

TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DO RIO GRANDE DO NORTE
COMISSÃO DE PREGÃO

Pregão Eletrônico nº 025-2019 - Contratação de fornecimento e instalação de Sistema de Minigeração de Energia Fotovoltaica ON-GRID

Procedimento Administrativo Eletrônico nº 3755/2019

INFORMAÇÃO EM RECURSO ADMINISTRATIVO

1. RELATÓRIO

2. Trata-se de recurso administrativo interposto pela empresa **NEW ENERGY ENERGIAS RENOVAVEIS LTDA** CNPJ/CPF: 17272877000134, contra a decisão que declarou a **empresa OWNERGY SOLUÇÕES E INSTALAÇÕES ECO EFICIENTES LTDA**, CNPJ: 23.156.999/0001-68 vencedora do Pregão Eletrônico 25-2019, nos itens 01 e 02.
3. Quando oportunizado, a RECORRENTE tempestivamente registrou sua intenção de recurso **no item 01** - Fornecimento de equipamentos - nos seguintes termos:

"Apresentamos intenção de recurso devido ao não atendimento do item 7.4 quando da omissão na proposta dos equipamentos existentes em projeto tais como: transformadores, quadros, cabos, disjuntores, já especificados, vez que na proposta só há indicação do valor e a expressão "se necessário"."

4. Em suas razões recursais, em apertada síntese, alegou:
 - a) Que a proposta da recorrida descumpre o edital, por apresentar resumida indicação de equipamentos, materiais e serviços.
 - b) Da impossibilidade da Recorrida poder usar dos benefícios da Lei 123/2006.

5. Ao final, requereu o conhecimento do recurso para no mérito ser julgado procedente, para desclassificar e inabilitar a recorrida **OWNERGY SOLUÇÕES E INSTALAÇÕES ECO EFICIENTES LTDA** para o item 1.

6. E quanto ao **item 02** - Serviços de montagem, instalação, comissionamento e testes e treinamento, a **NEW ENERGY** registrou sua intenção nos seguintes termos:

"Apresentamos intenção de recurso por entender que durante a fase de lances houve uso de meio eletrônico que propiciou desigualdade na competição entre os licitante com o uso possível uso de "ROBO", assim como ausência de descrição detalhada dos serviços a serem executados no item 2."

7. Entretanto, em suas razões recursais, em apertada síntese, alegou:

- a) A empresa OWNERGY não apresentou sua proposta, conforme determina o item 4.13, que exige Treinamento e Comissionamento para o vencedor do Item 2, assim como o item 4.11.1., pois não discrimina minimamente a exigência ali contida.
 - b) Do uso de meios computacionais para obter vantagem no certame.
 - c) Da impossibilidade da Recorrida poder usar dos benefícios da Lei 123/2006.
8. Ao final, a RECORRENTE requereu o conhecimento do recurso, para que em seu mérito seja julgado procedente, para que desclassifique e inabilite a recorrida OWNERGY SOLUÇÕES E INSTALAÇÕES ECO EFICIENTES LTDA para o item 2.
9. A RECORRIDA tempestivamente, por sua vez, em síntese, contrarrazou:
10. Quanto ao **item 01** - Fornecimento de equipamentos - nos seguintes termos:
- a) Que sua proposta seguiu o formato das cotações apresentadas (anexa ao edital), e que contempla todos os custos do item.
 - b) Que está apta a beneficiar-se do tratamento diferenciado das ME/EPP, uma vez que a fundamentação aplicada ao caso é diversa daquela indicada pela RECORRENTE.
11. E quanto ao **item 02** - Serviços de montagem, instalação, comissionamento e testes e treinamento, em síntese, contrarrazou:
- a) Que sua proposta seguiu o formato das cotações apresentadas (anexa ao edital), e que contempla todos os custos do item.
 - b) que conta para cada licitação eletrônica que participa, de uma equipe de profissionais de apoio operacional para inserção de lances. E que a existência ou não de um padrão de desconto não pode ser tida como um fator que comprova o uso de um “robô” para dar lances.
 - c) Idem letra b) do item 1.
12. Ao final, a RECORRIDA requereu, em síntese, a manutenção da decisão que a declarou vencedora do certame, e que sejam juntados aos autos do processo os documentos comprobatórios enviados pela RECORRIDA nesta petição.

13. ANÁLISE

14. Preliminarmente verifica-se que a RECORRENTE pretende em sede de recurso discutir também matéria diversa daquela que fora objeto da sua manifestação, o que é vedado pela legislação aplicável à espécie (art. 26, §1º do Dec. 5.450/2005). Não havendo, portanto a possibilidade de seguimento e conhecimento do recurso nessa parte. A oportunidade para as razões são para complementar e esclarecer a insatisfação pelo recorrente. No caso, a recorrente inseriu em suas razões questão da impossibilidade da Recorrida poder usar dos benefícios da Lei 123/2006 para os itens 01 e 02, que não constou de sua intenção.

15. Neste sentido vejamos a doutrina, conforme a lição de Marçal Justen Filho:

“O recorrente disporá de três dias para formalizar a complementação das razões recursais. Ademais, as razões deverão complementar e esclarecer a insatisfação manifestada pelo recorrente. Quanto a isso, aduz VERA MONTERIRO que “deve haver uma vinculação entre aquilo que o licitante indicou como sendo seu descontentamento com o pregão ao final da sessão e suas razões recursais. Somente os recursos que observarem esta é que podem ser conhecidos pela Administração. (...)” (JUSTEN FILHO, Marçal. Pregão: Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico. p. 209. Dialética. 5ª edição).

16. Assim, resta conhecer parcialmente do recurso, para no mérito analisar tão somente as matérias registradas na intenção.

17. Quanto ao item 01

18. Letra a) Que a proposta da recorrida descumpre o edital, por apresentar resumida indicação de equipamentos, materiais e serviços.

19. Alega a RECORRENTE que:

“Em flagrante descumprimento ao Edital, a empresa OWNERGY apresentou em sua proposta, resumida indicação dos itens transformadores(estes devidamente indicados em projeto que serão substituídos por 02(dois) transformadores de 500kVA em substituição aos de 150kVA, presente a pagina 95 do Edital, cabos, quadros, disjuntores especificados, ausência de serviços de limpeza, aplicação de brita, todos estes presentes em projetos que fazem parte do edital, chegando ao ponto de indicar que tais itens presentes em Projeto poderão ou não ser usados ao utilizar a expressão “SE NECESSÁRIO”.

20. A RECORRIDA, contrarrazou que

“(...) a Recorrida, em sua proposta, dispôs-se a incorporar um eventual custo de fornecimento de transformadores caso fossem necessários. Daí a menção “se necessário” que não se trata de omissão de especificação, mas, ao contrário, enfatiza a predisposição da empresa em acatar novas diretrizes de projeto que possam surgir durante a execução do contrato, com o fito de se assegurar que o projeto seja executado com excelência e eficiência.

Por fim, caso o TRE-RN entenda ser necessário o fornecimento, e que realmente os equipamentos estavam presentes no escopo deste certame, nos comprometemos a arcar com os custos do fornecimento.”

21. Por este caso tratar de assunto relacionado à questão técnica da proposta que escapa do conhecimento do pregoeiro, foi solicitada manifestação da Seção de Engenharia que prestou suporte técnico na sua análise para aceitação, que por sua vez, em síntese, concluiu:

“14. Verificando a proposta da licitante OWNERGY SOLUÇÕES E INSTALAÇÕES ECO EFICIENTES LTDA – EPP, verifica-se que esta fez menção expressa ao fornecimento de todos os elementos do sistema fotovoltaico, a partir do quadro geral da unidade consumidora:

15. A nosso ver, s.m.j., o recurso da licitante NEW ENERGY, no tocante ao quesito técnico, não merece prosperar. Era o que se tinha a informar.”

22. Quanto ao item 02

23. Letra a) A empresa OWNERGY não apresentou em sua proposta, conforme determina o item 4.13, que exige Treinamento e Comissionamento para o vencedor do Item 2, assim como o item 4.11.1., pois não discrimina minimamente a exigência ali contida.

24. Cita a RECORRENTE: “

“Em flagrante descumprimento ao Edital, a empresa OWNERGY não apresentou em sua proposta, conforme determina o item 4.13, que exige Treinamento e Comissionamento para o vencedor do Item 2, assim como o item 4.11.1., pois não discrimina minimamente a exigência ali contida.”

25. A RECORRIDA, por sua vez, contrarrazou que:

“Que sua proposta seguiu o formato das cotações apresentadas (anexa ao edital), e que contempla todos os custos do item.

“Além disto, na proposta da Recorrida para **o item 2**, existe a menção do comissionamento, quando se fala sobre o prazo de execução, o que comprova o total consentimento da empresa, em relação à execução deste serviço e quanto à inclusão dele na proposta apresentada.”

26. Mais uma vez, tendo em vista tratar-se de assunto relacionado à questão técnica da proposta, que escapa do conhecimento do pregoeiro, foi solicitada manifestação da Seção de Engenharia que prestou suporte técnico na sua análise para aceitação, em síntese, concluiu:

“6. Em resumo, a proposta da licitante OWNERGY contemplou na descrição os serviços significativos e necessários ao objeto, e adiante, incluiu encargos de qualquer natureza *“que se façam indispensáveis à perfeita execução do objeto”*

7. Ademais, o Item 2 licitado é composto por serviços, e não por fornecimento de materiais e equipamentos, de sorte que a forma de pagamento será aquela prevista no subitem 14.5 do Termo de Referência, de percentuais sobre o total da proposta contratada: (...)

9. A nosso ver, s.m.j., o recurso da licitante NEW ENERGY para o **Item 2**, no tocante ao quesito técnico, não merece prosperar. Era o que se tinha a informar.”

Letra b) Do uso de meios computacionais para obter vantagem no certame.

27. Cita a RECORRENTE que:

“A recorrente assevera a utilização de meios computacionais para obtenção de vantagem durante o certame, por parte da recorrente, vez que, durante a disputa observou o reduzido tempo de resposta para os lances, principalmente no período aleatório, e também comprovaria o uso de tal artifício, conhecido como robô, o fato de que a diferença monetária em relação ao lance coberto seria irrelevante ao objeto licitado, estando sempre compreendida entre R\$1,60 e R\$105,75, numa análise dos últimos 20 (vinte) lances, num padrão de desconto que se repete em torno de 0,002% e 0,009%.

Importante frisar que não se fala aqui somente do tempo de digitação de numero extenso e fracionado, mas também da confirmação exigida antes do envio efetivo, tudo ocorrendo em até 3,2 segundos.

Ressalta que o emprego da tecnologia que permite a leitura instantânea das propostas concorrentes e inserção também instantânea e automática de lances inferiores permitiu à empresa desfrutar de vantagem ilícita em relação aos demais, permanecendo na liderança do certame na maior parte do tempo, o que aumentou suas chances de ser a licitante vencedora no momento aleatório de encerramento da sessão de lances, o que acabou ocorrendo; “

28. A RECORRIDA, por sua vez, contrarrazou que:

“Diante da possibilidade da prática de uso desses “robôs”, como se viu, em 2011 a Serpro criou um mecanismo capaz de bloquear o uso dessa inteligência.

“a Recorrida conta, para cada licitação eletrônica que participa, de uma equipe de profissionais de apoio operacional para inserção de lances. Este time já possui, cada qual, uma planilha contendo variações de preços possíveis e que podem ser recalculados por regras automatizadas (equações) que o próprio aplicativo Excel permite. Essa estrutura operacional permite agilidade de inserção de dados e parâmetros decisórios, conferindo eficácia competitiva. Portanto, a existência ou não de um padrão de desconto não pode ser tida como um fator que comprova o uso de um “robô” para dar lances. Isso é, nada mais, nada menos, que uma estratégia que varia de acordo com a disponibilidade econômica da empresa e com a duração do certame. Ademais, importante registrar que para o item 2, a Recorrente ofereceu um total de 40 lances, enquanto a Recorrida ofereceu 24, o que mostra que a Recorrente exerceu sua faculdade de proposta 16 vezes mais. Considerando que o tempo randômico é uma etapa competitiva, onde há a oferta de lances sucessivos e portanto, uma efetiva disputa que se esgota de forma automática, a simples vitória de um item que foi amplamente disputado, não pode e nem deve ser atrelado ao uso de um robô, mas tão somente ao trabalho de uma equipe preparada e capacitada para tanto.”

29. De fato o TCU considerou ser irregular o uso de tal aparato, posto que a sua utilização confere vantagem competitiva aos fornecedores que detêm a tecnologia em questão sobre os demais licitantes (Acórdão 2601/2011 – Plenário, de 28/9/2011).

No referido acórdão, acordaram os Ministros do TCU em:

“9.1. assinar, com fundamento no inciso IX do art. 71 da Constituição Federal, o prazo de 60 (sessenta) dias para que a Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão adote as providências necessárias ao exato cumprimento do que estabelecem o art. 3º da Lei nº 8.666/1993 e o parágrafo único do art. 5º do Decreto nº 5.450/2005 acerca da observância do princípio constitucional da isonomia, mediante a busca de alternativas, além da ação mencionada nos itens 5 e 6 da Nota Técnica 112/DLSG/SLTI/MP, para implementação rápida de mecanismos inibidores do uso de dispositivos de envio automático de lances em pregões eletrônicos conduzidos via portal Comprasnet, estabelecendo, se for o caso, instruções complementares sobre a matéria, conforme preconiza o art. 31 do Decreto nº 5.450/2005;”

30. Em observância a esse acórdão, em 16 de dezembro de 2011, a SLTI/MP editou a INSTRUÇÃO NORMATIVA N° 3, estabelecendo intervalo de tempo mínimo entre os lances.

“Art. 2º Na fase competitiva do pregão, em sua forma eletrônica, o intervalo entre os lances enviados pelo mesmo licitante não poderá ser inferior a vinte (20) segundos e o intervalo entre lances não poderá ser inferior a três (3) segundos. (Redação dada pela Instrução Normativa nº 3, de 4 de outubro de 2013)”

31. Em 28 de outubro de 2015, os ministros do TCU através ACÓRDÃO 2734/2015 - PLENÁRIO – Acordaram em:

9.1. considerar cumpridas/implementadas as deliberações (...) 9.1, (...) do Acórdão 2.601/2011-TCU-Plenário;

32. Desta feita, smj, parece que a regulamentação, pela SLTI/MP (IN 03/2011), estabelecendo os intervalos entre os lances na fase competitiva, tem sido considerada suficiente para afastar a possível vantagem indevida dos fornecedores que usam o robô sobre os demais licitantes que não o detêm.

33. Desta forma, disciplinando os limites de tempo para lances, parece ser este o foco da questão.
34. Assim, resta verificar no histórico da ata do pregão, se houve ou não lance em desacordo com as regras estabelecidas de tempo.
35. Para simplificar, colheu-se apenas os últimos lances da disputa do pregão, no item 02, que foram decisivos no resultado da licitação.
36. De antemão, observa-se que o embate nos últimos lances ficou entre a empresa RECORRIDA e a RECORRENTE, vejamos:

Valor do Lance	Empresa	Data/Hora Registro	REGRA 3" do menor lance	REGRA 20" do último lance do próprio licitante
R\$ 526.500,00	NEW ENERGY	15/08/2019 14:51:48:917	00:00:50,580	00:00:53,800
R\$ 526.488,20	OWNERGY	15/08/2019 14:51:52:090	00:00:03,173	00:00:53,753
R\$ 525.900,00	NEW ENERGY	15/08/2019 14:52:32:953	00:00:40,863	00:00:44,036
R\$ 525.853,89	OWNERGY	15/08/2019 14:52:40:750	00:00:07,797	00:00:48,660
R\$ 525.850,00	NEW ENERGY	15/08/2019 14:53:10:783	00:00:30,033	00:00:37,830
R\$ 525.843,03	OWNERGY	15/08/2019 14:53:14:393	00:00:03,610	00:00:33,643
R\$ 525.000,00	NEW ENERGY	15/08/2019 14:54:23:680	00:01:09,287	00:01:12,897
R\$ 524.995,55	OWNERGY	15/08/2019 14:54:26:710	00:00:03,030	00:01:12,317
R\$ 524.500,00	NEW ENERGY	15/08/2019 14:55:15:963	00:00:49,253	00:00:52,283
R\$ 524.454,68	OWNERGY	15/08/2019 14:55:19:243	00:00:03,280	00:00:52,533
R\$ 524.000,00	NEW ENERGY	15/08/2019 14:55:57:670	00:00:38,427	00:00:41,707
R\$ 523.990,45	OWNERGY	15/08/2019 14:56:03:810	00:00:06,140	00:00:44,567

37. Como se vê acima, os lances ofertados por ambas competidoras respeitaram os intervalos de tempo definidos na IN 03/2011: vinte (20) segundos entre os lances enviados pelo mesmo licitante e a três (3) segundos entre lances (no caso, do menor anterior).
38. Portanto, em que pese a alegação de possível uso de robô na disputa, acredita-se, smj, que não houve a confirmação de vantagem indevida a fornecedor que possivelmente o tenha utilizado, posto que foram preservados os intervalos de tempo definidos.
39. De igual maneira quanto ao argumento da diferença monetária em relação ao lance coberto que seria irrelevante ao objeto licitado, estando sempre compreendida entre R\$1,60 e R\$105,75, cabe ressaltar que a mesma IN, no art. 1º-A estabeleceu:
- “Art. 1º-A O instrumento convocatório poderá estabelecer intervalo mínimo de diferença de valores entre os lances, que incidirá tanto em relação aos lances intermediários quanto em relação à proposta que cobrir a melhor oferta. (Incluído pela Instrução Normativa nº 3, de 4 de outubro de 2013):”
40. Sobre esse tema, observa-se que edital não estabeleceu qualquer intervalo mínimo de diferença de valores entre os lances. Portanto, nesse ponto, não se vislumbra qualquer infringência ao edital ou normas que pudesse macular a proposta.

41. **Letra c) Da impossibilidade da Recorrida poder usar dos benefícios da Lei 123/2006.**
42. Nessa parte, carece dos requisitos para o conhecimento do recurso, uma vez que não constou da intenção.
43. Entretanto, com base no direito de petição previsto no artigo 5º, inciso XXXIV da Constituição Federal, passa-se a analisar a questão suscitada da impossibilidade da Recorrida poder usar dos benefícios da Lei 123/2006 para os itens 01 e 02.
44. A empresa NEW ENERGY ENERGIAS RENOVAVEIS LTDA cita que
- “os valores de receita bruta auferidos pela recorrida, seja na venda dos equipamentos e serviços presentes nos atestados que utilizou para comprovar sua capacidade técnica, seja ao vencer os itens da licitação no IF Sul de Minas ou em questão da presente licitação, ultrapassam em muito os limites legais para enquadramento como empresa de pequeno porte.”
45. Cita ainda que:
- “Falo em questão da presente licitação, posto que, conforme o inciso XIII, do artigo 55, da Lei nº 8.666/93, exige que o licitante mantenha as mesmas condições de habilitação: [...] No caso concreto, a recorrida terá suas condições alteradas, pois não poderá ser enquadrada como empresa de pequeno porte na vigência do contrato que poderia manter com o TRE/RN.
- Seria uma contradição uma licitante ter vencido um certame somente por ter utilizado os privilégios de uma empresa de pequeno porte e não mais mantê-los durante o contrato administrativo.
- O §10º do artigo 3º da LC nº 123/2006, estabelece que a empresa de pequeno porte que ultrapassar o limite de receita bruta do ano-calendário estará excluída do regime diferenciado com efeito retroativo desde o início de suas atividades:”
46. A OWNERGY refutou que
- “(...) apesar da Recorrida ter vencido todos os certames citados, ainda não houve a liquidação e o pagamento da integralidade dos valores contratuais, razão pela qual, por enquanto, a empresa possui uma MERA EXPECTATIVA DE CONTRATAÇÃO. Em outras palavras, uma MERA EXPECTATIVA DE RECEITAS FUTURAS que, poderão ou não se confirmarem.
- Prova disto, é a ATA DE REGISTRO DE PREÇOS do RDC 03/2018, licitada pelo IF Sul de Minas e citada pela Recorrente, que foi assinada 09/07/2019, com vigência até 09/07/2020.
- (...) as alegações da Recorrente não se sustentam, simplesmente pelo fato de que a Recorrida ainda não superou o limite legal de receita bruta previsto no Estatuto das Micro e Pequenas Empresas. Prova disto, é que no cartão do CNPJ da Recorrida, disponível no site da Receita Federal do Brasil, órgão competente para monitorar a receita bruta das empresas brasileiras, consta a informação de que se trata de uma EPP, conforme Figura 1.
47. Da matéria discutida se sobressaem duas questões: se a RECORRIDA não é uma EPP, e a outra é, se lograr vencedora, não manterá tal condição na constância do contrato.

48. Conforme o art. 47, da LC 123/20016, nas contratações públicas deverá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica.
49. Para usufruir do tratamento diferenciado na licitação, a empresa participante deverá declarar o seu enquadramento como ME/EPP. O que foi feito pela OWNERGY SOLUÇÕES E INSTALAÇÕES ECO EFICIENTES LTDA, no sistema COMPRASNET.
50. Além dessa autodeclaração no sistema, para afastar possível dúvida sobre seu enquadramento, foi solicitada em diligência declaração a Junta Comercial do Estado de Minas Gerais, Unidade da Federação sede da OWNERGY, em vista do Art. 8º, da Instrução Normativa nº 103 do Departamento Nacional de Registro do Comércio (DNRC), de 30.04.2007.

“Art. 8º A comprovação da condição de microempresa ou empresa de pequeno porte pelo empresário ou sociedade será efetuada mediante certidão expedida pela Junta Comercial.”

51. Foi recebida a certidão constando ser a OWNERGY uma EPP.
52. Ademais disso, a pedido, a Comissão Técnica Contábil do TRE-RN (portaria 245/2017-DG) analisou as Demonstrações Contábeis da OWNERGY disponíveis no SICAF, que por sua vez informou:

“Portanto, consideramos a empresa OWNERGY SOLUÇÕES E INSTALAÇÕES ECO EFICIENTES LTDA enquadrada como Empresa de Pequeno Porte, por estar o montante de sua receita bruta, auferida em 2018, dentro dos limites legais.”

53. Portanto, tem-se que a empresa OWNERGY no momento da habilitação se enquadra na categoria de Empresa de Pequeno Porte, e portanto apta ao utilizar dos benefícios da LC 123.
54. E quanto à questão da aludida organização ter suas condições de ME/EPP alteradas na vigência do contrato, por ultrapassar o limite de faturamento estabelecido, tem-se que isso não é suficiente para ensejar sua inabilitação no certame, posto se tratar de hipótese futura. E que a verificação do atendimento das condições de habilitação na licitação, é verificada no momento presente do certame.

55. Finalmente, os documentos citados: Certidão da Junta Comercial do Estado de Minas Gerais, Análise da Comissão Técnica Contábil e Análises da Seção de Engenharia estão disponíveis no seguinte link para conhecimento: <http://adm.justicaeleitoral.jus.br/tre-rn/transparencia/licitacoes-contratos-e-convenios/licitacoes/pregoes-eletronicos/arquivos%20NL/2019/pe-025-2019-documentos-do-recurso-info-senge-com-tc-e-cert-jucemg>

CONCLUSÃO

56. Com base no art. 11, inciso VII, do Decreto 5.450/2005, nas Informações da Seção de Engenharia e da Seção Técnica Contábil, e em obediência aos princípios da vinculação ao edital, da legalidade e da busca da proposta mais vantajosa, mantenho a decisão de declaração da empresa **OWNERGY SOLUÇÕES E INSTALAÇÕES ECO EFICIENTES LTDA**, vencedora do Pregão Eletrônico 25-2019 – itens 01 e 02, posicionando-me pelo não provimento aos apelos interpostos pela empresa **NEW ENERGY ENERGIAS RENOVAVEIS LTDA**.
57. À consideração superior para deliberação.
58. Natal, 06 de setembro de 2019.

PEDRO SANCHO DE MEDEIROS
Pregoeiro