

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DIRETOR GERAL DA ANTAQ – AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS

ILUSTRÍSSIMA PRESIDENTE DA CPLA - COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÕES DE ARRENDAMENTOS PORTUÁRIOS DA ANTAQ

**REF. PROCESSO ADMINISTRATIVO SEI ANTAQ nº 50300.012958/2023-31.
PROCESSO SELETIVO nº 01/2023 - ANTAQ**

MMS EMPREENDIMENTOS LTDA, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 48.119.239/0001-01, com sede na Av. Trompowsky, 165, Sala B, Centro, Florianópolis - SC, CEP 88.015-300, por seu recorrente legal, Fenando Waterkemps, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, por seu recorrente legal, fundamentando-se no art. 30 e ss. Da Lei nº 8.666/93, art 408 e ss. Do CPC/2015, item 23.2 do Edital do Processo Seletivo, oferecer o presente

RECURSO ADMINISTRATIVO

Pelos relevantes motivos de fato e de direito que a seguir passa a expor, para ao final requerer:

1. DAS RAZÕES DO PRESENTE RECURSO

Trata de irregular decisão de desclassificação da licitante recorrente MMS Empreendimentos Ltda., no Processo Seletivo 01/2023-ANTAQ, com a infundada alegação de inexecuibilidade da proposta, classificada em primeiro lugar, e procedida de reconhecimento, pela própria CPLA, de completo atendimento da licitante quanto aos documentos licitatórios (volumes 1, 2 e 3).

2. DA DECISÃO IMPUGNADA



Consta da Divulgação de Decisão, de 02/10/2023:

referente ao PROCESSO SELETIVO Nº 01-2023-ANTAQ, nos termos do art. 24, IV, Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, e conforme análise consubstanciada na NOTA TÉCNICA Nº 44/2023/CPLA (SEI 2047569) informa a decisão pela **DESCCLASSIFICAÇÃO** da proponente MMS Empreendimentos Ltda., por concluir, após franqueada oportunidade à proponente de demonstrar sua capacidade de bem executar os serviços, que a proposta apresentada é inexecutável

3. DOS FATOS QUE DEMONSTRAM AS ILEGALIDADES

3.1 Trata-se de ato manifestamente ilegal patrocinado pelas autoridades nominadas, da Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ no trâmite do processo licitatório determinado a desclassificação de proposta classificada em primeiro lugar, por critério não previsto no edital.

Na via de diligência, com exigência de apresentação de documentos não previstos no Edital, em prazo inferior a 24 horas, estendido para 48 horas, e de exigências de condições operacionais da empresa, nele previstas para serem exigidas em momento posterior à contratação, a Comissão Permanente de Licitações da ANTAQ, CPLA, mesmo diante de documentos que dão pleno atendimento às exigências do Edital (e da diligência) desclassificou a recorrente sob a alegação de que não teria demonstrado a capacidade de bem executar os serviços, e que a proposta apresentada seria inexecutável.

3.2 Trata-se de uma proposta de Movimentação Mínima Exigida de 66.600 TEU's por mês.

Permite-se um esclarecimento, que mesmo dispensável, aqui, serve para a fixação do teor da proposta elaborada e encaminhada pela licitante..

Como se sabe, cada contêiner é uma unidade de carga independente, com dimensões que seguem um padrão internacional. A medida adotada para indicar a capacidade é



conhecida pela sigla TEU, que, em inglês, de origem, quer dizer, *Twenty Feet Equivalent Unit*, e em português, Unidade Equivalente a um Contêiner de 20 pés.

Ou seja, a proposta da recorrente é de movimentação mensal de 66.600 TEU's por mês, considerado cada Contêiner com 20 pés na área de arrendamento (1ft = 0,3048metros)

3.3 Por primeiro ressalta-se que o prazo oportunizado viola a norma legal.

O prazo determinado para resposta de documentos viola a norma legal. O fato é que o prazo de resposta, que compreende a apresentação de uma série de documentos não previstos no Edital, mesmo com sua alteração, estendido para 2 dias fere o direito da licitante em dispor do prazo legal de resposta que pela Lei 8.666/93 é de 5 dias e pela Lei 14.133/21 é de 3 dias.

3.4 Realça-se, aqui, a questão do reconhecimento da Antaq do pleno atendimento da recorrente às exigências editalícias

Ressalta-se que a licitante, aqui recorrente, cumpriu à risca todas as exigências editalícias, (Capítulo IV do Edital), no que se refere às questões diligenciadas - qualificação técnica (Seção III, Subseção IV), qualificação econômico-financeira (Seção III, Subseção II) e termos estipulados para a proposta comercial (Seção II), segundo análises da própria ANTAQ, como se irá demonstrar

No mais importante, atendeu à extensa diligência realizada pela CLPA, apesar de desvinculada ao Edital, comprovando plenamente as condições de executar a proposta oferecida.

Neste sentido, o Edital previu 3 volumes a serem entregues pelas licitantes, analisados de forma independente pela CPLA.

Consta do Edital do Processo Seletivo:



CAPÍTULO V - DAS ETAPAS DO PROCESSO SELETIVO SIMPLIFICADO

Seção I - Da Apresentação dos Documentos

19.1. As Proponentes deverão apresentar, conforme cronograma do item 25.1 deste Edital, invólucro único lacrado, contendo:

19.1.1. Ao 1º Volume - declarações preliminares e documentos de representação; e

19.1.2. Ao 2º Volume - Proposta pela Arrendamento Transitório, devidamente assinada, conforme modelo previsto no Apêndice 2 – Modelo de Apresentação de Proposta pela Arrendamento Transitório.

19.2. A Proponente vencedora deverá apresentar, na data estabelecida no cronograma do item 25.1, invólucro único, contendo o 3º Volume – Documentos de Habilitação.

E foram as seguintes as análises da CPLA aos volumes apresentados pela recorrente, conforme relatórios constantes do processo licitatório:

CONCLUSÃO

Após a verificação do atendimento aos requisitos legais e editalícios das propostas referentes às Declarações Preliminares e Documentos de Representação (Volume 1) referentes ao Processo Seletivo nº 01-2023-ANTAQ, não foram identificadas irregularidades na documentação apresentada pelas empresas proponentes.

(Relatório nº 2/2023/CPLA, de 12/09/2023)

CONCLUSÃO

Após a verificação do atendimento aos requisitos legais e editalícios das Propostas pelo Arrendamento Transitório (Volume 2), referentes ao Processo Seletivo nº 01-2023-ANTAQ, não foram identificadas irregularidades na documentação apresentada pelas empresas proponentes.

Quanto à documentação referente à Habilitação (Volume 03), apresentada pela proponente mais bem classificada, a empresa MMS Empreendimentos Ltda., não foram encontradas irregularidades na documentação apresentada.

(Relatório nº 3/2023/CPLA, de 02/10/2023)

Resta claro o reconhecimento, pela própria CPLA, do pleno atendimento, pela licitante MMS Empreendimentos, das condições estabelecidas no Edital.

3.5 A questão, aqui, é que, a licitante, recorrente, cumpriu rigorosamente as exigências do Edital e no que foi



humanamente possível pelo exíguo tempo, deu cumprimento aos requerimentos da diligência, pela CPLA, no sentido da demonstração da exequibilidade da proposta apresentada.

Nesse sentido, foram solicitadas pela CPLA, via e-mail, na data de 20/09/2023, comprovações (1) do ponto de vista operacional; (2) do ponto de vista comercial; e (3) do ponto de vista econômico-financeiro.

Sem embargo da sua manifesta ilegalidade e falta de aderência ao edital, a diligência foi atendida pela recorrente, com o envio das cartas MMS/ANTAQ 01.2023, de 22/09/2023, MMS/ANTAQ 02.2023, de 27/09/2023 e MMS/ANTAQ 03.2023, de 28/09/2023.

Além de extensas razões demonstrando a desconexão da diligência com os termos editalícios, as cartas apresentaram, em anexo, documentação que demonstra o pleno atendimento às questões suscitadas (apesar de não exigíveis, para a atual fase licitatória).

Nesse sentido, quanto à suposta inexecuibilidade da proposta, analisa-se os aspectos levantados nas razões de desclassificação da proposta por inexecuível.

Quanto a questão técnica, levantada como matéria de diligência, demonstrou-se que a autoridade portuária, competente para a análise pertinente à capacidade operacional da área objeto do arrendamento, considerou como exequível a movimentação proposta pela recorrente, com respaldo na movimentação histórica e na comparação de condições técnicas e operacionais.

Quanto a questão financeira, não há o que se discutir quanto à exequibilidade da proposta, já que a arrendatária anterior, que passou mais de 20 anos operando na área arrendada do Porto Organizado de Itajaí (mesmo objeto do presente caso) pagava, à título de outorga, valor mensal semelhante ou superior à proposta oferecida pela recorrente, operando um volume muito menor de TEUs, tornando claro que o valor de outorga proposto é exequível e compatível com a precificação histórica do arrendamento aqui discutido, como será demonstrado a seguir.



Assim, especificamente aos pontos assinalados nos requerimentos da diligência:

Quanto ao ponto de vista operacional, foi apresentado, no que mais interessa, o Ofício nº 309/2023/SURIN, de autoria da Superintendência do Porto de Itajaí, que apresenta informações demonstrando a possibilidade de operação da movimentação proposta pela recorrente. Também foi apresentada intenção de parceria operacional com operador portuário com vasta experiência e pré-qualificado em outros portos nacionais.

Quanto ao ponto de vista comercial, foram apresentadas diversas cartas de intenção de parcerias comerciais e de promessas de movimentação de altos volumes de carga com a licitante recorrente, caso concretizada sua vitória no certame. Evidentemente que não se pode exigir a comprovação de acordos protegidos por cláusula de confidencialidade, como alegou a recorrente em suas razões, sob pena de prejudicar interesses econômicos dos parceiros, sobretudo nas suas relações comerciais com terceiros.

Quanto ao ponto de vista econômico-financeiro, foi apresentado manifesto de instituição financeira, comprometendo-se a aportar as garantias necessárias para a execução do contrato, além da comunicação de aumento do capital social da licitante recorrente, confirmado depois através da carta MMS/ANTAQ 04.2023, de 29/09/2023.

3.6 Diante disso, tem-se como irregular a desclassificação da licitante recorrente que liderava o certame com a proposta mais vantajosa.

Apesar do pleno e reconhecido atendimento das condições editalícias pela recorrente, e do pleno atendimento à diligência realizada, a CPLA decidiu pela desclassificação da licitante MMS Empreendimentos, pelas razões já referidas de alegada não demonstração da capacidade de bem executar os serviços, e da alegação de que a proposta apresentada seria inexecutável.



3.7 Os pontos levantados na decisão desclassificatória de “*não demonstração da capacidade de bem executar os serviços*”, e de que “*proposta apresentada é inexecúvel*” configuram desrespeito cristalino ao Edital.

Reforça-se que a própria CPLA assume que a licitante recorrente cumpriu à risca as exigências para os Volumes 1, 2 e 3 onde inclusas as comprovações tidas como cumpridas, referentes as qualificações jurídica, fiscal, trabalhista, econômico-financeira e técnica da recorrente

A alegação de “*não capacidade de bem executar os serviços*” se refere, portanto, a um flagrante erro da Administração, uma vez que, como se viu, assumiu a plena habilitação da licitante recorrente.

Demonstra-se evidente a confusão, da CPLA, a respeito da exequibilidade da proposta com condições de qualificação.

Ainda, mesmo que consideradas exigências supervenientes para qualificação econômico-financeira e comercial, a recorrente demonstrou, na diligência cumprida, o pleno atendimento às questões levantadas.

3.8 O fato é que verificado os critérios de julgamento dos documentos constantes dos Volumes 2 (“*proposta pelo arrendamento transitório*”) e 3 (“*documentos de habilitação*”) estão definidos objetivamente nos subitens do Capítulo V do Edital, Seção III e IV, respectivamente, se tem que todos foram plenamente cumpridos pela licitante recorrente.

Apesar dos critérios objetivos definidos para julgamento da habilitação e proposta, questões novas são trazidas e exigidas da licitante, sob a justificativa de assegurar a capacidade técnica, financeira e comercial do cumprimento do contrato.

Acontece que o Edital e a Minuta do Contrato de Arrendamento preveem as garantias necessárias para o cumprimento do objeto,



por parte da licitante vencedora do certame, nos quesitos técnico, financeiro e comercial (questões diligenciadas).

Consta do Edital do Processo Seletivo, quanto à proposta comercial:

Seção II – Volume 2 – Da Proposta pela Arrendamento Transitório
(...)

13.3. A Proponente deverá indicar, na sua proposta pela Arrendamento Transitório, a Movimentação Mínima Exigida – MME a ser garantida à Autoridade Portuária

(...)

13.3.4. A proposta deve ser elaborada considerando-se que o valor a ser pago por unidade de movimentação unitária (TEU) não cumprida, será de R\$ 60,63 (sessenta reais e sessenta e três centavos)

3.9 Observa-se que, neste ponto, o Edital deixa claro que a licitante ofertará sua Movimentação Mínima Exigida, a ser garantida, e há valor pago pela movimentação não cumprida.

Não há o que se questionar da capacidade de cumprir à risca a movimentação ofertada, já que o próprio instrumento convocatório oportuniza o pagamento pela movimentação não cumprida. Trata-se de estratégia comercial permitida à licitante, no teor do Edital, porém questionada em sede de diligência.

Conforme pode ser verificado do caderno constante do Volume 2 apresentado pela licitante MMS, a proposta e condições comerciais foram cumpridas plenamente.

Consta do Edital do Processo Seletivo, quanto à qualificação econômico-financeira:

Subseção II - Da Qualificação Econômico-Financeira

(...)

16.1.1. Para sociedades empresárias: Certidão Negativa de Pedido de Falência, concordata remanescente, recuperação judicial e extrajudicial

(...)

Apêndice 1 - Modelos do Edital

(...)

Modelo 7 – Declaração de Capacidade Financeira – Volume 3

3.10 O instrumento convocatório é claro nas exigências às



licitantes quanto à capacidade econômico-financeira a ser cumprida. Trata-se de certidão específica expedida pelos distribuidores, de negativa de falência, concordata e recuperação judicial e extrajudicial, e declaração própria de capacidade financeira.

A licitante cumpriu à risca o Edital, neste ponto, com a apresentação da referida certidão negativa e da declaração de capacidade, nos termos do Edital, que dispôs que a licitante declarasse ter “capacidade de obter recursos financeiros suficientes para cumprir as obrigações de aporte de recursos próprios e de terceiros necessários à consecução do objeto”.

A diligência no sentido de comprovação adicional de capacidade de obter recursos se demonstra desvinculada dos termos do Edital e descabida, no presente processo.

Consta do Edital do Processo Seletivo, quanto à qualificação técnica:

Subseção IV - Da Qualificação Técnica

18.1. A documentação relativa à qualificação técnica das Proponentes limitar-se-á à apresentação, pela Proponente, do Atestado de Visita Técnica ou da Declaração de Pleno Conhecimento, e do compromisso de, sob as penas da lei, obter, nas hipóteses não dispensadas pela legislação, a pré-qualificação como operadora portuária junto à Administração do Porto Organizado em que está localizado a Arrendamento Transitório, ou contratar Operador Portuário pré-qualificado
(...)

26.2. Caberá à Adjudicatária apresentar ao Poder Concedente após a assinatura do contrato os seguintes documentos:

26.2.1. O Projeto Básico de Implantação (PBI) dos investimentos; e

26.2.2. Nas hipóteses não dispensadas pela legislação, comprovar que se pré-qualificou como operadora portuária junto à Administração do Porto Organizado em que está localizado a Arrendamento Transitório ou de que contratou Operador Portuário pré-qualificado pela Administração do Porto.

26.2.3. O prazo para o atendimento será de até 30 (trinta) dias, podendo ser prorrogado por igual período, mediante justificativa fundamentada.



3.11 O Edital especifica que a qualificação técnica se limita aos documentos exigidos no item 18.1, que, no caso de opção pela não realização de visita técnica, restringe-se à duas declarações – de plano conhecimento, e de compromisso de se pré-qualificar junto à Administração do Porto, ou contratar operador pré-qualificado – ambas as declarações entregues no caderno constante do Volume 3 da Licitante.

Solicitação de diligência quanto à qualificação técnica, em termos diversos às exigências do item 18.1 do Edital, demonstra determinação superveniente e desvinculada ao processo licitatório tal como concebido.

3.12 No mais, o item 26.2 do Edital, transcrito acima, trata de todas as informações solicitadas pela CPLA em sede de diligência, porém exigida para cumprimento em até 30 dias após a assinatura do contrato.

Ou seja, vem a diligência determinar, praticamente, a comprovação da exigência editalícia a ser cumprida em até 30 dias após a contratação, em 2 dias úteis, e sem a segurança do objeto adjudicado à licitante, do certame homologado e o contrato firmado com a Administração.

Trata-se do PBI – Plano Básico de Implantação, que, conforme o Apêndice 3 da Minuta do Contrato, deverá contemplar a maior parte das informações exigidas na diligência – plano comercial do arrendamento e viabilidade técnica e operacional, de forma detalhada.

Conforme a Minuta do Contrato, o documento a ser apresentado pela contratada, em até 30 dias da contratação, “**deverá assegurar que a Arrendatária Transitória tem condições necessárias e planeja implantar as estruturas necessárias para realizar todas as atividades objeto do contrato**”, e “**deve demonstrar com clareza e precisão que a Arrendatária Transitória possui todas as condições necessárias para cumprir todas as Diretrizes Técnicas e Parâmetros do Arrendamento Transitório**”.

Resta evidente que a diligência é formulada de forma dissonante das regras do certame, uma vez que busca antecipar comprovações que já estão previstas para o primeiro mês de contrato.



3.13 Fato importante é que a Decisão da CPLA referencia um relatório técnico que detalha a análise realizada da documentação da licitante recorrente que, mesmo analisada em primeira leitura demonstra a fragilidade dos argumentos apresentados, que violentam a norma legal e contrariam o Edital.

Trata-se da NOTA TÉCNICA Nº 44/2023/CPLA, de 02/10/2023.

Consta do documento, de autoria também da CPLA, constante do processo licitatório, na questão do aspecto comercial da proposta:

Do aspecto comercial da proposta:

A finalidade de avaliar esse aspecto reside no fato de que as características do mercado de contêineres no Brasil, bem como a conformação concorrencial local, tornaram as tentativas anteriores de firmar contrato de transição para exploração temporária da área ineficazes para garantir a continuidade das operações em Itajaí.

A setorial retomou estudo realizado por esta ANTAQ sobre as condições concorrenciais no complexo portuário de Itajaí em que verificou haver uma forte tendência de concentração de mercado e integração vertical entre terminal e armador. Assim, é notório que para conseguir romper essa tendência de relacionamento entre armador e terminal, é necessário que o arrendatária seja muito eficiente e, sobretudo, tenha condições comerciais bastante sólidas.

Então, recebida a documentação, a SOG fez detida análise do teor das peças encaminhadas pela proponente e, pelos elementos apresentados, concluiu que nenhum dos documentos apresentados demonstram as relações comerciais ou expectativas comerciais representativas para o volume de cargas apresentado na proposta.

Pesa considerar que devido ao curto prazo de exploração da área, aliado ao significativo volume de TEUs apresentado na proposta e às características dos contratos comerciais do segmento, seria esperado que a Proponente já possuísse, minimamente, intenções de acordos comerciais que possibilitassem a execução do objeto. Todavia, na presente análise, não restou demonstrado esse aspecto.

Diante disso, a setorial concluiu:

Em face do exposto, conclui-se que, no aspecto comercial, a documentação apresentada pela Proponente não logrou êxito para demonstrar a exequibilidade da proposta e viabilizar a execução do objeto do Processo Seletivo nº 01/2023-ANTAQ.

3.14 Observa-se, da leitura do documento, que a CPLA “criou” uma



nova exigência de qualificação, que é a de comprovação das condições comerciais, não existente no Edital, o que beira ao absurdo.

Apesar de usar o subterfúgio da “exequibilidade de proposta”, a questão que trata, claramente, não é essa. Sob o subterfúgio de uma “nota técnica”, criou a CPLA novas condições de habilitação no certame, o que é de todo ilegal e inaceitável.

Ora, o que seria esperado que a proponente possuísse foi plenamente comprovado nas fases previstas pelo Edital, cuja regularidade e completude foi expressamente certificada pela CPLA, como acima referido, não sendo lícito à CPLA criar novas fases e exigir novas condições à recorrente, de todo estranhas às regras do certame.

3.15 Ainda, não se satisfaz a CPLA com a gama de intenções de parcerias comerciais demonstrada pela licitante recorrente, tanto nacionais quanto internacionais, parecendo exigir acordos mais avançados, neste sentido.

Foram juntados pela licitante, na resposta à diligência:

- Carta de Intenção de Parceria das empresas PONTO SUL INTERNATIONAL BUSINESS LTDA e KYRIOS COMERCIAL IMPORTADORA DE MANUFATURADOS LTDA.;
- Carta de Plano de Trabalho para promover o envio marítimo direto entre Porto de Itajaí e Porto de Gaolan, localizado na China;
- Declaração ao Mercado, em apoio à licitante, firmada pela ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS EMPRESAS TRANSITÁRIAS, AGENTES DE CARGA AÉREA, COMISSÁRIAS DE DESPACHOS E OPERADORES INTERMODAIS;
- Carta de Apoio à Licitante, firmada pelo SINDICATO DOS COMISSÁRIOS DE DESPACHOS, AGENTES DE CARGA E LOGÍSTICA DO ESTADO DE SÃO PAULO;
- Declaração ao Mercado, em apoio à licitante, firmada pela Associação dos Despachantes Aduaneiros do Brasil;
- Declaração, em apoio à licitante, firmada pela Associação União dos Terminais de Itajaí e Navegantes;



- Carta de Apoio à Licitante, firmada pelo SINDICATO DO COMÉRCIO ATACADISTA, IMPORTADOR E EXPORTADOR DE FRUTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO;
- Carta de Apoio à Licitante, firmada pelo SINDICATO DO COMÉRCIO ATACADISTA DE GÊNEROS ALIMENTÍCIOS NO ESTADO DE SÃO PAULO;
- Cartas de cooperação com entidades chinesas (acompanhadas de livres traduções, por aplicativo especializado): (1) da Zhuhai Zhonglian Latin America Supply Chain Management; (2) da Zhuhai International Container Terminal (Gaolan); e (3) Câmara de Comércio de Alimentos da Cidade de Jiangmen;
- Comunicação com parceiro comercial em potencial – a Cosco Shipping, através de e-mail (acompanhado de livre tradução, por aplicativo especializado) que demonstra sua intenção de cooperação com a licitante, caso venha a se sagrar vencedora do certame, na condição de arrendatária transitória da área no Porto de Itajaí.

3.16 Verifica-se nesses documentos elevadas parcerias comerciais demonstradas, o que torna evidente a incorreção da análise e conclusões realizadas pela CPLA, de supor falta de capacidade comercial da licitante recorrente.

Não é lícito exigir de uma licitante, antes da assinatura do contrato, acordos detalhados e/ou em estágio avançado de negociação, sem que haja adjudicação do objeto em seu favor – ainda mais sem nenhuma referência da exigência no instrumento convocatório.

3.17 Ainda, da NOTA TÉCNICA Nº 44/2023/CPLA, na questão do aspecto econômico-financeiro da proposta, consta mais violência à norma técnica e ao edital:

Rememora-se , nesses aspectos, o referenciado documento

Do aspecto econômico-financeiro da proposta:

A finalidade de avaliar esse aspecto reside nos significativos custos fixos em que a futura explorada transitória da área irá incorrer. O segmento do terminal de contêineres é dotado de custos fixos bastantes elevados.

Para avaliar esse aspecto, a SOG avaliou quais seriam as despesas fixas que a futura explorada transitória deverá suportar para fazer frente às receitas provenientes da movimentação.

Assim, considerando os elementos mais relevantes de custo fixo



que recairão sobre a futura explorada transitória da área, observou que até o sexto mês do arrendamento sem operação a futura arrendatária arcará com o custo fixo de R\$ 1.036.305,42, desconsiderando que não haverá contratação de mão de obra e despesa de MME não cumprida.

Num segundo cenário, após o sexto mês do arrendamento sem operação, a futura arrendatária deverá arcar com o custo fixo de R\$ 5.860.339,60, considerando que não houve contratação de mão de obra. Nesse cenário não há receitas de contêineres para confrontar as despesas.

No último cenário, após o sexto mês do arrendamento com operação, a futura arrendatária arcará com o custo fixo de R\$ 13.095.955,18.

A fim de demonstrar que possui capacidade econômico-financeira de arcar com ônus do arrendamento, a Proponente apresentou a peça Manifesto (2039345), assinado digitalmente pela SAGASOCIEDADE DE GARANTIAS.

No documento a empresa SAGA – SOCIEDADE AUTÔNOMA DE GARANTIASLTDA compromete-se a promover a emissão das garantias financeiras requeridas para a execução do contrato, conforme estabelecido no draft Contratual apresentado, caso a Proponente seja contemplada com a adjudicação do Processo Seletivo nº 01/2023-ANTAQ.

Apontou que para análise conclusiva desse aspecto seria necessário aprofundar nos dados financeiros da companhia, e dessa maneira, concluiu que a documentação apresentada pela Proponente é inconclusiva e inapta para demonstrar a exequibilidade da proposta.

Dito isso, diante dos elementos trazidos aos autos, conclui-se que, no aspecto econômico-financeiro, a documentação apresentada pela Proponente é inconclusiva e inapta para demonstrar a exequibilidade da proposta e viabilizar a execução do objeto do Processo Seletivo nº 01/2023-ANTAQ.

3.18 Observa-se que, novamente, a CPLA “criou” uma nova exigência de qualificação, que é a de demonstração de condições financeiras não previstas no Edital. Por mais uma vez, apesar de usar o subterfúgio da “exequibilidade de proposta”, a questão que trata, claramente, não é essa.

Reconhece o documento juntado pela licitante recorrente, de Manifesto, emitido por instituição financeira, de compromisso de prestação das garantias financeiras necessárias ao cumprimento



do contrato.

Porém, apresenta a irresponsável análise, permeada de juízo subjetivo de valor, de que *“seria necessário aprofundar nos dados financeiros da companhia, e dessa maneira, concluiu que a documentação apresentada pela proponente é inconclusiva e inapta”*.

Desconsiderou também o aumento de capital social promovido pela licitante recorrente na sociedade, apesar de não exigido no Edital.

O novo capital social passou a ser de R\$ 25.000.000,00, representando com sobra o custeio de mais de 180 dias do contrato, nos moldes da proposta apresentada, embora tal condição não seja exigida pelo edital aqui discutido.

3.19 Por fim, a CPLA promoveu a análise do ponto de vista operacional, apresentada na NOTA TÉCNICA Nº 44/2023/CPLA. Consta do documento, neste sentido:

Observou-se que o lance de 66.600 TEUs (799.200 TEUs/ano) apresentado pela empresa MMS Empreendimentos Ltda. supera em 48% o recorde histórico de movimentação de contêineres no Porto. Tomou-se como base, toda a base de dados do Anuário Estatístico da ANTAQ, que registrou o pico de 537.244 TEUs, no ano de 2020.

Comparando ainda aos estudos de concessão do Porto de Itajaí publicados na Audiência Pública - ANTAQ nº 05/2022, notou-se que a proposta do primeiro colocado também destoa da capacidade de operação calculada pela Infra S.A., estando cerca de 43% acima do previsto para a desestatização.

Chamou a atenção desta Comissão a diferença de 51% entre a proposta do primeiro e segundo colocados.

Não é demais lembrar que o processo seletivo em curso visa a continuidade dos serviços no Porto de Itajaí, elegendo a proposta mais vantajosa para a Administração Pública. O objetivo é alavancar novamente as operações portuárias no arrendamento para restabelecimento do porto e dos postos de trabalho. Considerando possíveis riscos de insucesso do certame, optou-se por solicitar esclarecimentos à empresa sobre como sua proposta foi embasada.

E pela melhor movimentação entende-se a oferta da maior



Movimentação Mínima Exigida - MME proposta pelo interessado, e não imposta pelo Poder Público. Ou seja, resta claro que o objetivo do modelador não foi o maior retorno financeiro pelo ativo, o que seria alcançado, por exemplo, pelo oferecimento do ativo pelo "maior valor de outorga" - como é também feito no setor -, porém se buscou a maior movimentação possível para o terminal, no sentido de impulsionar toda a cadeia produtiva e de serviços envolvida com as atividades portuárias no Porto de Itajaí.

Este critério levou em conta que o licitante, conhecedor do negócio, ao garantir movimentação mínima estaria se comprometendo em efetivamente movimentar a quantidade ofertada.

Desta forma, buscou-se avaliar a exequibilidade da proposta oferecida pela licitante mais bem classificada em seu formato integral, com vistas a minimamente garantir que a movimentação ofertada seja horada após a assinatura do contrato. Para tanto, foram verificados em conjunto os seus aspectos operacional, comercial e econômico-financeiro.

Do aspecto operacional da proposta:

Quanto a este aspecto, a setorial buscou, principalmente verificar se a capacidade atual do terminal, nas condições em que se encontra ou adicionado de investimentos pela proponente, é apta a comportar o volume de cargas previsto na proposta apresentada, uma vez que o critério definidor da proposta vencedora foi maior Movimentação Mínima Exigida - MME

Destacou que a Proponente não encaminhou documento que contém a memória de cálculo relacionada à demonstração de que sua proposta guarda suporte técnico-operacional. Diante desta situação, para verificar se os parâmetros operacionais da área estão adequados à proposta apresentada, a SOG utilizou como referência o estudo técnico de concessão do Porto de Itajaí/SC, elaborado pela então EPL (atualmente Infra S.A), empresa pública federal com expertise na formulação de estudos de licitações portuárias no Brasil.

Para verificar a exequibilidade técnica da proposta, foram avaliadas: a disponibilidade do sistema de embarque e desembarque do terminal frente à movimentação proposta de 799.200 TEUS / ano; e a capacidade de armazenagem dinâmica anual do terminal frente à movimentação proposta de 799.200 TEUS / ano.

Quanto ao primeiro ponto, A SOG verificou que para viabilizar a proposta de 799.200 TEUS /ano são necessários 11 navios por semana ou 5,5 navios por semana por berço.



Contudo, observou que a quantidade de escalas viáveis nas condições operacionais do terminal é o atendimento de 4,9 navios por semana por berço.

Com base nisso, verificou-se que, levando-se em conta a situação atual do terminal, seriam necessárias 9.287 horas de operação por ano para viabilizar a movimentação de 799.200 TEUs, o que supera o total de horas de 1ano, que é 8.760 hora;

Com isso, a setorial concluiu “que o sistema de embarque e desembarque atual do terminal, nos níveis médios observados de produtividade, não é capaz de suportar a proposta apresentada.”

Quanto ao segundo ponto, a setorial verificou que nas configurações operacionais desenhadas com os melhores parâmetros de eficiência, a capacidade de armazenagem dinâmica anual do terminal é de 511.108 TEUS / ano. Com isso, concluiu “que a capacidade de armazenagem dinâmica anual do terminal não é capaz de suportar a proposta apresentada de 799.200 TEUs.”

E conclui:

Com base nos cenários simulados, bem como pelo Estudos Técnicos da Concessão do Porto de Itajaí / SC, verifica-se que, na configuração atual, o terminal não é capaz de atender 799.200 TEUs por ano, apresentando limitações no sistema de embarque e desembarque, além de limitações na capacidade dinâmica de armazenagem. O volume de movimentação apresentado na proposta é cerca de 56% superior à capacidade instalada atualmente, o que inviabiliza, do ponto de vista técnico-operacional, a execução dos níveis de movimentação apresentados pela Proponente.

3.20 Neste ponto, há duas questões importantes a se considerar, a respeito da análise realizada que ferem de morte o presente argumento para a desclassificação da proposta:

(1) o Edital do Processo Seletivo, apesar dos objetivos tanto abordados na análise da CPLA, **aponta como permitido o pagamento pela movimentação não cumprida, fato que foi intencionalmente omitido pela referida Nota Técnica nº 44/2023/CPLA, tornando a proposta como técnica e financeira;**
e

(2) a movimentação proposta é perfeitamente compatível com as instalações portuárias arrendadas, conforme confirmado



pela **Autoridade Portuária (SPI)**, por meio do Ofício nº 309/2023/SURIN, acima referido, o que foi desconsiderado completamente pela CPLA. A SPI possui não apenas maior autoridade, mas sobretudo competência legal para determinar a capacidade e as condições operacionais da infraestrutura portuária sob a sua administração, muito além do que a empresa estatal EPL (atual Infra S/A), responsável pelos estudos de concessão do Porto Organizado de Itajaí, que se baseia apenas em modelos teóricos e cenários simulados.

3.21 A primeira questão decorre do critério eleito para determinação do arrendamento transitório.

Consta do Edital do Processo Seletivo, quanto a não obrigação de cumprimento total da movimentação proposta:

13.3.3. A Movimentação Mínima Exigida - MME será utilizada como critério de julgamento do processo seletivo simplificado. (...)

13.3.4. A proposta deve ser elaborada considerando-se que o valor a ser pago por unidade de movimentação unitária (TEU) não cumprida, será de R\$ 60,63 (sessenta reais e sessenta e três centavos), conforme previsto na Minuta de Contrato.

É evidente, conforme os próprios termos do Edital, que a movimentação proposta não precisa ser cumprida à risca, já que deixa claro que deve ser considerado o valor a ser pago por movimentação não cumprida.

Nesse sentido, não é verdadeira a conclusão apresentada pela Nota Técnica nº 44/2023/CPLA, ao induzir falsamente ao fato de que “o objetivo do modelador não foi o maior retorno financeiro pelo ativo”, mas sim “a maior movimentação possível para o terminal”.

Isso porque a opção do Poder Concedente, expressamente prevista no edital nº 001/2023-ANTAQ, foi a de maior valor de outorga mensal, utilizando a Movimentação Mínima Exigida - MME apenas como critério de julgamento do processo seletivo simplificado.

Nesse sentido, assim dispõe a minuta do contrato de transição vinculado ao Edital:



9.2.3.1. Após 6 meses da Assunção da Área, ou a partir do efetivo início das operações de contêineres, o que ocorrer primeiro, ao fim de cada período de 1 (um) mês, caso a Movimentação Efetivamente Contabilizada seja inferior à Movimentação Mínima Exigida, a Arrendatária Transitória deverá pagar à Administração do Porto o valor em Reais por unidade de movimentação unitária (TEU) indicada no item “i” da Subcláusula 9.2.1, multiplicado pela diferença entre a Movimentação Mínima Exigida constante na Subcláusula 7.1.2.1 e a Movimentação Efetivamente Contabilizada no período.

Assim, a movimentação proposta pela licitante recorrente, de 66.600 TEUs mensais, representa, em valor mínimo a ser pago à Autoridade Portuária de R\$ 4.037.958,00 mensais, perfeitamente exequível, considerando que corresponde ao valor que vem sendo praticado e precificado para o arrendamento da referida área ao longo dos últimos anos.

Veja-se, nesse sentido, o valor da proposta vencedora do Processo Seletivo Simplificado anterior (janeiro de 2023), realizado pela SPI para o arrendamento da mesma área aqui tratada, foi de R\$ 4.006.896,01, conforme consta do Despacho de 22 de agosto de 2022, da Superintendência do Porto de Itajaí:

Classificação	Empresa	CNPJ	Valor por m ²	Valor mensal global
1º	CTIL Logística Ltda	90.950.338/0002-88	R\$48,60	R\$4.006.896,01
2º	Power Log	08.878.680/0001-52	R\$46,50	R\$3.833.758,53
3º	Container's Service	02.159.760/0001-71	R\$26,00	R\$2.143.606,92

Por sua vez, no ano de 2022, a antiga arrendatária APM Terminals pagou pelo arrendamento ordinário findo em dezembro de 2022 valores que ultrapassaram os R\$ 4.000.000,00, conforme demonstra o anexo Demonstrativo de Faturamento – Contrato 03001 APM – 2022 (doc.anexo), extraído do processo administrativo SPI nº 8452/2023-e. E pagou esses valores performando, segundo dados do Portal Estatístico Portuário da Antaq¹, um volume equivalente à metade do que foi ofertado pela ora recorrente, o que demonstra que a proposta desta última, ao contrário de ser inexecutável, é muito mais eficiente e econômica do ponto de vista operacional do que a operação realizada pela antiga arrendatária.

¹ disponível em <https://web3.antag.gov.br/ea/sense/movcontainer.html#>

3.22 A segunda questão importante a considerar diz respeito à capacidade operacional das instalações portuárias objeto do arrendamento transitório.

Ressalte-se com toda ênfase -

Não é verdadeira a alegação da Nota Técnica nº 44/2023/CPLA, de que o volume ofertado pela recorrente supera em 48% o recorde histórico de movimentação de contêineres no Porto.

Isso porque, ao contrário do que foi alegado naquela NT, o Porto de Itajaí já performou volumes superiores a 660.000 TEUs anuais, sendo que o pico de movimentação ocorreu no ano de 2006, quando o Porto atingiu o volume total de 688.305 TEUs, conforme dados do PDZ-2019 daquela instalação portuária, com condições operacionais muito inferiores às atuais, vale dizer, com área menor, infraestrutura menor e eficiência operacional menor do que aquelas que se verificam atualmente.

Assim, ao contrário da equivocada informação apresentada pela NT, o volume de referência proposto pela recorrente é ligeiramente acima do maior pico de movimentação de TEUs verificado no Porto de Itajaí, ou seja, cerca de 16% superior, o que é perfeitamente plausível, considerando que as condições operacionais atuais são melhores e mais eficientes, como transparece da resposta oferecida pela Autoridade Portuária no Ofício nº 309/2023/SURIM.

3.23 Por sua vez, o argumento trazido pela CPLA na mesma NT de que o volume proposto pela recorrente é 51% superior ao da segunda colocada no certame está fora de contexto, não servindo para considerá-la inexecutável.

Primeiro porque não pode ser adotado como critério balizador para o julgamento das propostas o volume proposto pela segunda colocada, sendo da essência do certame a seleção da melhor proposta nos termos do item 21.2 do edital, o qual determina que *“o critério de julgamento do Processo Seletivo Simplificado é o de maior Volume de Movimentação Mínima Exigida - MME a ser garantida à Autoridade Portuária para cessão onerosa da área do*



Arrendamento Transitório”.

Segundo, porque não houve uniformidade nas propostas apresentadas nesse certame.

Como se pode verificar, as propostas apresentadas variaram de 5.650 TEUs até 66.600 TEUs entre a sétima e a primeira colocada, respectivamente, representando uma variação superior a 1.178%, o que torna pouco relevante a alegada diferença de 51% entre as propostas da primeira e da segunda colocadas.

3.24 A Nota Técnica nº 44/2023/CPLA tenta, ainda, desvirtuar a análise relativa à exequibilidade da proposta, valendo-se de subsídios e dados estranhos à modelagem atual do arrendamento transitório.

Como se observa na referida NT, a CPLA referenciou suas conclusões nos estudos de concessão do Porto de Itajaí publicados na Audiência Pública - ANTAQ nº 05/2022, uma modelagem radicalmente distinta da que foi adotada pelo Edital do Processo Seletivo Simplificado nº 001/2023-ANTAQ, aqui debatido.

Isso porque, em primeiro, aquela modelagem tratava da concessão de todo o Porto Organizado de Itajaí e não apenas da área objeto do arrendamento transitório aqui tratado e, em segundo, porque o tempo da concessão que referenciou aqueles estudos (35 anos, prorrogáveis por mais 35 anos) é muito superior ao tempo do arrendamento transitório aqui tratado, que é de meros 2 anos, prorrogáveis por até 2 anos.

Além do mais, aqueles estudos constituem modelos teóricos que não necessariamente exprimem o real potencial operacional do Porto de Itajaí, posto que adotam metodologia de análise que despreza todo o planejamento previsto para o Porto de Itajaí, em especial o Plano Mestre e o Plano de Desenvolvimento e Zoneamento (PDZ), ferindo, assim, o disposto no art. 6º do Decreto nº 8.033/2013.

Vale dizer, os estudos adotados pela CPLA como balizadores do julgamento da proposta da recorrente desconsideraram fatores de



alta relevância para a definição da capacidade operacional, como volumes históricos maiores já praticados, o projeto de expansão do Porto de Itajaí e a extensão da malha ferroviária de Santa Catarina, conforme previsto no PDZ-2019, bem como a utilização do entorno logístico como estratégia de ampliação das operações para determinados modelos de negócio portuário.

3.25 Por fim, a simulação operacional trazida pela NT da CPLA, também não corresponde a realidade dos fatos.

Na verdade, expressa em quantidade de navios e horas de operação, está completamente desvirtuada da realidade, posto que desconsidera fatores relevantes para a definição da capacidade operacional dinâmica.

Basta para tanto, como, por exemplo, citar a disponibilidade dos berços 1 e 2 e da retro área primária e contígua fora da área arrendada, a utilização dos CLIAS (Centros Logísticos e Industriais Aduaneiros) como “pulmão” operacional e os possíveis investimentos para melhoria da eficiência operacional, isso tudo aliado a uma estratégia comercial menos focada em armazenagem, garantindo maior giro de carga e fluidez operacional.

Além disso, vale destacar, ainda, que o TUP Portonave, na outra margem do rio, tem performado volumes acima de 110.000 TEUs mensais, segundo o painel estatístico aquaviário da Antaq², com área e condições operacionais não muito distantes do potencial previsto para o Porto de Itajaí.

Assim, se a Portonave consegue operar volumes próximos do dobro proposto pela recorrente, o Porto de Itajaí certamente consegue performar 66.600 TEUs mensais.

3.26 Portanto, não há que se falar em inexecutabilidade de uma proposta que trata de valores iguais aos já praticados na operação do Porto para a mesma área, valores esses expressos em volume de movimentação de TEUs compatível com a capacidade operacional do Porto de Itajaí.

² disponível em <https://web3.antag.gov.br/ea/sense/movcontainer.html#>



De toda forma, quanto à possibilidade de realizar a movimentação proposta pela licitante recorrente, também não se demonstra razoável a alegação de inexecuibilidade. A autoridade mais competente (e a única) apresentou informações no sentido de que a movimentação é, sim, possível.

A Autoridade Portuária é delegada pela União ao município de Itajaí, inicialmente pelo Convênio de Descentralização Administrativa 001/1995, e depois pelo Convênio de Delegação 08/1997, vigente até o momento.

O município de Itajaí, por sua vez, instituiu a autarquia Superintendência do Porto de Itajaí (SPI) como Autoridade Portuária e administradora do Porto, bem como cessionária do patrimônio da União afetado pelas atividades.

Não pode restar dúvida de que a entidade competente para tratar de assuntos pertinentes ao Porto de Itajaí é a Superintendência instituída pelo município de Itajaí, que é delegado, por convênio federal, para a administração e a exploração do Porto.

3.27 Neste sentido, a manifestação da Superintendência do Porto de Itajaí é a mais competente, para o presente caso.

Consta da Ofício nº 309/2023/SURIN, da referida Superintendência:

1. “É possível operar volume de 66.600 TEUs no Porto de Itajaí? Quais foram os maiores volumes (em TEUs) movimentados no Porto de Itajaí, quando e em quais condições operacionais?”

R: (...) Historicamente, o maior volume de operações deste Porto ocorreu no ano de 2006, quando foram movimentados 688.305 TEU's, sendo o mês de setembro do citado exercício o de maior intensidade nos trabalhos (64.958 TEU's) Em termos operacionais, naquele período, a área disponível era menor, pois não continha as áreas B e C, atualmente disponíveis conforme o Apêndice 5 do Instrumento Convocatório e sua minuta contratual. Também não fazia parte do acervo operacional os 2 (dois) guindastes Portainer e o Porto de Itajaí tinha somente 1 (um) gate, que por sua vez era manual. Atualmente, a Unidade dispõe de 2 (dois) gates, ambos equipados com balanças individuais e com 4 (quatro) linhas cada um deles, onde todos tem a possibilidade de reversão de sentido.



A Unidade também dispunha de um armazém (AZ-02), que foi destruído e removido após as enchentes do Rio ItajaíAçu em 2008. Além disso, os navios até então eram equipados com guindastes a bordo, realidade que difere substancialmente da atual, bem como não havia disponível a área da empresa Valeport Serviços Portuários e Locações Ltda. Por fim, os embarques/desembarques eram efetuados de modo direto, pois não havia equipamento scanner, sendo que atualmente há o escaneamento de 100% das cargas.

2. Na hipótese da operação de cargas na área arrendada exceder a capacidade estática da mesma, há a possibilidade da futura arrendatária utilizar as áreas denominadas RAC (Recinto Alfandegado Contíguo) e Valle Port para a movimentação de carga excedente?

R. Sim, inclusive a ex-arrendatária APM Terminals Itajaí S/A utilizava essas áreas quando necessário, mediante o pagamento da respectiva tarifa portuária, sendo o RAC para cargas já nacionalizadas e contêineres vazios, podendo o espaço evoluir para unidade REDEX mediante investimentos.

3. O antigo arrendatário (APM) computava para a formação do seu MMC a carga por ele operada na área pública do Porto de Itajaí?

R. Sim, essa movimentação era incluída no cálculo do MMC e compunha os dados gerais conforme as informações para a Agência Reguladora.

3.28 As informações da própria Superintendência do Porto de Itajaí deixam claro que a movimentação proposta pela licitante recorrente é perfeitamente compatível com as instalações, condições e tecnologia atuais.

É possível observar a referida movimentação histórica e a sua evolução, na imagem abaixo, extraída do Plano de Desenvolvimento e Zoneamento (Revisão 06 – PDZPI/2019 - <https://www.gov.br/infraestrutura/pt-br/centrais-deconteudo/pdz14-pdf/@@download/file/pdz14.pdf>).





Figura 161 - Aumento da movimentação de contêineres 2017/2018

Fonte: Superintendência do Porto de Itajaí (abril/2019)

Ainda, a respeito da viabilidade da proposta ofertada, também é possível verificar a tendência de crescimento na movimentação do Porto de Itajaí, entre os anos de 2017 e 2018, anos anteriores à elaboração do referido Plano, como fator positivo a confirmar a exequibilidade da proposta que aposta na dinamização do porto.

Nesses termos, é demonstrável que a movimentação do ano de 2019 está incompleta, contemplando dados somente até abril daquele ano.

O crescimento foi interrompido pela pandemia de Covid-19, agravada no Brasil no ano de 2020, e pela proximidade com o fim do contrato da arrendatária anterior, mas a projeção é de retomada de elevada movimentação, com correta gestão comercial e operacional da área.

3.29 Tem-se, portanto, motivos tecnicamente justificáveis para se projetar, para o ano de 2023 e 2024 um movimento que venha continuar essa curva ascendente.

No mais importante, conforme informações da própria Superintendência do Porto de Itajaí, já foi registrada movimentação próxima à proposta oferecida pela licitante recorrente (cerca de 2,5% inferior), no ano de 2006, com o detalhe de que, na época, a

área operacional era muito inferior, assim como as condições operacionais, conforme informações constantes dos mesmos documentos.

A proposta da recorrente é perfeitamente exequível, tanto em termos financeiros quanto em termos de movimentação, conforme contrato anterior firmado e informações da autoridade competente no assunto, a Superintendência do Porto de Itajaí.

4. DO DIREITO

4.1 **Não há dúvida de que o objeto do presente recurso administrativo tangencia, inicialmente, a moralidade administrativa**

Não se tem dúvida de que a questão da moralidade administrativa tem impacto direto no sentido de se preservar o interesse público, neste caso demonstrado pela apresentação de uma proposta que oferece inegável vantagem a Administração, principalmente ao município de Itajaí.

A doutrina tem revisitado o tema no afã de aprimorar o conceito de moralidade administrativa, que rege a atuação do Poder Público, assim como a jurisprudência tem conferido cada vez mais importância aos valores éticos que pautam a ação estatal.

A Constituição Federal, em seu art. 37, caput insere a moralidade como um dos princípios norteadores da atuação da Administração Pública, ao lado dos princípios da legalidade, da impessoalidade, da publicidade e da eficiência.

Entre julgados relevantes, destacamos as palavras do eminente Ministro Celso de Mello: **O princípio constitucional da moralidade administrativa, ao impor limitações ao exercício do poder estatal, legitima o controle jurisdicional de todos os atos do Poder Público que transgridam os valores éticos que devem pautar o comportamento dos agentes e órgãos governamentais. (...). (RTJ 182/525-526, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno).**

Atualmente, o arcabouço legal vigente faz menção à moralidade também no âmbito das licitações públicas.



Nessa perspectiva, a Lei nº 14.133, de 2021 trata dos princípios aplicáveis:

Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

Salienta-se que o procedimento administrativo que envolve a licitação pública deve estar pautado na busca da proposta mais vantajosa para os interesses da coletividade (art. 3º da Lei 8666/93), respeitando os princípios da legalidade e isonomia, e vinculado ao estrito cumprimento do que consta no seu instrumento convocatório.

Neste caso, os atos licitatórios, que se contesta neste recurso administrativo, ocorre num cenário com particular importância ao interesse público porque refere-se ao arrendamento, em caráter temporário, mediante contrato de transição, de área e infraestrutura públicas para a movimentação e armazenagem de carga dentro do porto de Itajaí /sc.

As razões para a desclassificação da proposta referente a uma movimentação mínima exigida de 66.600 TEU's por mês choca-se com o interesse público, particularmente, aqui, o da comunidade municipal, que vive em razão do Porto e, por evidência, a municipalidade que vai se beneficiar de uma proposta mais vantajosa.

Com isso agride o conceito de moralidade administrativa porque envolvido o interesse público agrava-se, ainda mais, o dever de observância dos princípios da legalidade e economicidade, previstos, que decretam a moralidade dos atos públicos.

4.2 Depois, está bastante claro a infringência ao princípio da



legalidade

No mais importante, as exigências documentais contidas na comunicação da CPLA, de 20/09/2023, justificando a diligência, extrapolam as normas do Edital e violentam o princípio da legalidade.

O entendimento, que se tem é que a exigência desses documentos, não prevista no Edital, contraria o princípio da legalidade (CF, art. 37, XXI).

Embora se reconheça a legitimidade da Comissão em efetuar diligências visando esclarecimentos sobre a proposta ofertada, reputa-se como irregulares os requerimentos de documentação a serem apresentados, que não se demonstram vinculados aos termos do Edital do Processo Seletivo, e superam em muito as condições de habilitação e classificação de proposta inicialmente estipuladas.

Nem a norma legal e nem o Edital conferem à Comissão ilimitados poderes, sendo, na verdade, tais serviços mero instrumento do processo licitatório, ao qual está limitada.

Ocorre, no entanto, que, disfarçadas nas diligências previstas nos itens 7.3.1 e 7.3.3 do Edital, a CPLA fez introduzir no certame um conjunto de novos requisitos e condições de habilitação e participação totalmente incompatíveis com as regras editalícias e com a legislação de regência, em especial o art. 41 da Lei nº 8.666/93, o qual determina que **“a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”**.

Sabe-se que a licitação constitui um procedimento vinculado à lei, isto é, todas as fases do procedimento licitatório estão rigorosamente disciplinadas legalmente.

O descumprimento de qualquer formalidade legal ou regulamentar eiva em nulidade o procedimento (art. 3º da Lei 8666/93).



Também é do conhecimento que a Administração Pública não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

Lei 8666/93, art. 41 – A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada

As exigências constantes da diligência da CPLA violam ainda reiterada e pacífica jurisprudências do E. Superior Tribunal de Justiça e do E.Tribunal de Contas da União, que configuram importantes precedentes para o caso concreto, *in verbis*:

Colhe-se da jurisprudência STJ – A Administração Pública submete-se de forma rigorosa ao princípio da legalidade administrativa, não lhe sendo lícito entabular contrato administrativo sem observância das normas legais pertinentes, com o objeto do contrato (REsp n. 769.878/MG, Segunda Turma, Rel. Min Eliana Calmon, j em 6/09/2007, DJ 26/09/2007)

E recolhe-se do TCU – As exigências de qualificação técnica devem ser objetivamente definidas no edital, sob pena de violação do princípio da vinculação ao instrumento convocatório (Acórdão 2630/2011-Plenário, Rel. Min. Augusto Sherman, sessão de 28/09/2011).

Vale trazer decisão da Corte de Contas Federal

“REPRESENTAÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO DE PROPOSTA POR CRITÉRIO NÃO PREVISTO NO EDITAL. PROCEDÊNCIA. ASSINATURA DE PRAZO PARA ANULAÇÃO DO ATO. POSSIBILIDADE DE RETOMADA DO CERTAME. CIÊNCIA DE OUTRAS IMPROPRIEDADES. ARQUIVAMENTO. 1. Não há vedação legal à atuação, por parte de empresas contratadas pela Administração Pública Federal, sem margem de lucro ou com margem de lucro mínima, pois tal fato depende da estratégia comercial da empresa e não conduz, necessariamente, à inexecução da proposta (Acórdão 325/2007-TCU-Plenário). 2. A desclassificação de proposta por inexecução deve ser objetivamente demonstrada, a partir de critérios previamente publicados (Acórdãos 2.528/2012 e 1.092/2013, ambos do Plenário).” (TCU: Acórdão 3092/2014 – Plenário, Rel. Min. Bruno Dantas, sessão de 12/11/2014).



4.3 Com tal entendimento, se tem que a exigência desses documentos, não prevista no Edital, contraria o princípio da legalidade (CF, art. 37, XXI).

Sabe-se que a licitação constitui em um procedimento vinculado à lei, isto é, todas as fases do procedimento licitatório estão

Verifique-se que os critérios de julgamento dos documentos constantes dos Volumes 2 (“proposta pelo arrendamento transitório”) e 3 (“documentos de habilitação”) estão definidos objetivamente nos subitens do Capítulo V do Edital, Seção III e IV, respectivamente e foram cumpridos.

Nesse sentido, entende-se que, apesar dos critérios objetivos definidos para julgamento da habilitação e proposta, questões novas, na forma de requerimento para apresentação de documentos não previstos no Edital, como foram, aqui, exigidas da licitante, recorrente, constitui flagrante irregularidade.

4.4 A questão é que, independente da apresentação dos documentos requeridos, cujo requerimento se impugna por não previstos no Edital, tem a doutrina aceitado o fato de que, caso a licitante consiga demonstrar a exequibilidade de sua proposta, a mesma deverá ser aceita.

Com sapiência, ensina o jurista Marçal Justen Filho leciona: “Se o particular puder comprovar que sua proposta é exequível, não se lhe poderá interditar o exercício do direito de apresentá-la. (In Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 14º Ed, São Paulo: Dialética, 2010, p. 660)

Está solidamente demonstrada a falta de critérios objetivos para desclassificar a licitante que ofertou a proposta mais vantajosa sob o argumento de inexequibilidade.

4.5 Nesse sentido, as alegações apresentadas pela Comissão não elidem as irregularidades apontadas no recurso. E pelo contrário, reforçam a convicção de que não foram observados pela Comissão Permanente de Licitação da ANTAQ os princípios de vinculação ao edital e ao julgamento objetivo das



propostas.

Nesse toar, somente procede a desclassificação de proposta por inexecuibilidade a partir de critérios previamente estabelecidos no Edital, o que, aqui, não aconteceu.

Tem-se em decisão do TCU

Consoante jurisprudência assentada pelo TCU, a desclassificação de proposta por inexecuibilidade deve ocorrer a partir de critérios previamente estabelecidos e estar devidamente motivada no processo (Acórdão 1092/2013-Plenário, Acórdão 2528/2012-Plenário)

Os critérios de inexecuibilidade não se encontravam presentes no edital, a permitir que se fosse considerada desclassificada a proposta com apresentação de significativa vantagem para a Administração. Igualmente, as razões da decisão de desclassificação mostraram apreciações genéricas e se perdem por confundir a habilitação do licitante, devidamente certificada, com sua proposta, fugindo da objetividade. Tudo isso à margem das regras do Edital.

5. DO ENTENDIMENTO DO TCU QUANTO AO CASO

Importa a informação de que o TCU já se pronunciou, preliminarmente, quanto à suspeita de incorreção na decisão da CPLA de desclassificação da licitante recorrente.

Trata-se do TC 037.176/2023-4, assinado pela Unidade de Auditoria Especializada em Contratações em 07/11/2023 (em anexo).

A análise do TCU aponta expressamente indícios de violação do art. 45 da Lei 8.666/1993 na desclassificação da recorrente, e diligência fora dos limites delimitados pela lei e pela jurisprudência.

Aponta, também, o TCU, ausência de critérios previamente estabelecidos para avaliação da inexecuibilidade, ilegalmente atribuída à proposta da licitante recorrente.



Bem coloca, a auditoria do TCU, que não se pode decidir, *a posteriori*, um estudo que seja balizador da capacidade operacional do porto, já que diversas modelagens são citadas, em diferentes documentos.

Pela falta de clareza e consistência nos pressupostos balizadores da decisão que desclassificou a proposta da licitante recorrente, evidente que esta não merece prosperar.

6. DO PEDIDO

Diante de todo o exposto, receba e considere para o devido julgamento o presente Recurso Administrativo patrocinado pela empresa licitante, MMS Empreendimentos Ltda., para a finalidade de considerar a anulação do ato concernente à desclassificação da recorrente, consubstanciada na Nota Técnica nº 044/2023/CPLA, de 02 de outubro de 2023, bem como dos atos subsequentes, determinando, ainda, o prosseguimento do certame licitatório a partir da etapa imediatamente anterior à desclassificação da recorrente.

Em cumprimento ao disposto legal, nos termos do art. 109 §4º da Lei 8666/93, considera o recurso dirigido à autoridade superior, por intermédio da que praticou o ato recorrido, a qual, nos exatos termos da norma legal, poderá reconsiderar sua decisão, no prazo, ou, fazer subir o presente recurso, devendo, neste caso, imputar-se à autoridade hierarquicamente superior a decisão final do recurso, nesta instância.

Assim, considera-se, nos termos da Lei, o presente recurso encaminhado à autoridade superior através da autoridade que praticou o ato recorrido.

E pede-se, no caso de negativa de provimento que tal autoridade providencie, nos exatos termos da norma legal o encaminhamento do presente recurso à considerada autoridade hierarquicamente superior, como tal, definida pelo Edital.

Pede, enfim, o provimento do presente recurso



Termos em que
Espera deferimento

Florianópolis - SC, 07 de novembro de 2023

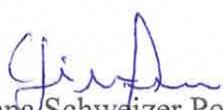
FERNANDO WATERKAMPER
representante legal da recorrente



DEMONSTRATIVO FATURAMENTO CONTRATO 030/01 APMT - 2022

Período	Remuneração Fixa (R\$)	Remuneração Área 82.446,42 (m2)	Remuneração Movimentação Contêiners (und.)	Carga Solta (Kg)	Total
janeiro	227.014,41	1.908.634,62	1.933.011,69	364,00	4.069.024,72
fevereiro	227.014,41	1.908.634,62	1.737.939,24	0,00	3.873.588,27
março	227.014,41	1.908.634,62	2.145.565,41	88,73	4.281.303,17
abril	227.014,41	1.908.634,62	1.692.673,17	81,90	3.828.404,10
maio	227.014,41	1.908.634,62	1.838.774,91	536,90	3.974.960,84
junho	227.014,41	1.908.634,62	1.650.205,30	0,00	3.785.854,33
julho	227.014,41	1.908.634,62	1.656.230,84	101,43	3.791.981,30
agosto	227.014,41	1.908.634,62	1.553.014,12	0,00	3.688.663,15
setembro	227.014,41	1.908.634,62	1.020.444,83	0,00	3.156.093,86
outubro	227.014,41	1.908.634,62	1.076.428,46	0,00	3.212.077,49
novembro	241.702,24	2.032.304,25	550.718,52	0,00	2.824.725,01
dezembro	241.702,24	2.032.304,25	318.651,67	0,00	2.592.658,16
TOTAIS	2.753.548,58	23.150.954,73	17.173.658,16	1.172,96	43.079.334,43

Itajaí, 10 de outubro de 2023



Giovana Schweizer Polloni

Coordenadora Financeira



TC 037.176/2023-4

Apenso: não há

Tipo: Representação

Unidade Jurisdicionada: Agência Nacional de Transportes Aquaviários - Antaq (CNPJ: 04.903.587/0001-08 e UASG: 682010)

Representante: Mms Empreendimentos Ltda (CNPJ: 48.119.239/0001-01)

Procuradores: Carlos Alberto de Araujo Gomes (OAB: 13565-SC) e Denise Teresinha Almeida Marcon (OAB: 6176-SC)

Interessado em sustentação oral: Não há

Proposta: Preliminar (conhecer, realizar oitiva prévia e diligência)

INTRODUÇÃO

1. Trata-se de representação a respeito de possíveis irregularidades ocorridas no Processo Seletivo Simplificado 01/2023, com valor contratual de R\$ 969.061.968,00, cujo objeto é o arrendamento transitório, para exploração, em caráter temporário, de área localizada no Porto Organizado de Itajaí/SC. O edital do certame ora questionado e seus anexos constam à peça 1, p. 44-148. Cabe ressaltar que o Pregão Eletrônico 1/2023, também promovido pela Antaq, cujo edital foi juntado pela representante à peça 2, não é objeto destes autos.

2. Seguem abaixo informações adicionais sobre o certame:

a) Situação: em andamento.

b) A licitação em tela não envolve registro de preço.

c) Houve assinatura do contrato decorrente da licitação: não.

3. O representante alega (peça 1, p. 1-43), em suma, que teria sido desclassificado do certame, após oferecer a melhor proposta, por razões não previstas no edital.

4. Afirma ainda que existe dano irreversível para a administração pública caso o TCU não **suspenda imediatamente** o certame, pois, caso concretizada sua desclassificação supostamente indevida, a administração celebraria contrato menos vantajoso com o segundo colocado (peça 1, p. 40-41). No mérito, requer, em suma, a anulação do ato que a desclassificou do certame (peça 1, p. 41-43).

5. Não foram registradas solicitações adicionais.

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

6. Inicialmente, considera-se oportuno explicitar sob qual legislação em vigor será feita a análise da Representação. Isto porque se trata de Processo Seletivo Simplificado, cujo edital (peça 12) é omissivo em explicitar a legislação, principal ou subsidiária, que o rege.

7. Considera-se que indicar a legislação em vigor utilizada no certame, mesmo que passível de ser inferida implicitamente, é uma boa prática que traz transparência e previsibilidade. Verifica-se que nos comunicados do certame realizados após a publicação do Edital há menção à Resolução Antaq 94/2023, que dispõe sobre o rito administrativo dos processos de arrendamento portuário na Antaq, juntado ao processo à peça 13.

8. Além do diploma legal supramencionado, ora a Representada justifica suas decisões em



artigos da Lei 14.133/2021 (peça 14) ora em artigos da Lei 8.666/1993 (peça 1, p. 238), mas sem informar a legislação que permite o uso dessas Leis no Processo Seletivo Simplificado em questão. Por outro lado, a decisão que desclassificou a ora representante (peça 1, p. 150) está fundamentada em artigo da Lei 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratações).

9. Ante esta omissão, e no intuito de explicitar o que está implícito, busca no *site* da Antaq (disponível em <https://www.gov.br/antag/pt-br/assuntos/instalacoes-portuarias/portos/arrendamentos-portuarios>) informa que aos arrendamentos portuários aplica-se a Lei 12.815/2013, modificada pela Lei 14.047/2020, que, em seu Art. 5º-D, § 2º, permite a administração realizar procedimento simplificado, quando houver mais de um interessado no arrendamento, assegurados os princípios da Isonomia e Impessoalidade na realização do certame.

10. O art. 66 da Lei 12.815/2013 estipula a aplicação subsidiária das Leis 12.462/2011, 8.987/1995 e 8.666/1993. Não há, na lei em questão, referência à aplicação da Lei 14.133/2021 - Nova Lei de Licitações e Contratos (NLLC). Cabe destacar que a Lei 12.815/2013 foi alterada pela Lei 14.301/2022, posterior à aprovação da NLLC, mas o art. 66 da Lei 12.815/2013 não foi alterado de modo a mencionar expressamente a NLLC. Assim, considera-se oportuno que seja proposta **diligência** junto à Antaq para que ela especifique a legislação que rege o certame, uma vez que a utilização de diversos diplomas legais para o mesmo certame pode levar a ocorrências de decisões conflitantes.

11. Considera-se que apesar de ser importante para a análise a explicitação da legislação aplicável, a necessidade de uma decisão tempestiva acerca do pedido de cautelar realizado justifica que, por ora, utilize-se análise como base a Lei 8.666/1993, conforme autorizado pelo art. 66 da Lei 12.462/2011.

12. Feito este introito, cumpre registrar que a representação preenche os requisitos de admissibilidade constantes no art. 235 do Regimento Interno do TCU, haja vista a matéria ser de competência do Tribunal, referir-se a responsável sujeito a sua jurisdição, estar redigida em linguagem clara e objetiva, conter nome legível, qualificação e endereço do representante, bem como encontrar-se acompanhada de suficientes indícios concernentes à irregularidade ou ilegalidade.

13. Destaca-se que os recursos empregados na licitação são de origem federal, oriundos de arrendamento de bens pertencentes à União.

14. Além disso, Mms Empreendimentos Ltda, cuja qualificação é licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica (lei de licitações), tendo como procurador Carlos Alberto de Araujo Gomes e outros, possui legitimidade para representar ao Tribunal, consoante disposto no art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993, c/c o art. 237 do Regimento Interno/TCU.

15. Ainda, conforme dispõe o art. 103, § 1º, *in fine*, da Resolução - TCU 259/2014, verifica-se a existência do interesse público no trato das supostas irregularidades, tendo em vista que, caso confirmadas, há potencial risco de dano ao erário, ao se aceitar proposta economicamente menos vantajosa que a que foi desclassificada.

16. Dessa forma, a representação poderá ser conhecida, por estarem presentes todos os requisitos de admissibilidade constantes no art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993, c/c os arts. 235 e 237, VII, do Regimento Interno/TCU, e no art. 103, § 1º, da Resolução - TCU 259/2014.

EXAME SUMÁRIO

17. Na oportunidade, deixa-se de proceder ao exame sumário previsto no caput do art. 106 da Resolução - TCU 259/2014, dando-se prosseguimento ao processo, consoante permissivo constante do § 5º do aludido artigo, visto que relevante e necessária a atuação direta deste Tribunal no caso concreto, uma vez que, a teor do que prescreve o art. 106, § 7º, I, da precitada resolução, a matéria de fundo tratada nos presentes autos tende a agregar valor à construção de jurisprudência sobre a tese discutida e/ou os fatos trazidos são considerados de alto risco, relevância ou materialidade.

EXAME TÉCNICO

18. Antes de se fazer a análise dos requisitos da Medida Cautelar é necessário discorrer sobre o valor estimado do contrato, haja vista haver divergência entre seu valor formal e o montante propriamente transferido entre as contratantes. O item 9.1.1 da minuta de contrato disponibilizada pela Antaq (peça 10, p. 18) define o Valor Global Estimado do Contrato como o “total de cargas ofertadas para Movimentação Mínima Exigida – MME, multiplicado por R\$ 606,27, multiplicado por 24 meses”.

19. De acordo com o resultado inicial do Processo Seletivo (peça 11), a Representante (MMS Empreendimentos Ltda) fez o lance de no mínimo de 66.600 unidades mensais de movimentação mínima (*Twenty Feet Equivalent Unit*, ou o equivalente a um container de vinte pés), o que resultaria em um valor do contrato de R\$ 969.061.968,00. Este valor formal, porém, não corresponde à quantia cedida pela Arrendada à Arrendatária no período. Considerando o custo mínimo de R\$ 60,63 por unidade de movimentação (no caso de unidades de movimentação não utilizadas, haveria um pagamento mínimo mensal de R\$ 3.960.000,00. Este valor é semelhante ao pago pelos arrendatários anteriores à realização do certame (peça 1, p. 24). Registra-se, portanto, material diferença entre o valor formal do contrato e a quantia a ser dispendida em sua execução.

I. Análise dos pressupostos para adoção de medida cautelar

20. Consoante o art. 276 do Regimento Interno/TCU, o Relator poderá, em caso de urgência, de fundado receio de grave lesão ao Erário, ao interesse público, ou de risco de ineficácia da decisão de mérito, de ofício ou mediante provocação, adotar medida cautelar, determinando a suspensão do procedimento impugnado, até que o Tribunal julgue o mérito da questão. Tal providência deverá ser adotada quando presentes os pressupostos da plausibilidade jurídica e do perigo da demora.

I.1. Perigo da demora

21. Está configurado o pressuposto do perigo da demora por se tratar de contratação não decorrente de registro de preços, cujo contrato está na iminência de ser assinado.

I.2. Perigo da demora reverso

22. Não há como concluir acerca da presença do pressuposto, uma vez que não há elementos nos autos que elenquem e precifiquem os riscos associados a um eventual atraso na celebração do contrato de arrendamento, decorrente de determinações de órgãos de controle.

23. Desta forma, considera-se oportuna diligência à Antaq, para que apresente elementos para subsidiar a análise deste ponto.

I.3. Plausibilidade jurídica

24. A partir das alegações do representante foram alegadas as seguintes irregularidades:

I.3.1. Declaração de inexecuibilidade de proposta de licitante com base em critério não estabelecido previamente

Fundamento legal ou jurisprudencial: art. 45 da Lei 8.666/1993; Acórdão 3092/2014-Plenário, de relatoria do Ministro Bruno Dantas

Análise:

25. A Nota Técnica 44/2023 (peça 1, p. 236), por meio da qual a Representante foi desclassificada, alegou inexecuibilidade da proposta, motivo que levou a sua insurgência. Segundo a Representada, o fato de a movimentação mínima ofertada pelo primeiro colocado ser 51% superior ao segundo, a levou a realizar diligências.

26. Após as diligências, a Representante foi desclassificada sob três aspectos diferentes, quais sejam: i) operacional; ii) comercial e iii) econômico-financeiro. Veja-se cada um deles:



I.3.1.1 Aspecto Operacional da Proposta

27. As diligências realizadas concluíram que a proposta apresentada pela Representante era inexecutável, por falta de condições físicas. Afirma a Representada que estudo técnico de concessão do porto de Itajaí afirmou que (peça 1, p. 241): i) seriam necessários 5,5 navios semanais por berço (local a ser utilizado para atracação das embarcações que pretendem realizar embarque e desembarque de cargas, conforme p. 1, p. 103), e a capacidade física do local era apenas de 4,9 navios semanais por berço; ii) seriam necessárias 9.287 horas de operação por ano para atingir a produtividade ofertada, mas havia apenas 8.760 horas no ano.

28. Afirma que com os “melhores parâmetros de eficiência”, seria possível movimentação de 511.108 unidades de movimentação, valor bem menor que as 799.200 unidades ofertadas. Concluiu que “o volume de movimentação apresentado na proposta é cerca de 56%, superior à capacidade instalada atualmente, o que inviabiliza, do ponto de vista técnico operacional, a execução dos níveis de movimentação apresentados pela Proponente”.

29. Rebatendo as conclusões da Comissão Permanente de Licitações e Arrendamentos (CPLA), a Representante juntou declaração do Superintendente do Porto de Itajaí, Sr. Fábio de Veiga, que vão de encontro aos dados repassados na classificação (peça 1, p. 230-231).

30. Primeiramente, há divergências sobre o maior valor anual de movimentação até então. Enquanto a CPLA afirma que foi de 537.244 unidades, no ano de 2020 (peça 1, p. 237), a Superintendência do Porto de Itajaí afirma que o ano de 2006 foi recorde, com movimentação de 688.305 unidades. Veja-se transcrição da resposta quando questionado diretamente se o porto tinha capacidade de operar nos parâmetros ofertados pela Representante no leilão (peça 1, p. 230-231):

A possibilidade de operar (ou não) o volume citado depende diretamente da própria empresa concorrente, entretanto que isso passa fundamentalmente por seus equipamentos, métodos de operação, softwares, entre outras circunstâncias internas do próprio arrendatário.

Historicamente, o maior volume de operações deste Porto ocorreu no ano de 2006, quando foram movimentados 688.305 TEU's, sendo o mês de setembro do citado exercício o de maior intensidade nos trabalhos (64.958 TEU's).

Em termos operacionais, naquele período, a área disponível era menor, pois não continha as áreas B e C, atualmente disponíveis conforme o Apêndice 5 do Instrumento Convocatório e sua minuta contratual. Também não fazia parte do acervo operacional os 2 (dois) guindastes Portainer e o Porto de Itajaí tinha somente 1 (um) gate, que por sua vez era manual.

Atualmente, a Unidade dispõe de 2 (dois) gates, ambos equipados com balanças individuais e com 4 (quatro) linhas cada um deles, onde todos tem a possibilidade de reversão de sentido.

A Unidade também dispunha de um armazém (AZ-02), que foi destruído e removido após as enchentes do Rio Itajaí-Açu em 2008.

Além disso, os navios até então eram equipados com guindastes a bordo, realidade que difere substancialmente da atual, bem como não havia disponível a área da empresa Valeport Serviços Portuários e Locações Ltda.

Por fim, os embarques/desembarques eram efetuados de modo direto, pois não havia equipamento scanner, sendo que atualmente há o escaneamento de 100% das cargas

31. Observa-se que não somente há afirmações divergentes quanto à exequibilidade da proposta, mas há também divergência nos dados apresentados que justificaram cada decisão, levando-se à conclusão de que, aparentemente, uma das análises se utilizou de dados equivocados.

32. As declarações do Superintendente do Porto têm observações tanto que sugerem um aumento de capacidade (aumento no número de *gates*, aumento de área e infraestrutura, navios com guindastes a bordo) e observações que sugerem uma diminuição (armazém destruído), o que aumenta a

falta de certeza sobre a situação atual.

33. Assim há de se reconhecer que o processo seletivo em questão concorreu para a falta de clareza acerca da capacidade atual do porto, item de relevância para que o certame atinja seu potencial de eficácia, pois não há critérios objetivos no edital que permitissem um julgamento objetivo das propostas vistas por este prisma e não há documentos disponibilizados aos participantes que sirvam como referência para a elaboração de propostas que utilizem o máximo que os ativos têm a oferecer.

34. Na Nota Técnica 44/2003 são mencionados estudos que balizaram a determinação da capacidade da área e o consequente julgamento de inexecutabilidade da proposta da Representante, mas estes estudos não constam como critério no Edital. Considerando que pode haver vários estudos disponíveis, cada um com uma estimativa diferente, considera-se inadequada uma escolha de um estudo após a realização do certame para servir de critério.

35. Um filtro que permita à administração considerar somente propostas exequíveis é essencial para o sucesso do certame, mas este filtro não pode ser decidido *a posteriori*, após a formulação e apresentação das propostas. Tal possibilidade cria uma incerteza jurídica, que não só prejudica a administração ao não dar os insumos necessários para formulação das melhores propostas, mas abre margem para arbitrariedades por parte dos gestores públicos.

36. É do interesse da administração, portanto, que os critérios de exequibilidade (assim como todos os outros) sejam objetivos e prévios à realização do certame, conforme orienta o art. 45 da Lei 8.666/1993 que preconiza:

Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

37. Corroborando o diploma legal supracitado, a jurisprudência do TCU é pacífica em exigir que desclassificações por inexecutabilidade sejam: i) objetivamente demonstradas; ii) a partir de critérios previamente estabelecidos; iii) dada a oportunidade de cada licitante exercer o contraditório, conforme extraímos do Acórdão 2528/2012- TCU-Plenário, de relatoria do Ministro André de carvalho, entendimento compartilhado por diversos outros julgados.

38. No caso em tela, não houve critérios previamente estabelecidos, o que pode causar danos não somente à Representante, mas a todo o processo seletivo, ao não tornar claro quais suas expectativas da capacidade dos ativos alvos do certame.

39. Dessa forma, propõe-se oitiva prévia para que a Representada se pronuncie sobre as alegações de desclassificação por parâmetros fora do edital.

I.3.1.2 Aspecto Econômico-Financeiro da Proposta

40. A Representada afirma que a Representante apresentou documento em que a empresa Saga – Sociedade Autônoma de Garantias Ltda, compromete-se a promover a emissão de garantias financeiras. No entanto, afirmou que *“para análise conclusiva desse aspecto seria necessário aprofundar nos dados financeiros da companhia, e dessa maneira, concluiu que a documentação apresentada pela Proponente é inconclusiva e inapta para demonstrar a exequibilidade da proposta”* (peça 1, p. 242; grifos acrescidos).

41. Considera-se que, a princípio, a desclassificação por este aspecto esbarra em dois óbices que devem ser esclarecidos para que reste comprovada a legitimidade da decisão da Representada.

42. Em primeiro lugar, não há indicação na decisão da Representada qual item do edital não havia sido cumprido, recaindo novamente em ofensa ao art. 45 da Lei 8.666/1993.

43. Considera-se que, além da falta de critérios prévios para a decisão, há indícios de que a



desclassificação ora analisada se deu com falta de conclusões baseadas em fatos. Não foi informada que atipicidade na garantia prestada gerou a suspeita de que ela não seria adequada, nem foi oportunizado à Representante que ela ofereça mais informações sobre o tema.

44. Considera-se que uma boa margem de certeza de que as garantias informadas serão de fato contratadas é essencial para o julgamento da exequibilidade das propostas. Mas, ao não criar critérios prévios desta aferição, a Representada cria dois riscos, que seja aprovada proposta sem a devida robustez na garantia, bem como o risco de desclassificações contrárias aos interesses da administração.

45. Sendo assim, em que pese que a Comissão Permanente de Licitações e Arrendamentos (CPLA) tem, na forma da Resolução Antaq 94/2003 (peça 1, p. 239) o poder-dever de promover diligências para sanear o processo, esse deve ser exercido dentro dos limites delimitados pela lei e pela jurisprudência.

46. Dessa forma, propõe-se oitiva prévia para que a Representada se pronuncie sobre as alegações de desclassificação por parâmetros fora do edital.

I.3.1.3 Aspecto Comercial da Proposta

47. Outro aspecto da desclassificação da Representante se deu por suposta falha em demonstrar sua capacidade comercial. Segundo a Representada (peça 1, p. 241):

8.8.3. Então, recebida a documentação, a SOG fez detida análise do teor das peças encaminhadas pela proponente e, pelos elementos apresentados, concluiu que nenhum dos documentos apresentados demonstram as relações comerciais ou expectativas comerciais representativas para o volume de cargas apresentado na proposta.

48. Diante da análise, concluiu-se que “no aspecto comercial, a documentação apresentada pela Proponente não logrou êxito para demonstrar a exequibilidade da proposta e viabilizar a execução do objeto do Processo Seletivo” (peça 1, p. 241).

49. Considera-se esperado que os documentos apresentados não demonstrem as relações comerciais das empresas proponentes, haja vista este não ter sido um tópico abarcado no edital (peça 12).

50. Assim como no item anterior, há indícios de violação do art. 45 da Lei 8.666/1993, ao desclassificar o Representante com critérios não previstos em edital.

51. Dessa forma, propõe-se oitiva prévia para que a Representada se pronuncie sobre as alegações de desclassificação por parâmetros fora do edital.

CONCLUSÃO

52. Diante do exposto, propõe-se o conhecimento da representação, satisfeitos os requisitos de admissibilidade constantes no art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993, c/c os arts. 235 e 237, VII, do Regimento Interno/TCU, e no art. 103, § 1º, da Resolução - TCU 259/2014.

53. Além disso, em que pese estarem configurados os pressupostos do perigo da demora e da plausibilidade jurídica nos argumentos trazidos na representação, não há elementos suficientes nos autos para a conclusão acerca do pressuposto do perigo da demora reverso, motivo pelo qual será proposta a realização de oitiva prévia e diligência.

54. Sobre a plausibilidade jurídica, considera-se ela presente nos três aspectos da classificação: o operacional, o comercial e o econômico-financeiro.

55. Por fim, diante dos encaminhamentos propostos, entende-se que não haverá impacto relevante na unidade jurisdicionada e/ou na sociedade.

INFORMAÇÕES ADICIONAIS

56. Não houve pedido de ingresso aos autos por parte do representante.



57. Não houve pedido de vista e/ou cópia por parte do representante.
58. Não houve pedido de sustentação oral por parte do representante.
59. Não há processos conexos e apensos.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

60. Em virtude do exposto, propõe-se:

60.1. **conhecer** da representação, satisfeitos os requisitos de admissibilidade constantes no art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993, c/c os arts. 235 e 237, VII, do Regimento Interno deste Tribunal, e no art. 103, § 1º, da Resolução - TCU 259/2014;

60.2. realizar a **oitiva prévia** da Agência Nacional de Transportes Aquaviários, com fulcro no art. 276, § 2º, do Regimento Interno deste Tribunal para que, no prazo de **cinco dias úteis**, se pronuncie, referente ao Processo Seletivo Simplificado 1/2023, acerca da existência dos pressupostos da medida cautelar pleiteada e acerca dos indícios de irregularidade indicados nesta instrução, em especial quanto ao seguinte tópico:

- a) desclassificação da licitante MMS Empreendimentos Ltda, por motivos de inexequibilidade referente aos aspectos operacional, econômico-financeiro e comercial da proposta, com base em critérios não previstos no edital do certame, em potencial desacordo com o art. 45 da Lei 8.666/1993;

60.3. **diligenciar** a Agência Nacional de Transportes Aquaviários, com fundamento nos artigos 157 e 187 do Regimento Interno deste Tribunal, para que, no prazo de **cinco dias úteis**, encaminhe cópia dos seguintes documentos e/ou esclarecimentos:

- a) informação quanto à legislação aplicável ao Processo Seletivo Simplificado 1/2023;
- b) elementos concretos para a análise do perigo da demora e do perigo da demora reverso relativos ao certame ora em análise:
- b.1) informe o estágio atual da contratação e a previsão para a realização dos próximos atos;
- b.2) caso o contrato já tenha sido celebrado, informe se já foi iniciada a execução dos serviços;
- b.3) informe se há, para o mesmo objeto do certame em análise, contrato ou ata de registro de preços com razoável vigência ou, no caso de contrato, que admita prorrogação, com possibilidade de atender às necessidades dos órgãos, esclarecendo, em caso afirmativo, se as condições dessa contratação seriam melhores (menor preço e atendimento satisfatório) que o que se está em vias de ser celebrado, bem como o prazo-limite de cobertura em caso de adoção dessa solução;
- b.4) informe se há decisão judicial ou administrativa, sem especificação de prazo, determinando a suspensão do andamento do certame ora em análise, encaminhando, em caso afirmativo, cópia do respectivo documento;
- b.5) informe se a contratação do serviço objeto do certame ora em análise é essencial e premente para as atividades da UJ, indicando, em caso afirmativo, o impacto de eventual deliberação do TCU que venha a determinar a suspensão dos atos relativos à mencionada licitação, remetendo a documentação comprobatória das alegações;
- c) informe se há possibilidade e intenção de suspender, até a apreciação final da matéria tratada nestes autos, os atos relativos certame ora em análise, objetivando a análise, por parte da UJ, das questões tratadas nesta representação;
- d) análise da divergência das informações divergentes sobre a capacidade do Porto de Itajaí dada pelo seu Superintendente e pela Nota Técnica 44/2003
-



- e) demais informações que julgar necessárias;
- f) designação formal de interlocutor que conheça da matéria para dirimir eventuais dúvidas, informando nome, função/cargo, e-mail e telefone de contato;

60.4. **alertar** a Agência Nacional de Transportes Aquaviários quanto à possibilidade de o TCU vir a conceder medida cautelar para a suspensão do ato ou procedimento impugnado, caso haja indicativo de afronta às normas legais e/ou possibilidade de ocorrência de prejuízos à Administração, bem como quanto à possibilidade de o TCU vir a determinar o retorno de fase do certame, caso confirmadas as irregularidades indicadas na representação; e

60.5. **encaminhar** cópia da presente instrução à Agência Nacional de Transportes Aquaviários, de maneira a embasar as respostas à oitiva prévia e diligência.

AudContratações, 4ª Diretoria, em 7/11/2023

(Assinado eletronicamente)

Lucas Ribeiro Pereira

AUFC - Mat. 11186-4