

Ao

Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Sul de Minas Gerais – IFSULDEMINAS
Comissão Especial de Licitação - RDC

Ilmo. Sr. Presidente da Comissão de Licitação

Assunto: Recurso RDC Presencial 003/2018

A **OWNERGY SOLUÇÕES E INSTALAÇÕES ECO EFICIENTES LTDA – EPP**- inscrita no CNPJ/MF nº 23.156.999/0001-68, com sede à Avenida Santa Terezinha, nº 183, Loja 30, Bairro Paquetá, Cep: 31.365-000 – Belo Horizonte/MG, representada por seus sócios administradores Sr. Patrick Joabe de Sousa Lüdtke, brasileiro, casado, engenheiro eletricitista, inscrito no CPF nº 918.132.712-91, residente e domiciliado à Rua Nossa Senhora da Paz, nº 296, Bairro Cachoeirinha, Belo Horizonte e Sr. José Francisco Rezende Faria Dutra, brasileiro, casado, economista, inscrito no CPF nº 012.657.646-70, residente e domiciliado na Rua Luiz Silva, nº 107, apto. 701, Bairro Anchieta, Belo Horizonte, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Senhoria com fulcro no artigo 54 do Decreto Federal nº 7.581/2011 e do Edital RDC nº 003/2018, a fim de apresentar:

RECURSO

Diante da habilitação da licitante **MTEC ENERGIA ERIRELI – EPP**, inscrita no CNPJ nº 22.310.018/0001-22, referente ao RDC nº 003/2018, pelos fatos e razões de direito expostas a seguir.

I. DA TEMPESTIVIDADE

A cláusula 19.1 do Edital RDC nº 003/2018 prevê o prazo de 5 (cinco) dias úteis para a interposição de recurso, a contar da lavratura da ata de julgamento final, publicada no dia 23/05/2019, permanecendo íntegro, portanto, até o dia 30/05/2019.

II. DOS FATOS

O Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Sul de Minas Gerais – IFSULDEMINAS – por intermédio de sua Comissão Especial de Licitação, publicou o processo licitatório na modalidade REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES – RDC 003/2018, na forma presencial, cujo objeto consiste em Registro de Preços para futura e eventual contratação integrada de pessoa jurídica especializada na tecnologia de produção de energia sustentável, para elaboração dos projetos básico e executivo, com fornecimento de materiais e equipamentos, construção, montagem e colocação em operação, a realização de testes, a pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto, em módulos de Geradores de Energia Solar Fotovoltaicos em pleno funcionamento, conforme anteprojeto e demais documentos componentes do correspondente processo.

Após a verificação da documentação de habilitação, no dia 29/03/2019, a Comissão de Licitação habilitou, dentre outras, a licitante MTEC ENERGIA EIRELI – EPP, tendo esta vencido os itens 11, 12, 14, 15, 21 e 22 do RDC, todos constantes no MAPA DE APURAÇÃO do certame.

Passo seguinte, no dia 10/04/2019, foi realizado o julgamento final do RDC, oportunidade em que a Comissão de Licitação analisou os documentos exigidos na cláusula 18 do edital, bem como solicitou providências aos licitantes a fim de enviar documentos complementares ou justificativas a respeito da composição de seus preços e catálogo de produtos.

Na etapa subsequente, a Comissão de Licitação realizou a análise dos documentos encaminhados pelos licitantes e, no dia 22/05/2019, decidiu pela habilitação das empresas, inclusive da MTEC ENERGIA EIRELI – EPP.

Inconformada com a decisão que julgou classificada e habilitada a Recorrida e considerando que a Recorrente já havia manifestado a sua intenção de interpor recurso em relação aos itens 01 a 23, conforme consta das atas das sessões realizadas nos dias 29/03 e 10/04/2019, passa-se à demonstração das razões de fato e de direito, abaixo aduzidas.

III. DOS DIREITOS

III.1 – SOBRE A APRESENTAÇÃO DO BDI SEM A DISCRIMINAÇÃO DO ISSQN PELA RECORRIDA

O presente certame envolve a contratação de empresas especializadas para o fornecimento de equipamentos e materiais e também a prestação de serviços para a construção, montagem e colocação em operação, realização de testes, pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto, em módulos de Geradores de Energia Solar Fotovoltaicos em pleno funcionamento.

Dito isto, há de se notar que a cláusula 18.1.3. do instrumento convocatório é específica ao determinar que todos os impostos, taxas, despesas indiretas e o lucro dos licitantes deverão ser identificados na composição do BDI de SERVIÇOS. *In verbis*:

18.1.3. Apresentar composições analíticas das taxas de Bonificação e Despesas Indiretas (BDI) e das Taxas de Encargos Sociais, incidentes para os serviços previstos na Planilha de Quantidades e Preços conforme ANEXO XXI – PLANILHA DE COMPOSIÇÃO DE TAXAS DE BONIFICAÇÃO E DESPESAS INDIRETAS – BDI – SERVIÇOS;

18.1.3.1. Na proposta de desconto cotada, deverão estar inclusos os encargos sociais e trabalhistas, todos os equipamentos, instrumentos, ferramentas e máquinas necessários ao desenvolvimento. Os impostos, as taxas, as despesas indiretas e o lucro bruto do licitante deverão ser identificados em item específico do BDI. (Grifo nosso)

Com efeito, pulsando os autos do certame, constata-se que em 04/04/2019, a Recorrida enviou à Comissão de Licitação como ÚNICO detalhamento do seu BDI a tabela abaixo que adota como 0,00 % (zero por cento) a alíquota de ISSQN, considerada pela licitante como um BDI de material, e não de serviço.

ANEXO XXI - DEMONSTRATIVO DE BDI

OBRA: Edital RDC Presencial nº 003/2018 – Processo nº 23343.001857.2018-07

A MTEC ENERGIA EIRELI, inscrita sob o CNPJ 22.310.018/0001-22 apresenta abaixo o demonstrativo de BDI para o fornecimento do objeto, segundo o modelo apresentado como anexo do edital.

| DETALHAMENTO DO BDI | | |
|---------------------|-----------------------|--------|
| AC | Administração central | 3,45% |
| S | Seguro + Garantia | 0,48% |
| R | Risco | 0,85% |
| DF | Despesas financeiras | 0,85% |
| LB | Lucro bruto | 4,10% |
| I | Tributos | 2,65% |
| | ISS | 0,00% |
| | PIS | 0,65% |
| | COFINS | 3,00% |
| | CPRB | 0,00% |
| | BDI | 13,65% |

Considerando que o cálculo do ISS presente na tabela é NULO e que este incide APENAS sobre serviços prestados, restou demonstrado que se trata de um cálculo de BDI para fornecimento de materiais e não de serviços. Desta forma, comprovar-se-á que a proposta apresentada pela Recorrida está em desacordo com as exigências do instrumento convocatório e deixa de observar as orientações contidas nas respostas aos pedidos de esclarecimentos do certame, razões pelas quais a referida empresa deve ser desclassificada do certame.

III.1.1 – SOBRE O DESCUMPRIMENTO DO EDITAL E DO ARTIGO 9º DO DECRETO 7.983/2013

Prima facie, há se que registrar que aceitar a proposta da Recorrida da maneira como foi apresentada resultará no descumprimento do edital e em infração direta à legislação federal específica sobre o tema.

Dito isto, cabe reforçar que além das já mencionadas cláusulas 18.1.3 e 18.1.3.1, a proposta apresentada pela Recorrida desconsidera, em absoluto, a cláusula 18.1.4.4, que estabelece que no processo de medição deverá constar a real alíquota do ISSQN adotada por cada município em que as obras e serviços vierem a ser realizados.

Neste ponto específico, como se trata de um imposto municipal, é certo que poderá haver alíquotas diferentes para um mesmo serviço, a depender do que dispuser a legislação local.

No entanto, cabe explicar que a legislação nacional determina um intervalo mínimo e máximo de incidência do ISSQN, o que não foi observado pela Recorrida, que simplesmente zerou o referido imposto, como se ele não devesse ser recolhido.

Neste sentido, é imperioso saber que a alíquota mínima nacional do ISSQN foi fixada em 2% (dois por cento), por força do artigo 88, I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal, enquanto a alíquota máxima do mesmo tributo será de 5% (cinco por cento), em face do disposto no artigo 8º, II, da Lei Complementar nº 116/2003.

Ressalte-se ainda que, conforme previsão do §2º, I, do artigo 7º dessa mesma Lei Complementar, a base de cálculo do ISSQN é o preço do serviço, excluindo-se desse cálculo o valor dos materiais fornecidos pelo prestador dos serviços.

Ainda assim, da forma como a proposta foi apresentada, parece que a Recorrida desconsiderou por completo a necessidade de pagamento do ISSQN, o que por si só representaria o total desrespeito à legislação tributária nacional.

De mais a mais, a Recorrida parece não ter dado muita atenção ao processo licitatório em disputa. Diferentemente de outros licitantes do certame que se preocuparam em apresentar 2 (duas) planilhas de BDI – uma planilha para a composição dos materiais e equipamentos e outra para os serviços –, a MTEC apresentou uma única tabela de BDI que desconsidera por completo qualquer incidência do ISSQN, independentemente do município onde o serviço vier a ser prestado.

Por outro lado, o rito do certame e o prazo de 72 horas estipulado na cláusula 18.1 do edital para a adequação das planilhas, seria mais do que razoável e suficiente para que a Recorrida tomasse as providências necessárias para ajustar os seus cálculos iniciais e discriminar adequadamente a composição da sua planilha de BDI, o que não foi feito, implicando no descumprimento de mais um dispositivo do instrumento convocatório.

Ademais, oportuno mencionar que a proposta da Recorrida descumpre totalmente a exigência inserta no artigo 9º, II do Decreto Federal nº 7.983/2013, vez que o referido dispositivo é categórico ao determinar que a composição do BDI DEVERÁ EVIDENCIAR os tributos incidentes sobre o serviço, o que não foi feito. *In verbis*:

Art. 9º O preço global de referência será o resultante do custo global de referência acrescido do valor correspondente ao BDI, que DEVERÁ EVIDENCIAR em sua COMPOSIÇÃO, NO MÍNIMO:

I - taxa de rateio da administração central;

II - percentuais de TRIBUTOS INCIDENTES SOBRE O PREÇO DO SERVIÇO, excluídos aqueles de natureza direta e personalística que oneram o contratado;

III - taxa de risco, seguro e garantia do empreendimento; e

IV - taxa de lucro. (Grifo nosso)

Por tudo o que se expôs, conclui-se que a proposta da Recorrida descumpre cláusulas expressas do instrumento convocatório e o artigo 9º, II do Decreto 7.983/2013, razão pela qual deverá ser eliminada do certame.

III.1.2 – RECOMENDAÇÕES DA JURISPRUDÊNCIA SOBRE A COMPOSIÇÃO DO BDI DE MATERIAIS E SERVIÇOS

O detalhamento do BDI nas planilhas de custo é um assunto árduo que suscita diversas dúvidas. No entanto, o tema já foi enfrentado algumas vezes pelo Tribunal de Contas da União – TCU, que tem reforçado o seu entendimento pela necessidade de se dissociar as planilhas de BDI de materiais e serviços, como será visto a seguir.

A jurisprudência do Tribunal de Contas da União tem se firmado no sentido de que sempre que possível deve-se proceder à aquisição de equipamentos e materiais em separado da obra. No entanto, nos casos em que os materiais corresponderem a um percentual significativo no preço global da obra e houver justificativa técnica que comprove que a aquisição não possa ocorrer de forma parcelada, o percentual de BDI deve ser menor do que o aplicado sobre o valor da prestação de serviços. In verbis:

9.2.5.4. o gestor deve promover estudos técnicos demonstrando a viabilidade técnica e econômica de se realizar uma licitação independente para a aquisição de equipamentos/materiais que correspondam a um percentual expressivo das obras, com o objetivo de proceder o parcelamento do objeto previsto no art. 23, § 1º, da Lei nº 8.666/1993; caso seja comprovada a sua inviabilidade, que aplique um LDI reduzido em relação ao percentual adotado para o empreendimento, pois não é adequada a utilização do mesmo LDI de obras civis para a compra daqueles bens; (Acórdão 440/2008 – Plenário do TCU) (Grifo nosso)

A recomendação constante do Acórdão se justifica em função de não ser razoável a incidência de lucro sobre a compra de materiais, tendo em vista que essa não é a

atividade-fim da empresa a ser contratada, devendo a obtenção de lucro ficar adstrita à prestação dos serviços.

Outro ponto que justifica o percentual diferenciado de BDI para materiais é que estes não estão sujeitos ao Imposto sobre Serviços – ISS.

Dentro desta linha de raciocínio e para melhor compreensão do tema e conhecimento sobre as recomendações adotadas por ilibados órgãos nacionais, anexar-se-á a este recurso a Nota Técnica 4/2013, datada de 19/10/2013, de lavra da Secretaria de Controle Interno do Supremo Tribunal Federal – STF.

Neste documento, o órgão interno do STF detalha em 3 tópicos inteiros (capítulos 5, 6 e 7) as diferenças significativas entre o BDI de materiais e serviços, inclusive com a citação de diversas decisões do TCU. Em conclusão, nos itens 8.1.1 e 8.1.2 da Nota Técnica, é recomendado à Corte Suprema do Judiciário que passse a exigir nas suas licitações a apresentação de BDIs distintos de materiais e serviços:

8.1.1. sempre que possível os equipamentos e os materiais de valor expressivo devem ser adquiridos em separado da obra ou do serviço de engenharia. Quando restar tecnicamente comprovado não ser possível a aquisição em separado, a Administração deve adotar percentuais de BDI distintos; (Grifo nosso)

Por todo o exposto e em face das diversas jurisprudências citadas, pode-se concluir que o TCU, em diversas oportunidades, determinou que sejam observados cálculos distintos de BDI para materiais e serviços. Tanto é assim, que o STF, após consulta ao seu órgão de controle interno, passou a adotar expressamente esta recomendação em seus editais.

Visto isto, resta claro que a planilha de composição de BDI apresentada pela Recorrida neste certame, infringe a orientação pacífica do TCU sobre o tema, bem como contraria as boas práticas adotadas por ilibados órgãos brasileiros, em suas licitações. Por essas razões, não se cogita que seja mantida a decisão de aceitar a planilha de BDI apresentada pela MTEC.

De mais a mais, a fim de demonstrar a forma pela qual outros órgãos tem licitado usinas solares fotovoltaicas, colaciona-se aqui alguns editais cujo faturamento não foi restrito apenas ao fornecimento de material:

| Edital | Clausula- Página | Anexo |
|--|------------------------------------|----------|
| Edital do Pregão Eletrônico n.º 035/2019 - TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO | Clausula 7.1.2 – Página 7 | Anexo I |
| EDITAL PARA LICITAÇÃO Nº 18/2018 – Universidade de Brasília | Cláusula 12.6 e 12.8 – Página 8 | Anexo II |

III.2 – SOBRE O ESCLARECIMENTO Nº 01 – RDC Nº 03/2018

Em 07/01/2019, a empresa SICES Brasil LTDA enviou à Comissão de Licitação do presente certame, o pedido de esclarecimento nº 01, acerca de dúvidas sobre os benefícios fiscais para equipamentos utilizados em geração de energia solar. Em 08/01/2019, foi respondido que seria sim possível e aceito a nota fiscal de gerador fotovoltaico que adote este tipo de benefício fiscal.

Porém, é importante destacar que a pergunta formulada pela licitante teve o objetivo de questionar sobre a não incidência do ISSQN sobre aquisição/compra do conjunto fotovoltaico CJFV. Para tanto, utilizaram-se da Nota Fiscal de Venda do Gerador Solar Fotovoltaico, informando que todos os serviços estariam contemplados na industrialização deste, o que de certa forma, é um equívoco, uma vez que estes “serviços” dizem respeito apenas aos serviços de montagem na fábrica.

Ademais, em nenhum trecho de sua resposta, a Comissão de Licitação afirmou ou autorizou que esta seria a única forma de emissão e aceitação de notas fiscais durante a execução do contrato, e que deixaria de aceitar outras formas de emissão de nota fiscal, tampouco revogou as cláusulas 18.1.3 e 18.1.4.4 do Edital, conforme se vê

Informamos que é possível sim o faturamento na forma em que indagado, isto é, como GSF, com o fim de obter-se melhor aproveitamento Fiscal.

Tendo em vista que a Comissão apenas informou acerca da aceitabilidade das notas na forma de Gerador Solar Fotovoltaico, isto não exige a Licitante de apresentar notas referente à prestação de serviços. Ainda que esse modelo de emissão seja única e exclusivamente

para fornecimento de material e não englobe a prestação de serviços previstas no Edital, não se pode esquecer que um Gerador de Sistema Fotovoltaico não funciona sem que suas partes sejam devidamente montadas e que isso necessariamente, demandaria mão-de-obra.

Em outras palavras, o que se pretende alertar, é que a Recorrida não poderá alegar que a resposta ao pedido de esclarecimento 01, autorizou que fosse adotada a configuração de ISSQN zerado para todo o objeto desta licitação. Esta seria uma interpretação descabida, desarrazoada e improcedente para a resposta formulada pela Comissão de Licitação.

Afinal de contas, a Comissão não tem poderes para “zerar” os impostos municipais que deverão ser pagos às respectivas prefeituras, quando da instalação dos respectivos equipamentos. Presumir ou alegar que a resposta dada pela Comissão teria este condão, seria uma interpretação ou alegação excessivamente elástica e sem qualquer fundamento no ordenamento jurídico nacional.

III.3 – DOS EFEITOS ANTICONCORRENCIAIS DA PROPOSTA APRESENTADA PELA RECORRIDA – AFRONTA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA

A empresa MTEC, ao apresentar a planilha de composição de BDI com o ISSQN zerado, obteve uma condição competitiva no certame absolutamente desleal e desproporcional frente aos demais licitantes, ferindo completamente os princípios licitatórios da isonomia, razoabilidade e proporcionalidade.

Em outros termos, a errônea premissa de composição de custos adotada pela Recorrida, deu a ela uma condição de vantajosidade absolutamente fantasiosa e destoante dos demais licitantes.

A planilha apresentada, leva a crer que a empresa pensou que não precisaria pagar o ISSQN em nenhum momento da execução do contrato, o que seria uma interpretação absolutamente inadequada do instrumento convocatório e, ao mesmo tempo, lhe daria uma condição tributária inigualável frente aos demais licitantes, visto que os impostos, taxas e tributos somados para faturamento de materiais são sempre menores que os impostos, taxas e tributos somados para notas fiscais de serviço. Somente o ISSQN, como visto, pode representar uma diferença de 5% em alguns municípios.

Portanto, esta condição não pode ser aceita pela Comissão de Licitação, sob pena desta ser conivente com uma prática desleal de mercado. Isto porque, todas as demais

empresas tiveram como premissa para a formação de seus preços, a necessidade de pagamento do ISSQN para o faturamento dos serviços.

Há de se alertar, que caso esta comissão aceite a proposta da MTEC nos moldes formulados, *o mesmo benefício deveria ser concedido a todos os outros licitantes*, que passariam a emitir apenas uma nota de produto do gerador solar fotovoltaico, em todas as medições realizadas, o que seria uma interpretação absolutamente descabida e absurda.

Ademais, cabe aqui o alerta, caso a Comissão de Licitação não intervenha sobre a situação levantada, neste momento, poderá haver um *grande litígio judicial envolvendo a União e os Municípios* nos quais haverá a instalação dos sistemas fotovoltaicos.

Isto porque, se a empresa Recorrida for classificada e habilitada neste certame com a proposta nos moldes apresentada, poderá ela alegar, que deixou de recolher o ISSQN para as Prefeituras, uma vez que esta autorização lhe foi concedida, a partir do entendimento exarado pela Comissão de Licitação, à época do certame.

Por outro lado, poderão os fiscais de tributos das respectivas prefeituras em que haverá a instalação dos sistemas fotovoltaicos, autuarem e multarem a Recorrida, em face do não recolhimento do ISSQN. Em sua defesa, provavelmente, a MTEC ingressará em juízo contra a União, solicitando indenização pelos prejuízos a ela causados, diante do entendimento adotado pela Comissão de Licitação.

Em última instância, caso haja a apuração de responsabilidades, poderão os servidores públicos desta Comissão, responderem administrativa e civilmente, por danos causados pela decisão equivocada.

Por todo o exposto, reitera-se o pedido para que a Comissão de Licitação reveja a decisão que considerou como aceitável a *planilha única* de composição de BDI, que indicou como zero a alíquota de ISSQN. Trata-se de uma planilha fantasiosa e que deu à Recorrida uma falsa vantagem tributária frente aos demais concorrentes.

Neste momento, a Comissão de Licitação tem a oportunidade e, quiçá o dever, de melhor analisar a sua decisão e evitar que esta situação se transforme em um grande litígio fiscal e tributário, envolvendo Municípios e a União.

IV. DO NÃO ENQUADRAMENTO COMO ME OU EPP

Dos documentos exigidos no processo licitatório, a cláusula 17.4.2 do Edital estabelece que devem ser apresentados o “Balanço patrimonial e demonstrações contábeis do

último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa". Em cumprimento ao disposto no Edital, a Recorrida apresentou seu balanço patrimonial, datado do ano de 2017 (folha 1.550), onde demonstrou ter auferido receita total de R\$6,6 milhões.

Nesse sentido, a Recorrida apresentou-se como Empresa de Pequeno Porte -EPP e se valeu dos benefícios concedidos pela Lei Complementar 123/2006 no certame.

Ocorre que a atual legislação prevê que uma empresa deve ser enquadrada como EPP quando fatura anualmente até R\$ 4,8 milhões (artigo 3º, II, da Lei Complementar 123/2006). Ultrapassado esse limite, ela perde então os benefícios concedidos pela lei, bem como perde seu enquadramento, que passa a ser considerado pelo número de funcionários (média ou grande empresa).

Levando em conta que no presente certame, a Recorrida se valeu desses benefícios por se apresentar como EPP e por isso, arrematou 6 itens (cerca de 26% do total de itens), os mesmos devem ser cassados, uma vez que a empresa não faz jus à tal.

Diante disso, a apresentação de documentação demonstrando uma situação falaciosa, poderia ensejar inclusive, na inabilitação da Recorrida, já que se trata de um documento que não corresponde com o porte da empresa. É fato que não cabe à Comissão disciplinar o enquadramento da empresa como ME ou EPP, mas trata-se de constatação relevante, e que carece de averiguação por parte da Comissão.

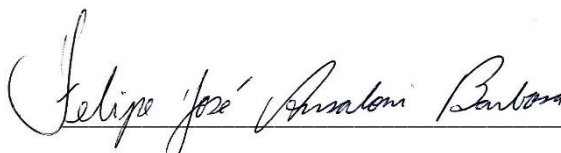
V. DOS PEDIDOS

Diante do exposto e tendo em vista que a Recorrente comprovou a grave falha insanável cometida pela Recorrida quando da elaboração da sua planilha de BDI, requer-se:

- 1- Que seja revista a decisão que declarou como vencedora a empresa MTEC ENERGIA EIRELI dos itens 11, 12, 14, 15, 21 e 22;
- 2- Sejam juntados aos autos do processo, todos os documentos comprobatórios enviados pela Recorrente nesta petição.

Termos em que pede e espera deferimento.

Belo Horizonte, 30 de maio de 2019.



Felipe José Ansaloni Barbosa

Representante Legal

Ownenergy Soluções E Instalações Eco Eficientes Ltda - EPP

