

RESPOSTA AOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS – DISPENSA DE LICITAÇÃO

Processo Administrativo nº: 001/2024
Dispensa de Licitação nº: 90003/2024

Objeto: Contratação de Empresa para Fornecimento de Energia Elétrica, proveniente de Fontes de Energias Renováveis, Incentivada em no Mínimo 50%, no Ambiente De Contratação Livre – ACL, na modalidade Varejista (aquisição de energia no mercado livre) para Suprimento de Energia Elétrica nas Unidades Consumidoras da Ceagesp, conforme descrição constante do **ANEXO I – TERMO DE REFERÊNCIA.**

Recorrentes: Olympe Comercializadora de Energia Ltda e RZK Comercializadora de Energia Ltda.

Trata-se a presente de julgamento de RECURSO administrativo apresentado pelas empresas OLYMPE COMERCIALIZADORA DE ENERGIA LTDA e RZK COMERCIALIZADORA DE ENERGIA LTDA, opondo-se à decisão da Presidente da Comissão Julgadora, a primeira quanto sua inabilitação justificada pela falta de atendimento das exigências de Qualificação Técnica , a segunda pela habilitação da empresa COMERC POWER TRADING por entender que a mesma não atendeu, de forma completa, todos os itens de qualificação técnica exigidos no Edital.

I. DA ADMISSIBILIDADE DO RECURSO

Na sessão pública do dia 22/03/2024, foi informado aos interessados o prazo de 05(cinco) dias úteis contados de 25/03/2024 até 01/04/2024 para interposição de Recurso Administrativo contra atos praticados pela Comissão Julgadora durante a condução das sessões das Análises das propostas comerciais e habilitação.

Após a finalização do prazo recursal, foi concedido aos demais interessados o prazo de 02(dois) dias úteis para apresentação das contrarrazões o qual teve início em 03/04/2024 com encerramento em 04/04/2024, sendo que somente a empresa COMERC POWER TRADING LTDA apresentou peça processual elaborada com o objetivo de argumentar e contrapor os recursos interpostos pelas empresas recorrentes.

Assim, o presente julgamento dos recursos será realizado considerando os termos impetrados, os princípios e legislações vigentes sobre a matéria.

A peça recursal, e subsequente julgamento, ficará disponível no Portal CEAGESP <https://ceagesp.gov.br/licitacoes/dispensa/dispensa-de-licitacao-no-900-032024-processo-no-012024/> e serão apensadas ao processo administrativo nº 001/2024.

II. DOS ARGUMENTOS DAS EMPRESAS INTERESSADAS

Nas razões de seu inconformismo, as recorrentes, alegam, resumidamente, a ocorrência das seguintes irregularidades:

a) RZK COMERCIALIZADORA DE ENERGIA LTDA

a.1) Falta de atendimento da qualificação técnica, pela empresa COMERC, precisamente itens “d.1.1” e “e.1” do Termo de Referência do Edital considerando a total ausência de documentos comprobatórios;

a.2) Condução incorreta da sessão ao ser permitido meios alternativos para sanar falhas no atendimento da qualificação técnica.

Requer que seja recebido o presente recurso com efeito suspensivo, nos termos do artigo 168 da Lei 14.133/21, procedendo a anulação da decisão que habilitou a empresa COMERC, para na sequência convocar a próxima classificada, no entanto, caso a decisão de habilitação seja mantida, pleiteia que o presente recurso seja encaminhado à autoridade superior para decisão final.

b) OLYMPE COMERCIALIZADORA DE ENERGIA LTDA

b.1) Formalismo exagerado da Comissão Julgadora ao inabilitar a empresa OLYMPE pelo não atendimento da entrega de Atestado de Capacidade Técnica e Comprovação de lastro de Energia;

b.2) Não realização de diligências para comprovação da Capacidade Técnica da recorrente;

b.3) Falta de isonomia em relação a empresa COMERC vez que à esta foi concedido prazo para saneamento de documentos, bem como, realização de diligências para comprovação do atendimento de requisitos técnicos.

b.4) Falta de observação ao princípio da economicidade, considerando que a empresa OLYMPE apresentou uma proposta comercial com valor aproximado em mais de sete milhões, inferior a proposta apresentada pela COMERC.

Requer que seja reconsiderada sua inabilitação e adjudicado o objeto desta Dispensa de Licitação a favor de sua empresa.

III. DAS CONTRARRAZÕES

Abaixo são apresentadas, de forma concisa, as contrarrazões da empresa vencedora COMERC, que em sua defesa sustenta:

- a)** Diferentemente da empresa Olympe, a Comerc fez constar no Envelope “B” – Documentos de Habilitação, as cópias dos Atestados de Capacidade Técnica que permitiram a realização de diligências, pela Comissão Julgadora, para certificação das informações neles constantes;
- b)** Não houve ferimento ao Princípio da isonomia no que tange a verificação do atendimento da qualificação Técnica, vez que as duas empresas encontravam-se em situações diferentes, ou seja, a Olympe sequer apresentou Atestados de capacidade Técnica passíveis de complementação e aferição, enquanto que a COMERC obedeceu aos requisitos do Edital apresentando todos os documentos necessários para lograr-se vencedora da competição.

Requer que seja mantida a decisão da Presidente da Comissão Julgadora, em mantê-la como vencedora da referida Dispensa de Licitação.

IV. DA ANÁLISE DO RECURSO

Antes de adentrarmos no julgamento das supostas irregularidades colocadas pelas recorrentes, necessário se faz abordar pontos importantes que contribuirão na formação dos motivos e argumentos que nortearam a decisão da Presidente em conjunto com a Comissão Julgadora.

Inicialmente colocamos que a Ceagesp por fazer parte da administração indireta da União, utiliza em seus processos de contratação os ditames legais estabelecidos na Lei Federal nº 13.303/2016, socorrendo-se, subsidiariamente, da Lei Federal nº 14.133/2021 somente quando realiza licitação na modalidade pregão eletrônico, logo, considerando que a presente disputa

trata-se de Dispensa de Licitação, todos os procedimentos foram norteados pela referida Lei das Estatais.

Quanto aos objetivos da administração pública na escolha da melhor proposta, esta deve almejar sempre a contratação mais vantajosa, qual seja, aquela que além de apresentar o menor preço tenha demonstrado, através do atendimento dos requisitos do Edital, capacidade para executar os serviços a contento.

Nesse ritmo, o edital prevendo regras, requisitos e documentos necessários para participação da disputa pode ser questionado pelos interessados em participar da sessão pública, através de solicitação de esclarecimentos e antes da abertura dos procedimentos.

Caso não tenha ocorrido nenhuma discordância por parte dos interessados quanto aos termos estabelecidos no edital, o mesmo faz Lei entre as partes, em razão do Princípio da Vinculação do Instrumento Convocatório.

É certo que ao ser analisado os termos do Edital o proponente participante da disputa deve observar todos seus itens e subitens para não fazer uma interpretação equivocada e incompleta do real objetivo da Administração, correndo com isso, o risco de ter sua proposta recusada diante do entendimento inexato sobre a real importância da exigência editalícia, bem como, a forma correta para atendê-la.

Durante o processo de escolha da melhor proposta, é possível que o poder público exija, através dos editais, um **Atestado de Capacidade Técnica** para se certificar de que a provável empresa fornecedora possui aptidão técnica necessária para executar os serviços. Essa condição deve ser comprovada pelo participante interessado, não existindo probabilidade de dispensa de sua entrega à nenhum tipo de integrante da disputa.

Na maioria das vezes uma simples análise dos atestados apresentados não é suficiente para completa e cabal confirmação dos dados ali presentes, devendo a administração pública valer-se de diligências para validar as informações prestadas, isso ocorre porque os atestados, via de regra, são sucintos quanto aos detalhes dos serviços que foram executados, restando portanto confrontá-los com os contratos que deram origem ao atesto.

Quanto aos princípios da licitação aplicados nas disputas, estes não podem ser analisados isoladamente, devem ser sopesados, porém, existem situações em que as técnicas de interpretação tradicionais não são suficientes para solucionar conflitos envolvendo valores e

direitos que eles representam, e no intuito de solucionar as colisões entre princípios, utiliza-se o método de ponderação de bens, que se operacionaliza mediante a teoria da proporcionalidade.

Nessa toada, o conflito entre o Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório e o Princípio da Economicidade, é orientado pela doutrina dominante no sentido de que a Administração deve aceitar as propostas que não atendam estritamente o determinado pela lei ou pelo edital, desde que se verifique que o interessado, à época da abertura da disputa, seja capaz de atender as condições legais para efetivação do contrato. Tem sido considerado inaceitável invalidar, inabilitar ou desclassificar proposta por motivo de divergências entre o texto da lei ou instrumento convocatório e sua documentação ou proposta, no mesmo sentido a jurisprudência entende ser imprópria a desclassificação de proposta com vícios irrelevantes que não causem dano ao desenvolvimento regular da disputa, não afrontam ao princípio da igualdade, mas sim, são vistos como meros formalismos que restringem a concorrência.

Outro aspecto bastante relevante a ser esclarecido é a diferença entre Comercializadora de Energia para Comércio Atacadista e Comércio Varejista. O primeiro é destinado a empresas acostumadas com o funcionamento do Mercado Livre de Energia assumindo assim, as responsabilidades e obrigações impostas pela CCEE - Câmara de Comercialização de Energia Elétrica, além de possíveis instabilidades no setor (variação de preços, por exemplo). Ao optar por essa modalidade, normalmente, as empresas dispõem de uma equipe interna especializada, capaz de conduzir esse relacionamento com a CCEE e assumem a operação para garantir sua funcionalidade, ou contratam uma gestora para realizar este serviço. Já o segundo, oferece simplicidade no processo, qual seja, menos burocracia e garantia de uma grande empresa representando o consumidor no Mercado Livre. Portanto, ao contratar uma comercializadora varejista para representá-la frente ao Mercado Livre, e dispensar a sua respectiva associação à Câmara de Comercialização, a Administração não fica exposta ao Mercado de Curto Prazo, obtém redução de gastos administrativos, cumpre com rigor os prazos dentro da CCEE, além das obrigações setoriais, as quais ficam sob responsabilidade de sua representante.

Subtrai-se do parágrafo anterior que existe diferença entre empresas destinadas a Comercialização de Energia no Comércio Atacadista e Comércio Varejista, sendo essencial, por esse motivo, que a contratada demonstre expertise no modelo exigido no instrumento convocatório, que para essa Disputa de Licitação resume-se em apresentar Atestado de

capacidade técnica demonstrando aptidão para Comércio Varejista pelo período mínimo de 12 meses.

Feita a síntese do necessário, passemos a análise:

Após o recebimento das razões e contrarrazões, as referidas peças recursais foram encaminhadas à área demandante da contratação – DEMAN – Departamento de Manutenção e Engenharia, para manifestação quanto ao alegado pelas empresas, tendo em vista tratar-se de tema de competência técnica do referido departamento, e constou:

“Consta que a empresa OLYMPE COMERCIALIZADORA DE ENERGIA LTDA, licitante participante da Dispensa de Licitação nº 900 03/2024, classificada com 2º melhor proposta, e inabilitada na análise da documentação habilitatória, apresentou Recurso Administrativo, com as alegações:

2. Que sua inabilitação ocorreu de forma indevida, sem que fosse realizado diligência prevista em edital;
3. Que a empresa COMERC, licitante classificada com a 3ª melhor proposta, foi habilitada e declarada vencedora do certame de forma errônea, sob o argumento de que não essa não apresentou toda a documentação técnica habilitatória exigida no Edital, tendo sido para este caso realizado diligenciamento, em tratamento diferenciado das demais licitantes.

Com relação a **alegação 1**, registramos que os Membros Técnicos da Comissão Julgadora, em seu relatório de análise, **não apontaram incapacidade técnica da licitante OLYMPE**, mas sim a ausência da documentação técnica habilitatória exigida no Edital, item 10 do Anexo I, alíneas "d" e "e" e seus subitens, o que **resultou em sua inabilitação**.

A documentação habilitatória deve ser apresentada conforme exigido no edital, e a ausência de apresentação de quaisquer dos documentos previstos é descumprimento de regra editalícia, assim como os atestados de capacidade técnica visam comprovar a habilitação das empresas em disputa no certame e o diligenciamento visa confirmar ou esclarecer dúvidas acerca da documentação apresentada, **e não supri a ausência de documentação requerida**.

Caso fosse realizado diligenciamento pelos Membros Técnicos da Comissão Julgadora da área técnica para comprovação da capacidade técnica em substituição aos documentos não apresentados, caracterizaria tratamento diferenciado e descumprimento de regra editalícia. Ainda, os licitantes ao participarem do certame, declaram conhecimento das condições previstas em edital, para o qual reproduzimos o disposto no edital:

"7.2. Os documentos necessários à habilitação deverão ser apresentados, sob pena de inabilitação, em original, por qualquer processo de cópia autenticada por cartório competente ou por funcionário da CEAGESP ou publicação em órgão da Imprensa Oficial ."

"7.5. Não serão aceitos "protocolos de entrega" ou "solicitação de documento" em substituição aos documentos requeridos no presente Edital."

Ainda, constam anexados aos recurso da OLYMPE, atestados de capacidade técnica, os quais não foram objeto de análise pelos membros da Comissão Técnica, dada a sua intempestividade, sendo importante registrar que são datados de 28/03/2024, data posterior àquela prevista para a entrega dos documentos habilitatórios.

Quanto a **alegação 2**, ressaltamos que não houve ausência de apresentação de documentos pela licitante COMERC. Houve diligenciamento pelos Membros da Comissão Técnica Julgadora, objetivando o esclarecimento, autenticidade e compatibilização de alguns itens da documentação técnica apresentada pela COMERC, em relação ao requerido no edital. Sendo que neste caso o diligenciamento encontra amparo na previsão constante nas **Disposições Finais** do Edital:

"É facultada à CEAGESP, em qualquer fase do procedimento, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução processual, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta."

Desta forma, ante ao acima exposto, entendemos que **não assiste razão às alegações** constante no recurso apresentado pela empresa **OLYMPE**, bem como os atestados de capacidade técnica anexados ao recurso não podem ser considerados, data a sua intempestividade.

B. Com relação ao Recurso interposto pela licitante OLYMPE, após análise realizada no âmbito técnico dos membros Técnicos da Comissão Julgadora, segue manifestação:

Consta que a empresa RZK COMERCIALIZADORA DE ENERGIA LTDA, licitante participante da Dispensa de Licitação nº 900 03/2024, classificada com 4ª melhor proposta, apresentou Recurso Administrativo, com as alegações:

1. Que a empresa COMERC, licitante classificada com 3º melhor proposta, foi habilitada e declarada vencedora do certame de forma errônea, sob o argumento de que não essa não apresentou toda a documentação técnica habilitatória exigida no Edital, especificamente os itens "10 d.1.1" e "10 e.1" do Anexo I - Termo de Referência do Edital, tendo sido para este caso realizado diligenciamento, em tratamento diferenciado das demais licitantes.

Em relação as alegações apresentadas no recurso, informamos que não houve ausência de apresentação de documentos pela licitante COMERC, bem como o diligenciamento realizado pelos membros da Comissão Técnica, objetivou tão somente o esclarecimento, autenticidade e compatibilização de alguns itens da documentação técnica apresentada pela COMERC, em relação ao requerido no edital. Para tal finalidade o diligenciamento encontra amparo na previsão constante das **Disposições Finais** do Edital:

"É facultada à CEAGESP, em qualquer fase do procedimento, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução processual, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta."

Desta forma, ante ao acima exposto, entendemos que **não assiste razão às alegações** constante no recurso apresentado pela empresa **RZK**, mantendo-se a análise que resultou na habilitação técnica da licitante COMERC.”

Considerando a referida manifestação e à luz das regras que regem os procedimentos, bem como os princípios da administração pública as alegações foram analisadas pela Comissão Julgadora que entendeu respectivamente:

a) Sobre as alegações interpostas pela empresa RZK

A empresa COMERC está autorizada pela CCEE – Câmara de Comercialização de Energia Elétrica a prestar os serviços na modalidade Varejista desde 19/07/2016, conforme Ata de Reunião apensada aos autos do processo administrativo sob as folhas 882/886, tendo apresentado no envelope “B” – Documentação de Habilitação, 03 (três) Atestados de Capacidade Técnica emitidos pelas empresas Bodytech participações S.A, Polifrigor Indústria e Comércio de Alimentos Ltda e Imcal Indústria de Móveis Caneira Ltda, (autuados fls. 897/899), para atendimento ao item 10 - Da Qualificação Técnica, letra “d”, esses documentos não traziam no corpo de seu conteúdo dados que permitiam a constatação do quantitativo de energia fornecida no período de 12 meses, por esse motivo a área demandante realizou diligências, junto aos emissores, e restou confirmado o atendimento da exigência contida na letra “d.1.1” do referido item, estando portanto a empresa habilitada nesse quesito.

Para atendimento da letra “e.1.” do item 10 a Comerc apresentou o Estatuto Social da Comerc Participações S.A, empresa pertencente ao mesmo grupo econômico cujo objeto inclui “ artigo 3º, iv, compra, importação, exportação e venda de energia elétrica a outros agentes de mercado, tais como, geradores, comercializadores, distribuidores.....”(folhas 846/860 dos autos), foi apresentado ainda, organograma – Grupo Comerc que da mesma forma diligenciado pelo DEMAN restou certificado seu atendimento nessa questão.

Em razão disso, tendo agido a Comissão dentro da melhor prática administrativa, ao realizar o ato da diligencia para solicitar detalhamento de informações prestadas pela COMERC, não cometeu irregularidades ou beneficiou a referida empresa, apenas primou para contratação da melhor proposta.

b) Sobre as alegações interpostas pela empresa OLYMPE

A recorrente em nenhuma de suas alegações menciona fatos que possam evidenciar a condução irregular e ilegal da disputa, sendo certo que o único fato que gerou seu inconformismo ficou restrito à sua inabilitação derivada da falta de apresentação de Atestado de Capacidade Técnica e consequente diligências.

Sobre essa questão frisamos que o instrumento convocatório, traz de forma clara que no item 10 do Anexo I – Termo de Referência, letra “d” que para logra-se vencedor da disputa o interessado deveria fazer constar no envelope “B” – Documentação de habilitação, dentre outros documentos, o seguinte:

“ d) Atestado(s) de capacidade técnica da contratada, fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, em papel timbrado do emitente, assinados (com identificação do assinante), com dados que permitam a realização de diligências tais como: telefone, e-mail, CNPJ e endereço, comprovando aptidão para o desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto desta contratação que comprovem de modo indiscutível que a empresa contratada executou ou executa objeto de mesma natureza ou similares ao da presente contratação.

***d.1)** Entende-se por serviços da mesma natureza ou similares ao da presente contratação, as seguintes situações:*

***d.1.1.)** Comprovação, por meio da disponibilização de Relatórios da CCEE com Certificação Digital, a Comercialização de Energia Elétrica de portfólio próprio ou de terceiros de no mínimo 8,20 MW-médio, pelo período contínuo de no mínimo 12 meses;”*

Pelo princípio da vinculação ao instrumento vinculatório aduz-se que, uma vez nele estabelecidas as regras do certame, elas devem ser cumpridas, em seus exatos termos, pois evita-se a alteração de critérios de julgamento, além de dar a certeza aos interessados do que pretende a Administração. E se evita, finalmente, qualquer brecha que provoque violação à moralidade administrativa, à impessoalidade e à probidade administrativa.

Ocorre que a empresa não apresentou nenhum atestado de capacidade técnica, fato que inviabilizou a Comissão Julgadora realizar qualquer análise que atestasse sua capacidade técnica para executar os serviços pretendidos pela Ceagesp.

Ademais, pela falta do atestado, a prerrogativa de diligência não lhe cabia, porque não havia informações para serem evidenciadas ou esclarecidas. Nesse aspecto ainda, não há que se falar em violação ao princípio da isonomia e tampouco em tratamento diferenciado em relação a

COMERC, vez que essa última por ter apresentado atestados de capacidade técnica, colocou-se em situação diferente da recorrente, e nas competições públicas o tratamento igualitário deve ser concedido aos participantes que estão em situações iguais.

No mais, em que pese a recorrente ter apresentado cópias de atestados de Capacidade técnica emitidos pelas empresas Thera Trading Comercializadora de Energia Ltda, Schunck Indústria e Comércio Ltda, PMA Innova Administração Condominial Ltda, Hiperdutos Indústria de Plásticos Ltda, RS Distribuidora Ltda e Serra do Facão Energia S.A, de forma extemporânea e em sede de Recurso administrativo, os mesmos foram encaminhados para conhecimento da área demandante. Observe-se que, no entanto, ainda que tais atestados tivessem sido apresentados e analisados tempestivamente, a empresa permaneceria inabilitada porque conforme a Ata de Reunião Extraordinária 1331º da CCEE – Reunião 026-2023, a empresa Olympe somente foi habilitada para atuar no Comércio Varejista em 22/05/2023, estando portanto incapaz para atender o subitem d.1.1 no que diz respeito a comprovação de execução de serviços pelo prazo de 12 meses consecutivos na modalidade Comércio Varejista, com isso, verifica-se que o interessado, à época da abertura da disputa não era, e ainda permanece, capaz de atender as condições legais para efetivação do contrato.

Em vista dessas razões, conclui-se com base no princípio da indisponibilidade do interesse público que não assiste razão nas alegações apresentadas, devendo permanecer a empresa Olympe inabilitada.

V. DA DECISÃO

Por todo exposto e segundo entendimento dos princípios basilares da administração pública e os deveres correlatos, primando pelos princípios gerais que regem o Direito Administrativo, em consonância com os ditames da Lei nº 13.303/2016, termos do edital e todos os atos até então praticados, bem como em atenção ao recurso impetrado pelas recorrentes, **DECIDO POR ADMITIR E CONHECER OS RECURSOS** interpostos pelas empresas OLYMPE COMERCIALIZADORA DE ENERGIA LTDA e RZK COMERCIALIZADORA DE ENERGIA LTDA e, no **MÉRITO**, julgá-los **IMPROCEDENTES**

Ressalto que a presente decisão não é vinculativa à autoridade superior competente, apenas faz uma contextualização fática e documental com base no que foi carreado ao processo administrativo, confrontando-o com os elementos do edital e da Lei, de modo a fornecer subsídios



**Companhia de Entrepostos e
Armazéns Gerais de São Paulo**

Av. Dr. Gastão Vidigal, 1946
05316-900 - Vila Leopoldina - São Paulo - SP
Telefone: (11) 3643 3700
ceagesp@ceagesp.gov.br - www.ceagesp.gov.br

à autoridade superior à quem cabe a decisão final, ratificando ou não a decisão da Presidente da Comissão Julgadora.

Por fim, a decisão da Presidente da Comissão Julgadora é submetida à Autoridade Superior para apreciação e posterior ratificação.

São Paulo, 03 de maio de 2024.

Maria Valdirene R. S. Carlos
Presidente da Comissão Julgadora