



**AO ILUSTRÍSSIMO PRESIDENTE DA COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO DA COMPANHIA
ESPÍRITO SANTENSE DE SANEAMENTO - CESAN**

Ref. Licitação CESAN 037/2023

Processo: 2023.017733

CONTRACTOR ENGENHARIA LTDA, empresa líder do **CONSÓRCIO BARRAGEM DOS
IMIGRANTES - RIO JUCU**, já devidamente qualificada no procedimento licitatório em epígrafe, por seu
representante legal (doc. 01), vem, respeitosa e tempestivamente, com base no item 14.10 do edital, apresentar

CONTRARRAZÕES

ao recurso administrativo da licitante **NOVA ENGEVIX ENGENHARIA E PROJETOS S.A.**, interposto contra a
escorreita decisão que declarou o referido Consórcio vencedor do certame.

A r. decisão recorrida, entretanto, merece ser mantida incólume, pelas razões de fatos e de
direito a seguir expostas, razão pela qual, desde já, requer-se o não provimento do recurso administrativo ora
respondido.

Nestes termos, pede deferimento.

Vitória/ES, 28 de março de 2024.

CONTRACTOR ENGENHARIA LTDA
Empresa líder do Consórcio Barragem dos Imigrantes - Rio Jucu



Ref. Licitação CESAN 037/2023

Processo: 2023.017733

Recorrente: NOVA ENGEVIX ENGENHARIA E PROJETOS S.A.

Recorrido: CONSÓRCIO BARRAGEM DOS IMIGRANTES - RIO JUCU, formado pelas empresas Agservice Engenharia LTDA, Contractor Engenharia LTDA (Líder) e Magna Engenharia LTDA.

1. TEMPESTIVIDADE DAS CONTRARRAZÕES

Considerando que o prazo para interposição de recurso administrativo se findou em 21 de março de 2024, o prazo de 05 (cinco) dias úteis para apresentação de contrarrazões se encerrará em **28 de março de 2024**, às 17hrs, conforme o disposto no item 14.4 do edital em referência.

Portanto, tempestivas as contrarrazões ao recurso administrativo apresentadas na presente data.

2. SOBRE A LICITAÇÃO CESAN 037/2023 E A R. DECISÃO RECORRIDA

A Companhia Espírito Santense de Saneamento - CESAN lançou o edital de Licitação nº 037/2023, cujo objeto é a contratação de empresa para execução de obras, serviços, operação e manutenção da barragem do Rio Jucu Braço Norte, localizada na divisa dos municípios de Viana e Domingos Martins, Estado do Espírito Santo, em regime de contratação semi-integrada.

Após sessão pública de disputa, o Consórcio Barragem dos Imigrantes - Rio Jucu, composto pelas empresas Contractor Engenharia LTDA, Agservice Engenharia LTDA e Magna Engenharia LTDA, sagrou-se arrematante, com lance no montante mais vantajoso para a CESAN, no valor de R\$264.500.000,00 (duzentos e sessenta e quatro milhões e quinhentos mil reais).

Ato contínuo, o Consórcio apresentou todos os seus documentos de habilitação, devidamente assinados, incluindo aqueles para fins (i) de comprovação da capacidade técnica das consorciadas e (ii) de constituição do respectivo Consórcio. *In verbis*:

EDITAL:

- 12.3 A proposta comercial, as declarações e demais documentos que necessitem de assinatura do representante da **LICITANTE**, deverão ser assinados eletronicamente mediante uso da certificação digital ICP Brasil, no padrão "PAdES". Caso o atestado de capacidade técnica encaminhado por e-mail esteja assinado digitalmente pela pessoa jurídica contratante, com certificação digital no padrão da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil)", será dispensada a solicitação de documentação original.

TERMO DE REFERÊNCIA:

- 7.2 Na constituição de consórcio, além do disposto no **art. 54, do Regulamento de Licitações da CESAN – Revisão 02**, deverão ser atendidas as seguintes exigências:
- 7.2.1 Indicação da empresa líder do consórcio, que deverá atender às seguintes condições de liderança:
- Responsabilizar-se por todas as comunicações e informações do consórcio.
 - Administrar o **INSTRUMENTO CONTRATUAL**.
 - No consórcio de empresa brasileira e estrangeira, a liderança caberá obrigatoriamente à empresa brasileira.
 - No caso de consórcio com empresa estrangeira a empresa líder será responsável por todas as providências que forem necessárias para atender a legislação nacional nos aspectos legais e de comércio exterior.
- 7.2.2 Apresentação dos **documentos de habilitação** descritos no **ANEXO II – DOCUMENTOS EXIGIDOS DO LICITANTE NA FASE LICITATÓRIA do Edital**, por parte de cada consorciada, admitindo-se, para efeito de qualificação técnica, o somatório dos quantitativos de cada uma e, para efeito de qualificação econômico-financeira, o somatório dos valores na proporção de sua respectiva participação.
- 7.2.3 Apresentação de **TERMO DE COMPROMISSO PÚBLICO OU PARTICULAR DE CONSTITUIÇÃO EM CONSÓRCIO**, subscrito pelas consorciadas, contendo a indicação da empresa líder responsável pelo consórcio e as seguintes responsabilidades:
- Compromisso e obrigações das consorciadas, dentre os quais o que cada consorciada responderá, individual e solidariamente, pelas exigências de ordem fiscal e administrativa pertinentes ao objeto da licitação, até a conclusão final dos trabalhos e serviços que vierem a ser contratados com o consórcio.
 - Declaração expressa de responsabilidade solidária, ativa e passiva, das consorciadas pelos atos praticados sob o consórcio, em relação à licitação e, posteriormente, ao eventual **INSTRUMENTO CONTRATUAL**.
 - Compromisso de que o consórcio não terá a sua composição ou constituição alterada ou, sob qualquer forma, modificada, sem prévia expressa concordância da **CESAN**.
 - Compromisso expresso de que o consórcio não se constitui, nem se constituirá em pessoa jurídica distinta de seus membros, nem terá denominação própria ou diferente das suas consorciadas.
 - Compromisso e a divisão do escopo no fornecimento para cada uma das consorciadas, individualmente, em relação ao objeto da licitação, bem como o percentual de participação de cada uma em relação ao faturamento dos serviços propostos.
 - Deverá fazer parte integrante do instrumento de consórcio, uma relação contendo os itens da planilha de preços cujos serviços serão executados e faturados por cada uma das consorciadas.

(...)

11 **DA QUALIFICAÇÃO TÉCNICA E ECONÔMICO FINANCEIRA**

11.1 **QUALIFICAÇÃO TÉCNICA**

- a) Certificado de registro da empresa proponente expedido pelo Conselho Regional de Engenharia e Agronomia - CREA;
 - b) Declaração de que disponibilizará, profissional(is) devidamente inscrito(s) e regular(es) perante o CREA o(s) qual(is) se responsabilizará(ão) pela execução dos trabalhos;
 - c) **Termo de Compromisso** do profissional indicado como responsável técnico, conforme modelo constante no **ANEXO XI – RELAÇÃO DE MODELOS**, do Edital;
 - d) Prova de regularização do referido profissional junto ao CREA, através de Certidão comprovando sua inscrição com o Órgão;
 - e) Prova de vinculação ou compromisso futuro do responsável técnico para com a **LICITANTE**;
 - e.1) O referido profissional poderá ser diretor, sócio ou fazer parte do quadro permanente da empresa **LICITANTE**, na condição de empregado ou contratado, devendo comprovar, obrigatoriamente, sua vinculação com a empresa, através de Carteira de Trabalho, Contrato de Prestação de Serviços ou Ficha de Registro de Empregado, quando este não fizer parte do Contrato Social da firma proponente. A comprovação efetiva do vínculo deverá ocorrer até a data da assinatura do **INSTRUMENTO CONTRATUAL**, sob pena de decair do direito de contratação.
 - f) O profissional responsável técnico pela execução das **obras e serviços** deverá possuir Certidões de Acervo Técnico (CAT) emitidas pelo Conselho Regional de Engenharia e Agronomia (CREA) acompanhadas dos respectivos atestado(s) de responsabilidade técnica, fornecido(s) por pessoa(s) jurídica(s) de direito público ou privado e as respectivas, que comprovem a aptidão para desempenho de atividade pertinente a:
 - **Execução de Barragem;**
 - **Execução de Túnel escavado em solo;**
 - **Execução de Vertedouro;**
 - **Operação de Barragem.**
 - g) Comprovação de capacidade operacional da empresa **LICITANTE**, mediante a apresentação de Atestado(s) em nome da **LICITANTE**, emitidos pelo contratante titular, obrigatoriamente pessoa jurídica de direito público ou privado, comprovando a execução de obras e serviços de características semelhantes, de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superiores a:
 - **Execução de Barragem com altura da crista igual ou superior 20 (vinte) metros;**
 - **Execução de Túnel escavado em solo com diâmetro de no mínimo 2 (dois) metros;**
 - **Execução de Vertedouro com capacidade de no mínimo 200m³/s na vazão de projeto**
 - **Operação de Barragem com altura da crista igual ou superior 20 (vinte) metros**
- Notas:**
1. As comprovações solicitadas acima não poderão ser efetuadas por meio do somatório de atestados.
 - Não serão aceitos atestados técnicos de execução de obras contratadas pela CESAN fornecidos por terceiros por motivo de subcontratações e/ou subrogações não formalizadas e/ou aprovadas pela CESAN. Nos demais casos, a CESAN poderá diligenciar para a obtenção de esclarecimentos e ratificações junto aos órgãos e entidades expedidoras do atestado.
 2. Os atestados de capacidade técnica apresentados tanto pelo Responsável Técnico quanto pela empresa **LICITANTE** deverão possuir destaque em caneta lumicolor naqueles serviços que a **LICITANTE** julgar atender as exigências constantes nas alíneas “f” e “g”.
 3. Os profissionais indicados pela **LICITANTE** para fins de comprovação da capacitação técnica deverão participar da execução do **INSTRUMENTO CONTRATUAL**, admitindo-se a substituição por profissionais de experiência equivalente ou superior, desde que aprovada previamente pela CESAN.

Realizada a análise da documentação encaminhada, diante do fiel cumprimento de todas as exigências jurídicas, técnicas e formais, sobreveio decisão da d. CPL que declarou o Consórcio **HABILITADO**, que, por conseguinte, foi **DECLARADO VENCEDOR** do certame.

Irresignada, sem razão, a licitante NOVA ENGEVIX ENGENHARIA E PROJETOS S.A. interpôs recurso administrativo, aduzindo, em suma, que: (i) a empresa líder do Consórcio vencedor não teria demonstrado capacidade técnica para o item “*execução de túnel escavado em solo com diâmetro de no mínimo 2 metros*”; (ii) o termo de compromisso particular de constituição do consórcio não atenderia ao disposto no edital e no RLC; e (iii) alguns documentos apresentados pelo Consórcio não estariam assinados eletronicamente.

Com efeito, o recurso administrativo corporifica o mero inconformismo da segunda colocada e a tentativa vã de inabilitar o licitante que apresentou proposta mais **vantajosa** para a Administração Pública, na medida em que o Consórcio recorrido atendeu a todas as exigências de habilitação e apresentou o **menor lance -- inferior em R\$490.00,00 (quatrocentos e noventa mil reais)** ao da segunda colocada, ora recorrente.

3. RAZÕES DE NÃO PROVIMENTO DO RECURSO ADMINISTRATIVO

O recurso administrativo, ora respondido, não merece provimento.

Como se passa a demonstrar, a insurgência da recorrente não prospera, pois: (i) o Consórcio recorrido atendeu integralmente às exigências de qualificação técnica, tendo apresentado atestados que comprovam a expertise das consorciadas na execução dos serviços arrolados no edital; (ii) o termo de constituição do consórcio já detidamente analisado pela CPL e está de acordo com as disposições do RLC e do edital aplicáveis; e (iii) todos os documentos apresentados possuem assinatura eletrônica validada.

3.1. CUMPRIMENTO DA EXIGÊNCIA TÉCNICA PREVISTA NO ITEM 11.1, “G” DO TERMO DE REFERÊNCIA – EXECUÇÃO DE TÚNEL ESCAVADO EM SOLO COM NO MÍNIMO DOIS METROS DE DIÂMETRO

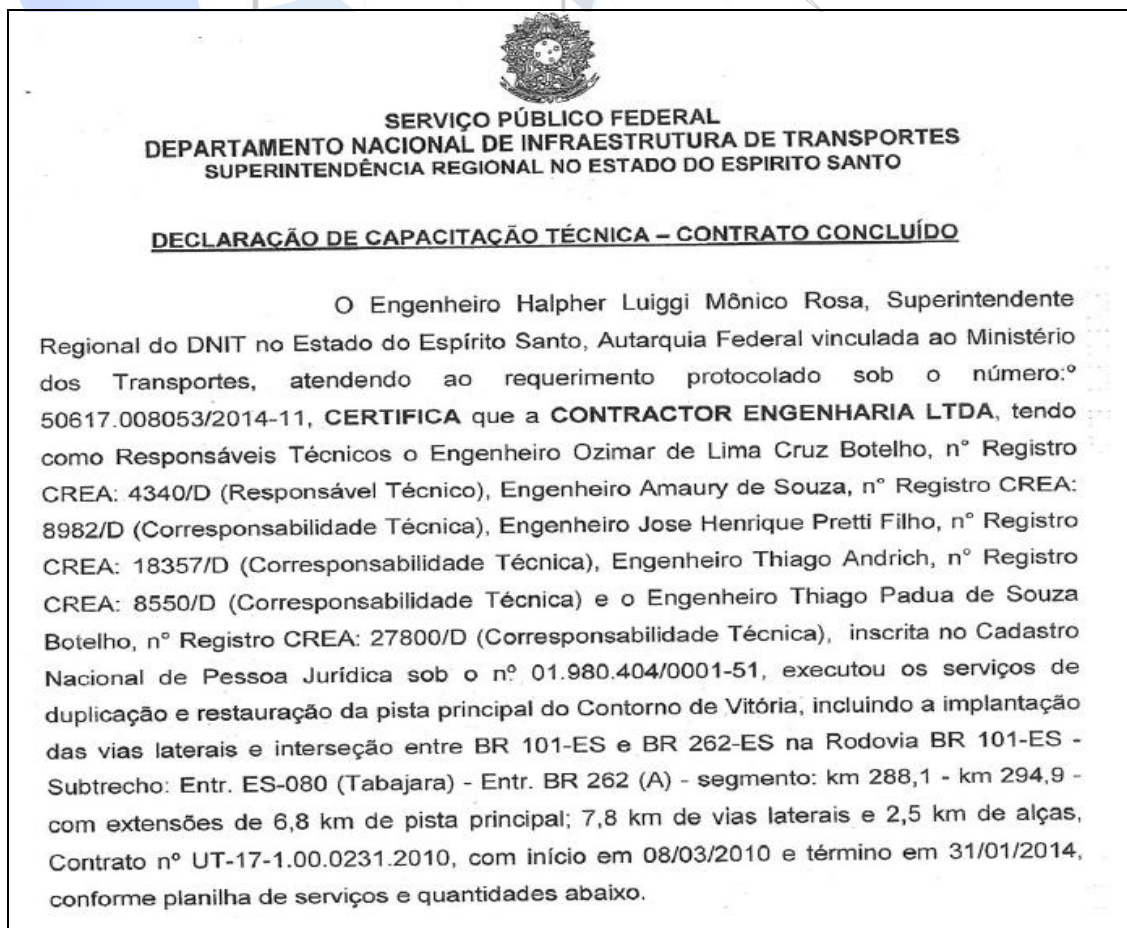
Como dito, para fins de comprovação de qualificação técnica operacional, o edital previu a apresentação de atestados em nome da licitante, emitidos pelo contratante titular, obrigatoriamente pessoa

jurídica de direito público ou privado, comprovando a execução de obras e serviços de características semelhantes, de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superiores a:


- a) Execução de Barragem com altura da crista igual ou superior 20 (vinte) metros;
- b) Execução de Túnel escavado em solo com diâmetro de no mínimo 2 (dois) metros;**
- c) Execução de Vertedouro com capacidade de no mínimo 200m³/s na vazão de projeto; e
- d) Operação de Barragem com altura da crista igual ou superior 20 (vinte) metros.

Especificamente para comprovar a capacidade técnica operacional da parcela de maior relevância descrita na letra “b”, o Consórcio recorrido apresentou atestado que comprova **exatamente** a execução dos serviços indicados no mencionado item: execução de túnel escavado em solo com diâmetro superior a 02 (dois) metros.

Trata-se do atestado emitido pelo Departamento Nacional de Infraestrutura e Transportes – DNIT, em favor da empresa CONTRACTOR ENGENHARIA LTDA, referente ao contrato administrativo CT nº 17.1.0.00.0231.2010 – Atestado 068590/2014 (fls. 452 a 464):



O atestado encontra-se devidamente acervado e foi acompanhado de esclarecimento emitido pelo Superintendente do DNIT/ES. Confira-se:

 CONSELHO REGIONAL DE ENGENHARIA E AGRONOMIA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO		
CERTIDÃO DE ACERVO TÉCNICO - CAT Nº 001329/2014		
Profissional: OZIMAR DE LIMA CRUZ BOTELHO		Protocolo Nº: 068590/2014
Carteira.....: ES-004340/D		
Título(s): ENGENHEIRO CIVIL		
ART Nº: 20100026580	Art(s) Aditivo(s) -> - 0820110118262 , - 0820110118286 , - 0820120076350 , - 0820120076353 , - 0820120090836 , - 0820130003186 , - 0820130053968 , - 0820130105695 , - 0820130131468 , - 0820130139023 , - 0820130154246 , - 0820140014618 ,	
Empresa Executora: CONTRACTOR ENGENHARIA LTDA		
Contratante: DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES - DNIT/ES		
Local da Obra: ROD.BR 101 -ES - KM 288,1 - KM 294,3 - CONTORNO DE VITORIA		
Município: CARIACICA		UF: ES
Atividades Técnicas: EXECUÇÃO DE OBRA E/OU SERVIÇOS TÉCNICOS -----XX--XX--XX--XX--XX--	Natureza da Obra/Serviço: RODOVIAS PONTES E GRANDES ESTRUTURAS -----XX--XX--XX--XX--XX--	Tipo de Obra: RODOVIAS PONTES E VIADUTOS TERRAPLENAGEM/PAVIMENTAÇÃO -----XX--XX--XX--XX--XX--
Resumo do Contrato: RÉSPONSÁVEL TÉCNICO PELA EXECUÇÃO DOS SERVIÇOS NECESSÁRIOS À REALIZAÇÃO DA COMPLEMENTAÇÃO DAS OBRAS DE DUPLICAÇÃO DO CONTORNO DE VITÓRIA - RODOVIA BR 101-ES - SUBTRECHO: ENTR. ES-080 (TABAJARA) - ENTR. BR 262 (A) - SÉGMENTO: KM 288,1 - KM 294,3 - EXTENSÃO DE 6,20KM (CONTRATO N.º 17.1.0.00.0231.2010 E 12 TERMOS ADITIVOS). -----XX--XX--XX--XX--XX--		
"Documento de Conclusão: DECLARAÇÃO DE CAPACIDADE TÉCNICA - CONTRATO CONCLUÍDO, EXPEDIDO PELA CONTRATANTE EM 17/10/2014, ASSINADO PELO ENGENHEIRO HALPHER LUIGGI MÔNICO ROSA - SUPERINTENDENTE REGIONAL DO DNIT/ES, CERTIFICADO POR ESTE CONSELHO. -----XX--XX--XX--XX--XX--		
RESTRICÇÕES : EXCETO SERVIÇOS DE HIDROSSEMEADURA E PLANTIO DE GRAMA EM PLACAS.		
Atestado Certificado com aposição de selo(s) de segurança numerado(s) de A 0038508 até A 0038518.		

(...)



DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES

**DECLARAÇÃO DE CAPACITAÇÃO TÉCNICA - CONTRATO
CONCLUÍDO COMPLEMENTO**

Processo nº 50617.000969/2023-13

Interessado: **CONTRACTOR ENGENHARIA LTDA.**

O Engenheiro Romeu Scheibe Neto, Superintendente Regional do DNIT no Estado do Espírito Santo, Autarquia Federal vinculada ao Ministério da Infraestrutura, atendendo solicitação da interessada, CERTIFICA que a **CONTRACTOR ENGENHARIA LTDA**, tendo como Responsáveis Técnicos o Engenheiro Ozimar de Lima Cruz Botelho, nº Registro CREA: 4340/D (Responsável Técnico), Engenheiro Amaury de Souza, nº Registro CREA 8982/D (Corresponsabilidade Técnica), Engenheiro Jose Henrique Pretti Filho, nº Registro CREA 18357/D (Corresponsabilidade Técnica), Engenheiro Thiago Andrich, nº Registro CREA: 8550/D (Corresponsabilidade Técnica) e o Engenheiro Thiago Pádua de Souza Botelho, nº Registro CREA 27800/D (Corresponsabilidade Técnica), inscrita no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica sob o nº 01.980.404/0001-51, executou através do Contrato 17.1.0.00.0231.2010, em conformidade com a Declaração de Capacitação Técnica – Contrato Concluído, emitida pelo DNIT em 17 de outubro de 2014, o serviço de Passagem Inferior Km 292,00+480, vão 14,10m, comprimento 14,10m, largura 24,70m, área 348,27m² e esclarece que este, teve como metodologia executiva para a transposição transversal não destrutiva sob a BR-101/ES Km 292,00+480, além da execução dos serviços inerentes à OAE, a posterior execução de escavação de túnel em solo, nas dimensões acima mencionadas.

(documento assinado eletronicamente)

Eng. Romeu Scheibe Neto

Superintendente Regional do DNIT/ES



Documento assinado eletronicamente por **Romeu Scheibe Neto, Superintendente Regional no Estado do Espírito Santo**, em 11/07/2023, às 17:59, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).

A declaração acima transcrita, como facilmente se vê, é documento que integra processo administrativo instaurado no Sistema Eletrônico de Informações (SEI) de órgão da Administração Pública Federal - o DNIT, e foi devidamente assinada por Autoridade Federal - o Superintendente Regional do DNIT/ES, cujos atos por ela praticados gozam de **fé pública**.

Nesse contexto, após criteriosa análise técnica, a d. CPL da CESAN corretamente concluiu pela comprovação de execução de **escavação de túnel de solo** nas medidas indicadas no **atestado** de capacidade técnica em referência (**com diâmetro superior a dois metros**), tendo ainda consignado expressamente que os serviços envolviam transposição transversal com posterior escavação de túnel de solo em dimensões acima do mínimo exigido em edital.

Eis a conclusão da d. CPL sobre o atestado em comento:

➤ **Execução de Túnel escavado em solo;**

Engenheiro civil **OZIMAR DE LIMA CRUZ BOTELHO**

▪ **CAT nº 001329/2014 emitida pelo CREA-ES**

Contrato nº 001/PJ/PMCJS/2002 firmado entre CONTRACTOR ENGENHARIA LTDA e DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES – DNIT-ES para os serviços de passagem Inferior Km 292,00+480, vão de comprimento 14,10m, largura 24,70m, área 348,27m².

Serviços comprovados: transposição transversal não destrutiva sob BR 101/ES km 292,00+480, além da execução dos serviços inerentes à OAE, a posterior execução de escavação de túnel de solo, nas dimensões acima mencionadas.

Não obstante o **inconteste** cumprimento da exigência editalícia, a recorrente aduz que o atestado apresentado pela empresa líder do Consórcio recorrido não comprovaria tal expertise, na medida em que não se refere à execução de túnel escavado em solo “**para uma barragem**”, mas, sim, para uma obra rodoviária.

Sem razão a recorrente.

(A)

VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO

A partir da simples leitura do instrumento convocatório, que é regido pela Lei Federal nº 13.303/2016 e pelos princípios da ampla concorrência, da **vinculação ao instrumento convocatório**, do julgamento objetivo e da razoabilidade (art. 31¹), extrai-se que a exigência de qualificação técnica operacional se limita à **comprovação de execução de serviços iguais ou semelhantes àqueles de maior relevância**, por meio da apresentação de **atestados**.

Dentre as parcelas de maior relevância que se exige comprovação de capacidade técnica está o serviço de execução de túnel escavado em solo, com diâmetro mínimo de 2 (dois) metros (item 11.1 do Termo de Referência).

Veja-se, o edital, de maneira clara e objetiva, exigiu a apresentação de (a) atestado (b) de execução de túnel (c) escavado (d) em solo (e) com diâmetro de no mínimo 2 (dois) metros e nada mais!

¹ Art. 31. As licitações realizadas e os contratos celebrados por empresas públicas e sociedades de economia mista destinam-se a assegurar a seleção da proposta mais vantajosa, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto, e a evitar operações em que se caracterize sobrepreço ou superfaturamento, devendo observar os princípios da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, da economicidade, do desenvolvimento nacional sustentável, da **vinculação ao instrumento convocatório**, da obtenção de competitividade e do julgamento objetivo.

Portanto, para a comprovação da capacidade técnica sobre execução de túnel escavado em solo, o edital não restringe a tipologia da obra (barragem), tampouco, faz qualquer referência ou remissão a outros anexos do instrumento convocatório, como o projeto básico, por exemplo.

Assim, é claro e evidente que as exigências de qualificação técnica, **efetivamente previstas no edital**, foram integralmente cumpridas pelo Consórcio recorrido, na medida em que sua empresa líder apresentou **atestado** que comprova a execução de **túnel escavado** em solo **com diâmetro superior a 2 (dois) metros**, ou seja, demonstra sua expertise exatamente no serviço descrito no instrumento convocatório.

Nesse ponto, não obstante a obviedade do que se afirma, requer-se vênia para registrar que o atestado apresentado pelo Consórcio recorrido não trouxe serviço semelhante ou de complexidade equivalente: o atestado em comento demonstrou a execução pretérita exatamente do serviço descrito no edital - túnel escavado em solo com mais de 2 metros diâmetro!

A recorrente, contudo, tenta impor ao Consórcio recorrido de exigência de habilitação técnica operacional que **não** foi prevista no edital, qual seja, uma tipologia de obra específica para a execução do túnel, em absurda tentativa de induzir a Administração Pública a *error*.

Ora, o edital (cuja minuta foi juridicamente analisada antes da fase externa do certame) foi preciso ao prever quais seriam as exigências de qualificação técnica operacional que deveriam ser cumpridas por todas as empresas que acudissem ao certame e o Consórcio recorrido cumpriu fielmente com todas essas exigências.

Para além da conveniência e da oportunidade, o certame não previu que o atestado deveria se referir **exclusivamente** à obra de barragem (tipologia de obra específica).

Inclusive, nas parcelas de maior relevância sobre barragem propriamente (execução e operação), nota-se que o instrumento convocatório -- *atento ao regime de execução de contratação semi-integrada e ao princípio da ampla competitividade* -- não especifica o tipo de barragem (se em solo, em concreto rolado, ou em concreto armado, por exemplo) ou para qual destinação essa seria (se para reservação de água, ou contenção de rejeitos, por exemplo) para fins de qualificação técnica.

Assim, concluir como pretendido pela recorrente -- que o atestado em comento não atingiria a qualificação almejada pela CESAN por não se tratar de túnel *para uma barragem* -- é estabelecer

extemporaneamente *novel* e *restritiva* exigência de comprovação de capacidade técnica operacional, em frontal violação aos princípios norteadores das contratações públicas, em especial, ao da vinculação ao instrumento convocatório.

Sobre o DEVER de obediência ao princípio da **vinculação ao instrumento convocatório** a jurisprudência é uníssona. Nesse sentido já decidiu o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO:

APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA – LICITAÇÃO – QUALIFICAÇÃO TÉCNICA – VINCULAÇÃO AO EDITAL – RECURSO DESPROVIDO. 1. **O edital rege as regras do certame e se aplica igualmente a todos aqueles que estão participando do certame, submetendo tanto os participantes, quanto a Administração ao Princípio da Vinculação ao Edital. Desse modo, é cediço que a Administração Pública, ao assegurar a vinculação ao Edital, acaba por garantir o necessário tratamento igualitário de todos os concorrentes – que se submeterão às mesmas regras – e, com isso, garantir a eficácia dos princípios da legalidade e impessoalidade.** (...) 3. No controle judicial dos atos administrativos, o Poder Judiciário não pode fazer as vezes da administração pública e atuar como se ela fosse, sob pena de violação do Princípio da Separação dos Poderes. 4. No caso, a exigência prevista no edital refere-se à capacidade técnica do profissional, o que relaciona-se com o Princípio da Eficiência, de modo que não compete ao Judiciário substituir o administrador e definir o conteúdo do ato. 5. Recurso desprovido. (TJ-ES - APELAÇÃO CÍVEL: 0005693-59.2021.8.08.0024, Relator: TELEMACO ANTUNES DE ABREU FILHO, 3ª Câmara Cível. J. 05/12/2023). Destacado.

.....

AGRAVO DE INSTRUMENTO. LICITAÇÃO. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO EDITAL. OPORTUNIDADE DE APRESENTAÇÃO DE NOVA PROPOSTA. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. 1. As regras estabelecidas no edital fazem lei entre as partes, não vinculando somente os licitantes, mas também a Administração Pública. Assim, em atenção aos princípios da isonomia e da vinculação ao edital, não pode a Administração mudar as regras do edital inadvertidamente, surpreendendo os envolvidos ou promovendo eventual vantagem para um dos participantes. 2. Por não ter cumprido regra editalícia a agravante São Gabriel Ambiental e Terraplanagem Ltda foi desclassificada no certame em 18/03/2022. Contudo, a Procuradoria Geral do Município de São Mateus, através do parecer

nº 281/2022, considerou inaplicável o desconto linear em relação aos gastos com mão de obra, opinando pela revisão do ato de desclassificação, além de oportunizar à licitante a correção da planilha enviada, sendo que tais medidas foram adotadas pela Comissão de Licitação em 08/04/2022. 3. Posteriormente, como a segunda proposta apresentada também foi considerada irregular, em 10/05/2022 foi assegurada nova oportunidade à licitante, momento no qual foi apresentada nova proposta com valores unitários dos produtos alterados. 4. A aplicação ou não do desconto linear nos itens de mão de obra irá necessariamente impactar nos valores atribuídos aos demais itens que compõe a proposta. Assim, tal regra deve ser aplicada igualmente para todos os licitantes, já que influenciaria na precificação de todos os itens que compõem as propostas dos licitantes. 5. Não se trata aqui de mera oportunidade para correção de vícios formais, situação que não acarretaria qualquer comprometimento ao certame, mas sim, de ter sido possibilitada a apresentação de nova proposta, desconsiderando regra estabelecida para todos os participantes. 6. Recurso conhecido e improvido. (TJ-ES - AGRAVO DE INSTRUMENTO: 5000272-07.2023.8.08.0000, Relator: JAIME FERREIRA ABREU, 4ª Câmara Cível, j. 19/09/2023).

.....

APELAÇÕES CÍVEIS. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. VINCULAÇÃO AS REGRAS DO EDITAL. RECURSOS PROVIDOS PARA DENEGAR A SEGURANÇA. 1. O edital é Lei entre os licitantes, ao qual se vincula tanto a Administração, quanto os candidatos. Estabelecidas as regras que regerão o certame e, em sendo públicas, devem ser obedecidas, tanto por quem as editou, quanto por quem a elas se submete, devendo, ainda, os termos do edital obedecerem à legislação vigente. 2. Tratando-se de critério objetivo constante do edital, a análise da documentação apresentada refoge ao poder discricionário da administração pública, que deverá se ater aos critérios estabelecidos pelo instrumento convocatório. (...) **4. O cumprimento das disposições editalícias é fator de seleção dos licitantes, na medida em que o edital contém exigências que se aplicam a todos, sem distinção.** (...) 6. Recursos providos. Segurança denegada. (TJES; APL-RN 0010498-42.2018.8.08.0030; Quarta Câmara Cível; Rel. Des. Manoel Alves Rabelo; Julg. 08/02/2021; DJES 22/02/2021). Destacado.

Em suma, o que a recorrente pretende é impor ao Consórcio recorrido uma exigência de qualificação técnica restritiva, **não prevista no edital**, e com isso **inabilitar** a licitante que ofereceu a proposta **mais vantajosa** à Administração Pública, com lance inferior em quase meio milhão de reais.

(B)

AMPLA CONCORRÊNCIA (COMPETITIVIDADE)

Importa ainda registrar que a ausência de indicação de tipologia específica de obra para fins de comprovação da qualificação técnica operacional quanto à execução de túnel (assim como para a comprovação de expertise para a execução de determinado tipo de barragem ou de vertedouro) está em absoluta consonância com outro princípio regente das contratações públicas, qual seja, o da **ampla concorrência** (competitividade).

Sobre ele, o TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO entende ser irregular a **delimitação pelo edital de tipologia específica de obras para fins de comprovação de capacidade técnica de licitante**, devendo ser admitida a apresentação de atestados que demonstrem a realização de empreendimentos de natureza similar ao objeto licitado, sob pena de ficar configurada **restrição à competitividade** (TCU. Acórdão 1585/2015-Plenário. Relator Ministro ANDRÉ DE CARVALHO):

RELATÓRIO DE AUDITORIA. FISCALIZAÇÃO DE ORIENTAÇÃO CENTRALIZADA - AUDITORIA DE CONFORMIDADE EM OBJETOS SELECIONADOS COM BASE EM MODELO PROBABILÍSTICO DE ANÁLISE DE DADOS. EDITAIS DO PREGÃO ELETRÔNICO 126/2016 E DA CONCORRÊNCIA 39/2011. CLÁUSULAS COM POTENCIAL RESTRIÇÃO AO CARÁTER COMPETITIVO DA LICITAÇÃO. AUSÊNCIA DO RECEBIMENTO DEFINITIVO DOS SERVIÇOS. AUDIÊNCIAS. CIENTIFICAÇÃO DAS IMPROPRIEDADES. (...)

9.1. com fulcro no art. 7º da Resolução TCU 265/2014, dar ciência ao Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes e à Superintendência Regional do Dnit no Estado de Goiás e Distrito Federal acerca das seguintes irregularidades, identificadas nos editais do Pregão Eletrônico 126/2016 e da Concorrência 39/2011, bem como nos contratos decorrentes: (...)

9.1.2. **adoção**, nos editais do Pregão Eletrônico 126/2016 e da Concorrência 39/2011, de **critérios de habilitação restritivos à competitividade do certame**, especificamente a **exigência de atestado de qualificação técnica comprovando a experiência em tipologia específica de obra**, no caso, obra de rodovia, delimitando ainda a aceitação dos atestados somente relacionados com contratos de gestão ambiental, o que viola disposição do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, e do art. 3º, §1º, inciso I, da Lei 8.666/1993. TCU. Acórdão 134/2017-Plenário, Auditoria, Relator Ministro BENJAMIN ZYMLER). Destacado.

.....

REPRESENTAÇÃO. NÃO CONFIRMADA A ALEGADA IRREGULARIDADE NA HABILITAÇÃO DA EMPRESA VENCEDORA. ACEITAÇÃO DE ATESTADOS DE OBRAS OU SERVIÇOS SIMILARES DE COMPLEXIDADE EQUIVALENTE OU SUPERIOR, NOS TERMOS DA LEGISLAÇÃO. NÃO EVIDENCIADA RESTRIÇÃO À COMPETITIVIDADE. CONHECIMENTO. PROCEDÊNCIA PARCIAL. CIÊNCIAS. (...) 9.2. dar ciência ao Departamento de Estradas de Rodagens do Estado do Espírito Santo (DER/ES), de modo a evitar a repetição das falhas em futuros certames patrocinados com recursos federais, de que: (...) 9.2.2. a inserção de cláusulas relativas à qualificação técnica que vedem ou restrinjam a apresentação de atestados técnicos relativos a determinadas tipologias de obras ou serviços de engenharia contraria o art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei 8.666, de 1993, o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal e a jurisprudência do TCU, a exemplo dos Acórdão 1733/2010-TCU-Plenário. (TCU. Acórdão 2066/2016-Plenário, Auditoria, Relator Ministro AUGUSTO SHERMAN). Destacado.

Portanto, a luz do entendimento consolidado pelo TCU sobre a matéria, verifica-se que, caso a novel exigência de tipologia de obra fosse adotada nessa fase do procedimento licitatório, restariam violados os princípios da vinculação ao instrumento convocatório e da ampla competitividade (e, por óbvio, da legalidade, da isonomia e da razoabilidade).

(C)

EXIGÊNCIA TÉCNICA EM CONSONÂNCIA COM OS DEMAIS TERMOS DO EDITAL

Não bastasse o instrumento convocatório não prever qualquer restrição quanto à tipologia da obra quanto ao túnel escavado em solo, igualmente, o edital não definiu a metodologia construtiva para o túnel.

O projeto básico, por exemplo, não estabelece complexidade quanto à metodologia construtiva do túnel pretendido pela CESAN, por isso mesmo, para fins de qualificação técnica operacional o edital se limita a exigir a comprovação de execução de túnel escavado em pequena extensão e seção definida, o que foi comprovado pelo atestado acima referenciado que aponta a execução de túnel escavado em solo, com material transportado pelo seu interior para transposição de rodovia federal.

Logo, seria absolutamente **impertinente e restritiva a inovadora limitação** proposta pela recorrente em sua peça recursal.

Nesse ponto, merece ser destacado:

PRIMEIRO, que ao revés do levemente afirmado pela recorrente, a d. CPL da CESAN identificou com precisão os serviços descritos no atestado e na declaração emitidos pelo DNIT sobre os serviços de passagem inferior, executados pela recorrida Contractor no âmbito do Contrato nº 17.1.0.00.0231.2010.

“Serviços comprovados: transposição transversal não destrutiva sob BR 101/ES, km 292,00_480, além da execução dos serviços inerentes à OAE, a posterior execução de escavação de **túnel de solo**, nas dimensionados acima mencionadas” (comprimento de 14,10m, largura 24,7m, área 348,27m²).

É dizer: a d. CPL da CESAN, corretamente, identificou que a recorrida Contractor (líder do Consórcio vencedor do certame) executou passagem subterrânea (túnel) escavada em solo, para a consecução da obra de arte especial referente à transposição transversal no trecho de BR acima indicado.

SEGUNDO, a ausência de definição de tipologia de obras para serviços de engenharia como a execução de túnel escavado e vertedouro se revela aderente ao regime de execução semi-integrada adotada no presente certame.

Como sabido, faz parte do escopo da contratação a elaboração do projeto executivo da barragem, que consistirá na etapa do contrato na qual serão realizadas vastas campanhas de sondagens e investigações que permitirão uma adequada caracterização geológica do sítio onde será realizada a obra.

Nesse sentido, consta expressamente no projeto básico anexo ao edital que a *“quantidade e qualidade das investigações geológicas executadas permitem elaborar um modelo geológico adequado considerando o atual estágio do Projeto, sendo que em função do posicionamento final das estruturas definido no presente Projeto Básico, durante o Projeto Executivo, devem ser previstas novas investigações para verificação das condições ajustadas ao novo arranjo geral”*.

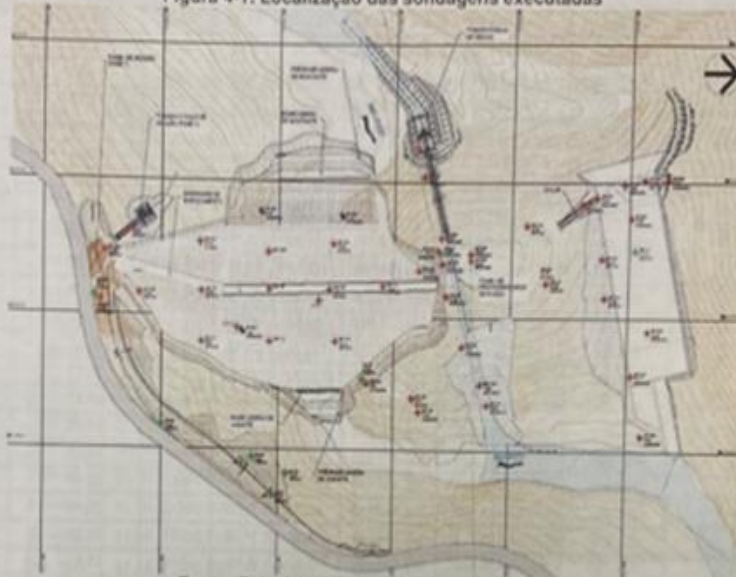
Senão, confira-se:

BARRAGEM DOS IMIGRANTES DO RIO JUCU

Fonte: Relatório CESAN E-062-000-00-RT-0002

A localização das sondagens é ilustrada na imagem a seguir.

Figura 4-1: Localização das sondagens executadas



Fonte: Relatório CESAN E-062-000-00-RT-0002

Além das investigações diretas foi realizado um levantamento geofísico por sísmica de refração, que compreendeu a execução de 26 lineamentos sísmicos localizados na área da barragem, pedra, áreas de empréstimo e vertedouro.

O conjunto de investigações realizadas e apresentadas nesse item deverá ser considerado como referência para definição do topo de rocha sã e alterada, se cabível.

A quantidade e qualidade das investigações geológicas executadas permitem elaborar um modelo geológico adequado considerando o atual estágio do Projeto, sendo que em função do posicionamento final das estruturas definido no presente Projeto Básico, durante o Projeto Executivo, devem ser previstas novas investigações para verificação das condições ajustadas ao novo arranjo geral.

No que se refere ao comportamento dos materiais de fundação, quanto seus parâmetros de resistência e deformabilidade, indica-se a execução de uma campanha de investigação que deve ocorrer ao longo das escavações. Tal campanha deve prever a execução tanto de ensaios de laboratório (cisalhamento direto, adensamento e triaxiais) quanto ensaios de campo (dilatométrico e pressiométrico).

A partir das sondagens apresentadas, na região da barragem e tomada d'água do túnel de adução é observada a presença de camadas de solo na ordem de 10 m na ombreira direita, e 4 m na ombreira esquerda da barragem.

As camadas superficiais são constituídas de solos coluvionares, residual maduro, com NSPT médio de 8 golpes. A camada subjacente é constituída de solos de rocha alterada, com NSPT acima de 40 para as camadas inferiores, antes de se alcançar os patamares de rocha. Esses solos apresentam valores de permeabilidade na ordem de 10^{-4} cm/s.

Desse modo, somente após essa fase investigativa será possível a determinação das soluções geotécnicas e técnicas de construção mais adequadas para que se tenha êxito na implantação da barragem, minimizando intercorrências durante a execução da obra, operação e manutenção.

Por isso a técnica construtiva a ser utilizada para a execução do túnel depende das características geológicas do terreno, seção, extensão e dificuldades locais, isso será definido no projeto executivo a ser executado pela contratada conforme estudos de geotecnia mais aprofundados quando do seu desenvolvimento do executivo.

Portanto, corretamente o edital exigiu apenas a comprovação de execução de túnel escavado em solo e seção definida, conforme mostra o projeto básico sem maiores especificações de técnica a ser adotada e de forma bem objetiva, o que foi comprovado pelo Consórcio pelo atestado em referência.

Ademais, observando o projeto básico integrante do edital (A-062-000-00-RT-0087 abril/23), constata-se a previsão de túnel escavado em solo nos emboques - tanto no túnel de desvio, quanto no túnel de adução, serviço este cuja exigência de comprovação se fez presente no edital.

Característica básica dos túneis escavado em solo, assim como o projetado, é a utilização de um reforço em concreto armado de forma a garantir a estabilidade mesmo nesta situação onde o material de escavação não seja autoportante.

Observa-se que a solução de estrutura de concreto armado não somente foi utilizada no projeto básico integrante do edital nos trechos de emboque (trechos escavados em solo), como também foi utilizada nos serviços objeto do atestado apresentado pelo Consórcio vencedor.

3.2. TERMO DE CONSTITUIÇÃO DO CONSÓRCIO EM CONFORMIDADE COM O ART. 54 DO RLC – REV.2 E COM O ITEM 7.2-SS DO EDITAL

O segundo ponto (indevidamente) suscitado pela recorrente como causa à inabilitação do Consórcio recorrido diz respeito ao Termo de Constituição do Consórcio propriamente dito. Conforme

equivocadamente sugere a recorrente, o referido Termo deveria observar o disposto no §1º do art. 57, inserido no recém-revisado RLC², que estabelece no âmbito das licitações e contratos da CESAN que:

§ 1º. As parcelas de maior relevância técnica e de valor significativo, que foram exigidas para fins de qualificação técnica, deverão ser executadas exclusivamente pela(s) empresa(s) que apresentou(aram) os atestados.

Voltando os olhos ao instrumento convocatório, na medida em que o *caput* do art. 57 indicado pela d. CPL traz ressalva quanto à “*disposição contrária*”, calha destacar o que foi previsto no instrumento convocatório quanto: (i) à participação de empresas associadas em Consórcio e o respectivo ao instrumento de constituição do Consórcio; e (ii) às exigências de qualificação técnica e financeira das licitantes, em especial, se associadas em Consórcio.

As exigências estabelecidas no edital foram totalmente atendidas pelo Consórcio recorrido, restando demonstrar a seguir, tão somente, a inaplicabilidade do §1º do art. 57 do RLC ao edital em epígrafe.

(A)

INAPLICABILIDADE DO §1º DO ART. 57 DO RLC À LICITAÇÃO CESAN 037/2023

Antes de se adentrar no mérito recursal quanto à infundada alegação de que o termo de constituição do Consórcio recorrido não atenderia às disposições do Regulamento de Licitações da CESAN, importante ressaltar que o referido instrumento foi objetivo de detida análise pela d. CPL que, ao final, corretamente concluiu pelo pleno atendimento das disposições legais e editalícia. Portanto, a questão suscitada pela recorrente já se encontra superada.

De todo modo, registra-se que o Edital previu em sua ementa a legislação aplicável ao certame, em especial e por óbvio, a Lei Federal 13.303/2016 e o Regulamento de Licitações da CESAN – Revisão 02.

Nesse tocante, cumpre ressaltar que nas disposições editalícias sobre as quais incidiriam especificidades previstas no Regulamento de Licitações da CESAN, o edital fez referência expressa ao respectivo dispositivo do RLC. A citar:

² O ineditismo dessa disposição, em verdade, se restringe à CESAN. Com efeito, realizada pesquisa nos Regulamentos de Licitações de outras estatais, não foi possível localizar nenhum dispositivo semelhante ao §1º transcrito alhures, cuja legalidade se revela, no mínimo, questionável, conforme será tratado a seguir.

EDITAL:

- 7.5 Não poderão participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra, serviço ou fornecimento as pessoas físicas e jurídicas enquadradas nos **artigos 16 e 17 do Regulamento de Licitações da CESAN – Revisão 02.**
- (...)
- 10.2 O **Coordenador** da Licitação verificará as propostas apresentadas, desclassificando aquelas que não estejam em conformidade com os requisitos estabelecidos neste Edital, observado o disposto no **Art. 94, inciso I, do Regulamento de Licitações da CESAN – Revisão 02.**
- (...)
- 10.18 Caso não haja envio de lances após o início da fase de disputa, em caso de empate entre 2 (duas) ou mais propostas, serão utilizados os critérios de desempate previstos nos artigos 55, III da Lei Federal nº 13.303/2016 e **93, III a V do Regulamento de Licitações da CESAN – Revisão 02.**
- (...)
- 11.5.3 Apresente preço manifestamente inexequível ou permaneça acima do orçamento estimado para a contratação, observado o sigilo previsto no **art.22, caput do Regulamento de Licitações da CESAN – Revisão 02.**
- (...)
- 16.2 O **LICITANTE** vencedor será convocado para assinar o **INSTRUMENTO CONTRATUAL**, para o que terá o prazo de **05 (cinco) dias úteis**, contados a partir da convocação, sob pena de sofrer as penalidades previstas neste Edital e no **art. 195, do Regulamento de Licitações da CESAN – Revisão 02.**
- (...)
- 17.5 A Multa poderá ser aplicada cumulativamente com outras sanções, segundo a natureza e a gravidade da falta cometida, consoante o **art. 192 do Regulamento de Licitações da CESAN – Revisão 02.**
- (...)
- 17.12 Em conformidade com o disposto no **art. 196, do Regulamento de Licitações da CESAN – Revisão 02**, estendem-se os efeitos da sanção de suspensão do direito de licitar e impedimento de contratar com a **CESAN** às empresas ou aos profissionais que, em razão dos contratos celebrados ou licitações realizadas, enquadre-se em um dos incisos do referido artigo.
- 18.8 Os **INSTRUMENTOS CONTRATUAIS** regidos pelo **Regulamento de Licitações da CESAN – Revisão 02** poderão ser alterados qualitativamente e quantitativamente, por acordo das partes e mediante prévia justificativa da autoridade competente, vedando-se alterações que resultem em violação ao dever de licitar, conforme previsto nos **artigos 150 a 160 do Regulamento de Licitações da CESAN – Revisão 02.**

ANEXO I - TERMO DE REFERÊNCIA:

- 13.2 Durante a execução das **obras e serviços** a **CESAN** fiscalizará a empresa **CONTRATADA** de acordo com os **art. 166 e seguintes do RLC**, as prescrições técnicas da **CESAN**, normas técnicas vigentes, bem como os critérios estabelecidos nas normas abaixo, constantes do **ANEXO X – NORMAS E INSTRUÇÕES**, do Edital.

ANEXO III - MINUTA DO INSTRUMENTO CONTRATUAL:

- 12.2 Durante a execução das **obras e serviços a CESAN** fiscalizará a empresa **CONTRATADA** de acordo com os **art. 166 e seguintes do RLC**, as prescrições técnicas da **CESAN**, normas técnicas vigentes, bem como os critérios estabelecidos nas normas abaixo, constantes do **ANEXO X – NORMAS E INTRUÇÕES**, do Edital.

São pelo menos 50 (cinquenta) menções aos dispositivos do Regulamento de Licitações da CESAN (rev. 2), ou seja, **quando o Edital quis aplicar norma específica do RLC o fez EXPRESSAMENTE**³.

Sobre a participação de Consórcios e o respectivo Termo de Constituição de Consórcio não foi diferente!

No item 7 do Termo de Referência restou estabelecido que tanto a participação do Consórcio em si como o seu respectivo Termo de Constituição deveriam observar o **disposto no art. 54 do Regulamento de Licitações da CESAN (rev. 2)**, além das exigências específicas trazidas no próprio instrumento convocatório.

Eis o disposto nos itens 7.1 e 7.2 do Termo de Referência:

7 CONSÓRCIO

- 7.1 É permitida a participação de consórcios, de acordo com o disposto no **art. 54, do Regulamento de Licitações da CESAN – Revisão 02**, constituídos por empresas nacionais ou por empresas nacionais e estrangeiras, que apresentem os requisitos de habilitação dispostos neste Edital e que satisfaçam integralmente as condições e exigências do Edital.
- 7.2 Na constituição de consórcio, além do disposto no **art. 54, do Regulamento de Licitações da CESAN – Revisão 02**, deverão ser atendidas as seguintes exigências:

O mencionado art. 54 do Regulamento de Licitações da CESAN (rev.2), por seu turno, estabelece o seguinte:

Da Participação em Consórcio

Art. 54. Quando permitida a participação de empresas em consórcio, entre outras eventualmente previstas no edital deverão ser observadas as seguintes normas:

³ Ou, ao menos, nele se baseou, como é o caso do item 11.2.10 do Termo de Referência que previu percentual de acréscimo dos valores de patrimônio líquido exigidos das licitantes em consórcio (30%), tal como disposto no art. 55 do RLC (rev.2).

- I - não participar na licitação em mais de um consórcio, nem como licitante isolada;
 - II - as sociedades interligadas somente poderão participar da licitação se estiverem no mesmo consórcio;
 - III - apresentação isoladamente por cada empresa consorciada da documentação relativa a:
 - a) habilitação jurídica;
 - b) regularidade fiscal; e
 - c) certidão negativa de falência ou recuperação judicial ou extrajudicial, na forma os incisos III a VII, do art. 49.
 - IV - apresentação do compromisso de constituição do consórcio, público ou particular, subscrito por todas as consorciadas, de acordo com a legislação vigente, observando:
 - a) designação do consórcio, sua composição e proporção da participação de cada uma das consorciadas;
 - b) finalidade do consórcio;
 - c) prazo de duração do consórcio, que deve coincidir, no mínimo, com o prazo contratual, acrescido de 03 (três) meses, bem como o endereço do consórcio e o foro competente para dirimir eventuais demandas entre as partes;
 - d) definição das obrigações e responsabilidades de cada consorciada, com as respectivas prestações específicas em relação ao objeto da licitação;**
 - e) declaração expressa de responsabilidade solidária das consorciadas pelos atos praticados pelo consórcio na execução do contrato;**
 - f) indicação da líder do consórcio;**
 - g) compromisso das consorciadas de que o instrumento de constituição do consórcio, devidamente registrado pelo órgão competente, será apresentado antes da assinatura do contrato decorrente da licitação;
 - h) compromisso das consorciadas de não alteração ou modificação na constituição ou composição do consórcio, até o cumprimento do objeto da licitação, exceto com prévia e expressa anuência da CESAN.**
- § 1º. As exigências de qualificação econômico-financeira serão definidas no edital de licitação.**
- § 2º. Os requisitos de qualificação técnica poderão ser atendidos isolada ou conjuntamente.**
- § 3º. As condições para liderança do consórcio serão definidas no edital de licitação. (grifado).

Releva ainda mencionar que em resposta a pedido de esclarecimentos (Carta Circular 02), a d. CPL consignou que:

(RESPOSTA AO QUESTIONAMENTO 34):

“(...) Ratificamos que **o Consórcio a ser eventualmente constituído, deve atender a todos os requisitos constantes no item 7.2 do Anexo I – Termo de Referência.**

Especificamente quanto ao Item 7.2.3. Subitens “e”, cabe esclarecer que o compromisso e a divisão do escopo no fornecimento para cada uma das consorciadas, individualmente, em relação ao objeto da licitação, bem como o percentual de participação de cada uma em relação ao faturamento dos serviços propostos, não poderão ser objeto de adequações entre as Consorciadas ao longo da execução contratual. Neste sentido, a distribuição de tarefas e itens de custo, previamente estabelecidos no Termo de Compromisso de Constituição de Consórcio (TCCC) a ser apresentado, não deverão sofrer alterações.

Já em observância ao Item 7.2.3. subitem “f”, a relação a ser apresentada pelo Consórcio deverá conter os itens nominais da planilha de preços, com a inclusão do preço efetivo correspondente. Além disso, a referida relação deverá discriminar os itens que serão executados e faturados por cada empresa consorciada”.

(RESPOSTA AO QUESTIONAMENTO 37):

“O entendimento não está correto, exceto se for comprovado pela licitante que a responsabilidade do contrato de consórcio não é solidária”.

(RESPOSTA AO QUESTIONAMENTO 50):

“(...)Ratificamos que o Consórcio a ser eventualmente constituído, deve atender a todos os requisitos constantes no item 7.2 do Anexo I – Termo de Referência. Especificamente quanto ao Item 7.2.3. Subitens “e”, cabe esclarecer que o compromisso e a divisão do escopo.

no fornecimento para cada uma das consorciadas, individualmente, em relação ao objeto da licitação, bem como o percentual de participação de cada uma em relação ao faturamento dos serviços propostos, não poderão ser objeto de adequações entre as Consorciadas ao longo da execução contratual. Neste sentido, a distribuição de tarefas e itens de custo, previamente estabelecidos no Termo de Compromisso de Constituição de Consórcio (TCCC) a ser apresentado, não deverão sofrer alterações. Já em observância ao Item 7.2.3. subitem “f”, a relação a ser apresentada pelo Consórcio deverá conter os itens nominais da planilha de preços, com a inclusão do preço efetivo correspondente. Além disso, a referida relação deverá discriminar os itens que serão executados e faturados por cada empresa consorciada.

Assim, resta plenamente evidenciado que o Edital 037/2023 da CESAN **não** previu a incidência da regra estabelecida no §1º do art. 57 do seu Regulamento de Licitações (rev. 02).

(B)

DISPOSIÇÕES EM CONTRÁRIO AO ARTIGO 57 DO RLC – REV 02.

Prosseguindo. Nos exatos termos do *caput* do mencionado dispositivo, o edital em referência estabeleceu requisitos e exigências específicas para as licitantes associadas em Consórcios, optando por não restringir a execução das parcelas sobre as quais se exigiu atestação à respectiva consorciada que cumpriu tal *mister*, o que se amolda ao ressalvado no *caput* do art. 57 quanto à existência de “disposições em contrário” no instrumento convocatório.

Sobre isso, quadra ressaltar que o edital traz no item 7.2 e seus subitens 7.2.1, **7.2.2** e **7.2.3** **disposições específicas e contrárias** àquelas dispostas no art. 57 e parágrafos do Regulamento de Licitações da CESAN.

Eis o teor dos itens referenciados:

- 7.2 Na constituição de consórcio, além do disposto no **art. 54, do Regulamento de Licitações da CESAN – Revisão 02**, deverão ser atendidas as seguintes exigências:
- 7.2.1 Indicação da empresa líder do consórcio, que deverá atender às seguintes condições de liderança:
- Responsabilizar-se por todas as comunicações e informações do consórcio.
 - Administrar o **INSTRUMENTO CONTRATUAL**.
 - No consórcio de empresa brasileira e estrangeira, a liderança caberá obrigatoriamente à empresa brasileira.
 - No caso de consórcio com empresa estrangeira a empresa líder será responsável por todas as providências que forem necessárias para atender a legislação nacional nos aspectos legais e de comércio exterior.
- 7.2.2 Apresentação dos **documentos de habilitação** descritos no **ANEXO II – DOCUMENTOS EXIGIDOS DO LICITANTE NA FASE LICITATÓRIA do Edital**, por parte de cada consorciada, admitindo-se, para efeito de qualificação técnica, o somatório dos quantitativos de cada uma e, para efeito de qualificação econômico-financeira, o somatório dos valores na proporção de sua respectiva participação.

- 7.2.3 Apresentação de **TERMO DE COMPROMISSO PÚBLICO OU PARTICULAR DE CONSTITUIÇÃO EM CONSÓRCIO**, subscrito pelas consorciadas, contendo a indicação da empresa líder responsável pelo consórcio e as seguintes responsabilidades:
- a) Compromisso e obrigações das consorciadas, dentre os quais o que cada consorciada responderá, individual e solidariamente, pelas exigências de ordem fiscal e administrativa pertinentes ao objeto da licitação, até a conclusão final dos trabalhos e serviços que vierem a ser contratados com o consórcio.
 - b) Declaração expressa de responsabilidade solidária, ativa e passiva, das consorciadas pelos atos praticados sob o consórcio, em relação à licitação e, posteriormente, ao eventual **INSTRUMENTO CONTRATUAL**.
 - c) Compromisso de que o consórcio não terá a sua composição ou constituição alterada ou, sob qualquer forma, modificada, sem prévia expressa concordância da **CESAN**.
 - d) Compromisso expresso de que o consórcio não se constitui, nem se constituirá em pessoa jurídica distinta de seus membros, nem terá denominação própria ou diferente das suas consorciadas.
 - e) Compromisso e a divisão do escopo no fornecimento para cada uma das consorciadas, individualmente, em relação ao objeto da licitação, bem como o percentual de participação de cada uma em relação ao faturamento dos serviços propostos.
 - f) Deverá fazer parte integrante do instrumento de consórcio, uma relação contendo os itens da planilha de preços cujos serviços serão executados e faturados por cada uma das consorciadas.

No subitem 7.2.2 percebe-se que se exigiu **proporção** da respectiva participação de cada consorciada apenas para fins de **qualificação econômico-financeira**⁴, ao passo que para a **qualificação técnica** se permitiu, inclusive, o **somatório** dos quantitativos, sem qualquer menção à proporcionalidade.

Nesse sentido, o instrumento de constituição do Consórcio Barragem Imigrantes - Rio Jucu previu: a) designação do Consórcio, sua composição e proporção da participação de cada uma das consorciadas; b) finalidade do Consórcio; c) prazo de duração do Consórcio, que deve coincidir, no mínimo, com o prazo contratual, acrescido de 03 (três) meses, bem como o endereço do Consórcio e o foro competente para dirimir eventuais demandas entre as partes; d) definição das obrigações e responsabilidades de cada consorciada, com as respectivas prestações específicas em relação ao objeto da licitação; e) declaração expressa de responsabilidade solidária das consorciadas pelos atos praticados pelo consórcio na execução do contrato; f) indicação da líder do Consórcio; g) compromisso das consorciadas de que o instrumento de constituição do Consórcio, devidamente registrado pelo órgão competente, será apresentado antes da assinatura do contrato decorrente da licitação; h) compromisso das consorciadas de não alteração ou modificação na constituição ou composição do Consórcio, até o cumprimento do objeto da licitação, exceto com prévia e expressa anuência da CESAN.

⁴ Sem perder de vista a responsabilidade solidária das consorciadas pelos atos praticados em consórcio, tanto na fase licitatória, como na fase de execução contratual.

Ademais, o instrumento de constituição do Consórcio previu: (i) compromisso e a divisão do escopo no fornecimento para cada uma das consorciadas, individualmente, em relação ao objeto da licitação, bem como o percentual de participação de cada uma em relação ao faturamento dos serviços propostos; e (j) uma relação contendo os itens da planilha de preços cujos serviços serão executados e faturados por cada uma das consorciadas.

Dito isso, despidendo maiores digressões, uma vez que tanto os licitantes como a própria Administração Pública estão **vinculados** às disposições do **instrumento convocatório** (art. 31, da Lei nº 13.303/2016), absolutamente descabida a aplicação do §1º do art. 57 do RLC ao caso concreto como indevidamente sugere a recorrente.

Como já reconhecido pelo d. CPL, o instrumento de constituição do Consórcio Barragem Imigrantes - Rio Jucu cumpre com todas as exigências legais e editalícias, razão pela qual sua habilitação no certame deve ser mantida.

3.3. DOCUMENTOS APRESENTADOS PELO CONSÓRCIO RECORRIDO ESTÃO ASSINADOS ELETRONICAMENTE CONFORME PREVISTO EM EDITAL

Por último, a recorrente afirma que o Consórcio recorrido apresentou 59 (cinquenta e nove) documentos sem assinatura eletrônica certificada, o que importaria no descumprimento do item 12.3 do edital.

Nada mais equivocado!

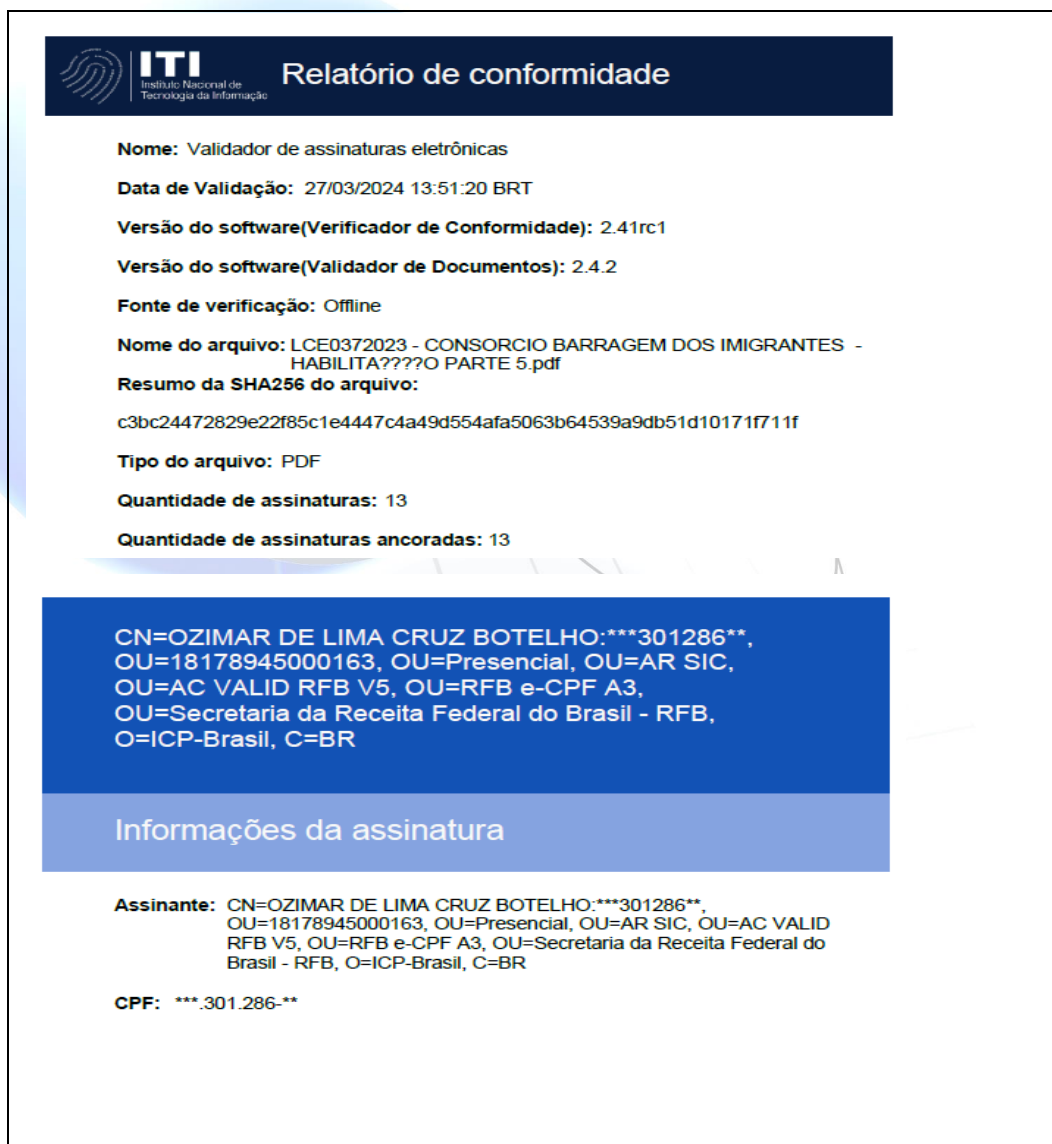
Com efeito, essa infundada alegação revela o **caráter impertinente e protelatório** de toda a peça recursal que, como já dito, prestou-se apenas a retardar a ulatimação do procedimento licitatório na tentativa de induzir a d. CPL a erro e inabilitar a licitante que apresentou a proposta mais vantajosa à Administração Pública, seja porque os documentos de habilitação apresentados pelo Consórcio recorrido atendem às exigências técnicas, jurídicas e formais estabelecidas no instrumento convocatório, seja porque o lance por ele apresentado é R\$490.000,00 (quatrocentos e noventa mil reais) menor que o da segunda colocada (a ora recorrente).

(A)

REGULARIDADE DAS ASSINATURAS ELETRÔNICAS

Pois bem. De tudo que foi indevidamente afirmado pela recorrente, não se discorda quanto à importância da assinatura válida dos documentos eletronicamente firmados.

Ocorre que a simples verificação no site oficial do Governo Federal <https://validar.iti.gov.br/> demonstra de forma cabal e incontestada que todos os documentos apresentados pelo Consórcio recorrido foram devidamente assinados com assinaturas eletrônicas ICP-Brasil, no padrão internacional de assinatura digital PDF Advanced Electronic Signature. Senão, confira-se relatório de conformidade (doc. 02) meramente ilustrativo:



ITI Instituto Nacional de Tecnologia da Informação

Relatório de conformidade

Nome: Validador de assinaturas eletrônicas

Data de Validação: 27/03/2024 13:51:20 BRT

Versão do software(Verificador de Conformidade): 2.41rc1

Versão do software(Validador de Documentos): 2.4.2

Fonte de verificação: Offline

Nome do arquivo: LCE0372023 - CONSORCIO BARRAGEM DOS IMIGRANTES - HABILITA????O PARTE 5.pdf

Resumo da SHA256 do arquivo:
c3bc24472829e22f85c1e4447c4a49d554afa5063b64539a9db51d10171f711f

Tipo do arquivo: PDF

Quantidade de assinaturas: 13

Quantidade de assinaturas ancoradas: 13

CN=OZIMAR DE LIMA CRUZ BOTELHO:*301286**
OU=18178945000163, OU=Presencial, OU=AR SIC,
OU=AC VALID RFB V5, OU=RFB e-CPF A3,
OU=Secretaria da Receita Federal do Brasil - RFB,
O=ICP-Brasil, C=BR**

Informações da assinatura

Assinante: CN=OZIMAR DE LIMA CRUZ BOTELHO:***301286**
OU=18178945000163, OU=Presencial, OU=AR SIC, OU=AC VALID RFB V5, OU=RFB e-CPF A3, OU=Secretaria da Receita Federal do Brasil - RFB, O=ICP-Brasil, C=BR

CPF: ***.301.286-**

Ora, é no mínimo lamentável que o recorrente tenha insinuado que a d. CPL da CESAN tenha simplesmente permitido “passar despercebida” a ausência de assinatura eletrônica com os requisitos de

validação fixados em edital de 59 (cinquenta e nove) documentos. Mais ainda que a suposta ausência de assinatura colocaria em xeque a “data da emissão e apresentação dos referidos documentos, inviabilizando a aferição quanto a sua apresentação tempestiva”.

Em verdade, a relação de documentos que a recorrente afirma trazer no doc. 04 da sua peça recursal como desprovidos de assinaturas eletrônicas validadas não subsiste!

E diferentemente do tom adotado na narrativa da recorrente, dando-lhe o benefício da dúvida quanto ao conhecimento técnico sobre as assinaturas eletrônicas e seus meios de verificação/validação, importa esclarecer que: a confirmação dessas assinaturas por meio de programa de terceiros, como é o caso do Adobe, pode sofrer interferência nos resultados de verificação por erros ou variações das configurações do programa e do próprio computador utilizado no momento da consulta⁵.

Versões diferentes do Adobe, em máquinas com configurações específicas, podem levar a resultados inconsistentes como os apresentados pela recorrente.

Assim, é de rigor que as assinaturas sejam submetidas à conferência/validação em plataforma oficial, como é o caso do sítio eletrônico <https://validar.iti.gov.br/> para se evitar insinuações absurdas quanto ao trabalho diligente da d. CPL da CESAN na análise dos documentos de habilitação do Consórcio recorrido.

(B)

SANABILIDADE DO HIPOTÉTICO VÍCIO DE ORDEM FORMAL (FALHA NAS ASSINATURAS DIGITAIS)

Não bastasse a regularidade da documentação apresentada pelo Consórcio recorrido, é de rigor ressaltar que a hipotética ausência de assinatura válida, ou mesmo a ocorrência de alguma falha na transmissão dos documentos eletronicamente assinados, não importaria na sua inabilitação, como forçosamente pretende a recorrente.

Ou seja, **mesmo que os documentos não estivessem assinados, tal inconsistência não resultaria na inabilitação do Consórcio vencedor do certame**, uma vez que a ausência de assinatura (em documentos físicos ou eletrônicos) configura somente vício de ordem formal facilmente sanável em diligência.

⁵ O Adobe ou o computador podem, por exemplo, ter erros de configuração que resultarão em falsas “não autenticidades” em documentos assinados eletronicamente. Isso sem considerar as versões não licenciadas do programa que sabidamente interferem nesses resultados.

Nesse sentido: <https://blog.certisign.com.br/a-1-assinatura-invalida-no-adobe-veja-como-corriger-o-problema/>

Como ensina MARÇAL JUSTEN FILHO⁶:

“Todas as limitações e exigências contempladas no ato convocatório deverão observar o princípio da proporcionalidade. Ou seja, deverá existir um vínculo de pertinência entre a exigência ou a limitação e o interesse público a ser satisfeito. (...) Tem-se reconhecido que as propostas não devem ser desclassificadas por defeitos irrelevantes ou sanáveis dificuldade reside em determinar a relevância do defeito e os limites para o saneamento. Não existem soluções predeterminadas, disciplinadas de modo abstrato em lei. Podem ser considerados como irrelevantes os defeitos que não impedem a compreensão da proposta nem violam valores essenciais protegidos pela ordem jurídica. Podem ser sanados os defeitos que, embora dotados de relevância, comportam correção sem que tal comprometa o cunho competitivo da disputa ou as condições essenciais da oferta abrangida na proposta”.

Nesse sentido, a jurisprudência é assente quanto à abusividade da inabilitação de licitantes pela mera ausência de assinatura em documento declaratório STJ - REsp: 1306436 MG 2011/0220776-7, Relator: Ministro OG FERNANDES, Data de Publicação: DJ 08/06/2018):

ACÓRDÃO EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. LICITAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO. INABILITAÇÃO. AUSÊNCIA DE ASSINATURA. MERA IRREGULARIDADE. VÍCIO FORMAL E SANÁVEL. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. I. O Egrégio Superior Tribunal de Justiça já fixou entendimento no sentido de que “a inabilitação da impetrante pela ausência de assinatura em determinado documento declaratório, que em nada alterou o conteúdo da proposta, caracteriza-se ato abusivo praticado pela Administração, uma vez que excessivamente rigorosa”(STJ - REsp: 1306436 MG 2011/0220776-7, Relator: Ministro OG FERNANDES, Data de Publicação: DJ 08/06/2018), sendo, na oportunidade, esclarecido que “até mesmo no processo judicial admite-se a intimação das partes para suprir eventual falta de assinatura. Dessa forma, é desarrazoado que um equívoco formal, que não compromete o processo licitatório, seja causa de inabilitação de uma licitante”. II. A ausência da presença física do Licitante no momento da realização da Sessão Pública não afasta a possibilidade de ser concedido prazo para a parte regularizar o documento apresentado, nos termos da jurisprudência pátria. III. *In casu*, o Impetrante comprovou o protocolo do Recurso Administrativo na data de 14.12.2022 (ID 20428585, dos autos originários), em face do resultado da Licitação, que foi publicado no Diário Oficial em 13.12.2022 (ID 20428591, dos

⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 13ª Edição. Rev. Atual. Ampl. Revista dos Tribunais. 2018.

autos originários), sendo que referido Recurso não foi conhecido, pelo disposto no item 8.7 do edital do Pregão Presencial 073/2022: “8.7 - Caso a proponente não compareça, mas envie toda a documentação necessária dentro do prazo estipulado, participará do Pregão Presencial com a primeira proposta apresentada quando do início dos trabalhos, renunciando a apresentação de novas propostas e a interposição de recurso”. **IV. O vício na documentação apresentada pelo Impetrante trata-se de mera irregularidade, passível de ser sanada**, não tendo sido oportunizado prazo pela Administração Pública para o Impetrante sanar o vício. V. Recurso conhecido e desprovido. (TJ-ES - AGRAVO DE INSTRUMENTO: 5006665-45.2023.8.08.0000, Relator: NAMYR CARLOS DE SOUZA FILHO, 3ª Câmara Cível).

.....

“17.18 Os argumentos do responsável quanto à inabilitação da empresa GM Feitosa Eireli não são suficientes para afastar a irregularidade constatada. 17.19 Conforme a instrução da peça 49, a inabilitação dessa empresa, que apresentou a proposta de menor valor, teria se baseado em mera formalidade, a falta de assinatura digital na proposta inicial, sem que lhe fosse dada a oportunidade de sanear a falha. Conforme as razões de justificativas ora apresentadas pelo então pregoeiro, a inabilitação teria decorrido do fato de que a proposta de preços inicial, apesar de registrada no sistema, não teve o seu arquivo também anexado ao sistema para posterior juntada ao processo físico da licitação. (...) 17.21 De toda forma, a falha da empresa em não ter anexado a proposta inicial no sistema ou **a ausência da assinatura digital seria facilmente sanável a partir da provocação do pregoeiro para que regularizasse a situação, em especial por estar relacionada ao procedimento de apresentação da proposta e não ao seu conteúdo**. (...) 17.24 Nesse sentido, a instrução da peça 49 informa ser assente neste Tribunal que o processo licitatório é pautado pelo formalismo moderado e pela busca da verdade material, consoante enunciados de decisões deste TCU transcritos no despacho do relator (peça 14), a exemplo do enunciado do Acórdão 357/2015-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Bruno Dantas: **Falhas formais, sanáveis durante o processo licitatório, não devem levar à desclassificação da licitante. No curso de procedimentos licitatórios, a Administração Pública deve pautar-se pelo princípio do formalismo moderado**, que prescreve a adoção de formas simples e suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados, promovendo, assim, a prevalência do conteúdo sobre o formalismo extremo, respeitadas, ainda, as praxes essenciais à proteção das prerrogativas dos administrados. (Grifamos) 17.25 Outro entendimento similar é o do Voto do Acórdão

369/2020-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro-Substituto Marcos Bemquerer (...). (TCU – Acórdão 1749/2023-Plenário. Denúncia. Relator Ministro BENJAMIN ZYMLER. J. 14/06/2023).

Desse modo, (i) demonstrada de modo incontestável a regularidade das assinaturas eletrônicas dos documentos de habilitação do Consórcio recorrido e (ii) pontuado ainda que se houvesse suposta inconsistência de ordem técnica, quanto à validação dessas assinaturas não importaria na sua inabilitação, não merece provimento o recurso administrativo ora respondido também por estes fundamentos.

4. CONCLUSÃO E REQUERIMENTOS

O recurso administrativo ora respondido se presta tão somente a revelar o inconformismo da segunda colocada do certame e sua tentativa frustrada de inabilitar a licitante que apresentou a proposta mais vantajosa à Administração Pública.

Como restou plenamente demonstrado, a recorrente busca impor ao Consórcio vencedor **restrições não previstas em edital** para fins de habilitação técnica e jurídica. Além disso, insinua que seus documentos não estariam adequadamente assinados.

Todas essas infundadas alegações foram devidamente rechaçadas: (i) o atestado apresentado pelo Consórcio comprova a execução de túnel escavado em solo com mais de 02 (dois) metros de diâmetro -- exatamente como previsto no edital; (ii) o instrumento de constituição do Consórcio cumpre todos os requisitos do RDL e do edital aplicáveis; e (iii) os documentos do Consórcio estão assinados e, ainda que não estivessem, o hipotético vício poderia ser sanável.

Isto posto, requer-se o **NÃO PROVIMENTO** do recurso administrativo ora respondido, mantendo-se incólume a r. decisão proferida pela d. CPL que declarou o Consórcio Barragem Imigrantes - Rio Jucu vencedor do certame.

Nestes termos. Pede deferimento.

Vitória/ES, 28 de março de 2024.

CONTRACTOR ENGENHARIA LTDA

Empresa Líder do Consórcio Barragem Imigrantes - Rio Jucu