

EXCELENTÍSSIMA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA DA SECRETARIA DE ESTADO DE MOBILIDADE E INFRAESTRUTURA – SEMOBI – DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

PROCESSO ADMINISTRATIVO n. 2021-CB7B4

EDITAL DE PREGÃO ELETRÔNICO n. 003/2021

OBJETO: Contrarrazões de Recurso Administrativo

Controle interno: Serv-2906i

EMPRESA DE NAVEGAÇÃO VJB LTDA, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ n. 05.268.965/0001-83, com sede na Vicinal Jorge Nassif Tomé, KM 9, s/nº, Bairro Torres, às Margens do Rio Tietê, no Município de Sales/SP, representada, neste ato, por seu administrador Bruno Emanuel Andreis Barbiero, inscrito no CPF 042.483.819-23, vem, respeitosamente, perante Vossa Excelência, na forma do **ITEM 18.2 DO EDITAL**, apresentar **CONTRARRAZÕES** ao recurso da licitante **VILHENA SERVIÇOS LTDA**, com base no art. 109, inciso I, alínea "a" da Lei Federal 8.666/1993, nos termos destacados adiante.

I SÍNTESE DOS FATOS

O Estado do Espírito Santo, por meio da Secretaria de Estado de Mobilidade e Infraestrutura, publicou Edital de Pregão Eletrônico n. 003/2022 para o Registro de Preço para prestação de serviços de transporte aquaviário de passageiros na Baía de Vitória, no Estado do Espírito Santo, sob o critério de julgamento do menor preço.

A **EMPRESA DE NAVEGAÇÃO VJB LTDA**, ora Recorrida, participou do procedimento licitatório e, após se sagrar vencedora por ter apresentado a proposta de menor preço, foi declarada **HABILITADA**, porquanto comprovou a qualificação técnica de operação do ajuste, conforme as diretrizes estabelecidas pelo **ITEM 18** do Edital.

Destaca-se que a **QUALIFICAÇÃO TÉCNICA** da Recorrida foi comprovada por meio de atestado de pessoa jurídica de direito público, tomadora do serviço do transporte aquaviário de passageiros, qual seja, o Município de Sales/SP, nos termos do exigido pelo art. 30, §1º da Lei Federal 8.666/1993.

Apesar do cumprimento do item editalício e da **HABILITAÇÃO** da Recorrida no Pregão Eletrônico n. 003/2022, a Recorrente alega a ausência de qualificação técnica sob os seguintes fundamentos: *i)* o atestado apresentado não preenche o requisito editalício da exclusividade do transporte hidroviário de passageiros; *ii)* a ausência de homologação do atestado por "*conselho regional correspondente*"; e *iii)* as alegadas inconsistências no atestado técnico por se tratar de travessia intermunicipal.

Todavia, nenhuma das alegações indicam qualquer inconsistência na **QUALIFICAÇÃO TÉCNICA** da ora Recorrida, porquanto o atestado técnico comprova a capacidade operativa do contrato administrativo, dentro dos parâmetros legais e editalícios.

Inclusive, os questionamentos trazidos pela Recorrente foram objeto de **ESCLARECIMENTOS** apresentados pela própria Recorrida, diante de uma eventual interpretação restritiva à competição. Em tal oportunidade, a Exma. Pregoeira concluiu que o edital não exigia os parâmetros ora alegados pela Recorrente.

Desde logo, salienta-se que o entendimento preponderante do Tribunal de Contas da União é de que a comprovação da qualificação técnica em processos licitatórios é o mínimo necessário para a operação do contrato administrativo, porquanto a exigência técnica não pode comprometer a competitividade do certame (**Acórdão 1557/2014/Segunda Câmara e Acórdão 924/2022/Plenário**)

Logo, passa-se ao enfrentamento das alegações trazidas Recorrente, que revelam a **NÃO PROCEDÊNCIA** do recurso apresentado, confirmando-se o resultado do presente Registro de Preços, conforme Ata de Realização do Pregão Eletrônico.

II DO MÉRITO DO RECURSO

II.1 DA ALEGAÇÃO DE NECESSIDADE DE EXCLUSIVIDADE DE TRANSPORTE DE PASSAGEIROS NO ATESTADO TÉCNICO E DE HOMOLOGAÇÃO DO CONSELHO REGIONAL. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA QUE VIOLA A COMPETITIVIDADE DO CERTAME. QUESTIONAMENTO DEVIDAMENTE ESCLARECIDO NO DECORRER DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO

Em síntese, a Recorrente alega que o atestado técnico apresentado pela Recorrida não cumpre o requisito da "*exclusividade*" de transporte hidroviário de passageiros (**Item 18 do Edital**), uma vez que o documento juntado para fins de **HABILITAÇÃO** descreve a operação de serviços públicos que envolvem, também, o transporte de veículos. Além disso, discorreu sobre a ausência de homologação do atestado técnico pelo "*conselho regional correspondente*".

Entretanto, não prosperam os fundamentos da Recorrente, porque atribuem uma **interpretação restritiva à qualificação técnica** que viola o art. 3º, inciso I c/c art. 30, §1º da Lei Federal 8.666/1993 e o entendimento jurisprudencial do Tribunal de Contas da União.

No ponto, importa ressaltar que a Recorrida vislumbrou a possibilidade de utilização irregular do item do edital, de modo a comprometer a competitividade do referido procedimento licitatório. Por isso, solicitou **ESCLARECIMENTOS** sobre as exigências de **QUALIFICAÇÃO TÉCNICA** estabelecidas pelo **Item 18** do instrumento convocatório.

Nesse aspecto, repisa-se que a exigência dos dois requisitos citados pela Recorrente, quais sejam: i) a experiência na operação de transporte aquaviário **exclusivo** de passageiros; e ii) a homologação do atestado técnico pelo Conselho Regional, constitui requisito **excessivamente restritivo à competitividade** no presente certame, sobretudo porque excluiriam empresas que possuem, inclusive, qualificação superior à exigida para a execução do objeto licitado.

Isso porque o art. 3º, §1º, inciso I da Lei Federal n. 8.666/93¹ veda que os agentes públicos admitam, prevejam, incluam ou tolerem condições que restrinjam ou comprometam a competitividade da licitação. Só se admite a inclusão de especificações nos certames quando o prejuízo à competitividade decorra da essencialidade da especificação para o objeto licitado, observando-se os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade² e as diretrizes da similaridade, compatibilidade e pertinência.

Em sentido análogo, o Decreto Federal n. 10.024/2019, que regulamenta o Pregão Eletrônico na esfera da União Federal estabelece a **VEDAÇÃO** a "*especificações excessivas, irrelevantes ou desnecessárias*", justamente com a finalidade de preservar a competitividade no procedimento licitatório. Observa-se o art. 3º, inciso IX alínea "a)", item "1":

Art. 3º Para fins do disposto neste Decreto, considera-se:[...] XI – termo de referência – documento elaborado com base nos estudos técnicos preliminares, que deverá conter: a) os elementos que embasam a avaliação do custo pela administração pública, a partir dos padrões de desempenho e qualidade estabelecidos e das condições de entrega do objeto, com as seguintes informações: 1. A definição do objeto contratual e dos métodos para a sua execução, **vedadas especificações excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, que limitem ou frustrem a competição ou a realização do certame**; [*grifamos*]

A propósito, o egrégio **TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO** redigiu **ENUNCIADO DE SÚMULA**, no **Acórdão 134/2017**, de Relatoria do Exmo. Ministro **BENJAMIN ZYMLER**, sobre a caracterização da **RESTRIÇÃO À COMPETITIVIDADE** na

¹ 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;

² "A primeira exceção resulta implícita do inciso I do Art. 3º, quando veda as cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo da licitação, incluindo "*qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato*" [...] conclui-se que, **se a circunstância for pertinente ou relevante para o específico objeto do contrato, ela é razoável e, portanto, não fere o princípio da isonomia**. É o caso, por exemplo, [...] quando **se façam exigências de habilitação indispensáveis à execução do projeto** [...] [*grifamos*]. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 28ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 416.

licitação na exigência de atestado de qualificação técnica que comprove experiência em tipologia específica de obra. Veja-se:

ENUNCIADO DE SÚMULA

Caracteriza restrição à competitividade da licitação a exigência, como critério de habilitação, de atestado de qualificação técnica comprovando experiência em tipologia específica de obra, salvo se imprescindível à certeza da boa execução do objeto e desde que devidamente fundamentada no processo licitatório. [Acórdão 134/2017, Plenário. Rel. Ministro Benjamin Zymler. Data da Sessão: 01-02-2017]

Para que não haja dúvidas quanto à aplicabilidade do enunciado de súmula acima transcrito para as licitações de serviços, o egrégio Tribunal de Contas da União repetiu o **ENUNCIADO** para os procedimentos licitatórios que envolvessem contratação de serviços no Acórdão n. 433/2018/Plenário, sob a relatoria do Exmo. Ministro Augusto Sherman. Veja-se:

ENUNCIADO

Caracteriza restrição à competitividade da licitação a exigência, como critério de habilitação, de atestado de qualificação técnica comprovando experiência em tipologia específica de serviço, salvo se imprescindível à certeza da boa execução do objeto e desde que devidamente fundamentada no processo licitatório. [Acórdão n. 433/2018, Plenário. Rel. Augusto Sherman. Data da Sessão: 07-03-2018]

Consequentemente, é manifesta a improcedência das alegações suscitadas pela Recorrente em face da jurisprudência do Tribunal de Contas da União, porquanto restringem, de forma irrazoável e desproporcional, a competitividade na presente licitação por meio de qualificação técnica que não se mostra essencial para a execução do objeto.

Na interpretação atribuída ao Item 18 do Edital pela Recorrente, restaria configurada a **RESTRIÇÃO DA COMPETITIVIDADE** pela exigência de atestado técnico *i)* que comprove operação *exclusiva* de transporte hidroviário de passageiros; e *ii)* que seja *homologado* pelo Conselho Regional correspondente

Com relação à exigência de *exclusividade*, tem-se que essa é completamente descabida como requisito para habilitação técnica. Isso porque não guarda qualquer relação de essencialidade com a execução do objeto licitado.

Pela interpretação da Recorrente, o edital **VEDARIA** a participação de empresas com atestado técnico – e experiência - em operações que envolvam, também,

transporte hidroviário de veículos. Nessa hipótese, verifica-se, inclusive, a vedação ilegal de que empresas com *know-how* para operações **MAIS COMPLEXAS**, porque exigem transporte de veículos, não sejam habilitadas tecnicamente para a execução das atividades descritas no PE n. 03/2022.

Em exercício reflexivo, extrai-se que as empresas que estejam, cumulativamente, habilitadas para **MAIS DE UMA ESPÉCIE DE OPERAÇÃO DE TRANSPORTE HIDROVIÁRIO**, de passageiros e de automóveis, não possam tecnicamente executar o objeto licitado porque possuem **QUALIFICAÇÃO SUPERIOR**.

Tratar-se-ia de uma violação expressa ao art. 30, §3º da Lei Federal n. 8.666/1993, segundo a qual se admite a habilitação técnica das concorrentes por meio de atestados e certidões de serviços similares em complexidade tecnológica e operacional "*equivalente ou superior*". Atenta-se para o referido dispositivo:

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a: [...] § 3º Será sempre admitida a comprovação de aptidão através de certidões ou atestados de obras ou serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior. [grifamos]

Quanto ao tema, o egrégio **TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO**, por meio do Acórdão n. 52/2014/Plenário, sob a Relatoria do Exmo. Ministro Benjamin Zymler, exarou o entendimento de que "*É ilegal a exigência de execução pretérita de serviços com qualidade superior ao objeto licitado*", observa-se:

É ilegal a exigência de execução pretérita de serviços com qualidade superior ao objeto licitado, uma vez que para a comprovação da qualificação técnica pode-se exigir execução de obra ou serviço compatível com o objeto licitado, mas não superior ao que se pretende executar, conforme o disposto no art. 30, inciso II e §1º, da Lei 8.666/93. [Acórdão n. 52/2014/Plenário. Rel. Ministro Benjamin Zymler. Data da Sessão: 22/01/2014]

Como se depreende, a jurisprudência do egrégio Tribunal de Contas da União veda a "exigência técnica excessiva" para o objeto da licitação; Todavia, o que a interpretação da Recorrente promove é o contrário: **estar-se-ia vedando a participação de empresas com habilitação técnica superior**, sem qualquer justificativa de essencialidade de tal restrição.

Diante disso, tem-se que as alegações da Recorrente para impugnar a qualificação técnica da Recorrida violam a Lei Federal n. 8.666/1993 e a jurisprudência do Tribunal de Contas da União.

Tanto que os questionamentos trazidos pela Recorrente foram submetidos pela **PRÓPRIA RECORRIDA** por meio de **ESCLARECIMENTOS**, na forma do **Item 14.6 do Edital de Pregão Eletrônico n. 003/2022**. Como resposta aos esclarecimentos³, a Exma. Pregoeira concluiu o seguinte:

→ Quanto à exigência de **EXCLUSIVIDADE** de transporte de passageiros:

Pergunta 01:

Reunindo-se tais considerações, acerca da evidente violação ao princípio da competitividade no presente certame, consubstanciada pela inclusão de cláusulas restritivas (art. 3º, §1º, inciso I da Lei Federal n. 8.666/1993) não motivadas, pugna-se pelo ESCLARECIMENTO sobre o item 4. do Edital do PE 003/2021, e se tal previsão deve ser mantida em face da Lei Federal 8.666/1993 e dos precedentes do Tribunal de Contas da União ou alterada para prever a possibilidade de atestados emitidos por pessoa jurídica de direito privado, assim como “não exclusivo” de transporte de passageiros e dispensabilidade de homologação por Conselho Regional.

Resposta 01:

Conforme previsão contida no art. 30, da Lei nº 8.666/93, são aceitos para fins de qualificação técnica atestados emitidos por pessoa jurídica de direito público ou privado.

Quanto à questão da comprovação de aptidão para o transporte exclusivo de passageiros, esclarece-se que o item visa estabelecer a necessidade de se constar no atestado, expressamente, o transporte específico de passageiros, não havendo impedimento de apresentação de atestados que contenham, além do transporte de passageiros, transporte de cargas, veículos, e etc.

³ BRASIL. Governo do Estado do Espírito Santo – Secretaria de Estado de Mobilidade e Infraestrutura (SEMObI). **Esclarecimentos de Edital n. 02.** Disponível em: <https://semobi.es.gov.br/Media/Setop/Licita%C3%A7%C3%B5es2022/ESCLARECIMENTO_02.pdf>. Acesso em 02 de junho de 2022.

→ Quanto à exigência **HOMOLOGAÇÃO** pelo *Conselho Regional*.

Quanto à exigência de homologação em Conselho Regional, observa-se que se trata de disposição contida no próprio §1º, do art. 30, quanto à necessidade de o atestado estar registrado junto à entidade profissional competente. Desta forma, o item é exigido quando aplicável, de modo que, se não há entidade competente no caso do presente certame, a homologação não será exigida.

Como se depreende da resposta aos **Esclarecimentos n. 02 ao Edital**, solicitados pela própria Recorrida, a previsão editalícia: não veda a participação de empresas com qualificação técnica outros serviços **ALÉM DO TRANSPORTE DE PASSAGEIROS** e tampouco exige homologação por conselho regional, por se tratar de disposição genérica, aplicável para outros setores objeto de licitação pela Administração Pública.

Por conseguinte, salienta-se que a interpretação atribuída às exigências do Item 18 do Edital de Pregão Eletrônico n. 003/2022 não condiz com as diretrizes da Lei Federal n. 8.666/1993 e com os precedentes do Tribunal de Contas da União.

Desse modo, comprovada a improcedência das alegações, requer-se o **NÃO PROVIMENTO** do recurso apresentado pela Recorrente, mantendo-se hígido o resultado do certame com a classificação da proposta mais vantajosa à Administração, conforme registrado pela Ata de Realização do Pregão Eletrônico.

II.2 DA NÃO PROCEDÊNCIA DA ALEGAÇÃO QUANTO A EVENTUAIS INCONSISTÊNCIAS NO ATESTADO TÉCNICO

Por fim, a Recorrente suscitou dúvidas quanto à consistência do atestado técnico apresentado pela Recorrida, ao aduzir, genericamente, que a pessoa jurídica de direito público tomadora do serviço não teria competência para regular a prestação de serviços públicos de transporte hidroviária intermunicipal de passageiros.

Em primeiro lugar, é preciso destacar que este Recurso Administrativo não é o meio adequado para estabelecer qualquer discussão sobre a competência ou a

incompetência de pessoa jurídica de direito público para o exercício da titularidade de serviço público ou da função regulatória. Há meios cabíveis para tal discussão, que certamente não envolvem o presente pregão eletrônico, de modo que a alegação de incompetência não **TEM EFICÁCIA** neste certame.

De qualquer forma, retomando-se para os parâmetros do Edital do Pregão Eletrônico n. 003/2022 e da Lei Federal n. 8.666/1993, o atestado técnico poderia ser emitido tanto por pessoa jurídica de direito público quanto por pessoa jurídica de direito privado. Atenta-se novamente para o art. 30, §1º da Lei de Licitações:

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a: [...] § 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 [...]

Como se depreende do referido dispositivo, a Recorrente cumpriu com o descrito na lei: que o atestado técnico pode ser fornecido por pessoas jurídicas de direito público, tal como o Município de Sales/SP.

Nessa esteira, independentemente da descabida alegação de incompetência da referida municipalidade, o atestado técnico é **SUFICIENTE** para comprovar a **QUALIFICAÇÃO TÉCNICA** da Recorrente, nos termos do Edital e da Lei Federal n. 8.666/1993, porquanto o Município de Sales/SP **É TOMADOR DO SERVIÇO** descrito no referido documento.

Aparentemente, o que pretende a Recorrente é "forçar" a Recorrida a estabelecer uma discussão que **NÃO É PERTINENTE** para a comprovação da qualificação técnica, até porque esta autoridade administrativa **SEQUER POSSUI COMPETÊNCIA PARA FAZÊ-LA**.

Por isso, pugna-se pela **IMPROCEDÊNCIA** da alegação da Recorrente para fins da comprovação da qualificação técnica, requerendo-se o **NÃO PROVIMENTO** do recurso apresentado pela Recorrente, mantendo-se hígido o resultado do certame com a classificação da proposta mais vantajosa à Administração, conforme registrado pela Ata de Realização do Pregão Eletrônico.

III DO PEDIDO

ANTE O EXPOSTO, REQUER-SE o NÃO PROVIMENTO do Recurso apresentado pela **VILHENA SERVIÇOS LTDA**, mantendo-se o resultado do certame, dada a seleção da proposta mais vantajosa, conforme registrado pela Ata de Realização do Pregão Eletrônico.

Na sequência, pugna-se pela **HOMOLOGAÇÃO** do certame e a **ADJUDICAÇÃO DO OBJETO**, com seus ulteriores efeitos.

Termos em que pede deferimento.

Porto Alegre/RS, 3 de junho de 2022.

EMPRESA DE NAVEGAÇÃO VJB LTDA
BRUNO EMANUEL ANDREIS BARBIERO