

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO DO INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E TECNOLOGIA DO SUL DE MINAS GERAIS

RDC n. 003/2018

MTEC ENERGIA EIRELI – EPP, já devidamente qualificada na presente licitação, vem respeitosamente à presença de V. Sa., com a finalidade de apresentar CONTRARRAZÕES ao recurso administrativo interposto pela OWNENERGY SOLUÇÕES E INSTALAÇÕES ECO EFICIENTES LTDA – EPP, o que faz na forma do item 19 do edital de licitação, com base nas razões de fato e de direito a seguir expostas.

1 TEMPESTIVIDADE

Inicialmente, frise-se que estas contrarrazões são tempestivas. De acordo com o subitem 19.1.2 do edital, as contrarrazões devem ser apresentadas no prazo de 5 (cinco) dias úteis, contados a partir da comunicação da interposição do recurso, o que se deu em 29/05/2019, quarta-feira. Assim, contando-se o prazo na forma do art. 45, § 4º, da Lei n. 12.462/2011, o dia útil seguinte à interposição do recurso foi quinta-feira, 30/05/2019, pelo que o término do prazo para apresentação das razões recursais dar-se-á em 05/06/2019, quarta-feira.

2 SÍNTESE

Em breve síntese, trata-se de contrarrazões ao recurso administrativo interposto pela OWNENERGY, que se insurge contra a classificação da proposta e a habilitação da recorrida, alegando, para tanto, dois problemas específicos, quais sejam:

- a) A MTEC não teria discriminado em seu BDI o valor do ISS incidente sobre a parcela de serviços do objeto. Alega que a resposta ao questionamento n. 1, elaborada pela Comissão de Licitação, não permitiria que se concluísse pela não incidência do ISS (seria restrita ao modo de faturamento dos geradores fotovoltaicos). Dessa maneira, a omissão de

tributo incidente da discriminação dos custos deveria ser sancionada com a desclassificação da proposta da licitante;

- b) A MTEC teria se valido incorretamente da condição de ME-EPP, com a qual teria logrado vencer diversos itens da licitação. Alega que o balanço patrimonial apresentado demonstraria faturamento superior ao limite legal de R\$ 4,8 milhões, de sorte que o uso da declaração de enquadramento pela recorrida configuraria a ilegalidade de sua habilitação.

Veremos, no entanto, que as alegações recursais não merecem subsistir.

3 MÉRITO

3.1 Da composição de custos tributários no BDI da recorrida – Correta compreensão dos esclarecimentos prestados

Quase todo o recurso da OWNENERGY baseia-se na alegação de erro na discriminação dos impostos incidentes no BDI apresentado pela recorrida. Nessa linha, alega a existência de violação ao subitem 18.1.3 do edital, argui violação ao Decreto n. 7.983/2013, indica a necessidade de incidência distinta de BDI de materiais e serviços, propõe que a correta interpretação dos esclarecimentos prestados pela Comissão de Licitação não permitira concluir pela desnecessidade de incidência do ISS, argumenta que a oferta da recorrida constituiria um ato anticoncorrencial, etc.

Na verdade, senhores, o recurso tem a única finalidade de tentar eliminar a proposta mais econômica apresentada à Administração. Sem qualquer justificativa, o que a recorrente quer é que o custo de aquisição das usinas seja majorado para a entidade contratante, tendo a recorrida, por sua conta e risco, realizado interpretação indevida dos próprios esclarecimentos prestados antes da sessão de licitação.

A oferta da MTEC não violou qualquer dispositivo legal, uma vez que existe regime especial de tributação para equipamentos como os geradores fotovoltaicos e, com a finalidade de REDUZIR o custo de aquisição, esse próprio Instituto permitiu que as empresas realizassem o faturamento da obra na modalidade fornecimento de geradores fotovoltaicos.

Para que se possa interpretar adequadamente a situação, é fundamental que a ÍNTEGRA do questionamento apresentado pela licitante SICES seja transcrita,

porque, do contrário, ter-se-á apenas a conclusão enviesada adotada no recurso a que se responde. Veja-se a transcrição da pergunta feita pela licitante:

Prezados, boa-tarde,

Setor de Licitações (Reitoria) <licitacao@ifsuldeminas.edu.br>

7 de janeiro de 2019 16:00

Razão Social: SICES BRASIL LTDA, Endereço: AVENIDA PORTUGAL, 1.174 - CONDOMINIO ONIX - GALPÃO 03 E 04 Bairro: ITAQUI Cidade: ITAPEVI Estado: SÃO PAULO País: BRASIL CEP: 06696-060 Telefone (011): 4193-2008 Fax (011): 4193-2008, vem a apresentação de Vsas. solicitar o seguinte Pedido de Esclarecimento ao ao Edital RDC No 003/2018:

Pergunta 1: - Forma de Faturamento

A Legislação vigente em âmbito nacional, em especial o Decreto 7.660/2011 e Convênio ICMS 101/97, concedem benefícios fiscais para equipamentos utilizados em geração de energia solar e eólica. Questionamos se, denominado “**Conjunto Fotovoltaico CJFV**”, poderá ser faturado com os NCMs no 8501.33.20 e/ou 8501.34.20 (conforme a potência), que para melhor aproveitamento Fiscal.

Cumpra observar que na Nota Fiscal de Venda do Gerador Solar Fotovoltaico incidirá os impostos descritos abaixo: PIS – 1,65% / COFINS – 7,60% / ICMS – 0% / IPI – 0% e, sobre o lucro incidirá: CSLL – 9% / IR – 10% + 15%

NÃO CABE NESTA EMISSÃO DE NOTA FISCAL DE VENDA, NENHUMA INCIDÊNCIA DE IMPOSTOS SOBRE SERVIÇOS, POIS TODOS OS SERVIÇOS ESTÃO CONTEMPLADOS NA INDUSTRIALIZAÇÃO DO GERADOR SOLAR FOTOVOLTAICO mediante a emissão dos NCMs no 8501.33.20 e/ou 8501.34.20 (conforme a potência).

Cumpra observar, que o não aproveitamento fiscal, conforme legislação supracitada, com IPI alíquota “zero” e isenção de ICMS, **traz impacto significativo na aquisição do Conjunto Fotovoltaico, por parte da Contratante, pelos motivos expostos quanto ao incentivo fiscal para energia solar no Brasil.**

Questionamento: Este respeitado órgão da Administração Pública aceitará o faturamento na forma de GSF a fim de obter o aproveitamento fiscal e consequentemente adquirir o objeto do certame a um custo menor?

Agradecemos desde logo pelos esclarecimentos.

(grifo nosso).

Ao contrário do que a recorrente deixa transparecer em seu recurso, a pergunta não se limitou a tratar da venda dos geradores. A licitante foi bastante específica ao ter indicado que não caberia “nenhuma incidência de impostos sobre serviços, pois todos os serviços estão contemplados na industrialização do gerador solar fotovoltaico”, utilizando-se os códigos NCM especificados.

Além do mais, um fato relevante é que, como a própria licitante havia indicado, a permissão de faturamento dessa forma **daria ensejo à redução dos custos de aquisição por parte da Administração pelo aproveitamento do tratamento favorecido concedido pela legislação tributária.**

E foi isso que foi respondido pela Comissão de Licitação no seguinte texto:

Consultada a Coordenação-Geral Contábil deste IFSULDEMINAS, informamos que **é possível, sim o faturamento na forma em que indagado, isto é, como GDF, com o fim de obter-se melhor aproveitamento Fiscal.**

(grifo no original)

A resposta é cristalina. A argumentação do recurso tenta tergiversar sobre um esclarecimento que não comporta a interpretação contida na peça a que se responde.

Nessa toada, o esclarecimento prestado pela Administração **vincula os licitantes**, na forma do art. 41 da Lei n. 8.666/93. A recorrida jamais poderia ser excluída do certame por se basear na resposta que a própria entidade licitante forneceu, que, é certo, guiou a elaboração da proposta para apresentação do preço mais vantajoso de contratação, **reduzindo o custo das usinas e dos geradores para o IFSULDEMINAS e para as demais entidades contratantes**.

Esse ponto da redução de custos é relevante. Os entendimentos do TCU a respeito da separação dos BDI de serviços e equipamentos servem justamente para que **não se aplique o BDI de serviços (que é mais alto) sobre os equipamentos**, o que conduziria ao **encarecimento do preço pago pela Administração**.

Dentro da própria jurisprudência do TCU, não há consenso estabelecido sobre a necessidade de que as obras contemplem BDI's separados para equipamentos/materiais e serviços. Isso deverá variar de acordo com a especificidade de cada empreendimento, como se vê no seguinte precedente:

Enunciado

Somente a partir da análise do caso concreto, pode-se definir adequadamente se o BDI será único ou diferenciado para obras e materiais e equipamentos, evitando-se privilegiar determinada fórmula pré-estabelecida quando da definição da medida mais apropriada a cada situação.

(...)

16. O mais importante a ser considerado, antes de tudo, é que tal assunto é absolutamente controverso, técnica, econômica e juridicamente. Os manuais técnicos, a lei e a doutrina não manifestam preferência seja para o BDI único seja para o BDI diferenciado. A prática é que tem consagrado o BDI único, com algumas exceções, principalmente relacionadas com o fornecimento dos materiais betuminosos nos contratos de obras rodoviárias do Dnit. Outros problemas técnicos relevantes são a determinação exata dos custos indiretos de cada item e a presença, nos itens considerados de mero fornecimento, de atividades cujos custos não podem ser menosprezados, como o transporte, a guarda e o controle de qualidade dos equipamentos. Economicamente, não se pode dizer, com toda certeza, que a limitação do BDI para alguns itens, em uma licitação, pode realmente influir no preço global a ser oferecido pelas empresas participantes, daí se dizer que o BDI está jungido ao contrato e não a um item específico.

(TCU, Acórdão 720/2008-Plenário, Rel. Min. Augusto Nardes, julgado em 23/04/2008. Grifo nosso).

Como se vê, então, a proposta apresentada pela recorrida manteve-se jungida ao texto transparente do esclarecimento prestado pela Comissão de Licitação, que, ao responder pergunta que falava expressamente na não incidência de tributos alusivos à prestação de serviços (já contemplados na industrialização dos geradores), permitiu que o faturamento fosse feito pelo tipo fornecimento. Esse questionamento vincula a Administração e os licitantes.

Ademais, nem no TCU há consenso sobre a necessidade de BDI único ou segregado em licitações como a presente. Num contexto assim, mesmo que houvesse erro na indicação dos impostos por parte da recorrida – o que se admite apenas por argumento –, não caberia falar na desclassificação da sua proposta. Nesse caso, como o custo total do empreendimento manteve-se dentro dos padrões de mercado, hipotético erro de BDI deveria ser avaliado em seu conjunto, mantendo-se a aceitação da proposta mais vantajosa para a Administração.

O que se quer dizer é que, mesmo se existisse erro no BDI (que, reitera-se, não há), a consequência daí extraída não seria a desclassificação da licitante, mas a aceitação da sua proposta em virtude da aceitabilidade de seu preço global e da “vantajosidade” da oferta. Nessa linha, o TCU tem precedentes que determinam a avaliação do BDI como um todo, mantendo a aceitação de propostas mesmo quando o BDI estiver superestimado. Veja-se:

Enunciado

A desclassificação de proposta de licitante que contenha taxa de BDI acima de limites considerados adequados pelo TCU só deve ocorrer quando o preço global ofertado também se revelar excessivo, dado que a majoração do BDI pode ser compensada por subavaliação de custos de serviços e produtos.

(TCU, Acórdão 1804/2012-Plenário, Rel. Min. Marcos Bemquerer, julgado em 11/07/2012).

Enunciado

Não é possível avaliar custos unitários dissociados da taxa de BDI; pelas mesmas razões, não cabe discutir a composição do BDI de forma isolada. Não se constatando sobrepreço no preço global do contrato, em face dos parâmetros do mercado, não há que se falar em redução do BDI do contratado.

(TCU, Acórdão 3237/2012-Plenário, Rel. Min. Ana Arraes, julgado em 28/11/2012).

Raciocínio idêntico – até com maior razão – deveria ser aplicado nesta situação, em que, se acolhidos os argumentos da recorrente, o BDI estaria subdimensionado.

Por tais razões, impõe-se o desprovimento do recurso interposto.

3.2 Da habilitação da recorrida – Correto enquadramento na condição de EPP

O segundo ponto alegado refere-se ao suposto enquadramento irregular da recorrida na condição de ME/EPP, que teria sido demonstrado pelo faturamento superior ao limite legal retratado em seu balanço patrimonial. Argui a recorrente que o faturamento da recorrida teria sido superior a R\$ 6,6 milhões em 2017, o que a excluiria do tratamento favorecido dispensado pela Lei Complementar n. 123/2006.

Não há qualquer tipo de problema com o enquadramento da recorrida como ME/EPP. Como se sabe, a licitação foi realizada em 2019 (a sessão inaugural ocorreu em março do corrente ano). E a recorrida, para que se meça a sua condição em 2019, deve ter consideradas as suas informações de faturamento **em 2018**, que é o ano-calendário anterior à licitação.

É nesse passo que o recurso comete um erro crasso, já que levou em conta o faturamento da recorrida **em 2017**. Ocorre que, como bem estipula o art. 3º da Lei Complementar n. 123/2006, o critério econômico para que uma empresa ostente a condição de EPP é que tenha auferido, **em cada ano-calendário**, entre R\$ 360.000,00 e R\$ 4,8 milhões de faturamento (art. 3º, inc. II, LC 123/2006, com a redação dada pela LC 155/2016).

A recorrida apresentou o seu balanço patrimonial de 2017 porque não havia obrigação legal de apresentação do documento relativo a 2018 quando da sessão de licitação (ocorrida, lembramos, em março de 2019), já que o art. 1.078, inc. I, do Código Civil, dá às sociedades empresárias prazo até o final do quarto mês do ano subsequente para deliberar sobre diversas matérias da pessoa jurídica, dentre as quais estão a tomada das contas da administração e a deliberação sobre o balanço patrimonial e o de resultado econômico.

No entanto, como pode ser comprovado em anexo pelo envio do balanço patrimonial de 2018 (doc. 01), a receita operacional bruta da recorrida no ano-calendário anterior à licitação foi de R\$ 748.003,58, tendo se mantido inferior, portanto, ao limite de faturamento previsto pelo art. 3º, inc. I, da LC 123/2006.

Dessa forma, não há absolutamente nenhuma irregularidade na habilitação ou no enquadramento legal da recorrida, motivo pelo qual se impõe o desprovisionamento do recurso.

4 CONCLUSÃO

Diante do exposto, requer-se seja desprovido o recurso administrativo, mantendo-se a declaração de vitória da recorrida nos respectivos itens da licitação.

Nesses Termos,
Pede Deferimento.
Brasília, 05 de junho de 2019.



MTEC ENERGIA EIRELI – EPP