

RELATO Nº 065/2024-DIEGE/DER-ES

À Diretoria Colegiada – DICOL/DER-ES

1. Identificação do Empreendimento:

Processo: 2020-D3FW5.

Objeto: Rescisão contratual.

Contrato: Contrato n.º 135/2021 referente à contratação de serviços especializados de engenharia, visando a execução dos serviços de implantação e pavimentação da Rodovia ES-010, no segmento compreendido entre Vila do Riacho a Regência, inclusive Obras de Arte Especiais – OAE's (Pontes), com extensão de 34,22 quilômetros sob circunscrição da Superintendência Executiva Regional III – SR-III do DER-ES.

Diretoria interessada: Diretoria Executiva Geral – DIEGE.

Assunto: Análise e decisão da Diretoria Colegiada do recurso em face da decisão de Rescisão do Contrato.

2. Objeto do relato:

Cuidam os presentes de análise ao recurso impetrado pela empresa CONSTRUTORA METROPOLITANA S.A em face da Rescisão unilateral publicada no Diário na data de 10 de abril de 2024.

3. Relatório inicial:

Preliminarmente, importa colecionar escorço histórico do procedimento de rescisão contratual, nos autos do processo 2020-D3FW5 (**Anexo 1**), relativo a licitação e contratação, o qual foi oportunamente instaurado pela autoridade competente em face de irregularidades graves da impetrante na execução do contrato.

A Defesa Prévia foi interposta pela CONSTRUTORA METROPOLITANA S.A , que visando desconstituição da decisão administrativa de intenção de rescindir unilateralmente o Contrato de Empreitada nº 135/2021, objetivando a “contratação de serviços especializados de engenharia visando a execução dos serviços de implantação e pavimentação da Rodovia ES-010, no segmento compreendido entre Vila do Riacho a Regência, inclusive Obras de Arte Especiais – OAE’s (pontes), com extensão de em 34,22 quilômetros, sob circunscrição da Superintendência Executiva Regional III – SR III do DER-ES.”

O contrato à peça #451 foi celebrado em 04/11/2021, publicado no Diário Oficial do Estado em 05/11/2021 (peça #452) e sua execução iniciada em 30/11/2021.

A Contratada tinha sido notificada em 26/01/2024 da intenção do DER/ES em rescindir unilateralmente o contrato nº 135/2021, bem como instada a apresentar DEFESA, por escrito, no prazo de 05 (cinco) dias úteis, conforme relatório desta Diretoria à época.

A Rescisão tem como base informações nos autos da SR-III de que a referida construtora não vem atendendo as entregas de serviço conforme pactuadas em cronograma, estando pendente a execução de diversos serviços, que, a essa altura, mostraram-se de finalização improvável ante o tempo restante até o encerramento do prazo estipulado.

Explica que, os serviços concluídos pela empresa encontram-se muito aquém do esperado, mesmo após a emissão de duas ordens de paralisação e da concessão de aditivo de prazo, demonstrando, a esta altura, a impossibilidade da empresa de realizar a obra em sua totalidade, motivo pelo qual a rescisão parece a melhor forma de cessar as irregularidades e evitar danos ainda maiores ao erário.

Destaca que os serviços vêm sendo desempenhados pela empresa de forma lenta, causando preocupação aquela Superintendência quanto ao cumprimento da integralidade do objeto do contrato e, após, diversas tentativas de reajustamento de cronograma e de concessão de aditivo de prazo, não nos restou outra alternativa,

senão a emissão da terceira notificação, que ensejou no presente pedido de rescisão, ilustra o alegado por meio do gráfico que segue.



Praticamente, conforme se extrai do gráfico acima, a empresa reduziu drasticamente o ritmo das obras a partir da 12 medição, o que induz quase uma paralisação.

Assim, não restam dúvidas que tal situação demonstrada enseja inadimplemento do contrato, em face do atraso relevante do cronograma de execução, em especial em obras estratégicas do Governo do Estado do Espírito Santo, que necessitam de conclusões efetivas e de qualidade, se tratando de investimento garantido pela Fundação Renova, com recursos das indenizações da tragédia ambiental no Rio Doce.

A comunidade de Regência tem cobrado esta autarquia também com veemência a respeito do assunto.

<https://www.agazeta.com.br/es/cotidiano/moradores-fecham-acesso-e-pedem-melhorias-na-estrada-de-regencia-0823>

<https://www.seculodiario.com.br/cidades/comunidades-denunciam-irregularidades-na-obra-de-asfaltamento-da-es-0-10>

<https://www.seculodiario.com.br/cidades/presidente-do-der-promete-decidir-sobre-rescisao-do-contrato-atual-em-uma-semana>

Nas peças #1085 à #1100, foram entranhados os formulários de Avaliação de Desempenho das 18ª medições, demonstrando as **não conformidades** recebidas pela empresa durante a execução contratual.

A Diretoria de Obras de Infraestrutura logística – DIREN manifestou-se nos autos por meio da CI nº 006/2024, onde ratificou as informações prestadas pela Superintendência e conclui solicitando o afastamento da possibilidade de rescisão amigável do Contrato 135/2021 em razão do flagrante descumprimento das obrigações assumidas pela contratada, opinando que a resolução da avença se dê de forma unilateral, inclusive com a aplicação das penalidades legais e contratuais conforme registrado.

Em sede de defesa prévia, a contratada reconheceu o atraso na execução do objeto, bem como que não detém condão de elidir as informações técnicas ali trazidas. Alegou atraso na instalação da Usina de Asfalto, mas informou que as duas Notificações de Insuficiência foram superadas, na medida em que estando a usina em pleno funcionamento, teria **absoluta capacidade de produtividade para não somente reverter a execução atrasada, como manter o prazo de execução incólume, consoante cronograma físico-financeiro apresentado em anexo nos autos.**

19ª MEDIÇÃO	20ª MEDIÇÃO	21ª MEDIÇÃO	22ª MEDIÇÃO	23ª MEDIÇÃO	24ª MEDIÇÃO
FEV/24	MAR/24	ABR/24	MAI/24	JUN/24	JUL/24
-	683.506,91 5,00%	687.313,98 5,03%	761.990,17 5,57%	346.824,93 2,54%	301.064,75 2,20%
874.938,95 3,04%	3.455.920,77 12,00%	3.455.920,77 12,00%	3.455.920,77 12,00%	3.455.920,77 12,00%	3.589.341,51 12,46%
116.316,21 3,59%	280.884,39 8,66%	386.822,60 11,93%	389.216,24 12,00%	389.216,24 12,00%	358.403,29 11,05%
-	142.510,79 10,00%	142.510,79 10,00%	142.510,79 10,00%	142.510,79 10,00%	142.510,79 10,00%
-	39.369,85 2,10%	60.367,10 3,22%	68.616,02 3,66%	95.646,97 5,10%	114.131,48 6,09%
-	499.930,42 10,00%	599.916,50 12,00%	549.923,46 11,00%	549.923,46 11,00%	549.923,46 11,00%
-	155.138,80 4,78%	168.360,46 5,19%	163.863,60 5,05%	324.658,16 10,00%	324.658,16 10,00%
-	757.322,10 12,50%	757.322,10 12,50%	787.614,99 13,00%	787.614,99 13,00%	848.200,75 14,00%
-	1.278,05 12,05%	1.352,29 12,75%	1.484,87 14,00%	1.909,12 18,00%	2.290,94 21,60%
-	-	-	-	-	-
-	-	-	-	-	-
34.593,12 1,50%	221.940,02 9,62%	230.942,68 10,01%	233.202,51 10,11%	224.827,34 9,75%	228.855,78 9,97%
-	-	-	-	-	-
1.025.848,28	6.237.802,09	6.490.829,28	6.554.343,42	6.318.952,76	6.460.280,90
21.507.108,69	27.744.910,78	34.235.740,06	40.790.083,48	47.109.036,24	53.569.317,14
-	-	-	-	-	-
20.481.260,41	20.481.260,41	20.481.260,41	20.481.260,41	20.481.260,41	20.481.260,41

Além de garantir os devidos e necessários esforços para a consecução do interesse público no objeto ora contratado, alegou que, no caso de rescisão unilateral, o tempo despendido para deflagração de novo procedimento licitatório imputaria maior prazo para a conclusão da obra, podendo causar maiores transtornos.

Neste sentido, esta Diretoria retornou os autos a SR-III em 06/02/2024, com a seguinte orientação: *Assim, tendo em vista a defesa apresentada e os argumentos ali expostos, em especial, quanto a alegação da resolução das pendências e ainda, quanto a apresentação de um novo cronograma a ser cumprido pela mesma. Encaminho os autos a essa Superintendência, para análise da defesa apresentada e ponderação quanto a possibilidade de retomada da obra pela empresa mediante a condição de irrestrito cumprimento dos prazos avançados sob pena de convalidação da rescisão da qual eles já foram devidamente notificados.*

Ocorre que, decorrido um mês das tratativas, foi devolvido os autos com manifestação advinda da Superintendência Executiva – SR-III, informando o descumprimento do novo cronograma apresentado pela empresa Construtora Metropolitana S.A em sede de defesa prévia da notificação para rescisão contratual.

Informa de vistoria in loco, onde não foi identificado mobilização compatível com os serviços previstos para serem entregues nos meses de fevereiro e março de 2024.

Destaca ainda não existir qualquer possibilidade de que a empresa Metropolitana alcance o montante de R\$ 6.000.000,00 previstos para o período.

Registra que, em visita ao trecho, verificou a existência de apenas uma moto niveladora e um caminhão pipa, que realizavam somente a manutenção da via existente, sem acréscimo de qualquer novo serviço.

Quanto a conclusão do serviço de mobilização da usina de asfalto, a mesma continua sem calibração e insumos, o que somado as informações anteriores, demonstra que a obra se encontra ainda muito aquém do proposto pela empresa.

Ante o exposto, se concluiu que não houve empenho da empresa em cumprir com o que foi informado em sua defesa prévia, ensejando a confirmação do entendimento inicial de inexecução parcial, com descumprimento do prazo e lentidão na execução de obras, o que ensejou a continuidade da rescisão contratual.

Ciente de tal cenário esta Diretoria Executiva, primando pelo contraditório e ampla defesa, solicitou que a empresa fosse novamente notificada para apresentação de Defesa Prévia, a qual foi apresentada na peça #1195 com as seguintes alegações feitas pela empresa, em especial no que tange ao seu aspecto financeiro, conforme destaca-se:

[...]

Nesta mesma linha de transparência e boa-fé, é imperioso destacar que a CMSA, ora contratada, vem sofrendo inadimplemento de diversos contratos firmados, de entes públicos que não liberaram o orçamento do exercício fiscal corrente.

Recaiu em desfavor da CMSA a onerosidade de contratos sem emissão de empenho – colocando em voga as respectivas execuções –, e valores substancialmente vultosos de inadimplemento que afetam não somente os referidos contratos, como a estrutura empresarial. (grifo nosso)

[...]

Nessa esteira, a CMSA não tem condições momentâneas de atender ao desiderato público cifrado no objeto do presente contrato, ao menos dentro do cronograma estabelecido, pois, a maior parte dos clientes fluminenses não estão cumprindo os seus compromissos financeiros.

Os valores são de pomposo relevo e sem a respectiva quitação, a CMSA está imbuída com os custos mínimos de operação, o que vem fazendo com muita maestria e ginástica financeira, uma vez que assim como qualquer pessoa jurídica, vivese do seu faturamento.

Diante de tais premissas, há de se concluir duas situações: 1) a CMSA concorda com a resilição do sinalagma; e 2) o atraso do cronograma ocorreu em razão de caso fortuito, regularmente comprovado e impeditivo da execução do contrato. (grifo nosso).

Explanada a situação e admitida a impossibilidade de atender ao objeto contratual, manifesta sua concordância no distrato do mesmo pugnando pela possibilidade de celebração de rescisão amigável, com fundamento no artigo 79, Inciso II da Lei regente no contrato.

A defesa prévia não foi aceita, sendo mantida a decisão da rescisão unilateral, conforme fundamentos já expostos, pois as alegações da contratada não ilidiram a irregularidade.

A decisão referente a defesa prévia foi entranhada na peça #1198 e o Termo de Rescisão Unilateral foi publicado no Diário Oficial do Estado do Espírito Santo em 10 de abril de 2024 e a partir daí iniciou-se a contagem do prazo de 05 (cinco) dias para apresentação do recurso.

A Construtora Metropolitana S.A manifestou-se em sede de Recurso Administrativo (#1206), onde reiterou os mesmos argumentos expostos em sua Defesa Prévia, em especial, no que tange as dificuldades financeiras enfrentadas pela empresa em virtude dos inadimplementos causados pela morosidade na aprovação do orçamento de outros clientes públicos o que ocasionou a dificuldade em cumprir o objeto dentro do prazo de vigência contratual.

Além disso, narra que o reequilíbrio contratual ocorreu em agosto de 2022 e que o descompasso inflacionário suportado pela recorrente durante esse interregno de tempo compreendido entre a data-base do orçamento (nov/2019), passando pela assinatura do contrato (nov/2021), até chegar na data da publicação da Portaria (jun/2022) e concessão do reequilíbrio sobrepujou qualquer capacidade de retomar o status quo determinado durante o certame licitatório.

4. Da Decisão:

Com base nas justificativas e relatórios acostados aos autos, que demonstram irregularidades cometidas pela empresa, constituindo inadimplemento do contrato em face do atraso no cronograma de execução, não vislumbro acolhimento das alegações da empresa quanto a solicitação de rescisão amigável.

Resta evidenciado, portanto, não concluirá a obra e/ou serviços nos parâmetros técnicos e prazo estipulados, conforme reconhecido pela mesma.

Especificamente no que tange as alegações quanto ao desequilíbrio ocasionado nos contratos no período da pandemia, se trata de fato reconhecido pela administração, por meio das PORTARIA CONJUNTA SECONT / SEMOBI / PGE / DER Nº 002-S, DE 03 DE JUNHO DE 2022, alterada pela PORTARIA CONJUNTA SECONT / SEMOBI / PGE / DER Nº 03-S, DE 12 DE DEZEMBRO DE 2022, relativas as variações atípicas e desproporcionais do preço de alguns insumos de materiais em razão da pandemia da COVID-19.

De fato, nem todas as empresas tem condição de manter um fluxo normal de execução com a perspectiva de reequilibrar seus gastos incorridos, mas também não se pode olvidar que a administração não se quedou inerte e garantiu ferramentas para

reequilibrar os contratos, como inclusive, ocorreu no caso em tela com o devido pagamento do reequilíbrio.

Ademais, reequilíbrio não pode ser considerado como atraso de pagamento, se trata de uma situação excepcional, que não é de responsabilidade da administração, e depende de sua devida apuração, proporcional aos encargos majorados, sendo devido após o cumprimento dos normativos supracitados.

Vale ponderar também que o descumprimento do cronograma contratual ocorreu após o pagamento do reequilíbrio, o que nos remete a ponderar que a tese sustentada pela contratada quanto a demora no pagamento do reequilíbrio fica, de certa forma, desarrazoada.

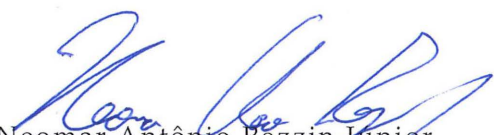
Portanto, sendo certo não apresenta razões suficientes para reforma da decisão, reforço que a hipótese ora analisada enseja a denominada *rescisão administrativa*, cujo respaldo legal se encontra nos artigos 77 e 78, incisos I, II e III, da mencionada Lei nº 8.666/93.

5. Da Conclusão:

Dessa forma e ante todas as argumentações acima expostas, esta Diretoria, nos termos do Art. 109 da lei nº 8.666/93, decidi por INDEFERIR O PRESENTE RECURSO ADMINISTRATIVO, com a manutenção da rescisão unilateral.

Submete o presente Relatório a deliberação do Órgão Colegiado Superior desta Autarquia, nos termos do artigo 11, inciso X da Lei Complementar nº 926/2019, a fim de manter ou alterar a decisão desta Diretoria Executiva.

Vitória/ES, 15 de maio de 2024.


Neomar Antônio Pezzin Junior

DIRETOR SETORIAL – DIRETORIA EXECUTIVA GERAL DO DER-ES –
DIEGE/DER-ES

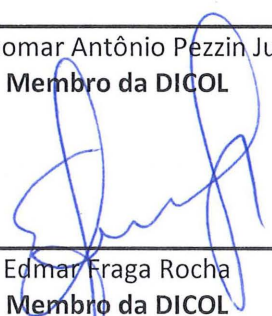
RELATO Nº 065/2024-DIEGE/DER-ES

RESOLUÇÃO DICOL Nº 65/2024

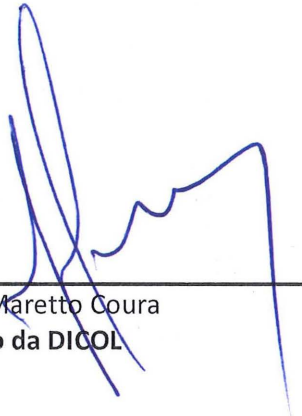
Em conformidade com o Relato supramencionado, exposto pelo Diretor Setorial da Diretoria Executiva Geral do DER-ES, que fundamentou o mesmo com base nos documentos elaborados pela diretoria interessada, a Diretoria Colegiada desta Autarquia **RESOLVE**: Aprovar, por unanimidade, o assunto constante no Relato nº 065/2024-DIEGE/DER-ES, inserto nos autos 2020-D3FW5, o qual foi incluído na Ata da 16ª Reunião da DICOL realizada no dia 15/5/2024.



José Eustáquio de Freitas
Presidente da DICOL



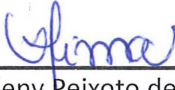
Neomar Antônio Pezzin Junior
Membro da DICOL



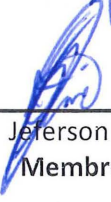
Luiz Cesar Maretto Coura
Membro da DICOL



Edmar Fraga Rocha
Membro da DICOL



Charleny Peixoto de Lima
Membro da DICOL



Jefferson Garcia Lima
Membro da DICOL



Nilcemar Alves Cabral Junior
Membro da DICOL