



Agência Nacional de Transportes Aquaviários
Comissão Permanente de Licitação de Arrendamentos Portuários da ANTAQ - CPLA

DECISÃO DE IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

PROCESSOS: 50300.021697/2020-06 e 50300.021713/2020-52
REFERÊNCIA: Leilões nº 03/2023-ANTAQ e nº 04/2023-ANTAQ
OBJETO: Arrendamento portuário de terminal dedicado à movimentação e armazenagem de granéis líquidos, especialmente combustíveis, a ser implantado no Porto Organizado de Maceió/AL, denominado MAC11.
Arrendamento portuário de terminal dedicado à movimentação e armazenagem de granéis líquidos, especialmente combustíveis, a ser implantado no Porto Organizado de Maceió/AL, denominado MAC12.
IMPUGNANTE: IPIRANGA PRODUTOS DE PETRÓLEO S/A.

DA INTRODUÇÃO

1. Trata-se de impugnação aos Editais nº 03/2023-ANTAQ e nº 04/2023-ANTAQ, cujos objetos são os arrendamentos das áreas denominadas MAC11 e MAC12, ambas destinadas à movimentação e armazenagem de granéis líquidos, especialmente combustíveis, a ser implantado no Porto Organizado de Maceió/AL.

DAS PRELIMINARES

2. O pedido foi apresentado pela empresa IPIRANGA PRODUTOS DE PETRÓLEO S/A., conforme previsão constante na Seção VI - Da Impugnação dos respectivos editais.

DAS ALEGAÇÕES DA IMPUGNANTE E PEDIDOS DA IMPUGNANTE

3. A petionária insurge-se contra o edital, através do Pedido de Impugnação - Ipiranga (SEI nº 1991778), conforme breve síntese dos argumentos da impugnante, referenciando-os pela numeração que receberam na peça impugnatória:

II.1. AUSÊNCIA DE REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA/CONSULTA PÚBLICA DOS EDITAIS APÓS REVISÃO DOS ESTUDOS DA MODELAGEM

4. Alega "expressivas alterações nas minutas de edital e contrato" da área MAC12 com "impacto direto na participação dos interessados, que não foram submetidas à análise dos interessados e/ou da sociedade".

5. Resumidamente, destaca dois pontos principais:

- a) imposição de restrição à participação consorciada de distribuidoras de combustíveis com participação no mercado superior a 30%: Segundo a impugnante, a medida impôs aos interessados necessidade de realizar estudos e investimentos sem considerar os consórcios, afirmando "clara restrição à maior competição" no certame; e
- b) indenização por bens não reversíveis no valor de R\$ 2.363.019,98: considera que "o valor de indenização pelos bens não reversíveis elevou consideravelmente o CAPEX do projeto".

6. Relata surpresa com as alterações e tempo bastante limitado para para refazer os estudos e projeções, razão pela qual, questiona a realização de uma segunda audiência pública para a área MAC12.

7. Já para o caso da área MAC11, a impugnante aduz que a divisão da área alteraria a dinâmica do leilão, conforme destaques:

a) imposição de restrição à participação consorciada de distribuidoras de combustíveis com participação de mercado superior a 30%;

b) segregação da demanda, com exclusão do Gás Liquefeito de Petróleo ("GLP");

c) redimensionamento das infraestruturas, com redução da área inicialmente prevista; e

d) imposição de valor de outorga mínima ao MAC11A que, embora não se refira aos terminais objeto da presente Impugnação, causa impacto na licitação à medida em que interessados no MAC11A podem dar preferência às áreas MAC11 ou MAC12 em razão da outorga prevista ao MAC11A.

8. Afirma ainda que a "modelagem do terminal MAC11 (posteriormente dividido em MAC11 e MAC11A) fora posta em consulta e audiências públicas e, posteriormente, apresentada ao TCU sem a prévia oitiva da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis ("ANP"), impedindo o exercício do contraditório por parte dos potenciais interessados e a apresentação de contribuições aos pontos apresentados por aquela Agência e acatados pelo Poder Concedente".

9. Cita também o Parecer nº 00003/2023/NCA/PFANTAQ/PGF/AGU (SEI ANTAQ nº 1824178), que teria concluído, pela necessidade de realização de nova audiência pública para as áreas MAC11 e MAC11A em decorrência da divisão das áreas e suposta alteração significativa dos estudos.

10. A esse respeito, importante esclarecer que a divisão das áreas advém das contribuições da Audiência Pública nº 01/2021-ANTAQ realizada entre 08/02/2021 e 24/03/2021, conforme Planilha de resposta à contribuições (SEI nº 1299801):

"Sugerimos que a área disponibilizada seja dividida em duas, passando a existir dois sites operacionais. Com isto, passaria a ser publicado dois editais. Sob referência da figura 2 da seção C, sugere-se que a área 3 (Indicada como Transpetro) seja parte de um edital enquanto a área 2 (indicada como BR Distribuidora) seja outro edital. Ainda, em complemento, os investimentos necessários às esferas de GLP seriam mantidos, fazendo parte dos estudos da área 3. Entendemos que tal layout possibilitaria diferentes graus de investimentos nos dois certames, o que é sadio para a atratividade dos leilões. Eventualmente as instalações poderiam ter operações e vocações diferentes (distribuição de combustíveis e operador logístico), potencializando as movimentações esperadas em cada área. Além disso, diante do material apresentado nos estudos realizados, entende-se que investimentos adicionais seriam necessários para a segregação das áreas. Apesar disso, esses investimentos seriam pouco significativos diante do total de investimentos da instalação e não afetariam os cronogramas esperados. Diante desses argumentos, solicitamos a revisão dos estudos, considerando a realização de dois leilões na MAC11 (MAC11-A e MAC11-B) de forma similar ao conceito apresentado na audiência de Santos (STS08 e STS08A)."

....

"Divisão MAC 11. Justificativa: Além da restrição à adjudicação de mais de uma área pela mesma licitante, propõe-se que a EPL avalie a possibilidade de segregar a área proposta como área do MAC 11 em mais de uma área, estimulando a competição entre os potenciais concorrentes. Tal medida se justifica pelo fato de existirem poucas instalações de movimentação e armazenagem na zona de influência do Porto de Maceió, diferentemente do que se verifica em outros portos organizados, de modo que o aumento da competição neste Porto é desejável. Para tanto, seria possível realizar segregação das áreas identificadas como 2 e 3 na Figura 2 da Seção C - Engenharia (MAC 11), pg. 07, e licitá-las como áreas independentes, sendo possível, ainda, a anexação da área greenfield, contígua, ao lote referente à área 3, de forma a viabilizar expansão. Interessante notar que, levando-se em consideração a vocação atual das referidas áreas, seria possível realizar a segregação sem maiores dificuldades, haja vista que uma delas já opera como base de distribuição (BR - área 2) e outra como terminal aquaviário (Transpetro - área 3). Vale destacar que referida segregação já foi realizada, em concreto, em outros leilões portuários com o objetivo de fomentar maior

competitividade, como, por exemplo, no âmbito dos Leilões nº 11 e 12/2018, relativos às áreas BEL02A e BEL02B, no Terminal Petroquímico de Miramar. Embora existam desafios para sua viabilização, sobretudo no tocante à transferência de licenças e autorizações, entendemos que tais dificuldades podem ser contornadas mediante o estabelecimento de regras de transição adequadas (e.g.: previsão, nos atuais contratos de transição, do dever de o arrendatário transitório colaborar e anuir no âmbito de processo de transferência de licenças e autorizações), sendo plenamente possível a segregação. Proposta: segregação da área do MAC 11 em mais de uma área, de forma que as seguintes áreas, descritas na Figura 2 da Seção C - Engenharia (p. 7), sejam licitadas de forma autônoma: (i) área 2; e (ii) área 3 + área greenfield contígua."

11. Na mesma linha, a Secretaria Especial de Produtividade, Emprego e Competitividade - SEAE (SEI nº 1284682) e a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP (SEI nº 1828738) também solicitaram que a área fosse desmembrada para aumentar a concorrência no mercado de combustíveis na região.

12. O Tribunal de Contas, por sua vez, ratificou a necessidade de reavaliação das dimensões da área para se evitar riscos relacionados a sobreposições horizontais entre os terminais, acolhendo os encaminhamentos adotados, quais sejam:

I) divisão da área do então MAC11 em duas (MAC11 e MAC11A); II) vedação, em regra, de outorga de mais de uma área ao mesmo agente econômico; III) exigência de movimentação mínima para cada um dos terminais e para cada grupo de produtos; IV) inclusão de cláusulas contratuais de atendimento não discriminatório e de transparência que permitam o acompanhamento do comportamento da arrendatária em relação ao atendimento de terceiros.

13. Concluindo o relator nos termos transcritos abaixo:

Diante disso, considerando que **o tema foi adequadamente tratado nas minutas de edital das licitações bem como nas cláusulas contratuais que, além da operação, também orientaram a relação entre os atores de mercado, deixo de realizar propostas ao tema.**

(original sem grifo)

14. Quanto aos demais pontos, o Plenário determinou ao Ministério que se abstenha de publicar o edital do certame do arrendamento MAC11A sem contemplar:

9.2.1. a revisão da quantidade de pessoal da equipe ambiental;

9.2.2. o **ajuste do valor do BID mínimo do leilão**;

9.2.3. a **reavaliação do cálculo da precificação dos bens não reversíveis** que deverão ser indenizados à atual arrendatária, de modo a refletir o correto número de anos de depreciação dos equipamentos;

(grifamos)

15. A operação de GLP, inicialmente prevista, foi excluída em decorrência de observações da ANP. O tema também havia sido abordado nas respostas aos esclarecimentos na Audiência Pública nº 01/2021, quando foi informado aos interessados que a projeção de demanda de GLP seria revista.

16. Atualmente, não há movimentação desse combustível no Porto de Maceió. Além disso, a ANP informou que as "bases de distribuição de GLP existentes em Alagoas não estão localizadas na área portuária, nem contam com conexão dutoviária com o porto". O Estado de Alagoas, de acordo com a ANP, seria atendido por dois polos de suprimento de GLP, em vias rodoviárias: "o Porto de Suape e alguma futura instalação de produção localizada em Sergipe, bem com a possibilidade de incremento na produção do polo existente na UPGN de Alagoas". Nessa perspectiva, não haveria atratividade para um terminal aquaviário dedicado a operações de GLP, em Maceió. Diante disso, a obrigação de operar GLP foi excluída da modelagem.

17. O aprofundamento nas discussões com o TCU, assim como as contribuições recebidas na Audiência Pública, pela SEAE e ANP levaram a um amadurecimento do projeto, o que é natural nos procedimentos licitatórios. Após os devidos esclarecimentos prestados nos autos, a consultoria jurídica e a Diretoria da Agência entenderam que não haveria necessidade de nova consulta, posto que as alterações foram derivadas do próprio processo de participação social. A situação atual, cuja operação ocorre de forma segregada da mesma maneira que os projetos apresentados, Pesa-se ainda que atualmente as áreas já estão separadas fisicamente e em suas operações.

18. Diante do exposto, entende-se que os argumentos trazidos pela impugnante **não merecem prosperar.**

II.2. UTILIZAÇÃO DE METODOLOGIA TÉCNICA NÃO VALIDADA POR MEIO DE ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO

19. Questiona a fundamentação da restrição de participação disposta nas cláusulas 12.3, 12.3.1 e 12.3.2 dos editais de licitação das áreas, a partir do Guia AIC-TP que não atenderia aos seguintes pontos:

(i) ausência de prévia submissão a análise de impacto regulatório (“AIR”); (ii) ausência de prévia submissão a procedimento de participação popular; (iii) metodologia e premissas divergentes dos precedentes do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”) sem que tenha sido apresentadas fundamentação ou justificativa para tanto, sendo que, em particular, (iv) inexistência de qualquer fundamento para a escolha do percentual de 30% para motivar a restrição à formação de consórcio entre distribuidoras, revelando uma escolha arbitrária e imotivada do Poder Concedente.

20. E, assevera que,

A não realização de AIR enseja duas nulidades sobre a regulação: a primeira, atrelada ao procedimento, consubstanciada no descumprimento de formalidade essencial; e, a segunda, intrínseca à forma do próprio ato regulatório e ao seu revestimento material, qual seja, o vício da motivação.

21. De acordo com a impugnante, o Guia AIC-TP não possuiria respaldo legal para embasar critério essencial imposto pelos Editais, representando uma restrição à competitividade no certame. Para sustentar sua alegação, reproduz Voto do TCU sobre o processo de desestatização da rodovia federal BR-381/MG

22. Sobre o ponto, cabe esclarecer que o Guia AIC-TP, foi elaborado pela Empresa de Planejamento e Logística – EPL, atualmente Infra S.A., e tem como propósito apresentar referências técnicas para a realização da análise concorrencial de novas outorgas do setor portuário. Assim, é um conjunto de referências técnicas reunido com o objetivo de apoiar a elaboração do EVTEA pela empresa estruturadora contratada pelo Poder Concedente.

23. Importante destacar que a análise concorrencial do certame com base no Guia AIC-TP foi objeto de análise do Tribunal de Contas da União em sede de fiscalização do processo de desestatização, conforme evidenciado no Voto do Relator Ministro Aroldo Cedraz, que deu origem ao Acórdão nº 2541/2022 – TCU – Plenário:

27. Em relação ao problema concorrencial, foi realizada uma análise específica que tomou por base o Guia de Análise de Impacto Concorrencial de Novas Outorgas de Terminais Portuários (AICTP) elaborado pela Empresa de Planejamento em Logística (EPL), tendo sido esse referencial também utilizado nos estudos do terminal STS10, do Porto de Santos/SP, e na concessão do Porto de Itajaí, em Santa Catarina.

24. Observe-se que o Voto do Ministro Relator corrobora expressamente com as regras para formação de consórcio de que trata o item 12.3 do Edital, sem qualquer emenda, e afirma que o tema foi adequadamente tratado nas minutas de edital das licitações e nas cláusulas contratuais:

29. Na fase do leilão, foram identificados riscos à competição caso fossem formados consórcios entre grupos econômicos verticalmente integrados atuantes nos mercados de: exploração e produção de petróleo bruto onshore em Alagoas; no mercado de refino de petróleo na região de influência da Refinaria Abreu e Lima (RNEST); ou no mercado de distribuição de combustíveis em Alagoas. Com base nesse risco, o MInfra atuou por meio do ajuste nas minutas de editais de ambos os terminais proibindo a formação de consórcio entre dois ou mais grupos econômicos que atuam nos mercados acima listados.

(...)

33. Diante disso, considerando que o tema foi adequadamente tratado nas minutas de edital das licitações bem como nas cláusulas contratuais que, além da operação, também orientaram a relação entre os atores de mercado, deixo de realizar propostas ao tema.

25. Desse modo, conclui-se que o pedido da empresa impugnante não merece prosperar, considerando que não há que se falar em realização de Análise de Impacto Regulatório para o caso em tela e que a análise concorrencial e os itens do edital foram analisados e aprovados pelo Tribunal de Contas da União por meio do Acórdão nº 2541/2022 – TCU – Plenário.

II.3. ERROS TÉCNICOS NOS EDITAIS COM REPERCUSSÃO SOBRE O CAPEX

II.3.1. EXECUÇÃO DE OBRA EM ÁREA FORA DO ARRENDAMENTO. ANTECIPAÇÃO DE RECEITA.

26. Em suma, a Ipiranga afirma que a previsão editalícia a. de investimentos fora da área do arrendamento e b. de pagamento de valor de arrendamento inicial para fortalecimento de caixa da autoridade portuária configurariam burla ao procedimento licitatório, haja vista que se configuram como “antecipação de receita mascarada”.

27. Ao contrário do que afirma a impetrante, a previsão de investimentos fora da área do arrendamento e o pagamento de valor de arrendamento inicial para fortalecimento de caixa da autoridade portuária, em sede de procedimento licitatório, não se configura como espécie de antecipação de receita uma vez que o instituto de “antecipação de receitas”, conforme previsto no art. 42-C do Decreto nº 8033/2013, e devidamente pormenorizado na [Resolução ANTAQ nº 48, de 13 de julho de 2021](#), abarca os casos em que já há contrato de arrendamento pactuado. Não por menos, conforme art. 2º, inciso II, da [Resolução ANTAQ nº 48, de 2021](#):

Art. 2º Para os fins desta Resolução, considera-se:

II - contrato de antecipação de receitas: é um contrato de direito privado, firmado individualmente pela autoridade portuária com o usuário interessado em antecipar receitas, sejam tarifárias ou de arrendamento;

28. No presente caso, qual seja do LEILÃO Nº 04/2023-ANTAQ - MAC12, isto é, de processo licitatório com vistas à celebração de contrato de arrendamento portuário (contrato de tipologia pública), a ser firmado pelo poder concedente com o ente privado, não somente a obrigação de investimento em área fora do arrendamento e pagamento de arrendamento inicial já constam da minuta contratual como já estão previstos no CAPEX do projeto, compondo, conseqüentemente, a equação financeira do empreendimento, como bem lembrou Ipiranga.

29. Ainda, não é demais lembrar o que prevê o art. 42-A do citado decreto:

Art. 42-A. Nos casos de arrendamento portuário, o poder concedente poderá autorizar investimentos, fora da área arrendada, na infraestrutura comum do porto organizado, desde que haja anuência da administração do porto. (Incluído pelo Decreto nº 9.048, de 2017)

Parágrafo único. Os investimentos novos de que trata o caput ensejarão recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato do proponente. (Incluído pelo Decreto nº 9.048, de 2017)

30. Ou seja, é prerrogativa do poder concedente autorizar investimentos fora da área arrendada, na infraestrutura do porto organizado, devendo tais investimentos ensejarem recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

31. Para o caso aqui sob escrutínio, não há que se falar em possibilidade de recomposição, haja vista que os investimentos em área comum constantes da minuta contratual já foram inseridos na equação financeira do projeto.

32. Sobre a questão, Ipiranga traz à baila o Acórdão 1446/2018-TCU Plenário, no sentido de afirmar que, quando da execução de investimentos pelo arrendatário em área comum do porto organizado, deve-se observar uma série de requisitos, os quais não teriam sido observados no presente procedimento licitatório.

33. Contudo, não se atentou Ipiranga para o fato de que o citado Acórdão disciplina a execução de investimentos conforme foi previsto no art. 42-A do [Decreto nº 8.033, de 27 de junho de 2013](#), pensando os casos em que, já em plena vigência o contrato de arrendamento, há necessidade/pleito de reequilíbrio econômico-financeiro.

34. No presente caso, estamos diante de situação distinta, haja vista que os investimentos comuns constantes da minuta contratual já foram incluídos nos cálculos financeiros do projeto. A título

de exemplo, vejamos os requisitos informados pelo citado Acórdão:

- 9.1.3.1. identificação do fato superveniente não previsto inicialmente na avença, não decorrente de culpa do contratado;
- 9.1.3.2. demonstração de desequilíbrio materialmente relevante na equação econômico-financeira e que o risco de ocorrência do evento não estava alocado ao contratado;
- 9.1.3.3. comprovação de que a realização do investimento não ensejará a descaracterização do objeto do contrato de arrendamento, mediante a aferição de limites objetivos e subjetivos previstos na avença ou em regulamento;
- 9.1.3.4. preservação do uso público das infraestruturas, vedando qualquer preferência ou distinção de tratamento ao arrendatário ou aos seus clientes;
- 9.1.3.5. avaliação e aprovação prévia do projeto e do orçamento da obra a ser realizada, assegurando que o reequilíbrio decorrente da realização de investimentos ocorra a preços de mercado;
- 9.1.3.6. motivação, pela autoridade portuária, de que a realização de investimentos pelo arrendatário naquele caso é solução mais adequada do que sua execução pela própria autoridade;

35. Como se nota, está-se resguardando, no Acórdão, os casos em que já há contrato de arrendamento em vigência, de forma a garantir o equilíbrio financeiro do contrato.

36. Ainda, Ipiranga afirma que há riscos envolvidos na execução de investimentos fora da área de arrendamento, no sentido de que pode haver “responsabilização do arrendatário por danos e/ou prejuízos oriundos de obra em área comum”, riscos estes que, na visão de Ipiranga, seriam incompatíveis com o arrendamento objeto da licitação. Nesse tocante, vale lembrar que a minuta contratual prevê, no item 13, toda uma sistemática de alocação dos riscos relacionados ao Arrendamento.

37. Em resumo, é prerrogativa do poder concedente, no âmbito das suas competências, conforme definidas no art. 16 da [Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013](#), entre outras, definir as diretrizes para a realização dos procedimentos licitatórios, não havendo impeditivo legal para que sejam incluídos, nestes, investimentos em áreas fora do arrendamento.

38. Diante do exposto, **o argumento apresentado não merece prosperar.**

II.3.2. DIVERGÊNCIA DE VALORES PREVISTOS PARA REALIZAÇÃO DOS INVESTIMENTOS NO PÍER TGL

39. Quanto à alegação de divergência entre os valores apresentados para recuperação do Píer TGL, cabem as seguintes considerações.

40. Primeiramente, cumpre observar que a data-base do orçamento elaborado pela CODERN é de fevereiro de 2018. Já a data-base dos estudos que suportam a presente licitação é de fevereiro de 2022.

41. Assim, a alegada divergência de valores entre o anexo da seção C (orçamento CODERN) e os valores considerados para fins de modelagem são, meramente, atualizações monetárias realizadas sobre os valores de investimento, exclusivamente em função das diferenças de datas base do orçamento e dos estudos que suportam a licitação.

42. As alegações relacionadas às profundas alterações no cenário macroeconômico não procedem, uma vez que, justamente, os valores de investimento foram atualizados a fim de melhor representar o valor atual do dispêndio.

43. Portanto, não há que se falar em valores defasados ao longo do tempo, uma vez que a suposta divergência entre os valores é, na verdade, a sua atualização por índices de correção setoriais, a saber, o Índice de Reajustamento de Obras Portuárias, divulgado pelo DNIT.

44. Pelo exposto, **não cabe razão à impugnante nas alegações apresentadas.**

II.3.3. PREVISÃO DE OBRAS JÁ REALIZADAS

45. Segundo a impugnante, a obra de pavimentação do pátio rodoviário (estimada em R\$ 650.226,44), já teria sido realizada pelas atuais cessionárias da área MAC12, de modo que a obrigação seria indevida.

46. Inicialmente, cabe informar que as visitas técnicas pelos interessados são matéria regulada pelo próprio edital, que franqueia a qualquer interessado a realização de visitas técnicas para averiguação in loco das infraestruturas e estruturas do Porto e do terminal. Assim, todos os proponentes interessados têm a oportunidade de colher as informações que julgarem necessárias para a elaboração de suas propostas, reduzindo a assimetria de informação entre os players. Portanto, não há que se falar em violação ao princípio do julgamento objetivo, uma vez que é franqueada a todos os interessados a possibilidade de visita aos terminais.

47. Quanto a suposta insegurança jurídica causada pela alegada já realização dos investimentos, cumpre observar que o contrato de concessão dispõe de matriz de risco contratual, onde os riscos assumidos pelo poder concedente e pela futura arrendatária estão dispostos de forma clara, inclusive no que diz respeito a realização dos investimentos.

48. Assim, não há que se falar em insegurança jurídica que viole o princípio do julgamento objetivo, e nem mesmo em insegurança jurídica quanto aos estudos, uma vez que, dadas as datas base, as informações disponíveis e a realização da visita técnica pelas equipes de diversos órgãos da administração pública, o projeto fora estruturado com a informação disponível no momento. Além disso, a todos os proponentes interessados é franqueada a possibilidade de visita ao terminal e às áreas do Porto, não podendo alegar-se pretensa assimetria que desvirtue o julgamento objetivo. Por fim, o Contrato de Arrendamento apresenta dentre suas cláusulas a matriz de riscos, que apresenta as hipóteses ensejadoras reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, inclusive na hipótese da realização de investimentos por parte da arrendatária.

49. Dessa forma, **consideram-se as alegações e a impugnação, nesse aspecto, como improcedentes.**

II.3.4. AUSÊNCIA DE RELATÓRIO DOS BENS REVERSÍVEIS DO TERMINAL MAC12

50. A Petionária aponta uma possível irregularidade dos instrumentos convocatórios como sendo a ausência de relatório dos bens reversíveis e não reversíveis do terminal MAC12 teria o condão de prejudicar a adequada realização de estudos pelos interessados.

51. A reclamante informa que para os leilões dos terminais MAC11 e MAC11A teria sido disponibilizado a relação dos bens reversíveis e não reversíveis que integram atualmente os terminais nos documentos da Seção C- Anexos , para que os interessados possam avaliar (i) lista integral dos bens; (ii) estado geral de conservação; e (iii) valor atual estimado, o que não teria ocorrido com o terminal MAC12 , para o qual apenas teriam sido listados os bens reversíveis essenciais descritos no Estudo Operacional e que isso que impossibilitaria “a avaliação da totalidade dos bens existentes pelos interessados, especialmente os reversíveis, resultando em grande prejuízo na estimativa de CAPEX, haja vista que não é possível saber o total dos bens reversíveis – que continuarão na área para uso do futuro arrendatário –, e os bens não reversíveis – que poderiam ser negociados entre a atual e futuro arrendatário em condições mais benéficas que os preços de mercado”.

52. Sobre o tema é imperioso salientar que o valor de investimentos calculados pelo Poder Concedente nos estudos que embasam o leilão tem o caráter estimativo, sendo desenhados com o intuito de precificar o terminal com vistas à licitação. Não é intenção do edital contratar a obra/investimentos a serem feitos no terminal e sim arrendar a área por longo prazo de forma a prover capacidade portuária ao sistema portuário brasileiro.

53. Não é exigido da futura arrendatária que os investimentos previstos sejam realizados nos mesmos valores estimados no estudo, reproduzidos no Ato Justificatório. Esses valores são utilizados para calcular o fluxo de caixa do empreendimento, com o objetivo de se chegar a determinados resultados, tais como valor do arrendamento e o prazo contratual.

54. Dentro desta lógica, prevê-se que os valores de CAPEX devem ser mais bem detalhados pelo licitante vencedor como condição prévia ao início da vigência do contrato. Estes investimentos deverão ser analisados e aprovados pelo Poder Concedente com vistas a garantir que as especificações técnicas e de desempenho a serem desenvolvidas pela Arrendatária atendam à Proposta pelo Arrendamento, bem como aos Parâmetros do Arrendamento.

55. Então, após o certame a proponente vencedora deve apresentar o Plano Básico de Implantação – PBI em que deve descrever o seu projeto de implantação contendo, investimentos e capacidades que pretende implantar no terminal com vistas a:

- a) atender às necessidades de movimentação, capacidade e investimentos mínimos, e demais parâmetros requeridos pelo Poder Concedente e especificados em contrato; e
- b) atender ao seu próprio modelo de negócios que decorre a materialização da proposta vencedora.

56. Diante deste cenário, para a precificação estimada do terminal são realizados estudos de engenharia de forma a quantificar a necessidade de investimentos novos em infraestrutura e superestrutura e os investimentos em bens móveis e imóveis.

57. Caso a área em licitação seja do tipo brownfield – como no caso do terminal denominado MAC12 - também são considerados no projeto os investimentos para recuperação de ativos existentes de titularidade do Poder Concedente que passarão à guarda e responsabilidade do arrendatário, assim como o ressarcimento à terceiros pelos ativos porventura existentes no terminal e julgados essenciais para a continuidade da operação do terminal – a indenização dos bens não reversíveis.

58. Desta forma, os estudos de Engenharia que embasam a licitação e são apresentados aos licitantes na forma do documento “Seção C – Engenharia” podem apresentar os seguintes anexos, a depender do projeto referencial para a exploração do terminal: Anexo C-2 – Tabela 01 Capex, com a relação estimada dos investimentos novos necessários; Anexo C-2 – Tabela 02 Ativos Existentes, com a relação dos ativos existentes no terminal e que farão parte do novo arrendamento, e respectivos valores; e Anexo C-2 – Tabela 03 Indenização, com a relação dos ativos de terceiros essenciais para a continuidade da operação do terminal, e valores, que serão indenizados e pelo novo arrendatário.

59. Então, a despeito do alegado pela impugnante, tanto para o caso da Área MAC12, quanto para as áreas MAC11 e MAC11A, a seção C-2 dos estudos (Seção C - Engenharia) apresenta a relação dos ativos existentes na área. Para o caso específico da área MAC12 prevê-se o pagamento de indenização sobre dutos externos a área do arrendamento. A indenização foi considerada na avaliação econômico-financeira do estudo de viabilidade, tendo em vista que esses bens são essenciais para a segregação e independência na operação dos terminais. Os valores previstos para indenização atingiram o montante de R\$ 2.363.019,98 e são listados no Anexo C-2 – Tabela 03 Indenização.

60. Quanto aos ativos existentes na área arrendada que fazem parte do arrendamento, somam R\$ 77.037.140,31 e são listados no Anexo C-2 – Tabela 02 Ativos Existentes.

61. Por fim, vale ressaltar que o edital permite a realização de visitas técnicas previamente à realização do certame, com vistas ao conhecimento das condições dos bens do arrendamento exatamente para que a proponente tenha todas as condições de avaliar a situação da área e dos bens antes de desenhar o seu próprio modelo de negócios para a exploração do terminal.

62. Desta forma, sobre os apontamentos apresentados pela peticionante, **não merecem prosperar** visto que todos os elementos necessários para a adequada realização de estudos e proposta pelos interessados no terminal MAC12 foram disponibilizados.

II.4. VÍCIOS DE FINALIDADE E DE MOTIVAÇÃO PARA IMPOSIÇÃO DE RESTRIÇÃO SOBRE PARTICIPAÇÃO CONJUNTA DE CONSORCIADAS. ANÁLISE TÉCNICA CONTRADITÓRIA COM PARÂMETROS DO GUIA AIC-TP E DO CADE

63. De acordo com a Ipiranga, a análise concorrencial que embasou a limitação editalícia de consórcio entre distribuidoras baseou-se em alegado risco de fechamento de mercado atrelado à integração vertical entre distribuição de combustíveis e movimentação e armazenamento de graneis líquidos.

A empresa alega que o procedimento que resultou na adição do percentual de 30% para consórcios foi aplicado de forma incorreta em, ao menos, cinco dimensões:

- I - Uso incorreto do critério dos 30% - filtro negativo para aprovação, e não para reprovação

- II - Aplicação incorreta do mercado para aferir a participação de 30%
- III - Definição incorreta de mercado relevante para fins de integração vertical – 30% deveriam ter sido calculados com relação a todos os terminais que atendem o estado de Alagoas, cf. Guia AIC-TP
- IV - Inadequação de fins e meios – lacunas na limitação de consórcios que comprovam sua irrazoabilidade
- V - Ausência denexo causal – MAC12 já opera em regime de pool entre as três distribuidoras nacionais, sem qualquer evidência de efeitos anticompetitivos.

64. Em primeiro lugar, cabe ressaltar que os argumentos apresentados pela empresa impugnante buscam distorcer a motivação da cláusula 12.3 do Edital.

65. De acordo com o pedido de impugnação, “a Análise Concorrencial da ANTAQ esclarece que o temor é o de fechamento de insumos”. Essa afirmação é equivocada.

66. A análise concorrencial identificou o risco de redução da competição pelo objeto da licitação, isto é, a competição no leilão, pela possibilidade de reunião de players em consórcio, que poderiam ingressar isoladamente no certame e que atuam em mercados verticalmente integrados à montante e à jusante.

67. Com isso, buscando uma maior competição no leilão, de acordo com os princípios norteadores do procedimento licitatório, mormente o interesse público, e visando a escolha da melhor proposta, foi inserido o mecanismo para evitar a reunião de empresas que têm amplas condições técnicas e financeiras para participar isoladamente do certame.

68. O mecanismo previsto no item 12.3 do edital está amplamente amparado com as melhores práticas para o aprimoramento da concorrência nas licitações públicas, e está alinhado com as recomendações expedidas pelo CADE, da ANP e TCU.

69. O item II.3.6 do Guia de Combate a Cartéis em Licitações do CADE, por exemplo, alerta para os riscos de implementação de estratégias anticompetitivas por meio da formação de consórcios.

70. De acordo com o Guia do CADE, a formação de consórcio pode reduzir o universo da disputa e incentivar que os potenciais interessados façam acordos entre si:

“Em alguns casos, tal instrumento pode ser utilizado de forma distorcida, com o fim principal de garantir uma divisão acordada previamente entre concorrentes. Em geral, isso ocorre em casos em que as empresas têm capacidade técnica e financeira para, isoladamente, prestarem o serviço e/ou fornecerem o produto licitado, mas decidem formar consórcio. Tais consórcios, portanto, reduzem a competitividade do certame – haja vista que potenciais concorrentes suprimem suas propostas individuais, passando a formar um consórcio – e alocam as parcelas do objeto licitado às consorciadas.”

71. Nesse sentido, importante destacar que se encontra em tramitação no CADE o inquérito administrativo 08700.003471/2019-11 instaurado em face de Raízen Combustíveis S/A, Petrobras Distribuidora S/A (atual Vibra Energia S/A) e Ipiranga Produtos de Petróleo S/A.

72. O inquérito foi instaurado para *“investigar prática prejudicial à livre concorrência, consistente na formação de consórcio pelas Representadas para participar de leilões de arrendamento das áreas portuárias destinadas à movimentação e armazenagem de graneis líquidos (combustíveis líquidos). A motivação para a instauração da investigação foi a fraca concorrência verificada nos leilões das áreas portuárias de Cabedelo/PB e Vitória/ES. Das quatro áreas portuárias leiloadas, em apenas duas houve a apresentação de proposta de outra empresa além dos consórcios formados pelas Representadas, sendo que todos os certames foram vencidos pelos consórcios formados pelas Representadas”*.

73. Cumpre destacar que a Superintendência-Geral do CADE (**NOTA TÉCNICA Nº 7/2023/CGAA3/SGA1/SG/CADE**), em sede de advocacia da concorrência, recomendou que os órgãos licitantes levem em consideração para a admissão ou vedação de consórcios para licitação de terminais portuários de movimentação e armazenagem de graneis líquidos combustíveis a capacidade econômica,

financeira e técnica para oferecer ou prestar por conta própria os produtos/serviços demandados na licitação.

74. A SG/CADE pontua ainda que consórcios formados por empresas com grande sobreposição entre suas atividades apresentam maior probabilidade de oferecer risco ao sucesso do procedimento licitatório.

75. Além disso, ressaltou que quanto maior a participação de mercado conjunta das empresas integrantes do consórcio, maior a probabilidade de que o acordo prejudique significativamente ou elimine a concorrência, conforme apontado pela doutrina internacional sobre a questão.

76. Ao final, recomendou que sejam analisados em futuros editais os possíveis efeitos para a concorrência decorrentes da formação de consórcios para licitações de terminais portuários destinados à movimentação e armazenagem de graneis líquidos combustíveis, especialmente, que envolvam empresas do mercado de distribuição de combustíveis líquidos.

77. Também é improcedente a contestação do filtro de 30% de participação de mercado utilizado no item 12.3 do Edital. O percentual está amparado no normativo e na jurisprudência do CADE. Desse modo, reitera-se que a presunção de capacidade de fechamento de mercado, lastreada pelo art. 8º, IV, da Resolução nº 33/2021 do CADE é uma proxy adequada para identificar os players com participação de mercado relevante, cuja união em consórcio poderia causar a diminuição da competição na disputa pelos ativos no leilão.

78. Como se observa, ao contrário do alegado pela empresa impugnante, a inserção da regra contida no item 12.3 do Edital visa justamente o atendimento às principais recomendações visando uma maior concorrência no leilão.

79. Ainda sobre o tema vale rememorar que a previsão do edital foi analisada pelo TCU, tendo sua conformidade atestada no Voto do Ministro Relator:

29. Na fase do leilão, foram identificados riscos à competição caso fossem formados consórcios entre grupos econômicos verticalmente integrados atuantes nos mercados de: exploração e produção de petróleo bruto onshore em Alagoas; no mercado de refino de petróleo na região de influência da Refinaria Abreu e Lima (RNEST); ou no mercado de distribuição de combustíveis em Alagoas. Com base nesse risco, o MInfra atuou por meio do ajuste nas minutas de editais de ambos os terminais proibindo a formação de consórcio entre dois ou mais grupos econômicos que atuam nos mercados acima listados.

(...)

33. Diante disso, considerando que o tema foi adequadamente tratado nas minutas de edital das licitações bem como nas cláusulas contratuais que, além da operação, também orientaram a relação entre os atores de mercado, deixo de realizar propostas ao tema.

80. Por fim, ainda argumentando sobre eventual motivação defeituosa para imposição de restrição editalícia, a Ipiranga argumenta que a base de cálculo para verificação do critério de desclassificação de consórcios, apresentada Apêndice 5 do Edital – *Relação referencial de empresas, estendendo-se a suas Controladas, Controladoras e entidades sujeitas ao mesmo controle comum, com restrições à participação no Leilão* - deve ser atualizada. Isto porque o Edital faria referência a dados defasados, colhidos em 2021, os quais não representam a realidade atual do Estado de Alagoas.

81. Sobre isto, cumpre esclarecer que a relação trata-se de uma referência auxiliar à autoridade julgadora quando da avaliação dos requisitos de habilitação de que trata o item 12.3 do Edital.

82. Obviamente que os percentuais de participação de mercado são fluidos e se alteram constantemente no tempo. Impossível então seria elaborar estudos para a presente licitação em data passada e desejar que, após o longo caminho para sua aprovação e lançamento do leilão, estes números se mantivessem os mesmos.

83. Por esta razão que, esclarece-se, os valores constantes no apêndice combatido são apenas referenciais, como o seu próprio nome diz, sendo que o documento traz consigo as referências que devem ser consultadas para a adequada motivação de eventual ato de desclassificação de proponente pela comissão julgadora.

84. Diante disto, não se vislumbra motivos para a suspensão do leilão devido à "desatualização" dos valores referencias apresentados no Apêndice 5.

III. PEDIDO

85. Por fim, requer "conhecida e provida a presente impugnação, determinando-se a suspensão dos leilões ANTAQ nº 03/2023 e nº 04/2023, até que sejam sanados todos os vícios apontados".

DA DECISÃO

86. Pelas razões e fundamentos expostos, esta Comissão Permanente de Licitação de Concessões e Arrendamentos Portuários da ANTAQ- CPLA, **decide por CONHECER do pedido de impugnação para, no mérito, NEGAR-LHE PROVIMENTO, mantendo-se o Edital de Licitação e todo o cronograma do certame.**

PATRÍCIA PÓVOA GRAVINA

Presidente da CPLA



Documento assinado eletronicamente por **Patricia Povoá Gravina, Presidente da CPLA**, em 07/08/2023, às 17:49, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 1º, art. 6º, do Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015.



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site <http://www.antaq.gov.br/>, informando o código verificador **1997814** e o código CRC **235977CC**.