parque São George, Rod. Raposo Tavares, CEP 06708 – 070, Cotia, São Paulo - SP, na qualidade de licitante, vem, respeitosamente, à presença dessa ilustríssima autoridade Administrativa, como interessada no procedimento licitatório em epígrafe, amparada no disposto no parágrafo 2º. do Artigo 41 da Lei nº. 8.666 de 21 de junho de 1993 e item 10 do Edital, com suas alterações posteriores, oferecer,

***IMPUGNAÇÃO***

aos termos do edital acima referenciado, pelas razões a seguir, requerendo para tanto sua apreciação, julgamento e admissão.

A presente impugnação pretende afastar do procedimento licitatório exigências feitas em extrapolação ao disposto no estatuto que disciplina as licitações no âmbito da Administração Pública, Lei nº. 8.666/93 e suas alterações posteriores, com intuito, inclusive de



evitar que ocorra o direcionamento e ilegalidade até então evidenciados no presente procedimento, consoante restará demonstrado a seguir.

## ***SÚMULA DOS FATOS***

---

A impugnante é empresa interessada na licitação promovida pela Controladoria Geral da União, **com vistas à escolha da proposta mais vantajosa**, para a prestação de hospedagem externa de equipamentos servidores em regime de *colocation* e de comunicação de dados, de forma dedicada, disponibilizados por meio de infraestrutura física segura (ambiente de *datacenter*), com fornecimento de soluções de segurança IP, conectividade com a Internet e com o Edifício Sede da Controladoria-Geral da União - CGU, em Brasília-DF, nos termos e condições constantes no presente Edital e seus anexos.

Acontece que examinando criteriosamente o edital em comento e partes deles integrantes, a impugnante constatou que o mesmo contém exigências que podem não só restringir o universo de possíveis competidores e direcionar o certame, como também comprometer a legalidade do mesmo, além de ceifar a obtenção da proposta mais vantajosa à Administração Pública.

Registre-se, de plano, que a empresa impugnante possui, plena capacidade técnica e financeira para responsabilizar-se pelo futuro contrato, acaso se sagre vencedora na disputa. Seu único objetivo ao impugnar o ato convocatório é possibilitar-lhe poder participar da competição em rigorosa igualdade de condições com suas concorrentes, sem a amarra verificada no edital, que está a restringir desnecessariamente o universo dos competidores, comprometendo, também, a legalidade do procedimento.



De fato, a exigência que será impugnada abaixo possui caráter restritivo, ferindo de morte os mais elementares princípios formadores do instituto da licitação, notadamente os princípios da ampla competitividade e da legalidade, os quais são preceitos basilares da Administração Pública. Além do mais são exigências feitas em clara afronta ao disposto no art. 30 da Lei 8.666/93, no que tange à habilitação.

Desta feita, *mister* se faz que a exigência editalícia abaixo apontada não só seja retificada, como também obedeça ao limite imposto pela lei, não podendo, o edital, assim, conter determinação que seja incompatível com os preceitos da lei regente da matéria.

Sob tal pressuposto devemos apontar:

**DAS RAZÕES QUE ENSEJAM A REFORMA DO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO – SUBITEM 3.9 e 5.1.4 do TERMO DE REFERÊNCIA – AFRONTA ao art. 30 da Lei 8.666/93 e dos princípios basilares da ampla concorrência e da aquisição da proposta mais vantajosa.**

Como já explicitado acima, o objeto do certame em comento, em síntese, concerne na hospedagem de dados, com fornecimento de infraestrutura física e segura.

No caso, a infra-estrutura física e segura é representada, basicamente, por uma central de dados, isto é, um *datacenter*.

Aqui se encontra o grande problema verificado no Termo de Referência em comento. É que o item 3.9 (ou extensão do 3.8) exige que o referido *datacenter* **esteja localizado na cidade de Brasília**. Em seguida, o item 5.1.4, em complementação ao item acima citado, requer que o *datacenter* que servirá de backup se encontre a uma distância mínima de três quilômetros do *datacenter* principal.



Analisando a exigência em comento, além de ficar evidenciado seu caráter claramente restritivo, transparece a incoerência do item com o objeto da contratação.

Isto porque, pela leitura do Termo de Referência, em especial dos subitens 4.1.5 e 4.1.10 resta claro que todas as requisições ali constantes **podem ser atendidas de forma remota, seja no que tange ao suporte, seja no que tange ao gerenciamento físico (Remote Hands).**

Não bastasse isso, não se logrou êxito em encontrar QUALQUER justificativa plausível no Projeto Básico ou Termo de Referência que demonstrasse que a exigência da localização do *datacenter* em Brasília fosse **ESSENCIAL** para o cumprimento do objeto da licitação, o que, como se verá a seguir, contraria do disposto no art. 30, § 6º, da Lei nº 8.666/93.

Isso sem levar em consideração que o serviço licitado poderia ser enquadrado como serviço de Tecnologia de Informação e, por conseguinte, estar submetido às disposições legais da Instrução Normativa nº 04/2008 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

Ora, caso assim o fosse, entende-se que, antes mesmo da licitação / contratação, dever-se-ia, conforme previsão legal, ter sido elaborado o Plano Diretor de Tecnologia de Informação – PDTI, onde certa e necessariamente deveria constar a justificativa do porquê da necessidade do referido *datacenter* em Brasília.

Enfim, em síntese, não há justificativa no Termo de Referência ou PDTI que ampare a exigência contida no edital, ou seja, que o *datacenter* tenha que ser localizado em Brasília.



Não bastasse esse primeiro problema, há que se observar também que o item 5.1.4, que exige que o *datacenter* que servirá de backup se encontre a uma distância mínima de três quilômetros do *datacenter* principal, não atende as melhores práticas do mercado.

Ora, a existência de um *datacenter backup* se justifica única e exclusivamente para garantir a segurança dos dados ali armazenados, ou seja, caso ocorram problemas relacionados ao *datacenter* principal, o *backup* deve estar a salvo.

Note-se que aqui não está a se falar de problemas de ordem técnica, geralmente mais fáceis de solucionar, mas sim problemas de ordem física, isto é, enchentes, temporais, deslizamentos, terremotos, enfim, catástrofes de ordem natural, porém, com conseqüências avassaladoras.

Sob esse aspecto, não restam dúvidas que a distância de 03 (três) quilômetros noticiada no edital, não seria suficiente para elidir problemas criados por fenômenos desta espécie, deixando expostos a risco dados de suma relevância para a Administração.

Assim sendo, considerando a importância dos dados armazenados em tal *datacenter*, o ideal é que o *backup* estivesse localizado em outra cidade ou mesmo em outro estado, guardando uma distância mínima de cerca de 200 (duzentos) quilômetros do *datacenter* principal, merecendo, portanto, reforma o item 5.1.4 do Termo de Referência.

De outro turno, retomando o assunto inicialmente abordado, isto é, a informação contida no item 3.9 (ou 3.8, por extensão), deve-se ter em mente, que a Lei de Licitações estabelece diretrizes, limitações e exigências relativas às exigências de documentos necessários para se fazer a prova da habilitação das licitantes. Nesse sentido, a Constituição Federal vem a estabelecer o caminho a ser seguido pelo Administrador, traçado no art. 37, inciso XXI, que assim dispõe:



"Art. 37. (...)

*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."(g.n.)*

Conforme se deduz da norma constitucional, há a permissão para que se introduzam exigências de qualificação técnica e econômica nas licitações. No entanto, como registrado por José Cretella Júnior, "**apenas serão admitidas exigências de qualificação absolutamente necessárias para demonstrar que o proponente está preparado para executar o objeto da licitação**". Há, em conseqüência, uma visível determinação no sentido de que os requisitos sejam reduzidos ao mínimo possível.

E foi exatamente para dar maior sustentabilidade ao artigo esculpido na Carta Magna que a Lei de Licitações veio a determinar e limitar em seu artigo 30, e parágrafos, os documentos realmente necessários e devidos para fins de qualificação técnica das licitantes. *In verbis:*

*Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:*

*(...)*

*§ 6º As exigências mínimas relativas a instalações de canteiros, máquinas, equipamentos e pessoal técnico especializado, considerados essenciais para o cumprimento do objeto da licitação, serão atendidas mediante a apresentação de relação explícita e da declaração formal da sua disponibilidade, sob as penas*

cabíveis, vedada as exigências de propriedade e de localização prévia.  
(...)” (g.n.)

Ora, pela leitura do dispositivo legal acima, já resta transparente a primeira incorreção do Edital. Isto porque JAMAIS poderia ter sido exigido das licitantes, antes do momento da contratação, que estas possuíssem um *datacenter* localizado em Brasília. A redação é clara.

Ainda assim, mesmo que o Termo de Referência falasse em “declaração” e não em propriedade, a incorreção não seria retificada. Vejamos.

É óbvio que a existência de um *datacenter*, no momento da contratação, seria essencial para a execução do objeto do contrato. Porém, não se pode dizer o mesmo quanto a localização do referido *datacenter*.

Ora, se como já mencionado acima, não há no termo de referência justificativa apta a amparar a necessidade de que o *datacenter* seja localizado em Brasília, também é de conclusão óbvia que tal fato não é essencial para execução do objeto da contratação e, via de consequência, não poderia ter constado do edital, conforme dispõe o próprio § 6º, do art. 30, da Lei nº 8.666/93.

Não bastasse tal fato, a exigência impugnada, além de ilegal, tem o verdadeiro potencial de limitar a concorrência e circunscrever a participação no certame à praticamente uma empresa, qual seja, a OI S/A.

**Em pesquisa de mercado foi apurado que a ÚNICA empresa que possuiu um *datacenter* com as características exigidas pelo Edital, NA CIDADE DE BRASÍLIA, é a empresa OI S/A.**



Assim, ao insistir com a exigência impugnada, é como se estivesse adotando-se de forma indireta uma contratação DIRETA, pois apenas um licitante tem condições de habilitar-se para participar da licitação.

Reitera-se, mais uma vez, é absolutamente possível atender as requisições editalícias desempenhando as atividades em *datacenter* localizado EM QUALQUER CIDADE DO TERRITÓRIO NACIONAL.

Para exemplificar tal alegação, é importante citar contratos administrativos onde a impugnante desempenha ou desempenhou serviços SIMILARES, ou seja, fornecimento de *datacenter*, na modalidade *colocation*, a órgãos lotados em Brasília ou em outras cidades, com base em um *datacenter* localizado na cidade do Rio de Janeiro (Doc. 01). Vejamos a lista abaixo elencada.

- Caixa Seguros - Contrato 135/2011
- AMBIMA/Banco Central(SELIC) – Contrato 0145/2011
- MPU - Através do contrato BRA-BSA-037/2009(B)

Nesse contexto, é óbvio que tais exigências terão por efeito eliminar do certame diversas empresas que poderiam participar da disputa, as quais certamente deteriam a experiência e conhecimento técnicos necessários a tal desiderato, mas não poderão fazê-lo por não cumprir com o disposto no requisito impugnado.

Resta, evidente, portanto, que a manutenção do item impugnado coaduna-se em providência restritiva ao caráter competitivo do certame e se reveste em **prejuízo notório à Administração Pública, sendo-lhe furtada a obtenção da proposta mais vantajosa.**



Por conseguinte, é clara a violação dos princípios básicos das licitações, contidos no Art. 37, XXI, da Constituição Federal e no Art. 3º da Lei das Licitações, tais como os da legalidade, ampla concorrência, moralidade, igualdade, probidade administrativa, e seleção da proposta mais vantajosa.

Via de consequência, o indigitado item editalício não merece subsistir no Instrumento Convocatório, devendo, portanto, ser rechaçado do mesmo, vez que caminha em completa e total dissonância para com os comandos legais aplicáveis à espécie.

De fato, como é sabido, nenhum ato convocatório pode extrapolar os limites impostos pela lei de licitações e demais normas regentes, principalmente quando se está a falar de documentos relativos à fase de habilitação do certame, devendo sempre se limitar as exigências ao preceituado nos artigos 27 a 31 da Lei nº 8.666/93.

Contudo, *in casu*, o edital desrespeitou tais limites impostos por lei. Com efeito, tal exigência habilitatória além de ser demasiadamente excessiva e incoerente, frustra o caráter competitivo do procedimento, eis que completamente dissonante para com o próprio objeto contratado.

Como já enfatizado anteriormente, a Lei de Licitações, VEDA, TAXATIVAMENTE, EXIGÊNCIAS ALÉM DOS LIMITES PROPOSTOS PELOS ARTIGOS 27 À 31, PARA HABILITAÇÃO DAS LICITANTES.

PRINCIPALMENTE, QUANDO TAL EXIGÊNCIA INIBA A PARTICIPAÇÃO DE OUTROS LICITANTES NO CERTAME, JÁ QUE ISTO DESNATURARIA SEU CARÁTER COMPETITIVO.



Assim sendo, para que se possam ser consideradas legais, torna-se *condictio sine qua non* que as exigências do Edital se enquadrem ao disposto na Lei nº. 8.666/93.

No caso em tela, em que pese não constar EXPRESSAMENTE no rol de requisitos para habilitação, resta flagrante que, caso a empresa não demonstre possuir *datacenter* na cidade de Brasília, virá a ser inabilitada.

**Logo, é evidente que a manutenção da supramencionada exigência acarretará um direcionamento do certame, indo de encontro aos ditames da isonomia e da ampla competitividade entre os licitantes, na medida em que favorece sobremaneira apenas um dos concorrentes.**

Cabe ainda enfatizar que o direcionamento em certames licitatórios é assunto diuturnamente tratado pelo **Tribunal de Contas da União**, que, em sua função maior de fiscalizar a atividade administrativa, já decidiu reiteradas vezes a respeito do assunto. Nesse sentido, vale trazer à baila um de seus julgados sobre a matéria, *in verbis*:

*“( ... ) 9. Postos esses fatos, em especial os que demonstram possibilidade de direcionamento da concorrência em tela, é de reconhecer o *fumus boni iuris* nas ponderações apresentadas pela Unidade Técnica. De notar que o prosseguimento do certame poderá causar prejuízos ao Erário, haja visto que, em princípio, o edital não observa os princípios da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração e da isonomia entre os licitantes, uma vez que há indícios de favorecimento à empresa Politec Ltda. Ressalta-se, adicionalmente, o elevado valor envolvido – cerca de R\$ 8.670.000,00 ( oito milhões, seiscentos e setenta mil reais).” ( Decisão 819/2000 – Plenário)*

Quanto ao cometimento de irregularidade por parte da Administração, reiteradas vezes já decidiu o TCU, como se confere a seguir, *in verbis*:

*“Assim, em suma, observamos que não foram suficientemente ilididos os questionamentos em tela, podendo-se concluir pela responsabilidade da presidente (como de todos os membros) da CLP, por agir de forma ao menos omissiva, permitindo que houvesse o direcionamento, os sobrepreços e o favorecimento questionados. Por isso, sujeita-se a responsável à multa prevista no art. 43, parágrafo único, da Lei nº 8.443/92, na proporção, opinamos, de 15% ( RI-TCU, art. 220, inc. III).”*( ACÓRDÃO Nº 105/2000 – TCU – Plenário AC-0105-20/00-P)

Realmente, há muito tempo que o Tribunal de Contas da União vem se manifestando pela necessidade de que o administrador, bem como todos os demais interessados devem ficar atentos para as formas como os editais são construídos, porque é exatamente aí que se tem espaço para desvirtuar o processo.

Isto se faz necessário porque a licitação, de fato, representa, notoriamente, um termômetro da Administração, sendo certo que quando bem formalizada, é um instrumento de melhoria do gasto público, limitador da discricionariedade administrativa, contribuindo para a concretização dos princípios da Administração, expressos no artigo 37 da Carta Magna.

Com efeito, configura **"responsabilidade do gestor"** a conduta respaldada nos pilares da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, com vistas a **prestigiar sempre a MAIS AMPLA CONCORRÊNCIA POSSÍVEL**, pois só assim é que o interesse público da seleção da proposta mais vantajosa será atingido.



Inclusive, não é demais ressaltar que a própria Lei n.º 8.666/93 está carregada de tópicos de preocupação, acerca da responsabilização de eventual infrator pelo descumprimento de cautelas, pela imposição de restrições indevidas à ampla concorrência, pela elaboração imprecisa de editais, e até mesmo pela inclusão de cláusulas que denotam o direcionamento do procedimento licitatório.

De fato, foi justamente para dar maior respaldo ao poder de cautela, que a lei de licitações, no art. 82 ordena que os agentes administrativos que praticarem atos em desacordo com os preceitos da lei de licitações, além das sanções próprias administrativas previstas, **"sujeitam-se à responsabilidade civil e criminal"**.

No que tange à “fase interna na licitação”, ou seja, a própria elaboração do edital, como devidamente ressaltado, várias vezes pelo tribunal de contas, o dever do administrador é fazer um edital da forma mais ampla possível, aberto a toda a concorrência de forma legítima e saudável, de forma a evitar o possível direcionamento do certame.

Por tais razões, cabe, efetivamente, à própria equipe técnica, redefinir o edital SEM A EXIGÊNCIA aqui impugnada ou qualquer direcionamento TRANSPARENTE, pois esta é uma imposição legal, sujeita a sanção administrativa, penal e civil, quando desrespeitada.

Note-se que a permanecer como está, a exigência além de direcionar o vencedor do certame, impossibilitará à Administração a obtenção do melhor preço, ou seja, contrariará as disposições de Lei n.º 8.666/93, sem a devida justificativa.

Sob este aspecto, relevante salientar, mais um vez, a jurisprudência do TCU:

*“Identificação*



Acórdão 423/2007 - Plenário  
Número Interno do Documento  
AC-0423-11/07-P

(...)

11. Por outro lado, é cediço que o princípio da isonomia, com assento no caput do art. 5º, como também no art. 37, inciso XXI, ambos da Carta Política, deve nortear todos os procedimentos administrativos no âmbito da Administração Pública. No mesmo sentido, a legislação infraconstitucional impõe a necessidade de garantir tratamento equânime aos interessados em contratar com a Administração, uma vez que o art. 3º, caput e § 1º, incisos I e II, da Lei n. 8.666/1993, fazem menção ao aludido princípio, além de vedarem expressamente condutas discriminatórias, assim como, o § 2º do mesmo dispositivo reafirma a idéia de igualdade.

12. Impende frisar que a verificação de qualificação técnica não ofende o princípio da isonomia. Tanto é que o próprio art. 37, inciso XXI, da CF, que estabelece a obrigatoriedade ao Poder Público de licitar quando contrata, autoriza o estabelecimento de requisitos de qualificação técnica e econômica, desde que indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. No entanto, o ato convocatório há que estabelecer as regras para a seleção da proposta mais vantajosa para administração, sem impor cláusulas desnecessárias ou inadequadas que restrinjam o caráter competitivo do certame.

**13. Por outras palavras, pode-se afirmar que fixar requisitos excessivos ou desarrazoados iria de encontro à própria sistemática constitucional acerca da universalidade de participação em licitações, porquanto a Constituição Federal determinou apenas a admissibilidade de exigências mínimas possíveis. Dessarte, se a Administração, em seu poder discricionário, tiver avaliado indevidamente a qualificação técnica dos interessados em contratar, reputando como indispensável um quesito tecnicamente prescindível, seu ato não pode prosperar, sob pena de ofender a Carta Maior e a Lei de Licitações e Contratos.**

**14. Nesse mesmo norte, já decidiu o STJ (MS 7814/DF, Rel. Min. Francisco Falcão, 1ª Seção, Julgamento**

28/08/2002, Publicação DJ 21/10/2002, p. 267),  
conforme abaixo:

'O interesse público reclama o maior número possível de concorrentes, configurando ilegalidade a exigência desfilhada da lei básica de regência e com interpretação de cláusulas editalícias impondo condição excessiva para a habilitação. Mandado de segurança denegado.'

15. Por fim, esclareço que a Administração, ao interpretar a legislação infraconstitucional - Lei n. 8.666/1993, especificadamente os dispositivos que se referem à qualificação técnica -, deve utilizar-se da técnica da 'interpretação conforme', buscando um desempenho que se revele compatível ao texto constitucional (inciso XXI do art. 37). É o que ensina Alexandre de Moraes em sua obra Direito Constitucional (14ª ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 45), de acordo com o excerto que se segue:

'A supremacia das normas constitucionais no ordenamento jurídico e a presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos editados pelo poder público competente exigem que, na função hermenêutica de interpretação do ordenamento jurídico, seja sempre concedida preferência ao sentido da norma que seja adequado à Constituição Federal. Assim sendo, no caso de normas com várias significações possíveis, deverá ser encontrada a significação que apresente conformidade com as normas constitucionais, evitando sua declaração de inconstitucionalidade e conseqüente retirada do ordenamento jurídico.' (grifo não consta do original)".

O fato é que a exigência editalícia se encontra contrária aos comandos legais insculpidos na Carta magna, flagrantemente contra o que vem a dispor artigo 30, § 6º, da lei nº 8.666/9, contrário à própria jurisprudência pacificada pelo Tribunal de Contas da União sobre o assunto, e, principalmente, destoante do objeto do certame, razão pela qual não restam dúvidas que o edital em tela deve ser reformulado no item em questão, sob pena de aplicação das sanções peculiares à espécie.



***DO PEDIDO.***

---

Haja vista a peculiaridade do caso concreto REQUER-SE, com supedâneo na Lei nº. 8.666/93 e demais legislação vigente, A ANÁLISE E ADMISSÃO DESTA PEÇA, PARA QUE O ATO CONVOCATÓRIO SEJA RETIFICADO NO ASSUNTO ORA IMPUGNADO, EXCLUINDO-SE O ITEM 3.9 (ou 3.8, por extensão), do Termo de Referência e retificando-se o item 5.1.4, para adequar o Edital aos termos da legislação vigente e aos princípios basilares da Administração Pública, principalmente o princípio da ampla concorrência e da obtenção da melhor proposta à Administração.

Contudo, caso não se entenda pela adequação do edital, pugna-se pela emissão de parecer, informando quais os fundamentos legais que embasaram a decisão.

Informa, igualmente, que na hipótese, ainda que remota, de não ser modificado o dispositivo editalício impugnado, tal decisão certamente não prosperará perante o Poder Judiciário, sem prejuízo de representação junto ao Tribunal da União.

N. Termos,  
P. Deferimento.

Brasília, 25 de setembro de 2012.



**LEVEL 3 COMUNICAÇÕES DO BRASIL LTDA.**

**Vladmir Oliveira Rossi**  
**Representante Legal**