

SENHOR PRESIDENTE DA COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO DE ARRENDAMENTOS PORTUÁRIOS DA AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS – ANTAQ.

Referência: LEILÃO Nº 04/2021-ANTAQ – SSD09 – Leilão para celebração de arrendamento de terminal portuário destinado à movimentação e armazenagem de carga geral, de projeto ou containerizada, localizada no porto organizado de Salvador/BA, denominada área SSD09.

INTERMARÍTIMA PORTOS E LOGÍSTICA S/A (“INTERMARÍTIMA”) pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 96.825.575/0001-12, com sede na Avenida Engenheiro Oscar Pontes, s/nº, Zona Primária do Porto de Salvador, Salvador - BA, neste ato representada por seu representante legal, vem, tempestivamente, à presença de V.Sa., com lastro no § 2º, do art. 41, da Lei nº 8.666/1993, na forma a prazos definidos na “Seção VI – Da Impugnação ao Edital”, do Edital do Leilão nº 04/2021-ANTAQ – SSD09, apresentar IMPUGNAÇÃO aos termos do Edital em referência, bem como expor e ao final requerer:

DA TEMPESTIVIDADE:

Consoante previsão no item 26.1.1 do Edital do Leilão nº 04/2021-ANTAQ – SSD09, apresentada a impugnação até 03/08/2021, ter-se-á aferida sua tempestividade.

DOS FATOS:

O processo licitatório de arrendamento portuário de terminal dedicado à movimentação e armazenagem de carga geral e containerizada, na área denominada “SSD09”, no Porto de Salvador/BA, tramitou no âmbito dessa CPLA/ANTAQ, no autos do processo de nº 50300.007277/2021-90. Conforme se extrai dos autos, o EVTEA referente à área SSD09 foi elaborado pela empresa Merco Shipping Marítima LTDA., e doado à Companhia das Docas do Estado da Bahia (“CODEBA”).

Com intuito de verificar se o EVTEA estava em conformidade com os padrões estabelecidos pelo Ministério da Infraestrutura (“MINFRA”), bem como dar celeridade às tratativas prévias dos procedimentos licitatórios junto ao Tribunal de Contas da União (TCU), o Poder Concedente realizou sua revisão, mediante análise técnica consignada na Nota Técnica nº 38/2021/CGMP-SNPTA/DNOP/SNPTA (SEI nº 1306524), de 08/04/2021, aprovada, conforme Despacho Decisório nº 52/2021/SNPTA (SEI nº 1306476), de 14/04/2021.

No âmbito da ANTAQ, destaque-se o contido na Nota Técnica nº 66/2021/GPO/SOG (SEI nº 1306965), que se restringindo à verificação formal do Estudo do projeto “SSD09”, concluiu que os requisitos mínimos contemplados na Resolução ANTAQ nº 7.821/2020 e nos Acórdãos TCU Plenário nº 2.261/2018, nº 2.436/2018, nº 2.732/2018, nº 490/2019, nº 1.792/2019, nº 2.593/2019 e nº 352/2020 foram, em parte, atendidos na documentação contida nos autos.

Consignou, a referida instrução, que “(...) é obrigação da Agência Reguladora, no seu papel de fomento, dar condições para que o mercado possa fazer sua gestão operacional da melhor forma”.

Instruído o processo, objetivado ao certame, adveio a Deliberação-DG nº 152/2021 (SEI nº 1362083), pela qual restou a aprovada a realização do leilão a ser realizado por meio de seu edital, respectivo e anexos, compreendendo:

- I - Ofício nº 254/2021/SNPTA (SEI nº 1339417);
- II - Despacho Decisório nº 75/2021/SNPTA (SEI nº 1339418);
- III - Estudo SSD09 - Seção A – Apresentação (SEI nº 1306489);
- IV - Estudo SSD09 - Seção B – Engenharia (SEI nº 1306496);
- V - Estudo SSD09 - Seção C – Investimentos (SEI nº 1306499);
- VI - Estudo SSD09 - Seção D – Financeiro (SEI nº 1306506);
- VII - Estudo SSD09 - Seção E – Ambiental (SEI nº 1306509);
- VIII - Ato Justificatório - SSD09 - v.2 (SEI nº 1339420);
- IX - Anexo I do Ato Justificatório (SEI nº 1306526);
- X - Anexo II do Ato Justificatório (SEI nº 1306528);
- XI - Anexo III do Ato Justificatório (SEI nº 1306529);
- XII - Nota Técnica nº 107/2021/CGMP-SNPTA/DNOP/SNPTA (SEI nº 1358425); e
- XIII - Nota Técnica 14 (SEI nº 1309916).

Conforme se extrai da documentação, anexa ao Edital em análise, o projeto de arrendamento trazido pelo “SSD 09” deixou de apresentar o necessário “Estudo de Mercado”, à exemplo dos certames realizados no âmbito do MINFRA, e, assim, não garantindo a manutenção de aspectos adequados à concorrência interporto e concorrência intraporto, com grave risco de prática de concorrência desleal e abuso do poder econômico, haja vista a flagrante e reconhecida existência de empresas com participação relevante de mercado na hinterlândia do Porto Organizado de Salvador e região (acima de 40%), o que exige a adoção imediata de medidas por parte da Comissão Licitante, sob pena de se perpetuar um vício de grave ou difícil reparação nas fases subsequentes do certame, maculando, dessa forma, a lisura do LEILÃO Nº 04/2021-ANTAQ em referência.

Nesse íterim, importante destacar que o tema foi objeto de pedido formal de esclarecimentos à essa Comissão de Licitação, na forma e prazos definidos no respectivo Edital, inclusive com sugestão de minuta de cláusula, tendo como premissa os editais semelhantes publicados por essa Comissão de Licitação, porém, para a surpresa da INTERMARÍTIMA, essa Comissão de Licitação, ao se afastar da sua competência institucional, opta por não prestar os esclarecimentos necessários, se limitando à informar que “não há esclarecimento”, deixando de atribuir ao tema a necessária importância, materializando, dessa forma, flagrante violação ao dever de prestar as informações e os esclarecimentos solicitados pelos interessados à Comissão de Licitação.

DAS RAZÕES À IMPUGNAÇÃO:

Assim, o Edital e seus anexos, que tem por função ser a diretriz do futuro contrato de arrendamento, é omissivo quanto à pré-existência de participação relevante de mercado no Porto Organizado de Salvador, ou de sua área de influência, vez que inexistente (caso exista, não foi disponibilizado) estudo de mercado, bem como dispositivo hábil para prevenir e afastar eventual cenário ou situação que possa configurar a prática de concentração de mercado, em inobservância ao contido no art. 36, § 2º da Lei nº 12.529/2011, vejamos:

“(…) Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:”

“(…) § 2º Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia.”

Em que pese a previsão de que o futuro arrendatário deverá observar os termos do edital e seus anexos, bem como as normas jurídicas aplicáveis, inclusive no que tange às obrigações como a contida no item XVI, da subcláusula 7.1, do Contrato, pelo qual “é dever da arrendatária ajustar-se às medidas e determinações do Poder Concedente e da ANTAQ relacionadas à correção de competição imperfeita no Porto Organizado ou na Área de Influência do Porto Organizado”, tem-se que resta prejudicada a manutenção do ambiente adequado de competição, haja vista a omissão perpetuada pelo instrumento convocatório, inexistindo nos autos quaisquer manifestações sobre tal aspecto em sentido contrário.

Diante da inexistência de parâmetros – no instrumento convocatório – para evitar a possibilidade de configuração de ato de concentração de mercado impõe-se, inclusive, por critério de coerência diante do que resta praticado no âmbito dos Leilões já realizados (à exemplo dos Editais do STS08, STS, 08A, ATU18, IQI03 e IQI11), a cogente inserção de cláusula preventiva da concentração de mercado, e que demonstrem a busca por solução eficiente na promoção da concorrência no cluster do Porto Organizado de Salvador, e de sua área de influência.

Nesse contexto, mostra-se imperiosa e necessária a inserção de “cláusula de barreira”, de modo a preservar o ambiente concorrencial da região, em estrita obediência aos preceitos da Lei Antitruste, na forma abaixo indicada, com base nos Editais dos Leilões acima referidos:

Subcláusula 22.14 do Edital: "Empresas ou grupos econômicos com participação de mercado acima de 40% (quarenta por cento) no mercado de carga geral, de projeto ou

containerizada no Cluster do Complexo Portuário de Salvador, só poderão ser declarados vencedores na hipótese de não haver outro Proponente que tenha apresentado proposta válida."

Com efeito, a participação no mercado de carga geral para o Cluster do Complexo Portuário de Salvador, se apresenta atualmente, segundo dados da ANTAQ, com a seguinte configuração, com base nas áreas ocupadas:

MERCADO DE CARGA GERAL SALVADOR/BA – CONSIDERANDO A ÁREA TOTAL ARRENDADA (M)2 (Atual) E A INCLUSÃO DA NOVA ÁREA DO SSD09: TECON SALVADOR – 216.546 (85,5%), INTERMARÍTIMA – 20.000 (7,9%), SSD09 16.707 (6,6%) > TOTAL – 253.253 (100%).

A Nota Técnica nº 38/2021/CGMP-SNPTA/DNOP/SNPTA (SEI nº 1306524), recepcionada enquanto Ato Justificatório do SSD09, tangencia acerca da concorrência ao tratar do não estabelecimento de "preço teto" no certame, aduzindo que a futura Arrendatária ficará livre para praticar o preço com base nas condições concorrenciais do mercado. No entanto, questiona-se, como garantir condições concorrenciais de mercado, se não há cláusula de barreira, para evitar posição dominante?

A preocupação, consignada na referida instrução, deveria conduzir ao entendimento pela correção dessa lacuna. Tanto é assim, que o item VIII, que trata da demonstração da incorporação nos EVTEAs de modelos que expressam e estimulam a concorrência interporto e intraporto, faz referência ao cuidado sobre a competição, em atendimento ao Acórdão nº 3661/2013, do Tribunal de Contas da União, todavia, focando apenas na promoção da modicidade tarifária:

"(...) 9.1.4. finalização dos estudos determinados pelo acórdão 2.896/2009 – Plenário e incorporação dos estudos de concorrência inter e intraportos na modelagem dos terminais, em observância ao art. 7º, inciso III, da Lei 8.987/1995, ao art. 3º, caput e inciso V, da Lei 12.815/2013, com vistas à promoção da modicidade tarifária, em respeito ao art. 6º, caput e § 1º, da Lei 8.987/1995, e ao art. 3º, inciso II, da Lei 12.815/2013";

Contudo, foi esquecido que o referido Acórdão da Corte de Contas, aborda também, o fato de que:

"(...) No geral, duas são as hipóteses básicas adotadas no modelo de demanda micro, apresentadas resumidamente a seguir. (...) 272. Divisão do mercado de forma proporcional à capacidade dos competidores: Essa hipótese é adotada quando o nível de serviço ofertado em cada instalação é o fator primordial na captura de mercado. Em geral, dado que não se conhece a priori o futuro operador do arrendamento examinado, assume-se que todos os concorrentes oferecerão o mesmo nível de serviço, de modo que a captura de carga é proporcional à capacidade do terminal. Tal

premissa tende a ser adotada no caso de cadeias pouco verticalizadas, em que a competição pelo escoamento se dá no próprio porto. 273. A segunda premissa adotada é a divisão do mercado por competidores, empregada quando a competição no porto não é o fator determinante na captura da carga, havendo competição entre os players em outros elos da cadeia. Trata-se de premissa adotada em cadeias verticalizadas. Nesse caso, assume-se que a captura do mercado é proporcional ao número de competidores. (...) 333. Nesse sentido, existem dois momentos em que o estudo deveria avaliar a concorrência entre os portos e entre os terminais. O primeiro se dá na elaboração do estudo de demanda macro, cujo objetivo proposto era estimar o montante de carga que se destinaria a um dado porto. Nessa etapa, a preocupação recairia principalmente sobre a concorrência entre portos, já que os terminais ainda não estariam sendo considerados. 334. Por outro lado, na fase de elaboração dos estudos de demanda micro, teria lugar, essencialmente, o exame da concorrência intraportos, pois nessa etapa avaliou-se justamente a distribuição de cargas entre os terminais e entre os portos na mesma região de influência.”

Em face da realidade existente no mercado de carga geral no cluster do Porto Organizado de Salvador, a supressão de cláusula de barreira, labora contra a manutenção da concorrência e do estabelecimento de mercado competitivo, pois tem o condão de permitir abuso de posição dominante, por empresa ou grupo de empresas sediadas na região.

Não se identifica o deduzido, na instrução processual do certame ao “SSD09”, no qual “os arrendamentos promovidos através do Programa Avançar Parcerias ampliam significativamente a capacidade nos principais Portos brasileiros e viabiliza novas rotas de escoamento para fomentar a competição no mercado”.

É dizer, não se identifica nessa instrução a adoção de estratégias competitivas de Leilão que fomentam a competição pelo mercado, melhorando a seleção dos interessados e operadores portuários.

Por essas razões, a presente Impugnação deverá ser conhecida a provida, de modo que o Edital seja alterado, a fim de se garantir a devida legalidade e lisura de procedimento, com sua submissão à legislação de regência.

DO PEDIDO:

Em face do exposto, a INTERMARÍTIMA requer a essa Comissão de Licitação, que a presente IMPUGNAÇÃO seja CONHECIDA, e no seu mérito PROVIDA, de modo que seja determinada a necessária e imperiosa alteração Edital do Leilão nº 04/2021-ANTAQ – SSD09, sendo determinada a inserção de “cláusula de barreira”, de modo a preservar o ambiente concorrencial da região, em estrita obediência aos preceitos da Lei Antitruste, nos termos abaixo indicados:

Subcláusula 22.14 do Edital "Empresas ou grupos econômicos com participação de mercado acima de 40% (quarenta por cento) no mercado de carga geral, de projeto ou containerizada no Cluster do Complexo Portuário de Salvador, só poderão ser declarados vencedores na hipótese de não haver outro Proponente que tenha apresentado proposta válida."

Nestes termos, pede e espera deferimento.

Salvador-BA, 31 de julho de 2021

ROBERTO ZITELMANN
DE OLIVA
JUNIOR:91480337587

Assinado de forma digital por
ROBERTO ZITELMANN DE OLIVA
JUNIOR:91480337587
Dados: 2021.08.02 16:49:32 -03'00'

INTERMARÍTIMA PORTOS E LOGÍSTICA S/A

Roberto Zitelmann de Oliva Junior

CPF 914.803.375-87